



UNIVERSIDADE DA CORUÑA

**Trabajo Fin de Grado
Facultad de Derecho**

**“Cuestiones relativas a la gestación
subrogada. Prestación por
maternidad e implicaciones éticas”**

Curso 2020-2021

Alumna: Judith Ruibal Iñarrea

Tutora: María del Rocío Quintáns Eiras

ÍNDICE

ABREVIATURAS.....	2
1. ANTECEDENTES DE HECHO.	3
2. CUESTIONES.	3
3. INTRODUCCIÓN.	4
4. LA SITUACIÓN DE LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN EN ESPAÑA.	5
4.1. El concepto y las modalidades de la gestación por sustitución.	5
4.2. La ilicitud del contrato.	6
4.2.1. Las observaciones de la Ley 14/2006 sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida.	6
4.2.2. El objeto del contrato de gestación por sustitución.	7
4.2.3. La causa del contrato de gestación por sustitución.	7
4.3. El marco constitucional en esta materia.	8
4.4. La ilicitud en el Convenio relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional.	8
4.5. Las reflexiones sobre un posible incumplimiento contractual.	9
4.6. El reconocimiento de la maternidad.	10
4.7. Las sanciones penales.	12
5. LA INSCRIPCIÓN REGISTRAL DEL MENOR.	16
5.1. La defensa de la inscripción del menor por la Dirección General de los Registros y del Notariado de 2009 y 2010.	17
5.2. La disidencia de los tribunales ante la inscripción registral del menor.	21
5.3. El posible fraude de ley en la gestación por sustitución.	26
5.3.1. Las contemplaciones de la doctrina.	26
5.3.2. La consideración de la Dirección General de los Registros y del Notariado sobre el fraude de ley.	27
5.3.3. La reflexión del Tribunal Supremo.	28
6. LA PRESTACIÓN DE MATERNIDAD EN LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN.	30
6.1. El permiso por maternidad en la doctrina jurisprudencial del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.	31
6.2. La controversia en los Tribunales Superiores de Justicia de las Comunidades Autónomas.	31
6.3. La unificación doctrinal del Tribunal Supremo español.	32
6.4. Recapitulación.	33
7. LAS CUESTIONES ÉTICAS EN TORNO A LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN.	34
8. CONCLUSIONES.	37
9. BIBLIOGRAFÍA.	40
10. APÉNDICE JURISPRUDENCIAL.	45
11. APÉNDICE DE NORMAS LEGISLATIVAS Y RESOLUCIONES.	47

ABREVIATURAS.

- AP: Audiencia Provincial.
- Art.: Artículo.
- Arts.: Artículos.
- CC: Código Civil.
- CDN: Convenio de Derechos del Niño.
- CE: Constitución Española.
- CEDH: Convenio Europeo de Derechos Humanos.
- Cfr.: Cónfer.
- Coord.: Coordinador.
- CP: Código Penal.
- DGRN: Dirección General de los Registros y del Notariado.
- Dir.: Director.
- GS: Gestación por Sustitución.
- Ibid.: Ibidem (en el mismo lugar).
- IDGRN: Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado.
- INSS: Instituto Nacional de la Seguridad Social.
- JPI: Juzgado de Primera Instancia.
- LEC: Ley de Enjuiciamiento Civil.
- LGSS: Ley General de la Seguridad Social.
- LRC: Ley del Registro Civil.
- LTRHA: Ley sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida.
- op. cit.: Obra citada.
- p.: Página.
- pp.: Páginas.
- RRC: Reglamento del Registro Civil.
- SAP: Sentencia de la Audiencia Provincial.
- TEDH: Tribunal Europeo de los Derechos Humanos.
- TJUE: Tribunal de Justicia de la Unión Europea.
- TS: Tribunal Supremo.
- Vid.: Véase.

1. ANTECEDENTES DE HECHO.

Doña Rocío L. M. y doña Lola F. R., ambas de nacionalidad española y afiliadas al régimen general de la Seguridad Social, llegan a un acuerdo de gestación subrogada por el que doña Lola se presta a gestar un hijo para doña Rocío. En virtud de este acuerdo, D.^a Rocío se compromete a aportar sus óvulos para que, una vez fecundados con los gametos de un donante anónimo, sean implantados en D.^a Lola, que se compromete a gestar el hijo biológico de Rocío y a renunciar a la guardia y custodia del niño y a todos sus derechos sobre él en favor de ésta.

A tenor de este pacto, en febrero de 2019, Rocío sufraga los gastos del tratamiento de reproducción asistida al que se somete D.^a Lola en Grecia, país en el que la gestación subrogada está regulada y es legal. Transcurrido el periodo de embarazo D.^a Lola da a luz a un hijo y, siguiendo los términos del acuerdo entre ambas, lo entrega a D.^a Rocío, quien lo inscribe como su propio hijo en el Registro Civil de la oficina Consular de España en Grecia.

Ambas mujeres y el niño regresan a España, cada una a su lugar de residencia. D.^a Rocío y el niño residen en A Coruña, mientras que D.^a Lola vive en Murcia. Ambas solicitan la prestación de maternidad, en calidad de madres biológicas, aunque tan solo D.^a Rocío se va a dedicar al cuidado del niño. La prestación le es concedida a D.^a Lola y denegada a D.^a Rocío, por entrar en contradicción con la solicitud previa de D.^a Lola —hay dos madres biológicas— y no encontrarse en ninguna de las situaciones previstas en el art. 177 de la Ley General de Seguridad Social.

D.^a Rocío presenta reclamación administrativa y, al serle nuevamente denegada, interpone una demanda contra el INSS ante el Juzgado de lo Social n.º 2 de A Coruña, reclamando que se le reconozca el derecho a la prestación por maternidad en calidad de madre biológica y legal del niño. Interpone también demanda contra D.^a Lola en el Juzgado de Primera Instancia n.º 1 de A Coruña por incumplimiento contractual, al haber solicitado la prestación por maternidad.

2. CUESTIONES.

1. ¿Es válido el contrato realizado entre ambas mujeres? ¿Tiene algún reconocimiento en el ordenamiento jurídico español? ¿Podrían los hechos expuestos en este supuesto llegar a ser considerados fraude de ley? ¿Existe incumplimiento contractual por parte de D.^a Lola tal y como sostiene D.^a Rocío?

2. ¿Es válida la inscripción registral del menor? ¿A quién ha de reconocer el ordenamiento jurídico español como madre del menor?

3. ¿Qué consecuencias penales, si las hubiere, podrían llegar a derivarse de los hechos descritos en el párrafo segundo del supuesto?

4. ¿Tiene derecho D.^a Rocío a la prestación de maternidad? ¿y D.^a Lola?

5. ¿Existen motivos que justifiquen una regulación positiva de la gestación subrogada en España, al estilo de otros países de nuestro entorno como por ejemplo Portugal o Grecia? ¿Cuáles serían las implicaciones éticas de esta regulación? ¿Sería posible justificar la gestación subrogada como un derecho humano reproductivo?

3. INTRODUCCIÓN.

El presente caso narra la situación de dos mujeres entre las que media un contrato cuya finalidad es la entrega de un menor gestado por una de ellas. Se trata de un contrato de gestación por sustitución. Esta figura no se ve libre de sendas críticas sociales, doctrinales e incluso jurisprudenciales. Las opiniones parecen no querer alinearse y el debate se mantiene aún hoy día. También el supuesto de hecho plantea unas cuestiones que yo decido responder sin seguir el orden marcado, dado que considero más adecuado el cambio para lograr unas respuestas lógicas e hiladas y no caer en reiteraciones.

El asunto aquí tratado nos da la oportunidad de profundizar en todos los aspectos de este tipo de convenios. Nos permite estudiar la posibilidad de la ilicitud del contrato, explorar la sanción más adecuada y atender a las posturas adoptadas por los tribunales respecto de esta cuestión, tanto a nivel nacional como internacional.

El caso también narra el interés de la madre comitente de percibir las prestaciones de la Seguridad Social por su condición de progenitora, aun habiendo alcanzado este estatus a través de una tercera, y nos introduce en el debate en el que se sumieron los tribunales a la hora de decidir si, efectivamente, este tipo de maternidad merece de la recepción de una prestación o si por el contrario esta se le debe reconocer solo a la gestante en virtud del embarazo y parto por los que pasa.

Se nos enlaza así con el aspecto de determinación de la maternidad, cuestionando si debe obedecer tan solo a la biología y a lo que establezcan preceptos más antiguos que nosotros mismos, o quizá habría que atender a un cambio y contemplar otras alternativas.

Por supuesto, también se le dota de especial trascendencia a la figura del menor, pues es el eje principal de la gestación por sustitución y objeto de indefensión. Se ponderará la protección de su interés superior a la hora de otorgarle una filiación, contra lo dispuesto por el ordenamiento jurídico español y se contemplará la posibilidad de que, tal vez, esta práctica no suponga más que un desacierto y un problema para los infantes.

Además, el menor no es el único sobre el que el caso nos permite incidir, también la protección y dignidad de la mujer cobra especial relevancia. El apartado relativo a las cuestiones éticas será el destinado a insistir en las problemáticas asociadas a una posible mercantilización y denigración de estas mujeres gestantes.

Y al respecto de esas cuestiones éticas, se plantea una polémica interesante no solo desde el enfoque de un jurista, sino que se abarca un asunto de esencial preocupación e interés social. A modo de ejemplo significativo, me gustaría mencionar una aclamada serie de la plataforma HBO, “El cuento de la criada”, y sin pretender desvelar mucho de la trama, quisiera explicar un eje central de ella: la utilización de mujeres fértiles como gestantes para parejas incapaces de concebir, mientras estas simulan ser los padres biológicos de los infantes. Con este ejemplo pretendo destacar la relevancia que sigue teniendo el debate sobre la gestación por sustitución en la sociedad actual, sobre todo en la española, dónde todavía no se le ha otorgado una regulación específica. Gracias al éxito de la serie, más población conoce del tema y se suma a la mediática disputa, más autores se interesan por las personas involucradas en esta práctica y exponen sus propias consideraciones, engrosando así los argumentos éticos a su favor o en su contra, contenidos en el último apartado de este trabajo.

4. LA SITUACIÓN DE LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN EN ESPAÑA.

4.1. El concepto y las modalidades de la gestación por sustitución.

“Gestación subrogada” o “vientre de alquiler” son algunos de los términos por los que se reconoce esta práctica, sin embargo, a lo largo de este trabajo nos referiremos a la misma como “gestación por sustitución” (también GS), pues es el término que maneja el ordenamiento jurídico español. Importante el señalar que se trata de una actividad con gran repercusión mediática y no libre de sendos debates, tanto doctrinales, como sociales.

Respecto de su definición y como ya dejé entrever en el párrafo anterior, a lo largo de la doctrina podremos encontrar diversidad de opiniones y consideraciones, contando con unas primeras tomas de contacto apreciadas en el Informe Warnock¹ y el Informe Palacios².

En la misma línea, disponemos de multitud de autores que se han manifestado al respecto, como es VELA SÁNCHEZ, pues según él el contrato de gestación por sustitución es un supuesto especial de reproducción humana asistida mediante el cual una mujer, mediando o no contraprestación, se compromete a la gestación de un bebé para que otra u otras personas sean padres, ya sea biológicos o no. Se trata, pues, de una mujer con un embrión implantado hasta el nacimiento de este para beneficio de una tercera persona³.

También se pronuncia la Audiencia Provincial de Valencia en su Sentencia de 23 de noviembre de 2011, estableciendo que “la llamada gestación por sustitución consiste en un contrato, oneroso o gratuito, a través del cual una mujer consiente en llevar a cabo la gestación, mediante técnicas de reproducción asistida, aportando o no también su óvulo, con el compromiso de entregar el nacido a los comitentes, que pueden ser una persona o una pareja, casada entre sí o no, que a su vez pueden aportar o no sus gametos”⁴. Esta será la definición que emplearemos, pues refleja a la perfección la evolución científica y social del término, ya que no contempla un modelo único de contrato, una forma única del proceso o, siquiera, un tipo de pareja estándar.

En lo referente a los tipos que pueden darse en la gestación por sustitución, primero distinguiremos entre dos modalidades: la gestacional y la tradicional.

¹ El Informe Warnock definió la gestación por sustitución como “*la práctica mediante la cual una mujer gesta o lleva en su vientre un niño para otra mujer, con la intención de entregárselo después de que nazca*”. ELEONORA CANO, M. *Breve aproximación en torno a la problemática de la maternidad subrogada*. [En línea] [consulta: 26 – abril – 2021]. Disponible en: <http://www.revistapersona.com.ar/cano.htm>

² El Informe Palacios definía el acto como “una forma de maternidad biológica por la cual una mujer acepta llevar a cabo una gestación por acuerdo con una pareja heterosexual (matrimonio o pareja estable) irreversiblemente estéril, que se responsabilizará de la maternidad y paternidad de la descendencia a todos los efectos” y se considera como el antecedente de la legislación actual sobre la reproducción asistida en España, así como la base para la ley actual. VEGA, M., VEGA, J., MARTÍNEZ BAZA, P. (1995) *Comentarios a la legislación española sobre Reproducción Asistida. Cuadernos de Bioética*. [En línea]. p. 57. [consulta: 26 – abril – 2021]. Disponible en: <http://aebioetica.org/revistas/1995/1/21/57.pdf>

³ VELA SÁNCHEZ, J.A. *Gestación por encargo: tratamiento judicial y soluciones prácticas* [en línea]. *Reus*, S. A., 2015 [consulta: 26 – abril – 2021]. Disponible en: <https://elibro-net.accedys.udc.es/es/ereader/bibliotecaudc/46599?page=4>

⁴ SAP Valencia 826/2011, de 23 de noviembre de 2011 [ECLI:ES:APV:2011:5738]. Sentencia en la que incidiré a lo largo del trabajo.

- Gestación por sustitución tradicional: La mujer gestante también es la madre genética, pues, como no, aporta su material genético. En este caso, la mujer comitente no tiene vínculo genético alguno con el nasciturus.
- Gestación por sustitución gestacional: La mujer gestante en esta ocasión no aporta sus óvulos, estos han de provenir de la comitente (este sería el caso de nuestro supuesto de hecho) o de una donante.

Curiosamente, el número de personas implicadas en este tipo de gestación puede llegar a dispararse, alcanzando la cifra de hasta seis personas y serían: el donante de esperma, la donante de óvulo, la gestante y las parejas, de haberlas, de gestante y comitente⁵.

Además de las dos modalidades anteriores, la gestación por sustitución puede desglosarse en otras dos formas de llevarla a cabo⁶:

- Gestación mediante precio o “subrogación comercial”, pues en el contrato se pacta un precio a cambio de la gestación y la entrega del menor.
- Gestación altruista, en la que no media contraprestación alguna más allá de los gastos que pueda necesitar efectuar la gestante.

4.2. La ilicitud del contrato.

4.2.1. Las observaciones de la Ley 14/2006 sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida.

Como punto de partida en la cuestión acudiremos a la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida (en adelante LTRHA).

El artículo 10. 1 de la presente ley establece que “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”, así, la ley declara nulo de pleno derecho este tipo de contratos, al igual que su prohibición en España.

Cabe destacar que, aunque en nuestro país se trate de una práctica prohibida, no es así en muchos otros. Es más, la existencia de territorios con una legislación favorable al respecto es lo que pone en jaque a los tribunales de nuestro territorio, ya que algunos ciudadanos españoles optan por el turismo reproductivo internacional (como es el caso de nuestro supuesto de hecho) y a la hora de la inscripción de los niños fruto de este tipo de contratos en el Registro Civil, surge una controversia que ya se tratará en próximos apartados.

⁵ LAMM, E. *Gestación por sustitución*. [en línea]. Publicacions i Edicions de la Universitat de Barcelona, 2014 [consulta: 26 – abril – 2021]. Disponible en: <http://diposit.ub.edu/dspace/bitstream/2445/115984/1/9788447537730%20%28Creative%20Commons%209.pdf>

⁶ VILAR GONZÁLEZ, S. (2014) Situación actual de la gestación por sustitución. *Revista de Derecho UNED* [en línea]. 14, pp. 901-902. [consulta: 28 – abril – 2021]. Disponible en: <http://revistas.uned.es/index.php/RDUNED/article/view/13293>

4.2.2. El objeto del contrato de gestación por sustitución.

Para continuar con la cuestión, empezamos por definir esta parte del contrato y, para ello, acudimos a DÍEZ-PICAZO, que establece que el “objeto del contrato serán los intereses de las partes que el negocio está llamado a reglamentar”⁷. Sin embargo, el objeto de la GS no acaba de casar con lo establecido en el Código Civil (en adelante CC) en sus arts. 1.271 a 1.273, por ello nos centraremos en el primero de estos.

Respecto del art. 1.271 CC que dice así: “Pueden ser objeto de contrato todas las cosas que no están fuera del comercio de los hombres, aun las futuras”, se puede afirmar que, en el caso de un contrato de gestación por sustitución, lo ilícito del mismo es el comercio de la cosa⁸ (en este caso la criatura gestada), pues se trata de un *res extra commercium*⁹ e infringiendo así lo establecido en el mencionado artículo. Quisiera recordar que en cuanto a lo que a nuestro caso concierne, como *res extra commercium* nos referimos a lo recogido en el art. 21 del Convenio relativo a los derechos humanos y la biomedicina¹⁰, esto es el cuerpo humano. En nuestro supuesto de hecho, consideramos que ni el niño puede ser objeto de comercio, ni la gestación puede ser objeto de contrato, pues es una capacidad personalísima. Así, podemos afirmar que los servicios que integran el objeto de estos contratos resultan apartados del comercio, pues por su nulidad no producen efectos jurídicos¹¹.

4.2.3. La causa del contrato de gestación por sustitución.

Citando de nuevo a DÍEZ-PICAZO, “observamos que el ordenamiento jurídico no es indiferente en relación con los intereses que persiguen las partes en el negocio, pues ellas no establecen una organización de sus intereses sólo porque quieren hacerlo, sino que es preciso que al hacerlo den cauce a intereses que el ordenamiento jurídico considere como legítimos y que los resultados que buscan establecer lo sean también desde el punto de vista del ordenamiento jurídico”¹². Esto supone que habrá de tenerse en cuenta no solo la forma del contrato en sí misma, si no también lo que se pretenda alcanzar y conseguir con el mismo, ver si es de acuerdo a derecho o se sitúa lejos de lo marcado por las leyes. Esto se conecta también con el artículo 1.275 CC, que contempla la licitud de la causa siempre que no se oponga a moral o a derecho y la gestación por sustitución no puede hacer gala de cumplir ninguno de los dos presupuestos.

⁷ DÍEZ-PICAZO, L. *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*. [en línea]. 5th ed. Civitas, 1996 [consulta: 28 – abril – 2021]. Disponible en: <https://masterpyc.files.wordpress.com/2015/07/fundamentos-del-derecho-civil-patrimonial.pdf>

⁸ Ibid.; p.208.

⁹ Es el Tribunal Correccional de la Seine del 14 de marzo de 1844 el que se pronuncia por vez primera en relación con el estatuto jurídico del cuerpo. BORRILLO, D. (1994) Estatuto y representación del cuerpo humano en el sistema jurídico. *REIS: Revista Española de Investigaciones Sociológicas*. [en línea]. 68, p. 220. ISSN: 0210-5233. [consulta: 28 – abril – 2021]. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=768167>

¹⁰ “El cuerpo humano y sus partes, como tales, no deberán ser objeto de lucro”.

¹¹ SÁNCHEZ JORDÁN, M^a. E. (2020) La necesaria doble aproximación a la gestación subrogada. *InDret: Revista para el Análisis del Derecho* [en línea], 4, pp. 131-133. [consulta: 28 – abril – 2021]. Disponible en: <https://www.raco.cat/index.php/InDret/article/view/375593>

¹² DÍEZ-PICAZO, L. *Fundamentos del Derecho Civil...* (op. cit.).

De esta manera, interpretamos que, aun si la práctica de la gestación por sustitución no fuera algo prohibido en España, no se podría obviar el hecho de que su causa es ilícita y lo mismo pasa con su objeto.

4.3. El marco constitucional en esta materia.

En nuestra Constitución (CE) se recogen principios, contenidos en sus artículos, que son aplicables a este caso. Es más, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 23 de noviembre de 2011 establece en su fundamento jurídico segundo que “el niño no puede ser objeto de transacción, así la propia dignidad de la persona, principios reflejados, además de en el artículo 10.1 de la Constitución, en su artículo 15 , que reconoce el derecho a la integridad moral, el artículo 39.2 de la misma norma fundamental, que proclama que los poderes públicos aseguran la protección integral de los hijos y de las madres cualquiera que sea su estado civil”¹³.

Tras esto, podemos establecer que la gestación por sustitución es una práctica que atenta contra la dignidad humana, tanto de la madre como del niño, por la mercantilización a la que los somete, reduciendo a ambos a un mero objeto de comercio. Incluso el Tribunal Supremo, en su Sentencia del 6 de febrero de 2014, se manifiesta al respecto estableciendo que “en nuestro ordenamiento jurídico y en el de la mayoría de los países con ordenamientos basados en similares principios y valores, no se acepta que la generalización de la adopción, incluso internacional, y los avances en las técnicas de reproducción humana asistida vulneren la dignidad de la mujer gestante y del niño, mercantilizando la gestación y la filiación, “cosificando” a la mujer gestante y al niño, permitiendo a determinados intermediarios realizar negocio con ellos, posibilitando la explotación del estado de necesidad en que se encuentran mujeres jóvenes en situación de pobreza y creando una especie de “ciudadanía censitaria” en la que solo quienes disponen de elevados recursos económicos pueden establecer relaciones paterno-filiales vedadas a la mayoría de la población”¹⁴.

Vemos pues que esta práctica abre la veda a un tráfico de personas, en este caso los niños y el vientre de la mujer, y a emplear el cuerpo como objeto de comercio, a pesar de la consideración legal del mismo como *res extra commercium*, se está atentando contra los derechos, dignidad y moral de infantes y mujeres gestantes.

Al respecto de esta cuestión tenemos, por ejemplo, a VELA SÁNCHEZ que comenta que este tipo de convenio, aun pretendiendo traer un niño al mundo, sería considerado por muchos como indigno, respecto de la gestante y respecto del niño¹⁵.

4.4. La ilicitud en el Convenio relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional.

¹³ SAP Valencia 826/2011, de 23 de noviembre de 2011 [ECLI:ES:APV:2011:5738].

¹⁴ STS 247/2014, de 6 de febrero de 2014 [ECLI:ES:TS:2014:247]

¹⁵ VELA SÁNCHEZ, A.J. (2017). Crimen en el bar. *Revista Internacional de Doctrina y Jurisprudencia* [en línea]. 16, pp. 2-3. ISSN: 2255-1824. [consulta: 02 – mayo – 2021]. Disponible en: <http://ojs.ual.es/ojs/index.php/RIDJ/article/view/1848>

A nivel internacional este tema también ha llegado al punto de considerarse un problema de suficiente calado como para legislar al respecto, por esto se han elaborado instrumentos legales internacionales que regulan la adopción internacional. Dichos instrumentos pretenden asegurar que los Estados establezcan la adoptabilidad del niño, así como asegurar que la adopción obedezca del interés superior del menor; que el consentimiento a la adopción sea libre, tras el parto; y no se haya obtenido mediante pago o compensación¹⁶.

Sobre todo, esa última parte contraviene la gestación por sustitución, pues, aunque bien es cierto que existe la misma de manera gratuita y altruista, son los menos casos, sin olvidar que el pacto se hace preparto, siendo contrario a lo establecido en este instrumento internacional; además del bien superior del menor y la consideración de si someterlo a un tráfico mercantil atenta contra el mismo y contra su dignidad como persona.

4.5. Las reflexiones sobre un posible incumplimiento contractual.

Volviendo con la LTRHA, que dicta la nulidad de pleno derecho del contrato de gestación por sustitución, la doctrina considera que no ocurriría un incumplimiento del contrato por la nulidad de este.

Representando esta opinión tenemos a VELA SÁNCHEZ, autor que reitera que, por la ilicitud e ineficacia de este tipo de contratos, de realizarse esta práctica por ciudadanos españoles en España, la mujer gestante no tendría obligación contractual alguna de entregar al recién nacido tras el parto, ni de indemnización si incumpliere lo establecido, aun habiéndosele entregado determinadas cantidades por esa gestación, además de que podría reclamar al infante de haberlo entregado ya a los comitentes¹⁷.

En el caso que nos ocupa, entendemos que el contrato se formalizó en España, pues cuando se habla de pacto en ningún momento se menciona otro país, sin embargo, la gestación y el parto se llevan a cabo en Grecia, país donde la GS está regulada y legalizada.

De todas formas, aun a pesar de que la gestación y parto se lleven a cabo en un país extranjero, esto no nos desliga de la legislación española, por ello ELEONORA LAMM, en virtud de la nulidad de pleno derecho que se extrae del art. 10.1 LTRHA, establece que “la mujer gestante no asume ninguna obligación de entregar al nacido tras el parto, ni de indemnizar al comitente en caso de incumplimiento, aunque se le hayan entregado determinadas cantidades por razón de la gestación. La norma adopta una postura contraria a la gestación por sustitución, y procura, a través de la nulidad, que estos acuerdos no se celebren”¹⁸.

A pesar de todo lo anterior, de lo considerado por la doctrina y por la misma legislación, en el momento de ponerlo en práctica, la cosa cambia en los tribunales. Tratan el convenio de la GS como un mero contrato, sin contar con la nulidad de pleno derecho al que se ve ligado e incluso se llega a considerar el incumplimiento.

¹⁶ Cfr. artículo 4 Instrumento de ratificación del Convenio relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional, hecho en La Haya el 29 de mayo de 1993.

¹⁷ VELA SÁNCHEZ, A.J. *Gestación por encargo: tratamiento judicial...* (op. cit.).

¹⁸ LAMM, E. *Gestación por sustitución...* (op. cit.).

Un ejemplo muy llamativo de esa situación viene de la mano de la Audiencia Provincial de Barcelona en su Sentencia de 15 de enero de 2019, en dicha sentencia no se habla en ningún momento de nulidad y se le da un tratamiento a la gestación por sustitución de contrato válido, reconocen el incumplimiento por desoír las condiciones pactadas. Así, podemos ver extractos de la sentencia tales como “como consecuencia del incumplimiento de la demandada”, “la madre subrogada decide retirarse del proceso tras el primer embarazo fallido por la falta de pago, por incumplimiento del contrato suscrito entre los demandantes y la madre subrogada” incluso en su fundamento de derecho cuarto reconocen un incumplimiento del contrato por parte de la demandada, no siendo así por parte de los demandantes¹⁹. De esta forma observamos como los tribunales desoyen lo mantenido por la doctrina e interpretan la GS como un contrato más.

Según lo que nos interesa para con nuestro caso, interpretamos que, a pesar de lo acaecido en la sentencia anteriormente expuesta, la demandada no incurre en incumplimiento contractual, pues el contrato de GS es nulo de pleno derecho en España, así lo establece el art. 10. 1 LTRHA, los arts. 1.271 y 1.275 CC entre otros e, incluso, la CE, y esto aun a pesar de haberse llevado a cabo en un país favorable a este tipo de gestación. No podemos ignorar lo establecido por las leyes, aunque el problema sea interpretable, pues la doctrina no sostiene una opinión unitaria, y la inscripción del menor en el Registro Civil español da una serie de problemas relacionados que se tratarán más tarde. Por lo tanto, yo me centraré en la línea doctrinal y legal que sostiene la ilegalidad de la GS.

4.6. El reconocimiento de la maternidad.

Una vez más, habremos de iniciar con una remisión a la Ley 14/2006 sobre técnicas de reproducción humana asistida. Retomando el punto de la nulidad de pleno derecho a causa del artículo 10 de esta ley, observamos que tiene como uno de sus efectos el que siempre se considere como madre biológica a ojos de la ley a aquella mujer que haya parido, por ende, la madre biológica se equipara siempre a la madre gestante y así lo establece el punto segundo de dicho artículo 10: “la filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto”. Aun habiéndose implantado el óvulo de otra mujer en la gestante, eso no determinará la maternidad del infante, solo puede hacerse, como ya vimos, a través del alumbramiento y la identidad del niño/a. Se sigue el principio pauliano de *mater semper certa est*.

También a nivel internacional se repite este precepto romano, en el Convenio relativo a la expedición de un certificado de vida de París del 10 de septiembre de 1998²⁰ en su artículo tercero establece que: “La autoridad competente expedirá el certificado de vida de conformidad con las disposiciones de su ley interna”, de lo que extraemos que, efectivamente, la maternidad en el caso de España se certifica tras el parto e identidad del recién nacido/a.

El problema viene a raíz de los avances médicos y científicos surgidos alrededor de las técnicas de reproducción asistida. El poder implantar el material genético de otra

¹⁹ SAP Barcelona 74/2019, de 15 de enero de 2019 [ECLI:ES:APB:2019:74].

²⁰Cfr. artículo 3 del Instrumento De Ratificación del Convenio relativo a la expedición de un certificado de vida (número 27 de la CIEC), hecho en París el 10 de septiembre de 1998.

persona (otros óvulos en este caso) en la madre gestante ha hecho temblar el precepto romano de *mater semper certa est*, dividiendo a la doctrina en el proceso.

Por ejemplo, para VELA SÁNCHEZ²¹ la maternidad otorgada a través del parto no es un principio absoluto. El autor destaca la declaración de la DGRN sobre la filiación, pues esta ha reiterado que la regulación de la filiación se basa en el principio de veracidad biológica. Así, entiende que no se deberían inscribir en el Registro Civil las filiaciones en las que no haya datos relevantes que confirmen que no es acorde a la realidad. De esta forma y a conclusión del autor, lo expresado por el art. 10.2 no debería ser una materia insuperable. Él entiende que habría de hacerse una interpretación sociológica y correctora del precepto, de forma que lo afirmado por la biología tendría que primar sobre el artículo.

También el Comité de Bioética de España se plantea esta cuestión, recordando que a lo largo de la historia siempre se había considerado como idóneo el atribuir la maternidad a la mujer que hubiere alumbrado a la criatura y de querer cambiar esta perspectiva habría de hacerse mediante la demostración de que separar los conceptos de maternidad legal y biológica es, sin duda, la mejor opción de acuerdo con el interés superior del menor. Recalca el Comité que desear algo y asumir las responsabilidades de ese deseo son cosas que no tienen que compartir necesariamente el mismo espacio, muchas veces el deseo no es garantía de un futuro cumplimiento de las responsabilidades. Incluso, explican, el mantenimiento de ese deseo inicial no es garante de un buen cuidado del infante, o de que reciba una buena educación (son varios los casos de niños/as adoptados y maltratados o descuidados por sus adoptantes), destacan que:

“Hasta ahora las sociedades no han asignado los hijos a quienes más los desearan; ni siquiera han presumido que la mujer que pare es la que más lo desea y, por eso, debe convertirse en su madre. Han entendido, sin más, que la gestante era la más idónea para asumir la maternidad legal. El vínculo biológico y/o fisiológico es tenido como la base más idónea para que arraigue el deseo de ser madre y de asumir las responsabilidades de tal condición.”²²

A tenor de lo expuesto en nuestros antecedentes de hecho, una vez más mi postura al respecto se inclina hacia la interpretación más literal de la ley. Si bien es cierto que, aunque la aparición de la posible disociación entre madre gestante y madre biológica complica en sobremanera la cuestión, esto no cambia el contenido de las leyes. El artículo 10.2 LTRHA es claro al respecto e incluso convenios internacionales apoyan su fundamento. Además de los argumentos aportados por el Comité de Bioética de España, el deseo de ser padre, o madre en este caso, no justifica ni asegura por sí mismo que los futuros cuidados del infante vayan a ser los mejores, ni siquiera los correctos. Si bien es cierto que el material genético se entremezcla, la tradición y costumbre social, incluso la legislación, apoyan la idoneidad de asignarle la maternidad a la gestante, aunque ha de admitirse que este argumento se acerca más a un fundamento basado en la conciencia y constructo social que en la propia legalidad. Así pues, y retornando a las leyes, la maternidad habría de reconocérsele a D^a Lola si hacemos una interpretación literal de lo dispuesto en el ordenamiento jurídico español.

²¹ VELA SÁNCHEZ, A.J. *Gestación por encargo: tratamiento...* (op. cit.).

²² Comité de Bioética de España: *Informe sobre los aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada*, 2017, pp. 23-24 [consulta: 03 - mayo - 2021]. Disponible en: http://assets.comitedebioetica.es/files/documentacion/es/informe_comite_bioetica_aspectos_eticos_juridicos_maternidad_subrogada.002.pdf

4.7. Las sanciones penales.

Resulta llamativo el hecho de que, a pesar de que la gestación por sustitución está considerada como un contrato nulo de pleno derecho en nuestro ordenamiento jurídico, el mismo no prevé sanción alguna, al menos no de manera específica. Es más, la ley 14/2006 no contiene mención de ningún tipo a esta práctica entre los artículos de la ley que regulan las infracciones y sanciones de la norma. Para CALVO CARAVACA y CARRASCOSA GONZÁLEZ la LTRHA no es una “norma de policía”, pues hay excepciones a la misma y, de igual forma, acusan a otros autores de tratar el derecho español como algo perfecto y con aplicación asegurada pase lo que pase. Los dos autores recalcan lo ligada que está la ley 14/2006 al art. 9.4 CC²³, además de la imposibilidad que hay para aplicarla a los casos en los que la filiación se haya determinado en el extranjero y se pretenda reconocer en España, pues, recuerdan, que prima la cuestión de validez extraterritorial de decisiones²⁴.

Sin embargo, también nos queda el recurso de aquello establecido en el ámbito del derecho penal, ámbito en el que nos centraremos. Pues bien, así como en otros países la GS se trata como una cuestión prohibida de forma explícita a nivel penal, en España no es algo con una resolución tan clara. Si nos remitimos al Código Penal (en adelante CP), más concretamente a su Título XII, relativo a los delitos contra las relaciones familiares, en su Capítulo II sobre la suposición de parto y de la alteración de la paternidad, estado o condición del menor, se recogen tres artículos, del 220 al 222, que se pueden vincular con la problemática de la gestación por sustitución.

Habremos de partir de la determinación del bien jurídico protegido por estos artículos. Por un lado, debemos considerar la existencia de una contraprestación económica exigida para la entrega del recién nacido y, por el otro lado, la guarda, adopción o acogimiento del tipo. De esta forma, podemos entrever que lo protegido no es otra cosa que la dignidad del infante al verse sometido al tráfico mercantil y ser tratado como un mero objeto, cosa o mercancía. Otra cuestión sería dilucidar si la dignidad se ve damnificada sea gratuito u oneroso el contrato y, a opinión de CARRASCO ANDRINO, la dignidad del infante se ve afectada medie o no una contraprestación económica, recalcando incluso que esa compensación económica en la entrega manifiesta una mayor depreciación de la vida humana, pues se la cuantifica con una cantidad monetaria, mercantilizándola. También a nivel internacional hay manifestaciones al respecto, el Convenio de Derechos del Niño (en adelante CDN) establece que los Estados han de tomar las medidas necesarias para evitar la venta o trata de niños sea cual fuere el fin²⁵. Con todo, la autora considera que el bien jurídico protegido en estos tres artículos del

²³ “La determinación y el carácter de la filiación por naturaleza se regirán por la ley de la residencia habitual del hijo en el momento del establecimiento de la filiación. A falta de residencia habitual del hijo, o si esta ley no permitiere el establecimiento de la filiación, se aplicará la ley nacional del hijo en ese momento. Si esta ley no permitiere el establecimiento de la filiación o si el hijo careciere de residencia habitual y de nacionalidad, se aplicará la ley sustantiva española. En lo relativo al establecimiento de la filiación por adopción, se estará a lo dispuesto en el apartado 5.” Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil. BOE núm. 206 de 25 de julio de 1889.

²⁴ CALVO CARAVACA, L., CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. (2015) Gestación por sustitución y derecho internacional privado. Más allá del Tribunal Supremo y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Cuadernos de Derecho Transnacional* [en línea]. 7(2), pp. 58-59. ISSN: 1989-4570 [consulta: 03 – mayo – 2021]. Disponible en: www.uc3m.es/cdt.

²⁵ Cfr. del artículo 35 del Instrumento de Ratificación de la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989.

Código Penal tiene que ser la filiación legal en relación con las relaciones familiares del menor²⁶.

Por otra parte, se ha de analizar el sujeto activo en esta cuestión. Si atendemos a lo establecido en los tres artículos anteriormente citados, se trata de un delito que puede ser cometido por los ascendientes naturales del niño/a, los adoptivos o un tercero. Además, se destaca el hecho de que es un delito con participación necesaria de un segundo sujeto, pues, además de los ascendientes naturales, se necesita siempre de una segunda persona o personas a las que entregar el recién nacido. Se establecen así como coautores del mismo delito, el que lo entrega y el que lo recibe²⁷.

En el art. 221 se equipara al receptor con el intermediario, poniendo esta segunda figura, sea cual fuere su función o grado de intervención, al nivel de la persona que participa activamente en este delito. Además, trata las figuras de los establecimientos, guarderías, etc., dónde se recojan los infantes, imponiendo pena de inhabilitación especial y clausura temporal o definitiva de los locales. También el art. 222 contempla sanción para determinadas figuras, estas son:

“El educador, facultativo, autoridad o funcionario público que, en el ejercicio de su profesión o cargo, realice las conductas descritas en los dos artículos anteriores, incurrirá en la pena en ellos señalada y, además, en la de inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio, de dos a seis años.

A los efectos de este artículo, el término facultativo comprende los médicos, matronas, personal de enfermería y cualquier otra persona que realice una actividad sanitaria o socio-sanitaria.”

Se trata de un agravante del sujeto activo cuando el papel es desempeñado por figuras que forman parte de los organismos públicos y ostentan una posición con poder o responsabilidad a tenor de su cargo.

Tras el análisis del sujeto activo en la conducta delictiva, pasamos a sus requisitos. Los elementos básicos e imprescindibles se componen de: la entrega de un menor, la elusión de procedimientos específicos, una finalidad determinada y que exista una compensación económica en el proceso. Para un análisis más detallado de estos requisitos, contamos con las consideraciones de VILLA SIEIRO²⁸, así:

-En la entrega no es necesario un robo anterior del infante, tan solo se requiere que las personas involucradas actúen fuera de lo establecido en las leyes. Que tengan una conducta criminal.

-Con la elusión de los procedimientos específicos se requiere complementar el CP con otras normas jurídicas, como lo establecido en el Código Civil en lo relativo a la filiación, o la Ley de Enjuiciamiento Civil, entre otras.

²⁶ CARRASCO ANDRINO, M.^a M. (2010) Protección penal de la filiación. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* [en línea]. 6, pp. 19-20. ISSN: 1695-0194 [consulta: 14 – mayo – 2021]. Disponible en: <http://criminol.ugr.es/recpc/12/recpc12-06.pdf>

²⁷ Ibid.; p. 21.

²⁸ VILLA SIEIRO, S.V. *Mujer sujeto u objeto de derechos reproductivos. Derechos de los menores y maternidad por sustitución* [en línea]. Tirant lo Blanch, 2019, Capítulo XVII. [consulta: 14 – mayo – 2021]. Disponible en: <https://www.tirantonline.com/accedys.udc.es/tol/documento/show/7627864?index=5&librodoctrina=16169&general=derecho+penal+espa%C3%B1ol&searchtype=substring>

-La finalidad determinada busca una relación análoga a la de la filiación y esto solo se puede lograr mediante actos dolosos, pues se requiere la voluntad de aquellos que reciben al menor de establecer esta relación análoga y asumir los correspondientes deberes.

-La existencia de una compensación económica exige determinar qué se entiende como tal. No todas las formas de gestación por sustitución implican que medie una contraprestación, así lo vimos con la modalidad altruista, sin embargo, incluso en estos modelos muchas veces existe un factor monetario de asumir los gastos de la madre gestante. El problema radica en delimitar si esos gastos pueden ser asociados como una compensación económica por la gestación o no y esto obliga a estudiar cada caso de forma única y detallada, algo que resta eficiencia.

Ya respecto del desarrollo del delito, la opinión mayoritaria radica en la consideración de que se trata de un delito de mera actividad, pues se realiza con la entrega del menor a cambio de una compensación económica, aunque no es necesario que el pago se haya realizado efectivamente, basta con que se hubiera pactado. Esto supone que la entrega debe realizarse motivada por una promesa de índole económica, aunque, reitero, no tiene por qué verse realizada²⁹.

En resumidas cuentas y empleando el análisis de HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ como base, vemos que, aunque los artículos del CP 220 a 222 tipifican la suposición de un parto, la modificación de la filiación o la entrega del recién nacido mediando compensación económica, en lo que respecta a la gestación por sustitución, esta solo podría encuadrarse en estos artículos si lo realizado por la gestante y comitentes pudiera incluirse en el tipo previsto³⁰.

Así, tras el análisis de la norma, si bien es cierto que los artículos del Código Penal podrían emplearse en casos de GS, habría que hacer un estudio detallado de cada uno para ver si pueden ser incluidos ahí. Nuestro ordenamiento jurídico no contempla una sanción específica para esta práctica, lo que da a entender que puede llevarse a cabo, muy a pesar de la nulidad de pleno derecho que establece la ley 14/2006.

Ahora bien, a tenor de nuestro caso, en ningún momento se establece que se hubiera pactado una compensación económica específica por la gestación de la criatura, tan solo se habla de “gastos del tratamiento de la reproducción asistida”, así que habría que desglosarlos y analizar en qué consisten exactamente esos gastos, cuál es la suma exacta de los mismos, para ver si es posible encuadrarla dentro de los artículos. Aunque nada nos da pie a considerar que la contraprestación involucrada se pueda considerar como comercial, es más, nos induce a englobarla dentro de la modalidad altruista.

También, atendiendo a las consideraciones de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en concreto a su artículo 23.2, la jurisdicción española conocerá de los delitos realizados en otro territorio siempre y cuando los criminales sean de origen español o extranjeros con la nacionalidad española, pero, eso sí, se requiere que el hecho sea punible en el lugar de ejecución. En nuestro caso, la gestación y nacimiento del niño ocurre en Grecia y en ningún momento lo expuesto en los antecedentes de hecho nos hace pensar que no se

²⁹CARRASCO ANDRINO, M.ª M. *Protección penal...* (op. cit.) pp. 25-26.

³⁰HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, A. (2014) Determinación de la filiación de los nacidos en el extranjero mediante gestación por sustitución: ¿Hacia una nueva regulación legal en España? *Cuadernos de Derecho Transnacional* [en línea]. 6(2), p. 152. ISSN: 1989-4570 [consulta: 14 – mayo – 2021]. Disponible en: <http://www.uc3m.es/cdt>

cumplen los requisitos estipulados por ese país³¹. La única información que se nos facilita es la referente al factor económico y es esa información la que indica que se trata de una gestación altruista, acorde a la legislación griega. Para con lo que atañe al art. 220 en relación con la modificación de la filiación, no sería válida su aplicación por este principio de territorialidad, pues la GS altruista en Grecia, tal y como ya se ha dicho, es legal. Por tanto, el contrato no resultaría punible en Grecia y con todo, el CP no podría sancionar el convenio.

Diferente resulta el poder aplicar el art. 221 CP, dado que el mismo recoge en su segundo punto una previsión para las entregas realizadas en el extranjero. A pesar de esto, el artículo exige de la existencia de una compensación económica y ya se ha aclarado con anterioridad que la contraprestación tiene la mera intención de sufragar los gastos de la gestante a tenor del proceso. Por ello, pese a las analogías entre lo establecido en el artículo y los contratos de gestación por sustitución, en nuestro caso no se puede entender que exista una compensación por la entrega del niño, sino que el dinero involucrado tiene el objetivo de cubrir a la mujer gestante.

³¹ Vid. la Ley 3089/2002 y la Ley 3305/2005 griegas.

5. LA INSCRIPCIÓN REGISTRAL DEL MENOR.

Como ya se ha mencionado con anterioridad, los contratos de gestación por sustitución son considerados nulos de pleno derecho en España, sin embargo y en palabras de NUÑO GÓMEZ, “en el caso español nos encontramos ante un limbo jurídico en el que la legislación, el Ministerio Fiscal y la jurisprudencia del Tribunal Supremo desautorizan la validez de los contratos, pero la Dirección General de los Registros y del Notariado, perteneciente al Ministerio de Justicia, las diferentes empresas comercializadoras y los comitentes desoyen las mismas”³².

Así lo reitera también el Comité de Bioética de España, pues “el Derecho español no ofrece una respuesta uniforme con respecto a la inscripción de la filiación de los hijos habidos de este modo. Existe una diversidad de posiciones entre la Dirección General de los Registros y del Notariado y el Tribunal Supremo que genera inseguridad jurídica para las partes afectadas, especialmente para los hijos”³³.

En esto radica el principal problema de la GS en España, que sea de facto ilegal pero que de todas formas se siga recurriendo a esta vía internacional y no se dé una respuesta clara ni unificada a la hora de tratar con la práctica. Además del problema que conlleva el interés superior del menor fruto del contrato, pues habremos de dilucidar qué es lo más conveniente para el infante y procurar la protección de sus derechos y de su persona.

En cuanto a lo establecido en el ámbito de derecho internacional privado, en lo referente a las filiaciones determinadas en el extranjero recogidas en algún otro Registro, si se pretende que se reconozcan también en el Registro español se tendrán en cuenta los artículos 23 de la Ley del Registro Civil (en adelante LRC), los artículos 81, 86 y 88 del Reglamento del Registro Civil (en adelante RRC) y el artículo 323 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (en adelante LEC). Para que esa filiación pueda ser reconocida en nuestro país debe cumplir con lo siguiente: el documento extranjero debe haber sido aprobado por una autoridad extranjera y debe haber seguido los requisitos necesarios para ser considerado como “documento público” (art. 323 LEC); el documento debe haber sido supervisado por autoridad pública equivalente a la española; el documento debe estar acompañado por una legalización (art. 88 RRC) y una traducción (art. 86 RRC) y; el acto contenido en el documento ha de ser un acto válido, pues solo esos pueden acceder al Registro civil español³⁴.

Además, dado que multitud de juristas clamaban por un cambio en la Ley de Registro Civil, como se comprueba con la oposición de Calvo Caravaca y Carrascosa González, el 21 de julio de 2011 se aprobó la Ley 20/2011 del Registro Civil, sin haber llegado todavía a entrar en vigor en la fecha del caso que nos ocupa. Aunque esta nueva ley no hace una referencia concreta a la inscripción de la filiación de los nacidos de convenios de una gestación por sustitución en el extranjero, sus disposiciones podrían aplicarse para el momento en el que se diera una solicitud de acceso al Registro Civil español de los documentos emitidos en el extranjero en los que se determine la filiación de esos menores. Respecto del art. 95 de esta Ley, se establece que los documentos

³² NUÑO GÓMEZ, L. *Maternidades S.A. El negocio de los vientres de alquiler*. Madrid: Catarata, 2020. ISBN: 978 84 9097 954 9.

³³ Comité de Bioética de España: *Informe sobre los aspectos...* (op. cit.), p. 3.

³⁴ HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, A. *Determinación de la filiación...* (op. cit.), p. 155.

extranjeros han de presentarse al Registro Civil traducidos y legalizados, así como el art. 96 dispone que las resoluciones judiciales extranjeras habrán de ser firmes y definitivas.

Empero, la ley mantiene una exigencia: la necesidad de compatibilidad del documento extranjero con el ordenamiento jurídico español. Este requisito supone que la ley no altera el fondo del asunto de la inscripción al respecto de la gestación por sustitución³⁵, ya que el exigir una coincidencia del orden público español con la inscripción de los documentos extranjeros causará la denegación de la inscripción, tal y como considera el Tribunal Supremo³⁶ y que en adelante trataremos.

5.1. La defensa de la inscripción del menor por la Dirección General de los Registros y del Notariado de 2009 y 2010.

Todo inicia a partir del alumbramiento de dos gemelos en California, considerando como padres de los mismos a un matrimonio de hombres españoles y siendo la madre biológica una mujer norteamericana, la comitente del contrato. El problema surge a partir del momento en el que los hombres solicitan ante el Registro Civil Consular de Los Ángeles la inscripción de nacimiento de los gemelos y adjuntan como documentación los certificados de nacimiento de los menores, entre otros. A pesar de las pretensiones de los varones, el Encargado del Registro deniega su solicitud a tenor de lo establecido en la legislación española, ya que el contrato de gestación por sustitución a partir del cual se habían engendrado los niños es contrario a derecho, aludiendo a la citada Ley 14/2006, en concreto a su art. 10, a modo de justificación.

Sin embargo, los hombres no aceptan la negativa y plantean un recurso frente a la resolución del Encargado del Registro consular, recurso que resultó estimado por la DGRN, acordando así la inscripción del nacimiento de los menores y la doble filiación paterna a partir de la Resolución de 18 de febrero de 2009.

La Resolución del 2009 manifiesta que la cuestión con este caso no es qué derecho resulta aplicable, sino que se trata de una “validez extraterritorial de decisiones”. Se comienza a tratar el asunto con el análisis de las posibles vías de inscripción de un nacimiento extranjero, en concreto la declaración de nacimiento y la certificación del Registro civil extranjero, empleando para ello las anteriormente citadas reglas del derecho internacional privado español. La DGRN entendió que el control de legalidad debe pasar por comprobar que el documento público extranjero sea funcional al mismo nivel que un documento público español que se emplee para desempeñar la misma función, esto en cuanto a los artículos 81 y 85 del RRC. Así, el control de legalidad que busca el art. 23 LRC se basa en que el Encargado del Registro civil español se limite a registrar una filiación jurídica determinada legalmente conforme a una vigente legislación extranjera³⁷. Por tanto, se busca dar eficacia a una resolución extranjera cuyo origen radica en una decisión judicial previa que establece una relación de filiación excluyendo a la madre

³⁵ El profesor De Verda y Beamonte coincide con la idea de que esta “nueva” ley no altera los términos de la cuestión debido a la necesidad de la compatibilidad con las normas españolas. DE VERDA Y BEAMONTE, J.R. (2016) Notas sobre la gestación por sustitución en el Derecho español. *Actualidad jurídica iberoamericana* [en línea]. 4, p. 6. ISSN: 2386-4567 [consulta: 21 – mayo – 2021]. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5415107>

³⁶ SÁNCHEZ JORDÁN, M^a. E. (2020) *La necesaria doble aproximación...* (op. cit.). pp. 141-142.

³⁷ VELA SÁNCHEZ, A.J. *Gestación por encargo: tratamiento...* (op. cit.).

gestante. Para HEREDIA CERVANTES todas estas consideraciones derivan en una consecuencia, a su entender, evidente:

“en la medida en que la inscripción registral basa su existencia en la resolución judicial o, por decirlo de otro modo, en la medida en que la inscripción se limita a plasmar una determinada realidad jurídica –en concreto, una relación de filiación establecida previamente ante una autoridad judicial extranjera–, el reconocimiento de la decisión judicial se convierte en un trámite previo e imprescindible para lograr el acceso al registro español de tales relaciones de filiación. O, por expresarlo de otro modo: la existencia de una decisión judicial y, sobre todo, su contenido, es el elemento esencial que nuestras autoridades registrales debían tener presente al decidir si permiten o no el acceso al registro de una relación de filiación establecida en California. Así lo estipula el artículo 83 RRC, un precepto cuya finalidad es garantizar que siempre que el acto tenga su origen en la resolución de una autoridad que interviene con carácter constitutivo, la inscripción de dicho acto quede sometida al previo reconocimiento de la resolución judicial de la que trae causa.”³⁸

En lo referente a la norma de conflicto, la Resolución de la DGRN del 2009 entiende que el art. 81 RRC “excluye la utilización de las normas españolas de conflicto de Leyes, y en concreto, la del art. 9.4 del Código Civil. Por tanto, también excluye la aplicación de la Ley sustantiva a la que tales normas de conflicto españolas pudieran conducir, como la Ley 14/2006, de 26 mayo 2006 sobre técnicas de reproducción humana asistida”³⁹. Al respecto de esto, CALVO CARAVACA y CARRASCOSA GONZÁLEZ subrayan que en cuanto a la regulación de las cuestiones de “derecho aplicable”, las normas de conflicto son aplicables de oficio, pues son normas imperativas, y así lo indica el artículo 12.6 CC. Además, la DGRN se limita a clarificar que la norma de conflicto sirve para determinar la Ley aplicable a las situaciones privadas internacionales, no para determinar si una decisión extranjera tiene o no tiene efectos jurídicos en España⁴⁰.

Otro punto que toca la Resolución, lo referente al orden público internacional y, en concreto, interesa aquello relativo al interés superior del menor, uno de sus argumentos principales. Lo relacionaron con el cumplimiento del artículo 3 CDN, ya que impera a que los menores queden al cuidado de personas que les aseguren protección y cuidados. De nuevo, los autores Calvo Caravaca y Carrascosa González aseguran que:

“Es claro que las personas que han manifestado, con arreglo a lo previsto en el Derecho de California, su “consentimiento inicial a ser padres” y han tomado todas las precauciones, atenciones y cuidados necesarios al efecto, son personas más indicadas para ser considerados “padres”, ante la Ley, que la mujer que da a luz a los nacidos, que asumió su papel como mera parte en un contrato y que se limitó a cumplir con las prestaciones asumidas en el mismo. Este tratamiento legal en relación con los “padres por consentimiento” sintoniza con el “interés superior

³⁸ HEREDIA CERVANTES, I. (2013) La Dirección General de los Registros y del Notariado ante la gestación por sustitución. *Anuario de Derecho Civil* [en línea]. 66(2), pp. 698-699. ISSN: 0210-301X [consulta: 20 – mayo – 2021]. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4549917>

³⁹ Vid. RDGRN 18 febrero 2009, Fundamento de Derecho II.

⁴⁰ CALVO CARAVACA, L., CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. (2009) Gestación por sustitución y derecho internacional privado: Consideraciones en torno a la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 18 de febrero de 2009. *Cuadernos de Derecho Transnacional* [en línea]. 1(2), p. 299. ISSN: 1989-4570 [consulta: 03 – mayo – 2021]. Disponible en: www.uc3m.es/cdt

del menor”): son los mejores padres biológicos que estos concretos menores pueden tener”⁴¹.

De esa forma, la Resolución asegura que el riesgo que se asume de no inscribir al menor en el Registro Civil es el privarle de su derecho fundamental a poseer una identidad única y, tratando de eludir eso, decide primar el derecho del infante.

Tras estos primeros pasos dados en materia de inscripción de un menor nacido en el extranjero y, tras la emisión de la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Valencia del 2010, la DGRN decidió cambiar su postura y ciertas consideraciones iniciales mediante la publicación de la Instrucción de 5 de octubre de 2010 sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución. Se trata de una Instrucción que facilita la inscripción en España de filiaciones derivadas de convenios de gestación por sustitución que hubieren sido establecidas por una autoridad extranjera, siempre que al menos uno de los solicitantes sea español. Los objetivos de esta Instrucción eran, tanto dotar de plena protección jurídica el interés superior del menor, como la protección de las mujeres que se prestan a dicha técnica de reproducción, renunciando a sus derechos como madres.

Además, la postura de la DGRN conllevó sendas críticas doctrinales, dado que se entendía que mediante esa Instrucción resultarían vulneradas normas superiores tales como el art. 23 LRC o los arts. 81 y 85 RRC. Esto así pues la doctrina interpretaba que los preceptos resultarían modificados sin que hubiera competencia para poder hacerlo, ya que se permitía la inscripción de filiaciones dadas en el extranjero mediante certificación registral⁴².

A pesar de la multitud de críticas y de la oposición que recibió esta Instrucción, ha servido como precedente de posteriores resoluciones de la DGRN, ha sentado bases y ha dictado doctrina.

Respecto de la protección del interés superior del menor, definido por la propia Instrucción como “objetivo esencial” de la misma, supone tratar otros aspectos con la misma importancia:

“Los instrumentos necesarios para que la filiación tengan acceso al Registro Civil español cuando uno de los progenitores sea de nacionalidad española, como vía de reconocimiento a efectos registrales de su nacimiento; en segundo lugar, la inscripción registral en ningún caso puede permitir que con la misma se dote de apariencia de legalidad supuestos de tráfico internacional de menores y; en tercer lugar, la exigencia de que no se haya vulnerado el derecho del menor a conocer su origen biológico, según se expresa en el artículo 7, número 1, de la Convención sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989, artículo 12 de la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción Internacional, así como en Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de septiembre de 1999.”⁴³

⁴¹ Ibid.; p. 312.

⁴² HEREDIA CERVANTES, I. (2015) La inscripción de relaciones de filiación constituidas en el extranjero mediante gestación por sustitución: seis años desperdiciados. *Boletín del Ministerio de Justicia* [en línea]. ISSN: 1989-4767 [consulta: 21 – mayo – 2021]. Disponible en: <http://www.mjusticia.es/bmj>

⁴³ Instrucción de 5 de octubre de 2010, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución. Recuperado de <http://www.boe.es/boe/dias/2010/10/07/pdfs/BOE-A-2010-15317.pdf>

De esta forma, para VELA SÁNCHEZ la Instrucción permite, en aras del “interés superior del menor” y sin procurar modificación legislativa (art. 10.1 LTRHA), la inscripción en nuestro Registro Civil de los menores nacidos mediante convenio de gestación por sustitución, siempre que sea en países cuya normativa lo permita y teniendo que ser, por lo menos, uno de los solicitantes de origen español y con la filiación jurídica determinada por una resolución judicial firme extranjera⁴⁴. No obstante, en lo que a los autores CALVO CARAVACA y CARRASCOSA GONZÁLEZ concierne, esta Instrucción de la DGRN de 2010 fue completamente innecesaria, pues la solución que aportó al respecto la Resolución de la DGRN del 2009 resolvía a la perfección estas cuestiones⁴⁵.

Ya en lo que atañe al segundo objetivo principal de la Instrucción, la protección de la mujer gestante, habremos de acudir a las directrices que estableció, en concreto a la primera, apartado tercero, letra d), que dice así: “Que no se ha producido una vulneración del interés superior del menor y de los derechos de la madre gestante. En especial, deberá verificar que el consentimiento de esta última se ha obtenido de forma libre y voluntaria, sin incurrir en error, dolo o violencia y que tiene capacidad natural suficiente.” Lo que se pretende con esto es que la gestante goce de protección y de libertad a la hora de tomar sus decisiones, que no se vulnere lo relativo al consentimiento informado. Se le debe garantizar plena información del proceso, riesgos, consecuencias y, una vez goce de toda la información y sin mediar ningún tipo de coerción, ha de tomar una decisión⁴⁶.

Ahora bien, para asegurar la protección de aquellos intereses, la mentada Instrucción establece una serie de puntos considerados clave para CALVO CARAVACA y CARRASCOSA GONZÁLEZ, estos son: la exigencia de una resolución judicial extranjera sobre la filiación, la exigencia de exequatur en España de la resolución judicial extranjera, la exigencia de reconocimiento incidental y su control y la decisión del Encargado en torno a la necesidad de exequatur por homologación judicial previa o de reconocimiento incidental registral. Ambos autores se muestran contrarios a estos requisitos, en concreto el de la exigencia de una resolución judicial extranjera que ha de presentarse ante el Encargado de nuestro Registro, pues mantienen que atentaría contra la soberanía de los demás Estados extranjeros y, también, el requerir una equivalencia entre foros carece de sentido, resulta inútil.⁴⁷

Como broche a lo anterior cabría hacer una extrapolación de lo establecido a nuestro caso para ver si se hubiesen cumplido con los requisitos de la IDGRN, que no deja de ser lo aplicado hoy día, y, por tanto, si se hubiera aceptado la inscripción en base a la misma⁴⁸.

⁴⁴ VELA SÁNCHEZ, A.J. *Gestación por encargo...* (op. cit.), p. 113.

⁴⁵ CALVO CARAVACA, L., CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. (2011) Notas críticas en torno a la Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 5 octubre 2010 sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución. *Cuadernos de Derecho Transnacional* [en línea]. 3, pp. 248-255. ISSN: 1989-4570 [consulta: 21 – mayo – 2021]. Disponible en: <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/1077>

⁴⁶ Se puede equiparar la situación a lo establecido por la Ley 41/2002 reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, en sus arts. 4, 5 y 8.

⁴⁷ CALVO CARAVACA, L., CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. (2011) *Notas críticas en torno...* (op. cit.), p. 261.

⁴⁸ GUILLÍN MARTÍNEZ, M. *Acuerdo sobre un vientre de alquiler* [en línea]. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C (tutor) Trabajo fin de grado. Universidade da Coruña, 2018. [consulta: 21 – mayo – 2021]. Disponible en:

De esta forma, respecto del requisito que menciona Vela Sánchez de que al menos uno de los solicitantes sea de origen español, se ve cumplido. Tanto la madre gestante, como la comitente y aportadora de óvulos, son de origen español, así que por esa línea se cumple con lo requerido por la Instrucción.

En lo referente al requisito de la exigencia de una resolución judicial extranjera sobre la filiación, también se realiza. Ahora bien, para asegurar este punto habremos de acudir a la legislación griega para con la gestación por sustitución, así, en dos de sus leyes, la Ley 3089/2002 y la Ley 3305/2005, se regula la cuestión⁴⁹. En dichas leyes se establece la necesidad de una resolución judicial previa a la GS dictada por el tribunal de distrito donde residen los comitentes y la gestante.

Con lo anterior observamos que, efectivamente, nuestro supuesto de hecho cumple con los requisitos establecidos por la IDGRN, se ajusta a la legislación griega (la gestación es altruista y es llevada a cabo por madre soltera que aporta sus óvulos) y, así, de acuerdo a este apartado, la filiación del menor fruto de este convenido de gestación por sustitución se inscribiría en el Registro Civil español.

5.2. La disidencia de los tribunales ante la inscripción registral del menor.

La Resolución de la DGRN del 2009 fue recurrida por el Ministerio Fiscal y, de esta forma, el Juzgado de Primera Instancia n.º 15 de Valencia dictó sentencia de 15 de septiembre de 2010. En la sentencia aparece una revocación a la decisión de la DGRN fundamentada en la nulidad de la gestación por sustitución en nuestro ordenamiento jurídico y por el principio de jerarquía normativa⁵⁰, pues se considera que el artículo 23 LRC tiene preferencia sobre los artículos 81 y 83 RRC.

Además, para JIMÉNEZ MARTÍNEZ es llamativo que la sentencia referencie la posibilidad de que los dos hombres puedan lograr un resultado igual si emplearen otros mecanismos legales que contempla el ordenamiento jurídico español. La autora considera que la alusión se refiere a la reclamación de paternidad que podría presentar uno de los varones por haber aportado su material genético, apoyándose en lo recogido en la Ley 14/2016, en su art. 10.3, para luego presentar un procedimiento de adopción para reconocer a su pareja como segundo progenitor. Al respecto de la adopción, Jiménez Martínez considera que “no obstante, yo creo que a pesar de que el resultado sea el mismo, las vías para lograrlo no tienen comparación, en la medida que mientras que en el contrato de gestación por sustitución se está pactando sobre la capacidad de procreación de una mujer, en el procedimiento de adopción el recién nacido es hijo de la madre quién en última instancia puede negarse a prestar el asentimiento, con lo que no se produciría tal adopción.”⁵¹

https://ruc.udc.es/dspace/bitstream/handle/2183/23467/GuillinMartinez_Melanie_TFG_2018.pdf?sequence=2&isAllowed=y

⁴⁹ LAMM, E. *Gestación por...* (op. cit.).

⁵⁰ Vid. el artículo 9.3 de la Constitución Española, según el cual: “La Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos”.

⁵¹ JIMÉNEZ MARTÍNEZ, M. J. (2012) La inscripción de la filiación derivada de la gestación por sustitución. problemas actuales. *Anuario Facultad de Derecho de la Universidad de Alcalá* [en línea]. 5,

Una nueva sentencia concuerda con lo establecido por la dictada en el Juzgado de Primera Instancia n.º 15 de Valencia, anteriormente comentada, acerca de dejar sin efecto la Inscripción emanada de la DGRN respecto de los menores californianos y la gestación por sustitución.

Como los antecedentes del caso ya los conocemos, pues han sido narrados con anterioridad, ponemos el foco directamente sobre los fundamentos de derecho de esta nueva sentencia de 23 de noviembre de 2011, a partir de los cuales obtenemos la siguiente serie de consideraciones:

-Se vuelve a incidir en la jerarquía normativa establecida por el art. 9.3 CE, pues en virtud de la misma ni el art. 81 RRC ni el art. 85 RRC pueden contravenir lo establecido por el art. 23 LRC y a la propia sentencia me remito: “ni el artículo 85 del Reglamento del Registro Civil, ni tampoco el artículo 81 de la misma norma aprobada por Decreto de 14 de noviembre de 1.958, pueden ser invocados para contrariar lo dispuesto con claridad por el precepto legal transcrito, en virtud del principio de jerarquía normativa reconocido en el artículo 9-3 de la Constitución.”⁵²

-Se reitera la nulidad de pleno derecho de los contratos de gestación por sustitución, de lo que se deduce que no podrán aplicarse en ningún caso las leyes extranjeras o las decisiones o resoluciones judiciales que no sean lícitas en España.⁵³

-Respecto de la protección del interés superior del menor, la sentencia niega que esta alegación pueda dar cabida a una filiación que derive de un contrato considerado nulo de pleno derecho por nuestro ordenamiento jurídico⁵⁴, por tanto, no puede servir como la justificación de un quebrantamiento de las leyes. También afirma la sentencia que: “también podría defenderse que la prohibición de la gestación por sustitución persigue, al menos en abstracto, la defensa del interés de los menores, pues como se ha dicho, pretende impedir que la vida humana sea objeto del comercio.”

En conclusión, la SAP Valencia de 2011 se decanta por rechazar la práctica de la gestación por sustitución y en no hacer concesiones escudándose en el interés superior del infante, le rebate los argumentos a la DGRN y se muestra tajante en su postura.

Ya en lo que atañe al Tribunal Supremo (también TS), en su Sentencia de 6 de febrero de 2014 se desestima el recurso de casación interpuesto contra la SAP de Valencia de 2011 por parte de los demandantes. Ellos buscaban inscribir a los menores californianos como sus propios hijos y en contraposición a eso mismo, se pretendía cancelar la inscripción de los menores en el Registro Civil español. Así, el hecho de cancelar la filiación de los infantes se sostiene sobre una serie de fundamentos jurídicos

pp. 374-375. ISSN: 1888-3214 [consulta: 20 – mayo – 2021]. Disponible en: <https://ebuah.uah.es/dspace/handle/10017/13801>

⁵² SAP Valencia 826/2011, de 23 de noviembre de 2011 [ECLI: ES: APV: 2011: 5738].

⁵³ VELARDE D´AMIL, Y. (2012) 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* [en línea]. 3, pp. 62-65. ISSN: 2174- 7210 [consulta: 21 – mayo – 2021]. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5074814>

⁵⁴ VELA SÁNCHEZ, A. J. *De nuevo sobre la regulación del convenio de gestación por sustitución o de maternidad subrogada en España. A propósito de la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 23 de noviembre de 2011*. En: *Diario La Ley*, núm. 7815, Sección Doctrina [en línea]. 2012 marzo 9 [consulta: 21 – mayo – 2021]. Disponible en: <https://diariolaley.laleynext.es/content/DocumentoRelacionado.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEAMtMSbFICTEAAkNzS2MzE7WY1KLizPw827DM9NS8klS1xKTi JzSkfTQokzkbKLSVABhjSNYMQAAAA==WKE>

expuestos a lo largo de la sentencia que serán analizados a continuación en relación a lo más interesante para con nuestro caso.

Teniendo en cuenta que las regulaciones actuales no contemplan la filiación biológica como fuente exclusiva, el determinarla por procesos diferentes no supone una vulneración automática del ordenamiento jurídico español. Empero, en nuestro ordenamiento jurídico y en los similares, se acepta por el Tribunal que los avances en las técnicas alternativas de reproducción vulneran la dignidad de la mujer gestante y del niño. Se habla de la mercantilización de la gestación y de la filiación, se entiende que existe una “cosificación” de la mujer gestante y del niño intrínseca a este proceso y es esta mercantilización⁵⁵ la que permite que la necesidad económica de muchas mujeres sea explotada en beneficio de una ciudadanía con mayor poder adquisitivo, estableciéndose unas filiaciones totalmente inalcanzables para el grueso de la población.⁵⁶

Al respeto al orden público internacional español en el reconocimiento de decisiones extranjeras y su desobediencia por parte de los convenios de GS, el propio Tribunal expone que no ha de tratarse de un conflicto de leyes, sino que el problema atañe al reconocimiento de actos jurídicos extranjeros. De este modo establece que “hay que resolver si esa decisión de autoridad puede ser reconocida, y desplegar sus efectos, en concreto la determinación de la filiación a favor de los hoy recurrentes, en el sistema jurídico español”⁵⁷. El haber otorgado la filiación a los ciudadanos españoles que han sido parte de la GS resulta contrario al orden público español por “resultar incompatible con normas que regulan aspectos esenciales de las relaciones familiares, en concreto de la filiación, inspiradas en los valores constitucionales de dignidad de la persona, respeto a su integridad moral y protección de la infancia”⁵⁸. De esta forma, la filiación se considera contraria a la prevista en el art.10 LTRHA y, por tanto, incompatible con el orden público, lo que impide el reconocimiento de la decisión registral extranjera⁵⁹.

En lo relativo al interés superior del menor, la sentencia lo cataloga como “un concepto jurídico indeterminado”⁶⁰. Como uno de los argumentos de la pareja de hombres fue el beneficio que supondría para el menor el estar con ellos, dado que ellos habían sido quienes promovieron su procreación y deseaban de su filiación. El Tribunal rebatió ese argumento exponiendo que “la aplicación del principio de la consideración primordial del interés superior del menor ha de hacerse para interpretar y aplicar la ley y colmar sus lagunas, pero no para contrariar lo expresamente previsto en la misma”⁶¹ y que “el establecimiento de una filiación que contradiga los criterios previstos en la ley para su determinación supone también un perjuicio para el menor”⁶².

También los recurrentes afirmaron que la identidad única del menor es un derecho que ha sido vulnerado al no aceptarse la filiación establecida en California, pero el Tribunal, una vez más, niega este planteamiento en base a que “en el caso aquí enjuiciado

⁵⁵ Lo que aquí resulta llamativo es que en la redacción no se ha tenido en cuenta la modalidad de gestación altruista, pues se habla en todo momento de mercantilización y opciones económicas.

⁵⁶ JIMÉNEZ MUÑOZ, J. (2014) Denegación de la inscripción de la filiación determinada por la celebración de un contrato de gestación por sustitución. Comentario a la STS 835/2013, de 6 de febrero de 2014 (RJ 2014, 736). *Revista bolivariana de derecho* [en línea]. 18, pp. 412-418. ISSN: 2070-8157 [consulta: 21 – mayo – 2021]. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4766477>

⁵⁷ Vid. FD 3.2 de la STS 247/2014, de 6 de febrero de 2014 [ECLI:ES:TS:2014:247].

⁵⁸ Vid. FD 3.10 de la STS 247/2014, de 6 de febrero de 2014.

⁵⁹ JIMÉNEZ MUÑOZ, J. (2014) *Denegación de la inscripción...* (op. cit.). p. 414.

⁶⁰ Vid. FD 5.3 de la STS 247/2014, de 6 de febrero de 2014.

⁶¹ Vid. FD 5.6 de la STS 247/2014, de 6 de febrero de 2014.

⁶² Vid. FD 5.8 de la STS 247/2014, de 6 de febrero de 2014.

los menores no tienen vinculación efectiva con Estados Unidos, puesto que los recurrentes acudieron a California solo porque allí era posible concertar un contrato de gestación por sustitución” y de esta forma “no existe un riesgo real de vulneración de una identidad única”⁶³.

El derecho al respeto de la vida privada y familiar reconocido en el art. 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (también CEDH) tampoco es vulnerado con la denegación de la inscripción, pues reúne los dos requisitos que la justifican, en base a lo establecido por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (también TEDH) en la sentencia de 28 de junio de 2007, caso Wagner y otro contra Luxemburgo, así: está prevista en la ley, ya que esta exige que en el reconocimiento de decisiones de autoridades extranjeras se respete el orden público internacional; y es necesaria en una sociedad democrática, puesto que protege el propio interés del menor, tal como es concebido por el ordenamiento jurídico y otros bienes jurídicos de trascendencia constitucional, como el respeto a la dignidad e integridad moral de la mujer gestante, evitar la explotación de necesidad en que pueden encontrarse mujeres jóvenes en situación de pobreza, o impedir la mercantilización de la gestación y de la filiación⁶⁴.

Por último, en relación con el argumento de la desprotección en la que los menores se verían sumidos, dice JIMÉNEZ MUÑOZ que “la protección de los menores no puede lograrse aceptando acríticamente las consecuencias del contrato de gestación por sustitución, tal como fueron aceptadas por las autoridades de California con base en la legislación de dicho estado, que admite el contrato oneroso de gestación por sustitución y que la filiación quede determinada a favor de quienes realizan el encargo. La protección ha de otorgarse a dichos menores partiendo de las previsiones de las leyes y convenios aplicables en España, y de la jurisprudencia que los interpreta y aplica, tomando en consideración su situación actual⁶⁵”.

Además, y para concluir, habrá de tenerse en cuenta que al respecto de la sentencia tenemos multitud de opiniones en contra y eso sin incluir los propios votos particulares de la sentencia (que muestran gran ahínco en contravenir lo acordado por mayoría). Está el profesor HEREDIA CERVANTES, para quien “se ignora que el interés superior del menor es precisamente eso: superior y que no puede ser interpretado ni ponderado en el mismo plano que el resto de valores o derechos que concurren en el supuesto”, “el Tribunal antepone “la dignidad del menor” al reconocimiento de su filiación por parte de nuestras autoridades registrales y, por tanto, a su posible desamparo” o “el segundo gran error de la STS estriba en su incorrecta construcción de la cláusula de orden público internacional en este ámbito. Por lo pronto la sentencia olvida que el control del orden público, tal y como el propio TS ya ha proclamado en otras ocasiones, no se realiza respecto de una determinada institución, sino respecto de los efectos que supondría la inscripción del concreto documento extranjero en España”⁶⁶. El autor se muestra como firme opositor de la sentencia.

Tampoco se puede obviar el plano internacional, ya que poco después de dictarse la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014, el TEDH resolvió de unos

⁶³ Vid. FD 5.9 de la STS 247/2014, de 6 de febrero de 2014.

⁶⁴ Vid. FD 5.10 de la STS 247/2014, de 6 de febrero de 2014.

⁶⁵ JIMÉNEZ MUÑOZ, J. (2014) *Denegación de la inscripción...* (op. cit.). p. 417.

⁶⁶ HEREDIA CERVANTES, I. (2021) El Tribunal Supremo y la gestación por sustitución: crónica de un desencuentro. *El Notario del siglo XXI* [en línea]. 96 (54) [consulta: 21 – mayo – 2021]. Disponible en: <https://www.elnotario.es/index.php/editorial/3716-el-tribunal-supremo-y-la-gestacion-por-sustitucioncronica-de-un-desencuentro>

asuntos similares el 26 de junio de 2014: los asuntos *Menesson* y *Labassee* contra Francia. En estos casos el TEDH declaró que Francia transgredía el artículo 8 del CEDH⁶⁷ cuando denegó la inscripción en el Registro Civil francés de las actas de nacimiento tramitadas en el extranjero y también al impedir la instauración de una filiación entre los menores y los padres de intención. El TEDH entendió que el derecho a la vida privada del menor podría verse afectado por no tener una filiación concreta, esto así por prohibir el vínculo de filiación entre los comitentes y los infantes⁶⁸. Algo semejante ocurrió con el caso *Paradiso y Campanelli* de 27 de enero de 2015, dónde Italia privó de la custodia a la pareja comitente declarando al bebé como adecuado para la adopción, así, el TEDH consideró que Italia había actuado contra el CEDH.

De igual forma habrá de mencionarse la Opinión Consultiva del TEDH de 5 de agosto de 2018, a partir de la cual se permite a las autoridades requerir opiniones no vinculantes al TEDH sobre derechos y libertades del CEDH. La Corte de Casación francesa envió a finales de 2018 una consulta relacionada con el asunto *Menesson* contra Francia respecto del “reconocimiento pleno de los niños nacidos por gestación subrogada por sustitución como hijos de la madre de intención”. El Tribunal en abril de 2018⁶⁹ declaró que en base al artículo 8 CEDH los Estados deben posibilitar el reconocer una relación legal entre los menores y la comitente establecida en el certificado de nacimiento. Se entiende que el derecho al respeto de la intimidad del niño exige a su vez que el derecho interno prevea la posibilidad de que se reconozca la filiación entre el niño y la madre de intención designada en el certificado extranjero.

Además, ha de tenerse en cuenta que la Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado empezó a preparar un convenio específico para buscar una regulación internacional que se ocupase de los problemas sociales y jurídicos que surgen a raíz de esta cuestión⁷⁰.

Finalmente, mencionar el Auto de 2 de febrero de 2015 del TS, auto a partir del cual se entendió que los supuestos que dieron origen a las Sentencias *Menesson* y *Labassee* eran esencialmente diferentes al asunto de la Sentencia de 6 de febrero de 2014 y, de esta forma, se desestimó el recurso de nulidad interpuesto tras la sentencia del TEDH frente a la resolución. Los motivos que hicieron considerar al TEDH la vulneración del art. 8 CEDH, no podían extrapolarse al caso resuelto por el TS en 2014 y así lo entendió este Tribunal.⁷¹

⁶⁷*Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia. 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.*

⁶⁸ ÁLVAREZ ÁLVAREZ, H. (2019) Aspectos civiles más relevantes de la gestación por subrogación: La inscripción en el Registro Civil. *Revista jurídica de Castilla y León* [en línea]. 49, p. 98. ISSN: 2254-3805 [consulta: 21 – mayo – 2021]. Disponible en: https://www.jcyl.es/web/jcyl/AdministracionPublica/es/Plantilla100Detalle/1131978346397/_/1284892018990/Redaccion

⁶⁹ TEDH, CEDH 132 (2018), de 10 de abril de 2018.

⁷⁰ FERNÁNDEZ ECHEGARAY, L. (2020) Gestación por sustitución: españoles atrapados en Ucrania. *Revista de Derecho UNED* [en línea]. 26, p. 169 [consulta: 21 – mayo – 2021]. Disponible en: <http://revistas.uned.es/index.php/RDUNED/article/view/29170>

⁷¹ HEREDIA CERVANTES, I. *La inscripción de relaciones de filiación...* (op. cit.). p. 379.

5.3. El posible fraude de ley en la gestación por sustitución.

La consideración de los hechos como fraude de ley entraña una problemática muy discutida por la doctrina, pues hay autores que se posicionan afirmando la existencia de ese fraude en los contratos de gestación por sustitución y quien se posiciona negando su presencia en los mismos. Sin embargo, la mayoría de la doctrina considera que esta situación afecta al orden público y recae en fraude de ley, pues es un concepto indeterminado a nivel jurídico, incluso llegando a mermar la misma seguridad jurídica⁷².

Primero de todo habremos de remitirnos al Código Civil, en concreto a su artículo 12.4, “se considerará como fraude de ley la utilización de una norma de conflicto con el fin de eludir una ley imperativa española”, referido al fraude de ley, y a su artículo 6.4, “los actos realizados al amparo del texto de una norma que persigan un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, o contrario a él, se considerarán ejecutados en fraude de ley y no impedirán la debida aplicación de la norma que se hubiere tratado de eludir”, que define el fraude de ley de forma genérica. Con relación al caso, de entrada, podríamos encajar la situación en dichos artículos, pues la GS se trata de un contrato que elude una ley española, en específico el art. 10.1 LTRHA, por ende, aparentemente infringe el mencionado art. 12.4 CC y por extensión el art. 6.4 CC.

A partir de este punto, pasaremos a analizar las consideraciones de la doctrina, de la Dirección General de los Registros y del Notariado y del Tribunal Supremo, así como de la aplicación o no de los artículos del Código Civil al caso.

5.3.1. Las contemplaciones de la doctrina.

Entre los autores versados en este tema, destacaré la teoría de CALVO CARAVACA y CARRASCOSA GONZÁLEZ⁷³ respecto de sus tesis sobre los efectos legales de la filiación en España del menor nacido por gestación por sustitución. Con relación a nuestro supuesto de hecho e interés para con el mismo, cabe destacar en concreto la tesis legeforista, defendida por autores tales como Vela Sánchez (ya mencionado a lo largo de este trabajo), entre otros. Esta tesis dice así respecto del fraude de ley:

“Los valedores de esta tesis subrayan que, normalmente, en estos casos se produce un “fraude de Ley general” (art. 6.4 CC). Los españoles, se dice, se trasladan al extranjero con el único objetivo de sortear la aplicación del art. 10 Ley 14/2006 y de lograr, así, una concreta filiación del menor a su favor. Se trata, pues, de un fraude de Ley que debe ser sancionado con la ineficacia, en España, de la filiación atribuida al menor en el extranjero y con la aplicación del art. 10 Ley 14/2006, norma legal que se trató de eludir, pues “[l]os actos realizados al amparo del texto de una norma que persigan un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, o contrario a él, se considerarán ejecutados en fraude de Ley y no impedirán la debida aplicación de la norma que se hubiere tratado de eludir” (art. 6.4 CC)”.

⁷² Comité de Bioética de España: *Informe sobre los aspectos...* (op. cit.), pp. 88-89.

⁷³ CALVO CARAVACA, L., CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. *Gestación por sustitución...* (op. cit.) pp. 54-59.

Sin embargo, los autores de la tesis legeforista no están de acuerdo con ella por dos motivos, aunque nos interesa solamente uno de ellos, consideran que al art.10 LTRHA debe considerársele un ámbito de aplicación espacial universal. A su criterio dicho artículo se ha de aplicar a aquellos casos sin elementos extranjeros y, de tenerlos, serán los regulados en las leyes españolas y el error recaerá, precisamente, en intentar aplicar este precepto a nivel universal. Sostienen que el artículo no está dotado de imperatividad a nivel internacional, pues eso mismo atentaría contra la seguridad jurídica.

5.3.2. La consideración de la Dirección General de los Registros y del Notariado sobre el fraude de ley.

También la DGRN en su Resolución de 19 de febrero de 2009 trata sobre el fraude de ley, considerándolo solo en relación con los conflictos de leyes⁷⁴. Si bien es cierto que, aunque hace mención al concepto, no considera que exista en los supuestos de la gestación por sustitución, véase en la misma Resolución:

“... no cabe afirmar que los interesados han llevado a cabo un fraude de Ley, fenómeno al que aluden el artículo 12.4 del CC para los casos internacionales y, en general, el artículo 6.4 del CC. Los interesados no han utilizado una “norma de conflicto” ni tampoco cualquier otra norma con el fin de eludir una ley imperativa española. No se ha alterado el punto de conexión de la norma de conflicto española, mediante, por ejemplo, un cambio artificioso de la nacionalidad de los nacidos para provocar la aplicación de la Ley de California mediante la creación de una conexión existente pero ficticia y vacía de contenido con el Estado de California.”

Con esto pretende dejar claro que en ningún momento se ha recurrido a una norma de conflicto a fin de eludir la legislación española a la hora de llevar a cabo este tipo de contratos, ni tampoco han intentado fingir u ocultar la nacionalidad del menor, por ende, lo establecido en el Código Civil sería ineficaz.

Otro asunto sería el supuesto de *Forum Shopping fraudulento*. De nuevo, la DGRN considera que este tampoco se aprecia para con el supuesto de GS, pues los sujetos no viajan al exterior con la aspiración de litigar en un país extranjero. La DGRN sostiene esta consideración con tres argumentos⁷⁵:

- “La certificación registral californiana no es una sentencia judicial que causa estado de cosa juzgada y que se intenta introducir en España para provocar un estado inalterable de filiación oponible *erga omnes*⁷⁶”. Lo recogido en el Registro Civil puede ser modificado con posterioridad, no hay *status* jurídico inalterable.

-La inexistencia de este supuesto por llevarse a cabo la GS conforme a la legislación californiana e inclusive el propio viaje al extranjero no se realiza con la simple intención de litigar.

⁷⁴ QUIÑONES ESCÁMEZ, A. (2009) Doble filiación paterna de gemelos nacidos en el extranjero mediante maternidad subrogada. *InDret: Revista para el Análisis del Derecho* [en línea]. 3, pp. 29-30 [consulta: 03 – mayo – 2021]. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3018491>

⁷⁵ CALVO CARAVACA, L., CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. *Gestación por sustitución y derecho internacional privado...* (op. cit.). pp. 315-319.

⁷⁶ Vid. RDGRN 18 de febrero de 2009, FD. V, párrafo sexto.

-Incluso de existir el *Forum Shopping fraudulento*, este nunca debe primar sobre el interés superior del menor de obtener una filiación.

De todo esto extraemos que, efectivamente, la DGRN se posiciona contraria a considerar fraude de ley o *forum shopping fraudulento* por no ver quebrantadas las normas españolas y por primar, ante todo, el interés superior del menor. CALVO CARAVACA y CARRASCOSA GONZÁLEZ llegan incluso a comparar esta situación con las mujeres que viajaban a otros países para abortar, o con los ciudadanos españoles que visitaban países vecinos dónde el consumo de cannabis está legalizado para poder probar el mismo. Sin embargo, a mi parecer las situaciones son diferentes, es cierto que se viaja y se “infringen” en un país vecino normas españolas, pero eso no afecta a las propias.

Con el caso de la gestación por sustitución, aunque cometes el acto en un país dónde este está legalizado, luego las consecuencias recaen sobre la normativa española y así lo apreciamos cuando llega la hora de la inscripción en el Registro civil español de un menor fruto de un contrato considerado nulo de pleno derecho. Aunque no se emplee una norma de conflicto para eludir las leyes, podría decirse que es evidente que se viaja con intención de evitar los impedimentos de nuestra legislación y lo mismo considera la Audiencia Provincial de Valencia “...no puede decirse por ello que los demandados hayan utilizado una norma de conflicto para eludir una ley imperativa española, como prevé el artículo 12.4 del Código Civil, sino que simplemente, hay indicios consistentes para pensar que han huido de ella”⁷⁷.

5.3.3. La reflexión del Tribunal Supremo.

Para el caso del Tribunal Supremo destacamos el Auto de 2 de febrero de 2015, en el que se hace mención al fraude de ley en una comparación con lo establecido por los tribunales franceses. Así, en su fundamento de derecho sexto, parte diez, dispone que: “...El Tribunal de Casación francés afirma que, ante la existencia de fraude, no puede invocarse el interés superior del menor ni el derecho a la vida privada del mismo. Nuestra sentencia, por el contrario, afirma que debe tenerse en cuenta el interés superior del menor, tal como es protegido por el ordenamiento jurídico español (art. 10 de la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida), y evitando en todo caso su desprotección”⁷⁸.

Además de la anterior, hay más sentencias en la misma línea, otro ejemplo, la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014 en su fundamento de derecho tercero, apartado séptimo:

“...los recurrentes, nacionales y residentes en España, se desplazaron a California únicamente para concertar el contrato de gestación por sustitución y la consiguiente gestación, parto y entrega de los niños, porque tal actuación estaba prohibida en España. La vinculación de la situación jurídica debatida con el estado extranjero cuya decisión se solicita sea reconocida es completamente artificial, fruto de la “huida” de los solicitantes del ordenamiento español que declara radicalmente nulo el contrato de gestación por sustitución, no reconoce la filiación

⁷⁷ Vid. SAP Valencia 826/2011, de 23 de noviembre de 2011, FD. III.

⁷⁸ ATS 335/2015, de 2 de febrero de 2015 [ECLI:ES:TS:2015:335A].

de los padres intencionales o comitentes respecto del niño que nazca como consecuencia de dicha gestación por sustitución (sin perjuicio de la reclamación de paternidad que pueda efectuar el padre biológico)⁷⁹.

Aunque en el extracto elude hacer mención expresa al “fraude de ley”, de él podemos intuir la existencia de este, pues se aprecia una clara intención por parte de los comitentes de eludir la aplicación de la LTRHA para acogerse a una ley extranjera más acorde con sus aspiraciones y posibles futuros beneficios⁸⁰.

Como sumario, de la anterior sentencia y del auto extraemos que el TS afirma la existencia de fraude, ya que reconoce el intento de eludir lo establecido en las leyes españolas y la consecuente nulidad del contrato. No obstante, y a pesar de lo anterior, concuerda con la DGRN en lo referente a la preponderancia del interés superior del menor sobre un supuesto de fraude de ley en los contratos de GS, pues, por encima de todo, nunca se ha de dejar desprotegido al infante.

Al respecto del interés superior del niño/a frente al fraude de ley, ÁLVAREZ DE TOLEDO QUINTANA expone que “...no se puede obviar que, en cualquier razonamiento que ligue el fraude de ley a la imposibilidad de inscribir la filiación fraudulentamente constituida –pero según un modelo válido en el lugar de constitución– se encuentra la semilla injusta de castigar al hijo por los pecados de los padres. Y esa posibilidad no sólo viene terminantemente excluida en el art. 2 de la Convención de Nueva York sobre los derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989, sino que también nos ha advertido contra ella el Tribunal Constitucional al resolver sobre la inconstitucionalidad del art. 133 del Código Civil⁸¹”.

De nuevo se reitera el bien del menor como objetivo primordial en el eje de la cuestión.

Ahora bien, interpretando todo lo hasta aquí expuesto en relación con el fraude de ley y extrapolándolo a nuestro caso, a mi entender existe un fraude por la nulidad de pleno derecho del contrato y la clara intención de la comitente de eludir la prohibición recogida en las normas españolas. De no ser así, hubiera intentado ser madre en España a través de una adopción reglada, no pactando con la futura madre gestante y realizando todo el proceso en un país extranjero, Grecia en este caso.

Otra cuestión para tratar sería el interés superior del menor respecto a su filiación. Ciertamente es que el infante no debe ser privado de su derecho a una identidad, ni ha de sufrir las consecuencias de los actos de sus padres, pero esto no deja de dar pie a la reiteración de la elusión de la normativa.

⁷⁹ STS 247/2014, de 6 de febrero de 2014 (op. cit.).

⁸⁰ GÓMEZ GÓMEZ, M. (2020) La gestación subrogada: un análisis desde una perspectiva comparativa y del sistema español de Derecho internacional privado. *Working Papers* [en línea]. 1, pp. 16-17. ID: 59095 [consulta: 04 – mayo – 2021]. Disponible en: <https://eprints.ucm.es/id/eprint/59095/>

⁸¹ ÁLVAREZ DE TOLEDO QUINTANA, L. (2014) El futuro de la maternidad subrogada en España: Entre el fraude de ley y el correctivo de orden público internacional. *Cuadernos de Derecho Transnacional* [en línea]. 6(2), pp. 35-36. ISSN: 1989-4570 [consulta: 04 – mayo – 2021]. Disponible en: <http://www.uc3m.es/cdt>

6. LA PRESTACIÓN DE MATERNIDAD EN LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN.

Como ya hemos visto con anterioridad, la práctica de la gestación por sustitución se encuentra prohibida en nuestro ordenamiento jurídico, en virtud de la tan mencionada Ley 14/2006. Sin embargo, estos convenios se siguen llevando a cabo en el extranjero y entrañan desafíos legales tales como la inscripción en el Registro Civil español de los menores fruto del contrato, la cual se realiza en virtud de la IDGRN del 2010, y a dicha inscripción se enlaza la solicitud de prestaciones por parte de los progenitores y comitentes del contrato.

Así y respecto de la prestación por maternidad, ocurre que en la normativa de la Seguridad Social no se contempla una prestación para supuestos de gestación por sustitución, solo se recogen con relación al parto, la adopción o el acogimiento, antaño prestaciones por maternidad y paternidad y ahora unificadas en prestaciones por nacimiento y cuidado del menor⁸². El cambio de nomenclatura otorga un estatus de especial protección al menor, en concreto a la protección de sus intereses y vínculos familiares, más allá de solo suponer un beneficio y protección para los progenitores⁸³.

También en lo referente a la regulación de las prestaciones, habremos de acudir al art. 184 de la Ley General de la Seguridad Social de 2015 (en adelante LGSS), que establece un derecho que especifica a los beneficiarios de un subsidio que reúnan las condiciones, así, de ocasionarse un nacimiento mediante parto, correspondería al otro progenitor la prestación y, en los casos de adopción y acogimiento, se beneficiaría cualquiera de ellos, a elección de los mismos.

Puesto que la normativa vigente no hace ningún tipo de mención a la paternidad y maternidad derivada de los convenios de gestación por sustitución, pero sí recoge la derivada de la adopción o acogimiento, parte de la doctrina muestra su conformidad a equiparar estos supuestos, como puede ser HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ aportando argumentos a favor: “la posición que ocupan los progenitores respecto del nacido, adoptado o acogido, es la misma en el marco de las relaciones laborales y familiares en las que están inmersos; existe identidad de razón desde el momento en que se trata de dar protección por maternidad a quien ostenta la condición de progenitor de un menor por título jurídico distinto a la adopción o al acogimiento pero idóneo por haberse inscrito en el Registro Civil la filiación entre el menor y el que reclama la prestación”⁸⁴. Incluso el RDL 6/2019 cambia el término “paternidad” por el de “corresponsabilidad en el cuidado del lactante”, protegiendo así el cuidado corresponsable que se le proporciona al menor y la igualdad de trato entre hombres y mujeres. Extrapolando este cambio para con nuestro caso, podríamos considerar el encajar aquí la situación derivada de la GS, pues no se limita al mero nacimiento o adopción.

⁸² Vid. art. 177 del Real Decreto-ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación.

⁸³ BENITO-BUTRÓN OCHOA, J.C., BENITO-BUTRÓN GONZÁLEZ, A. Aspectos de Seguridad Social en supuestos de gestación-maternidad subrogada. En GUTIÉRREZ BARRENENGOA, A., (coord.), LLEDÓ YAGÜE, F., FERRER VANRELL, M.P., BENÍTEZ ORTÚZAR, I., OCHOA, MARIETA, C., MONJE BALMASEDA, O. (dirs.). *Gestación subrogada. Principales cuestiones civiles, penales, registrales y médicas*. Madrid: Dykinson, SL, 2019. ISBN:978-84-1324-289-7.

⁸⁴ HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, A. Determinación de la filiación... (op. cit.). p. 165.

6.1. El permiso por maternidad en la doctrina jurisprudencial del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Este tema ha motivado el pronunciamiento de diferentes tribunales no solo a nivel nacional, sino en el rango internacional. En esta ocasión y respecto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante TJUE), nos centraremos en las sentencias emitidas el 18 de marzo del 2014 y en concreto, pondremos el foco en la Directiva 92/85/CEE con el asunto C-167/12.

En base a esta Directiva, el TJUE manifiesta que el permiso de maternidad pretende la protección de la condición de la mujer durante y después del embarazo, así como la protección de las especiales relaciones entre la mujer y su hijo durante el período que sigue a la gestación y al parto, evitando que la acumulación de cargas derivadas del ejercicio simultáneo de una actividad profesional perturbe esas relaciones⁸⁵. Esta Directiva lo que busca es la mejorar la salud y seguridad de las trabajadoras en cinta, que hayan alumbrado o en período de lactancia. Respecto de lo anterior podemos apreciar que las madres no gestantes en los convenios de gestación por sustitución no se pueden encajar en este grupo de mujeres, pues no han pasado por todo el proceso de concebir al infante del que pretenden la filiación.

Eso sí, la Directiva no le quita la posibilidad a los Estados de disponer la legislación que crean correspondiente al respecto de este asunto, incluso si estos legislan a favor de otorgar la prestación a los progenitores que hayan obtenido el título mediante el contrato de gestación por sustitución. Aunque también recuerda que ningún Estado está obligado a conceder dichos permisos o prestaciones en estos supuestos a una trabajadora madre subrogante, esto así en base al art. 8 de la Directiva 92/85/CEE, aun siendo esa mujer la que amamante al niño tras su nacimiento o quien lo amamanta efectivamente.

6.2. La controversia en los Tribunales Superiores de Justicia de las Comunidades Autónomas.

La posibilidad de poder acceder a las prestaciones por maternidad en los casos de menores nacidos a partir de un contrato de gestación por sustitución provocó que el Instituto Nacional de la Seguridad Social (en adelante INSS) concediera una respuesta inicial negativa a los solicitantes, además de que cada tribunal resolvía según sus consideraciones a falta de una unificación de la doctrina, más tarde concedida por el TS.

Los tribunales que accedían a conceder la prestación⁸⁶ lo hacían en base a los objetivos básicos del sistema de la Seguridad Social, la protección y bienestar del individuo y en estos supuestos concretos, la protección del interés superior del menor y de sus relaciones paternofiliales. También se aludió al art. 14 CE en las salas de lo social de los tribunales, pues se consideraba que se incurría en una discriminación de los niños

⁸⁵ Vid. párrafo 34 de la STJUE de 18 de marzo de 2014 en el asunto C-167/12.

⁸⁶ Ejemplos al respecto son algunas sentencias tales como las de: Asturias de 20 de septiembre de 2012; Madrid de 18 de octubre de 2012; Cataluña de 23 de noviembre de 2012; Madrid de 13 de marzo de 2013; Cataluña de 9 de marzo de 2015; Murcia de 30 de marzo de 2015.

en virtud de su forma de nacimiento⁸⁷, llegando algunas sentencias a equiparar la adopción con la gestación por sustitución en vista del interés superior del menor⁸⁸.

Sin embargo, como se ha mencionado antes, la opinión de los tribunales no ha sido uniforme, por lo que algunas salas se inclinaban por negar la concesión de la prestación, dado el ordenamiento jurídico español considera nulo de pleno derecho el contrato de gestación por sustitución. Así, concordaban con la opinión del INSS respecto de negar el reconocimiento de la filiación a la madre no gestante, además de estimar los argumentos del TJUE en la citada Directiva 92/85/CEE, considerando inadecuado atribuir una prestación por maternidad a una mujer que no ha pasado por embarazo o parto alguno⁸⁹. Para GORELLI HERNÁNDEZ⁹⁰ esa jurisprudencia no ha de ser vista como un argumento esencial a la hora de denegar la prestación, pues en base a esta Directiva los Estados miembros no están obligados a proteger la gestación por sustitución a los efectos de la maternidad. Aunque, eso sí, el autor considera diferente que cada ordenamiento nacional regule este derecho, pero siempre fuera de las competencias comunitarias.

6.3. La unificación doctrinal del Tribunal Supremo español.

A la hora de estudiar la postura del Tribunal Supremo respecto del derecho a la prestación por maternidad con relación a los casos de gestación por sustitución, nos centraremos en el fundamento jurídico del fallo de las dos sentencias que supusieron la unificación de la doctrina en este asunto: la STS 5375/2016 de 25 de octubre de 2016 y la STS 5283/2016 de 16 de noviembre de 2016.

Partiendo de la sentencia del 25 de octubre, obtenemos que los argumentos esgrimidos se basaron en: el interés superior del menor, divulgado por la Convención sobre los derechos del niño en sus artículos 2 y 3 y en el artículo 39.2 CE; que las situaciones protegidas por esta prestación por maternidad no constituyen un *numerus clausus*⁹¹; la protección de un estado de necesidad; y también que la nulidad del contrato no suprime la situación de necesidad manifestada a partir de nacimiento del menor fruto de la gestación por sustitución⁹².

Así, la Sala decidió otorgar la prestación por maternidad, aun a pesar del convenio de gestación por sustitución y de los votos particulares que abogaban por lo contrario.

Por su parte, en la sentencia del 16 de noviembre se entiende que el menor constituye parte del núcleo familiar con los padres comitentes y, por tanto, existen vínculos familiares que han de protegerse. Así, los argumentos empleados reiteran lo establecido por la sentencia de 25 de octubre y se obtuvo que: el hecho del reconocimiento

⁸⁷ Vid. FD III de la STSJ ICAN 2252/2014, de 7 de julio de 2014.

⁸⁸ Vid. FD II de la STSJ CL 2887/2010, de 5 de mayo de 2010.

⁸⁹ Así las SSTSJ del País Vasco de 13 de mayo de 2014; Madrid de 7 de julio de 2014; Andalucía de 4 de febrero de 2015.

⁹⁰ GORELLI HERNÁNDEZ, J. (2017) La prestación por maternidad en los casos de gestación por sustitución o maternidad subrogada (vientres de alquiler). *Revista Aranzadi Doctrinal* [en línea]. BIB: 2017\10517 [consulta: 25 – mayo – 2021]. Disponible en: <https://insignis-aranzadidigital-es.accedys.udc.es/maf/app/search/navigate?srguid=i0ad82d9b00000179dd63be9b1365dfae&rpp=50>

⁹¹ Vid. art. 2.2 del Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo.

⁹² TALÉNS VISCONTI, E.E. (2018) La prestación de maternidad en los supuestos de gestación subrogada. *Actualidad Jurídica Iberoamericana* [en línea]. 9, pp. 442-449. ISSN: 2386-4567 [consulta: 25 – mayo – 2021]. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6653335>

de la nulidad de pleno derecho del contrato no supone un impedimento para otorgar la prestación de maternidad⁹³, invocando el Tribunal el art. 39.3 de la Constitución Española que obliga a los padres a prestar asistencia a los hijos habidos “dentro o fuera del matrimonio”; así como se da la consideración de la existencia de una discriminación al menor por razón de su filiación en virtud de los arts. 14 y 39.2 CE de no otorgarse esa prestación⁹⁴.

De esta forma, el Tribunal Supremo falló una vez más a favor de la trabajadora y se le reconoció la prestación por maternidad a pesar de que el nacimiento del infante fuera a través de un contrato de gestación por sustitución y de los propios votos particulares en la sentencia.

6.4. Recapitulación.

Tal y como hemos observado, la concesión de la prestación por maternidad en los supuestos de gestación por sustitución ha sido un tema polémico hasta la unificación de la doctrina por el TS, que reconoce la prestación para supuestos de gestación por sustitución. A pesar de la nulidad de los contratos y de concebirse como una práctica prohibida, la inscripción de los menores nacidos a partir de estos convenios seguía y sigue realizándose gracias a la Instrucción de la DGRN del 2010.

Puesto que la inscripción se realiza, el TS optó por primar el interés superior del menor, dado el nacimiento no puede revocarse y la inscripción se sigue realizando. Buscaba y pretendía la protección de los derechos y de los vínculos familiares que está empezando a forjar el infante.

Para con nuestro caso, deducimos que la prestación ha de ser otorgada y a pesar de mis consideraciones previas acerca de la ilicitud del contrato de gestación por sustitución y la preponderancia del ordenamiento jurídico sobre los intereses de los progenitores, la prestación habrá de ser concedida a la madre no gestante, D.ª Rocío. Esto así porque, como he afirmado en el párrafo anterior, las inscripciones de estos menores se llevan a cabo y lo mismo ocurre con el infante de nuestro caso. El niño ha sido inscrito y la comitente ocupa el puesto de madre a ojos del menor, forjando efectivos vínculos familiares.

El objetivo de las prestaciones de la seguridad social es la protección de los beneficiarios y en este caso quien ha de ser protegido, por encima de la madre, es el menor. La prestación es la forma más eficaz de preservar sus derechos, pues una vez se ha engendrado ya no hay marcha atrás y es con este permiso de maternidad que se le asegura por parte del Estado tiempo con el progenitor encargado de cuidarle.

⁹³ Vid. art. 9.2 LET, art. 220.3 LGSS y el art. 36.5 LO 4/2000.

⁹⁴ PRESA GARCÍA-LÓPEZ, R. (2017) Gestación por sustitución y prestaciones por maternidad. (Análisis de los nuevos criterios administrativos con ocasión de las SSTs de 25 de octubre y de 16 de noviembre de 2016). *Aranzadi digital* [en línea]. BIB 2017\57 [consulta: 25 – mayo – 2021]. Disponible en: <https://insignis-aranzadidigital-es.accedys.udc.es/maf/app/search/navigate?sruid=i0ad6adc500000179e0863456d5656d2f&rpp=50>

7. LAS CUESTIONES ÉTICAS EN TORNO A LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN.

A lo largo de la redacción de este trabajo no se ha pasado por alto que la gestación por sustitución es un tema plagado de controversias, tanto así que multitud de autores no dudan en posicionarse, algunos a favor, como otros en contra.

En este apartado abordo los argumentos que claman en contra de este tipo de convenios, las pretensiones de lograr una regulación positiva en España y los aspectos éticos que entraña. Así, algunos de los argumentos esgrimidos en contra de la práctica, son:

-Un consentimiento viciado: Partiendo de la premisa de SANDEL⁹⁵, se trataría de una primera objeción a los contratos de gestación por sustitución, pues las condiciones en las que la mujer gestante toma la decisión de aceptar el contrato son cuestionadas. Para dirimir si realmente esa mujer es libre a la hora de decidir, habría que estudiar cada caso de forma pormenorizada, ya que una promesa económica cuantiosa cuando tus medios son escasos, condiciona; un desequilibrio de poder entre las partes, condiciona; una información sesgada, condiciona. Habría de asegurarse un conocimiento pleno de las condiciones, circunstancias y primar la total libertad de la mujer a la hora de decidir al respecto, un consentimiento informado pleno. Aunque, a tenor de los mercados a los que las mujeres se ven abocadas, muchas veces esto no deja de ser una aspiración utópica.

-La situación de la mujer gestante: Teniendo en cuenta que la modalidad predominante de la gestación por sustitución es la comercial, cabe destacar que el negocio resulta muy lucrativo para los intermediarios y esto resulta en que se aprovecha el estado de necesidad en el que están inmersas multitud de mujeres de pocos o nulos recursos. Justo aquí se reitera la importancia de un consentimiento pleno, no viciado, y lo improbable de este. Por lo general esta práctica se aprovecha de las condiciones más desfavorables de una parte de la población, poniendo en relieve, además, un desequilibrio de poder otorgado por el estatus social, la educación y la riqueza de los comitentes⁹⁶. Este desequilibrio y esas cuantiosas sumas de dinero involucradas en el proceso, vuelven a la maternidad y paternidad un bien accesible tan solo para una parte de la población, la privilegiada⁹⁷, entrañando otra problemática más, pues pone en relieve la desigualdad de clases y el peso de la casta.

Volviendo con la mujer, también ella se ve reducida a un mero objeto reproductivo, se instrumentaliza su cuerpo, empleándolo como una simple incubadora y se la publicita como un producto comercial, denigrándola en el proceso⁹⁸. Además del procedimiento de gestación, parto y separación del infante, pues todo ello puede acarrear multitud de problemas de salud, tanto a nivel físico por posibles complicaciones, como a nivel psicológico, al tener que gestionar la separación con el recién nacido y la magnitud del procedimiento.

⁹⁵ SANDEL, M.J. *Justicia ¿Hacemos lo que debemos?* Penguin Random House, 2011. ISBN: 978-84-9989-414-0

⁹⁶ NÚÑEZ CALONGUE, R. Aspectos éticos de la gestación subrogada. En *Gestación subrogada. Principales cuestiones...* (op.cit.).

⁹⁷ Tal y como se ha mencionado anteriormente en este trabajo con relación a la STS de 6 de febrero de 2014.

⁹⁸ ESTELLÉS PERALTA, P.M. (2018) Gestación por sustitución: desafíos jurídicos y éticos. *Actualidad Jurídica Iberoamericana* [en línea]. 9, pp. 343-346. ISSN: 2386-4567 [consulta: 28 – mayo – 2021]. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6653330>

Tampoco a la mujer se le permite revocar su consentimiento, no se le da la posibilidad de rescindir el contrato tras el parto del menor ante la amenaza de una posible reclamación económica que, probablemente, no pueda asumir. Todo esto difiere del derecho de la madre en relación con la decisión de si se queda con el niño/a, se pasa por alto el plazo de reflexión de seis semanas desde el parto que ofrece la adopción⁹⁹.

En resumidas cuentas, la mujer se ve reducida a un objeto gestante presa del tráfico económico, denigrada por el proceso y deshumanizada mientras se explota su capacidad reproductiva. Lo que se comercializa a través de un alquiler temporal es su cuerpo y, como ya se ha indicado en apartados anteriores, el cuerpo humano es un *res extra commercium* y eso, como mínimo, debería ponernos en alerta sobre la práctica. Sin olvidar que, en palabras de Kant: “la humanidad misma es la dignidad, porque el hombre no puede ser tratado por ningún hombre como un simple medio, sino siempre como un fin, y en ello precisamente estriba su dignidad”.

Cierto es que, además de las opiniones en contra, también existen posicionamientos a favor de la gestación por sustitución, sin embargo, no serán aquí recogidos de manera explícita y detallada por no encontrarlos aplicables al caso que nos atañe y por no resultar conformes a mis propias convicciones.

No obstante, este posicionamiento a favor de la práctica también ha derivado en que se ha puesto sobre la mesa la posibilidad de darle a la gestación por sustitución una regulación positiva en nuestro ordenamiento, a la imagen y semejanza de vecinos tales como Portugal y Grecia. Esta posibilidad se ha fundamentado, entre otras cosas, sobre el interés superior del menor en este proceso. En cambio, mi opinión se posiciona del lado contrario, junto a las consideraciones de VALERO HEREDIA¹⁰⁰ al respecto de este asunto. La autora sostiene que la gestación por sustitución incurre en un fraude de ley excusándose en el interés superior del menor¹⁰¹ y de la misma forma lo contempla el TS en su sentencia de 6 de febrero de 2014, previamente mencionada. Si bien se arguye que la inscripción del nacido fruto de esta técnica se realiza en favor del mismo y pretendiendo la protección de sus intereses, cierto es que no se puede emplear este argumento para saltarse la ley como mejor convenga, refugiándose en una legislación extranjera. Si bien no reconocer la inscripción realizada en el extranjero puede suponer un perjuicio para el menor, de igual forma puede perjudicarlo ser inscrito contraviniendo las leyes. El Alto Tribunal es claro con las opciones, ofrece el reconocimiento por el progenitor biológico y la adopción legal en caso de progenitor con el que no comparta un vínculo genético.

Además, incidiendo en la figura del menor como objeto de este tráfico mercantil, habrá de tenerse en cuenta su evidente cosificación a tenor del proceso. Esa objetivación del infante también genera otra consecuencia, el tráfico de menores. Como la práctica de nuestro supuesto de hecho se realiza a nivel internacional no se puede pasar por alto las implicaciones que consigo conlleva, una posibilidad de trata y explotación de mujeres y este mencionado tráfico¹⁰². El CDN ha tratado de regular a nivel internacional para evitar la venta de niños en la medida de sus posibilidades, pero la gestación por sustitución

⁹⁹ Vid. art. 177.4.2 CC.

¹⁰⁰ VALERO HEREDIA, A. (2019) La maternidad subrogada: Un asunto de derechos fundamentales. *UNED. Teoría y Realidad Constitucional* [en línea]. 43, pp. 433-435 [consulta: 28 – mayo – 2021]. Disponible en: https://www.researchgate.net/publication/333399887_La_maternidad_subrogada_un_asunto_de_derechos_fundamentales

¹⁰¹ Vid. apartado 6.2 de este trabajo.

¹⁰² ESTELLÉS PERALTA, P.M. *Gestación por sustitución...* (op.cit.). p. 348.

parece envolver la práctica con una aparente legalidad e inocencia que, a mi entender, dista mucho de ser real.

Igualmente ocurre con el derecho del niño a conocer sus orígenes biológicos, de los que muchas veces se ven privados con esta práctica. Incluso cabe la posibilidad de una situación de desamparo a la que se podría ver sometido el menor si los comitentes deciden descartar a ese niño tras su nacimiento, ya sea por motivos físicos, familiares, estatus laboral o derivados. Multitud de noticias que han sacudido la prensa internacional reflejan esta problemática y le dan voz a lo controvertido que resulta reducir a un ser humano a un mero objeto de comercio, pues, cuando el contrato se pretende rescindir, ¿qué se debe hacer con el fruto de ese contrato?

Todavía queda un último argumento que reflejar y se trata de alegar que la gestación por sustitución pasa como prolongación de un derecho humano reproductivo. No obstante, la gestación por sustitución no es una técnica de reproducción asistida, sino que depende de esta última para poder ser llevada a cabo, sin olvidar que tampoco implica la utilización del propio cuerpo, puesto que necesita de una tercera persona que lleve a cabo el proceso de gestación. De considerar la gestación por sustitución como una técnica de reproducción asistida, implicaría una reducción de la mujer a mero objeto gestante necesario para la consecución de la misma, arremetiendo de paso contra su dignidad como persona. En palabras de VALERO HEREDIA:

“Es indudable que la libertad de procreación forma parte del libre desarrollo personal, esto no debe confundirse con la existencia de un derecho a la reproducción que incluya como instrumento para hacerlo efectivo la gestación por sustitución, en la medida en que ésta implica que la madre gestante se limite a aceptar, mediante el recurso a una relación contractual de carácter mercantil, las condiciones de un contrato de gestación para otros, que es distinto a decidir ejercer, en su ámbito de libertad individual, un derecho a procrear. Dicho en otros términos, el derecho a la maternidad implica la libertad de procrear o de adoptar. El derecho a procrear protege, a su vez, la decisión de concebir, gestar y parir un hijo, pero no reconoce en su ámbito de protección el derecho a “encargarlo” por parte de los padres intencionales, ni gestarlo para tercero”.¹⁰³

De las palabras de la autora extraemos que no existe un derecho humano reproductivo asociado a la gestación por sustitución, tampoco hay un derecho como tal a ser padres, existe un deseo a lo mismo, pero nunca pasando por una protección legislativa. El deseo de una persona no debería imponerse sobre el cuerpo de otra, ni emplearse como argumento de regulación de una práctica que contraviene nuestro ordenamiento jurídico y costumbres sociales.

Con todo, no creo adecuado concederle una regulación positiva a la gestación por sustitución en España. La demanda social no es más que un mito¹⁰⁴, conlleva una degradación de la dignidad de mujeres e infantes, un tráfico y trata de ambos y una burla para el ordenamiento jurídico actual, pues se infringe con total impunidad y sin olvidar el hecho de que nuestro ordenamiento ya contempla la forma legal de acceder a la paternidad y maternidad de no poder hacerlo de forma biológica, la adopción.

¹⁰³ VALERO HEREDIA, A. *La maternidad subrogada...* (op. cit.). pp. 424-426.

¹⁰⁴ TREJO PULIDO, A. *El mito de la demanda social*. [en línea][consulta: 28 – mayo – 2021]. Disponible en: <https://tribunafeminista.elplural.com/2019/07/el-mito-de-la-demanda-social/>

8. CONCLUSIONES.

Las conclusiones que aquí se recogen se articulan sobre la base de lo expuesto anteriormente y de la interpretación que yo misma hago de todo esto, así:

1. Respecto de la nulidad del contrato, me baso en el art. 10.1 de la ley 14/2006 para afirmar la ineficacia de este. También de su objeto (art. 1271 CC) y su causa (art. 1275 CC) extraemos que, aún sin la perspectiva legislativa respaldando la opinión, el contrato sería nulo de pleno derecho. No hay duda en este aspecto.

2. La nulidad de pleno derecho de la gestación por sustitución nos conecta con la sanción de esta que, aun sin estar contemplada de forma explícita en la LTRHA, contamos con los artículos 220 a 222 del CP en los que parece poder encuadrarse. Bien es cierto que en nuestro caso no se concreta que medie precio en el proceso, más allá del necesario para cubrir los gastos de la mujer gestante y, esto así, porque al realizarse en Grecia se establece por ley que la gestación ha de ser necesariamente altruista.

Empero, aunque no medie una contraprestación económica concreta por la gestación, sí hay un intercambio económico. Se requeriría de un examen particular y pormenorizado del caso para ver si se puede encuadrar dentro de los artículos del CP. De acordar que la contraprestación va más allá de las sumas estipuladas en Grecia como legales y propias de la GS altruista, sería sancionable por el art. 221 CP pues se entiende que se otorga una suma de dinero a cambio de la entrega del menor. De no superar esas cifras y ceñirse a las necesarias para cubrir los gastos de la gestante, no podría emplearse el artículo 221 por no existir esa compensación económica. Tampoco cabe aplicar el art. 220 por el principio de territorialidad contenido en el art. 23.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

A mi modo de ver, el supuesto de hecho en ningún momento nos conduce a pensar que la gestación por sustitución excede los límites de la modalidad altruista y como no conocemos nada más allá de los datos que se nos facilitan, habrá que atender a los mismos. En base a eso, este contrato no puede ser sancionado por los artículos del Código Penal. De esta forma, me inclino por considerar que España requiere de una regulación específica de la GS que contenga una sanción.

3. También a partir de la ley 14/2006 enlazamos con la cuestión del incumplimiento contractual de la gestante, que resulta imposible por la nulidad de pleno derecho de la práctica. No obstante, los tribunales tratan la GS como si fueran simples contratos, obviando la nulidad y apreciando un posible incumplimiento de ignorarse lo pactado por las partes (SAP Barcelona de 15 de enero de 2019). Sin embargo, a tenor de las consideraciones doctrinales sostenidas por autores como Vela Sánchez o Eleonora Lamm y a la propia normativa española, estimo que nada se le puede exigir a la mujer gestante en base a un incumplimiento contractual, esto así porque el propio contrato no tiene ningún tipo de validez. Así pues, de aceptarse la demanda por incumplimiento contractual de cara a los tribunales, no se adecuaría a la legislación vigente.

4. El dirimir a quien le corresponde el estatus de madre del menor a tenor de este tipo de contratos, se resuelve, una vez más, gracias a la LTRHA, que dispone que la filiación se establece por el parto (art. 10.3), conectando así con el precepto romano *mater semper certa est* y la costumbre social expuesta por el Comité de bioética español. De esta forma, la filiación le correspondería a D. ^a Lola en base a lo decretado legalmente, pese a que D. ^a Rocío hubiera aportado sus propios óvulos.

5. La cuestión de la inscripción del menor fruto del contrato de gestación por sustitución en el Registro Civil español ya entraña una mayor problemática y disidencias entre expertos. Para lo que con nuestro caso interesa, nos ceñiremos a la Instrucción de la DGRN del 2010, pues lo que estipula es aquello que se aplica hoy día, muy a pesar de la Sentencia emitida por el Tribunal Supremo en 2014 negando la eficacia de la inscripción en España. Así pues y en virtud de esta Instrucción, el menor de nuestro supuesto de hecho resultaría eficazmente inscrito en España como hijo de D. ^a Rocío, la madre comitente. Esto resultaría así gracias a la resolución judicial extranjera de la que dispondrían y por ser, no una, si no ambas partes, de origen español. Además de que la gestación y parto se realiza en Grecia y los requisitos exigidos por el país y que interpreto se habrán cumplido con diligencia, permiten de una inscripción más rápida en España, pues aseguran los necesarios documentos judiciales.

6. En lo referente a la existencia de un fraude de ley para con esta práctica, habré de considerar que, efectivamente, la gestación por sustitución implica un fraude de ley a la normativa española. Esto así debido a que este tipo de contratos llevan inherente la intencionalidad de eludir el marco normativo español para encontrar unas leyes que mejor convengan para la consecución de sus intereses y así lo aprecia también la STS de 6 de febrero de 2014. Nuestro ordenamiento jurídico contempla como nulos de pleno derecho estos contratos, pero aun así se siguen realizando mediante la huida al extranjero y la posterior inscripción del menor aprovechándose del argumento de la necesidad de proteger el interés superior del infante. A mi modo de ver no deja de ser una completa estafa para con las leyes españolas.

7. La solicitud de la prestación por maternidad es el siguiente paso por dar tras la inscripción del menor, sin embargo, en nuestro caso se solicita por la madre gestante y por la comitente, surgiendo la duda de a quien de ellas corresponde. Tras la unificación de doctrina del Tribunal Supremo parece que no hay mucho que considerar, el Alto Tribunal reconoció la protección de la gestación por sustitución mediante el otorgamiento de la prestación por maternidad a los comitentes. En nuestro caso no es distinto, la prestación ha de serle reconocida a D. ^a Rocío, pues a efectos de inscripción es la madre del infante, además de ser quien tiene efectivos vínculos familiares con él y quien va a cuidarle. Ahora bien, resulta llamativo el hecho de que el Tribunal Supremo se posicione en contra de la inscripción de los menores fruto de este tipo de contratos y, no obstante, les reconozca este tipo de prestaciones a los comitentes. Esta aparente contradicción, aunque no lo es como tal, se basa en la intención de otorgarle protección a los intereses del menor, pues una vez ha nacido y se le ha inscrito en el Registro Civil, lo que queda por hacer es cuidar de sus derechos y el Alto Tribunal considera hacerlo mediante estas prestaciones.

8. Respecto de las cuestiones éticas que entraña la gestación por sustitución, cabe destacar la figura del menor y de la mujer. Ambos son denigrados por esta práctica, se les objetiva y reduce a mera mercancía, la mujer pasa a ser poco más que una simple incubadora. También se corre el riesgo de promover la trata de menores y empujar a mujeres en situaciones de vulnerabilidad a aceptar estos contratos, incluso pudiendo verse envueltas en condiciones infrahumanas e ilegalidades varias.

Muchos son los argumentos éticos en contra de la gestación por sustitución y justo por eso, tratar de darle una regulación positiva en España, a mi entender, es completamente desacertado.

Las cuestiones del caso mencionan los derechos humanos reproductivos como justificación de esta práctica, pero dado que no existe un derecho como tal en relación con la GS y que tampoco se puede afirmar la existencia de un derecho a ser padre o madre, queda descartado.

Finalmente, quisiera cerrar la cuestión con mis propias consideraciones para con este punto. A mi entender, la gestación por sustitución es la expresión de un liberalismo extremo liderado por el propio sistema capitalista en su máximo apogeo. Se debate sobre el uso del cuerpo de la mujer como mero objeto gestante y, sin embargo, se condena la compraventa de órganos. Se comercializa con niños como si fueran simples mercancías y se justifica en base a un deseo desmedido de paternidad y maternidad, como si no fuera simple vanidad. Se emite un discurso liberal que se escuda en una supuesta libertad de disposición del propio cuerpo, dejando de lado las situaciones infrahumanas a las que se condenan multitudes de mujeres por los deseos de unos terceros. Habría que poner el foco en el grueso de la práctica, en la gestación comercial, pues la excepción no hace la norma. Al final, la gestación por sustitución no es más que la manifestación de un ego desmedido por parte de los comitentes, comitentes que deciden olvidar que están jugando con la vulnerabilidad y dignidad de otras personas.

9. BIBLIOGRAFÍA.

-ÁLVAREZ ÁLVAREZ, H. (2019) Aspectos civiles más relevantes de la gestación por subrogación: La inscripción en el Registro Civil. *Revista jurídica de Castilla y León* [en línea]. 49, p. 98. ISSN: 2254-3805 [consulta: 21 – mayo – 2021]. Disponible en: https://www.jcyl.es/web/jcyl/AdministracionPublica/es/Plantilla100Detalle/1131978346397/_/1284892018990/Redaccion

-ÁLVAREZ DE TOLEDO QUINTANA, L. (2014) El futuro de la maternidad subrogada en España: Entre el fraude de ley y el correctivo de orden público internacional. *Cuadernos de Derecho Transnacional* [en línea]. 6(2), pp. 35-36. ISSN: 1989-4570 [consulta: 04 – mayo – 2021]. Disponible en: <http://www.uc3m.es/cdt>

-BORRILLO, D. (1994) Estatuto y representación del cuerpo humano en el sistema jurídico. *REIS: Revista Española de Investigaciones Sociológicas*. [en línea]. 68, p. 220. ISSN: 0210-5233. [consulta: 28 – abril – 2021]. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=768167>

-CALVO CARAVACA, L., CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. (2009) Gestación por sustitución y derecho internacional privado: Consideraciones en torno a la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 18 de febrero de 2009. *Cuadernos de Derecho Transnacional* [en línea]. 1(2), pp. 54-319. ISSN: 1989-4570 [consulta: 03 – mayo – 2021]. Disponible en: www.uc3m.es/cdt

-CALVO CARAVACA, L., CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. (2011) Notas críticas en torno a la Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 5 octubre 2010 sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución. *Cuadernos de Derecho Transnacional* [en línea]. 3, pp. 248-261. ISSN: 1989-4570 [consulta: 21 – mayo – 2021]. Disponible en: <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/1077>

-CALVO CARAVACA, L., CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. (2015) Gestación por sustitución y derecho internacional privado. Más allá del Tribunal Supremo y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Cuadernos de Derecho Transnacional* [en línea]. 7(2), pp. 54-59. ISSN: 1989-4570 [consulta: 03 – mayo – 2021]. Disponible en: www.uc3m.es/cdt

-CARRASCO ANDRINO, M.^a M. (2010) Protección penal de la filiación. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* [en línea]. 6, pp. 19-26. ISSN: 1695-0194 [consulta: 14 – mayo – 2021]. Disponible en: <http://criminnet.ugr.es/recpc/12/recpc12-06.pdf>

-Comité de Bioética de España: *Informe sobre los aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada*, 2017, pp. 3-89 [consulta: 03 – mayo – 2021]. Disponible en: http://assets.comitedebioetica.es/files/documentacion/es/informe_comite_bioetica_aspectos_eticos_juridicos_maternidad_subrogada.002.pdf

-DE VERDA Y BEAMONTE, J.R. (2016) Notas sobre la gestación por sustitución en el Derecho español. *Actualidad jurídica iberoamericana* [en línea]. 4, p. 6. ISSN: 2386-4567 [consulta: 21 – mayo – 2021]. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5415107>

- DÍEZ-PICAZO, L. *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*. [en línea]. 5th ed. Civitas, 1996 [consulta: 28 – abril – 2021]. Disponible en: <https://masterpyc.files.wordpress.com/2015/07/fundamentos-del-derecho-civil-patrimonial.pdf>
- ELEONORA CANO, M. *Breve aproximación en torno a la problemática de la maternidad subrogada*. [En línea] [consulta: 26 – abril – 2021]. Disponible en: <http://www.revistapersona.com.ar/cano.htm>
- ESTELLÉS PERALTA, P.M. (2018) Gestación por sustitución: desafíos jurídicos y éticos. *Actualidad Jurídica Iberoamericana* [en línea]. 9, pp. 343-348. ISSN: 2386-4567 [consulta: 28 – mayo – 2021]. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6653330>
- FERNÁNDEZ ECHEGARAY, L. (2020) Gestación por sustitución: españoles atrapados en Ucrania. *Revista de Derecho UNED* [en línea]. 26, p. 169 [consulta: 21 – mayo – 2021]. Disponible en: <http://revistas.uned.es/index.php/RDUNED/article/view/29170>
- GODOY VÁZQUEZ, O. La gestación subrogada en la jurisprudencia del TEDH, TJUE y Tribunal Supremo. *Anuario de la Facultad de Derecho de la UEx* [en línea]. 34, pp. 113-116. ISSN: 0213-988X [consulta: 21 – mayo – 2021]. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7044337>
- GÓMEZ GÓMEZ, M. (2020) La gestación subrogada: un análisis desde una perspectiva comparativa y del sistema español de Derecho internacional privado. *Working Papers* [en línea]. 1, pp. 16-17. ID: 59095 [consulta: 04 – mayo – 2021]. Disponible en: <https://eprints.ucm.es/id/eprint/59095/>
- GORELLI HERNÁNDEZ, J. (2017) La prestación por maternidad en los casos de gestación por sustitución o maternidad subrogada (vientres de alquiler). *Revista Aranzadi Doctrinal* [en línea]. BIB: 2017\10517 [consulta: 25 – mayo – 2021]. Disponible en: <https://insignis-aranzadigital-es.accedys.udc.es/maf/app/search/navigate?srguid=i0ad82d9b00000179dd63be9b1365dfae&rpp=50>
- GUILLÍN MARTÍNEZ, M. *Acuerdo sobre un vientre de alquiler* [en línea]. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C (tutor) Trabajo fin de grado. Universidade da Coruña, 2018. [consulta: 21 – mayo – 2021]. Disponible en: https://ruc.udc.es/dspace/bitstream/handle/2183/23467/GuillinMartinez_Melanie_TFG_2018.pdf?sequence=2&isAllowed=y
- GUTIÉRREZ BARRENENGOA, A., (coord.), LLEDÓ YAGÜE, F., FERRER VANRRELL, M.P., BENÍTEZ ORTÚZAR, I., OCHOA, MARIETA, C., MONJE BALMASEDA, O. (dirs.). *Gestación subrogada. Principales cuestiones civiles, penales, registrales y médicas*. Madrid: Dykinson, SL, 2019. ISBN:978-84-1324-289-7.
- HEREDIA CERVANTES, I. (2013) La Dirección General de los Registros y del Notariado ante la gestación por sustitución. *Anuario de Derecho Civil* [en línea]. 66(2), pp. 698-699. ISSN: 0210-301X [consulta: 20 – mayo – 2021]. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4549917>
- HEREDIA CERVANTES, I. (2015) La inscripción de relaciones de filiación constituidas en el extranjero mediante gestación por sustitución: seis años desperdiciados.

Boletín del Ministerio de Justicia [en línea]. ISSN: 1989-4767 [consulta: 21 – mayo – 2021]. Disponible en: <http://www.mjusticia.es/bmj>

-HEREDIA CERVANTES, I. (2021) El Tribunal Supremo y la gestación por sustitución: crónica de un desencuentro. *El Notario del siglo XXI* [en línea]. 96 (54) [consulta: 21 – mayo – 2021]. Disponible en: <https://www.elnotario.es/index.php/editorial/3716-el-tribunal-supremo-y-la-gestacion-por-sustitucioncronica-de-un-desencuentro>

-HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, A. (2014) Determinación de la filiación de los nacidos en el extranjero mediante gestación por sustitución: ¿Hacia una nueva regulación legal en España? *Cuadernos de Derecho Transnacional* [en línea]. 6(2), pp. 152-165. ISSN: 1989-4570 [consulta: 14 – mayo – 2021]. Disponible en: <http://www.uc3m.es/cdt>

-JIMÉNEZ MARTÍNEZ, M. J. (2012) La inscripción de la filiación derivada de la gestación por sustitución. problemas actuales. *Anuario Facultad de Derecho de la Universidad de Alcalá* [en línea]. 5, pp. 374-375. ISSN: 1888-3214 [consulta: 20 – mayo – 2021]. Disponible en: <https://ebuah.uah.es/dspace/handle/10017/13801>

-JIMÉNEZ MUÑOZ, J. (2014) Denegación de la inscripción de la filiación determinada por la celebración de un contrato de gestación por sustitución. Comentario a la STS 835/2013, de 6 de febrero de 2014 (RJ 2014, 736). *Revista bolivariana de derecho* [en línea]. 18, pp. 412-418. ISSN: 2070-8157 [consulta: 21 – mayo – 2021]. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4766477>

-LAMM, E. *Gestación por sustitución*. [en línea]. Publicacions i Edicions de la Universitat de Barcelona, 2014 [consulta: 26 – abril – 2021]. Disponible en: <http://diposit.ub.edu/dspace/bitstream/2445/115984/1/9788447537730%20%28Creative%20Commons%29.pdf>

-NUÑO GÓMEZ, L. *Maternidades S.A. El negocio de los vientres de alquiler*. Madrid: Catarata, 2020. ISBN: 978 84 9097 954 9.

-PRESA GARCÍA-LÓPEZ, R. (2017) Gestación por sustitución y prestaciones por maternidad. (Análisis de los nuevos criterios administrativos con ocasión de las SSTS de 25 de octubre y de 16 de noviembre de 2016). *Aranzadi digital* [en línea]. BIB 2017\57 [consulta: 25 – mayo – 2021]. Disponible en: <https://insignis-aranzadidigital-es.accedys.udc.es/maf/app/search/navigate?srguid=i0ad6adc500000179e0863456d5656d2f&rpp=50>

-QUIÑONES ESCÁMEZ, A. (2009) Doble filiación paterna de gemelos nacidos en el extranjero mediante maternidad subrogada. *InDret: Revista para el Análisis del Derecho* [en línea]. 3, pp. 29-30 [consulta: 03 – mayo – 2021]. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3018491>

-SÁNCHEZ JORDÁN, M^a. E. (2020) La necesaria doble aproximación a la gestación subrogada. *InDret: Revista para el Análisis del Derecho* [en línea].4, pp. 131-142. [consulta: 28 – abril – 2021]. Disponible en: <https://www.raco.cat/index.php/InDret/article/view/375593>

-SANDEL, M.J. *Justicia ¿Hacemos lo que debemos?* Barcelona: Penguin Random House, 2011. ISBN: 978-84-9989-414-0

-SOCÍAS CAMACHO, J.M. (2002) Error material, error de hecho y error de derecho. Concepto y mecanismos de corrección. *Revista de administración pública*. [en línea].

157, p. 173. ISSN: 0034-7639. [consulta: 28 – abril – 2021]. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=246395>

-TALÉNS VISCONTI, E.E. (2018) La prestación de maternidad en los supuestos de gestación subrogada. *Actualidad Jurídica Iberoamericana* [en línea]. 9, pp. 442-449. ISSN: 2386-4567 [consulta: 25 – mayo – 2021]. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6653335>

-TREJO PULIDO, A. *El mito de la demanda social*. [en línea][consulta: 28 – mayo – 2021]. Disponible en: <https://tribunafeminista.elplural.com/2019/07/el-mito-de-la-demanda-social/>

-VALERO HEREDIA, A. (2019) La maternidad subrogada: Un asunto de derechos fundamentales. *UNED. Teoría y Realidad Constitucional* [en línea]. 43, pp. 424-435 [consulta: 28 – mayo – 2021]. Disponible en: https://www.researchgate.net/publication/333399887_La_maternidad_subrogada_un_asunto_de_derechos_fundamentales

-VEGA, M., VEGA, J., MARTÍNEZ BAZA, P. (1995) Comentarios a la legislación española sobre Reproducción Asistida. *Cuadernos de Bioética*. [En línea]. p. 57. [consulta: 26 – abril – 2021]. Disponible en: <http://aebioetica.org/revistas/1995/1/21/57.pdf>

-VELA SÁNCHEZ, A. J. *De nuevo sobre la regulación del convenio de gestación por sustitución o de maternidad subrogada en España. A propósito de la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 23 de noviembre de 2011*. En: Diario La Ley, núm. 7815, Sección Doctrina [en línea]. 2012 marzo 9 [consulta: 21 – mayo – 2021]. Disponible en: <https://diariolaley.laleynext.es/content/DocumentoRelacionado.aspx?params=H4sIAAA AAAAEAMtMSbF1CTEAakNzS2Mze7Wy1KLizPw827DM9NS8kIS1xKti JzSktT QokzvkKLSVABhjSNYMQAAAA==WKE>

-VELA SÁNCHEZ, A.J. (2017). Crimen en el bar. *Revista Internacional de Doctrina y Jurisprudencia* [en línea]. 16, pp. 2-3. ISSN: 2255-1824. [consulta: 02 – mayo – 2021]. Disponible en: <http://ojs.ual.es/ojs/index.php/RIDJ/article/view/1848>

-VELA SÁNCHEZ, A.J. Gestación por encargo: tratamiento judicial y soluciones prácticas [en línea]. *Reus, S. A.*, 2015 [consulta: 26 – abril – 2021]. Disponible en: <https://elibro-net.accedys.udc.es/es/ereader/bibliotecaucdc/46599?page=4>

-VELARDE D´AMIL, Y. (2012) 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* [en línea]. 3, pp. 62-65. ISSN: 2174- 7210 [consulta: 21 – mayo – 2021]. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5074814>

-VILAR GONZÁLEZ, S. (2014) Situación actual de la gestación por sustitución. *Revista de Derecho UNED* [en línea]. 14, pp. 901-902. [consulta: 28 – abril – 2021]. Disponible en: <http://revistas.uned.es/index.php/RDUNED/article/view/13293>

-VILLA SIEIRO, S.V. *Mujer sujeto u objeto de derechos reproductivos. Derechos de los menores y maternidad por sustitución* [en línea]. Tirant lo Blanch, 2019, Capítulo XVII. [consulta: 14 – mayo – 2021]. Disponible en: <https://www.tirantonline->

com.accedys.udc.es/tol/documento/show/7627864?index=5&librodoctrina=16169&general=derecho+penal+espa%C3%B1ol&searchtype=substring

10. APÉNDICE JURISPRUDENCIAL.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

-TEDH, caso Mennesson c. Francia, n.º 65192/11 y caso Labassee c. Francia, n.º 65941/77, de 26 de junio de 2014. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5060345>

-TEDH, caso Paradiso y Campanelli c. Italia, n.º 25358/12, de 27 de enero de 2015. Disponible en: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%20>

-TEDH, CEDH 132, de 10 de abril de 2018. Disponible en: [https://hudoc.echr.coe.int/eng-press#{%22fulltext%22:\[%22MENNESSON%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng-press#{%22fulltext%22:[%22MENNESSON%22]})

Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

-STJUE de 18 de marzo de 2014 en el asunto C-167/12 [ECLI:EU:C:2014:169]. Disponible en: <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=149387&doclang=ES>

Tribunal Supremo.

-STS 247/2014, de 6 de febrero de 2014 [ECLI:ES:TS:2014:247]. Disponible en: <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/bac2bad54153bf37/20140214>

-ATS 335/2015, de 2 de febrero de 2015 [ECLI:ES:TS:2015:335A]. Disponible en: <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/acbe691a198cb5c4/20150213>

-STS 5375/2016, de 25 de octubre de 2016 [ECLI:ES:TS:2016:5375]. Disponible en: <https://www.poderjudicial.es/search/indexAN.jsp#>

-STS 5283/2016, de 16 de noviembre de 2016 [ECLI:ES:TS:2016:5283]. Disponible en: <https://www.poderjudicial.es/search/indexAN.jsp#>

Tribunal Superior de Justicia.

-STSJ CL 2887/2010, de 5 de mayo de 2010 [ECLI:ES:TSJCL:2010:2887]. Disponible en: <https://www.poderjudicial.es/search/indexAN.jsp#>

-STSJ AS 3514/2012, de 20 de septiembre de 2012 [ECLI:ES:TSJAS:2012:3514]. Disponible en: <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openCDocument/25652db5eef3ee8da9f1f86dce7fdf5b2b1f20251081ce2b>

-STSJ M 13355/2012, de 18 de octubre de 2012 [ECLI:ES:TSJM:2012:13355]. Disponible en: <https://www.poderjudicial.es/search/indexAN.jsp#>

-STSJ M 13889/2012, de 18 de octubre de 2012 [ECLI:ES:TSJM:2012:13889]. Disponible en: <https://www.poderjudicial.es/search/indexAN.jsp#>

-STSJ CAT 12193/2012, de 23 de noviembre de 2012 [ECLI:ES:TSJCAT:2012:12193]. Disponible en: <https://www.poderjudicial.es/search/indexAN.jsp#>

-STSJ PV 22/2014, de 13 de mayo de 2014 [ECLI:ES:TSJPV:2014:22]. Disponible en: <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/875cab92c3bee519/20140627>

-STSJ M 8383/2014, de 7 de julio de 2014 [ECLI:ES:TSJM:2014:8383]. Disponible en: <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/b38d3020128ac9df/20141002>

-STSJ ICAN 2252/2014, de 7 de julio de 2014 [ECLI:ES:TSJICAN:2014:2252]. Disponible en: <https://www.poderjudicial.es/search/indexAN.jsp#>

-STSJ AND 250/2015, de 4 de febrero de 2015 [ECLI:ES:TSJAND:2015:250]. Disponible en: <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/f564c181db9f61df/20150327>

-STSJ CAT 1613/2015, de 9 de marzo de 2015 [ECLI:ES:TSJCAT:2015:1613]. Disponible en: <https://www.poderjudicial.es/search/indexAN.jsp#>

-STSJ MU 733/2015, de 30 de marzo de 2015 [ECLI:ES:TSJMU:2015:733]. Disponible en: <https://www.poderjudicial.es/search/indexAN.jsp#>

Audiencia Provincial.

-SAP Valencia 826/2011, de 23 de noviembre de 2011 [ECLI:ES:APV:2011:5738]. Disponible en: <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/edc03e532b970773/20111209>

-SAP Barcelona 74/2019, de 15 de enero de 2019 [ECLI:ES:APB:2019:74]. Disponible en: <https://www.poderjudicial.es/search/openDocument/0a91390c9daa4cd0/20190124>

11. APÉNDICE DE NORMAS LEGISLATIVAS Y RESOLUCIONES.

- Constitución Española. BOE núm. 311 de 29 de diciembre de 1978.
- Decreto de 14 de noviembre de 1958 por el que se aprueba el Reglamento de la Ley del Registro Civil. BOE núm. 296 de 11 de diciembre de 1958.
- Estatuto de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado. De 15 de julio de 1955. Recuperado de: <https://www.hcch.net/es/instruments/conventions/full-text>
- Instrucción de 5 de octubre de 2010, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución. Recuperado de <http://www.boe.es/boe/dias/2010/10/07/pdfs/BOE-A-2010-15317.pdf>
- Instrumento de Ratificación de la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989. BOE núm. 313 de 31 de diciembre de 1990.
- Instrumento de Ratificación del Convenio para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina (Convenio relativo a los derechos humanos y la biomedicina), hecho en Oviedo el 4 de abril de 1997. BOE núm. 251 de 20 de octubre de 1999.
- Instrumento de Ratificación del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950, y enmendado por los Protocolos adicionales números 3 y 5, de 6 de mayo de 1963 y 20 de enero de 1966, respectivamente. BOE núm. 243 de 10 de octubre de 1979.
- Instrumento De Ratificación del Convenio relativo a la expedición de un certificado de vida (número 27 de la CIEC), hecho en París el 10 de septiembre de 1998. BOE núm. 194 de 12 de agosto de 2004.
- Instrumento de ratificación del Convenio relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional, hecho en La Haya el 29 de mayo de 1993. BOE núm. 182 de 1 de agosto de 1995.
- Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. BOE núm. 7 de 8 de enero de 2000.
- Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida. BOE núm. 126 de 27 de mayo de 2006.
- Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil. BOE núm. 175 de 22 de julio de 2011.
- Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica. BOE núm. 274 de 15 de noviembre de 2002.
- Ley de 8 de junio de 1957 sobre el Registro Civil. BOE núm. 151 de 10 de junio de 1957.
- Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. BOE núm. 281 de 24 de noviembre de 1995.
- Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. BOE núm. 157 de 2 de julio de 1985.

-Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. BOE núm. 10 de 12 de enero de 2000.

-Real Decreto 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. BOE núm. 69 de 1 de abril de 2009.

-Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil. BOE núm. 206 de 25 de julio de 1889.

-Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores. BOE núm. 255 de 24 de octubre de 2015.

-Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social. BOE núm. 261 de 31 de octubre de 2015.

-Real Decreto-ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación. BOE núm. 57 de 7 de marzo de 2019.

-Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 18 febrero 2009. Recuperado de: <https://www.legaltoday.com/historico/jurisprudencia/jurisprudencia-civil/resolucion-de-la-direccion-general-de-los-registros-y-del-notariado-de-18-febrero-2009-2009-04-08/>