



La gestación por sustitución transnacional: entre el interés superior del menor y el *interés superior del mercado*

TRABAJO DE FIN DE GRADO

Mayo de 2015

Autora: ISABEL PINILLA MIRANDA

Directora: M^a DEL CARMEN GETE-ALONSO Y CALERA

Grado de Derecho. 4º Curso

Facultad de Derecho de la UAB

Resumen

El contrato de gestación por sustitución con componente transnacional constituye un fenómeno creciente a nivel global. El propósito principal de quienes recurren a esta práctica en el extranjero, en Estados donde está permitida, es que la filiación que de ella resulta y se determina allí a su favor se reconozca jurídicamente en sus Estados de origen, donde está prohibida. El ordenamiento jurídico español declara que el contrato es nulo, sin embargo — después de años de periplo registral y jurisdiccional, en que a la filiación así determinada se le ha dispensado un tratamiento muy desigual — los consulados y oficinas del Registro Civil estatales tienen actualmente orden del Ministerio de Justicia de practicar su inscripción. De modo que, a pesar de su nulidad, el contrato produce el efecto que esencialmente persigue, provocando una insostenible disfunción en el sistema que exige una impostergable revisión de la regulación vigente.

En la construcción de ese nuevo régimen específico que reclaman la situación y sus múltiples derivaciones, se ofrece necesario el debate doctrinal desencadenado, pero no resulta fácil hallar puntos de encuentro que posibiliten el mínimo consenso deseable para alcanzar una pacífica solución jurídica. Este estudio pretende — a partir del examen directo de los textos legales, la lectura de la profusa y más reciente literatura vertida sobre la materia, y el análisis de la reacción administrativa y judicial frente al fenómeno — exponer el estado actual de la cuestión y brindar una reflexión con el ánimo de contribuir al citado debate, proponiendo una posible solución al problema.

Resum

El contracte de gestació per substitució amb component transnacional constitueix un fenomen creixent a nivell global. El propòsit principal d'aquells que recorren a aquesta pràctica a l'estrange, en Estats on està permesa, és que la filiació que d'ella resulta i es determina allà al seu favor es reconegui jurídicament als seus Estats d'origen, on està prohibida. L'ordenament jurídic espanyol declara que el contracte és nul, tanmateix —després d'anys de periple registral i jurisdiccional en què a la filiació així determinada se li ha dispensat un tractament molt desigual —

els consolats i oficines del Registre Civil estatals tenen actualment ordre del Ministeri de Justícia de practicar la seva inscripció. De manera que, tot i la seva nul·litat, el contracte produueix l'efecte que essencialment persegueix, provocant una insostenible disfunció en el sistema que exigeix una inajornable revisió de la regulació vigent.

En la construcció del nou règim específic que reclamen la situació i les seves múltiples derivacions, s'ofereix necessari el debat doctrinal desencadenat, però no resulta fàcil localitzar punts de trobada que possibilitin el mínim consens desitjable per assolir una pacífica solució jurídica. Aquest estudi pretén — a partir de l'examen directe dels textos legals, la lectura de la profusa i més recent literatura vessada sobre la matèria, i l'anàlisi de la reacció administrativa i judicial davant el fenomen — exposar l'estat actual de la qüestió i oferir una reflexió amb l'ànim de contribuir al citat debat, proposant una possible solució al problema.

Abstract

The surrogate motherhood contract with transnational component is a growing phenomenon worldwide. The main purpose of those who turn to this practice abroad, in the countries where it is allowed, is obtaining in their home states, where it is forbidden, the resulting filiation from it and in this way acknowledged. According to the Spanish law this contract is void. However, the filiation stated like this has received a very unequal treatment for years in its journey through the civil registry offices and in courts, and Spanish consulates and these offices have currently been ordered to enter its registration. So, despite its nullity, the contract produces its essential intended effect, causing an unsustainable dysfunction in the system which requires revising the current regulation and cannot be postponed for long.

In the new specific legal system construction which the situation and its multiple derivations are claiming, the originated doctrinal debate appears as necessary, but it is not easy to find meeting points that allow the minimum and desirable consensus to achieve a peaceful legal remedy. This study aims — from the direct examination of legal instruments, the most recent literature on the subject, and the

analysis of the administrative and judicial reactions to the phenomenon — at setting out the current status of the issue and providing a reflection to contribute to that debate by proposing a possible solution to the problem.

ÍNDICE

1.	Abreviaturas.....	1
2.	Introducción	2
3.	El desafío de legislar.....	5
4.	Definición de gestación por sustitución y su tratamiento jurídico en el Estado español.....	7
5.	Recorrido administrativo y judicial del caso que desencadena la reapertura del debate	15
6.	El obligado ejercicio de la acción de reclamación de la filiación como sanción civil..	30
7.	Del <i>Interés Superior del Mercado</i>	35
8.	Conclusión.....	44
9.	Bibliografía	47
10.	Anexo I.....	61

1. Abreviaturas

CC: Código Civil español, aprobado por Real Decreto de 24 de julio de 1889

CE: Constitución española de 1978

CP: Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal

DGRN: Dirección General de Registros y Notariado

FºJº: fundamento jurídico

GXS: gestación por sustitución

ISM: interés superior del menor

LRC: Ley de 8 de junio de 1957 del Registro Civil

LTRHA: Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida

NLRC: Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil

OPIE: orden público internacional español

RD: Real Decreto

RDGRN/ RRDGRN: Resolución/es de la Dirección General de Registros y Notariado

RRC: Reglamento para la aplicación de la Ley del Registro Civil (aprobado por Decreto de 14 de noviembre de 1958)

TS: Tribunal Supremo / **STS:** Sentencia del Tribunal Supremo

SSTSJ: Sentencias del Tribunal Superior de Justicia

TC: Tribunal Constitucional

TEDH: Tribunal Europeo de Derechos Humanos

TRHA: Técnicas de Reproducción Humana Asistida

2. Introducción

La gestación por sustitución viene practicándose en algunos Estados dentro de la legalidad desde hace ya casi cuatro décadas. En España su práctica se prohibió a partir de la entrada en vigor de la **Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre técnicas de reproducción humana asistida**, derogada por la **Ley 14/2006, de 26 de mayo**, del mismo nombre, actualmente vigente y que mantiene dicha prohibición.

Durante años, la coexistencia entre las divergentes legislaciones que a nivel internacional regulan su uso se mantuvo pacífica, ni en nuestro país, ni en los de nuestro entorno más próximo (donde también está prohibida), dada su presencia marginal, fue objeto de especial preocupación. Sin embargo, en la última década ha despertado el interés de multitud de juristas, quienes se han prodigado en la producción de una incansable literatura que la ha incorporado vigorosamente a la agenda jurídica mundial.

Este renovado interés responde al hecho de que, en un mundo en constante y rápida transformación y cada vez más interconectado, un número creciente de naciones de Estados, donde la práctica de la gestación por sustitución está prohibida, viaja a aquellos otros Estados donde está permitida, recurriendo a ella lícitamente y volviendo a sus lugares de origen, pretendiendo allí el reconocimiento, con todos sus efectos jurídicos, de una filiación que se ha determinado a su favor. En relación con la adopción, la técnica ofrece un plus a aquellos que recurren a ella: más allá de posibilitar, como aquella, la determinación de la filiación respecto, no sólo de los matrimonios heterosexuales, sino también de los homosexuales, dicha determinación, en el caso de la gestación por sustitución, es posible también respecto de hijos, además de neonatos, propios genéticamente hablando, ya sea en parte (si el matrimonio es homosexual), o total o parcialmente (si éste es heterosexual).

Así que puede decirse que la legalización del matrimonio entre personas del mismo sexo operada recientemente en algunos ordenamientos jurídicos como el

español¹ ha contribuido a incentivar en gran medida dicho tránsito. El incremento de la gestación por sustitución transnacional se manifiesta así, en parte, como un *efecto secundario o colateral* del reconocimiento legal del matrimonio homosexual, que está dando lugar a situaciones que constituyen complejos problemas a los que el Derecho debe dar una respuesta. Y todos estos problemas vendrían a poner de manifiesto que la supresión de la exigencia de la heterosexualidad, como elemento esencial del matrimonio, parece que debió acompañarse de una necesaria y profunda reforma legal en materia de filiación que — más allá de cambios como los operados, en el caso español, en la redacción de los **arts. 175 y 178** del CC (relativos a la adopción) — debiera haber alcanzado muchos otros ámbitos, como el de la regulación de las técnicas de reproducción humana asistida (en adelante, TRHA) o el de los permisos y prestaciones económicas por maternidad y paternidad de la Seguridad Social. Tanto el legislador español, como el de otros Estados en que, en los albores del siglo XXI, se ha legalizado también el matrimonio homosexual, así como las instancias internacionales, han eludido hasta ahora, sin embargo, abordar dicha reforma, pero parece que la fuerza de los acontecimientos, a pesar de su resistencia, ha de conducirles necesariamente a llevarla a cabo.

El debate acerca de la gestación por sustitución, dormido en nuestro entorno durante más de dos décadas, se reabrió, pues, ya en los primeros años del siglo XXI, y la inicial repulsión que esta práctica provocaba en algunos en la década de los 90 del siglo pasado parece haberse atenuado con el devenir de los tiempos. No obstante, esta ya dilatada reflexión sobre la conveniencia o no del levantamiento de la prohibición allí donde perdura, y sobre la regulación que, en cada caso, procedería articular, no parece conducir a un acercamiento de posturas que haga presagiar la posibilidad de alcanzar, cuando menos a corto plazo, un mínimo consenso que permita la creación de un marco legal específico que, sin embargo, se ofrece necesario. De modo que se corre el riesgo de que — habida cuenta del

¹ En realidad no tan reciente en nuestro caso, pues data ya del año 2005, cuando se reformó, entre otros, el **art 44** del CC por medio de la *Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio*. En virtud de esta modificación, la nota de heterosexualidad dejó de ser elemento esencial del matrimonio. Concretamente, en el citado artículo del CC se incorporó un segundo párrafo, según el cual “*El matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos cuando ambos contrayentes sean del mismo o de diferente sexo*”.

trepidante ritmo al que avanza el conocimiento científico (abriendo constantemente nuevos horizontes insospechados), y del extraordinario impacto que su aplicación práctica tiene en todos los ámbitos de la vida social, entre ellos, el de la reproducción humana — el Derecho, más que operar natural y necesariamente *a posterius*, llegue en esta ocasión demasiado tarde, pudiendo quedar obsoleto incluso antes, o nada más nacer.

En definitiva, la concepción de una regulación capaz de resolver las controversias que puedan surgir, de modo que resulten salvaguardados aquellos intereses involucrados que socialmente se consideren merecedores de protección, se antoja harto complicada y todo apunta a que, a lo sumo, podrá aspirarse a una regulación de mínimos que, por otra parte, es dudoso que pueda llegar a garantizar una mayor seguridad jurídica a los distintos sujetos implicados, pues no es ésta una cuestión que dependa exclusivamente del Derecho, sino también de la rapidez con que se suceden los avances científicos, su aplicación práctica, y los cambios sociales, como los que se han producido en relación con los modelos de familia.

Sin embargo, a pesar de este desalentador panorama, es preciso que el debate siga abierto a efectos de dilucidar si realmente ha tenido lugar un cambio en los valores sociales — cambio que justificaría la necesaria adaptación del Derecho, al objeto de ponerlo en armonía con los nuevos valores generalmente aceptados, por la vía de la eliminación de la prohibición legal de la gestación por sustitución — o si, por el contrario, sigue siendo ésta una práctica generalmente reprobada. En cualquiera de los dos casos se hará necesario regular, ni que sea mínimamente, o bien las situaciones que, a pesar de la prohibición, sigan produciéndose, para darles una solución que resuelva de una vez la insostenible contradicción entre la prohibición legal y la admisión de facto que, como se verá, está teniendo lugar cuando la gestación por sustitución se practica en el extranjero; o bien las condiciones de su eventual admisión y la manera en que se resolverán las controversias que surjan a raíz de dicha aceptación.

Con el presente trabajo se pretende hacer una modestísima aportación al referido debate que los expertos, sobre todo desde el ámbito del Derecho Civil y del Derecho Internacional Privado, pero también desde otras disciplinas, como la

Bioética y la Medicina, están llevando a cabo en relación con la gestación por sustitución. Para poner al lector en situación — tras esta introducción y posterior presentación de las principales dificultades que se distinguen a la hora de abordar su regulación — se procederá a definir brevemente esta técnica de reproducción humana asistida; a exponer sus variantes o modalidades; así como a hacer una concisa referencia al tratamiento jurídico que esta práctica recibe en España y otros Estados. Seguidamente se hará un rápido repaso cronológico del recorrido que ha seguido en las instancias administrativas y en sede judicial el caso que ha desencadenado el actual debate doctrinal. Y, finalmente, se reflexionará en torno a la vigencia del principio ***mater semper certa est***, últimamente tan denostado por algunas voces, y que sintetiza en muy pocas palabras el criterio de veracidad biológica elegido por el legislador español para la determinación, tanto de la filiación natural, como de aquella que trae causa de una gestación por sustitución. Se confrontará dicho principio clásico del derecho de familia con la *teoría de la intención*, tan aplaudida por esas mismas voces, sosteniéndose que, si bien ésta es admisible en relación con la filiación que dimana de las TRHA en general, no lo es, en particular y, al menos de momento, respecto de la gestación por sustitución, en cuyo caso, es también válido, y debe prevalecer, el principio de veracidad biológica.

3. El desafío de legislar

La discusión en torno a la gestación por sustitución se manifiesta como ejemplo del gran alcance de la argumentación jurídica, esto es, de lo que ésta puede llegar a dar de sí, y de cómo un mismo argumento puede ser empleado tanto para sostener una posición como, al mismo tiempo, justo la opuesta. Es sabido que en Derecho no hay una respuesta única a los problemas que plantea la realidad, de ahí que no deba sorprendernos la existencia de posturas discrepantes, pero hay algunas situaciones fuente de conflicto que son particularmente capaces de ilustrar potientemente ese carácter plural de la solución jurídica y una de ellas es, sin duda, la gestación por sustitución.

Son varias las razones que explicarían la difícil conciliación de las alejadas actitudes que se declaran alrededor de esta técnica de reproducción asistida y las

distintas respuesta jurídicas que, en consonancia con cada una de ellas, se proponen. Por un lado, sus múltiples implicaciones — éticas, morales, ideológicas, sociales, médico-científicas y económicas — la han convertido en una auténtica “*manzana de la discordia*” y en todo un desafío jurídico. Precisamente, su vinculación con los avances en la ciencia médica le imprime, además, un carácter particularmente complejo, convirtiéndola en una práctica de la que puede derivar una casuística muy variada y difícil de prever². Por otro lado, conecta con el Derecho de la persona — que, a su vez, entronca con los derechos fundamentales de los individuos — y con el Derecho de familia, ámbitos jurídicos muy dinámicos y que se predicen especialmente sensibles por su trascendencia social y humana, que, además, atraviesan por momentos muy convulsos, arrastrados por la aceleración experimentada en las transformaciones sociales desde la segunda mitad del siglo XX.

También la involucración de conceptos jurídicos indeterminados dificulta el acercamiento de posiciones en el debate que se ha desatado. En relación con las

² En 1986, antes de la adopción la *Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre Técnicas de Reproducción Asistida*, el Congreso de los Diputados encargó un Informe a la Comisión Especial de Estudio de la Fecundación in Vitro y la Inseminación Artificial Humana, presidida por el médico y diputado socialista **Marcelo Palacios Alonso**, y ya entonces, en las Recomendaciones contenidas en dicho informe (conocido como *Informe Palacios*), esta Comisión concluía que la gestación por sustitución debía rechazarse y prohibirse en cualquier circunstancia, por las dificultades empírico-jurídicas de su regulación, así como por razones éticas: “*Hay en la gestación por sustitución cuestiones de gran trascendencia a considerar, que pueden ser fuente de conflictos de intereses y desencadenantes de graves problemas entre la pareja estéril solicitante, la mujer sustituta o portadora, y el hijo, que en algunos casos pueden repugnar a su aceptación ética y en otros derivarían interrogantes de carácter legal sin duda de difícil interpretación [...]*”. Así lo recuerda Lorenzo Álvarez en **ÁLVÁREZ DE TOLEDO QUINTANA**, Lorenzo, “El futuro de la maternidad subrogada en España: entre el fraude de ley y el correctivo del orden público internacional”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, ISSN 1989-4570, Revistas UC3M: Servicio de edición digital, Universidad Carlos Tercero de Madrid, Vol. 6, nº 2, octubre de 2014, p. 37, en: www.uc3m.es/cdt

situaciones a que está dando lugar su uso en el extranjero, la falta de previsión legal³ — ha obligado a las autoridades administrativas y judiciales a:

- por una parte, aplicar una normativa registral y de Derecho Internacional Privado, que se refiere a nociones tan ambiguas como la del **orden público internacional español (OPIE)** y,
- por otra parte, a integrar lagunas, por la vía de la aplicación de principios generales del derecho — como el del **interés superior del menor** o el de **dignidad humana**, contenidos en la Constitución española y en los instrumentos de derecho internacional que contienen catálogos de derechos fundamentales — tanto o más ambiguos.

Todos ellos son términos jurídicos de textura abierta y, por ende, de contenido muy versátil e incluso ambivalente y vienen a conferir mayor complejidad al asunto. Sin embargo, que la labor de legislar se ofrezca como todo un reto no puede servir por más tiempo de excusa para eludir su abordaje, porque la carencia actual de regulación está conduciendo a interpretaciones y soluciones tan dispares, que — además de provocar la inadmisible coexistencia de la prohibición de derecho con la permisión de hecho (si la gestación por sustitución viene de fuera) —, menoscaba el principio de seguridad jurídica proclamado en la Constitución española.

4. Definición de gestación por sustitución y su tratamiento jurídico en el Estado español

“El mundo era tan reciente que muchas cosas carecían de nombre, y para mencionarlas había que señalarlas con el dedo”

Gabriel García Márquez.
Cien años de soledad

³ Si quiera de unas mínimas pautas, más allá de la mera declaración de nulidad del contrato del que dimana y, en el ámbito penal, de unas disposiciones cuya aplicación parece que a nadie se le ocurriría exigir actualmente (nótese que cabría la posibilidad de subsumir la gestación por sustitución en algunas de las conductas tipificadas como delictivas entre los arts. 220 a 222 del CP).

Se han llegado a contabilizar hasta más de 10 nombres distintos en español para referirse a esta peculiar manera de traer al mundo a un ser humano⁴, se habla de:

Alquiler de vientre; alquiler de útero; arriendo de útero; arrendamiento de vientre; donación temporaria de útero; gestación por cuenta ajena o por cuenta de otro; gestación subrogada; madre portadora; maternidad sustituta; maternidad de sustitución; maternidad suplente; maternidad o madre de alquiler; vientre de alquiler; gestación por encargo; gestación por sustitución,...

La sola existencia de tal cantidad de denominaciones resulta muy sintomática, se nos aparece como claro indicio de la distinta percepción que de esta práctica se tiene y, en consecuencia, de lo difícil que se presenta la consecución de un consenso a través del debate que está en curso, porque la manera de nombrar las cosas, lejos de ser desinteresada o casual, revela la visión que de ellas se tiene y pone el acento en uno u otro aspecto de la realidad, exagerando, atenuando, normalizando, disimulando... La mayoría de esos nombres enfatizan su carácter comercial, usando terminología contractual y eludiendo toda alusión a las palabras *madre o maternidad*; entre ellos, algunos hacen aparecer la gestación como una actividad ordinaria, carente de toda importancia y susceptible de sujetarse al tráfico jurídico como pudiera serlo cualquier otra actividad humana; y otros, más osados, llegan a presentar el útero como un objeto, deshumanizado, disociable de cualquier referente personal⁵. A efectos prácticos y, aunque se considera más apropiado el de *maternidad por encargo*, en este trabajo se ha optado por el uso del término *gestación por sustitución*⁶ (en lo sucesivo **GXS**), por ser el empleado

⁴ **ARÁMBULA REYES**, Alma, “Maternidad subrogada”, *Centro de Documentación, Información y Análisis*: Dirección de Servicios de Investigación y Análisis, Subdirección de Política Exterior, Cámara de Los Diputados, LX Legislatura, México, 2008.

⁵ “[...] como si esos vientres flotaran en el éter y fueran por su cuenta.”, dice **Beatriz Gimeno**, en **GIMENO, Beatriz**. “Vientres de alquiler en “El País”: gato por liebre”, en <http://www.elplural.com/opinion/vientres-de-alquiler-en-el-pais-gato-por-liebre/>, 2 de mayo de 2014.

⁶ Acuñado por el “Informe de la Comisión Especial de Estudio de la Fecundación In Vitro y la Inseminación Artificial Humanas” (*Informe Palacios*), cuyas conclusiones y recomendaciones, a las que ya se ha hecho referencia en la nota 2, fueron debatidas y aprobadas por el Pleno del Congreso de los Diputados en la sesión del 10 de abril de 1986 y constituyeron la base para la

en la legislación española, a pesar de no resultar precisamente el más coherente con el criterio de veracidad biológica por el que opta el legislador y cuya plena vigencia, incluso en relación con la **GXS**, se sostendrá en este trabajo.

La Organización Mundial de la Salud incluye la **GXS** entre las técnicas de reproducción humana asistida (TRHA), las cuales se definen como todos aquellos tratamientos o procedimientos que incluyen la manipulación, tanto de ovocitos, como de espermatozoides, o embriones humanos, para el establecimiento de un embarazo, incluyendo, pero sin limitarse a: la fecundación in vitro y la transferencia de embriones; la transferencia intratubárica de gametos de cigotos y de embriones; la criopreservación de ovocitos y embriones; la donación de ovocitos y embriones; y el “**útero subrogado**”⁷.

Así pues, de acuerdo con esta definición, la **GXS** sería una de las diversas TRHA, pero si se atiende a otras definiciones, como la que nos ofrece **Velarde D'Amil**⁸, las TRHA serían aquellos procedimientos médicos que tienen por finalidad ayudar a concebir a las personas con problemas de infertilidad (y añadiríamos “o esterilidad”)⁹, por medio de la manipulación de las células reproductivas

elaboración de la proposición de ley que culminó con la aprobación de la *Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre técnicas de reproducción humana asistida*

⁷ cfr. ZEGERS-HOCHSCHILD, F., ADAMSON, G.D., DE MOUZON, J. *et alii* Glosario de terminología en Técnicas de Reproducción Asistida (TRA). Versión revisada y preparada por el International Committee for Monitoring Assisted Reproductive Technology (ICMART) y la Organización Mundial de la Salud (OMS), en http://www.who.int/reproductivehealth/publications/infertility/art_terminology2/es/, compulsado el 23/07/2013

⁸ VELARDE D'AMIL, Yvette. “Comentario a la sentencia de la audiencia provincial de Valencia núm. 949/2011 826 23-11/2011: No inscripción en el registro civil de los menores nacidos mediante gestación por sustitución”, *Revista sobre la infancia y la adolescencia*, [S.I.], ISSN 21747210, n. 3, p. 61-70, nov. 2012, en: <<http://ojs.upv.es/index.php/reinad/article/view/1298>> [fecha de acceso: 23 feb. 2015 doi:<http://dx.doi.org/10.4995/reinad.2012.1298>].

⁹ La infecundidad es la ausencia de hijos y puede ser voluntaria o involuntaria. Cuando es involuntaria, puede deberse, o bien a causas desconocidas (no hay causa aparente); o bien a la infertilidad, esto es, a la imposibilidad — después de 12 meses de relaciones sexuales no protegidas — de llevar a término un embarazo, que culmine con el nacimiento de un recién nacido vivo (lo cual es considerado por la OMS — Ibid., p. 7 — como una enfermedad del sistema

masculinas y femeninas. La **GXS** debiera entonces conceptuarse, no como una TRHA en sí misma, pero sí como un procedimiento o práctica que se lleva a cabo en base a tales técnicas (al menos aquella de la que nos ocupamos en este estudio¹⁰).

El **art. 10** de la *Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida* (LTRHA) viene — más que a definir — a describir en qué consiste la **GXS**, refiriéndose a la celebración de un contrato por el que se conviene “*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*”¹¹. Una de las partes contractuales, una mujer (porque no puede ser de otra manera), consiente en llevar a cabo la gestación, esto es, se compromete a gestar una criatura, utilizando TRHA, y se obliga a entregar el recién nacido fruto de esa gestación a la otra parte, los comitentes o *padres intencionales*. El contenido del contrato incluye la renuncia de la mujer gestante a la filiación legal materna, es decir, ésta hace dejación de sus derechos de filiación a favor de los *padres intencionales*, siendo el propósito principal del contrato (y no una cuestión menor) que los comitentes puedan ser padres (genéticos o no), esto es, que se determine legalmente su filiación.

Además de las dos modalidades a las que ya apunta la propia ley, onerosa y gratuita, según si la mujer gestante recibe o no a cambio una contraprestación, la ciencia médica posibilita diversas combinaciones en relación con el material genético empleado (óvulo y espermatozoides), de modo que, en base a este otro criterio, se distinguen otras modalidades. Así, se habla de **GXS parcial o tradicional** cuando la mujer gestante, además de gestar y dar a luz, contribuye

reproductivo); o bien a la esterilidad, que es la incapacidad para tener hijos (la imposibilidad de lograr un embarazo, como la que presentan los miembros de la pareja homosexual cuando de lo que se trata es de concebir entre sí).

¹⁰ No ha de olvidarse que también es posible llevarla a cabo sin aplicación de técnicas de reproducción humana asistida, esto es, de manera natural.

¹¹ El apartado 1º del mencionado artículo es del siguiente tenor: “*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*”.

genéticamente al feto, con su óvulo, el cual puede ser inseminado o bien con el esperma del sujeto comitente, o con el de uno de los comitentes, si son dos, o bien con el esperma de un tercero (donante anónimo). En la **GXS plena o gestacional**, por contra, la mujer gestante es inseminada en un óvulo que no es suyo, pudiendo éste provenir de la mujer comitente (de una de ellas, si son dos) o de una tercera mujer donante anónima. En cuanto al gameto masculino, puede proceder del comitente (o uno de ellos, si son dos) o de un donante anónimo.

En cualquier caso, el referido **art 10** de la LTRHA, en su apartado primero, declara categóricamente que el contrato allí descrito es nulo de pleno derecho, de lo que se extrae que tal negocio jurídico está prohibido en nuestro ordenamiento. La locución *quod nullum est nullum efectum producit* expresa con simplicidad la consecuencia civil de esa declaración de nulidad: el/los comitente/s no puede/n ejercitar acción de cumplimiento de contrato para obligar a la mujer gestante a entregar al niño después del parto; ni puede/n exigir el reintegro de las cantidades entregadas para afrontar los gastos derivados del embarazo, ni las entregadas en concepto de precio; ni indemnización por daños y perjuicios ocasionados por el incumplimiento... Y el apartado segundo del mismo **art 10**, en coherencia, y por si aún cupiese alguna duda, precisa que “*La filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto*” (desde el punto de vista legal la mujer gestante será, pues, la madre), aunque seguidamente, en el apartado tercero, prevé que “*Queda a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales*”¹².

Pero más allá de la prohibición derivada del citado artículo de la LTRHA, de acuerdo con la teoría general del contrato resulta discutible la naturaleza contractual misma del negocio jurídico en él descrito. El contrato es instrumento

¹² Aunque se dice que la ley se limita a prohibir, absteniéndose de regular situaciones que, a pesar de la prohibición pudieran producirse, lo cierto es que sí habría una cierta previsión legal, aunque sea sólo respecto de algunas de las situaciones transnacionales que están teniendo lugar, concretamente se estarían regulando aquellas en que uno de los *padres intencionales* aporta material genético, y la solución que se daría a dicha situación pasaría por la aplicación de las reglas generales: determinación de la filiación por el parto y legitimación del padre biológico para el ejercicio de la acción de reclamación de la paternidad.

jurídico idóneo para procurar el intercambio de bienes y servicios. En sentido estricto sólo es contrato aquel que tiene un contenido o carácter patrimonial, que se dirige a constituir una obligación y satisfacer un interés patrimonial, de manera que aquellos negocios jurídicos que — como el acuerdo en torno a la **GXS** — afectan a la esfera personal “*han quedado, siempre, fuera del estricto marco contractual y de su influencia [...] técnicamente el concepto de contrato no puede predicarse o utilizarse para aquellos negocios que no tienen por objeto la regulación de intereses patrimoniales*”¹³. Y algunos autores¹⁴ sostienen que, incluso si la LTRHA no declarase nulo el *contrato* de **GXS**, su nulidad vendría igualmente determinada por la ilicitud de su causa, por oponerse ésta a las leyes o la moral (**art 1275 CC**); por tener por objeto cosa *extra commercium*, pues no se puede comerciar con la capacidad reproductiva de la mujer, ni los niños pueden ser objeto de un contrato (**art 1271 CC**); y por rebasar los límites que el **art 1255** del **CC** impone al poder de autorregulación reconocido al individuo, al ser contrario a las leyes, a la moral y al orden público. Además, al resultar implicada de lleno materia propia del Derecho de Persona y de Familia, se invoca también el carácter indisponible de las normas de estos sectores del Derecho para negar la posibilidad de *contratar* en relación con la **GXS** y los efectos que de dicha contratación dimanarían.

Mas, a pesar de que el ordenamiento jurídico español, como se ha visto, prohíbe la celebración del contrato de gestación por sustitución, se ha producido un incremento del recurso a esta práctica entre ciudadanos españoles, pero también de otros Estados cuyos sistemas legales la prohíben igualmente. Tanto es así que ya en 2011 **Vela Sánchez**¹⁵ se refiere a ella como “*fenómeno social en pleno*

¹³ **GETE-ALONSO Y CALERA**, M^a del Carmen. Estudios sobre el contrato. Barcelona, 2008, Atelier, p. 37

¹⁴ Cfr. **JIMÉNEZ MARTÍNEZ**, M^a Victoria. “La inscripción de la filiación derivada de la gestación por sustitución. Problemas actuales”, *Anuario de la Facultad de Derecho*, ISSN 1888-3214: Servicio de Publicaciones de la Universidad de Alcalá., nº 5, 2012, pp. 365-381 (concretamente, p. 368), en: <http://hdl.handle.net/10017/13801>

¹⁵ **VELA SÁNCHEZ**, Antonio J. “*La gestación por sustitución o maternidad subrogada: el derecho a recurrir a las madres de alquiler. Cuestiones que suscita la Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación*

proceso de expansión”. En este mismo sentido, en mayo 2013 un estudio del Departamento Temático C, de Derechos de los Ciudadanos y Asuntos Constitucionales del Parlamento Europeo —realizado a petición de la Comisión de Asuntos Jurídicos del propio Parlamento—, señalaba que, aunque no se dispondría de estadísticas precisas, habría una serie de factores indicadores de un aumento a nivel global en la práctica de la **GXS** transfronteriza: además de la gran cantidad de agencias y clínicas que explícitamente se ofrecen en internet como facilitadoras de dichos acuerdos de **GXS**, y de la cada vez más frecuente aparición en los medios de comunicación de casos relacionados con ellos, “*se ha producido un aumento en la jurisprudencia relativa a la subrogación en un amplio número de jurisdicciones*”¹⁶. El estudio destaca, además, que, los casos sustanciados en dichas jurisdicciones se refieren principalmente, más que a controversias suscitadas entre las partes del acuerdo (que también las hay), a las dificultades para el reconocimiento formal por parte de los Estados de la voluntad de las partes del acuerdo en relación con la condición jurídica y la filiación legal de los menores involucrados.

De modo que se dice que la prohibición¹⁷ se está revelando poco eficaz, pues no ha disuadido a muchos ciudadanos españoles y de otras nacionalidades de viajar a

por sustitución”, en Diario La Ley, nº 7608, Sección Doctrina, 11. Abril 2011, año XXXII, Ref. D-158, Editorial La Ley

¹⁶ **BRUNET**, Laurence; **CARRUTHERS**, Janeen; **DAVAKI**, Konstantina *et alii*. *El régimen de subrogación en los Estados miembros de la UE*. Departamento Temático C: Derechos de los Ciudadanos y Asuntos Constitucionales. Parlamento Europeo, mayo de 2013, PE 474.403, pp. 3 y 4, en <http://www.europarl.europa.eu/studies>

¹⁷ Otros Estados miembros de la UE donde está prohibida la **GXS** son: Austria; Bulgaria; Francia; Alemania; Italia; Malta; Portugal o Finlandia (en este último, cuando se usan tratamientos de fertilidad). En Suecia, aunque no existe prohibición ni en relación con la subrogación altruista, ni en relación con la onerosa, es ilegal para las clínicas de fertilidad hacer acuerdos de subrogación y se requiere adopción para transferir la paternidad. Los Estados miembros donde no está prohibida con carácter general, aunque se sujeta a más o menos restricciones, son: Bélgica; Chipre, República Checa; Dinamarca; Estonia; Grecia; Hungría; Irlanda; Letonia; Lituania; Luxemburgo; Países Bajos; Polonia; Rumanía; Eslovaquia; Eslovenia y Reino Unido. Véase anexo número 1 con un resumen de los enfoques jurídicos de los Estados miembros de la UE, extraído de **BRUNET**, Laurence, *op. cit.*, pp 11-13. Fuera de la UE está permitida en países como Rusia, Ucrania o

Estados donde la **GXS** está permitida; celebrar allí un *contrato* con una mujer gestante; obteniendo la determinación a su favor de la filiación de los niños nacidos fruto de la gestación convenida; y dirigirse al Registro Civil del Estado de origen de los comitentes con la pretensión de que tal filiación así determinada sea reconocida e inscrita. De ahí resulta una situación que, configurada con artificio como transnacional, ha de resolverse por la vía de la aplicación de normas de Derecho Internacional Privado no específicas. Y, como no se trata ya de decidir acerca de respecto de quién se ha de determinar la filiación, sino sobre una situación jurídica válidamente creada en el extranjero (que comporta un estado civil con vocación de permanencia en el tiempo), no procede acudir a las normas del sector del derecho aplicable o de conflictos de ley. Corresponde aplicar las normas relativas al reconocimiento de resoluciones extranjeras, para determinar si esa solución forastera cumple las condiciones exigidas para desplegar sus efectos de cosa juzgada en el Estado de origen, o se trata, por el contrario, de una situación claudicante.

Y cuando dicha situación jurídica ha intentado hacerse valer en el Estado español, la respuesta en el ámbito administrativo y, posteriormente, en sede judicial, ha servido para poner, de nuevo, de manifiesto la gran división social existente en torno a la valoración moral de la **GXS**. Porque en el trasfondo de la dispar

Georgia (en estos dos últimos Estados está restringida a parejas heterosexuales casadas). En la India, está permitida, aunque recientemente se ha prohibido igualmente el acceso a las parejas del mismo sexo y se ha condicionado a que esté también permitida en los Estados de origen de los comitentes. Nepal, donde no está regulada, se ha convertido también recientemente en destino de multitud de *padres intencionales* y en los Estados Unidos de América, donde no suele haber normativa específica sobre la materia, su permisión o prohibición deriva de la interpretación que los tribunales de cada Estado han hecho en relación con la normativa en materia de filiación y TRHA. Así, se permite en Florida (tanto la parcial, como la plena, aunque sólo a parejas comitentes heterosexuales casadas); en Texas (se exige homologación judicial del contrato); en California (si la pareja comitente ha aportado material genético); y otros Estados como Massachusetts (se admite en su modalidad plena o gestacional). En cambio, en Indiana, Louisiana o Nueva York el contrato se considera nulo. En Canadá se admite el contrato de **GXS**, aunque con muchas restricciones, y la legislación vigente en Québec dispone, sin embargo, que el contrato es nulo de pleno derecho.

interpretación de las normativa existente y la respuesta dada en uno y otro ámbito interviene inevitablemente el prisma de los valores predominantes en cada uno de ellos, que no hacen más que reproducir, con fiel reflejo, las distantes posiciones valorativas que anidan en la sociedad española. De lo que se trata, pues, es de determinar cuáles de esos valores se corresponden con el sentir general, y de acomodar, en consecuencia, la nueva regulación específica que, tanto a nivel interno, como a nivel internacional, las emergentes situaciones transnacionales están reclamando.

5. Recorrido administrativo y judicial del caso que desencadena la reapertura del debate

En el **año 2008** un matrimonio formado por dos varones españoles pretende inscribir en el Registro Civil Consular español de Los Ángeles (California) el nacimiento de dos niños gemelos recién nacidos por medio de **GXS**. La filiación de los menores ha sido determinada a su favor por resolución judicial, en virtud de la cual¹⁸, la autoridad administrativa del Registro Civil californiano¹⁹ ha emitido certificación donde consta dicho nacimiento y la filiación que por sentencia se determinó a favor de los cónyuges. El propósito del matrimonio es que se reconozca dicha filiación, que acreditan con la presentación de la certificación registral extranjera, sin aportación de la resolución judicial de la que deriva y sin mención alguna ya a la identidad de la mujer gestante. El Registro Consular, a través de Auto dictado el 10 de noviembre de 2008, deniega la inscripción acogiéndose a la nulidad del contrato de **GXS** declarada en el **art 10** de la LTRHA.

El matrimonio recurre entonces ante la Dirección General de Registros y Notariado (DGRN), que, con fecha de **18 de febrero de 2009**, adopta una Resolución (RDGRN) por la que se revoca el auto y se ordena que se practique la inscripción solicitada. La DGRN, atendiendo al **art 81** del **Reglamento del Registro Civil** (RRC), señala que el encargado del Registro Civil Consular debe someter la certificación registral californiana a un control de legalidad consistente

¹⁸ Y de conformidad con lo dispuesto en la *Sección 7633 del California Family Code*

¹⁹ *The California Office of Vital Records*

en la comprobación de que reúne los requisitos formales exigidos (esto es, que se trata de un documento público extranjero autorizado por autoridad foránea con funciones equivalentes a las españolas), así como que no produce efectos contrarios al **OPIE**. Añade que no aprecia la producción de dichos efectos contrarios al **OPIE**, porque nuestro ordenamiento jurídico permite a los matrimonios homosexuales adoptar y admite la doble maternidad por naturaleza²⁰. Entiende que la inscripción de la filiación a favor de los dos varones constituye la solución más favorable al **interés superior del menor (ISM)** y a su derecho a tener una identidad única, y descarta que se haya incurrido en fraude de ley. Para acabar, apunta que, de acuerdo con el **art 17.1 a)** del **CC**, los menores son españoles de origen, dado que dicho artículo no exigiría la previa determinación de su filiación respecto de padre o madre españoles, sino que bastaría con la existencia de “*indicios racionales de su generación física por progenitor español*”²¹ para atribuirles la nacionalidad española.

²⁰ Efectivamente la determinación de la filiación legal a favor de un matrimonio homosexual no constituye hoy un efecto contrario al orden público internacional español, sin embargo no sería éste el efecto de la certificación registral extranjera que se predicaría contrario a dicho orden público, sino la cosificación de la mujer gestante y del niño gestado que resulta del contrato de **GXS** que está en el origen de la filiación.

²¹ Igualmente **Calvo Caravaca y Carrascosa González** sostienen que los hijos nacidos por **GXS** en el extranjero serían, en atención al tenor literal del **art 17.1 a)** del **CC**, españoles y, como tales, debieran ser inscritos en el Registro Civil, como sujetos de nacionalidad española y, en consecuencia, obtener DNI español. Según los autores, el citado artículo del **CC** acoge el criterio de la atribución de la nacionalidad española mediante *ius sanguinis*, siendo españoles de origen “*a) Los nacidos de padre o madre españoles*”, sin que se exija que sean *hijos de españoles*, esto es, no se exigiría que hubiera quedado determinada legalmente la filiación, sino que bastaría con que concurriesen indicios racionales de su generación física por progenitor español. Ello permite considerar a un sujeto como *nacido* de un español si existe posesión de estado, por ejemplo; o si existe inscripción en el Registro Civil (español o extranjero); o se acredita el hecho de que ha sido generado a partir de material genético de un individuo español, pues serían éstos indicios racionales de su generación física por progenitor español. Cfr. **CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.** “*Filiación*”. En **CALVO CARAVACA, A.L.; CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.**, *Derecho Internacional Privado*, Vol. II, 11^a ed., Granada: Comares 2010, pp. 194-199.

El Ministerio Fiscal recurre la RDGRN ante el Juzgado de 1^a Instancia número 15 de Valencia, que, en sentencia dictada el 15 de septiembre de 2010, estima el recurso, apreciando que — de conformidad con el **art 23** de la *Ley del Registro Civil de 1957* (LRC), de rango jerárquico superior a los **arts. 81 y 85** del **RRC** aplicados por la DGRN — la inscripción por certificación registral extranjera puede practicarse “*siempre que no haya duda de la realidad del hecho inscrito y de su legalidad conforme a la Ley española*”. De modo que el control que debe llevar a cabo el encargado del Registro español no es meramente formal y, dada la imposibilidad de la paternidad biológica del matrimonio, el hecho que se pretende inscribir resulta materialmente irreal y, además, contraría abiertamente lo dispuesto en el **art 10** de la LTRHA, que se considera norma de **OPIE**. La sentencia ordena la cancelación de la inscripción practicada en el Registro Civil Consular de Los Ángeles que había sido ordenada por la DGRN.

El **5 de octubre de 2010 la DGRN** dicta una Instrucción en la que se desdice de su resolución de febrero de 2009, rechazando la inscripción de una filiación que traiga causa de un contrato de **GXS** a partir de la mera certificación registral extranjera o de la declaración del solicitante y estableciendo “*como título necesario para la inscripción la resolución judicial extranjera que determine la filiación del nacido, junto con el auto judicial de exequátur*”. Justifica esta exigencia argumentando que ello permitirá controlar que el contrato de gestación por sustitución se ha celebrado en cumplimiento de los requisitos de perfeccionamiento y contenido exigidos por la legislación del país de formalización. Sin embargo, añade que el encargado del Registro Consular podrá practicar la inscripción si la resolución judicial extranjera se dicta en el marco de un procedimiento similar a la jurisdicción voluntaria española y supera el previo reconocimiento incidental a que la someta dicho encargado, en el que se deberá comprobar que concurren una serie de requisitos, concretamente 5, que la propia Instrucción fija en su Primera Directriz, apartado 3, a saber: que los documentos presentados sean regulares y auténticos; que la competencia judicial internacional del tribunal que dictó la sentencia se haya establecido en base a criterios equivalentes a los previstos en la legislación española; que en el procedimiento judicial se hayan garantizado los derechos procesales de las partes,

particularmente, los de la madre gestante; que se hayan respetado tanto sus derechos, como el **ISM**; y que la referida resolución sea firme y los consentimientos prestados irrevocables de acuerdo con la legislación extranjera aplicable.

La doctrina ha criticado dicha Instrucción llegando a calificarla de ilegal, pues — además de excluir que una certificación registral extranjera pueda ser título para la práctica de una inscripción, contraviniendo así el **art 23** de la LRC de 1957 —, al fijar unos requisitos para la obtención del reconocimiento incidental que no están previstos en ley alguna, la DGRN estaría también usurpando competencias reservadas al legislador. Incluso hay quien ha querido ver una “*actitud tramposa*”²² de la DGRN. Así, **Roncesvalles Barber Cárcamo** considera que la remisión al procedimiento de *exequátur* — que difícilmente se superaría, dada la exigencia de adecuación de la resolución extranjera al **OPIE**²³— es sólo aparente, porque gran parte de los casos que se suscitan en nuestro país derivan de contratos de gestación por sustitución celebrados en algunos Estados de los EUA, donde se determina la filiación por sentencia dictada en procedimiento equivalente a la jurisdicción voluntaria española. De manera que, en la práctica, la homologación de la resolución extranjera acaba quedando en manos del órgano o autoridad ante el que se quiere hacer valer, esto es, ante el encargado del Registro, sujetándose este reconocimiento al control incidental de la concurrencia de 5 requisitos (no legales) fijados por la autoridad registral y desplazándose así la aplicación de aquellos otros, que — en relación con el reconocimiento de resoluciones judiciales extranjeras adoptadas en procedimientos equivalentes al de jurisdicción voluntaria — ha fijado el **Tribunal Supremo**. Más allá de exigencias formales, el Alto Tribunal ha establecido que deben cumplirse también los requisitos que determine “*la correspondiente norma material a la que apunte la norma de*

²² **BARBER CÁRCAMO**, Roncesvalles, “La legalización administrativa de la gestación por sustitución en España (Crónica de una ilegalidad y remedios para combatirla)”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, número 739, Septiembre de 2013, pp. 2905–2950, en: <http://vlex.com/vid/486351314> (Id. vLex: VLEX-486351314) [consultado el 3 de febrero de 2015]

²³ En virtud del **art 954.3** de la **Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881**, aún vigente.

conflicto española”²⁴, esto es, el contenido de la resolución de jurisdicción voluntaria ha de adecuarse a la ley que, de acuerdo con la norma de conflicto (contenida en el **art 9.4 del CC**), sea aplicable, que no es otra que la ley personal del hijo. Ello conduciría al **art 10** de la LTRHA y, en consecuencia, también a la denegación de la inscripción.

En definitiva, con la Instrucción de 5 de octubre de 2010 de la DGRN, al evitarse el procedimiento de *exequáatur* al que sólo aparentemente se remite, por una parte, se trata de eludir la operatividad de la excepción del **OPIE** (principal escollo para la inscripción de la filiación, que la RDGRN de 2009 había salvado defectuosamente²⁵); y, por otra parte, al fijarse unos requisitos (que no están en la ley) de control incidental de las resoluciones extranjeras adoptadas en procedimientos equivalentes al de jurisdicción voluntaria, se trata de eludir la exigencia de adecuación a la ley material a la que remite la norma de conflicto, de nuevo el **art 10** de la **LTRHA**, tal como exigiría la jurisprudencia del **Tribunal Supremo**. Este obstáculo, el citado **art 10**, no sólo no desaparece al trasladarse la cuestión al ámbito del reconocimiento incidental extrajudicial, sino que, es más, de cara al futuro, se refuerza en este ámbito, a través del **art 96** de la **NLRC**, que

²⁴ El **art 9.4** del **CC**, dentro del Capítulo IV relativo a las *Normas de Derecho Internacional Privado*, establece que “*El carácter y contenido de la filiación, incluida la adoptiva y las relaciones paterno-familiares, se regirán por la Ley Personal del hijo y si no pudiera determinarse ésta, se estará a la de la residencia habitual del hijo*”

²⁵ Según la nueva redacción que la *Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio* dio al **apartado 4** del **art 175** del **CC**, el ordenamiento jurídico español permite adoptar a los cónyuges homosexuales (así lo ha interpretado también el Tribunal Constitucional en *Sentencia 198/2012, de 6 de noviembre*). Y, tal y como señala la RDGRN de 18 de febrero de 2009, también nuestro ordenamiento admite la doble maternidad “*por naturaleza*” (**art 7.3** de la **LTRHA**). Pero, si bien es cierto que este efecto de la **GXS** — la posible determinación de la filiación a favor de dos progenitores del mismo sexo — no sería contraria **OPIE**, no es ésta la contrariedad que se discute, sino aquella que resulta de otros efectos que produce el uso de esta técnica: que pueda ser objeto de un contrato algo que esté “*fuerza del comercio de los hombres*” (**art 1271 CC**) y el efecto *cosificador* que dicho contrato produce sobre la mujer gestante y el niño/a por ella gestado/a. La RDGRN omite hacer referencia alguna a esta otra dimensión de la cuestión.

positiviza tal exigencia de compatibilidad con el **OPIE** también respecto del reconocimiento incidental²⁶.

Tras la precitada Instrucción dictada el 5 de octubre de 2010 por la DGRN se siguen a lo largo del año 2011 toda una serie de decisiones²⁷ de este órgano administrativo que posibilitan la inscripción de otras filiaciones determinadas por resoluciones judiciales de distintas jurisdicciones de los EUA (mientras se rechaza la inscripción de filiaciones derivadas de **GXS** realizadas en la India, por pretenderse a partir de la mera aportación de la certificación del Registro indio, sin presentación de resolución judicial). Siguiendo a **Roncesvalles Barber**, esta admisión administrativa sucesiva de la **GXS** practicada en los EUA, que tiene lugar a partir de la Instrucción de la DGRN de 2010 crea “*una suerte de régimen registral de filiación alternativo, construido a partir del reconocimiento de una decisión de jurisdicción voluntaria extranjera*”, régimen que se opone al vigente en el Estado español y que, aunque provisional (puesto que no produce,

²⁶ Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil , que en el **apartado 2 del art 96** de la establece que la inscripción de las resoluciones judiciales extranjeras se podrá instar (además de previa superación del trámite del exequártur) “*Ante el Encargado del Registro Civil, quien procederá a realizarla siempre que verifique:*

La regularidad y autenticidad formal de los documentos presentados.

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

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

Que la inscripción de la resolución no resulta manifiestamente incompatible con el orden público español

²⁷ Cfr. **BARBER CÁRCAMO**, Roncesvalles, *op. cit.*, pp. 2914: RRDGRN (4.^a y 6.^a) de 6 de mayo de 2011 (*JUR* 2012/110698 y *JUR* 2012/147776); RRDGRN (1.^a y 2.^a) de 9 de junio de 2011 (*JUR* 2012/151437 y 2012/151438); RDGRN (3.^a) de 9 de junio de 2011 (*JUR* 2012/151439); RRDGR (4.^a y 5.^a) de 23 de septiembre de 2011 (*JUR* 2012/168313 y 2012/168314); RDGR (2.^a) de 30 de noviembre de 2011 y RDGR (4.^a) de 22 de diciembre de 2011 (*JUR* 2012/307190).

obviamente, efectos de cosa juzgada), provoca en el sistema la incoherencia a la que ya nos hemos referido supra²⁸.

Por otro lado, por efecto de la inscripción registral — título acreditativo de la filiación así determinada — se han dictado toda una serie de resoluciones en la jurisdicción social favorables al reconocimiento del permiso y prestación por maternidad por la vía de asimilar dicha filiación con la adopción, en una interpretación analógica o nada restrictiva de la normativa laboral y de la Seguridad Social en la que se ha atendido, más que a la igualdad en relación con la filiación, a la igualdad en la situación fáctica de tener un menor a cargo²⁹.

Al mismo tiempo, en sede judicial, la Audiencia Provincial de Valencia (Sección 10^a), en sentencia de **23 de noviembre de 2011** (*JUR 2011/420242*) confirma la anterior sentencia del Juzgado de 1^a Instancia número 15 de Valencia (de 10 de septiembre de 2010) que había ordenado la cancelación de la inscripción

²⁸ El contrato de **GXS** es nulo de pleno derecho en virtud del **art 10** de la LTRHA y, sin embargo, se admite registralmente la inscripción de la filiación de él derivada, cuando éste se ha celebrado en el extranjero.

²⁹ **SSTSJ** (*Sala de lo Social*) de Castilla y León (Valladolid), de 5 de mayo de 2010 (*JUR 2010/215499*); de Asturias, de 20 de septiembre de 2012; de Madrid, de 18 de octubre de 2012 (*AS\ 2012\2503*); de Catalunya, de 23 de noviembre de 2012 (*AS\2013\845*), entre otras. La normativa, interpretada analógicamente, en virtud de la que se reconoce el derecho a dicho permiso y a la subsiguiente prestación, básicamente la constituyen el **art 133 bis** de la *Ley General de la Seguridad Social* y el **art 2.2** del *RD 295/2009, de 6 de marzo, por el que se regulan las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social, por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural*. Según el primero de los referidos artículos, a efectos de la prestación por maternidad son situaciones protegidas la maternidad, la adopción y el acogimiento, tanto preadoptivo, como permanente o simple, de acuerdo con el CC o las leyes civiles de las Comunidades Autónomas que lo regulen (al no definirse, no obstante, la maternidad, se entiende que la ley se refiere a la cualidad de madre, lo que permitiría incluir tanto a aquellas que lo sean habiendo dado a luz, como a las que no) y, de conformidad con el **art 2.2** del *RD 295/2009*, “*Se considerarán jurídicamente comparables a la adopción y al acogimiento preadoptivo, permanente o simple, aquellas instituciones jurídicas declaradas por resoluciones judiciales o administrativas extranjeras, cuya finalidad y efectos jurídicos sean los previstos para la adopción y el acogimiento preadoptivo, permanente o simple, cuya duración no sea inferior a un año, cualquiera que sea su denominación*”.

solicitada por el matrimonio homosexual, decretada en 2009 por la RDGRN, con que se inició este periplo administrativo y judicial que se está refiriendo.

La perplejidad producida entre quienes hemos asistido a este, digamos que, “bochornoso” espectáculo, dadas las alejadas posiciones de la DGRN y el poder judicial, no se ha disipado cuando las salpicaduras del desencuentro han alcanzado al **Tribunal Supremo (TS)**. Las razones de la persistencia de la inseguridad jurídica generada en relación con la práctica de la **GXS** en el extranjero y el reconocimiento de sus efectos en el Estado español se debe (además de, obviamente, a la falta de una regulación específica) a que:

- por una parte, la decisión de la máxima instancia de nuestro sistema judicial — por la que se denegaba, con fecha **6 de febrero de 2014**, no ya la inscripción del nacimiento en el Registro Civil español de los dos gemelos gestados en California como consecuencia del contrato de **GXS**, pero sí la constancia de su filiación — se adoptó en la Sala Primera del **TS** en medio de una patente división del Pleno Jurisdiccional;
- por otro lado, una única sentencia no hace jurisprudencia³⁰;
- y, finalmente, también el **TEDH** se ha pronunciado en torno a cuestiones conexas a la determinación de la filiación derivada de la **GXS** a propósito de procedimientos promovidos en otras jurisdicciones europeas³¹, en un sentido que parece que vendría a apartarse, en cierto modo, del expresado por el **TS**, y ello parece que ha de tener un necesario reflejo en nuestra jurisdicción.

A la sentencia dictada por el **TS** en relación con el caso cuyo *íter* se viene siguiendo hasta aquí (por tratarse del que ha operado como detonante de la controversia de la que se ocupa este estudio) formuló un voto particular el magistrado Seijas Quintana, al que se adhirieron 3 magistrados más, a saber: Ferrández Gabriel, Arroyo Fiestas y Sastre Papiol. De modo que la discordia que despierta la **GXS** en el plano doctrinal y social, se reproduce también en el seno

³⁰ El **CC**, en su **art 1.6**, es claro en este sentido: “*La jurisprudencia complementará el ordenamiento jurídico con la doctrina que, de modo reiterado, establezca el Tribunal Supremo al interpretar y aplicar la Ley, la costumbre y los principios generales del derecho*”

³¹ **STEDH de 26 de junio de 2014**, asuntos *Mennesson c. Francia* y *Labassee c. Francia*.

del **TS**, de tal suerte que puede decirse que su decisión se adopta, prácticamente, por obra del voto dirimente.

A grandes rasgos, dicha resolución rechaza el recurso planteado por los *padres intencionales* contra la ya mencionada sentencia de la Sección 10^a de la Audiencia Provincial de Valencia (de 23 de noviembre de 2011), respondiendo a los 3 motivos de recurso esgrimidos: la prohibición de discriminación, el interés superior del menor, y el derecho de éste a una identidad única.

Coincide el **TS** con los otros dos órganos jurisdiccionales del orden civil que conocen del caso en 1^a y 2^a instancia (aunque basándose en argumentos distintos) en que la certificación registral extranjera en que consta la filiación de un menor que ha nacido fruto de una **GXS** infringe el **OPIE**. Dicha certificación atribuye la condición de padres a los miembros del matrimonio que convino la **GXS** con una mujer gestante, lo cual es incompatible con normas que forman parte integrante del **OPIE**, por regular cuestiones tan principales en las relaciones familiares como la filiación, y que se inspiran en principios fundamentales recogidos en nuestra Constitución, como el de la autonomía y dignidad de la persona (**art 10 CE**); el respeto a su integridad física y moral (**art 15 CE**); el derecho a contraer matrimonio (**art 32 CE**); la protección integral de los hijos, iguales ante la ley, con independencia de su filiación (**art 39 CE**); o el derecho a la intimidad familiar (**art 18.1 CE**)³². Al ser la filiación una consecuencia directa y principal — y no periférica, como pretenden los recurrentes — del contrato de **GXS**, éste y aquélla no pueden desligarse, de modo que, siendo el contrato de **GXS** contrario al **OPIE** (el **art 10** de la LTRHA se considera una norma de policía) y, por tanto, no válido, ni ejecutable en España, resulta también contrario al **OPIE** el acceso al Registro Civil de la filiación de él resultante. **Lorenzo Álvarez de Toledo Quintana**³³ ha criticado que el **TS** confunda dos figuras distintas del Derecho Internacional Privado: el orden público internacional atenuado y el orden público

³² Cfr. FºJº 3º.10 de la *STS de 6 de febrero de 2014*, en

http://www.poderjudicial.es/cgpi/es/Poder_Judicial/Noticias_Judiciales/El_Supremo_deniega_la_inscripcion_de_la_filiacion_de_dos_ninos_gestados_en_California_a_traves_de_un_contrato_de_alquiler

³³ **ÁLVAREZ DE TOLEDO QUINTANA**, Lorenzo, *op. cit.* p.19.

internacional de proximidad. Por una parte, señala que, la sentencia excluiría el despliegue del efecto de la determinación de la filiación derivado de la institución extranjera (el contrato de **GXS**) porque ese efecto no sería secundario o marginal, sino el propósito principal del contrato. Es decir, la inscripción en el Registro Civil de la filiación derivada del contrato prohibido no es una consecuencia periférica de éste, de modo que su admisión equivaldría a la admisión del contrato mismo en nuestro ordenamiento jurídico, de ahí que no quepa, en lo que concierne a la inscripción registral de la filiación, más que la aplicación radical, y no atenuada, del **OPIE**. Pero, por otra parte, se dice también que debe operar la excepción del **OPIE**, excluyendo el reconocimiento de la filiación determinada en el extranjero, porque los vínculos sustanciales de la situación jurídica con España son intensos, mientras que su vínculo con el Estado de California se ha construido artificialmente, dado que el matrimonio que solicita que se reconozca en España la resolución extranjera únicamente se desplazó a California para huir del ordenamiento jurídico español que declara nulo el contrato de **GXS**, forzando así un vínculo con la jurisdicción extranjera que no habría llegado a existir de no ser prohibitiva la normativa española.

Álvarez de Toledo Quintana añade que si se entiende que el **TS** se refiere en realidad al orden público internacional atenuado (y no al de proximidad) podría considerarse que estaría dejando una puerta abierta al reconocimiento de ciertos efectos del contrato de **GXS**. Si bien, respecto de la determinación de la filiación a favor de los *padres intencionales*, la intensidad de la atenuación del **OPIE** fuese mínima, de modo que su excepción impidiese el reconocimiento de este efecto del contrato (por ser esencial), podría admitirse el reconocimiento de otros efectos que sí serían periféricos. El recurso a la figura del orden público internacional atenuado permitiría distinguir entre lo nuclear (la inscripción de la filiación en el Registro Civil) y lo periférico, de manera que se podría admitir dar a los niños los nombres y apellidos del matrimonio, el derecho de alimento y los derechos sucesorios, y reconocer el efecto propio de la atribución de la patria potestad a los *padres intencionales*, pero que estos no pudieran inscribir su paternidad en el Registro Civil hasta que no hubiesen obtenido resolución constitutiva de la adopción de los niños. De este modo quedaría salvaguardado más

contundentemente el **ISM**, sin menoscabo del **OPIE** que protege otros principios fundamentales.

En relación con el **trato discriminatorio** del que alegan los recurrentes ser objeto, el **TS** aclara, por una parte, que la denegación de la inscripción de la filiación a favor del matrimonio homosexual en el Registro Civil no responde al hecho de que ambos cónyuges sean varones, sino a que dicha filiación trae causa de un contrato de **GXS** prohibido en nuestro ordenamiento jurídico; y, por otra parte, justifica que el **art 7.3** de la LTRHA posibilite la inscripción de la filiación *por naturaleza* a favor de la cónyuge de una mujer que se haya sometido a un tratamiento de reproducción asistida y, por el contrario, no permita la inscripción de la filiación *por naturaleza* a favor de dos varones. La razón que esgrime el **TS** para explicar el trato legal desigual radica en la desigualdad de los términos comparativos, esto es, en la desigualdad sustancial de los supuestos de hecho³⁴

³⁴ No obstante, no nos parece pertinente referirse en general (sin hacer ningún tipo de distinción) a la filiación determinada respecto de dos mujeres empleando el término “*por naturaleza*”, porque, en puridad, ello sólo sería predictable respecto de ambas mujeres en aquellos supuestos en que una de ellas fuese madre gestante y la otra madre genética, o ambas aportasen, como parece posibilitar ya la ciencia, una célula reproductiva que combinase material genético de ambas, esto es, que la célula reproductiva estuviera integrada por el núcleo del óvulo de una de ellas y el citoplasma del óvulo de la otra (véase *infra* nota 55). Pero consideramos acertadas las consideraciones en torno a la ausencia de vulneración del principio de no discriminación. Como señala **M^a Victoria Jiménez Martínez** — en “La inscripción de la filiación derivada de la gestación por sustitución. Problemas actuales”, *Anuario Facultad de Derecho*, ISSN 1888-3214, n° 5, Madrid, 2012, pp. 379: Servicio de Publicaciones de la Biblioteca Digital de la Universidad de Alcalá, en: <http://hdl.handle.net/10017/13801> —, “[...] *por la propia naturaleza de la raza humana las parejas de dos mujeres no necesitan acudir a otra mujer a la que encomendar la gestación*”, mientras que es materialmente imposible que un hombre, ya sea solo o en compañía de otro, geste y dé a luz a una hija o hijo. Esta viene a ser la explicación que el **TS** da, en el FºJº 4º de su sentencia, al trato desigual dispensado por la ley (**art 7.3** de la LTRHA) a las parejas de mujeres y las parejas de hombres. La norma trata lo que es desigual de manera desigual, y de ahí que no pueda hablarse de trato discriminatorio, no, al menos, en el sentido de diferenciación injusta o arbitraria, o discriminación “*contra*”, sino únicamente en su acepción originaria y neutra, esto es, entendida como una mera diferenciación o distinción “*entre*”. En todo caso, si algún reproche puede hacérsele en este sentido a la norma, esto es, al **art 7.3** de la LTRHA — además de la ya señalada no diferenciación entre la cónyuge de la gestante que aporta material genético y aquella que no lo hace — es el de que estaría dispensando un trato injustamente desigual a las parejas no matrimoniales de mujeres en relación con las parejas matrimoniales, como puede colegirse fácilmente del tenor literal de la misma: “*Cuando la mujer estuviere casada, y no separada legalmente o de hecho, con otra mujer, esta última podrá manifestar ante el Encargado del Registro Civil del domicilio conyugal, que consiente en que cuando nazca el hijo de su cónyuge, se determine a su favor la filiación respecto del nacido*”.

En lo que al **Interés Superior del Menor** se refiere, el **TS**, en el fundamento jurídico 5.6 de su sentencia, concluye que su satisfacción no puede conseguirse infringiendo la ley pues ésta protege otros bienes jurídicos fundamentales que también resultan involucrados y, haciendo una ponderación de todos ellos, decide que el **ISM** — que sirve para interpretar y aplicar la ley, integrando sus lagunas — no está por encima de otros valores como el del respeto a la dignidad y la integridad moral de la mujer gestante, el de la evitación de la explotación del estado de necesidad en que pueden encontrarse mujeres pobres, así como el de impedir la mercantilización de la gestación y la filiación. Si bien el **art 3** de la *Convención sobre los Derechos del Niño* establece que el **ISM** es una “*consideración primordial*” a atender por los tribunales y demás instituciones, tanto públicas como privadas en todas las medidas concernientes a los niños³⁵, ello “*no permite al juez alcanzar cualquier resultado*”.

Y en lo concerniente al **derecho de los menores a una identidad única**, a respetar por encima de las fronteras estatales, el **TS** entiende que, al no existir en realidad un vínculo efectivo entre los niños y los Estados Unidos, es decir, al no estar vinculados realmente a dos Estados distintos, no existe riesgo real de vulneración de identidad única (los problemas de doble identidad surgirían, en la práctica, si los pequeños tuvieran un vínculo “efectivo” con dos Estados diferentes).

En este caso, al haber nacido los niños en EUA obtuvieron, de conformidad con la normativa allí vigente, la ciudadanía de aquel país, pudiendo viajar a España con un pasaporte estadounidense, pasando a residir en un país en el que, aunque no se reconoce su filiación respecto de los *padres intencionales*, se tiene — por aplicación del **art 7.1** de la *Convención sobre los Derechos del Niño* — que inscribir su nacimiento (e incluso se les tiene que atribuir la nacionalidad

³⁵ El citado **art 3** de la *Convención sobre los Derechos del Niño*, adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, firmada por el Estado español ese mismo año y ratificada en 1990, se refiere al **ISM** en los siguientes términos: “*En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño*”

española³⁶). Aunque la paternidad pueda quedar como desconocida, se respetaría su derecho a un nombre y apellidos (los derivados de la filiación determinada en España a favor de la mujer gestante) y, aunque estos no se correspondiesen con los que se les atribuiría según la regulación californiana (los apellidos de los *padres intencionales*) y ello constituya una vulneración del principio de identidad única, este bien jurídico es, en palabras textuales del **TS**, “*de mucha menor importancia que los protegidos con la prohibición de gestación por sustitución*”³⁷.

Además, el **TS** desdramatiza la situación de desprotección en que, según los *padres intencionales* (utilizando la exageración como legítimo recurso defensivo), quedarían los menores de no reconocerse la filiación determinada en el Estado de California. Descartando que pudieran ser enviados a un orfanato o a los Estados Unidos, señala que por aplicación de las leyes y convenios vigentes en España, así como de la jurisprudencia que los interpreta³⁸, resultaría que, de existir una relación de familia entre los *padres intencionales* y los niños, el Estado tendría que permitir el desarrollo de ese vínculo y otorgarle la protección jurídica que posibilitase la integración de los niños en esa familia, añadiendo, además, que ya el **párrafo tercero** del **art 10** de la LTRHA apunta a la acción de reclamación de la paternidad ejercitable por el padre biológico como una institución que permitiría que resultasen protegidos. Y, como recursos alternativos (para el caso,

³⁶ Ya se ha hecho referencia supra al **art 17.1 a)** del CC español, en virtud del cual habrían de adquirir la nacionalidad española, pues bastaría para ello con que fueran hijos “*nacidos de padre o madre españoles*”, sin que exija dicho precepto que tenga que haberse determinado legalmente la filiación a favor de estos. Además, debe recordarse que el **apartado segundo** del **art 7** de la citada **Convención Sobre los Derechos del Niño**, de 20 de noviembre de 1989, impone a los Estados partes la obligación de velar “*por la aplicación de estos derechos de conformidad con su legislación nacional y las obligaciones que hayan contraído en virtud de los instrumentos internacionales pertinentes en esta esfera, sobre todo cuando el niño resultara de otro modo apátrida*”.

³⁷ FºJº 5º.9 de la STS de 6 de febrero de 2014.

³⁸ Aquí encontramos que el **TS** alude claramente al **apartado segundo** del **art 7** de la **Convención Sobre los Derechos del Niños**, de 20 de noviembre de 1989, recién citado en la nota 36.

por ejemplo, de que ninguno de los *padres intencionales* fuese padre biológico) se refiere al acogimiento familiar y la adopción³⁹.

Casi paralelamente, el **26 de junio de 2014**, sólo unos meses después de que se dictase la referida sentencia del **TS**, también el **TEDH** se pronuncia en relación con dos casos que se habían suscitado ambos en una jurisdicción, la francesa, dentro del ámbito de aplicación del **Convenio Europeo de Derechos Humanos**, y que guardan relación con el asunto resuelto por el **TS**, aunque también presentan algunas diferencias.

El **TEDH** da respuesta a las **Demandas 65192/11** (caso *Mennesson c. Francia*) y **65941/11** (caso *Labassee c. Francia*)⁴⁰ emitiendo dos sentencias coincidentes en sus fundamentos de derecho. Como en España, la **GXS** está prohibida en Francia y ello mueve a dos matrimonios franceses, en este caso heterosexuales, a recurrir a esta práctica en los Estados de California y Minnesota, donde es legal. En los

³⁹ En el caso que nos ocupa, el de los dos menores gemelos nacidos por **GXS** en California, resulta realmente exagerado hablar de “*limbo jurídico*”, porque sólo mientras se resolviese la acción de reclamación por paternidad que podría emprender el padre biológico, pudiera predicarse cierta “desprotección”, que, por otra parte, no sería mayor a aquella a la que están expuestos los menores respecto de los cuales se impugnase y anulase su filiación durante el tiempo en que no se determinase otra distinta. Situación diferente sería la de aquellos niños cuyos *padres intencionales* no hubiesen hecho aportación genética, porque la iniciación de un procedimiento de adopción no garantizaría la permanencia de los menores con ellos. Aquí el mecanismo de la constante posesión de estado que, de conformidad con el **art 131** del **CC**, fundamentaría acción para declaración de la filiación, se ofrece insuficiente, dado que sólo posibilitaría que dicha filiación pudiera declararse en relación con únicamente uno de los *padres intencionales*, porque ese mismo precepto exceptúa “*el supuesto en que la filiación que se reclame contradiga otra legalmente determinada*”. Y no hay que olvidar que en otros supuestos sí se encontrarían los menores en auténticos “*limbos jurídicos*”, como ocurre cuando el país en que han sido gestados reconoce la filiación de los *padres intencionales* y, al considerar a los niños como extranjeros nacidos en su territorio, no les concede la nacionalidad, de manera que no obtienen pasaporte para viajar y si éste también les es denegado por el Estado de origen de los comitentes, se convierten en auténticos *singapurenses apátridas*.

⁴⁰ En:

[http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{"languageisocode":\["ENG"\],"appno":\["65192/11"\],"documentcollectionid2":\["CHAMBER"\],"itemid":\["001-145389"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{)

dos casos se lleva a cabo una **GXS plena o gestacional**, esto es, se emplea un óvulo procedente de una donante anónima y semen de cada uno de los maridos de los matrimonios comitentes. En el Registro Civil francés se deniega el acceso a la filiación determinada a favor de cada uno de los matrimonios oponiéndose la excepción del orden público internacional francés. La diferencia en relación con el caso del que conoce el **TS** radica en que las autoridades francesas ignoran incluso la paternidad biológica que en ambos casos concurre, impidiendo que quede determinada la filiación siquiera respecto de los maridos de los matrimonios comitentes. Aunque el **TEDH** no considera vulnerado en estos dos casos concretos el derecho al respeto de la vida familiar reconocido en el **art 8** del **Convenio**⁴¹ — porque, a pesar del no reconocimiento de la filiación a favor de los matrimonios, ello no ha impedido que hayan podido convivir en Francia en unidad familiar, como auténticas familias, siendo sus condiciones familiares comparables a las condiciones en que viven otras familias —, sí aprecia vulneración del derecho a la vida privada de los menores (contenido en ese mismo **art 8**), entendiendo que dicho derecho comprende aspectos relacionados con la identidad de los menores, como la filiación. La indeterminación de la filiación de los menores, de su identidad filial, constituiría una transgresión de su derecho a la vida privada, sobre todo, cuando, como en estos casos, subraya el Tribunal, los menores eran hijos biológicos de cada uno de los cónyuges varones de los matrimonios.

El **TEDH** reconoce que los Estados miembros tienen un amplio margen para regular — de conformidad con los valores morales predominantes en su comunidad — la **GXS**, ya sea prohibiéndola o permitiéndola, y para fijar los

⁴¹ El contenido literal del **art 8** del **Convenio Europeo de Derechos Humanos** es el siguiente: “*Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia*”. En el **apartado segundo** se añade que “*No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención 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*”

efectos jurídicos que ésta tiene en su territorio, pero cuando estos efectos alcanzan, más allá de a los *padres intencionales*, a los menores, debe prevalecer el **ISM**. Dado que la situación en que acaban encontrándose los menores afecta a su identidad y, por ende, a su vida privada, al quedar indeterminada su filiación, ello resulta incompatible con el **ISM**. Por tanto, el margen de apreciación que tendrían los Estados respecto de la **GXS** y la posibilidad que tendrían de adoptar medidas para desalentar el recurso a esta práctica por parte de sus nacionales tendría como límite el **ISM**.

6. El obligado ejercicio de la acción de reclamación de la filiación como sanción civil

Trasladado al ámbito de la jurisdicción española, el fallo del **TEDH** plantea incógnitas, pero parece que podría sostenerse que la regulación actualmente vigente en España sería respetuosa con el **ISM**, pues cuando uno de los *padres intencionales* fuera también padre biológico, no se impediría (a diferencia de lo que habría ocurrido en Francia) la inscripción, más tarde o más temprano, de la filiación a su favor en el Registro Civil (recuérdese que el **art 10.3** de la LTRHA deja a su salvo la acción de reclamación de paternidad). De modo que no se produciría esa indeterminación de la filiación incompatible con el **ISM** a que se refiere el **TEDH**. Además, siguiendo a **Lorenzo Álvarez de Toledo Quintana**, existirían mecanismos para salvaguardar el **ISM**, pues la atenuación del **OPIE** —aunque no se produciría en un grado de intensidad tal que permitiese el reconocimiento casi “automático” de la filiación a favor de los *padres intencionales*— posibilitaría el reconocimiento de efectos periféricos en beneficio de los menores a los que ya se ha hecho referencia (la inscripción de su nacimiento en el Registro Civil⁴²; la atribución de la nacionalidad española; la

⁴² No sólo por efecto del orden público internacional español atenuado, sino también por aplicación del **art 7.1** de la **Convención sobre Los Derechos del Niño**, adoptada por la **Asamblea General de Naciones Unidas** el 20 de noviembre de 1989 y ratificada por el Estado español el 6 de diciembre de 1990, según el cual “*El niño será inscripto inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos.* En realidad, parece que podría sostenerse que la cancelación de la inscripción que ordena el **TS** se referiría únicamente a la

determinación de sus apellidos; el reconocimiento del derecho de alimentos y de los derechos sucesorios, así como la protección que el ejercicio, por parte de los *padres intencionales*, de las funciones propias de la patria potestad les reportaría, en tanto que dichos *padres intencionales* no obtuviesen la determinación de la filiación a su favor). En el caso, pues, de que uno de los *padres intencionales* fuese, además, padre biológico, podría determinarse la filiación respecto de él a partir del ejercicio de la acción de reclamación de la paternidad, y respecto del otro, se haría necesaria resolución judicial constitutiva de la adopción. Y esta última solución apuntada sería también predecible respecto de los casos en que ninguno de los miembros del matrimonio hubiera hecho aporte genético. Parece que todo ello no sería contrario al respeto del **ISM** que exigirían las citadas decisiones del **TEDH**, y, al mismo tiempo no conduciría al menoscenso de los otros valores fundamentales en juego.

Puede oponerse a esta solución que no consistiría más que en obligar a los *padres intencionales* a dar unos absurdos “*rodeos jurídicos*”⁴³ para, en definitiva, acabar llegando a la misma solución o resultado. Pero, si se tratase realmente del mismo resultado nada objetarían los *padres intencionales* y, sin embargo, objetan. Es esto lo que algunos autores reprochan a la redacción del **art 10** de la LTRHA, que, al tiempo que prohíbe la **GXS** en el **apartado primero**, en el **tercero, absurdamente**, estaría ofreciendo una salida legal a aquellos que, a pesar de la

cancelación de la filiación, de modo que podría mantenerse la inscripción del nacimiento, pudiendo reputarse temporalmente la paternidad como “desconocida”, sin que ello afectase a la nacionalidad, ni al régimen del nombre y los apellidos, quedando protegidas de facto las relaciones familiares de los menores.

⁴³ A esos “*rodeos jurídicos*” se refieren autoras como **Pilar Jiménez Blanco**, véase “Maternidad subrogada”, en www.accionenredasturias.org/upload/20140506200415_0.pdf, p.10, o **Ana Suyapa Fernández-Sancho Tahoces** — en “Eficacia jurídico-registral del contrato de gestación subrogada”, *Revista Aranzadi Doctrinal* (BIB 2011\1357), Parte Estudio nº 6/2011: Aranzadi, Pamplona, 2011—, que, a su vez, cita a **DE VERDA Y BEAMONTE**, J. R., “Inscripción de hijos nacidos mediante gestación por sustitución (a propósito de la Sentencia del Juzgado de 1ª Instancia número 15 de Valencia, de 15 de septiembre de 2010)”, *Diario La Ley*, Sección Tribuna, año XXXI, Ref. D-334, nº 7501, 3 noviembre de 2010: LA LEY, pp. 5 y 6.

prohibición, recurriesen a ella: la de la acción de reclamación de paternidad (y la adopción, según el **TS**).

Sin embargo, tales “*rodeos*” tienen un sentido: si esta práctica no es admisible en nuestro sistema — si todavía la prohibición del **art 10** responde a la existencia de unos valores fundamentales generalmente asumidos por la sociedad española —, con dichos “*rodeos*” se estaría tratando de dificultar y desincentivar su uso entre los ciudadanos españoles. No hay que olvidar que los *padres intencionales* habrían incurrido en un **fraude de ley procesal**, buscando un foro de conveniencia que determinase la filiación a su favor, sin importarles la prohibición vigente en el Estado español, y forzando, luego, el reconocimiento de esa filiación en España, apelando al **ISM**, cuando habrían sido precisamente ellos los primeros en obviar dicho **ISM** al colocar a los pequeños en una situación comprometida. Aún siendo razonablemente previsible que se encontrarían con dificultades al volver a su Estado de origen, ello no les habría frenado en su propósito de ser padres, de ahí que, si bien se descartaría que su actuación fuese merecedora de una sanción penal, sí parece que debiera ser objeto de algún tipo de reproche social, de una sanción civil y, qué menos, que sufran las molestias de tener que emprender un procedimiento civil para reclamar la paternidad (si uno de ellos es padre biológico) e instar un procedimiento de adopción en el caso del otro *padre intencional* (o de ambos, si ninguno de ellos hizo aporte genético). Los puntos de conexión que vinculan la situación con el tribunal extranjero que determina la filiación a favor de los *padres intencionales* (aunque éstos son nacionales y residentes en España y también los niños van a residir en el Estado español) son — sólo porque la **GXS** está prohibida en España — la residencia habitual o domicilio de la mujer gestante en el Estado extranjero y el nacimiento de los niños allí. Los *padres intencionales*, sin ninguna conexión previa con aquel foro, huyen del derecho español para conseguir su propósito y, aunque puede y debe acabar admitiéndose, en atención al **ISM**, que los niños permanezcan con la

familia comitente, no puede pretenderse que lleguen aquí y, como si nada, se les reconozca la filiación⁴⁴.

En conclusión, las sentencia del **TS** y del **TEDH** no son necesariamente opuestas, en primer lugar, porque las situaciones resueltas en uno y otro caso no son idénticas, pues el **TS** no niega la posibilidad de acceso al Registro Civil español de la paternidad del cónyuge comitente que participó en la **GXS** con su esperma (como tampoco impide la adopción por parte del otro padre intencional, o de ambos, si ninguno de ellos es padre biológico); y, en segundo lugar, porque podría entenderse que la **STS**, cuando se refiere al **OPIE** atenuado, podría estar admitiendo, si no su atenuación en relación con el efecto esencial de la determinación de la filiación (lo cual equivaldría a la recepción sustantiva⁴⁵ de una institución prohibida), sí un efecto disminuido de ese **OPIE** respecto de otras consecuencias periféricas de la **GXS** que posibilitarían la protección de los menores. Es posible, pues, sin perjudicar a los niños, sancionar a unos *padres intencionales*, que estarían reclamando una modificación de la ley, aunque han demostrado ya que la ley poco les importa y, se ajuste o no a sus deseos, están dispuestos a ignorarla, aunque, eso sí, sólo por el tiempo estrictamente necesario, porque, posteriormente vendrían a exigir todos los beneficios que, precisamente la ley, les reconocería como padres. Las trabas que les dificultarían la obtención de

⁴⁴ Se entiende que las dos dimensiones del **OPIE** que **Lorenzo Álvarez de Toledo Quintana** reprocha a la excepción que opone el **TS** no serían excluyentes, sino oponibles ambas, sólo que en el caso del **OPIE** atenuado la consecuencia sería la no admisión del efecto principal del contrato de **GXS** (la determinación de la filiación a favor de los comitentes), pero no así de los mencionados efectos “periféricos”; mientras que la consecuencia de la operatividad del **OPIE** de proximidad sería el obligado ejercicio de la acción de reclamación de la filiación y, en su caso, la necesidad de promover un procedimiento de adopción, como sanción civil por incurrir en fraude de ley procesal.

⁴⁵ **De Verda y Beamonte** partiendo de la consideración del **art 10** de la LTRHA como norma de orden público, objeta a la Instrucción dictada el 5 de octubre de 2010 por la DGRN que no es que ésta “[...] pretenda atribuir ciertos efectos jurídicos a una institución prohibida por el Derecho español, sino que está proponiendo la recepción sustantiva de la misma, lo que no parece admisible [...].” Véase **DE VERDA Y BEAMONTE**, J.R., “Inscripción de hijos nacidos mediante gestación por sustitución”, *op. cit.*, p. 7.

la pretendida filiación han de servir, pues, como tributo a pagar por la creación artificiosa de un foro de conveniencia para la satisfacción a cualquier precio de sus deseos, y como mecanismo disuasorio que habría de desanimar a otros a seguir sus pasos. Porque, si bien es cierto que la prohibición del **art 10** de la LTRHA no ha impedido que muchas parejas se desplacen al extranjero para contratar una gestación por sustitución no permitida en España, ello no puede conducirnos a concluir que el precepto es ineficaz, pues — al margen de que no por ello ha dejado de ser una práctica minoritaria — lo cierto es que se desconoce cuántas parejas recurrirían a ella de no estar prohibida.

Tras las decisiones del **TS** y del **TEDH** la situación de la **GXS** en España, en principio, parecía iba a mantenerse incierta, porque, como se ha sostenido, no quedaba clara la oposición entre dichas resoluciones y, por otra parte, la del Supremo constituía únicamente una respuesta a un caso concreto⁴⁶, de modo que sólo ordenaba la cancelación de una de las diversas inscripciones registrales que se habían practicado, pudiendo, no obstante, ser aún el resto objeto de impugnación, aunque no se hubiese declarado nula la Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010. Pero, en julio 2014 el Ministerio de Justicia — entendiendo que las resoluciones de junio del **TEDH** venían a establecer la obligatoriedad de inscribir a los bebés nacidos por **GXS** — cursó una instrucción a los consulados españoles, y también a las oficinas del Registro Civil del territorio estatal, ordenando aquellas inscripciones de filiación que habían quedado paralizadas a raíz de la sentencia dictada en febrero de 2014 por el **TS** (calculadas en unas veinte, sin computar las de los *nasciturus*), y anunció también una reforma de la legislación al objeto de regularizar la situación, cuya entrada en vigor se prevé a finales de 2015⁴⁷. De modo que es de esperar que la anunciada reforma, cuando menos, resuelva la cuestión de la inscripción pero está por ver cuál será su

⁴⁶ Cabe señalar que, a pesar de la división en el Pleno de la Sala Primera del Supremo, es significativo que en el recorrido judicial del asunto todos los órganos jurisdiccionales coincidieron en rechazar la **GXS**

⁴⁷ Cfr. **GUTIÉRREZ CALVO**, V. (2014, 10 de julio). “Justicia ordena volver a inscribir a los bebés de “vientre subrogado”. *Elpais.com*, en:

http://sociedad.elpais.com/sociedad/2014/07/10/actualidad/1405018265_507916.html

alcance, esto es: si, en coherencia, se levantará la prohibición del **art 10** de la LTRHA, así como si comprenderá otras previsiones legales necesarias, dada la realidad fáctica; o si persiste la insostenible coexistencia de la prohibición de derecho y la permisión de hecho.

7. Del *Interés Superior del Mercado*

La cuestión de fondo involucrada en toda esta polémica que gira alrededor de la **GXS** es la determinación de la filiación, porque el fin último de aquellos que recurren a esta técnica en el extranjero es precisamente ese: que la filiación de los niños nacidos como consecuencia del contrato que celebran con la mujer gestante se determine a su favor en base a su voluntad de ser padres, que ha sido motor o causa primera de todo un proceso que culmina con la creación de una nueva vida. Y, si bien, puede predicarse la validez en general del criterio de *verdad voluntaria* — frente al que habría de ceder el de *verdad genética* — respecto de las TRHA como la Fecundación in Vitro o la Inseminación Artificial, no puede decirse lo mismo cuando dichas técnicas se emplean para llevar a cabo una **GXS**, esto es, con intervención de una mujer que gesta y da a luz renunciando, por medio de un contrato de **GXS**, a la filiación materna a favor de la otra parte contratante o de un tercero. El dilema se plantea entonces, no simplemente entre la *voluntad procreacional* y la *verdad genética*, sino entre dicha voluntad, la *verdad genética* y la *verdad biológica* (u obstétrica), y la solución que pasa por dar preponderancia a la voluntad no se ofrece entonces suficientemente convincente, lo que explica la irresoluta controversia a la que venimos haciendo referencia a lo largo de este trabajo. Y ello es así porque de camino hacia la consecución del propósito de ser padres que tienen los comitentes en el contrato de **GXS** resulta ineludiblemente envuelta una tercera persona, con un grado de implicación tal que no es comparable al de los meros donantes de células reproductivas.

Es un hecho que la aplicación de los avances científicos en el ámbito de la reproducción humana posibilita la disociación tanto de la sexualidad y la reproducción, como de lo biológico y lo genético, de tal suerte que hoy es posible el sexo sin reproducción y la reproducción sin sexo, así como la maternidad/paternidad de personas que sin la asistencia de las TRHA no podrían

engendrar. Esta compartimentación del proceso reproductivo en componentes independientes conduce a interrogantes en torno a la atribución legal de la filiación, y para dar respuesta a los mismos se ha procedido a llevar a cabo un juicio de ponderación en relación con cada uno de esos componentes, resultando ese nuevo discurso en torno a la filiación en que se da entrada a la voluntad como criterio válido y prevalente a la hora de determinarla cuando deriva de las TRHA. En este sentido **Eleonora Lamm** afirma que “[...] *el elemento volitivo adquiere importancia superlativa en la filiación derivada de las TRA, de modo que cuando en una misma persona no coinciden el elemento genético, el biológico y el volitivo, se debe dar preponderancia al último.*”⁴⁸. La autora alude claramente a un supuesto de **GXS plena o gestacional** (también llamada heteróloga), pues es éste el único supuesto en que esos tres elementos a los que se refiere no concurren en una misma persona, acogiendo plenamente la *teoría de la intención* que — a propósito del caso *Johnson contra Calvert* — formuló en 1993 la Corte Suprema californiana y que inclinó la balanza, en ese juicio de ponderación, a favor de la intención de criar al niño como propio. Sin embargo, la **GXS** presenta unas peculiaridades que la hacen merecedora de un tratamiento jurídico específico y diferenciado.

Hoy son muchas las voces⁴⁹ que, junto a la de la citada autora, se alzan en favor de una redefinición de la filiación oponiendo al criterio de veracidad biológica que acoge nuestro ordenamiento jurídico el de la *voluntad procreacional* en lo que se refiere a la filiación derivada de las TRHA. Se sostiene que la aplicación de dichas técnicas obliga a una revisión de la noción de filiación y justifica el reconocimiento legal de una tercera categoría de filiación, un *tertius genus* que habría de sumarse a las dos categorías ya existentes en nuestro ordenamiento

⁴⁸ **LAMM**, Eleonora, “La importancia de la voluntad procreacional en la nueva categoría de filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida”, en *Revista de Bioética y Derecho*, ISSN 1886-5887, nº 24, enero de 2012: Publicación del Máster en Bioética y Derecho de l’Observatori de Bioètica i Dret de la Universitat de Barcelona, p. 81, en: www.bioeticayderecho.ub.es

⁴⁹ Entre otras, las de Mª José García Alguacil; Antonio J. Vela Sánchez; Daniel Borrillo, Jesús Flores Rodríguez, o Silvia Tamayo Haya.

jurídico: la filiación por naturaleza y la filiación adoptiva. Y, ciertamente, cuando el elemento biológico y el volitivo coinciden en una misma persona — esto es, cuando la mujer gestante es también aquella que tiene la intención de criar al niño/a, de ejercer las funciones de madre —, y lo que se plantea es si el elemento genético aportado por tercero o terceros debe tener o no relevancia en la determinación de la filiación, no habría nada que objetar a la prevalencia de la voluntad puesto que ésta entraña también, dada la reunión de la voluntad y la biología, la prevalencia del factor biológico. Entonces, ante la duda en torno a la atribución de la filiación, sopesando, por un lado, esa conjunción de lo biológico e intencional frente a, por otro lado, el factor genético — si concurre intervención de tercero o terceros — la respuesta ha de inclinarse por descartar lo genético como criterio determinante. Esa contribución genética del tercero o terceros se reduce a una mera operación puntual por la que se desprende/n de células reproductivas que son físicamente separables de su organismo, sin asumir con ello ningún riesgo vital, sin implicación físico-emocional y sin más participación posterior en todo el grueso del proceso de creación de vida.

Sin embargo, dado el supuesto de **GXS** contemplado por **Eleonora Lamm** al que se acaba de hacer referencia, la voluntad de los *padres intencionales* (incluso en el supuesto de ir acompañada de aporte genético) resulta sobrevalorada, porque hay en la **GXS** un factor distintivo, demasiado relevante como para ser obviado, de tal forma que no es posible su asimilación a ese nuevo *tertius genus*, basado en la voluntad, cuyo reconocimiento legal se reclama. En la **GXS** — como bien apuntó en 1993 la magistrada **Joyce Luther Kennard** en su voto disidente a la sentencia que resolvió el caso *Johnson contra Calvert*⁵⁰ — mujer gestante y feto constituyen una sola unidad física, de tal forma que el bienestar de cada uno está entrelazado y es inseparable. El feto nunca se convertiría en un ser viviente de no ser por la alimentación y cuidados que le proporciona la mujer embarazada, sobre quien recae todo el peso del proceso de procreación.

⁵⁰ Cfr. *Sentencia de la Supreme Court of California, de 20 de mayo de 1993*, caso *Johnson v. Calvert*, en <http://faculty.law.miami.edu/zfenton/documents/Johnsonv.Calvert.pdf>

No debe perderse de vista que — por más que los avances científicos hayan posibilitado que el ser humano tenga hoy una capacidad de control sobre su propia reproducción que hasta hace sólo unos decenios no era más que materia de ciencia ficción — no es posible, al menos de momento, la recreación artificial del útero femenino, de forma que en el proceso de creación de la vida humana que tiene su origen en la voluntad de un individuo o una pareja, y que requiere ineludiblemente de la participación de una mujer (ajena a ese individuo o pareja) que geste y dé a luz, dicha *voluntad procreacional* originaria se ha de complementar necesariamente con la voluntad, si no de ser madre, sí de procrear de esa mujer gestante. Y, lo más importante, es imprescindible la fase de gestación que tiene lugar en el cuerpo mismo de ésta — nada más y nada menos que durante 9 meses —, así como el parto. Si durante ese período de gestación se atribuye ya la filiación legal a los *padres comitentes*, como viene sucediendo en Estados como el de California, por sentencia dictada allá por el quinto o sexto mes de embarazo, en el marco del *pre-birth-judgement*, ello equivale tanto como a admitir que los comitentes en el contrato de GXS son *padres* antes del parto, de modo que, su filiación se predica respecto de un feto y no de una persona jurídica, pues ésta todavía no existe⁵¹. Lo cual nos lleva a una conclusión inadmisible: se reconoce la

⁵¹ De conformidad con el **art 30** del CC “*La personalidad se adquiere en el momento del nacimiento con vida, una vez producido el entero desprendimiento del seno materno*”. De modo que el “*nacimiento con vida*” y el “*entero desprendimiento del seno materno*” son requisitos para adquirir la personalidad y, mientras no tiene lugar la rotura por completo del cordón umbilical, el feto humano no alcanza la completa independencia del claustro materno del que se desprende y, por tanto, no adquiere personalidad civil. En esta misma línea, el TC, en su *Sentencia 53/1985, de 11 de abril* (concretamente en el **FºJº 5.c**), si bien manifestó que la vida es una realidad desde el inicio de la gestación, también añadió que “*tiene particular relevancia el nacimiento, ya que significa el paso de la vida albergada en el seno materno, a la vida albergada en la sociedad*” y, aunque “*la vida del nasciturus, en cuanto éste encarna un valor fundamental — la vida humana — garantizado en el art 15 de la CE, constituye un bien jurídico cuya protección encuentra en dicho precepto su fundamento constitucional*”, no por ello puede decirse que el concebido aún no nacido sea titular del derecho fundamental a la vida. Así que, a pesar de que el TC reconoció que había ya vida tras la concepción, entendió que no correspondía aún atribuir al *nasciturus* la titularidad del derecho a la vida (**FºJº 7**), en tanto que no nacido y, en consecuencia, no persona.

condición de *padres* a unos sujetos respecto del *nasciturus*, cuando ni siquiera en la filiación natural la mujer es madre mientras no ha dado luz; y, más aún, si ese reconocimiento comporta ya también la atribución de algún derecho sobre el feto, ello equivale tanto como a atribuir a esos *intended parents* derechos sobre el cuerpo mismo de la mujer gestante, porque éste (el *nasciturus*) es aún parte de ella misma. En definitiva, al ser el útero inseparable del cuerpo femenino, no puede darse a la **GXS** un tratamiento similar al que se daría a una mera cesión o donación de órganos o células reproductivas.

Antes de la irrupción de las TRHA las dudas acerca de a quién correspondía imputar la filiación legal se resolvieron jurídicamente acudiendo a criterios como el del hecho del parto, las presunciones de paternidad o el reconocimiento, sin atribuir relevancia alguna a la voluntad. Las máximas expresiones de su irrelevancia en nuestro sistema son la imposibilidad de la madre de desconocer al hijo biológico⁵², así como la posibilidad de imponer la paternidad coactivamente⁵³. Y ni siquiera en la ficción jurídica de la filiación adoptiva, creada a semejanza de la filiación natural, la voluntad, con toda su importancia, era y es determinante, porque, la finalidad de dicha institución jurídica, no consiste en dar un niño a una familia, sino una familia a un niño, y de ahí que el **art 176.1** del **CC** prevea que “*La adopción se constituye por resolución judicial,*

Tales fueron, por cierto, las consideraciones que condujeron al **TC** a declarar la constitucionalidad del proyecto de ley orgánica despenalizadora del aborto de la que entonces conocía.

⁵² Recuérdese que la *Sentencia de la Sala Primera del TS de 21 de septiembre de 1999*, RGD 1999, nº 663, p. 14225, derogó por inconstitucionalidad sobrevenida las normas de la regulación registral que posibilitaban la ocultación de la identidad de la madre biológica por su propia voluntad. En el FºJº 5º de dicha sentencia se establece que el sistema diseñado por el **art 47.1º** de la *Ley de Registro Civil* de 1957 y los **arts. 167, 182 y concordantes** del **RRC**, por los que se posibilitaba el desconocimiento de la maternidad extramatrimonial “*pugnan con el principio de libre investigación de la paternidad y con el de igualdad además de erosionar gravemente el artículo 10 [de la CE] al afectar a la dignidad de madre e hijo*”

⁵³ Recuérdese igualmente la *STC (Sala Primera) 7/1994, de 17 de enero, RTC|1994|7*, según la cual “[...] en los juicios de filiación prevalece el interés social y el orden público que subyace en las declaraciones de paternidad, en las que están en juego los derechos de alimentos y sucesorios de los hijos, objeto de especial protección por el art 39.2 de la CE [...]”

que tendrá en cuenta siempre el interés del adoptado y la idoneidad del adoptante o adoptantes para el ejercicio de la patria potestad.”.

En la determinación de la filiación legal derivada de la **GXS**, igual que en la natural, tampoco la voluntad, con toda la volatilidad que la caracteriza, puede ser el criterio determinante. Es cierto que ni el factor genético, ni el parto convierten a la mujer en madre en el sentido amplio y no jurídico del término, pero menos aún el mero deseo o intención (que no derecho), como tampoco la mera intención de robar hace al ladrón. Sin embargo, en la disyuntiva entre uno u otro elemento, como medio de determinación de la maternidad legal, el parto sigue siendo prueba válida, si no de maternidad en el sentido que se acaba de apuntar, sí de un vínculo que durante 9 meses ha existido entre el neonato y la mujer gestante (que no los *padres intencionales*), y que resulta crucial y definitivo en la culminación del proceso de creación de una nueva vida. Constituye, pues, el parto, una realidad material, un hecho que sirve de referente objetivo y seguro que permite establecer, de forma directa, inmediata e indubitada, el nexo que necesariamente ha de crearse, una vez fuera del útero, entre el recién nacido, completamente dependiente, y alguien a quien pueda corresponder y atribuirse su cuidado, al menos, en el momento más inmediato al parto. Es la madre gestante quien hasta el instante del parto se ha encargado de ese cuidado e, incluso, tras él, está físicamente preparada para procurarle alimento de forma autónoma en los primeros días de vida. De ahí que, de entre todas las posibles madres, la “genética”, la “volitiva” y la “gestante”, deba prevalecer esta última como la legal, por ser la que hasta entonces ha mantenido el más estrecho vínculo con el menor, tan estrecho que hasta el momento de dar a luz formaban un mismo ser. Poco peso o ninguno tendría, o debiera tener, la voluntad de los *padres intencionales*, si, aun habiéndose determinado ya la filiación a su favor, en el supuesto de arrepentimiento de la mujer gestante, la voluntad de ésta fuese la de interrumpir su embarazo o desatender las necesidades del feto. Y el propio contrato de **GXS**, al comprender la renuncia de la mujer gestante a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero, encierra en sí mismo el reconocimiento implícito de que la gestación y el parto son tan determinantes que, de no mediar dicha renuncia, lógicamente correspondería a la mujer gestante esa

filiación legal, de otra manera, no sería necesario que hiciera dejación explícita de unos derechos que no tiene.

Si lo que en verdad preocupa es el **interés superior del menor** no puede admitirse una práctica que es *per se* contraria a éste, dado que su punto de partida es un contrato que, además de no ser precisamente paradigma de contratación entre iguales, cosifica al menor, al tiempo que a la capacidad reproductiva, que ha sido y es (por ahora al menos) exclusiva de la mujer, convirtiéndolos a ambos en objeto de comercio y despojándolos de su dignidad humana. Frente a lo mucho que cuesta a la mujer zafarse del lastre del rol de cuidadora principal de los hijos que, todavía en la sociedad del siglo XXI, le atribuyen los estereotipos de género, sorprende lo fácil que resulta, en cambio, reducir a la nada su capacidad única de traer al mundo a un/a hijo/a⁵⁴. Y, mientras se tildan poco menos que de *rancias* las viejas reglas de la filiación, según las cuales la madre es aquella que da a luz — porque la gestación y el consiguiente parto habrían sido, hasta la aparición de las TRHA, precisamente la prueba más cualificada de la, considerada todavía más fundamental, relación genética —, el discurso de la *filiación intencional o social*, esconde una verdad más *rancia* aún: la defensa, con todo, y en el fondo, no ya de una prueba cualificada, sino de la certeza, hoy posible, de los lazos genéticos entre

⁵⁴ Como señala **Beatriz Gimeno** “Está claro que las resistencias a la comercialización absoluta de los cuerpos es mucho menor en el caso de los cuerpos femeninos, lo que no es extraño si pensamos que vivimos en una cultura que históricamente y hoy más que nunca comercializa los cuerpos femeninos de múltiples maneras y con multitud de excusas; la más usada es la que describe esta venta como una práctica de empoderamiento. Pues de la misma manera que tener que vender la propia sangre no empodera, que vender unas corneas no empodera, que trabajar por 600 euros en lugar de por nada no empodera... vender el útero o los óvulos tampoco lo hace. La prueba es que ninguna rica se someterá nunca a ello, así que la cuestión de la clase es, además de la de género, la cuestión absolutamente determinante en esta transacción, que es pura explotación. O nos resistimos con todas nuestras fuerzas a que el cuerpo humano sea una mercancía más y a que el mercado compre y venda nuestros cuerpos, o en poco tiempo no estaremos siquiera hablando de la fuerza de trabajo como mercancía, sino que tendremos que retomar el lenguaje puro y duro de la esclavitud”. Cfr. **GIMENO, Beatriz**. “Vientres de alquiler en “El País”: gato por liebre”, 2 de mayo de 2014, en <http://www.elplural.com/opinion/vientres-de-alquiler-en-el-pais-gato-por-liebre/>.

los *padres intencionales* y el hijo que resulta de la **GXS**; con el añadido del menosprecio absoluto del trascendental proceso de gestación y alumbramiento.

Si, se insiste, de lo que se trata es de asegurar la prevalencia del **interés superior del menor**, el remedio que se ofrece como el adecuado para evitar que éste quede a merced de algo tan voluble como la voluntad de unos y otros, así como de todos los imponderables que pueden surgir a lo largo de la vida del contrato (como pudiera ser, por poner un ejemplo, el fallecimiento de los comitentes), es precisamente la aplicación del clásico principio *mater semper certa est*. Con la descomposición del proceso reproductivo posibilitada por el uso de las TRHA, se favorece como nunca que el menor pueda quedar en una indeseada situación de desamparo, porque, al hacer posible la atribución de la condición de madre hasta a 3 personas distintas⁵⁵, paradójicamente se hace también posible que cualquiera de ellas, alegando no serlo enteramente, pueda eludir responsabilidades. El mecanismo para evitar la desprotección del menor es precisamente que aquella mujer que se preste a gestar y parir no pueda desentenderse de la gran responsabilidad que entraña la labor de reproducción que lleva a cabo. La decisión consciente de gestar y dar a luz, en tanto que decisión de crear una nueva vida, es inseparable de la asunción de responsabilidades respecto de esa vida. El compromiso, pues, más importante que adquiere la mujer gestante en el contrato de **GXS** no es, en contra de lo que pueda parecer, para con los comitentes, sino para con la nueva vida que resultará de todo ello. La atribución de la maternidad legal en primera instancia a la mujer gestante obliga a la renuncia *a poterius*, y no *a priori*, lo cual es lo acertado, porque es sólo después del parto, cuando ella puede conocer a qué estaría renunciando exactamente. Pues no es cierto que la renuncia previa equivalga al consentimiento consciente y libre por el sólo hecho de que ésta haya tenido lugar en sede judicial. Ese consentimiento consciente y libre sólo puede ser prestado tras el parto. Si respecto de la mujer que gesta de manera natural sólo es admisible la renuncia a la filiación después de dar a luz y,

⁵⁵ Actualmente incluso hasta a 4 mujeres, pues, dado que es posible que el gameto femenino combine el núcleo del óvulo de una mujer y el citoplasma del óvulo de otra (con una pequeña aportación de ADN), podría hablarse de 2 madres genéticas. Cfr. http://elpais.com/elpais/2015/02/03/ciencia/1422963738_504035.html

aún más, transcurridos los preceptivos 30 días de reflexión, no puede negársele ese mismo derecho, en el marco de un contrato de **GXS**, a la mujer que gesta y pare, pero, sobre todo, al menor.

El consentimiento que se predica consciente y libre por el hecho de haberse prestado en el marco de un procedimiento judicial no es tal, no sólo porque el desequilibrio de las partes contratantes haga recaer sobre él la sombra de la duda⁵⁶, sino por su carácter de irrevocable y previo al nacimiento, que es el momento a partir del cual es posible la plena conciencia del alcance de la renuncia. Dicha renuncia previa se aparece, pues, como mecanismo que asegura la satisfacción del interés, no del menor, sino de unos individuos reducidos a su condición de consumidores en un mercado surgido alrededor de los contratos de **GXS**, en que la reproducción humana y su fruto se ofertan como un producto más, con las garantías, además, de haberse sometido a los más estrictos “*controles de calidad*”⁵⁷. De postergarse la renuncia de la madre a un momento posterior al parto, como ocurre en la adopción, el mercado se resentiría, al no ofrecer a los consumidores garantía de la consecución de su propósito, de ahí que se asegure

⁵⁶ De nuevo, **Beatriz Gimeno** subraya que “[...] nadie gesta el hijo de un completo desconocido, con los enormes costes de salud y psicológicos que esto tiene, si no hay precio por medio, si no se necesita el dinero [...]”, en **GIMENO**, Beatriz, *op. cit.*

⁵⁷ **Joan Cerdà Subirachs** se refiere a la **GXS** como “[...] la última frontera para que las personas que quieran ser padres sin recurrir —por impedimento o sin él— a otras formas o a la adopción; todo ello con el valor añadido de la posibilidad de que el hijo porte su material genético y sea fruto de una gestación y alumbramiento con todas las garantías sanitarias, algo que a menudo no ocurre en el caso de las adopciones. Creemos que la maternidad subrogada se presente así como una **alternativa de diseño** a la adopción. Desde la perspectiva de los pudientes del mundo occidental la maternidad subrogada se visualiza como un first class en relación a la adopción en general y a la internacional en particular. Frente a la adopción, la maternidad subrogada supone la posibilidad de ser padre de un bebé sanitariamente controlado al que se tiene acceso desde el primer momento y que, en la mayoría de los casos, porta material genético propio”. Véase **CERDÀ SUBIRACHS**, Joan. “La insostenible legalización de facto de la maternidad subrogada en España. A propósito de la instrucción de 5 de octubre de 2010 de la DGRN”. *Abogados de Familia*, Sección Tribuna Abierta, nº 60, Segundo trimestre de 2011: LA LEY

que ésta se produzca previa e irrevocablemente. La *teoría de la intención*, al otorgar prevalencia, ante todo, a la voluntad del *consumidor* y asimilar la renuncia de la mujer gestante al consentimiento consciente y libre, se antoja entonces como la solución más conveniente al **interés del mercado**, como respuesta construida a la medida de éste. La reproducción humana queda, así, sujeta, más allá de a los dictados de la ciencia, a la lógica y los dictados del mercado. Por todo ello, ha de sostenerse que el principio de *veracidad biológica* es también plenamente válido respecto de la filiación derivada de la **GXS**. Luego de la determinación primera de la maternidad legal en favor de la madre gestante, cabe el ejercicio de la acción de paternidad, si uno de los comitentes aportó material genético y, el seguimiento de un procedimiento de adopción, al menos respecto de aquel comitente que no pueda ejercitar dicha acción. Y no es admisible la recepción de facto de la **GXS** por la vía de la inscripción de la filiación en el Registro Civil sin el recurso necesario a esos dos mecanismos legales a los que se acaba de hacer mención, porque ello supondría acoger la doctrina de los actos consumados; como tampoco puede servir de argumento bastante en favor de su legalización que se trate de una práctica que se viene realizando, porque ello nos conduciría al absurdo de legalizar todo aquello que, a pesar de estar prohibido, no deja de producirse. Sin embargo, parece que no puede postergarse por mucho más tiempo, aun en caso de mantenerse la prohibición, la elaboración de una regulación, tanto interna, como internacional, que provea a las autoridades administrativas y, sobre todo, al poder judicial, de unas pautas mínimas en relación con las situaciones transnacionales que se están produciendo, así como de aquellas que puedan derivarse de ellas, al objeto de dar una solución uniforme y que redunde en beneficio de la seguridad jurídica.

8. Conclusión

La prohibición del contrato de **GXS** en el ordenamiento jurídico español y la admisión, sin embargo, de la inscripción en el Registro Civil de la filiación que de él resulta, determinada en el extranjero a favor de los *padres intencionales*, conduce a la recepción sustantiva, de facto, del contrato prohibido, al satisfacerse el fin último por él buscado. Con todo, se produce una indeseable disfunción en el

sistema que exige la armonización de la exigua regulación actualmente existente y la realidad fáctica, labor que corresponde al legislador (tanto interno, como internacional) y que parece que no puede seguir rehuyéndose por mucho más tiempo, dados el progresivo aumento de la celebración de estos contratos en el extranjero, y la carencia de unas herramientas legales específicas que posibiliten que Jueces y Registradores adopten, en pro de la seguridad jurídica, soluciones uniformes respecto de sus efectos. No obstante, la reacción jurídica al fenómeno no necesariamente pasa por el levantamiento de la prohibición del referido contrato (salvo que mayoritariamente se considere moralmente admisible), pues, como se ha sostenido, la singularidad de la **GXS** la aleja del resto de TRHA y permite afirmar la plena vigencia del principio de veracidad biológica en lo que a esta práctica se refiere (como en el caso de la filiación por naturaleza). En relación con la determinación de la filiación a favor de los *padres intencionales*, la propia LTRHA ofrece la acción de reclamación de esta filiación (prevista en el **CC**) a aquellos que hayan hecho aporte genético en la reproducción (**art 10.3**), y en la **STS de 6 de febrero de 2014** se apunta a la adopción como posible solución en relación con aquellos que, por el contrario, no hayan aportado sus células reproductivas. Ambos mecanismos se ofrecen también aptos para cumplir una función sancionadora de carácter civil, en relación con la artificiosa transnacionalidad de la situación creada y el recurso al foro de conveniencia por parte de quienes han mostrado un notorio desprecio por la ley, sanción civil que puede producir, a su vez, un cierto efecto disuasorio.

Sin embargo, la insuficiencia de la previsión del citado precepto legal y de la, hasta el momento, única sentencia del **TS**, cuya función, por otra parte, no consiste en legislar, es clamorosa. La preceptiva observancia del **ISM** exige, incluso en el supuesto del mantenimiento de la prohibición del contrato, la previsión legal de los efectos de una aplicación atenuada del **OPIE**, de manera que — sin dar entrada a la figura prohibida en el sistema — los menores involucrados no resulten expuestos a una situación comprometida. De ahí la necesidad de una extensa reforma legislativa en materia de filiación que:

- además de comprender la especificidad de la **GXS** (previendo, si se quiere, un procedimiento de adopción *sumario*, al objeto de no gravar tampoco en exceso a los *padres intencionales* que no hayan contribuido a la procreación con sus células reproductivas, confiriendo así proporcionalidad a la sanción civil que constituiría el obligado tránsito judicial para la obtención de la sentencia constitutiva de adopción);
- podría también actualizar la regulación vigente relativa al resto de TRHA, de forma que incluyese una clara configuración de ese *tertius genus* que algunos reclaman se agregue a las categorías de la filiación natural y adoptiva existentes, con fundamento en la *voluntad procreacional*, e incorporándolo incluso en el propio **CC**;
- y debiera, además, alcanzar otros ámbitos jurídicos, como el de los permisos y prestaciones económicas por maternidad y paternidad, previstos en la regulación en materia Laboral y de la Seguridad Social, y que todavía hoy — transcurridos ya casi 10 años desde la legalización del matrimonio homosexual — adolece de una falta de acomodo a esa realidad social que vino a reconocerse con la histórica reforma operada en el **CC** en el verano de 2005.

9. Bibliografía

ALBERT MÁRQUEZ, Marta, “Los contratos de gestación de sustitución celebrados en el extranjero y la nueva ley del Registro Civil”, *Diario LA LEY*, nº 7863, Sección Doctrina, año XXXIII, Ref. D-209, 22 de mayo de 2012: LA LEY (La Ley 5137/2012).

ALKORTA IDIAKEZ, Itziar, “La regulación jurídica de la maternidad subrogada”, en *Subrogación uterina: análisis de la situación actual*, ISBN 978-84-693-7944-8: Fundación Víctor Grífols i Lucas., 20 diciembre de 2010, pp. 72-80, en: http://www.fundaciongrifols.org/portal/es/2/7353/ctnt/dD10/_/_5btu/03-La-subrogaci%E2%80%94n-uterina-an%E2%80%A1lisis-de-la-situaci%E2%80%94n-actual.html [consultado 08/02/2015, 14:30 h.].

ÁLVAREZ DE TOLEDO QUINTANA, Lorenzo, “El futuro de la maternidad subrogada en España: entre el fraude de ley y el correctivo del orden público internacional”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, ISSN 1989-4570, Revistas UC3M: Servicio de edición digital, Universidad Carlos Tercero de Madrid, Vol. 6, nº 2, octubre de 2014, p. 37, en: www.uc3m.es/cdt [consultado el 14/02/2015, 19:19 h.].

ÁLVAREZ GONZÁLEZ, Santiago, “Reconocimiento de la filiación derivada de gestación por sustitución”, [academia.edu](http://www.academia.edu/4494552/Reconocimiento_de_la_filiaci%C3%B3n_derivada_de_gestaci%C3%B3n_por_sustituci%C3%B3n), 2013, en: http://www.academia.edu/4494552/Reconocimiento_de_la_filiaci%C3%B3n_derivada_de_gestaci%C3%B3n_por_sustituci%C3%B3n [consultado el 08/02/2015, 21:16 h.].

ARÁMBULA REYES, Alma, “Maternidad subrogada”, *Centro de Documentación, Información y Análisis*: Dirección de Servicios de Investigación y Análisis. Subdirección de Política Exterior. Cámara de Los Diputados, LX Legislatura, México, 2008.

BAKER, Hannah (Senior Legal Officer at the Permanent Bureau), “A preliminary report on the issues arising from international surrogacy arrangements”; Preliminary Document, nº 10, March of 2012, for the attention of the Council of

April 2012 on General Affairs and Policy of the Conference: Permanent Bureau. General Affairs and Policy. Hague Conference on Private International Law, en: <http://www.hcch.net/upload/wop/gap2012pd10en.pdf> [consultado el 09/02/2015, 15:38 h.].

BARBER CÁRCAMO, Roncesvalles, “La legalización administrativa de la gestación por sustitución en España (Crónica de una ilegalidad y remedios para combatirla)”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, número 739, Septiembre de 2013, pp. 2905–2950, en: <http://vlex.com/vid/486351314> (Id. vLex: VLEX-486351314) [consultado el 3 de febrero de 2015].

BARBÓ, Jorge, “Los hijos más deseados: un centenar de vascos son padres cada año con “vientres de alquiler”, *elcorreo.com*, Bizkaia, 10 de marzo de 2015, 19:59 h., en: <http://www.elcorreo.com/bizkaia/sociedad/201503/08/hijos-deseados-centenar-vascos-20150306121026.html> [consultado el 13/03/2015, 15:29 h.]

BARRÓN ARNICHES, Paloma, “La posibilidad de inscribir en el Registro Civil español a los nacidos en el extranjero, de una madre de alquiler”, dentro del proyecto de investigación titulado “El Proyecto de Marco Común de Referencia (Libros II y IV: Comentario Académico desde el Derecho Contractual español” (MICINN DER2009-13269-C03-01) y en las actividades del grupo de investigación consolidado de la Generalitat de Catalunya AGAUR nº 2009 SGR 689, en: <http://repositori.udl.cat/bitstream/handle/10459.1/46980/015073.pdf?sequence=1> [consultado el 03/02/2015, 14:15h.].

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo, “Paradojas de la vida”, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, Parte Tribuna, ISSN 2174/1840, Vol. 2, nº 3/2014: Aranzadi, S.A., Pamplona, 2014, pp. 19-23

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo, “Hijos “made in” California”, *Aranzadi civil: revista quincenal*, ISSN 1133-0198, ISSN-e 1139-0638, nº 3/2009: Aranzadi, S.A., Pamplona, 2009, pp. 2117-2119.

BOADA, Montserrat; **COROLEU**, Bonaventura, “Aspectos medicobiológicos de la subrogación uterina”, en *Subrogación uterina: análisis de la situación actual*: Fundación Víctor Grífols i Lucas, ISBN 978-84-693-7944-8, 20 diciembre de 2010, pp. 10-23, en:
http://www.fundaciongrifols.org/portal/es/2/7353/ctnt/dD10/_/5btu/03-La-subrogaci%80%94n-uterina-an%80%A1lisis-de-la-situaci%80%94n-actual.html [consultado 08/02/2015, 14:30 h.].

BORRILLO, Daniel; **FLORES RODRÍGUEZ**, Jesús, “La reforma del Derecho de familia en Francia. A propósito del proyecto de Ley nº 344 de 7 de noviembre de 2012, de apertura del matrimonio a las parejas del mismo sexo”, *Actualidad Civil*, Sección A Fondo, Tomo I, nº 4, abril de 2013: LA LEY (La Ley 1551/2013).

BRUNET, Laurence; **CARRUTHERS**, Janeen; **DAVAKI**, Konstantina *et alii*, “El régimen de subrogación en los Estados miembros de la UE” (PE 474.403): Departamento Temático C: Derechos de los Ciudadanos y Asuntos Constitucionales. Parlamento Europeo, mayo de 2013, pp. 3 y 4, en:
<http://www.europarl.europa.eu/studies> [consultado 09/02/2015, 16:30 h.].

CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., “Filiación”, en **CALVO CARAVACA**, A.-L., **CARRASCOSA GONZÁLEZ**, J. (Dirs.). *Derecho Internacional Privado*, Vol. II, 11^a ed., Granada: Comares, 2010, pp. 194-199.

CERDÀ SUBIRACHS, Joan, “La insostenible legalización de facto de la maternidad subrogada en España. A propósito de la instrucción de 5 de octubre de 2010 de la DGRN”, *Abogados de Familia* (LA LEY), Sección Tribuna Abierta, nº 60, Segundo trimestre de 2011: LA LEY (La Ley 4893/2011).

CORERA IZU, Martín, “Abandonados, apátridas y sin padres”, *Diario La Ley*, Sección Doctrina, ISSN 1989-6913, Año XXXV, nº 8345, 2 de julio de 2014: LA LEY (La Ley, 4360/2014), en: <http://laleydigital.laley.es> [consultado el 26/01/2015, 00:24 h.]

DEL BARRIO, Ana; **IZEDDIN**, Daniel (video), “”Entran más niños en España por vientre de alquiler que mediante la adopción””, *elmundo.es*, Madrid, 29 de octubre de 2014, 15:17h., en:
<http://www.elmundo.es/solidaridad/2014/10/29/544dee1a22601d0b0e8b456c.html>
[consultado el 31/01/2015, 23:56 h.]

DE VERDA Y BEAMONTE, J. R., “Inscripción de hijos nacidos mediante gestación por sustitución (a propósito de la Sentencia del Juzgado de 1^a Instancia número 15 de Valencia, de 15 de septiembre de 2010)”, *Diario La Ley*, Sección Tribuna, año XXXI, Ref. D-334, nº 7501, 3 noviembre de 2010: LA LEY, pp. 5 y 6.

DÍAZ ROMERO, M^a del Rosario, “La gestación por sustitución en nuestro ordenamiento jurídico”, *Diario La Ley*, Sección Doctrina, año XXXI, Ref. D-378, nº 7527, 14 de diciembre de 2010: LA LEY (La Ley 13778/2010).

DURÁN AYAGO, Antonia, “Los vientres de alquiler”, *Actualidad Jurídica Aranzadi* (BIB 2014\960), parte Cara, Vol. 23, nº 881/2014: Aranzadi, S.A., Pamplona, 2014, en:
<http://aranzadi.aranzadidigital.es.are.uab.cat/maf/app/document?docguid=Ib2f39220bade11e395e701000000000&srguid=&src=withinResults&spos=1&epos=1&displayid=&publicacion=&clasifi> [consultado 30/01/2015, 00:00 h.]

DURÁN AYAGO, Antonia, “Valoración del proyecto presentado por el gobierno para regular la filiación de los niños nacidos por gestación subrogada”, *Red de Investigación Sobre Gestación Subrogada*, Patrocinador: Interfertility-Agencia de gestación subrogada desde España, en: <http://www.gestacion-subrogada.com/valoracion-proyecto-de-ley-registro> [consultado el 13/02/2015, 20:32 h.]

DURÁN RIVACOBA, Ramón, “Anonimato y derecho a la identidad del hijo. Decisiones judiciales encontradas sobre reserva de identidad en los casos de madre soltera y donante de esperma”, *Revista Ius et Praxis*, versión online, ISSN 0718-0012, año 16, nº 1, 2010, pp. 3-54, en:
http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-

[00122010000100002&lng=en&nrm=iso&tlang=en](http://www.elcorteingles.es/00122010000100002&lng=en&nrm=iso&tlang=en) [consultado el 12/02/2015, 00:50 h.].

E.P., “El Registro Civil inscribe por primera vez a unos gemelos de “madre de alquiler”, *elpais.com*, Madrid, 31 de marzo de 2013, 14:17 h., en: http://sociedad.elpais.com/sociedad/2013/03/31/actualidad/1364732233_808362.html [consultado el 13/02/2015, 20:32 h.].

FARNÓS AMORÓS, Esther, “Inscripció a Espanya de la filiació derivada de l'accés a la maternitat subrogada a Califòrnia. Qüestions que planteja la Resolució de la DGRN de 18 de febrer de 2009”, *InDret*, nº 1, Barcelona, 2010, en http://www.indret.com/ca/dret_de_la_persona_i_famlia/17/?&sa=1&fc=45&sn=16 [consultado 12/10/2014, 11:11 h.].

FERNÁNDEZ-SANCHO TAHOCES, Ana Suyapa, “Eficacia jurídico-registral del contrato de gestación subrogada”. *Revista Aranzadi Doctrinal* (BIB 2011\1357), Parte Estudio, nº 6/2011: Aranzadi, S.A., Pamplona, 2011, [consultado el 29/01/2015, 17:20 h.]

FLORES RODRÍGUEZ, Jesús, “Nuevas formas de familia, filiación y reproducción asistida”, *Actualidad Civil*, Sección Estudios de Jurisprudencia, T. I, nº 5, mayo 2014, p. 541: LA LEY (La Ley 2230/2014).

GARCÍA ALGUACIL, M^a José, “¿Incoherencia legislativa o despropósito judicial?: A propósito de la STS de 6 de febrero de 2014”. *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, (BIB 2014\1538), parte Comentario, nº 3/2014: Aranzadi, S.A., Pamplona, 2014, en: [http://aranzadi.aranzadidigital.es.are.uab.cat/maf/app/document?docguid=Ie253bc60e22611e3a55d010000000000&srguid=i0ad6007a0000014d1ace614de8aca101&src=withinResults&spos=2&epos=2&displayid=&publicacion=&clasificationMazazines=&fechacomun=&numeropub-tiponum="> \[consultado 29/01/2015, 21:17 h.\].](http://aranzadi.aranzadidigital.es.are.uab.cat/maf/app/document?docguid=Ie253bc60e22611e3a55d010000000000&srguid=i0ad6007a0000014d1ace614de8aca101&src=withinResults&spos=2&epos=2&displayid=&publicacion=&clasificationMazazines=&fechacomun=&numeropub-tiponum=)

GARRIGA DOMÍNGUEZ, Ana (Dir.); **ÁLVAREZ GONZÁLEZ**, Susana *et altri*. “Aspectos ético-jurídicos de la gestación por sustitución. El acceso de

certificaciones registrales extranjeras al Registro Civil español” (Informe elaborado dentro del programa “El Tiempo de los Derechos”, nº 16, diciembre de 2009, Consolider-Ingenio 2010, por el Grupo de Investigación HI13 de la Universidad de Vigo), en http://www.tiempodelosderechos.es/docs/ene11/informe_16.pdf [consultado el 23/11/2014, 13:15 h.].

GERMÁN ZURRIARÁIN, Roberto, “Técnicas de reproducción humana asistida: determinación legal de la filiación y usuarias en el derecho comparado”, *Cuadernos de Bioética*, ISSN 1132-1989, Vol. XXII, nº 2, Murcia, mayo-agosto 2011: Asociación Española de Bioética y Ética Médica, pp. 201-214, en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=87519895005> [consultado el 01/02/2015, 21:21 h.].

GETE-ALONSO Y CALERA, M^a del Carmen, *Estudios sobre el contrato*. Barcelona, 2008, Atelier, p. 37

GIMENO, Beatriz, “Vientres de alquiler en “El País”: gato por liebre”, *elplural.com*, 2 de mayo de 2014, en: <http://www.elplural.com/opinion/vientres-de-alquiler-en-el-pais-gato-por-liebre/>

GORDILLO, Verónica, “¿Qué es la gestación por sustitución?: buscan regular una práctica que crece al borde de la ilegalidad” (entrevista a la Dra. en Derecho y Bioética, Eleonora Lamm), *MDZ OnLine*, Mendoza (Argentina), 16 de julio de 2012, 9:25 h.: Territorio Digital, S.A., en: <http://www.mdzol.com/nota/402282-que-es-la-gestacion-por-sustencion-buscan-regular-una-practica-que-crece-al-borde-de-la-ilegalidad/> [consultado el 07/02/2015, 20:02 h.].

GUERRA-DÍAZ, Diana, “Aspectos psicosociológicos de la subrogación uterina”, en *Subrogación uterina: análisis de la situación actual*: Fundación Víctor Grífols i Lucas, ISBN 978-84-693-7944-8, 20 diciembre de 2010, pp. 24-37, en: http://www.fundaciongrifols.org/portal/es/2/7353/ctnt/dD10/_/5btu/03-La-subrogaci%80%94n-uterina-an%E2%80%A1lisis-de-la-situaci%80%94n-actual.html [consultado el 08/02/2015, 14:30 h.].

GUIMÓN, Pablo; **PRATS**, Jaime, “Reino Unido da luz verde al primer bebé con tres padres genéticos”, *elpais.com*, Londres/Valencia, 3 de febrero de 2015, 13:04 h., en: http://elpais.com/elpais/2015/02/03/ciencia/1422963738_504035.html [consultado el 03/02/2015, 22:08 h.].

GUTIÉRREZ CALVO, V., “Justicia ordena volver a inscribir a los bebés de “vientre subrogado”, *elpais.com*, Madrid, 10 de julio de 2014, 21:10 h., en: http://sociedad.elpais.com/sociedad/2014/07/10/actualidad/1405018265_507916.html [consultado el 07/02/2015, 11:30 h.]

HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Aurora, “Determinación de la filiación de los nacidos en el extranjero mediante gestación por sustitución: ¿Hacia una nueva regulación legal en España?”, Trabajo realizado en el marco del proyecto I+D+I del MICINN, Ref. DER2012-32735, “El replanteamiento del principio de autonomía en el ámbito sanitario y sus límites, en particular, libertad de decisión y objeción de conciencia”, cuya IP es la Prof. Dra. María Luisa Arcos Vieira), *Cuadernos de Derecho Transnacional*, ISSN 1989-4570, Vol. 6, nº 2, octubre de 2014, pp. 147-174, en: www.uc3m.es/cdt — <http://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/2264/1204> [consultado el 29/01/2015, 22:03 h.].

IGAREDA GONZÁLEZ, Noelia, “El hipotético derecho a la procreación”. *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, ISSN 1138-9877, nº 23 (2011), pp. 252-271, en: <https://ojs.uv.es/index.php/CEFD/article/view/717/473>, [consultado 31/01/2015, 18:57 h.].

IGAREDA GONZÁLEZ, Noelia, “La inmutabilidad del principio “mater semper certa est” y los debates actuales sobre la gestación por sustitución en España”. *Universitas. Revista de Filosofía, Derecho y Política*, ISSN 1698-7950, nº 21, enero de 2015, pp. 3-19, en: <http://e-revistas.uc3m.es/index.php/UNIV/article/download/2410/1309> [consultado el 08/02/2015, 14:09 h.].

JIMÉNEZ BLANCO, Pilar, “Gestación por sustitución”. *La Nueva España*, 20 de julio de 2014, en: <http://vlex.com/vid/-520486274> (Id. vlex: VLEX-520486274) [consultado el 03/02/2015, 15:03 h.].

JIMÉNEZ BLANCO, Pilar, “Maternidad subrogada”, en: www.accionenredasturias.org/upload/20140506200415_0.pdf [consultado el 11/02/2015, 22:31 h.].

JIMÉNEZ MARTÍNEZ, M^a Victoria, “La inscripción de la filiación derivada de la gestación por sustitución. Problemas actuales”, en *Anuario de la Facultad de Derecho*, ISSN 1888-3214, nº 5, 2012, pp. 365-381: Servicio de Publicaciones de la Biblioteca Digital de la Universidad de Alcalá, en: <http://hdl.handle.net/10017/13801> [consultado el 28/10/2014, 13:37 h.].

JIMÉNEZ MARTÍNEZ, M^a Victoria, “Los problemas planteados por la filiación del nacido en los casos de parejas del mismo sexo”. *Actualidad Civil*, Sección A Fondo, T. 2, nº 7-8, 1 de julio a 31 de agosto 2014, p. 774: LA LEY.

LAMM, Eleonora, “Gestación por sustitución. Realidad y Derecho”, *InDret*, nº 3, Barcelona, julio de 2012, en: <http://ssrn.com/abstract=2147769> o <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2147769> [consultado el 28/10/2014, 15:27 h.].

LAMM, Eleonora, “La importancia de la voluntad procreacional en la nueva categoría de filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida”, *Revista de Bioética y Derecho*, ISSN 1886-5887, nº 24, enero de 2012: Publicación del Máster en Bioética y Derecho de l’Observatori de Bioètica i Dret de la Universitat de Barcelona, pp. 76-81, en: http://www.ub.edu/fildt/revista/pdf/RByD24_Master.pdf [consultado el 28/10/14, 13:15 h.].

LASARTE ÁLVAREZ, Carlos, “La reproducción asistida y la prohibición legal de maternidad subrogada admitida de hecho por vía reglamentaria”, *Diario La Ley*, Sección Doctrina, año XXXIII, Ref. D-20, nº 7777, 17 de enero de 2012: LA LEY (La Ley 22179/2011).

LÓPEZ GUZMÁN, José, **APARISI MIRALLES**, Ángela, “Aproximación a la problemática ética y jurídica de la maternidad subrogada”, *Cuadernos de Bioética*, nº 75, mayo-agosto 2011: Asociación Española de Bioética y Ética Médica, pp. 253-267, en: <http://www.bioeticaweb.com/wp-content/uploads/2014/07/maternidad-subrogada.pdf>, [consultado 10/02/2015, 17:32 h.].

MARCHAL ESCALONA, Nuria, “El futuro régimen autónomo de reconocimiento de decisiones judiciales extranjeras con acceso al Registro Civil Español”, *La Ley Unión Europea*, mayo 2013: LA LEY (La Ley 2581/2013).

MARTÍN CAMACHO, Javier, “Maternidad subrogada: una práctica moralmente aceptable. Análisis crítico de las argumentaciones de sus detractores”: Departamento de Investigación y Documentación Parlamentaria (DIDP) del Congreso de la República del Perú, 9 marzo de 2014, en: [http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/24A2CBC3DFBE74FB05257D480052BC24/\\$FILE/maternidadsubrogada.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/24A2CBC3DFBE74FB05257D480052BC24/$FILE/maternidadsubrogada.pdf) [consultado 28/01/2015, 13:48 h.].

MIR CANDAL, Leila, “”La maternidad intervenida.” Reflexiones en torno a la maternidad subrogada”, *Revista Redbioética / UNESCO*, nº 1, 2010: Red Latinoamericana y del Caribe de Bioética, en: http://www.unesco.org.uy/shs/red-bioetica/fileadmin/shs/redbioetica/revista_1/Leila.pdf [consultado 14/02/2015, 15:27 h.].

MORENO SÁNCHEZ -MORALEDA, Ana, “La determinación de la filiación mediante gestación de sustitución reconocida en el derecho internacional privado español”. *Revista Aranzadi Doctrinal*, ISSN 1889-4380, parte Comentario, nº 9 (enero 2014), 2014: Aranzadi, S.A., Pamplona, 2014, pp. 189-215.

MORENO SÁNCHEZ -MORALEDA, Ana, “La inscripción de los hijos de españoles nacidos en el extranjero mediante gestación por sustitución. Comentario a la sentencia TS 6 de febrero de 2014”, *Revista Aranzadi Doctrinal* (BIB 2014\852), parte Comentario, nº 1/2014, 12 de octubre: Aranzadi, S.A., Pamplona, 2014 [consultado 28/01/2015, 11:32 h.].

MORENO SÁNCHEZ -MORALEDA, Ana, “Registro de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución y su articulación en el régimen de reconocimiento de resoluciones judiciales en el Derecho Internacional Privado español”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nº 731, pp. 1363 – 1391, en: http://www.unav.edu/busador?p_p_id=3&p_p_lifecycle=0&p_p_state=normal&p_p_mode=view&_3_struts_action=%2Fsearch%2Fsearch&_3_groupId=0 [consultado 29/01/2015, 21:44 h.].

ORTIZ HEREDIA, Joan, “La práctica de la subrogación uterina: el caso de la India”, en *Subrogación uterina: análisis de la situación actual*: Fundación Víctor Grífols i Lucas, ISBN 978-84-693-7944-8, 20 diciembre de 2010, pp. 38-45, en: http://www.fundaciongrifols.org/portal/es/2/7353/ctnt/dD10/_/5btu/03-La-subrogaci%E2%80%94n-uterina-an%E2%80%A1lisis-de-la-situaci%E2%80%94n-actual.html [consultado 08/02/2015, 14:30 h.].

PARRÓN CAMBERO, M^a Jesús, “¿Mater semper certa est?”, *Diario LA LEY*, Sección Tribuna, Año XXXV, nº 8293, 15 de abril de 2014: LA LEY (La Ley 1746/2014).

PARRÓN CAMBERO, M^a Jesús, “Vientre de alquiler: *mater semper certa est, pater semper incertus est*”, *Diario LA LEY*, Sección Tribuna, año XXXV, Ref. D-80, nº 8269, 12 de marzo de 2014: LA LEY (La Ley 1133/2014).

PEREÑA VICENTE, Montserrat, “Autonomía de la voluntad y filiación: los desafíos del siglo XXI”. *IUS*, Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla de México, ISSN: 1870-2147, año VI, nº 29, Enero – Junio de 2012, pp. 130-149.

PÉREZ MONGE, Marina, “Filiación derivada del empleo de las técnicas de reproducción asistida”, *Los 25 temas más frecuentes en la vida práctica del derecho de familia*, T. I, Parte sustantiva (septiembre 2011), en: <http://vlex.com/vid/323706819> (Id. vLex: VLEX-323706819) [consultado el 23/02/2015, 00:21 h.].

PÉREZ VAQUERO, Carlos, “Diez claves para conocer los vientres de alquiler”. *Noticias Jurídicas*. Artículos Doctrinales: Generalidades, diciembre de 2010, en:

<http://noticias.juridicas.com/articulos/00-Generalidades/201012-8941256875258.html>, [consultado el 01/02/2015, 17:35 h.]

PRATS, Jaime, “Busco madre de alquiler en el extranjero”, *elpais.com*, 9 de noviembre de 2008, en:
http://elpais.com/diario/2008/11/09/sociedad/1226185201_850215.html
[consultado el 04/02/2015, 00:23 h.].

PRESNO LINERA, Miguel A.; **JIMÉNEZ BLANCO**, Pilar, “Libertad, igualdad, ¿maternidad? La gestación por sustitución y su tratamiento en la jurisprudencia española y europea”. *Civitas, Revista Española de Derecho Europeo*, ISSN 1579-6302, nº 51, 2014, pp. 9-44, en:
<https://presnolinera.files.wordpress.com/2014/12/libertad-igualdad-maternidad-gestaci%3b3n-por-sustituci%3b3n-revista-espaci%3b1ola-de-derecho-europeo-nc2ba-51.pdf> [consultado 29/01/2015, 23:53 h.].

PUIGPELAT MARTÍ, Francesca, “La maternidad por sustitución: ¿una vía para extender los derechos reproductivos de las mujeres?”, en *Subrogación uterina: análisis de la situación actual*: Fundación Víctor Grífols i Lucas, ISBN 978-84-693-7944-8, 20 diciembre de 2010, pp. 56-71, en:
http://www.fundaciongrifols.org/portal/es/2/7353/ctnt/dD10/_/5btu/03-La-subrogaci%E2%80%94n-uterina-an%E2%80%A1lisis-de-la-situaci%E2%80%94n-actual.html [consultado 08/02/2015, 14:30 h]..

QUELART, Raquel, “Crece en España la demanda de familias que pide contratar vientres de alquiler”, *lavanguardia.com*, 28 de abril de 2013, 09:58 h., en:
<http://www.lavanguardia.com/vida/20130428/54371576708/proliferan-empresas-vientre-alquiler-espana.html> [consultado el 09/02/2015, 22:43 h.].

QUIÑONES ESCÁMEZ, Ana, “Doble filiación paterna de gemelos nacidos en el extranjero mediante maternidad subrogada”, *InDret*, número 3, Barcelona, julio de 2009, en: http://www.indret.com/pdf/657_es.pdf [consultado 21/10/2014, 18:41 h.].

RAMÓN FERNÁNDEZ, Francisca, “La protección del menor en los casos de gestación por sustitución: análisis de diversos supuestos prácticos”. *Revista sobre la infancia y la adolescencia*, [S.l.], ISSN 21747210, nº 6, p. 38-50, abr. 2014, en: <http://polipapers.upv.es/index.php/reinad/article/view/1664> [consultado 28/10/2014, 12:47h.] doi:<http://dx.doi.org/10.4995/reinad.2014.1664>

SÁEZ-SATURTÚN PRIETO, Miguel, “La maternidad subrogada: estado actual de la cuestión a raíz de la STS de 6 de febrero de 2014”, *Diario La Ley*, Sección Tribuna, Año XXXV, nº 8293, 15 de abril de 2014: LA LEY (La Ley 1745/2014).

SALAZAR BENÍTEZ, Octavio, “Derecho al matrimonio y diversidad familiar”, *Revista de Derecho Político* de la UNED, nº 86, enero-abril 2013, pp. 195-226, en: <http://revistas.uned.es/index.php/derechopolitico/article/view/12134/11410> [Consultado 03/02/2014, 14:23 h.].

SÁNCHEZ ARISTI, Rafael, “La gestación por sustitución: dilemas éticos y jurídicos”, *HUMANITAS Humanidades Médicas*, Tema del mes on-line, nº 49, abril de 2010: Fundación Medicina y Humanidades Médicas, en: http://www.fundacionmhm.org/www_humanitas_es_numero49/revista.html [consultado el 02/02/2015, 21:04 h.].

SOUTO GALVÁN, Beatriz, “Dilemas éticos sobre la reproducción humana. La gestación de sustitución”, *Feminismo/s*, ISSN 1696-8166, nº 8 (dic. 2006), pp. 181-195: Universidad de Alicante. Centro de Estudios sobre la Mujer, en: <http://hdl.handle.net/10045/1188> [consultado 02/02/2015, 21:48 h.].

TAMAYO HAYA, Silvia, “Hacia un nuevo modelo de filiación basado en la voluntad en las sociedades contemporáneas”, *Revista Digital Facultad de Derecho*, ISSN-e 1989-6085, nº6, 2013, pp. 261-316, en: http://portal.uned.es/pls/portal/docs/PAGE/UNED_MAIN/LAUNIVERSIDAD/UBICACIONES/06/PUBLICACIONES/REVISTA%20DIGITAL%20FACULTAD%20DE%20DERECHO/NUMEROS%20PUBLICADOS/NUMERO%20VI/NUEVOMODELODEFILIAZION.PDF [consultado 29/01/2015, 21:29 h.].

VALLS-LLOBET, Carme, “¿Es necesaria la subrogación de úteros?”, en *Subrogación uterina: análisis de la situación actual*: Fundación Víctor Grífols i Lucas, ISBN 978-84-693-7944-8, 20 diciembre de 2010, pp. 46-55, en: http://www.fundaciongrifols.org/portal/es/2/7353/ctnt/dD10/_/5btu/03-La-subrogaci%20%94n-uterina-an%20%A1lisis-de-la-situaci%20%94n-actual.html [consultado 08/02/2015, 14:30 h.].

VELA SÁNCHEZ, Antonio J., “El interés superior del menor como fundamento de la inscripción de la filiación derivada del convenio de gestación por encargo”. *Diario La Ley*, Sección Doctrina, año XXXIV, D-333, nº 8162, 3 de octubre de 2013: LA LEY (La Ley 5167/2013).

VELA SÁNCHEZ, Antonio J., “La gestación por encargo desde el análisis económico del derecho. Medidas anticrisis desde el Derecho de Familia”. *Diario La Ley*, Sección Doctrina, año XXXIV, Ref. D-122, nº 8055, 4 de abril 2013: LA LEY (La Ley 1734/2013).

VELA SÁNCHEZ, Antonio J., “La gestación por sustitución o maternidad subrogada: el derecho a recurrir a las madres de alquiler. Cuestiones que suscita la Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución”, *Diario La Ley*, Sección Doctrina, año XXXII, Ref. D-158, nº 7608, 11 de abril 2011: LA LEY (La Ley 3302/2011).

VELA SÁNCHEZ, Antonio J., “Los hijos nacidos de convenio de gestación por sustitución no pueden ser inscritos en el Registro Civil español. A propósito de la sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014”. *Diario La Ley*, Sección Doctrina, año XXXV, nº 8279, 26 de marzo de 2014: LA LEY (La Ley 1264/2014).

VELA SÁNCHEZ, Antonio J., “Los hijos nacidos de convenio de gestación por sustitución “pueden” ser inscritos en el registro civil español. A propósito de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 26 de junio de 2014”, *Diario La Ley*, Sección Tribuna, año XXXV, nº 8415, 6 de noviembre de 2014: LA LEY (La Ley 8002/2014).

VELARDE D'AMIL, Yvette, “Comentario a la sentencia de la audiencia provincial de Valencia núm. 949/2011 826 23-11/2011: No inscripción en el registro civil de los menores nacidos mediante gestación por sustitución”. *Revista sobre la infancia y la adolescencia*, [S.I.], ISSN 21747210, nº 3, p. 61-70, nov. 2012, en: <http://ojs.upv.es/index.php/reinad/article/view/1298> [consultado el 23 feb. 2015, 13:00 h.] doi:<http://dx.doi.org/10.4995/reinad.2012.1298>

VIDAL PRADO, Carlos, “El derecho a conocer la filiación biológica: (con especial atención a la filiación materna)”, *Revista Jurídica de Navarra*, ISSN 0213-5795, nº 22: Instituto de Ciencias de la Familia. Observatorio de la Familia de la Universidad de Navarra, 1996, pp. 265-282, en: <http://www.unav.edu/matrimonioyfamilia/observatorio/indexbase.php?cmd=search&id=10479> [consultado el 01/04/2015, 01:18 h.].

ZEGERS-HOCHSCHILD, F.; **ADAMSON**, G.D.; **DE MOUZON**, J. *et alii*, *Glosario de terminología en Técnicas de Reproducción Asistida (TRA)*. Versión revisada y preparada por el International Committee for Monitoring Assisted Reproductive Technology (ICMART) y la Organización Mundial de la Salud (OMS), en: http://www.who.int/reproductivehealth/publications/infertility/art_terminology2/es/, compulsado el 23/07/2013, [consultado el 01/02/2015, 21:20 h.].

ZURITA MARTÍN, Isabel, “Reflexiones en torno a la determinación de la filiación derivada de la utilización de las técnicas de reproducción asistida por una pareja de mujeres”, *Diario LA LEY*, Sección Doctrina, año XXVII, Ref. D-48, nº 6427, 22 de febrero de 2006: La LEY (La Ley 311/2006).

10. Anexo I

El régimen de subrogación en los Estados miembros de la UE

Cuadro 2: Resumen de los enfoques jurídicos de los Estados miembros de la UE

País	Prohibición general	Prohibición en materia de subrogación comercial	* Expresamente facilitada	Sin ley específica sobre subrogación
Austria	Prohibición de donación de óvulos; por lo que se prohíbe la subrogación gestacional	No existe prohibición específica en relación a la subrogación tradicional	No	No existe ninguna ley específica para la subrogación tradicional
Bélgica	No	Subrogación comercial prohibida por razones políticas	Alguna prestación en una clínica de fertilidad, sujeta a condiciones; en la actualidad existen propuestas legislativas ante el Parlamento	No existe ley especial para la subrogación altruista; los contratos no son de obligado cumplimiento y se requiere adopción para transferir la paternidad legal
Bulgaria	Sí	No disponible	No: Sin embargo, existe un proyecto de ley que está siendo considerado en la actualidad	No disponible
Chipre	No	No	No	Sí
República Checa	No	No	No	Sí
Dinamarca	No	Sí	No	No existe ninguna ley específica para la subrogación altruista; los contratos no son de obligado cumplimiento y se requiere adopción para transferir la paternidad legal
Estonia	No	No	No	Sí
Finlandia	Prohibición de los acuerdos de subrogación que utilicen tratamiento de fertilidad	No existe prohibición específica en relación a la subrogación tradicional	No	No existe ninguna ley específica para la subrogación tradicional
Francia	Sí	No disponible	No disponible	No disponible
Alemania	Sí	No disponible	No disponible	No disponible
Grecia	No	Sí	Sí: Subrogación gestacional altruista sujeta a restricciones	No disponible

Hungría	No	Sí	No	No existe ninguna ley específica para la subrogación altruista.
Irlanda	No	Sí	No: Sin embargo, hay algunas pautas formales relativas a los acuerdos de subrogación transfronterizos	No existe ley especial para la subrogación altruista; los contratos no son de obligado cumplimiento y se requiere adopción para transferir la paternidad Sin embargo, los tribunales han concedido recientemente permiso a los padres genéticos futuros a ser nombrados como los padres legales en el registro de nacimientos.
Italia	Sí	No disponible	No disponible	No disponible
Letonia	No	Sí	No	No existe ley especial para la subrogación altruista.
Lituania	No	No	No	Sí
Luxemburgo	No	No	No	Sí
Malta	Sí	No disponible	No disponible	No disponible
Países Bajos	No	Sí	Sí: Se requiere subrogación gestacional altruista por ley para cumplir con las pautas profesionales	No existe ley especial para la paternidad: se requiere adopción
Polonia	No	No	No	Sí
Portugal	Sí	No disponible	No disponible	No disponible
Rumanía	No	No	No	Sí
Eslovaquia	No	No	No	Sí
Eslovenia	No	No	No	Sí
España	Sí	No disponible	No	No disponible
Suecia	Ilegal para las clínicas de fertilidad hacer acuerdos de subrogación	No	No: el Consejo Sueco de Ética Médica ha publicado recientemente un informe sobre la reproducción asistida, en la que sugiere que la subrogación altruista debería permitirse en Suecia.	No existe ninguna ley específica para la subrogación altruista: se requiere adopción para transferir la paternidad

Reino Unido	No	Sí	La legislación prevé la transferencia de la paternidad bajo ciertas condiciones	No existe ley especial para la subrogación altruista: los contratos no son de obligado cumplimiento y la paternidad solo se transferirá en determinadas circunstancias
-------------	----	----	---	--

FUENTE: **BRUNET**, Laurence; **CARRUTHERS**, Janeen; **DAVAKI**, Konstantina *et altri*, “El régimen de subrogación en los Estados miembros de la UE” (PE 474.403): Departamento Temático C: Derechos de los Ciudadanos y Asuntos Constitucionales. Parlamento Europeo, mayo de 2013, pp. 3 y 4, en: <http://www.europarl.europa.eu/studies> [consultado 09/02/2015, 16:30 h.].