



FACULTAD DE DERECHO

TRABAJO FIN DE GRADO

**CUESTIONES RELATIVAS A LA GESTACIÓN SUBROGADA. PRESTACIÓN POR
MATERNIDAD E IMPLICACIONES ÉTICAS**

**GRADO EN DERECHO
CURSO ACADÉMICO 2021/22**

Tutor: Prof. Dr. Rafael García Pérez

Autora: María Sabela Martínez Suárez

INDICE

ABREVIATURAS:

PARTE PRIMERA: Contextualización social y tratamiento jurídico de la gestación subrogada.

- I. Observación previa sobre el método y las fuentes.**
- II. El fenómeno de la gestación subrogada en el mundo y España. Conceptos básicos.**
- III. Una revisión general del régimen jurídico de la gestación subrogada a nivel de los países más significados.**
- IV. La gestación subrogada en el Derecho español. La Inscripción registral del menor a la luz de los planteamientos de la Dirección General de Registros y del Notariado, el Instituto Nacional de la Seguridad Social, los Tribunales de justicia y la doctrina.**
 - IV.1. Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, del 18-II-2009.
 - IV.2. Sentencia N.º 193/2010, de 15-IX-2010, del Juzgado de Primera Instancia núm. 15 de Valencia.
 - IV.3. Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 5 de octubre de 2010.
 - IV.4. Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, de 23-XI-2011.
 - IV.5. Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), 247/2014, de 6-II-2014.
 - IV.6. Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de 26-VI-2014 (casos Mennesson c. Francia y Labassee c. Francia).
 - IV.7. Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil.
- V. La prestación por maternidad, en los supuestos de gestación subrogada. De su negativa por el Instituto Nacional de la Seguridad Social a su concesión por la vía judicial: Sentencias del Tribunal Supremo (Sala de lo Social), 881/2016, de 25 de octubre de 2016 y 953/2016 (Sala de lo Social), de 16 de noviembre de 2016.**

PARTE SEGUNDA: Aplicación de los planteamientos examinados a las Cuestiones formuladas en el Caso a resolver.

I. Supuesto de hecho y cuestiones.

I.1. Supuesto 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 período 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 —las dos dicen ser las 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.

I.2. Cuestiones.

Cuestión 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?

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

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

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

Cuestión 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? ¿Sería posible justificar la gestación subrogada como un derecho humano reproductivo? ¿Cuáles serían las implicaciones éticas de esta regulación?

Conclusiones finales.

Bibliografía.

Apéndice jurisprudencial.

ABREVIATURAS.

BOE: Boletín Oficial del Estado.

CBE: Comité de Bioética de España.

CC: Código Civil.

CE: Constitución española.

CEDH: Convenio europeo de Derechos Humanos.

FD: Fundamento de Derecho.

FJ: Fundamento Jurídico.

CEDH: Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales.

CGS: Contrato de Gestación Subrogada.

CP: Código Penal.

INSS: Instituto Nacional de Seguridad Social.

LEC: Ley de Enjuiciamiento Civil.

LGSS: Ley General de Seguridad Social.

LO: Ley Orgánica.

LOPJ: Ley Orgánica del Poder Judicial.

LRC1957: Ley del Registro Civil de 1957.

LRC2011: Ley del Registro Civil de 2011.

LTRHA: Ley sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida.

RC: Registro Civil.

RRC: Reglamento del Registro Civil.

SAP: Sentencia de Audiencia Provincial.

STSJ: Sentencia del Tribunal Superior de Justicia.

STS: Sentencia del Tribunal Supremo.

TEDH: Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

TFG: Trabajo de Fin de Grado.

PARTE PRIMERA: Contextualización social y tratamiento jurídico de la gestación subrogada.

I. Observación previa sobre el método y las fuentes.

Considero oportuno realizar esta Observación previa sobre el método y las fuentes, para facilitar la comprensión del motivo de la elección del perfil del sumario que he hecho. Inicialmente, haré, en una Parte Primera, un estudio teórico del contexto y de la parte importante de la matriz del tema abordando la inscripción registral, y de una de sus derivaciones como es la prestación social por maternidad. Después, en una Parte Segunda, atenderé al estudio y solución de las preguntas del Caso Práctico escogido sin dejar de reforzar, cuando sea conveniente, el acompañamiento jurisprudencial y doctrinal necesarios.

El método a seguir consistirá por lo tanto en examinar los trabajos llevados a cabo en los ámbitos administrativos, judiciales y doctrinales, y, por esa vía, ir induciendo, ante la falta de una norma general, cuál es el tratamiento jurídico general de la gestación subrogada en España. Estará presente también en el Trabajo de Fin de Grado (TFG), el contexto del debate sobre la conveniencia o no de la adopción de una normativa que permita o siga prohibiendo la celebración Contratos de Gestación Subrogada (CGS) en España o cuando menos contribuya a mejorar las actuaciones en los ámbitos del registro civil y la prestación social.

II. El fenómeno de la gestación subrogada en el mundo y en España. Conceptos básicos.

La gestación por sustitución, gestación o maternidad subrogada, también conocida, desde algunos sectores, como vientres de alquiler; cuenta con hasta 16 nombres en español. La Organización Mundial de la Salud utiliza la denominación de gestación subrogada, y la Ley sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida (LTRHA) habla de la gestación por sustitución.

Nos encontramos ante una temática que ha alcanzado enorme relevancia a nivel mundial y, como no, en España, debido a las implicaciones sociales, culturales, morales y jurídicas que la acompañan.

En los que concierne al presente trabajo que nos ocupa, emplearé preferentemente la denominación de gestación subrogada utilizada en el supuesto de hecho del caso práctico al que haré frente, que aborda principalmente las consecuencias en el derecho español e internacional de la gestación subrogada a nivel legal y humano, debido a que un número creciente de parejas españolas, ante la prohibición de dicha práctica en España, viajan a países donde la misma está autorizada. Esta situación provoca que dichas parejas tengan que hacer frente a la problemática que implica establecer la filiación y llevar a cabo la inscripción del niño en la Oficina consular del Registro civil de la Embajada española en el país donde nació el niño.

Dejando abierta la cuestión jurídica para un momento posterior, me centraré a priori en algunos conceptos básicos sobre la gestación subrogada. Una buena definición de conjunto de esta es la que dio la Audiencia Provincial de Valencia, en 2011, diciendo que el contrato de gestación subrogada “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”¹. Viene a ser, por lo tanto, una práctica por la cual una mujer gesta a un bebe para una pareja o para una persona; estando por una parte los padres -padre y/o madre- de intención o comitentes aportantes, los cuales pueden aportar o no su material genético y, por la otra, la mujer gestante (que puede igualmente aportar o no su material genético según el caso concreto).

Antes de los adelantos tecnológicos en técnicas de reproducción asistida, la maternidad era asumida enteramente por la figura única de la madre, quien aportaba parte del material genético, efectuaba la gestación y, finalmente, quedaba a cargo de la maternidad desde el punto de vista jurídico y social. La adopción era la única excepción jurídica por la cual una mujer era considerada como madre de un niño sin haberlo dado a luz. Con el paulatino avance de las técnicas de reproducción asistida, el concepto de maternidad resulta más difuso y complejo dada la gran casuística posible. Así, hay que distinguir entre quien aporta los óvulos, la carga genética, quien consume la gestación y quien asume la responsabilidad legal y la atención de la educación y las necesidades del niño. De este modo, según cuál sea el origen de los óvulos, podemos hablar de gestación subrogada parcial cuando la gestante presta su útero y también aporta su óvulo, siendo por ende, la madre genética del nacido. Asimismo, nos encontramos con la gestación completa o total, en la que la gestante solo cede su útero al cual se le transfiere un embrión ya formado sin contribuir con sus ovocitos, y que por obvias razones es la única autorizada en la mayoría de los países permitentes².

Se habla también, de una gestación subrogada altruista cuando a la gestante se le pagan únicamente los gastos originados con el embarazo; y a la contra de una gestación subrogada comercial en caso de que la gestante, además de los gastos, reciba un pago por esta. Evidentemente, resulta difícil precisar dónde acaban los gastos ocasionados y dónde podría empezar a hablarse de la presencia de un pago.

Mayoritariamente quienes recurren a la maternidad subrogada son parejas heterosexuales, que por razones médicas no pueden tener hijos; y también hombres o mujeres solteros. Asimismo, también acuden a dicha técnica parejas homosexuales de hombres o mujeres, que por su incapacidad natural para gestar no pueden tener hijos.

¹ Audiencia Provincial de Valencia. Sentencia núm. 826 de 23 de noviembre de 2011, núm. Recurso 949/2011.

² Marrades Puig, A.: “La gestación subrogada en el marco de la constitución española: una cuestión de derechos”, *Estudios de Deusto*, Enero-Junio 2017, Vol. 65/1, p. 228, escribe que: “Hay recientes estudios e investigaciones que muestran que a través del embarazo se transmite carga genética. Se ha identificado una molécula específica del líquido endometrial que es capaz de reprogramar genéticamente al embrión, entonces aunque no sea una madre «genética», pero sí biológica en el sentido de que gesta en su cuerpo el feto, puede entenderse que se podría transmitir carga genética al mismo. Por eso hay madres que no comparten ADN con su hijo/a (por ejemplo al gestar un embrión por donación) y sin embargo tienen rasgos físicos similares”.

La gestación subrogada es un proceso espinoso tanto desde el ámbito emocional de los futuros padres como de la mujer gestante, y que sin duda deriva en un complejo dilema moral que despierta posiciones encontradas, hecho que explica por ello la ausencia de un nombre único para denominar dicha técnica de reproducción asistida.

Por una parte, están los contrarios a la gestación subrogada, que entienden que la única posibilidad para las personas que no puedan gestar sus propios hijos es la adopción. Sin embargo, los partidarios, esgrimen varias razones; entre ellas, hacen alusión a que el proceso de adopción se endureció mucho últimamente, ya que los pretendientes a ser padres adoptivos han de pasar largos procesos de selección y cumplir con toda una serie de requisitos personales y de otro tipo que muchas veces les impiden continuar el proceso. Existen largas listas que hacen que los plazos de tiempo medios de espera hayan pasado de 2 a 5 años, llegando inclusive a 8 años en algunos casos, estando además en muchos países permitida solo a las parejas heterosexuales.

Hay parejas que renuncian a la adopción debido a las dificultades anteriormente mencionadas, y que optan por la alternativa de la gestación subrogada, dado que así, a mayores, en muchos casos, aportan su carga genética, recibiendo por ello el niño la herencia genética de los padres comitentes. Entiendo desde mi postura personal, que habría que fomentar la adopción, eliminando las dificultades, en ocasiones ilógicas, respetando a la par las garantías necesarias para preservar los intereses de los menores.

Siendo llevada a cabo la primera maternidad subrogada en 1986, en los Estados Unidos, desde hace aproximadamente diez años ha pasado a ser efectuada de una forma más regular y notoria, comprendiendo a ciudadanos de muy diversos países; de ahí que esté presente en el tratamiento jurídico de los diversos Derechos nacionales, autorizantes o prohibitivos, prácticamente desde todas las áreas del Derecho. No obstante, si bien continúa aún prohibida en la mayor parte de los países son numerosas las figuras públicas que se han servido de esta técnica para ser padres. Así, entre otros, la empresaria Kim Kardashian, el futbolista Cristiano Ronaldo, la actriz Nicole Kidman, los cantantes Ricky Martin y Miguel Bosé, el actor Javier Cámara y el presentador Jaime Cantizano. Estas personas famosas y otras muchas hicieron a la técnica muy popular, pero, al mismo tiempo, contribuyeron a la imagen de que estamos ante un método de reproducción apto solo para personas adineradas.

En todo caso, esta situación está llevando a que un número tal vez no muy grande pero creciente de parejas españolas opten por dicha práctica reproductiva para satisfacer sus deseos de tener un hijo. Nos encontramos ante una realidad compleja y como señala Lucas Esteve “las decisiones de las autoridades son contradictorias y los conflictos en los que se ven afectados bebés y familias son continuos. Estos intereses contrapuestos, legislaciones confrontadas, conflictos éticos, bebés necesitados de amparo y abusos sobre mujeres desprotegidas están en la base de un problema que es jurídico, ético y social”. Este autor, contrario a esta práctica de la gestación subrogada, afirma sin embargo que hay que tener en cuenta la “protección del menor”, al escribir que: “Sin embargo, hay que recordar que uno de los principios fundamentales de nuestro ordenamiento jurídico es la “protección del menor” y el “interés superior del menor”. En esta situación, una vez ha

nacido el bebé parece indispensable que el ordenamiento jurídico lo proteja de forma eficaz”³.

III. Una revisión general del régimen jurídico de la gestación subrogada a nivel de los países más significados.

Debo de indicar que la doctrina es algo contradictoria respecto a las clasificaciones de los países en cuanto a la permisividad y condiciones de dicha práctica. A grandes rasgos, a nivel mundial⁴, encontramos cuatro grupos de países:

En el primer grupo, países que no permiten y/o prohíben la gestación por sustitución, están Alemania, Austria, Bélgica, Bulgaria, España, Francia, Islandia, Italia, Polonia, Suecia y Suiza. Asimismo, en este grupo estaría México por lo que respecta en concreto a sus Estados de Querétaro y Coahuila.

En el segundo grupo, países que permiten la gestación subrogada, están Reino Unido, Grecia, Portugal⁵, Canadá, Brasil, Israel, México (Estado de Tabasco), Australia, Sudáfrica, Nueva Zelanda, Uruguay, Vietnam, y Chipre. Obviamente, con algunas diferencias entre ellos.

En el tercer grupo, países que permiten la gestación por sustitución de forma amplia y comercial: Rusia, Ucrania, Estados Unidos de América, México (Estado de Sinaloa), y la India⁶.

Dentro del cuarto grupo, países carentes de regulación de gestación por sustitución si bien se practica en ellos en mayor o menor medida, estarían Camboya, Nepal, Tailandia, Argentina y Perú.

Los conflictos jurídicos son sin duda latentes, cuando nos adentramos en un contexto en el que personas o parejas que proceden de un Estado no permisivo, viajan a otro país donde pueden llevar a cabo un contrato de gestación subrogada. Esta figura reproductiva es ya una práctica cada vez más frecuente a la que acuden anualmente, a nivel mundial, millares de ciudadanos que buscan lograr ser padres legales de un hijo para conseguir su propósito de formar una familia. España no es una excepción.

³ Lucas Esteve, A.: “La gestación por sustitución: derechos e intereses en conflicto”, en Lucas Esteve, A. (Ed): La gestación por sustitución, Valencia, 2019, pp. 24-25. Dentro del amplio campo de repercusiones que tiene la gestación subrogada, este autor subraya que, en el campo de la concepción de la familia: “La gestación subrogada altera la vida y la familia que ha existido desde el comienzo de la humanidad y abre la puerta, quizás de una forma irreversible, a una nueva forma de entender la vida, en la que muchas de sus consecuencias son imprevisibles”.

⁴ Fernández Echegaray, L.: *La gestación por sustitución y la reproducción humana asistida en España: ¿incoherencia normativa o legislación garantista*, Aranzadi, Madrid, 2019, pp. 149-215.

⁵ La ley portuguesa de gestación subrogada, aprobada en 2016, fue declarada inconstitucional en algunas de sus partes, en 2018 y 2019 por el Tribunal Constitucional, por no proteger debidamente los intereses de la madre gestante. Este no se pronuncia en contra de la posibilidad de la gestación subrogada. La GS recogida en la ley solo puede ser altruista.

⁶ La India hizo una reforma en 2015 y ahora está prohibida la GS internacional para comitentes extranjeros en cuyos países no esté admitida. A su vez, Camboya, Nepal y Tailandia hicieron lo mismo en 2016.

IV. La gestación subrogada en el Derecho español. La Inscripción registral del menor a la luz de los planteamientos de la Dirección General de Registros y del Notariado, el Instituto Nacional de la Seguridad Social, los Tribunales de justicia y la doctrina.

En España, como mencioné anteriormente, el ordenamiento jurídico sanciona con la nulidad de pleno derecho cualquier convenio o contrato cuya causa radique en que una mujer preste su cuerpo a fin de que se geste en él una criatura que al nacer sea entregada a la otra parte contratante, ya sea tanto a cambio de precio o sin él. De este modo, el art. 10 de la LTRHA establece: “1. *Será nulo de Pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero.* 2. *La filiación de los hijos nacidos por gestación por sustitución será determinada por el parto.* 3. *Queda a salvo la posible acción de reclamación de paternidad respecto al padre biológico, conforme a las reglas generales*”.

El fundamento de esta sanción de nulidad descansa, desde la perspectiva de los partidarios de esta, en la prohibición de utilizar un cuerpo ajeno para llevar a cabo en él un embarazo cuyo fruto será entregado a persona distinta de la mujer gestante. Entre las consecuencias de la nulidad estarían que la mujer gestante no tiene, para el Derecho español, la obligación de entregar el niño; del mismo modo que no habrá derecho a cobrar una indemnización por no entregar el niño. Si bien, la indemnización podría ser reclamada ante los Tribunales de los países donde se celebró el contrato.

En relación con el contenido del artículo 10.3 de la LTRHA, este fue definido a criterio de Lamm como una de las grandes “hipocresías del ordenamiento jurídico español”⁷. Dicha consideración defendida por la autora, la cual no refleja en lo absoluto mi opinión respecto al tema que nos ocupa, descansaría en que, ante un nacimiento derivado de un CGS, el padre comitente que aportó el esperma sí podrá reclamar la paternidad del hijo y ser determinado como progenitor legal, pero, en cambio, la esposa o pareja femenina, quien formó parte de igual forma de ese contrato de gestación, no podrá reclamar la maternidad, aun en el caso de haber aportado su propio óvulo, teniendo que acudir forzosamente a la adopción de su hijo genético para ser considerada madre legal (art.175.4 CC), incluso en el caso de un total desinterés de la madre gestante por el niño. A mi juicio, la autora exagera utilizando la palabra “hipocresía”, si bien, como veremos después, esta discriminación será esgrimida por parte de la doctrina para negar el carácter imperativo del art. 10.1 de la LTRHA.

Expuesto todo lo anterior, hay subrayar que, con motivo de la gestación subrogada, aparecen una serie de cuestiones. Una vez que los padres intencionales tienen al niño, deben regresar a sus países de origen, España en el caso de los padres españoles. Y ahí es cuando surgen algunas preguntas: ¿qué sucede con esos hijos nacidos en el extranjero a partir de una práctica reproductiva no autorizada en nuestro país? ¿quién o quiénes constarán como sus padres oficiales?, ¿podrán los niños ser inscritos en el Registro civil español?, ¿cuál será su nacionalidad? ¿tendrán los padres derecho a las prestaciones sociales por maternidad? Estas preguntas como nos podemos imaginar no tienen una respuesta jurídica fácil, debido a que estos niños poseen unos derechos personales innatos a su cualidad de ser humano. Lo anterior conlleva que, a pesar de haber

⁷ Lamm, E.: *Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*, Universitat de Barcelona, Publicacions i Edicions, 2013, p. 69.

nacido bajo una práctica de reproducción "ilegal", no dejan de ser personas y, como tales, dignos de protección.

En la práctica, en la mayor parte de los casos de CGS celebrados por españoles, tratándose de parejas heterosexuales, los niños fueron inscritos en el Registro civil español, si bien en algunos casos con algunas incidencias burocráticas. Así ocurrió también en los casos en los que los comitentes fueron sujetos individuales que accedieron a la GS en solitario. Para ello se acudiría al trámite de reconocimiento de certificaciones registrales extranjeras en España (Art. 23 de la Ley anterior del Registro Civil de 1957 (LRC1957), de 8 de junio de 1957, y arts. 81 y 85 de su Reglamento de 1958 (RRC). Las cosas se complicaban cuando los contratantes eran parejas de homosexuales.

Otra consecuencia de la inscripción del niño, nacido en el extranjero en virtud de una GS, como hijo de un español, es la posesión de la nacionalidad española de origen siguiendo el Código Civil (CC), art. 17.1: “Son españoles de origen: a) Los nacidos de padre o madre españoles”. Si bien si nacieron en un país que siga el *ius soli*, en materia de nacionalidad, como p. ej., los Estados Unidos, el niño tendrá también la nacionalidad americana o la del país de nacimiento. Otra consecuencia que, con el tiempo, ha pasado a ser admitida es la prestación por maternidad/paternidad a favor de los comitentes. De ella me ocuparé al responder a la pregunta formulada al respecto en el caso práctico

Dicho lo anterior, como una panorámica general, pasaré ahora a ver algunas de las posiciones más relevantes, en materia de inscripción en el Registro Civil de España de los niños nacidos, de comitentes españoles, en el extranjero mediante un CGS, que fueron mantenidas por la Dirección General de Registros y del Notariado, por los Tribunales de Justicia españoles y por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, terminando con un examen breve de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil, la cual está ya completamente en vigor desde el 30 de abril de 2021. A continuación, iremos viendo las principales manifestaciones al respecto de las instituciones citadas. Seguiré a tal efecto, un orden cronológico.

IV.1. Resolución de la Dirección General de Registros y del Notariado, del 18 de febrero del 2009.

Desde el momento en que abordé inicialmente el presente trabajo me he encontrado con la paradójica situación de que una cosa es lo que dice el art. 10.1 de la actual Ley 14/2006, en cuanto a la nulidad del CGS, y otra el proceder del Derecho, en su conjunto.

Dentro del estudio del tema que nos ocupa se puede observar que la Dirección General de Registros y del Notariado (DGNR)⁸ mantuvo una posición claramente abierta al respecto antes y después de algunas actuaciones contrarias de diversos tribunales e incluso en el Tribunal Supremo. Situación que ha posibilitado la inscripción de los menores como hijos del padre/ padres comitentes a pesar de que la Ley 14/2006 declara nula la validez del CGS.

La Resolución de la Dirección General de Registros y del Notariado del 18 de febrero del 2009 se ocupó del caso de una pareja homosexual de españoles que pidieron

⁸ Mediante un Decreto del Consejo de Ministros de 28 de enero de 2020, la denominación de la DGNR fue cambiada por la de Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública. De todos modos, dado que las disposiciones de que me ocuparé son anteriores a dicho año, utilizaré el nombre tradicional que tuvo desde 1909 hasta 2020.

la inscripción de sus dos hijos nacidos, en octubre de 2008, gracias a un CGS en California, petición que les fuera negada por el Encargado del Registro Civil Consular de Los Ángeles aplicando el art. 10.1 de la LRTH⁹.

La DGRN estimó, mediante la Resolución de 18 de febrero de 2009, el recurso presentado por los comitentes, y ordenó las inscripciones de los menores, entendiendo que no vulneraban el orden público internacional español, evitaban discriminaciones por razón de sexo y atendían a la defensa del interés superior del menor. Asimismo, en su aptdo. II, señalaba que “Una correcta perspectiva metodológica conduce a afirmar que el acceso de las certificaciones registrales extranjeras al Registro Civil español debe valorarse no a través de la aplicación del Derecho sustantivo español ni a través de las normas de conflicto españolas, sino a través de las normas específicas que en Derecho español disciplinan el acceso de las certificaciones registrales extranjeras al Registro Civil español. Perspectiva metodológica que ha asumido nuestro legislador. En efecto, para estos supuestos, el legislador ha previsto un mecanismo técnico específico que se encuentra recogido en el art. 81 del Reglamento del Registro Civil. La certificación registral extranjera constituye una "decisión" adoptada por las autoridades extranjeras y en cuya virtud se constata el nacimiento y la filiación del nacido”¹⁰.

Sentadas las bases normativas a tener en cuenta, la DGNR, advirtiendo de que se está ante el acceso al Registro civil de unas certificaciones extranjeras, continúa en los siguientes términos: “En consecuencia, y visto que existe una "decisión extranjera" en forma de certificación registral extranjera, el acceso de la misma al Registro Civil español constituye no una cuestión de "Derecho aplicable", sino una cuestión de "validez extraterritorial de decisiones extranjeras en España", en este caso, una cuestión de acceso de las certificaciones registrales extranjeras al Registro”.

Hay que señalar que California exigía ya entonces como requisito fundamental, previamente a la expedición del certificado de nacimiento, la adopción por un Tribunal californiano de una decisión judicial, que, entre otras cuestiones, extingue los derechos de la madre gestante y los de su cónyuge.

La DGNR entiende asimismo que no existe fraude de ley, afirmando, en su aptdo. V, que “no cabe afirmar que los interesados han llevado a cabo un fraude de Ley, fenómeno al que aluden el art. 12.4 del Código Civil para los casos internacionales y, en general, el art. 6.4 del Código Civil. 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. Y tampoco se puede estimar que los interesados hayan incurrido en el conocido como "Forum Shopping

⁹ El texto de la Resolución puede ser consultado en *Legal Today* de 8 de abril de 2009, <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/>.

¹⁰ El art. 81 del Reglamento del Registro Civil subraya que: “El documento auténtico, sea original o testimonio, sea judicial, administrativo o notarial, es título para inscribir el hecho de que da fe. También lo es el documento auténtico extranjero, con fuerza en España con arreglo a las leyes o a los Tratados internacionales.

fraudulento" al haber situado la cuestión de la determinación de la filiación en manos de las autoridades californianas con el fin de eludir la Ley imperativa española"¹¹.

A juicio de Calvo Caravaca y Carrascosa González, el art. 10 de la LTRHA no constituye una norma internacionalmente imperativa, dado que "que el precepto no está dotado de una imperatividad radical en términos de DIPr. Basta recordar dos datos. En primer término, como ya se ha avanzado, el precepto carece de un indicador espacial que proclame su propia aplicación a los casos internacionales de filiación y gestación por sustitución; en segundo lugar, ... que el art. 10.3 Ley 14/2006 permite que los nacidos tras una gestación subrogada puedan ser inscritos como hijos de un comitente. En efecto, un varón comitente puede contratar con una mujer para que ésta gestee a su hijo genético. Tras el nacimiento, el varón puede reclamar la filiación del nacido, que será inscrito como su hijo en el Registro civil español. El contrato de gestación por sustitución ha surtido su efecto. Por otra parte, aunque según la legislación española este contrato sea nulo, no se establece ninguna sanción legal para los sujetos que intervienen en estos contratos"¹². Se están refiriendo al padre genético del art. 10.3 de la LRTHA ("Queda a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales"). Se produce, como vemos, en relación con la mujer comitente genética, un tratamiento desigual y discriminatorio, maximizado ante una renuncia al niño gestado y un posterior desinterés de la madre gestante en relación con este..

Por lo tanto, atendiendo a la validez extraterritorial de las certificaciones registrales extranjeras en España, a la vista de toda la documentación aportada, aun habiendo por medio un CGS, la DGNR falló a favor de la inscripción de los dos niños como hijos de los dos padres varones recurrentes. El Ministerio Fiscal que no había presentado ninguna alegación contra el recurso, presentó una demanda contra la Resolución.

IV.2. Sentencia N.º 193/2010, de 15 de septiembre, del Juzgado de Primera Instancia núm. 15 de Valencia.

A continuación, algo después, la Sentencia N.º 193/2010, de 15 de septiembre de 2010¹³, del Juzgado de Primera Instancia de Valencia, falló contra la resolución de la DGNR, de 18 de febrero de 2009, estimando por completo la demanda interpuesta por el Ministerio Fiscal y resolviendo dejar sin efecto y cancelar la citada inscripción de nacimiento.

¹¹ El fraude de ley está recogido en el art. 12.4 del Código Civil que dispone que "Se considerará como fraude de ley la utilización de una norma de conflicto con el fin de eludir una ley imperativa española".

Asimismo, en el aptdo. V, en materia de orden público internacional, la Resolución afirmaba: "En relación con el ajuste al orden público internacional español de la certificación registral californiana presentada, debe subrayarse que dicha certificación registral extranjera no vulnera dicho orden público internacional. En efecto, dicha certificación no lesiona los principios jurídicos básicos del Derecho español que garantizan la cohesión moral y jurídica de la sociedad española. Es decir, la incorporación de esta certificación registral extranjera al orden jurídico español no daña los intereses generales, esto es, no perjudica la estructura jurídica básica del Derecho español y, por ello, tampoco lesiona la organización moral y jurídica general, básica y fundamental de la sociedad española. En consecuencia, la introducción en la esfera jurídica española de la certificación extranjera presentada no altera el correcto y pacífico funcionamiento de la sociedad española, como estructura supraindividual, establecido por el legislador".

¹² Calvo Caravaca, A.-L. y Carrascosa González, J.: "Gestación por sustitución y Derecho Internacional Privado, más allá del Tribunal Supremo y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 7, N.º. 2, Octubre 2015, p. 58.

¹³ Texto de la Sentencia en *Diario La Ley*, N.º 7526, Sección La Sentencia del día, 13 Dic. 2010.

La sentencia entendió que la inscripción registral violaba el principio de jerarquía normativa (art. 9.3 de la Constitución española) al aplicar los arts. 81 y 85¹⁴ del RRC y no el art. 23 de la LRC1957, el cual exige al encargado del Registro Civil que lleve no solo un control formal sino también de fondo en relación con la certificación registral extranjera, comprobando la inexistencia de contradicción con la legislación española tanto a nivel del citado art. 85 del Reglamento del Registro Civil como de la LRTH. La sentencia del Juzgado de Instrucción dejaba, por lo tanto, sin efecto la Resolución de la DGRN de 18 de febrero de 2009

La sentencia se refería a la adopción como una posible opción a seguir por los padres comitentes para la inscripción de los niños habidos por GS. De Verda Beamonte se preguntaba al respecto “¿por qué no se admite directamente la gestación por sustitución y se evita un proceso más largo y complejo que va a llevar al mismo resultado?”¹⁵.

IV.3. Instrucción de 5 de octubre del 2010.

A pesar de la sentencia que acabamos de ver, la DGNR volvió a manifestar su posición por medio de la *Instrucción de 5 de octubre del 2010*, pronunciándose de nuevo favorablemente a la inscripción de los niños habidos mediante gestación subrogada. Su contenido que está vigente todavía al día de hoy, constituye un punto de inflexión en relación a la Resolución de 2009. Se pasa a considerar más el reconocimiento y la visibilización de los intereses en conflicto, entre los cuales aparece junto al interés superior del menor, por primera vez, la protección de las mujeres en tanto que gestantes y consentidoras de su renuncia a sus derechos como madres¹⁶.

¹⁴El art. 85 del Reglamento del Registro Civil establece: “Para practicar inscripciones sin expediente en virtud de certificación de Registro extranjero, se requiere que éste sea regular y auténtico, de modo que el asiento de que se certifica, en cuanto a los hechos de que da fe, tenga garantías análogas a las exigidas para la inscripción por la Ley española.

Se completarán por los medios legales los datos y circunstancias que no puedan obtenerse de la certificación o parte extranjero, por no contenerlos, por no merecer, en cuanto a ellos autenticidad o por ofrecer, por cualquier otro motivo, dudas sobre su realidad.

La falta de inscripción en el Registro extranjero no impide practicarla en el español mediante título suficiente”.

¹⁵ De Verda Beamonte, J.R.: “Inscripción de hijos nacidos mediante gestación por sustitución (a propósito de la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº. 15 de Valencia, de 15 de septiembre de 2010)”, *Diario La Ley*, Nº. 7501, Sección Tribuna, 2010, p. 5.

¹⁶ El texto de la Instrucción que contiene dos Directrices está publicado en «BOE» núm. 243, de 7 de octubre de 2010. La Instrucción contiene dos Directrices: “Primera. –1. La inscripción de nacimiento de un menor, nacido en el extranjero como consecuencia de técnicas de gestación por sustitución, sólo podrá realizarse presentando, junto a la solicitud de inscripción, la resolución judicial dictada por Tribunal competente en la que se determine la filiación del nacido.

2. Salvo que resultara aplicable un Convenio internacional, la resolución judicial extranjera deberá ser objeto de exequátur según el procedimiento contemplado en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881. Para proceder a la inscripción de nacimiento deberá presentarse ante el Registro Civil español, la solicitud de la inscripción y el auto judicial que ponga fin al mencionado procedimiento de exequátur.

3. No obstante lo anterior, en el caso de que la resolución judicial extranjera tuviera su origen en un procedimiento análogo a uno español de jurisdicción voluntaria, el encargado del Registro Civil controlará incidentalmente, como requisito previo a su inscripción, si tal resolución judicial puede ser reconocida en España. En dicho control incidental deberá constatar:

a) La regularidad y autenticidad formal de la resolución judicial extranjera y de cualesquiera otros documentos que se hubieran presentado.

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

c) Que se hubiesen garantizado los derechos procesales de las partes, en particular, de la madre gestante.

La Instrucción exige como novedad que uno de los solicitantes sea español y que estemos ante una resolución judicial extranjera, previa a la certificación registral. La DGRN, como subraya Fernández Echegaray, toma como puntos de referencia principales los siguientes: “En primer lugar, y por encima de cualquier otro interés, sin duda la protección del interés del menor y en segundo lugar manifiesta que se quiere proteger a las mujeres que se presten a esas prácticas renunciando a sus derechos como madres. Finalmente, se quiere controlar el cumplimiento de los requisitos de perfección y contenido del contrato de gestación por sustitución”¹⁷.

La DGNR contempla, en el acceso al Registro Civil, la primacía de la protección jurídica del interés superior del menor y los intereses de la madre gestante, pero, asimismo, no excluye la necesidad de examinar el cumplimiento de los requisitos de perfección y contenido del CGS dentro del ordenamiento jurídico del país donde aquel fuera realizado. La Instrucción se inclina, como vemos, por la inscripción registral de la filiación en aquellos casos en los que se disponga de una sentencia o resolución judicial extranjera, la cual habrá de ser reconocida incidentalmente (tutela de reconocimiento) o por medio de exequátur (tutela declarativa).

Obviamente, la Instrucción recibió críticas negativas y positivas. Entre las primeras, Tamayo Haya subraya que: “Con todo, con esta Instrucción se sigue discriminando a quienes no pueden costearse un proceso de maternidad subrogada en el extranjero y se mantiene el fraude de ley que se da, aunque la Resolución DGNR 18 de febrero 2009 y algunos autores mantengan lo contrario, al emplear las certificaciones registrales como cobertura para introducir en España unos hijos concebidos por maternidad subrogada, prohibida en nuestro Estado”¹⁸.

Entre las críticas positivas, tenemos la de Fernández Echegaray: “Por el contrario a todo lo anterior y en defensa de esta Instrucción, podemos decir que se asienta sobre el principio del orden público internacional, el cual, a pesar de defender principios constitucionales como el derecho a la dignidad de la persona, al libre desarrollo de la personalidad o el derecho a la igualdad, permite reconocer ciertos efectos a instituciones desconocidas en nuestro ordenamiento. Lo cierto es que, como consecuencia de la aplicación de la anterior Instrucción, la DGRN ha permitido la inscripción en nuestro Registro /Civil de la filiación de niños nacidos en países extranjeros bajo la técnica de la /maternidad subrogada. Para ello, ante los recursos interpuestos por los padres intencionales contra autos denegatorios de la inscripción, emitidos por cónsules españoles destinados en países permisivos con la gestación subrogada, la DGRN aplica esta

d) Que no se ha producido una vulneración del interés superior del menor y de los derechos de la madre gestante. En especial, deberá verificar que el consentimiento de esta última se ha obtenido de forma libre y voluntaria, sin incurrir en error, dolo o violencia y que tiene capacidad natural suficiente.

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

Segunda.– En ningún caso se admitirá como título apto para la inscripción del nacimiento y filiación del nacido, una certificación registral extranjera o la simple declaración, acompañada de certificación médica relativa al nacimiento del menor en la que no conste la identidad de la madre gestante”.

¹⁷ Fernández Echegaray: *La gestación por sustitución y la reproducción humana asistida en España: ¿incoherencia normativa o legislación garantista*, cit. pp. 250-251.

¹⁸ Tamayo Haya, S.: “Hacia un nuevo modelo de filiación basado en la voluntad en las sociedades contemporáneas”, *Revista Digital de la Facultad de Derecho (UNED)*, No. 6, 2013, p. 32.

Instrucción y, en consecuencia, controla que obren los requisitos en ella exigidos para dichas inscripciones”¹⁹.

Asimismo, Fernández Echegaray afirma al respecto que “a través de esta Instrucción se está parcheando lo que en realidad el legislador español no ha estado dispuesto a hacer... En consecuencia, creemos rotundamente que, con ocasión de esta Instrucción, la gestación por sustitución ya está integrada actualmente en nuestro sistema normativo, habiendo superado, en definitiva, el propio contenido del art. 10 LTRH, y la nulidad de pleno derecho que decreta”²⁰,

IV.4. Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, de 23 de noviembre de 2011.

La sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Valencia N.º 15 fue apelada por los padres. Fruto del recurso fue la sentencia de la Audiencia Provincial (SAP) de Valencia, de 23 de noviembre de 2011²¹, que se manifestó confirmando la dictada en Primera Instancia en el fallo de 2010, privando de efecto a la inscripción registrada, al entender la SAP, igual que el Juzgado de Instrucción, que la inscripción vulneraba el principio de jerarquía normativa y el Orden público internacional español.

A lo largo del procedimiento judicial, se alude varias veces a que el certificado californiano de inscripción derivaba de resolución judicial previa, si bien la Audiencia Provincial dijo en el Fundamento Jurídico (FJ) Tercero: “Por cierto que aunque se dice que la certificación californiana ha sido expedida por orden de una previa decisión judicial, lo cierto es dicha resolución judicial no consta en este procedimiento, ni tampoco la identidad de la madre gestante, por lo que no es posible aseverar, como hacen los apelantes, que conforme a la nueva Instrucción la filiación californiana de los menores se inscribiría en el Registro Civil español”.

IV.5. Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), 247/2014, de 6-2-2014.

Ante la sentencia denegatoria de la Audiencia Provincial de Valencia, fue presentado ante el Tribunal Supremo el recurso de casación contra aquella. La sentencia del Tribunal Supremo, STS247/2014, de 6 de febrero, (Sala de lo Civil)²², vino a desestimar dicho recurso. Entrando en algunos aspectos de la sentencia, diré que en el Fundamento de Derecho (FD) 3º., reconoce cómo en la actualidad el origen de la filiación no radica únicamente en el hecho biológico, existiendo junto a él, otros vínculos de filiación como los derivados de la adopción o de otras técnicas de reproducción asistida. Pese a todo esto, el Tribunal, entrando críticamente en la gestación subrogada, afirma que : “Los avances en las técnicas de reproducción humana asistida vulneran 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

¹⁹ Fernández Echegaray: *La gestación por sustitución y la reproducción humana asistida en España: ¿incoherencia normativa o legislación garantista*, cit., p. 230.

²⁰Fernández Echegaray: *La gestación por sustitución y la reproducción humana asistida en España: ¿incoherencia normativa o legislación garantista*, cit., pp. 235-236.

²¹SAP de Valencia 826/2011, de 23 de noviembre (AC 2011/1561). Texto de la Sentencia en http://www.migrarconderechos.es/jurisprudenciaMastertable/jurisprudencia/SAP_Valencia_23_11_2011.

²² Texto de la Sentencia en https://people.unica.it/sspl/files/2017/12/STS-06_02_14.pdf.

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".

Por lo que atañe al interés superior del menor, en el FD 5º., el TS sostiene que “la invocación indiscriminada del "interés de menor" “serviría para hacer tabla rasa de cualquier vulneración de los demás bienes jurídicos tomados en consideración por el ordenamiento jurídico nacional e internacional”. Señala además que dicha consideración del interés 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”.

Con referencia a la ponderación de los bienes jurídicos en conflicto, afirma la sentencia que, sin perjuicio de la primacía del interés superior del menor, junto a él concurren otros como: “El respeto a la dignidad e integridad moral de la mujer gestante debe evitar la explotación del estado de necesidad en que pueden encontrarse mujeres jóvenes en situación de pobreza, o impedir la mercantilización de la gestación y de la filiación”.

Hay que precisar que el contexto del interés del menor al que se refería el TS en 2014, ha sido reforzado después de la entrada en vigor el 12 de agosto de 2015 de la Ley Orgánica. 8/2015, de 22 de julio, de Modificación del Sistema de Protección a la Infancia y a la Adolescencia. A este respecto, como bien resalta la SAP de Mallorca, de 27 de abril de 2021: “En efecto, dicha ley permite abordar este caso en concreto desde una perspectiva que complementa el criterio de la S.T.S. de 6 de febrero de 2014, que no pudo tener en cuenta dicho texto normativo. Y es que el art. 2.1 de la mencionada Ley establece de forma imperativa la consideración de forma primordial y sobre cualquier otro interés legítimo, el interés superior de todo menor en las acciones y decisiones que le conciernen, tanto públicas como privadas...”²³.

La Sentencia, la cual no exige la presentación de una resolución o sentencia judicial extranjera para la inscripción, sostuvo en relación con la *Instrucción de 5 de octubre del 2010*, que esta no era compatible con el orden público español²⁴ y el orden público internacional español, entendido este último como “el sistema de derechos y libertades individuales garantizados por la Constitución y en los convenios internacionales de derechos humanos ratificados por España, y los valores y derechos que éstos encarnan”,

²³ Texto de la Sentencia en <https://fernandezrozas.com/wp-content/uploads/2021/07/DIPr-filiacion-SAP-Palma-de-Mallorca-4a-27-abril-2021.pdf>. Última consulta, 10-XI-2021.

²⁴ La sentencia entiende como el contenido del orden público español, en el FJ Tercero, aptdo. 3, lo siguiente: “[el] derecho al libre desarrollo de la personalidad, entendido como la autonomía de la persona para elegir libre y responsablemente, entre las diversas opciones vitales, la que sea más acorde con sus preferencias (art. 10.1 de la Constitución), derecho a contraer matrimonio (art. 32), derecho a la intimidad familiar (art. 18.1), protección de la familia, protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación, y de las madres, cualquiera que sea su estado civil (art. 39); [...] la protección de la infancia, que ha de gozar de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos (art. 39.4 de la Constitución) [...] el derecho a la integridad física y moral de las personas [que] tiene reconocimiento constitucional (art. 15), y el respeto a su dignidad [que] constituye uno de los fundamentos constitucionales del orden político y de la paz social (art., 10.1 de la Constitución)”. Resaltemos la referencias a “la protección de la familia, protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación, y de las madres, cualquiera que sea su estado civil (art. 39); [...] la protección de la infancia, que ha de gozar de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos (art. 39.4 de la Constitución) [...]”. Parece que el TS, de algún modo, *minusvalora* los intereses del niño nacido por GS.

al objeto de evitar una posible vulneración de los derechos de la mujer gestante²⁵. A pesar de esta sentencia del TS, la vigencia de la Instrucción de la DGNR fue confirmada por el Informe de la DGNR 11 de julio de 2014²⁶.

Comentando esta sentencia del TS, en relación con las violaciones del orden público²⁷, y por extensión del orden público internacional²⁸, Romero Coloma que *afirma que el interés superior del menor forma parte del propio orden público*, con lo cual su protección no va contra el orden público, se manifiesta en términos muy críticos con la sentencia: “La denegación de este reconocimiento sólo podría producirse cuando se contraría el orden público entendido desde el interés superior del menor. El orden público en esta materia no debe valorarse desde la perspectiva de la contrariedad con la normativa interna, sino desde la consideración que merezca la tutela del interés del menor (como ocurre en materia de adopciones internacionales), cuya normativa reguladora tiene también características de orden público y debe ser observada necesariamente por los Jueces y Tribunales en cuanto les afecte, según establecen los artículos 53 de la Constitución Española, y 5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, como se afirma en la STC 141/2000, de 29 de mayo, que lo califica como "estatuto jurídico indisponible de los menores de edad dentro del territorio nacional", destacando como relevantes a estos efectos la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, de 1989,

²⁵ En relación con el respeto a los derechos humanos, creo que no le falta su parte de razón a Álvarez González cuando subraya que: “Se ha dicho, con acierto, que en los casos de gestación por sustitución el recurso a los derechos humanos puede conducir tanto al reconocimiento de la filiación determinada en el extranjero cuanto a su rechazo, dependiendo del balance que se haga de los derechos implicados”²⁵. Y, sin duda el balance tiene siempre una componente bastante subjetiva. Álvarez González, S.: “Gestación por sustitución y orden público”, *Indret* 2/2017, p. 173.

²⁶ En respuesta a una Consulta planteada a la DGNR, el Centro Directivo de esta emitió un Informe el 11 de julio de 2014, relacionado con las inscripciones registrales de la filiación de los nacidos fuera de España por gestación por sustitución. En el Informe la DGNR mantiene la vigencia plena de su Instrucción de 5 de octubre del 2010. A tal efecto, subraya el Informe: “La Instrucción de 5 de octubre de 2010, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución está plenamente vigente, por lo que debe seguir siendo aplicada por los Registros Civiles españoles a fin de determinar la inscribibilidad del nacimiento y filiación en los casos que entran en su ámbito de aplicación, sin que la Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014 constituya un obstáculo legal para ello...”. El Centro Directivo, añadía que “la conclusión anterior, favorable al mantenimiento de la vigencia y aplicabilidad de la Instrucción 5-10-10, queda además reforzada por los recientes pronunciamientos del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos en la materia [sentencias 65192 (Mennesson contra Francia) y 65941/II (Labassee c/Francia)]...”. El texto del Informe aparece en *La Ley Derecho de familia*, 3 de junio de 2015.

²⁷ Álvarez González: “Gestación por sustitución y orden público”, cit., en la p. 191, se ocupa de la relación entre orden público e interés superior del niño, afirmando que: “Como con el concepto mismo de orden público, el de superior interés del niño como catalizador del primero es obviamente objeto de manejo dispar por la práctica analizada y también por los comentaristas de dicha práctica... El problema se plantea *ex post facto* y tiene una dimensión añadida: el niño (ya) existe. No se trata de una contemplación teórica del interés superior del niño como directriz necesaria de las normas, sino de una práctica intervención del interés superior *de este niño* a la hora de tomar decisiones sobre el reconocimiento o no de una situación jurídica o, si se quiere, un estatus adquirido en el extranjero al amparo de unas reglas que no se ajustan a «nuestra» concepción de dicho interés”.

²⁸ Calvo Caravaca y Carrascosa González en “Gestación por sustitución y Derecho Internacional Privado, más allá del Tribunal Supremo y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, cit., pp. 66-93, argumentan de forma muy amplia que la inscripción en el Registro Civil español de los niños nacidos por GS no viola el Orden público internacional español. En la p. 107 afirman incluso que “*El orden público internacional está constituido por los principios fundamentales del Derecho español entre los cuales goza de preferencia valorativa el principio del interés del menor*”.

ratificada por España en 1990, la Carta Europea de los Derechos del Niño del Parlamento Europeo y la Ley Orgánica 1/1996, de Protección Jurídica del Menor”²⁹.

La sentencia contó un voto particular discrepante a favor de la inscripción de la filiación por GS. Este voto particular, expresión de una discusión y división profundas, fue suscrito por cuatro de los nueve magistrados de la Sala del TS. En el voto se dice que la técnica jurídica aplicable al caso no es la del conflicto de leyes sino la del reconocimiento de una decisión de autoridad administrativa extranjera (Registro Civil de California), de modo que el acceso de esta decisión al RC español no debía de tener problemas respecto a la ley aplicable, dado que “lo que se somete a la autoridad española no es la legalidad del contrato [de gestación por sustitución], sino el reconocimiento de una decisión extranjera válida y legal conforme a su normativa”. La decisión del Registro de California venía acompañada de la pertinente resolución judicial norteamericana referente al nacimiento.

Contra la sentencia fue interpuesto incidente de nulidad de actuaciones, alegando que en ella se habían vulnerado derechos fundamentales, sobre todo a la luz de las Sentencias que, como veremos seguidamente, acababa de dar el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Los recurrentes invocaron una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE), el derecho a la igualdad sin discriminación (arts. 14 y 39 CE) y del derecho a la intimidad familiar (art. 18 CE). El Auto de la Sala de lo Civil del TS, de 2 de febrero de 2015, núm. 245/2012, entendió, pese a las consideraciones hechas, que no había vulneración de dichos derechos, rechazando, por lo tanto, la nulidad del su pronunciamiento anterior, señalando que la actuación de Francia condenada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) no era la que se daba en España.

IV.6. Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de 26 de febrero de 2014 (casos *Mennesson c. Francia* y *Labassee c. Francia*).

Ciertamente, se estaba en un momento próximo a dos sentencias del TEDH, de 26 de febrero de 2014, en las cuales se procedió al examen de dos casos similares. En efecto, en los casos *Mennesson c. Francia* (demanda 65192/11) y *Labassee c. Francia* (demanda 65941/11) estábamos ante parejas que recurrieron a la gestación subrogada para poder tener descendientes, formalizando un contrato en Estados Unidos, negándoles Francia la inscripción registral de los menores por infracción de Ley³⁰

²⁹ Romero Coloma, A.M^a.: *La maternidad subrogada a la luz del Derecho español*, Ed. Dilex, Algete (Madrid), 2016., p.110. En la p. 131, esta autora se mostraría todavía más crítica con la sentencia del TS: “... Lo que, en realidad, atenta contra el orden público español es cualquier decisión que no respete ese interés y tal interés prevalece sobre las demás consideraciones, por lo que, en este caso, obligaría a que se reconociera la resolución californiana y no se privara a estos menores de su filiación, ni del resto de sus derechos unidos a la misma. Así lo entendió el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en su Sentencia de 26 de junio de 2014, *Affaire Mennesson* contra Francia. El supuesto era similar al enjuiciado por el Tribunal Supremo, ya que se trataba de una filiación obtenida a través de una maternidad subrogada proveniente de California”.

³⁰ Asimismo, hay que tener en cuenta que el TEDH produjo otras dos sentencias, con motivo del caso *Paradiso y Campanelli c. Italia*. Hay que subrayar que en este caso se dieron algunas circunstancias que lo hacen algo diferente de los otros dos casos citados: un matrimonio heterosexual italiano, con problemas de infertilidad, efectuó un proceso de GS en Rusia. Después de inscribir al niño en el Registro civil ruso, regresan a Italia, donde, buscando el reconocimiento de una paternidad biológica inexistente y prescindiendo de la aportación del CGS, realizan las pruebas de paternidad, las cuales dan lógicamente un resultado negativo. Ante la omisión del contrato en el procedimiento y la inexistencia de relación genética entre los padres de intención se le negó efectos jurídicos al certificado de nacimiento ruso, por entender que

En estos asuntos, el TEDH falló que había sido vulnerado el art. 8 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (CEPDHLF), habida cuenta de que el interés superior del niño debe prevalecer en los supuestos de gestación por sustitución para cumplir con lo establecido en las normas europeas referentes a la protección de derechos humanos. Con las citadas sentencias se estableció una jurisprudencia europea y un precedente vinculante para los Estados parte del referido Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (CEDH), en vigor desde el 1 de junio de 2010, del cual es parte España.

El citado art. 8 del Convenio Europeo (*Derecho al respeto a la vida privada y familiar*) establece lo siguiente: “1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia. 2. 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 del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás”.

Fernández Echegaray manifiesta al respecto, en relación con la necesaria búsqueda de una ponderación entre los diversos intereses en presencia a que se refiere el TEDH, que “se debe encontrar un equilibrio entre los intereses de los Estados y el de los individuos implicados. Para esa búsqueda se ha de tener en cuenta "el interés superior del menor", entendido desde el punto de que, cuando esté afectada la situación de un menor, este interés superior ha de prevalecer”³¹.

IV.7. Ley 20/2011, del Registro Civil.

En materia de inscripción, tenemos que contar hoy en día, con la presencia de la Ley 20/2011 del Registro Civil (LRC2011), en vigor de forma completa, como indiqué, desde el 30-4- 2021. Dicha Ley tiene, en materia de gestación subrogada, una gran importancia para diversos autores. Entre ellos, Vela Sánchez subraya que “la nueva Ley del Registro Civil de 2011 (...) supone la práctica legalización en nuestro ordenamiento jurídico del convenio de gestación por encargo realizado por españoles en los países donde está legalmente aceptado, y ello aunque dicha cuestión no aparece ni en el texto de la ley, ni en los diarios de sesiones en las que fue discutida. En efecto, la nueva normativa implica el establecimiento normativo del criterio consagrado administrativamente por la relevante Resolución de la DGRN de 18 de febrero de 2009, que entendió que el control de legalidad de las certificaciones registrales extranjeras debe abarcar la comprobación de que se trate de un documento público autorizado por una autoridad extranjera

su reconocimiento violaba el orden público italiano, e Italia procedió contra el matrimonio por presentación de documentos falsos y alteración del estado civil y entregó al niño a una casa de acogida “casa famiglia”. Los ciudadanos recurren al TEDH. En una primera sentencia, de 27-I-2015, el TEDH falla a favor de los comitentes, condenando a Italia por violación del art. 8 del CEDH, pero sin retirar la custodia del niño a la familia de acogida. Posteriormente, Italia recurre y la sentencia fue revocada por la Gran Sala de dicho Tribunal en una Sentencia de 24-I-2017, dada la no existencia de lazos familiares y teniendo en cuenta que el niño tenía solo cinco meses de edad cuando le fuera retirado a sus padres de intención. Esta sentencia llevó a algún autor, posiblemente sin entrar suficientemente en sus pormenores, a hablar de una cierta visión errática del TEDH, cuando creo que podría ser que no sea así.

³¹Fernández Echegaray: *La gestación por sustitución y la reproducción humana asistida en España: ¿incoherencia normativa o legislación garantista*, cit., p. 257.

competente y que la certificación hubiese sido emitida por una autoridad registral que desempeñe funciones equivalentes a sus respectivas españolas, sin que fuese precisa la existencia de una resolución judicial firme extranjera previa”³². Para Vela Sánchez, al no ser necesaria con la nueva LRC, una resolución judicial extranjera, con la certificación registral extranjera, la Instrucción de 2010, quedaría superada. Personalmente entiendo que la Instrucción de 2010, que exige una resolución judicial extranjera, no está superada ni derogada. En relación con esta vigencia de la Instrucción, diré, además de lo visto en relación con el Informe de 2024, que el 14-2-2019 fue aprobada una nueva Instrucción que suprimía la exigencia de presentación de una sentencia extranjera. Esta Instrucción sin embargo fue derogada, días después, el 19 de febrero por la Instrucción 18-2-2019 (BOE 21-2-2019), la cual reestableció la Instrucción de 2010, volviéndose a la necesidad de presentar una sentencia extranjera.

Siguiendo con Vela Sánchez, este dice que la inscripción en España de certificaciones registrales extranjeras de nacimientos por gestación subrogada no debería de presentar problemas actualmente, escribiendo sobre esto que: “Conforme a los artículos 96 y 98 de la nueva Ley del Registro Civil, para inscribir en nuestro Registro Civil una filiación derivada de certificación registral extranjera, ya refleje una resolución judicial anterior o no, debe atenderse a sí, aunque sea aplicable la legislación extranjera al convenio gestacional, en el caso concreto, se vulnera el orden público internacional. Entiendo que no, pues el convenio gestacional no es *per se* contrario a la dignidad de la mujer gestante ni a la del hijo así nacido, pues, como reconoce la propia STS de 6 de febrero de 2014, no debe subestimarse la capacidad de consentir de la mujer gestante, consentimiento informado y libre, ni el interés superior del menor. Igualmente, son esgrimibles aquí los argumentos del derecho fundamental a la procreación --basado en el derecho al libre desarrollo de la personalidad, *ex art. 10, 1 CE--*, y de la protección del matrimonio, de la familia y de los hijos (*ex arts. 32 y 39 de la CE*)”³³. Resulta interesante, aunque haya que comprobar y velar por la libertad de actuación de la mujer gestante, lo que dice el TS de que *no debe subestimarse la capacidad de consentir de la mujer gestante, consentimiento informado y libre, ni el interés superior del menor*.

En mi modesta opinión, creo que tal vez resulte algo prematuro afirmar con rotundidad, que la LRC2011 venga a suponer una solución comúnmente aceptada de forma completamente pacífica por la DGNR, por los Tribunales de Justicia y por la doctrina que se ocupe en el futuro de la GS a la luz de la nueva LRC. Creo que el art. 10.1 de la LRTH (nulidad de los CGS), seguirá siendo usado para intentar cambios de sentido en los Tribunales, por quienes ya lo venían utilizando para dificultar los avances hacia la implantación paulatina de la gestación subrogada en España o cuando menos de una normativa más clara favorable a la inscripción de los menores.

Creo que de no existir la Instrucción de 2.010, la LRC2011 podría dar, por sí misma, cobertura sin problemas a las inscripciones de menores nacidos mediante un AGS extranjero, pero, a mi modesto juicio, posiblemente la DGNR, dados los años de experiencia y permanencia con ella, prefirió seguir utilizando la Instrucción 5-10-2011, eso sí, como ya dije, respetando la jerarquía superior de la citada ley. De todos modos la completa entrada en vigor, desde el 30 de abril de 2021, de la LRC2011 es muy reciente

³² Vela Sánchez, A.G.: *Gestación por encargo, tratamiento judicial y soluciones prácticas*, Ed. Reus, Madrid, 2015. pp.180-181.

³³ Vela Sánchez: *Gestación por encargo: tratamiento judicial y soluciones prácticas*, cit. pp. 226-227.

y hay que esperar a ver como van evolucionando los hechos en materia de inscripción registral.

En cualquier caso, hay que tener presente que la inscripción de estos menores se enmarca en el contexto de un contrato como el de la gestación subrogada, que se muestra como una figura polémica y jurídicamente ambigua. El contrato es nulo en el ordenamiento jurídico español, pero, sin embargo, parece que el camino para seguir permitiendo inscripciones de filiación en el Registro Civil español está consolidado. Asimismo, se están otorgando los permisos y prestaciones por paternidad y maternidad. Es cierto que los tribunales y la Dirección General de los Registros y del Notariado se expresaron con posturas diferentes, pero están abocados a entenderse, bien desde el perfil bajo de la realidad actual o del propio de una reforma legislativa que admita cuando menos, con carácter expreso, las inscripciones de los menores.

Se trata de un tema en relación con el cual, desde la perspectiva jurídica, social y política nacional y europea, existe una gran diversidad de opiniones a favor y en contra, teniendo en cuenta la dignidad de la mujer gestante, el interés superior del menor nacido y los derechos de los padres de intención. Creo que esa división revoloteará continuamente y que, por lo tanto, la regulación, de salir adelante, ha de ser lo más detallada posible para que ninguno de los sujetos intervinientes entienda vulnerados sus derechos fundamentales. Sobre el tema, de momento, además de algunas propuestas a título personal o colectivo, hubo la Proposición de Ley presentada por el grupo político Ciudadanos, la cual no salió adelante.

IV. La prestación por maternidad del Instituto Nacional de la Seguridad Social. Sentencias del Tribunal Supremo (Sala de lo Social), 881/2016, de 25 de octubre de 2016 y 953/2016 (Sala de lo Social), de 16 de noviembre de 2016.

Al principio el Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS), (Subdirección General de Ordenación y Asistencia Jurídica), respondía negativamente a las solicitudes de permisos y subsidios económicos por maternidad presentados por los padres comitentes derivados de los CGS celebrados en otros países en los que estos están admitidos legalmente, pero la situación fue mudando poco a poco.

Paulatinamente fue calando la necesidad de adaptar la regulación de la prestación por nacimiento y cuidado del menor gracias a las posiciones de los Tribunales Superiores de Justicia (STSJ). En ese sentido, los STSJ fueron reconociendo mayoritariamente en sus sentencias, desde 2012, el derecho a la prestación por maternidad a favor los padres comitentes en casos de gestación por sustitución llevada a cabo fuera de España.

Esta situación de cambio acabó consolidándose gracias a dos importantes sentencias de la Sala 4.^a de lo Social del Tribunal Supremo. La Sentencia del Tribunal Supremo N.º. 881, de 25 de octubre de 2016 (Sala 4.^a)³⁴, Casación para Unificación de Doctrina, en materia de jurisdicción Social, reconoció a un trabajador su condición de padre biológico de unas niñas nacidas por gestación subrogada, las cuales habían sido inscritas en el Registro Civil del Consulado de España en Nueva Delhi, y asimismo le reconoció su derecho a las prestaciones sociales por paternidad que pudieran pertenecerle.

³⁴ Texto de la Sentencia en vlex.es/vid/656226561.

La sentencia se hace eco de las opiniones jurídicas discrepantes, de ahí que el FD 2.º recopile un elenco de sentencias a favor o en contra del reconocimiento de la prestación de maternidad en casos de gestación por sustitución. Resulta de interés subrayar el FD 9.º, por cuanto, pese a reconocer la nulidad de pleno derecho del contrato de gestación por sustitución derivado del art. 10 .1 de la Ley 14/2006, dice que ello “no supone que al menor que nace en esas circunstancias se le prive de determinados derechos”. Es más, la sentencia señala la necesidad de distinguir dos planos de análisis, por un lado, el de la nulidad del contrato de gestación por sustitución y, por otro, el de la situación del menor «al que no puede perjudicar la nulidad del contrato». Por tanto, es el interés superior del menor el que prevalece en este caso a la hora de otorgar la protección por maternidad y todo ello haciendo referencia a la dimensión constitucional de dicha protección con base en los arts. 14 y 39.2 CE.

El TS en esta sentencia afirma que “en el presente caso lo cierto es que no apreciamos conducta fraudulenta alguna, abuso de derecho u obtención ilícita de prestaciones que pudiera alterar el resultado a que hemos accedido” (*Fundamento de Derecho Noveno, aptdo. E, Paternidad biológica con maternidad subrogada*). Inclusive en un voto concurrente, discrepante en los argumentos pero coincidente con la decisión final adoptada, a la Sentencia se afirma que: “La sentencia de la mayoría argumenta que no existe indicio alguno que permita sospechar la existencia de un obrar en fraude de ley por parte de la actora”. Como subraya Fernández Echegaray, el TS advirtió *la falta de cualquier conducta fraudulenta por parte de los actores a pesar de haber acudido a la gestación por sustitución*³⁵.

Poco después el Tribunal Supremo se pronunció otra vez mediante la STS 953/2016, de 16 de noviembre de 2016 (Sala 4.ª), en relación con un caso en el que un padre y una madre intencionales habían tenido mediante un CGS un hijo en California. Una vez inscripto el menor en el RC del Consulado español en Los Ángeles, surgieron problemas para la obtención de la prestación por maternidad. El Tribunal Supremo dijo que la nulidad del CGS no puede perjudicar el interés superior del menor. Hace referencia al TEDH y al art. 32 de la Constitución española como base fundamental para la protección de los hijos y a que se estaba ante una familia de facto en la cual conviven el padre y la madre comitentes con el menor al que bridan todo tipo de cuidados y de atenciones.

³⁵Advierte Fernández Echegaray: “El TS estimó que había de realizarse una interpretación integradora de las normas aplicadas, tanto en vista de la jurisprudencia esgrimida por el TEDH (concretamente las sentencias de 26 de junio de 2014 /asuntos Mennesson-Labasse c. Francia), como de distintos preceptos constitucionales y legales (arts. 14 y 39.2 CE). De igual forma, fundamentó el fallo dejando asentado que se trataba de prestaciones de seguridad social enfocadas a la atención de los menores, entendiendo esta cuestión con carácter predominante. A su vez, el TS advirtió la falta de cualquier conducta fraudulenta por parte de los actores a pesar de haber acudido a la gestación por sustitución. Entendió que, las propias prohibiciones relativas al contrato de maternidad subrogada, o de las inscripciones registrales de los menores, debían quedar al margen del problema focalizado en el pleito principal, que no era otro que la concesión de la prestación por maternidad contemplada en nuestro Derecho... A raíz de todo lo anterior, ponemos de manifiesto que, en la actualidad, la jurisprudencia de la rama social ya no desprende aristas. Se ha consolidado claramente el criterio positivo hacia las concesiones de permisos de maternidad y paternidad a favor de españoles que hayan tenido a sus hijos a través de gestación por sustitución en el extranjero. Prueba de lo anterior son las numerosas sentencias que, con posterioridad al criterio de la Sala cuarta del TS, se han ido sucediendo”. Fernández Echegaray: *La gestación por sustitución y la reproducción humana asistida en España: ¿incoherencia normativa o legislación garantista*, cit. pp. 288-289.

Se puede decir, por lo tanto, que existe actualmente una doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo favorable a otorgar los permisos de maternidad y/o paternidad de los padres comitentes en la gestación subrogada³⁶. Consecuentemente, la gestación subrogada está entre los supuestos protegidos a los efectos de los reconocimientos de los citados permisos.

Parte Segunda: Aplicación de los planteamientos examinados a las Cuestiones formuladas en el Caso a resolver.

I. Supuesto de hecho y cuestiones.

I.1. Supuesto 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 período 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 -- las dos dicen ser las 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.

³⁶ Hoy en día, existe todo un conjunto de sentencias del Tribunal Supremo en esta materia: Sentencias de 25 de octubre de 2016 (JUR2016/273617), de 16 de noviembre de 2016 (JUR2016/270902), de 30 de noviembre de 2016 (RJ 2016/6516), de 22 de noviembre de 2017 (RJ2017/5401), de 30 de noviembre de 2017 (RJ2017/5969) y de 14 de diciembre de 2017 (RJ 2017/5889).

I.2. Cuestiones.

Como hemos podido comprobar en lo visto hasta aquí, en el campo de la gestación subrogada en España, existen dos posiciones encontradas. Por una parte, están aquellos que se oponen a su regulación y aquellos a su favor. Unos y otros, con sus argumentos favor y en contra, los cuales trascienden sus posiciones a diversos colectivos sociales y políticos. Podemos ver planteamientos divididos tanto en el campo progresista como en el conservador, cargados de bastante subjetividad, siendo difícil, por lo tanto, llegar a tener algún tipo de opinión suficientemente formada sobre el sí o el no a la gestación subrogada. Estoy ante un tema sobre el que tendría que leer y reflexionar todavía más para poder dar algún tipo de opinión fundada sobre el sí o el no a la gestación subrogada.

Ahora bien, entrando ya en esta parte del TFG, trataré, a la luz de lo visto hasta aquí y con alguna especificación más cuando estime que sea pertinente, de responder a las Cuestiones y subcuestiones formuladas.

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

Cuestión 1.a. ¿Es válido el contrato realizado entre ambas mujeres?

La situación jurídica de la gestación por subrogación en España como vemos es muy compleja. La norma de referencia está recogida en el art. 10 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, Ley sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida, la cual establece en su art. 10.1 lo siguiente: “1. *Será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero*”.

A mi juicio, en virtud del art. 10.1 de la LRTH, el contrato realizado entre D.^a Lola y D.^a Rocío *no es válido* para el derecho español, habida cuenta de la nulidad a que se hace referencia en este; otra cosa sería su validez para el Derecho griego. La no validez para el ordenamiento jurídico español, viene a suponer, como afirma Fernández Codina, que “si una mujer se pusiera de acuerdo con un tercero para actuar como gestante, el contrato que pudieran llegar a firmar no tendría validez jurídica y sería como si jamás hubiera existido”³⁷. En virtud de la nulidad del CGS, no hay lugar para la exigibilidad de obligaciones civiles. Igual que ocurre en otros países con normas parecidas, tal disposición, que proclama su nulidad, parece no prohibir, al menos no lo hace expresamente, los CGS.

La vigencia del art. 10.1 de la LRTH no fue obstáculo para que ciudadanos españoles acudiesen a naciones extranjeras buscando una mujer gestante con la intención de inscribir en España como hijos propios a los nacidos con gestación subrogada. Asistimos a una situación jurídica paradójica debido a que, a pesar de estar presente una norma de nulidad bien clara, las resoluciones de las autoridades españolas no lo han sido tanto. Uno podría preguntarse sobre cómo hemos llegado a esta situación. Ello creo que es producto de la evolución en cuanto a la percepción de la maternidad subrogada.

³⁷ Fernández Codina, G.: *Gestación subrogada. Crítica a sus críticas. Sobre por qué es moralmente lícita y legalizable*, Bosch Editor, Barcelona, 2019, p. 151.

Cuestión 1.b. ¿Tiene algún reconocimiento en el ordenamiento jurídico español?

El contrato realizado entre ambas mujeres, D^a. Rocío y D^a. Lola, como acabo de exponer, es nulo para España.

Ahora bien, a pesar de la nulidad del CGS, hay que diferenciar dos planos particulares; por un lado el de la nulidad y por el otro el de la situación de los menores, los cuales no debieran ser dañados por dicha nulidad. Así, en lo concerniente a los hechos desarrollados en el marco de ese contrato podemos hablar del *reconocimiento de ciertos efectos* como la inscripción, con las dificultades que vimos, de los menores en el Registro Civil español como hijos de los comitentes o comitente, con sus consecuencias en el terreno de la posesión de la nacionalidad española de origen (art. 17.1 del Código Civil). Asimismo, como vimos también, en el Derecho laboral existen efectos, en el ámbito de la Seguridad Social, con respecto a los permisos por maternidad y a los subsidios económicos. Por lo demás, existen efectos en todos los otros ámbitos en que como hijos menores tienen derechos (educación, sanidad, etc.) al igual que los padres como tales padres (deducciones fiscales, etc.).

En línea con lo que acabo de señalar, diré que D^a Rocío inscribe al niño como su propio hijo en el Registro Civil de la Oficina Consular de España en Grecia, y ello a la luz del desarrollo habido en España en materia de inscripción registral de niños nacidos en el extranjero por medio de una GS, gracias a la Instrucción de la DGNR de 5-10-2005, que exige como novedad que uno de los solicitantes sea español y que haya, previamente a la certificación registral, una resolución judicial extranjera, en este caso ambas griegas, en la cual esté presente el interés superior del niño menor y los intereses de la madre gestante. En dicha resolución judicial constará el cumplimiento de los requisitos de perfección y contenido del contrato de gestación por sustitución. Ruego que me disculpen de no entrar aquí nuevamente en lo dicho en el epígrafe IV. *La gestación subrogada en el Derecho español. La Inscripción registral del menor a la luz de los planteamientos de la Dirección General de Registros y del Notariado, el Instituto Nacional de la Seguridad Social, los Tribunales de justicia y la doctrina.*, especialmente en el análisis de la Instrucción de la DGNR, de 5 de octubre de 2010 y epígrafe V. *La prestación por maternidad del Instituto Nacional de la Seguridad Social. Sentencias del Tribunal Supremo (Sala de lo Social), 881/2016, de 25 de octubre de 2016 y 953/2016 (Sala de lo Social), de 16 de noviembre de 2016.*

Cuestión 1.c. ¿Podrían los hechos expuestos en este supuesto llegar a ser considerados fraude de ley?

La figura del fraude de ley está regulada en los arts. 6.4 del CC: “*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*”, 12.4 CC: “*Se considerará como fraude de ley la utilización de una norma de conflicto con el fin de eludir una ley imperativa española*” y en el 11.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ): “*Los Juzgados y Tribunales rechazarán fundadamente las peticiones, incidentes y excepciones que se formulen con manifiesto abuso de derecho o entrañen fraude de ley o procesal*”.

Estamos ciertamente ante un tema delicado donde, como pudimos ver, las opiniones pacíficas son más bien pocas. Partimos de una norma precisa como el art. 10 de la Ley 14/2006 (LRTH) que declara nulo el CGS. Estamos ante una norma no sujeta a la voluntad de las partes. Trataré de exponer las distintas posiciones habidas tanto a nivel doctrinal como jurisprudencial, para conformar y exponer mi posición en lo concerniente al caso particular.

Al respecto, señalaré que ya en 2009, en la citada Resolución de 18 de febrero de 2009, al ocuparse de resolver el recurso presentado con motivo de la denegación de inscripción en el Registro Civil español de un niño nacido por gestación subrogada en California, en su Fundamento de Derecho V, en relación con el orden público internacional, el cual tiene una entidad, en cuestiones internacionales de relieve jurídico, muy próxima a la figura del fraude de ley, la DGNR afirmaba, como ya fue reseñado, que la certificación registral californiana no vulnera el orden público internacional español y que no hubo fraude de ley y, en consecuencia, “no lesiona los principios jurídicos básicos del Derecho español que garantizan la cohesión moral y jurídica de la sociedad española”.

A pesar de las afirmaciones anteriores de la DGNR, el asunto del fraude internacional en relación con la gestación subrogada ha sido objeto de distintas de posiciones doctrinales. Así, viene a destacar Lucas Esteve, al referirse al art. 10 de la LRTH, que este responde a unos principios esenciales de derecho y deberes recogidos en la Constitución española. De ahí, dando un paso adelante, se pronuncia por la existencia de un fraude de ley en los siguientes términos: “Cuando las personas acuden a países extranjeros, simplemente, pretenden eludir la aplicación del artículo 10 de la ley 14/2006, y para ello buscan un camino alternativo que les permita evitar la norma imperativa. Esta actuación elusiva es un fraude de Ley. Así, el artículo 6.4 CC establece: “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””³⁸.

En la misma línea Pérez Tena aprecia una vulneración del orden público internacional por infringir una norma imperativa como el art. 10 LRTH. En consecuencia, entiende que se está ante un fraude de ley debido a la manipulación de una norma de conflicto (art. 9.4 del CC) con la intención de evitar dicho art. 10³⁹. En relación a este argumento de la infracción de una norma imperativa, recordaré aquí la posición de Calvo Caravaca y Carrascosa González, ya citada antes, de que el art. 10 de la LTRHA no constituye una norma internacionalmente imperativa, teniendo en cuenta, entre otros motivos, “que el precepto no está dotado de una imperatividad radical en términos de DIPr. Basta recordar dos datos. En primer término, como ya se ha avanzado, el precepto carece de un indicador espacial que proclame su propia aplicación a los casos internacionales de filiación y gestación por sustitución. Y en segundo lugar, ... que el art. 10.3 Ley 14/2006 permite que los nacidos tras una gestación subrogada puedan ser inscritos como hijos de un comitente...” Si de acuerdo con el art. 10.3 de la LTRHA: “3. Queda a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales”” y ello no se permite a la mujer comitente que

³⁸ Lucas Esteve: “La gestación por sustitución: derechos e intereses en conflicto”, en Lucas Esteve: *La gestación por sustitución*, cit., p. 47.

³⁹ Pérez Tena, S.: “La gestación por sustitución en España: ¿fraude de ley?”, en Lucas Esteve: *La gestación por sustitución*, cit., p. 330.

hubiera aportado su material genético, sin duda se produce, como vemos, en relación con la mujer comitente biológica, un trato desigual y discriminatorio al cual hice ya referencias, el cual casa mal con la pretensión de imperatividad del art. 10 de la LTRHA.

En todo caso, resulta revelador que, en un Documento del Comité de Ética de la Universidad de Barcelona, más bien receloso con las gestaciones subrogadas, el asunto de la existencia o no del fraude en la gestación subrogada es dejado en el aire cuando se afirma en aquel: “Aunque la pareja comitente pueda estar cometiendo un fraude de ley, esto no puede perjudicar al menor nacido mediante esta técnica cuando se lleva a cabo en un país que lo permite y existe un vínculo genético con al menos uno de los comitentes”⁴⁰, vínculo que existe en una gran parte de los casos de GS. Como vemos el Comité de Ética no afirma que se cometa un fraude de ley sino que deja el tema en el aire al hablar de que la pareja comitente *puede estar cometiendo...*

A mi juicio, tiene un peso significativo la posición en contra de la existencia de fraude de ley del Magistrado y Profesor Álvarez de Toledo Quintana, quien no reconoce un papel destacado, ni en España ni en el extranjero, al fraude de ley en el ámbito del Derecho Internacional Privado, por llevarnos, en el terreno de los fines, a unas consecuencias parecidas a las del correctivo del orden público internacional. En esa línea, después de advertir que las causas posibles son muy numerosas como para pensar en una finalidad de fraude de ley en los sujetos que cruzan nuestras fronteras para servirse de los mecanismos de la subrogación, sostiene, en cuanto a la búsqueda de un posible foro de conveniencia que “aprovechar las técnicas de reproducción asistida y suscribir un contrato de maternidad subrogada, no es equivalente a un *forum shopping for law shopping*, cuando existen conexiones objetivas con el Estado de recepción, en el que normalmente coincidirán la *residencia de la madre gestante*, su *nacionalidad*, y el *nacimiento* en ese mismo suelo estatal del niño nacido de tales técnicas”⁴¹.

Teniendo en cuenta la conexión íntima entre la violación del orden público internacional español y la posibilidad de la existencia de fraude de ley, y que la mayoría de la doctrina entiende que no se pone en causa el orden público y, menos aún, el orden público internacional aminorado que correspondería a esta materia debido a sus conexiones con el Derecho Internacional Privado y el Derecho Internacional Público (Convención internacional sobre los derechos del niño) y, asimismo por todo lo visto, entiendo que los hechos expuestos en este supuesto *no deben ser considerados fraude de ley*.

Cuestión 1.d. ¿Existe incumplimiento contractual por parte de D.^a Lola tal y como sostiene D.^a Rocío?

A la luz del Derecho español no existe incumplimiento contractual por D.^a Lola, por cuanto ya dije que el CGS es nulo de acuerdo con lo establecido en el art. 10.1 de la LRTHA. Por otra parte, creo que incluso dentro de lo que sería el contrato, entendido como válido para el Ordenamiento jurídico griego, D.^a Lola cumplió con el contrato

⁴⁰ Documento sobre gestación por sustitución, María Casado y Mónica Navarro (coords.), Observatori de Bioètica i Dret, Universitat de Barcelona, 2019, p. 30.

⁴¹ Álvarez de Toledo Quintana, L.: “El futuro de la maternidad subrogada en España: entre el fraude de ley y el correctivo de orden público internacional”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. VI, Nº.2, 2014. p. 36.

gestando al hijo biológico de D^a. Rocío, renunció a la guardia y custodia del niño y se lo entregó a esta.

Desconocemos los datos informados (ocultados o manipulados), así como los términos, circunstancias y documentación aportada por D^a. Lola en su solicitud al INSS de Murcia. Asimismo, tampoco disponemos del texto de la resolución de este. A mi juicio, el tema en discusión está fuera de los términos del contrato de gestación subrogada griego que fue cumplido, y de un contrato que es nulo en España. Una vez más, creo que lo debe de primar en la resolución del Instituto Nacional de la Seguridad Social es el interés superior del niño, inscrito como hijo de Doña Rocío en el Registro Civil consular de España en Grecia.

En conclusión, entiendo que no existe incumplimiento del contrato por D^a. Lola sino que estamos ante una solicitud indebida de la prestación por Doña Lola y una resolución del INSS, en cuyo proceso administrativo es posible que haya habido alguna alteración de datos por esta, que parece obrar con mala fe y haciendo ver tal vez, para conseguir la prestación del INSS, una realidad de convivencia con el niño que es falsa. Lo previsible sería que el Juzgado coruñés le diese la razón a Doña Rocío, a la vista de que, para el Derecho griego e incluso para el Derecho español, el niño es su hijo y convive bajo su cuidado con ella. En apoyo de esta posición estaría la amplia jurisprudencia social del Tribunal Supremo y de numerosos Tribunales Superiores de Justicia. Sobre este aspecto social volveré a ocuparme en la Cuestión 4.

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

Si bien, el CGS que estamos examinando, celebrado en el marco del Derecho griego es nulo para España en virtud del art. 10.1 de Ley sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida, Ley 14/2006; dicho contrato tuvo no obstante un efecto de cobertura para la gestación subrogada y para el nacimiento del niño en Grecia y su posterior inscripción y reconocimiento de la filiación, en la Oficina Consular de España en Atenas, como hijo de D^a. Rocío. Y ello, tal como vimos, a la luz del desarrollo habido en España en materia de inscripción registral de niños nacidos en el extranjero por medio de un CGS, allí donde son posibles, por todo ello entiendo que la inscripción es válida.

Esto es algo que sucedió también en otros muchos casos de hijos de españoles que acudieron a la gestación subrogada fuera de España y que después solicitaron la inscripción de sus hijos en la Oficina Consular de España en el país en cuestión o bien en el Registro Civil correspondiente en España. Obviamente, a la viabilidad de esas inscripciones no se llegó de la noche a la mañana, e hizo falta tiempo, tal como vimos en las Resoluciones e Instrucciones de la Dirección General de Registros y del Notariado y diversas sentencias de Audiencias Provinciales, del Tribunal Supremos y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y de Libertades Fundamentales.

Cuestión 2.a. ¿Es válida la inscripción registral del menor?

Creo que la inscripción registral del niño es válida en atención a la respuesta positiva que acabo de dar a la pregunta. Por todo lo visto, ruego se me dispensen de entrar aquí nuevamente en todo cuanto dije en el epígrafe. *IV. La gestación subrogada en el Derecho español. La Inscripción registral del menor a la luz de los planteamientos de la*

Dirección General de Registros y del Notariado, el Instituto Nacional de la Seguridad Social, los Tribunales de justicia y la doctrina. Siendo la labor judicial desarrollada en la materia muy importante, estimo que también lo es la de la DGNR, especialmente con la adopción de la Instrucción de 5 de octubre del 2010 ya que sin ella, muy difícilmente se hubiera llegado a las soluciones a las que se ha llegado en materia de inscripción registral de los menores en cuestión.

Cuestión 2.b. ¿A quién ha de reconocer el ordenamiento jurídico español como madre del menor?

En relación con esta pregunta indirectamente contestada al tratar de la inscripción registral, entiendo que *el reconocimiento debió ser hecho a favor de D^a. Rocío* y así se hizo mediante la inscripción llevada a cabo por la Oficina Consular de España en Grecia.

La Oficina Consular, sin entrar en consideraciones de Derecho Internacional Privado sobre la aplicabilidad de la LTRHA ni en la existencia o no de fraude de ley, buscando un foro de conveniencia, se limitó de acuerdo con la normativa española (en especial, la Instrucción 5-10-201 de la DGNR) a inscribir como hijo de Doña Rocío al niño nacido, de acuerdo con el contenido de una resolución judicial relativa a las circunstancias del nacimiento y de una certificación de nacimiento griegas.

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

La Ley 14/2006 de LTRHA recoge en el art. 26.1 "infracciones": "*Las infracciones en materia de la aplicación de las técnicas de reproducción asistida se califican como leves, graves o muy graves*". A su vez, en el aptdo. 2.a), establece que: "*Es infracción leve el incumplimiento de cualquier obligación o la transgresión de cualquier prohibición establecida en esta Ley, siempre que no se encuentre expresamente tipificada como infracción grave o muy grave*". De la lectura de los pfs. b) Infracciones graves, y c) Infracciones muy graves, de dicho aptdo. 2, se desprende que las infracciones graves están contempladas en relación con centros médicos radicados en España. En consecuencia, la única posibilidad, de haberla, sería entender que la gestación subrogada llevada a cabo en el extranjero podría ser considerada una infracción leve.

Ahora bien, hay que tener en cuenta también en el art. 24 (Infracciones y Sanciones) lo que dice su aptdo. 2, el cual señala que. "Las infracciones en materia de reproducción humana asistida serán objeto de las sanciones administrativas correspondientes, previa instrucción del oportuno expediente, sin perjuicio de las responsabilidades civiles, penales o de otro orden que puedan concurrir". Podríamos preguntarnos si, aun admitiendo que una gestación subrogada efectuada en el extranjero pudiera llegar a ser constituida como una infracción leve y ser objeto de una sanción administrativa, si, desde el ámbito penal, aquella podría ser objeto de una sanción penal.

Según indica Fernández Echegaray: "Conforme una parte de la doctrina, la práctica de la gestación subrogada implicaría en calidad de infracción muy grave, sanciones que podrían oscilar entre los 10.000 y 1.000.000 euros, así como la clausura del centro en el que se lleve a cabo". Lógicamente, Fernández Echegaray, está refiriéndose a los supuestos de CGS celebrados en España y no a los celebrados en el extranjero, habida cuenta de que la sanción llevaría aparejada la clausura del centro, la cual la Administración española

solo puede disponer si estos están radicados en España. Parece confirmarse que, a la luz de lo visto, en el caso de una gestación por subrogación celebrada en el extranjero, solo sería posible la posibilidad de una sanción administrativa por infracción leve⁴².

Ahora bien, la cuestión planteada pregunta sobre la posibilidad o no de una sanción penal. En mi modesta opinión, por lo que expondré a continuación, no hay lugar a tal sanción penal.

Según Lamm: “En lo que se refiere a la perspectiva penal, el Código Penal español no tipifica como delito la gestación por sustitución. No obstante, la GS sí podría dar lugar a la comisión de dos de los delitos tipificados en el Código Penal. Concretamente los recogidos en los art 220 y 221. El primero tipifica la suposición de parto (comitente que se atribuye el hijo que, legalmente, lo es de la gestante) y ocultación o entrega del hijo (gestante que lo entrega a la comitente); en cuanto art 221 “si mediara contraprestación económica” (compraventa de niños)”⁴³. Deja, por lo tanto, abierta la posibilidad de una sanción penal. Ahora bien, con respecto al art. 220 CP, diré que relacionar por analogía la suposición de un parto con un niño habido por gestación subrogada, sólo podría, si acaso, tener algún sentido con una gestación subrogada llevada a cabo en España, pero no con una gestación subrogada desarrollada en el extranjero de acuerdo con la ley de otro país la cual no se oculta a la Administración española, no habiendo, por lo tanto, simulación de parto.

Lamm se refería también al art. 221 CP en los siguientes términos: 1. “*Los que, mediando compensación económica, entreguen a otra persona un hijo, descendiente o cualquier menor aunque no concurra relación de filiación o parentesco, eludiendo los procedimientos legales de la guarda, acogimiento o adopción, con la finalidad de establecer una relación análoga a la de filiación, serán castigados con las penas de prisión de uno a cinco años y de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de la patria potestad, tutela, curatela o guarda por tiempo de cuatro a 10 años*”. Vemos casi imposible de aplicar esto para una gestante extranjera que obra, en un país tercero, de acuerdo con la normativa de este; y para una española, que hipotéticamente actuase como gestante, entiendo que sería muy discutible. Tal vez sea por esta razón por la que en el propio Supuesto de Hecho no se menciona que Doña Lola haya sido objeto de alguna denuncia penal.

Ahora bien, está visto que una cosa es la teoría y otra la práctica en todo lo concerniente a la gestación subrogada. Al respecto Fernández Codina subraya que si bien la contratación de un servicio de GS no tendría ninguna consecuencia jurídica, las diversas prácticas que podrían rodear la ejecución de ese pseudo pacto sí podrían ser constitutivas de una infracción criminal. Así, los artículos 220, 221, y 222 del Código Penal castigan con penas de prisión a aquel que, por ejemplo, “*Entregare a terceros un hijo para alterar o modificar su filiación*”, así como aquellos que: “*Mediando compensación económica entreguen a otra persona un hijo, descendiente o cualquier menor aunque no concurra relación de filiación o parentesco, eludiendo los procedimientos legales de la guarda, acogimiento o adopción, con la finalidad de*

⁴² Fernández Echegaray: *La gestación por sustitución y la reproducción humana asistida en España: ¿incoherencia normativa o legislación garantista*, Aranzadi, Madrid, 2019, pp. 130-131.

⁴³ Lamm: *Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*, cit., p. 72.

establecer una relación análoga a la de “filiación””⁴⁴. Está citando el art. 221, 1º CP. Sin embargo, Fernández Codina no se está refiriendo, con estas prácticas, a la gestación subrogada estricto sensu sino a un contexto de circunstancias que puedan acompañarla en un caso determinado.

Por su parte, Guardia Hernández, después de recordar el hecho de que de forma general se afirma que la gestación subrogada no tiene relevancia penal en España, afirma que esta realidad no es incuestionable por dos razones: por el momento ningún tribunal español ha acogido esta interpretación del Código Penal y, además, hay argumentos para considerar la posición contraria. En este sentido, habría que considerar si el contrato de gestación por sustitución se podría subsumir en concreto en el artículo 221 del CP pudiendo incluir la maternidad subrogada lucrativa⁴⁵. Se me ocurre, con el mismo argumento que él, pero a la contra señalar que si ningún tribunal penal español dio lugar hasta el momento a ningún fallo condenatorio de ningún caso de gestación subrogada en tantos años, desde mediados de los ochenta del siglo pasado, estamos ante un dato bien significativo que bien puede querer decir, en un sentido contrario, que no procede la adopción de ninguna pena al respecto.

En todo caso, como conclusión, no quisiera terminar esta cuestión sin citar a Díaz Fraile, para quién: “En cuanto a la ausencia de sanción, hay que señalar que una cosa es que nuestro ordenamiento, a diferencia de otros no prevea sanciones penales relacionadas con este tema, y otra cosa diferente es que no exista sanción alguna, pues está prevista la nulidad de pleno derecho del contrato que es inequívoca sanción de carácter penal”⁴⁶.

Debo decir que comparto esta conclusión, teniendo en cuenta que, con la inseguridad jurídica que estamos apreciando, sería una temeridad condenar penalmente a alguien en España con motivo de la realización de una gestación subrogada pura y simple, sin la concurrencia en ella de alguno o algunos de los tipos penales citados en este epígrafe. Entiendo por lo tanto que no hay *consecuencias penales derivadas de los hechos descritos en el párrafo segundo del supuesto*.

Cuestión 4. a. ¿Tiene derecho D.^a Rocío a la prestación de maternidad? ¿y D.^a Lola?; b. 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. c. Interpone D.^a Rocío 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.

⁴⁴ Fernández Codina: *Gestación subrogada. Crítica a sus críticas. Sobre por qué es moralmente lícita y legalizable*, cit., pp. 151-152.

⁴⁵ Guardia Hernández, J.J.: “Políticas administrativas y maternidad subrogada en España” en Lucas Esteve: *La gestación por sustitución*, cit., pp. 356-357.

⁴⁶ Díaz Fraile, J.M^a.: “Gestación por sustitución: evolución de la doctrina de la dirección general de los registros y del notariado”, en A. Lucas Esteve: *La gestación por sustitución*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2019, p. 61.

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

Lola?

Al principio, las empresas negaban los permisos de maternidad y excedencia en los supuestos de adopción y acogimiento, lo cual ocurría también con los casos de gestación subrogada. De igual manera, el INSS no concedía las prestaciones paternas o maternas a dichos supuestos, alegando que las situaciones no se debían a una maternidad por parto.

En los casos de gestación subrogada, las prestaciones también eran denegadas pero las cosas fueron cambiando gracias a la postura de los Tribunales y de la doctrina. Poco a poco se llegaría a la situación que relata Fernández Echegaray de que “los Tribunales españoles del orden social han venido estimando que la filiación por naturaleza derivada de la gestación por sustitución, establecida en resolución extranjera, resulta equiparable a las situaciones mencionadas en la norma señalada (Ley de Conciliación de la Vida Familiar y Laboral), sin que sea necesario un exequatur de dicha resolución en España, A tal fin, utilizan la figura del “orden público internacional atenuado”⁴⁷. En consecuencia, poco a poco, fueron reconociéndose los derechos a los permisos y prestaciones también en los casos de maternidad subrogada, al considerar que esos solicitantes no dejan de ser auténticos progenitores, lo que implica que se les reconozca los mismos derechos⁴⁸

La evolución jurídica del concepto de prestaciones de maternidad es una realidad. No olvidemos que, anteriormente, con estas prestaciones, lo que se buscaba era la protección de la salud de la madre tras el parto. Es evidente que esta percepción ha pasado a un segundo plano, siendo ahora el elemento principal el cuidado del hijo, haya habido parto o no por parte del solicitante. Teniendo en cuenta esto, podemos decir que los nacimientos fruto de una gestación por sustitución gozan actualmente del derecho a la prestación por maternidad, independientemente de que su origen pueda descansar en un contrato nulo, según nuestra legislación interna. Los cambios producidos, como vimos en el epígrafe 7. *Sentencias del Tribunal Supremo (Sala de lo Social), 881/2016, de 25 de octubre de 2016 y 953/2016 (Sala de lo Social), de 16 de noviembre de 2016*, así lo constatan.

Centrándonos en el supuesto de hecho que nos ocupa, se indica que D.^a Rocío que es la madre genética comitente, inscribe al hijo gestado por D.^a Lola en Grecia, como hijo propio en el Registro Civil de la Oficina consular de España en Grecia. Por lo tanto, se

⁴⁷ Fernández Echegaray: *La gestación por sustitución y la reproducción humana asistida en España: ¿incoherencia normativa o legislación garantista*, cit. p. 285.

⁴⁸ Me parece esclarecedora Romero Coloma con respecto a la atenuación del orden público español cuando este se presenta como orden público internacional español: “Pero debe tenerse presente que el mecanismo del orden público no actúa siempre con la misma fuerza frente a la Ley extranjera incompatible con los principios y valores fundamentales del Derecho del foro, ya que incluso podría argumentarse que, bajo ciertos presupuestos, puede utilizarse un concepto de “orden público atenuado”, en virtud del cual, sin llegar a legitimar la figura en sí, se podrían reconocer ciertos efectos jurídicos en España a instituciones ajenas en nuestro Derecho. La doctrina jurisprudencial de algunos países, incluyendo a España, ha mostrado cómo se atenúa y flexibiliza la actuación de esta cláusula de excepción en atención a los derechos válidamente adquiridos en el extranjero con arreglo a la Ley extranjera competente, sobre todo cuando estos derechos inciden sobre derechos considerados fundamentales de la persona como es el reconocimiento de su filiación, la protección de la infancia y la familia, etc...”

La principal razón que legitima esta práctica radica en que, en ciertas ocasiones muy específicas, no reconocer una institución contraria a los principios más básicos del Ordenamiento Jurídico español llevaría indisolublemente aparejada la nefasta consecuencia de dejar en la más absoluta desprotección jurídica a determinados sujetos que han dado lugar a un modelo de familia no reconocido en el Derecho español”. Romero Coloma: *La maternidad subrogada a la luz del Derecho español*, cit., p. 49.

ha determinado exclusivamente la filiación a favor de D^a. Rocío, no figurando en la inscripción registral la madre gestante, Doña Lola, que renunció a la filiación del hijo. Por ello, pese a lo que dice el enunciado del caso, el INSS solo *debería reconocer el derecho a la prestación por maternidad a D^a Rocío, la cual tiene una inscripción registral de filiación del menor a su favor y no a D^a Lola que no figura en dicha inscripción*. No se trata de quien presente primero la solicitud de la prestación ni tampoco para la Entidad Gestora hay dos madres sino tan solo la madre que figura en la inscripción de filiación del menor.

Ignoramos las peripecias administrativas, ocurridas en el INSS de Murcia, que pudieron dar lugar a la resolución indebidamente a favor de D^a. Lola. En este sentido, la respuesta a favor de D^a. Rocío no ofrece dudas, y ello más aun a la vista de la Consulta 29/2016, 29 de diciembre de 2016, de la Subdirección General de Ordenación y Asistencia Jurídica. Instituto Nacional de la Seguridad Social⁴⁹, cuyo aptdo I^o recoge que :“A efectos de la prestación por maternidad prevista en el artículo 177 del RLGSS (Reglamento de la Ley General de la Seguridad Social), se considera situación protegida el nacimiento de un hijo por gestación por sustitución en un país extranjero con arreglo a la legalidad de dicho país, durante los períodos/permisos de descanso que por tales situaciones se disfruten, por aplicación analógica de lo previsto en el artículo 48.4 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre (LET) (Ley del Estatuto de los Trabajadores) o en el artículo 49 del texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre (EBEP)”.

Cuestión 4.b. 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. .

Entiendo que este Juzgado fallará a favor de Doña Rocío, habida cuenta de su condición de madre del niño reconocida en el Registro Civil español y madre biológica con la guardia y custodia del niño.

⁴⁹ A continuación recojo los aptdos. 2.º y 3.º de la Consulta: “2º. Inscripción de la filiación en el Registro Civil español. Para el reconocimiento del derecho al subsidio por maternidades es requisito necesario que se haya practicado la previa inscripción de la filiación del hijo en el Registro civil español. De acuerdo con lo establecido en la Instrucción de 5 de octubre de 2010 dictada por la Dirección General de Registros y el Notariado, viene siendo inscribible en el Registro civil español el nacimiento en el extranjero de un menor mediante gestación por sustitución cuando existe resolución judicial dictada por el órgano jurisdiccional competente en la que se determina la filiación del nacido a favor del progenitor o progenitores comitentes, se recoge el consentimiento libre y voluntario así como la renuncia expresa a la filiación de la madre gestante y se hace constar que no se ha producido una vulneración del interés superior del menor. En estos supuestos la madre biológica renuncia a la filiación del hijo, por lo que no figura en la correspondiente inscripción registral, determinándose la filiación exclusivamente a favor del progenitor o progenitores comitentes. Este es el supuesto fáctico recogido en la sentencia del TS de 16 de noviembre de 2016. En estos casos bastará con acreditar la inscripción de la filiación del hijo en el Registro civil español...”.

3º. Beneficiario del subsidio. Será beneficiario del subsidio por maternidad el progenitor -- independientemente de su sexo- que haya disfrutado del descanso o permiso y reúna los requisitos que para el reconocimiento del derecho a este subsidio establece el Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo. En el caso de que haya dos progenitores comitentes y el período de descanso se hubiera distribuido a opción de ambos, de modo que sea disfrutado de forma simultánea o sucesiva por ambos, tendrán ambos la condición de beneficiarios, siempre que reúnan de forma independiente los requisitos exigidos”. La Consulta aparece en <https://www.seg-social.es/wps/wcm/connect/wss/fb6f7be5-03be-4410-ba97c04405013b2a/Consulta+29-2016.pdf?MOD=AJPERES>).

Creo que la pretensión de D.^a Rocío, por todo lo dicho, no debería de tener ningún problema y ello con más razón todavía desde 2019, cuando el art. 177 del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, texto refundido de la LGSS, fue modificado por el Real Decreto-Ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación, pasando la “prestación por maternidad” a ser llamada como “prestación por nacimiento y cuidado de menor”. Y el niño, como se dice en el supuesto, está al “cuidado” de Doña Rocío. Así en abstracto, sin conocer mínimamente la argumentación jurídica de la demanda no puedo decir mucho más.

Cuestión 4.c. Interpone D.^a Rocío 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. Nada se dice en el caso si fue aceptada a trámite la demanda en relación con un contrato como el de maternidad subrogada, celebrado en Grecia y nulo en España. Si fuese admitida, estimo que tendría escasas posibilidad de prosperar.

Cuestión 5. a. ¿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? b. ¿Sería posible justificar la gestación subrogada como un derecho humano reproductivo? c. ¿Cuáles serían las implicaciones éticas de esta regulación?

Cuestión 5.a. En cuanto a los motivos para una regulación positiva de la gestación subrogada.

Estamos ante un debate social, jurídico y ético. Tal como he podido observar a lo largo de la elaboración del presente trabajo, ha habido una serie de pronunciamientos en contra y a favor de la regulación jurídica de la gestación subrogada; siendo tales manifestaciones un avance que abre la posibilidad de que se lleguen a cubrir las posibles carencias o contrariedades de dicha regulación, siempre con la prudencia necesaria que exige el tema que nos ocupa. Estamos ante planteamientos en contra o favor, a nivel jurídico, social y político, sobre la cuestión de la gestación subrogada que además se manifiesta como muy transversal, de manera que no hay posturas unánimes en la doctrina ni tampoco puertas adentro de los partidos políticos⁵⁰.

Desde una *posición contraria* a la gestación subrogada, se hace alusión por parte de bastantes autores a la cosificación del cuerpo de la mujer que gesta, al igual que al hecho de que este tipo de prácticas diluyan en gran medida el concepto de maternidad existente en la cultura occidental. Junto a estos juicios negativos aparecen otros que aluden a la situación de explotación de las madres de alquiler en algunos países que aceptan los CGS con mayor facilidad; respecto a ello, se denuncia que la mayor parte de

⁵⁰ En efecto la división en torno a la gestación subrogada está introducida, en alguna medida, dentro de las fuerzas políticas. En 2016, fue votada en la Asamblea Parlamentaria de Madrid una Propuesta de Ciudadanos para pedir al Gobierno central la aprobación de una ley sobre maternidad subrogada, la cual no fue aprobada. Votaron a favor Ciudadanos y el Partido Popular (con disidencias) y en contra el Partido Socialista Obrero Español (con disidencias) y Podemos estuvo esta vez a favor. “El apoyo a la gestación subrogada 'rompe' al PP en la Asamblea de Madrid y en el PSOE piden libertad de voto”, *El Mundo*, 17-03-2016.

las gestantes actúan por motivos económicos, inclusive con pocas garantías sanitarias, poniendo en riesgo, con el embarazo y el parto, su vida y salud.

En el marco de una postura *intermedia*, se considera que la experiencia con la maternidad subrogada, en especial en los países que la regulan de una manera controlada, es calificada habitualmente como bastante positiva, tanto para la madre subrogada como para la madre y/o padre de intención. Una posición intermedia sería por ejemplo la de Gorelli Hernández, para quien "... el niño *existe* y se encuentra ya entre *nosotros*. Al final, el problema jurídico se resuelve como problema de conciencia"⁵¹.

En un plano intermedio está también Zalvide Bassadone, que manifiesta: "Así, mientras siga existiendo un vacío legal sobre los efectos que generan en nuestro país estos casos de gestación subrogada, la cuestión va a seguir en manos de la doctrina jurisprudencial que ya se ha mostrado cambiante en este tipo de manifestaciones. Además, estos pronunciamientos no evitan la existencia de votos particulares con significativas discrepancias, a las que hay que sumar la existencia de un debate doctrinal abierto sobre todas estas circunstancias que ponen de manifiesto la enorme complejidad que entraña todo este asunto... Y es que esta situación genera un clima de inseguridad en nuestro ordenamiento que hace precisa una regulación, que clarifique en un sentido o en otro todos los aspectos y consecuencias que deben rodear una figura tan controvertida como la gestación subrogada..."⁵²

Por la contra a las posiciones anteriormente mencionadas, nos encontramos con otras posturas claramente favorables a la regulación de la gestación subrogada en España; así, por ejemplo Presno Linera manifiesta que la regulación de la gestación por sustitución en los términos indicados sería perfectamente compatible con la dignidad y libre desarrollo de la personalidad que la Constitución ha convertido en fundamentos del orden político y de la paz social, tanto si se optase por introducir un sistema altruista como si se admite una retribución económica y no una mera compensación⁵³.

Como vemos el debate está claramente instalado, con una presencia creciente en la sociedad española. Pueden apreciarse en el campo jurídico, una amplia gama de posiciones en lo que concierne a la regulación de la gestación por subrogación.

A la luz de todo lo visto a lo largo de este trabajo, desde mi punto de vista, creo que *existen motivos que pueden llegar a justificar una regulación positiva de la gestación subrogada en España, al estilo de otros países de nuestro entorno como por ejemplo Portugal o Grecia*. Si bien debido al rechazo legal y moral que suscita en diversos sectores no es un fenómeno tan generalizado, pero como podemos observar cada vez se presentan más casos en el mundo real a los que hay que dar una respuesta jurídica.

Estamos ante un contexto vital donde se están originando profundos cambios sociales y generacionales que tarde o temprano el derecho debe afrontar

⁵¹ Gorelli Hernández, J.: "La prestación por maternidad en los casos de gestación por sustitución o maternidad subrogada (vientres de alquiler)", *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 1/2017, p. 31.

⁵² Zalvide Bassadone, A.: "Prestación por cuidado de hijos/as en los supuestos de gestación subrogada", *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, 457, abril 2021, cit., p. 130.

⁵³ Presno Linera, M.: "Gestación por sustitución, autonomía personal y dignidad de la mujer gestante", en *Gestación por sustitución. Análisis crítico y propuestas de regulación*, Editor, A. Carrió Sampedro, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2021, pp. 129.

independientemente de que estas realidades puedan de algún modo colisionar con nuestros valores morales.

Derecho Interno y Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado. Ciertamente de una u otra manera, ante una presencia creciente de dicha práctica en la sociedad, ni que decir tiene que puede apreciarse nítidamente en el campo jurídico una amplia gama de posturas entre las posiciones más en contra y las más a favor de la regulación de la gestación por subrogación. En todo caso, entiendo que un buen paso hacia delante sería que la *Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado*, la cual se viene encargando de estudiar el tema de la gestación subrogada desde 2011, con vistas a la adopción de un convenio internacional para resolver este importante problema social y jurídico, tuviera éxito en su misión. Su propósito principal es conseguir un instrumento internacional que posibilite el establecimiento de un marco de cooperación internacional entre los Estados que al menos permita la armonización de las normas de Derecho internacional privado referentes al establecimiento de la filiación en los nacimientos originados en un convenio internacional de gestación por subrogación⁵⁴.

Me parece que la cooperación internacional es esencial en esta materia, como bien subrayan Calvo Caravaca y Carrascosa González, al escribir que: “Es evidente que la conclusión de una normativa internacional válida para un amplio conjunto de países potenciaría una solución correcta de estos casos. Un convenio internacional que, de modo similar al sistema establecido para la libre circulación internacional de la filiación adoptiva en el Convenio relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional, hecho en La Haya el 29 mayo 1993, garantizaría el cumplimiento de ciertos standards de justicia en los procesos de gestación por sustitución en los Estados de origen, permitiría que los Estados de destino abrieran sus puertas a la filiación de los nacidos en virtud de gestación por sustitución... Los trabajos sobre una regulación de estas cuestiones han dado ya comienzo en la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado...”⁵⁵.

En todo caso, estoy totalmente de acuerdo con Pereira Menaut cuando destaca que: “Es imposible pronunciarse sobre la gestación subrogada –por ejemplo—sin pronunciarse también, al menos indirectamente sobre su fundamentación... Si negamos toda fundamentación resulta imposible imponer un poco de cordura”.⁵⁶

Creo que el gobierno y el parlamento español tendrán que pronunciarse a medio plazo sobre este tema de la gestación subrogada. Incluso desde una posición bastante crítica y con reservas en relación con la gestación subrogada, Morales Benito subraya que “La necesidad de legislar en torno a la GS es urgente”⁵⁷.

⁵⁴ Lamm: *Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*, cit., pp. 210-214. Castillo Martínez, C.C.: “La gestación por sustitución y el problema de su acceso al Registro Civil español”, cit., p. 19, habla de reformar la normativa española buscando atender mejor los intereses de la gestante y del nacido y, también de la conveniencia la futura adhesión al futuro acuerdo internacional en el que trabaja la Conferencia de Derecho Internacional Privado de La Haya.

⁵⁵ Calvo Caravaca y Carrascosa González: “Gestación por sustitución y Derecho Internacional Privado, más allá del Tribunal Supremo y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, cit., pp. 111-112.

⁵⁶ Pereira Menaut, A.C.: “Pasado y presente de los derechos”, *Ius Publicum*, Nº. 47, 2021, p. 56.

⁵⁷ Morales Benito, I.: “Gestación por sustitución y principalismo en Bioética”, en Lucas Esteve, A.: “La gestación por sustitución: derechos e intereses en conflicto”, en Lucas Esteve, A. (Ed): *La gestación por sustitución*, Valencia, 2019, pp. 463-464.

Cuestión 5 .b. ¿Sería posible justificar la gestación subrogada como un derecho humano reproductivo?

Si la doctrina está dividida por lo que respecta a la misma existencia de un derecho humano reproductor o de un derecho al hijo, entiendo que la situación es aún más controvertida respecto a si se puede justificar la gestación subrogada como un derecho humano reproductivo. El tema como no, ha suscitado amplia discusión, y por ello acudiré a opiniones con autoridad, la cual yo no tengo.

Respecto a la posibilidad de la existencia de un derecho humano reproductor en España, Igareda González opina, en un sentido negativo, que: “Ese derecho a tener un hijo o hija propio es controvertido. No existe en nuestro ordenamiento jurídico un derecho a ser madre o padre, a pesar de que muchas veces coloquialmente se piensa de esta manera. En nuestro sistema legal solo se menciona la protección de la familia, como institución social digna de protección jurídica, y obviamente el interés supremo del menor que debe estar presente en cualquier regulación que pueda afectarlo⁵⁸.”

Acudiendo, a un punto u otro de la CE, distintos autores defienden un derecho a la reproducción, por ejemplo Romero Coloma, afirma que aunque el Texto Constitucional no reconoce expresamente, un derecho a la reproducción humana, este derecho podría derivar directamente del reconocimiento de la libertad como valor superior del Ordenamiento Jurídico, en función del artículo 1.1 de la Constitución, y de la dignidad de la persona humana como expresión del reconocimiento de sus derechos inherentes y del libre desarrollo de su personalidad⁵⁹.

Respecto a *si existe un derecho en concreto a la gestación por sustitución, diré que la respuesta al día de hoy se revela más bien como negativa*, habida cuenta de la nulidad de los CGS.

Cuestión 5.c. ¿Cuáles serían las implicaciones éticas de esta regulación?

En cuanto al juicio ético de estas prácticas, algunos autores estiman que se trata de un caso que permite la pacífica coexistencia de diferentes puntos de vista éticos, mientras que parte de un sector de la doctrina opina que prohibir o restringir la práctica interna y admitir al mismo tiempo los efectos gestación llevada a cabo en los países más permisivos es incoherente y propio de una doble moral intolerable.

Hablando de ética también se ha manifestado al respecto de la gestación subrogada una visión que compara esta práctica con la mercantilización del cuerpo de la mujer, así como a la cosificación de los niños que se convierten en un mero objeto para satisfacer los deseos de paternidad/maternidad de los comitentes.

Sin duda, con todo lo visto hasta aquí, como han puesto de manifiesto diversos autores el asunto de la gestación subrogada está rodeado por toda una serie de consideraciones de tipo ético, pero resulta bien difícil tener una opinión común pacífica sobre dónde empieza y dónde termina el bien y sobre cuáles son los valores que le dan

⁵⁸ Igareda González, N “La gestación por sustitución o el cuerpo de las mujeres como espacio de lo ilícito”, en *Gestación por sustitución. Análisis crítico y propuestas de regulación*, Editor, A. Carrio Sampedro, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2021, pp. 30-31.

⁵⁹ Romero Coloma: *La maternidad subrogada a la luz del Derecho español*, cit., p. 78.

contenido; una realidad que se refleja de modo claro en la diversidad de opiniones que suscita dicha práctica.

A modo personal, ante la realidad actual de admitir los efectos de un CGS llevado a cabo en el extranjero, considero que se podría llegar a contemplar una regulación al estilo de Reino Unido, Grecia y Portugal que permita acceder a dicha práctica cuando existan motivos de salud que impidan llevar a cabo la gestación o la hagan desaconsejable siempre que tal condición se acredite mediante una certificación médica. En lo que concierne a las implicaciones éticas que esto supondría desde mi humilde opinión no debería haber mayores consecuencias que las actuales ante la contrariedad existente entre la ley y una realidad a la cual se le otorgan efectos a las gestaciones subrogadas llevadas a cabo en países permisivos.

Conclusiones finales.

Trataré de hacer unas Conclusiones finales, con base especialmente en la parte final de desarrollo de las Cuestiones a la que pude llegar gracias al estudio teórico llevado a cabo en la Parte Primera.

Antes de nada, diré que la gestación subrogada resulta ser un asunto tremendamente complejo y vidrioso. El caso presente ofrece un gran problema, dada la nulidad que establece para los CGS el art. 10.1 de la LTRH. *Habida cuenta de esta nulidad, el contrato no es válido para el derecho español*, no pudiendo derivarse de él obligaciones civiles exigibles. Por ello, a la luz del Derecho español, no existe ningún vínculo, derecho ni deber que pueda derivar de tal “contrato”. Cosa distinta sería a la luz del Derecho griego. Por lo tanto, a mi juicio, para el Derecho español *no existe incumplimiento contractual* por D^a Lola, habida cuenta de la nulidad del CGS celebrado en Grecia, nulo para España tanto si se celebra en esta como en el extranjero. Por otra parte, estimo que incluso en cuanto al contenido, el contrato, válido para el ordenamiento jurídico griego, D^a. Lola cumple, como vimos, con él.

Con todo, a pesar de la nulidad del CGS, hay que diferenciar, además del plano de las madres comitente y gestante, la situación de los menores, el hijo en ese caso, los cuales no pueden ser dañados por dicha nulidad. Así, podemos hablar del *reconocimiento de ciertos efectos* como, con sus dificultades, la *inscripción*, de acuerdo con la normativa de la Instrucción de 5 de Octubre de 2010 de la DGNR, del menor en el Registro Civil de la Oficina Consular de España en Atenas, como hijo de la comitente, Doña Rocío, con sus consecuencias de posesión por el hijo de la *nacionalidad española de origen* (art. 17.1 del Código Civil). Asimismo, en el Derecho laboral existen efectos, en el ámbito de la Seguridad Social, en el terreno de los *permisos y de las ayudas por nacimiento*, a favor de la madre comitente, Doña Rocío, cuestión para la que las respuestas positivas han ido imponiéndose, habida cuenta de la cada vez más valorada razón del interés superior del menor. Igualmente, los hijos menores tienen derechos en áreas como la *educación, sanidad, etc.*, al igual que la madre, Doña Rocío, en el campo de las *deducciones fiscales*.

Detrás de todo cuanto he dicho hasta aquí, sobrevuela la duda referente a si podríamos estar ante un supuesto que pudiera ser considerado como un *fraude de ley* (arts. 6.4 y 11.2 de la LOPJ). Ciertamente, estamos situados ante un tema delicado donde, como pudimos ver, las opiniones pacíficas son más bien pocas. La técnica del *fraude de ley* no debería interferir en el sistema de indagación de soluciones adecuadas para la

identificación del interés superior del menor. Así pues, evitando volver al estudio realizado sobre la cuestión del fraude, entiendo, como la mayoría de la doctrina, que *los hechos expuestos en este supuesto no deberían ser considerados fraude de ley*, dado que no estamos ante una maniobra para buscar un fin más *beneficioso* que el prohibido por la Ley española. Estamos ante la búsqueda de un hijo.

En el terreno de las sanciones, creo que más allá de la sanción civil, concretada en la nulidad para España del CGS celebrado en Grecia, *no procede hablar de la posibilidad de sanciones administrativas ni de la existencia de responsabilidades civiles, penales o de otro orden*. Con todo, entrando mínimamente en la probabilidad de la existencia o de una sanción penal, resulta claro que el Código Penal español no tipifica como delito la gestación subrogada, de forma diferente a como sucede en Alemania y en Suiza, lo cual no quiere decir que no haya que solucionar jurídicamente las anomalías con alcance jurídico que pudieran llegar a presentarse en la práctica, en el contexto del desarrollo de un CGS. De todos modos, hasta el momento ningún tribunal español ha impuesto sanciones penales con respecto a ningún caso de gestación subrogada celebrados por españoles en el extranjero, desde mediados de los años ochenta del siglo XX. Sin duda, este es un dato bien importante para concluir sobre la procedencia o no de las sanciones penales en dicho campo de la gestación subrogada.

En cuanto, al *derecho a la reproducción mediante gestación por sustitución*, a la vista de la nulidad de los contratos de gestación por sustitución (art. 10.1 de la LTRHA), no siendo ella posible en territorio español entiendo que este derecho *no existe en la actualidad*; si bien como comenté anteriormente tarde o temprano la ley tendrá que pronunciarse al respecto ante la existencia de más de 1000 CGS anuales, celebrados por españoles en el extranjero.

Bibliografía.

Libros.

- Fernández Codina, G.: *Gestación subrogada. Crítica a sus críticas. Sobre por qué es moralmente lícita y legalizable*, Bosch Editor, Barcelona, 2019.
- Fernández Echegaray, L.: *La gestación por sustitución y la reproducción humana asistida en España: ¿incoherencia normativa o legislación garantista*, Aranzadi, Madrid, 2019.
- Lamm, E.: *Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*, Universitat de Barcelona, Publicacions i Edicions, 2013.
- Romero Coloma, A.M^a.: *La maternidad subrogada a la luz del Derecho español*, Ed. Dilex, Algete (Madrid), 2016.
- Vela Sánchez, A.G.: *Gestación por encargo, tratamiento judicial y soluciones prácticas*, Ed. Reus, Madrid, 2015.

Artículos.

- Álvarez de Toledo Quintana, L.: "El futuro de la maternidad subrogada en España: entre el fraude de ley y el correctivo de orden público internacional", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. VI, N^o.2, 2014.
- Álvarez González, S.: "Gestación por sustitución y orden público", *Indret* 2/2017.

-- Calvo Caravaca, A.-L. y Carrascosa González, J.: “Gestación por sustitución y Derecho Internacional Privado, más allá del Tribunal Supremo y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 7, Nº. 2, Octubre 2015.

-- De Verda Beamonte, J.R.: “Inscripción de hijos nacidos mediante gestación por sustitución (a propósito de la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº. 15 de Valencia, de 15 de septiembre de 2010)”, *Diario La Ley*, Nº. 7501, Sección Tribuna, 2010.

--Díaz Fraile, J.M^a.: “Gestación por sustitución: evolución de la doctrina de la dirección general de los registros y del notariado”, en A. Lucas Esteve: *La gestación por sustitución*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2019.

-- Gorelli Hernández, J.: “La prestación por maternidad en los casos de gestación por sustitución o maternidad subrogada (vientres de alquiler)”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 1/2017.

-- Guardia Hernández, J.J.: “Políticas administrativas y maternidad subrogada en España” en Lucas Esteve, A. (Ed.) : *La gestación por sustitución*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2019.

-- Igareda González, N.: “La gestación por sustitución o el cuerpo de las mujeres como espacio de lo ilícito”, en *Gestación por sustitución. Análisis crítico y propuestas de regulación*, Editor, A. Carrío Sampedro, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2021.

-- Lucas Esteve, A.: “La gestación por sustitución: derechos e intereses en conflicto”, en Lucas Esteve, A. (Ed.) : *La gestación por sustitución*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2019.

-- Marrades Puig, A.: “La gestación subrogada en el marco de la constitución española: una cuestión de derechos”, *Estudios de Deusto*, Vol. 65/1, Enero-Junio 2017.

-- Morales Benito, I.: “Gestación por sustitución y principalismo en Bioética”, en *La gestación por sustitución: derechos e interés en conflicto*, en Lucas Esteve, A. (Ed): *La gestación por sustitución*, Valencia, 2019.

-- Pereira Menaut, A.C.: “Pasado y presente de los derechos”, *Ius Publicum*, Nº. 47, 2021.

-- Presno Linera, M.: “Gestación por sustitución, autonomía personal y dignidad de la mujer gestante”, en *Gestación por sustitución. Análisis crítico y propuestas de regulación*, Editor, A. Carrío Sampedro, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2021.

-- Tamayo Haya, S.: “Hacia un nuevo modelo de filiación basado en la voluntad en las sociedades contemporáneas”, *Revista Digital de la Facultad de Derecho (UNED)*, No. 6, 2013.

-- Zalvide Bassadone, A.: “Prestación por cuidado de hijos/as en los supuestos de gestación subrogada”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, 457, abril 2021.

Apéndice jurisprudencial.

-- Sentencia N.º 193/2010, de 15 de septiembre, del Juzgado de Primera Instancia N.º 15 de Valencia. AC.2010/193.

-- Sentencia Audiencia Provincial de Valencia N.º 826, de 23 de noviembre de 2011. ECLI ES:APV:2011:5738.

-- Sentencia de la Audiencia Provincial de Mallorca, N.º 207/2021 de 27 de abril de 2021, ECLI:ES:APIB:2021:660.

-- Sentencia Tribunal Supremo, STS 247/2014, de 6 de febrero, Sala de lo Civil, ECLI:ES:TS:2014:247.

-- Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de 26 de junio de 2014, núm. 65192/11 6594/2011 de 26 de junio de 2014 (caso Mennesson c. Francia)

- Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, núm. 65941/2011, de 26 de junio de 2014, (caso Labassee c. Francia).
- Sentencia del Tribunal Supremo, STS 881/2016, de 25 de octubre de 2016, Sala IV de lo Social, ECLI ES:TS:2016:5375
- Sentencia del Tribunal Supremo, STS 953/2016, de 16 de noviembre, Sala IV de lo Social, ECLI ES:TS:2.