

LA DETERMINACIÓN DE LA FILIACIÓN “CONTRA LEGEM”
DEL NACIDO EN EL EXTRANJERO POR GESTACIÓN POR
SUSTITUCIÓN: OTRA FORMA DE TENER HIJOS ATENDIENDO
A LA VOLUNTAD PROCREACIONAL, LA POSESIÓN DE ESTADO
Y EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR*

*THE DETERMINATION OF FILIATION “CONTRA LEGEM” OF THE
CHILD BORN ABROAD BY SURROGACY: ANOTHER WAY OF HAVING
CHILDREN IN ACCORDANCE WITH THE PROCREATIONAL WILL, THE
POSSESSION OF STATUS AND THE BEST INTERESTS OF THE CHILD*

Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 16 bis, junio 2022, ISSN: 2386-4567, pp. 3424-3465

* El presente trabajo se enmarca en el Proyecto de Investigación: “Armonización del Derecho de Familia derivado de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida (DER2017-85756-P)”, financiado por el Ministerio de Economía, Industria y Competitividad (AEI/FEDER, UE) y dentro del Grupo de Investigación consolidado “Discapacidad y Familia” (VIGROB-175) del Departamento de Derecho Civil de la Universidad de Alicante.



Virginia
MÚRTULA
LAFUENTE

ARTÍCULO RECIBIDO: 3 de noviembre de 2021

ARTÍCULO APROBADO: 22 de febrero de 2022

RESUMEN: En este artículo se aborda la cuestión de si al menor nacido en el extranjero por gestación por sustitución hay que reconocerle el status filiationis atribuido legalmente por las autoridades extranjeras, en orden a que pueda tener su propia identidad personal en el país donde vive con sus padres intencionales. Tema que presenta especial interés en aquellos casos difíciles donde no existe un vínculo biológico con la parte comitente y tampoco es posible la adopción de ese menor. Para ello se analizan las decisiones del TEDH, la posición de la DGRN, la de la Sala I.ª del Tribunal Supremo, así como algunas resoluciones recientes de ciertas Audiencias Provinciales. Estas últimas han puesto el acento en los acuerdos de gestación legalizados con todas las garantías, especialmente para la mujer gestante, el interés superior del menor y la posesión de estado vivida entre padres e hijos, como elementos para el reconocimiento de los actos extranjeros.

PALABRAS CLAVE: Filiación; gestación por sustitución; interés superior del menor; posesión de estado; voluntad procreacional.

ABSTRACT: *This paper addresses the question of whether a child born abroad through surrogacy should have recognised the status filiationis legally attributed by the foreign authorities, so that the minor can have their own identity in the country where they live with the commissioning parents. This is of particular interest in those difficult cases where there is no biological link with the commissioning party and where adoption of the child is not possible. For this purpose, the decisions of the ECtHR, the position of the DGRN, the 1st Chamber of the Supreme Court, as well as some recent decisions of certain Spanish Appellate Courts are analysed. The latter have emphasised the surrogacy arrangements legalised with all guarantees, especially from the surrogate mother, the best interests of the child and the possession of status lived between parents and children, as elements for the recognition of foreign acts.*

KEY WORDS: Filiation; surrogacy; best interests of the child; possession of status; procreational will.

SUMARIO.- I. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.- II. DE LOS CASOS MENNESSON Y LABASSE AL CASO FJÖLNIÐDÓTTIR DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS.- 1. El derecho a la propia identidad del menor.- 2. El mantenimiento (por ahora) del principio de maternidad biológica. 3. El derecho a la vida familiar entre padres e hijos.- III. CRITERIOS DE LA DIRECCIÓN GENERAL PARA LA INSCRIPCIÓN DE LOS MENORES NACIDOS EN EL EXTRANJERO POR GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN. IV. LA RELEVANCIA DEL VÍNCULO BIOLÓGICO EN LA DETERMINACIÓN DE LA FILIACIÓN.- 1. La verdad biológica y el art. 10.3 LTRHA. 2. La adopción del menor.- 3 ¿Qué ocurre cuando no hay vínculo biológico con la parte comitente y la adopción no es posible?-. V. CONSIDERACIONES FINALES.

I. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.

En España los contratos de gestación por sustitución se consideran nulos de pleno derecho (art. 10.1 Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida, en adelante LTRHA). La consecuencia de esta nulidad es que este contrato no despliega los efectos jurídicos que estaba llamado a provocar. De manera que la mujer que está dispuesta a gestar para otro(s), será considerada como madre del recién nacido cuando da a luz (art. 10.2 LTRHA)¹. Y solo si el padre comitente es el padre biológico, por haber aportado sus gametos en el procedimiento, podrá llevar a cabo la acción de reclamación de la paternidad (art. 10.3 LTRHA).

Si atendemos a la vertiente penal, en el Código penal no hallamos la celebración de un contrato de gestación por sustitución tipificada expresamente como delito, aunque sí lo están acciones que lesionan otros intereses protegidos, como es la suposición de parto, la alteración de la paternidad y el estado o la condición del menor (arts. 220-222 CP). De tal manera que solo se plantea su trascendencia criminal cuando, una vez que ha nacido el niño se altera su filiación, adscribiéndolo a otra u otras personas que no le corresponden legalmente².

Estas normas han provocado que la gestación por sustitución no se practique (al menos de forma conocida) en España, pero no ha impedido que numerosas

1 Nótese que en los contratos de gestación por sustitución la mujer gestante consiente en ser fecundada a través de técnicas de reproducción asistida y gestar el feto hasta su nacimiento, renunciando a los derechos de filiación que le corresponderían a favor de los padres comitentes. Existen dos formas de gestación subrogada: la que se conoce como “subrogación tradicional” o plena, en la que la mujer gestante aporta su propio óvulo y la “subrogación gestacional”, donde la gestante no aporta su material genético, siendo esta última la más frecuente.

2 DOMÍNGUEZ IZQUIERDO, E.M.: “La eventual relevancia penal de la aplicación de técnicas de reproducción asistida en casos de maternidad subrogada. El alcance del consentimiento”, en AA.VV.: *Gestación subrogada. Principales cuestiones civiles, penales, registrales y médicas. Su evolución y consideración (1988-2019)* (dir. por F. Lledó Yagüe/M.P. Ferrer Vanrell/ I. Benítez Ortúzar/ C. Ochoa Marieta / O. Monje Balmaseda), Dykinson, Madrid, 2019, pp. 686-687.

• Virginia Múrtula Lafuente

Profesora Titular de Derecho civil, Universidad de Alicante. Correo electrónico: vmurtula@ua.es

personas, solas o con su pareja, recurran a ella en el extranjero para ver cumplido su deseo de tener un hijo, gracias a empresas que ofrecen aquí sus servicios de asesoramiento y facilitación de trámites para acceder a esta técnica en aquellos países que lo permiten (como Rusia, EEUU, Ucrania o Georgia, entre los destinos preferidos). De hecho, el número de niños nacidos a través de este procedimiento ha ido creciendo año tras año en España³, en detrimento de las adopciones internacionales, entre otras razones, por el endurecimiento de algunos países en sus condiciones de adopción para con los extranjeros⁴.

Con todo, nuestros nacionales no son los únicos que recurren a terceros países donde está permitida la gestación por sustitución como una forma para tener descendencia. Es frecuente que ciudadanos que residen en un Estado se desplacen a otro para acceder a una determinada técnica de reproducción asistida, bien porque les resulta más fácil o más barata en ese país, o simplemente porque en el suyo propio no pueden o está prohibida, dando lugar a un fenómeno de carácter transnacional conocido como "turismo reproductivo" o *cross-border surrogacy*, cuando hablamos de la gestación por sustitución⁵.

Este fenómeno ha provocado que las autoridades nacionales de aquellos países en los que está prohibida la gestación por sustitución tengan que dar solución a la situación del menor nacido en el extranjero por este procedimiento y se tambalee en cierta forma el principio de maternidad biológica del Estado que prohíbe gestar por medio de otra mujer. Y ello por cuanto se han visto obligadas a dar prioridad al elemento volitivo o intencional de querer ser padre o madre, incluso en contra de su propio Derecho, en virtud del interés superior del menor (arts. 2.1 y 2.4 Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, en adelante LOPJM)⁶.

3 Según datos publicados, el número de nacimientos por gestación subrogada registrados en España en los registros consulares extranjeros ascienden a casi 1.000 entre los años 2010 y 2016, siendo Estados Unidos, Ucrania, la India y Méjico, por este orden, los principales países de origen de la mayoría de estos bebés (Publicado por *Statista Research Department*, extracto disponible en: <https://es.statista.com/estadisticas/912363/nacimientos-por-gestacion-subrogada-inscritos-segun-origen-en-espana/>). Los abusos que se estaban produciendo en algunos de estos países y la explotación que sufrían muchas mujeres, han dado lugar a la modificaciones legislativas en India y el estado mejicano de Tabasco que, en 2015 y 2016 respectivamente, restringen el acceso a la gestación subrogada a sus propios nacionales.

4 Véase aquí noticia publicada en el mundo: <https://www.elmundo.es/sociedad/2017/03/05/58bbe43cca4741c1428b4579.html>.

5 Entre los muchos términos que hay para referirse a esta práctica (como «vientres de alquiler», «madres de alquiler», «maternidad por sustitución», «gestación para otros» o «maternidad por encargo»), hemos preferido utilizar gestación por sustitución, por ser el empleado por la LTRHA, las Instrucciones de la DGRN y las propuestas legislativas que se han realizado en nuestro país. No obstante, en ocasiones también utilizaremos los de maternidad subrogada y gestación subrogada, pues son los tres términos que, siguiendo al COMITÉ DE BIOÉTICA DE ESPAÑA, en su *Informe sobre los aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada*, 16 de mayo de 2017, pp. 9-10, mejor recogen esta práctica. Disponible en: http://assets.comitedebioetica.es/files/documentacion/es/informe_comite_bioetica_aspectos_eticos_juridicos_maternidad_subrogada.002.pdf.

6 Así, de acuerdo con el art. 2.1 LOPJM: "Todo menor tiene derecho a que su interés superior sea valorado y considerado como primordial en todas las acciones y decisiones que le conciernan, tanto en el ámbito público como privado. En la aplicación de la presente ley y demás normas que le afecten, así como en las

II. DE LOS CASOS MENNESSON Y LABASSE AL CASO FJÖLNISDÓTTIR DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS.

En Europa son muchos los países que no permiten la gestación por sustitución, como Alemania⁷, Francia⁸, Austria, España, Hungría, Italia⁹ o Suiza¹⁰, entre otros. El TEDH ha tenido que hacer frente a las reclamaciones de ciudadanos de estos países, fundamentalmente franceses, pues veían que su Estado no reconocía la filiación establecida por las autoridades extranjeras donde habían tenido a sus hijos por gestación por sustitución. Para resolver estas reclamaciones, la Corte europea ha hecho uso del art. 8 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (CEDH), que recoge el derecho al respeto de la vida privada y familiar de toda persona¹¹.

Desde la perspectiva interpretativa de este precepto, el Tribunal de Estrasburgo ha venido considerando que los Estados tienen un gran margen de apreciación en lo relativo a aquellas cuestiones que afectan a la autonomía reproductiva de las personas. No obstante, considera que la negativa de aquellos Estados donde está prohibida la gestación subrogada, no solo a cerrar la inscripción en sus Registros civiles nacionales de los niños nacidos en el extranjero bajo este procedimiento, sino también a su reconocimiento a través de otras formas de filiación cuando existe un vínculo biológico con el padre comitente, es contraria al derecho de los menores al respeto por su vida privada (art. 8 CEDH). Y ello por cuanto asocia el derecho a la vida privada del menor con su derecho a establecer los detalles de su propia identidad como ser humano y este a su vez con el establecimiento de un vínculo de filiación¹².

medidas concernientes a los menores que adopten las instituciones, públicas o privadas, los Tribunales, o los órganos legislativos primará el interés superior de los mismos sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir". Y a su vez precisa el art. 2.4 del mismo texto legal que: "En caso de concurrir cualquier otro interés legítimo junto al interés superior del menor deberán priorizarse las medidas que, respondiendo a este interés, respeten también los otros intereses legítimos presentes. En caso de que no puedan respetarse todos los intereses concurrentes, deberá primar el interés superior del menor sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir".

7 §§ 1.7 Gesetz zum Schutz von Embryonen (ESchG) (1990) y §§ 13c, 13d) y 14b) Gesetz über die Vermittlung und Begleitung der Adoption und über das Verbot der Vermittlung von Ersatzmüttern (AdVermiG) (1976).

8 Arts. 16-1 y 16-7 CC francés, arts. 227-12, 227-13 y 511-24 CP.

9 Arts. 4.3 y 12.6 Legge 19 febbraio 2004, n. 40, Norme in materia di procreazione medicalmente assistita.

10 Art. 119.2.d) Constitución federal y art. 4 de la Ley federal suiza sobre Reproducción Médicamente Asistida (1998).

11 De acuerdo con el art. 8 CEDH: "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 de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y libertades de los demás".

12 Como resume la STEDH, Secc.5.ª, 16 julio 2020 (JUR 2020, 214195), apdo. 49.

De esta forma, obliga a los Estados a tomar en consideración el interés prevalente del menor en estos casos y proceder al reconocimiento de su filiación, aunque vaya en contra de su Derecho nacional¹³. Lo que no exige, sin embargo, el TEDH es que deba hacerse específicamente por medio de la transcripción del certificado extranjero del nacimiento del niño¹⁴, concediendo libertad a los Estados para elegir el medio de determinación de la filiación que mejor estimen protege el interés del menor.

En los casos en los que no existe vinculación biológica entre el menor y la parte comitente, la Corte europea considera lícito que exista un control judicial interno por parte de las autoridades nacionales, que permita realizar una evaluación caso por caso, en orden a evitar la mercantilización de la madre gestante y proteger el interés superior del niño¹⁵. Aceptando con ello, por ahora, la conformidad con el CEDH del principio de maternidad biológica, frente a los vínculos que han querido construir los padres comitentes con el menor¹⁶.

I. El derecho a la propia identidad del menor.

La jurisprudencia del TEDH sobre la filiación de los menores nacidos en el extranjero por gestación subrogada principia con los casos *Menesson y Labassee* contra Francia, ambos resueltos en sentencias de 26 de junio de 2014¹⁷. En los dos asuntos se trataba de matrimonios heterosexuales de nacionalidad francesa que acuden a dos estados de EEUU (California y Minnesota) para tener a sus hijos por gestación subrogada, ante la prohibición de la legislación de su país de realizar este tipo de contratos (art. 16.7 CC francés)¹⁸. En ambos casos los hombres aportaron sus propios gametos, procediendo el óvulo de donante. Ante la negativa de las autoridades francesas a inscribir las resoluciones judiciales norteamericanas, inscritas a su vez en el Registro civil estadounidense, los matrimonios citados acuden al Tribunal de Estrasburgo invocando el art. 8 CEDH.

13 SSTEDH, Secc. 5.ª, 26 junio 2014, casos *Menesson y Labassee* contra Francia (JUR 2014, 176908 y 176905, respectivamente) apdos. 100-101; 21 julio 2016, caso *Foulon y Bouvet* contra Francia (TEDH 2016, 61); y 19 enero 2017, caso *Laborie* contra Francia (JUR 2017, 14349) y Dictamen Consultivo del TEDH de 10 de abril de 2019, apdo. 38] y STEDH, Secc.5.ª, 16 julio 2020, caso D. contra Francia, (JUR 2020, 214195), apdo. 49. Esta protección del interés superior del menor incluye la protección contra los riesgos de abusos que puede comportar la gestación por sustitución [STEDH, Gran Sala, 24 enero 2017 caso *Paradiso y Campanelli* (JUR 2017, 25806), apdo. 202].

14 STEDH, Secc.5.ª, 16 julio 2020, caso D. contra Francia (JUR 2020, 214195), apdo. 49.

15 SSTEDH, Secc. 2.ª, 8 julio 2014, caso D. y otros contra Bélgica (HUDOC 29176, 13), Gran Sala, 24 enero 2017 caso *Paradiso y Campanelli* (JUR 2017, 25806) y Secc. 3.ª, 18 mayo 2021, caso *Valdís Fjölfnisdóttir* y otros contra Islandia (TEDH 2021, 63).

16 Según aprecia también OCHOA RUIZ, N.: "Tribunal Europeo de Derechos Humanos: Asunto c. Fjölfnisdóttir y otros c. Islandia, demanda n.º 71552/17, sentencia de 18 de mayo de 2021", *Revista Aranzadi Doctrinal*, n.º 9, 2021, p. 12.

17 SSTEDH, Secc. 5.ª, 26 junio 2014 (JUR 2014, 176908 y 176905, respectivamente).

18 De acuerdo con el cual: "Toute convention portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d'autrui est nulle".

Este Tribunal entiende justificado que las autoridades francesas se nieguen a inscribir este tipo de nacimientos, para desanimar a los ciudadanos que pretendan recurrir a un método prohibido en su territorio. Pero también considera que deben tener en cuenta que sus actuaciones tienen efectos no solo en los padres de intención, sino también en los hijos concebidos de esta forma. De manera que cada vez que esté en cuestión la situación de un niño, debe primar el interés superior de este sobre el resto.

Así, distinguiendo el derecho de los hijos al respeto a su vida privada, del derecho de los demandantes a su vida familiar (que no considera violado atendiendo a que en el momento en que se pronuncia la sentencia llevaban conviviendo padres e hijas más de 10 años), el TEDH aprecia que la negativa a la inscripción por las autoridades francesas de los niños nacidos por gestación subrogada, sin posibilidad alguna de reconocer el establecimiento de un vínculo de filiación (ya sea mediante la inscripción del acta de nacimiento expedida en el extranjero, ya del acta de notoriedad de la relación *de facto*, ya mediante la constatación de la filiación biológica paterna o la adopción), no respeta el derecho de los menores a su vida privada. En concreto, a la posibilidad de que cada menor tenga la capacidad de establecer los detalles de su propia identidad como ser humano, lo que incluye la filiación. Esto supone un desequilibrio injustificado entre los legítimos objetivos perseguidos por el Estado francés al prohibir la gestación por sustitución, por un lado; y el interés del menor, por otro.

De ahí que aprecie que las autoridades francesas vulneraron el derecho a la identidad personal de las menores, que forma parte de su vida privada (art. 8 CEDH), pues las niñas quedaban avocadas a la incertidumbre de acceder a la nacionalidad de sus padres intencionales, con todas las consecuencias negativas que ello conlleva (apdos. 100-101 caso *Menesson* y 70-80 caso *Labasse*). Por lo que Francia fue condenada al pago de una indemnización de 5.000 euros por el daño causado a cada una de las menores.

Con posterioridad ha habido otros casos más que se han planteado ante el TEDH, como los casos *Foulon* y *Bouvet* (donde la gestación tuvo lugar en India) y *Laborie* (en Ucrania), que han sido solventados de forma similar a los anteriores, considerando vulnerado el derecho a la vida privada de los menores (art. 8 CEDH), vinculado a su identidad personal⁹.

Las diversas decisiones del TEDH condenando al Estado francés por el no reconocimiento de los menores nacidos en el extranjero por gestación subrogada, han motivado una evolución jurisprudencial importante en la *Cour de Cassation*. Así, tras las dos sentencias de los casos *Menesson* y *Labasse*, admitió la transcripción

19 En las SSTEDH, Secc. 5.ª, 21 julio 2016 (TEDH 2016, 61) y 19 enero 2017 (JUR 2017, 14349).

de las actas de nacimiento extranjeras derivadas de contratos de gestación subrogada cuando el padre comitente había aportado su propio gameto y figuraba como madre la gestante, por cuanto se ajustaba a la realidad biológica (Sentencias de la Asamblea Plenaria, de 3 de julio de 2015)²⁰. Luego, permitió la transcripción de las partidas de nacimiento extranjeras que designan al padre biológico y a la madre de intención, particularmente cuando el procedimiento de adopción no es posible o su no reconocimiento resulta contrario a la situación de los interesados (Sentencias de la *Cour de Cassation* n.º 648 de 4 octubre 2019 y n.º 1112 de 18 diciembre 2019)²¹. Para acabar, finalmente, por permitir y facilitar la transcripción completa del certificado de nacimiento de los menores, expedidos legalmente por las autoridades extranjeras, donde consta la filiación del niño a favor de los padres comitentes, aunque sean del mismo sexo, siempre que se haya respetado el sistema jurídico del lugar de nacimiento del menor (Sentencias de la *Cour de Cassation* de 4 noviembre, 12 noviembre y 18 noviembre 2020)²².

2. El mantenimiento (por ahora) del principio de maternidad biológica.

La relación entre la madre comitente y el niño nacido por gestación subrogada fue resuelta por el TEDH en el Dictamen Consultivo de la Gran Sala de 10 de abril de 2019, a requerimiento de la Corte de Casación francesa (de conformidad con el art. 1 del Protocolo n.º 16 del CEDH, que había entrado en vigor tres meses antes de plantearse la consulta)²³. En ella se trata de dar solución a la última demanda del matrimonio Mennesson. En el Dictamen, el Tribunal de Estrasburgo afirma que la falta de reconocimiento del vínculo de filiación entre el niño nacido por subrogación y la madre de intención puede ser contraria al interés del menor, al tener consecuencias negativas en varios aspectos de la vida privada de este como: el riesgo a no tener acceso a la nacionalidad de la madre y todo lo que ello conlleva, el derecho a heredar o su relación con ella si los padres comitentes se

20 Asamblea Plenaria, sentencias de 3 de julio de 2015 (D 2015, 1819).

21 La sentencia de 4 de octubre de 2019 de la *Cour de Cassation* ha venido a cerrar el caso Mennesson, a nivel interno, reconociendo la transcripción literal realizada inicialmente en el Consulado de Los Ángeles a favor, tanto del padre biológico como de la madre comitente, ya que la adopción de las niñas (ahora mayores de edad) no era posible.

22 En esta última se trataba de una pareja de hombres de nacionalidad francesa que tiene un hijo por gestación subrogada en Canadá, obteniendo el correspondiente certificado de nacimiento del niño donde ambos figuran como padres. Cuando llegan a Francia solicitan la transcripción de la partida de nacimiento válidamente expedida por las autoridades canadienses. Mientras que el Tribunal de primera instancia de Nantes aceptó esa transcripción íntegra, el Tribunal de Apelación de Rennes solo lo hizo parcialmente respecto del que se suponía que era el padre biológico del menor (pues al parecer este hecho no quedó claramente acreditado). La denegación de la transcripción completa se basó en que "los hechos declarados (en la partida de nacimiento del niño) no se correspondían con la realidad biológica". Sin embargo, el Tribunal de Casación, sobre la base de los arts. 3.1 CDN, 8 CEDH y 47 *Code civil*, ha anulado la sentencia del Tribunal de Apelación de Rennes, lo que supone ordenar la transcripción íntegra de la partida de nacimiento del niño realizada por las autoridades canadienses en el registro civil francés. Véase la referencia a estas sentencias francesas en: <https://www.dalloz-actualite.fr/flash/gpa-et-transcription-de-l-acte-de-naissance-de-l-enfant-cour-de-cassation-persiste-et-signe>.

23 Disponible en: <https://idibe.org/noticias-legales/dictamen-consultivo-del-tedh-maternidad-subrogada-practicada-pais-extranjero-donde-esta-practica-legal/> y <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22003-6380464-8364383%22%5D%7D>.

separan o el padre fallece (apdo. 40), así como la ausencia de identificación legal de las personas responsables del satisfacer sus necesidades y garantizar su bienestar (apdos. 42 y 45).

De ahí que el TEDH mantenga que una vez que se ha reconocido la paternidad legal del padre de intención, que a su vez es padre biológico del niño, el derecho al respecto a la vida privada del menor (art. 8 CEDH) exige que la legislación nacional ofrezca también la posibilidad de reconocer un vínculo de filiación con la madre de intención, designada en el certificado de nacimiento legalmente establecido en el extranjero como “madre legal”, aunque no sea su madre genética (apdo. 46).

No obstante, la Corte europea establece una obligación de resultado, considerando que la elección de los medios por los cuales es posible permitir este reconocimiento está dentro del margen de apreciación de los Estados. En tal situación, el interés del niño es que la incertidumbre sobre la relación jurídica con la madre comitente sea lo más breve posible, cuando dicha relación se haya convertido en una realidad práctica. Este reconocimiento de la maternidad no exige la inscripción en el Registro civil nacional del certificado de nacimiento extranjero, sino que puede materializarse por otras vías, como la adopción, siempre que se garantice su efectividad y celeridad conforme al interés superior del menor (apdos. 48-55).

En esta línea va también la STEDH 16 julio 2020, caso D. contra Francia²⁴, que mantiene el mismo criterio del Dictamen Consultivo, aunque haya relación genética entre el menor y la madre comitente. En el caso de autos, los demandantes obtuvieron la transcripción del acta de nacimiento ucraniana en relación con la filiación paterna, pero no con la materna, al exigir el Derecho francés que la madre de intención siguiera el procedimiento de adopción para ver reconocida su filiación, incluso aunque exista vínculo genético con el menor, por lo que los padres comitentes acudieron al Tribunal Europeo.

La Corte de Estrasburgo reconoce que no existe violación del art. 8 ni del art. 14 CEDH²⁵, cuando el Estado francés deniega la inscripción en su Registro Civil del acta de nacimiento del menor nacido en el extranjero por gestación subrogada, si en ella se designa como madre a la que no ha dado a luz al bebé, aunque sea su madre genética. Pues, aunque el Derecho nacional le obliga a la madre a emprender los trámites de la adopción para el reconocimiento del vínculo de filiación, vista la razonable celeridad de los procedimientos de adopción plena en

24 STEDH, Secc. 5.ª, 16 julio 2020, caso D contra Francia (JUR 2020, 214195).

25 De acuerdo con el art. 14 CEDH: “El goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación”.

Francia (que duran cuatro meses de media), existiría un mecanismo eficaz, ágil y no discriminatorio en relación con otros menores nacidos en el extranjero, en orden a garantizar que en las circunstancias particulares de cada caso queda protegido el mejor interés del niño nacido por este procedimiento (apdos. 70 y 86-88).

El hecho de que la demanda se centrara en los derechos del menor (art. 8 -derecho a su vida privada- y 14 CEDH -igualdad con otros menores-) y no de sus padres de intención, motivó que el Tribunal de Estrasburgo no tuviera que pronunciarse sobre la posible discriminación que se puede producir entre el padre genético y la madre genética en cuanto a la forma de determinación de la filiación de su hijo. Aunque es consciente, y así lo manifiesta expresamente en el Dictamen Consultivo, que en algún momento tendrá que pronunciarse sobre esta cuestión. Pero sí deja claro que la imposibilidad general y absoluta de obtener el reconocimiento de la relación entre el menor nacido por gestación subrogada y la madre comitente no es compatible con el interés del menor, que exige, como mínimo, que cada situación sea examinada conforme a las circunstancias particulares de cada caso²⁶.

3. El derecho a la vida familiar entre padres e hijos.

A juicio del TEDH, las disposiciones del art. 8 CEDH no garantizan ni el derecho a fundar una familia (pues presupone la existencia de la misma), ni el derecho a adoptar²⁷. No obstante, en los casos de gestación subrogada, como vamos a tener ocasión de comprobar, aunque ninguno de los comitentes tuviera vínculos biológicos con el niño, puede haber una vida familiar *de facto* que merezca ser amparada por el art. 8 CEDH.

Uno de los primeros asuntos donde se plantea este tema es el caso D. y otros contra Bélgica²⁸. El supuesto litigioso surge ante la imposibilidad de un matrimonio belga que había tenido un bebé por gestación subrogada en Ucrania de regresar a su país tras su nacimiento, porque las autoridades belgas rechazaron en un primer momento la expedición de un pasaporte para el niño. Fue finalmente el Tribunal de apelación de Bruselas el que ordenó al Estado belga emitir un documento a nombre del menor para que pudiera salir de Ucrania y viajar a Bélgica con sus padres de intención. Este proceso duró tres meses, durante los cuales los demandantes tuvieron que viajar en varias ocasiones a Ucrania para visitar al niño, al tener que regresar a su país por expiración de su visado.

26 Como afirma DURÁN AYAGO, A.: "Protocolo n.º 16 al Convenio Europeo de Derechos Humanos y Gestación por sustitución: primera consulta planteada por la Corte de Casación francesa y primera respuesta para seguir sin desbrozar del todo el camino", *Revista General de Derecho Europeo*, 2019, n.º 48, p.143.

27 STEDH, Secc. 3.ª, 18 mayo 2021, caso Valdís Fjölnisdóttir y otros contra Islandia, ap. 57.

28 STEDH, Secc. 2.ª, 8 julio 2014 (HUDOC 29176, 13).

Entre las cuestiones planteadas en este asunto ante el Tribunal de Estrasburgo por parte de este matrimonio se encuentra la violación del derecho a la vida privada y familiar (art. 8 CEDH), como resultado de la separación temporal por la que habían tenido que pasar. El TEDH consideró que la negativa inicial de las autoridades belgas a expedir el pasaporte del menor; aunque suponía una injerencia en su derecho al respeto a su vida familiar, estaba prevista en la ley y justificada en la necesidad de comprobar que no se había producido un tráfico de menores o violado los derechos de la madre gestante (apdos. 52-53). Además, el poco tiempo en el que estuvieron separados (3 meses), el hecho de que los solicitantes podían realizar visitas al niño, junto con la falta de prueba fehaciente del vínculo biológico a cargo de aquellos en primera instancia, determinaron la inadmisibilidad de la reclamación ante el TEDH.

Las consecuencias que pueden acarrear a los padres de intención acudir a terceros países para tener un hijo por gestación subrogada cuando no aportan sus propios gametos, se planteó con toda su crudeza en el asunto *Paradiso y Campanelli*, resuelto en última instancia por la STEDH, Gran Sala, 24 enero 2017²⁹. En él se decide sobre las drásticas medidas adoptadas por las autoridades italianas que dieron lugar a la separación permanente del menor de sus padres comitentes en un supuesto de gestación subrogada realizada en Rusia. Estas medidas se tomaron debido a que la documentación presentada para la inscripción del bebé había sido falseada, haciendo figurar al niño como hijo biológico de Sra. Donatina Paradiso y del Sr. Giovanni Campanelli, cuando no lo era.

La Gran Sala reconoció que los hechos en cuestión están relacionados con la vida familiar de los demandantes, pero decidió finalmente, en contra del criterio de la STEDH de 27 enero 2015³⁰, que las autoridades italianas no habían violado el art. 8 CEDH, a pesar de la existencia de un plan de parentalidad y lazos afectivos entre el menor y los demandantes, teniendo en cuenta la ausencia de vínculo biológico entre ambos, el breve periodo de tiempo que convivieron juntos (8 meses en total) y la precariedad de vínculos jurídicos entre ellos (apdos. 157-158).

La Corte europea consideró legítima la voluntad de las autoridades italianas de reafirmar su competencia en el reconocimiento de la relación jurídica paterno-filial, si el niño no sufre un daño grave o irreparable con la separación de sus padres comitentes (en este caso había sido dado en adopción a otra familia, donde se encontraba perfectamente integrado). Aunque pueda resultar más que discutible justificar la situación de desamparo que da lugar a la adopción de este niño, con el argumento de que no se produce daño grave al menor al retirar la guarda a los

29 STEDH, Gran Sala, 24 enero 2017 (JUR 2017, 25806).

30 STEDH, Secc.2.ª, 27 enero 2015 (TEDH 2015, 17), que fue revocada por la STEDH, Gran Sala, 24 enero 2017.

comitentes³¹, lo relevante de esta sentencia, como explicó el Tribunal de Justicia, es la consideración de que puede existir una vida familiar *de facto*, protegible por el art. 8 CEDH, atendiendo a los vínculos personales existentes entre los padres intencionales y el niño, el papel asumido por estos y el tiempo transcurrido juntos (apdo. 149).

Esta última línea jurisprudencial ha encontrado respaldo en la reciente sentencia de 18 de mayo de 2021, *caso Valdís Fjölnisdóttir y otros c. Islandia*³². En ella, el TEDH aprecia que no existe violación del art. 8 CEDH, en cuanto al derecho a la vida familiar de las demandantes y el menor, cuando las autoridades islandesas deniegan en su Registro la inscripción de la relación paterno-filial establecida en el extranjero entre el niño nacido en 2013 por gestación subrogada en EEUU y la pareja comitente, un matrimonio de dos mujeres, faltando el vínculo biológico. Para ello tiene en cuenta, por un lado, los intereses generales que el Estado quería proteger mediante la prohibición de la gestación subrogada; y, por otro, que el disfrute real de la vida familiar de los tres no fue interrumpido por la intervención del Estado islandés.

Los hechos del caso principian cuando el niño entra en Islandia inicialmente como menor extranjero no acompañado. Su tutela legal la asume la administración (en concreto el Comité de Protección de la Infancia de su municipio) y se le nombra una tutora legal. No obstante, las autoridades islandesas llegan a un acuerdo con las comitentes para que el menor permanezca en situación de acogimiento con ellas mientras se resolvía judicialmente su situación. Dos años después el niño obtiene la nacionalidad islandesa tras la aprobación de la Ley n.º 128/2015 sobre la Concesión de la Ciudadanía, pero las madres intencionales seguían sin ser registradas como sus progenitoras, pues con arreglo a la legislación de ese país la madre legal es la mujer que da a luz un niño, con independencia de que se hubieran utilizando sus gametos. Mientras los procedimientos para el reconocimiento de la filiación del niño seguían su curso, la Sra. Valdís G. Fjölnisdóttir y Sra. Eydís Rós G. Agnarsdóttir se divorcian (en mayo de 2015), retirando la solicitud de adopción del menor que habían realizado. Aún en esta situación de separación de las madres, el Estado islandés procuró que el menor pudiera seguir disfrutando de la guarda compartida por ambas, en igualdad de condiciones, a través de un acuerdo de acogimiento.

El TEDH volvió a recordar en esta sentencia que las disposiciones del art. 8 no garantizan ni el derecho a fundar una familia ni el derecho a adoptar (apdo. 57), sino que trata de salvaguardar la familia ya existente donde haya verdaderos vínculos

31 Como aprecia QUIJOS MOLINA, S.: "Reproducción asistida y modos de determinación legal de la filiación, parto, presunciones, reconocimientos, posesión de estado...e interés superior del menor", en AA.VV.: *El Derecho civil ante los nuevos retos planteados por las técnicas de reproducción asistida* (coord. por Y. Bustos Moreno y V. Múrtula Lafuente), Dykinson, Madrid, 2021., p. 314.

32 STEDH, Secc. 3.ª, 18 mayo 2021 (TEDH 2021, 63).

personales. Y al parecer en este caso así se hizo por parte de las autoridades nacionales, pues la relación entre el niño y sus madres comitentes nunca se rompió. Su guarda se otorgó desde el principio a aquellas y cuando se divorciaron, compartieron la guarda del menor a través de dos acuerdos de acogida³³. Además, siempre tuvieron abierta la vía de la adopción. Por lo que el menor permaneció con ellas a lo largo de los más de cuatro años que duraron estos procedimientos judiciales y también después. Atendiendo a estos hechos, entiende el Tribunal de Estrasburgo que las medidas adoptadas por el Estado demandado para regularizar y garantizar el vínculo entre las madres comitentes y el menor están dentro del margen de apreciación que en estas cuestiones tienen los Estados.

No obstante, existe un voto particular a esta sentencia formulado el juez Lemmens que resulta de especial interés. Como se indica en el mismo, esta resolución se ha fallado a favor del Estado islandés, en la medida en que las demandantes invocaron una violación de su derecho a la vida familiar (art. 8 CEDH) y este se considera básicamente desde el disfrute de la compañía entre padres e hijos. Otra cosa sería, sin embargo, si se hubiera planteado desde el punto de vista del derecho del menor a su vida privada, lo que incluye su propia identidad (art. 8 CEDH).

El hecho de que esta reclamación no se planteara desde esta última perspectiva, a través del reconocimiento de su filiación conforme a lo establecido en la resolución extranjera y a lo que se desprende de la vida familiar *de facto* que llevaba con sus madres, a pesar de la inexistencia de vínculos biológicos, ha colocado a este menor en una situación de limbo legal. Máxime teniendo en cuenta que la adopción conjunta por sus madres ya no era posible desde que se divorciaron.

La única justificación que cabe encontrar a la última jurisprudencia del TEDH es que con ello este Tribunal quiere dejar por ahora a salvo el principio de maternidad biológica del Estado que prohíbe la gestación por sustitución y que las autoridades nacionales puedan seguir ejerciendo un control sobre estos contratos caso por caso, siempre que se respete el interés del menor y exista un mecanismo eficaz y rápido que permita reconocer la relación entre el menor y la parte comitente. Pero, precisamente en virtud del interés prevalente del menor, esta posición debe replantearse y parece que el TEDH deja la puerta abierta para

33 Inicialmente se llegó a un acuerdo de acogida donde el niño quedaba al cuidado de las dos mujeres. Tras su divorcio, se llegó a un nuevo acuerdo de acogimiento a favor de una de ellas y de su cónyuge por un año con la condición de que la segunda tuviera un derecho de visitas y luego a la inversa. Debido a que el Derecho islandés no se permiten acuerdos de acogimiento temporales más allá de dos años, a finales de 2019 llegaron a un acuerdo de acogimiento permanente a favor de la primera mujer y su cónyuge, en igualdad de acceso con del menor de la segunda y su cónyuge.

ello³⁴, cuando la mujer comitente es la única que ha aportado la carga biológica y no puede adoptar e incluso, como apunta el juez Lemmens en la sentencia del caso *Fjölнисdóttir*, cuando no haya vinculación biológica con ninguno de los padres comitentes y repercuta negativamente en la vida privada del menor nacido por gestación subrogada la falta de reconocimiento de la relación jurídica entre el niño y el o los/las progenitor(es) intencional(es).

III. CRITERIOS DE LA DIRECCIÓN GENERAL PARA LA INSCRIPCIÓN DE LOS MENORES NACIDOS EN EL EXTRANJERO POR GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN.

Los primeros en conocer la problemática que se genera con la gestación por sustitución en España han sido nuestros registros civiles consulares, que dependen en última instancia de las directrices marcadas por la Dirección General de los Registros y del Notariado (DGRN), actual Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública (DGSJFP). A este organismo llegan los recursos de ciudadanos españoles contra las resoluciones de los distintos encargados de los Registros civiles consulares, que deniegan la inscripción de los certificados de nacimiento de niños nacidos en el extranjero en virtud de contratos de gestación por sustitución.

La Resolución de 18 de febrero de 2009³⁵ fue la primera respuesta a este problema por parte de la DGRN. En ella se resolvió el recurso que planteó un matrimonio de varones contra el auto del encargado del RC consular español en Los Ángeles, que denegó la inscripción de sus gemelos que habían nacido en California por gestación por sustitución y procedió a su inscripción.

En su razonamiento la Dirección General consideró que en la disyuntiva entre dejar sin filiación inscrita en el Registro Civil a unos menores que son indudablemente hijos de un ciudadano español, puesto que uno de ellos había aportado sus propios gametos [art. 17.1.a) CC], o permitir la inscripción en el Registro Civil español de la filiación determinada en virtud de la certificación californiana, siempre será preferible proceder a dicha inscripción atendiendo al interés superior del menor. Y ello por cuanto lo primero supondría una contravención al art. 3 de la Convención sobre Derechos del Niño (1989), adoptada por Naciones Unidas y ratificada por España (1990), que incluye entre otros derechos los del menor a tener una “identidad única”, según jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea³⁶. Todo ello se traduce en el derecho de tales menores a tener los

34 Como afirma el Tribunal de Justicia en el Dictamen de 10 de abril de 2019, “en el futuro podría verse obligado a seguir desarrollando su jurisprudencia en este ámbito, en particular a la vista de la evolución de la cuestión de la gestación subrogada” (apdo. 36).

35 RDGRN 18 febrero 2009 (RJ 2009, 1735).

36 SSTJCE 2 octubre 2003 (TJCE 2003, 314) y 14 octubre 2008 (TJCE 2008, 235).

mismos padres en todos los países y a tener una nacionalidad que les garantice la protección de un Estado, sin tener que cambiar de filiación cada vez que cruzan la frontera de los Estados Unidos con destino a España y viceversa.

Esta resolución y la inscripción registral practicada en ejecución de la misma fue recurrida por el Ministerio Fiscal en defensa de la legalidad y revocada por la SJPI Valencia 15 septiembre 2010³⁷. La SAP Valencia 23 noviembre 2011³⁸ ratificó esta resolución y la STS (Pleno) 6 febrero 2014³⁹, por cinco votos contra cuatro, la respaldó definitivamente. Y ello por cuanto la Sala I.^a no admitió como argumento el interés superior del menor como un medio para conseguir un resultado que apreció contrario a ley, en concreto al art. 10 LTRHA y, como tal, contrario al orden público internacional español. Entre otras razones, por resultar incompatible con normas que regulan aspectos esenciales de las relaciones familiares, en concreto de la filiación, inspiradas en valores constitucionales de la dignidad de la persona, en particular el respeto a la dignidad e integridad moral de la mujer gestante y del propio menor; convertirlo en objeto del tráfico mercantil en este tipo de contratos (FD 5.º apdo. 7)⁴⁰. No obstante, insta al Ministerio Fiscal para que ejercite las acciones pertinentes que habilita nuestro ordenamiento jurídico para determinar la correcta filiación de los menores y su protección, tomando en consideración la filiación biológica con respecto a quienes hayan aportado sus propios gametos y la efectiva integración de los niños en ese núcleo familiar *de facto* formado por ellos, el progenitor biológico y su cónyuge⁴¹.

37 SJPI n.º 15 Valencia 15 septiembre 2010 (AC 2010, 1707).

38 SAP Valencia, Secc. 10.ª, 23 noviembre 2011 (AC 2011, 1561).

39 STS (Pleno) n.º 835/2013 6 febrero 2014 (RJ 2014, 833).

40 Frente a la posición mantenida por la Sala I.ª del TS, la Sala de lo Social del TS ha obviado lo dispuesto en el art. 10.1 LTRHA y ha colocado el interés superior del menor por encima de cualquier otra consideración. Para el Pleno de la de lo Social la gestación subrogada es una situación que queda protegida por nuestro sistema de la Seguridad Social, reconociendo el derecho de los trabajadores que han tenido hijos a través de este procedimiento y se encuentran inscritos en el RC consular, a gozar de las prestaciones y derechos derivados de esta paternidad (art. 48 ET). La razón de este reconocimiento se halla, a juicio de la Sala de lo Social, en la consideración de que el contrato nulo no suprime la necesidad de la prestación, que se encuentra en el cuidado y asistencia de los hijos durante el periodo posterior al nacimiento por parte de cualquiera de los padres por naturaleza, adopción o acogimiento. Así, SSTS (Pleno), n.º 881/2016 25 octubre 2016 (RJ 2016, 6167) y n.º 953/2016 16 noviembre 2016 (RJ 2016, 6152); y SSTS n.º 1002/2017 y 1005/2017 14 diciembre 2017 (RJ 2017, 5889 y 6015, respectivamente), n.º 277/2018 13 marzo 2018 (RJ 2018, 1518) y n.º 347/2018 22 marzo 2018 (RJ 2018, 1414).

41 Aunque la sentencia de 6 de febrero de 2014 fue dictada por el Pleno de la Sala I.ª del TS y pretende, por tanto, sentar jurisprudencia, estamos ante una sentencia muy discutida, pues cuenta con un voto particular emitido por uno de los magistrados, al que se adhirieron otros tres, lo que evidencia lo controvertido de esta cuestión. El voto particular de esta sentencia fue en la línea de ratificar estas situaciones precisamente por el interés superior del menor, entendiendo que en caso contrario se coloca a los menores en una especie de limbo jurídico que no les beneficia y, además, entiendo que el principio debe ser evaluado en cada caso concreto, atendiendo a sus circunstancias particulares.

Esta sentencia del TS ha sido también muy comentada por la doctrina patria, entre otros, véase aquí, HEREDIA CERVANTES, I.: "Comentario a la STS de 6 de febrero de 2014. Inscripción de relación de filiación derivada del recurso a gestación por sustitución en el extranjero", *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, 2014, n.º 96, pp. 177-214; VÁZQUEZ MUIÑA, T.: "No se puede inscribir en el Registro Civil español la filiación surgida en el extranjero mediante gestación por sustitución. Comentario a la STS de 6 de febrero de 2014", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2018, n.º 8 (feb.), pp. 80-96; y CALVO CARAVACA, A.L. / CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: "Gestación por sustitución en California: Comentario de la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014 (247/2014)", en AA.VV.: *Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina: civil y mercantil* (coord.

Mientras el TS decidía el recurso de casación que resuelve en la sentencia de 6 de febrero de 2014, la DGRN dictó la Instrucción de 5 de octubre de 2010 sobre régimen registral de los nacidos mediante gestación por sustitución⁴². En ella se fijan los criterios que determinan las condiciones de acceso al Registro Civil español de estos nacimientos. Como ha manifestado una parte importante de la doctrina, esta Instrucción ha venido a legalizar *de facto* la gestación por sustitución, en lo que puede considerarse una auténtica legalización administrativa de estas situaciones⁴³.

De acuerdo con la Instrucción de 2010 es posible inscribir a los nacidos mediante gestación por sustitución en el extranjero, siempre que: i) se presente junto a la solicitud de inscripción la resolución judicial dictada por el Tribunal competente en la que se determine la filiación del nacido a favor de uno de los solicitantes que sea a su vez el padre biológico (art. 10.3 LTRHA); ii) salvo que resultara aplicable un Convenio internacional, la resolución judicial extranjera deberá ser objeto de exequátur o bien, si tiene su origen en un procedimiento análogo al español de jurisdicción voluntaria, el encargado del RC controlará incidentalmente, como requisito previo a su inscripción, si tal resolución judicial puede ser reconocida en España.

La Dirección General considera que la exigencia de dicho control incidental sobre la resolución judicial dictada por el órgano jurisdiccional competente es un medio idóneo para que el encargado del RC pueda verificar, antes de proceder a la inscripción de la filiación, que los requisitos de perfección y contenido del contrato de gestación por sustitución respecto del marco legal del país donde se

por M. Yzquierdo Tolsada), 2016, vol. 6, pp. 395-410, para quienes la admisión en España de los efectos legales de la resolución extranjera que reconoce la filiación por gestación subrogada no vulnera el orden público internacional español, pues consideran, por un lado, que el principio del interés superior del menor tiene preferencia en estos casos (en línea con el voto particular formulado a la STS 6 febrero 2014) y está por encima de lo dispuesto en la LTRHA; y, por otro, "apreciar en estos casos *Forum Shopping* fraudulento no es siempre procedente, porque los menores no son responsables de los actos de sus padres y...podría conducir a «castigar a los hijos»".

42 BOE n.º 243, de 7 octubre de 2010.

43 En este sentido, entre otros, BARBER CÁRCAMO, R.: "La «legalización administrativa» de la gestación por sustitución en España (Crónica de una ilegalidad y remedios para combatirla)", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 2013, n.º 739, pp. 2905-2950; DE VERDA Y BEAMONTE, J.R.: "La filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida (un análisis crítico de la experiencia jurídica española, treinta años después de la aprobación de la primera regulación legal sobre la materia)", *Diritto delle successioni e della familia*, 2018, vol. 4, n.º 1, p. 339; y NANCLARES VALLE, J.: "El interés superior del menor en la gestación por sustitución", *Revista General de Derecho Constitucional*, 2020, n.º 31, pp. 12 y 14, quien afirma que la DGRN prejuzga totalmente la cuestión cuando afirma que los padres intencionales constituyen el ambiente que asegura al niño el cuidado y la protección que necesita, pues "esto tendría que ser objeto de una valoración *ad casum* y no con un criterio general derivado de la mera voluntad de tener hijos". En contra de esta resolución, pero por otros motivos, como son las normas de Derecho internacional privado español [entre ellas, la consideración de que son españoles los hijos de españoles (art. 17.I. a) CC) y la falta de previsión legal de la necesidad de que una resolución como la que reconoce la filiación del menor, acreditada en un Estado extranjero, deba de pasar por los trámites del «exequatur», burocratizando innecesariamente la cuestión], se pronuncia CALVO CARAVACA, A.L. / CARRASCOA GONZÁLEZ, J.: "Notas críticas en torno a la Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 5 octubre 2010 sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2011, vol. 3, n.º 1 (marzo), pp. 247-262.

ha formalizado se han cumplido, así como que se han respetado los derechos de las partes⁴⁴. Especialmente, podrá comprobar que el consentimiento de la madre gestante se ha obtenido de forma libre y voluntaria, sin incurrir en error, dolo o violencia, que tiene capacidad natural suficiente y que ha renunciado a ejercer los derechos derivados de la filiación de forma irrevocable. Y también que no se ha producido una vulneración del interés superior del menor o existe simulación en el contrato de gestación que encubra el tráfico internacional de menores⁴⁵.

Advierte asimismo la Dirección General, en la directriz segunda de la mencionada Instrucción, apartándose del criterio sentado en la Resolución de 18 de febrero de 2009, que “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 que no conste la identidad de la madre”, queriendo con ello garantizar la exigencia de que no se va a vulnerar el derecho del menor a conocer su origen biológico (art. 7.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño y art. 12 de la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción Internacional). Si bien no impedirá que el solicitante pueda intentar dicha inscripción por los medios ordinarios regulados en el art. 10.3 LTRHA, que se remite a un procedimiento de determinación de la filiación basado en la vinculación biológica con el padre comitente.

La Dirección General interpreta que la STS 6 febrero 2014 no impide la inscripción registral cuando se cumplen las condiciones establecidas en la Instrucción de 2010, ya que la sentencia del Supremo se había basado en un supuesto en el que se pretendía la mera transcripción de una certificación registral. Esta última tiene un contenido limitado que no permite desplegar el control incidental sobre todos los extremos a los que se refiere dicha Instrucción, control que persigue salvaguardar los intereses tanto del hijo como de la madre gestante, así como de los padres comitentes⁴⁶.

44 Según explica DÍAZ FRAILE, J.M.: “La gestación por sustitución ante el Registro Civil español. Evolución de la doctrina de la DGRN y de la jurisprudencia española y europea”, *Revista de Derecho Civil*, 2019, vol. VI, n.º 1 (enero-marzo), p. 101, lo que pretende la Dirección General con este control es que el encargado del RC consular inscriba una relación de filiación previamente declarada por una autoridad judicial extranjera, ejerciendo una “tutela por reconocimiento”, no una “tutela declarativa”, motivo por el cual la invocación de los arts. 10.1 y 2 LTRHA resultaría improcedente.

Nótese aquí, por otro lado, que de acuerdo con lo dispuesto en el art. 46.1.a) de la Ley de Cooperación Jurídica Internacional las resoluciones judiciales extranjeras firmes no se reconocerán cuando fueran contrarias al orden público. Por lo que cabe entender que la DGRN no considera los contratos de gestación por sustitución con carácter general contrarios al orden público, porque entonces no sería inscribible la resolución judicial que los avale.

45 Advierte a este respecto el Informe (de la ONU) de la Relatora Especial sobre la venta y explotación sexual de niños incluidos la prostitución infantil, la utilización de niños en la pornografía y demás material que muestre abusos sexuales de niños (disponible en: <https://undocs.org/es/A/HRC/37/60>) en su punto 70 (p. 19), que “los Estados no deberían reconocer automáticamente las órdenes de patria potestad o las partidas de nacimiento cursadas por Estados extranjeros en relación con modalidades comerciales de gestación por sustitución, sino examinar detenidamente el procedimiento tramitado en el extranjero”.

46 En este sentido véase el Informe emitido por la DGRN de 11 de julio de 2014, seguido por las RRDGRN n.º 14/2014 19 diciembre 2014 (RJ 2015, 5079), n.º 2/2015 16 enero 2015 (RJ 6128), n.º 1/2017 27 octubre 2017

La exigencia de una resolución judicial por parte de la DGRN ha provocado que muchos niños de parejas españolas que habían acudido a países del Este de Europa (como Ucrania, Georgia o Rusia), donde la filiación que deriva de un convenio gestacional se formaliza a través de una certificación emitida por la autoridad competente de ese país, hayan tenido verdaderas dificultades para salir de esos países en orden a iniciar las acciones de filiación oportunas en España⁴⁷.

La Instrucción de 2010 ha venido a ser respaldada por la Instrucción de la DGRN de 18 de febrero de 2019 sobre actualización del régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución⁴⁸, dejando sin efectos la efímera Instrucción de 14 de febrero de 2019 (que no llegó a publicarse en el BOE)⁴⁹. Esta última pretendía dar carta de naturaleza a ciertas prácticas de algunos RC consulares, permitiendo la inscripción de los menores nacidos por gestación por sustitución cuando se probara el vínculo biológico paterno, mediante reconocimiento legal del padre confirmado a través de una prueba de ADN⁵⁰. Ya no sería necesario, por tanto, una sentencia firme extranjera que acredite la filiación de los comitentes, sino sencillamente la declaración del padre ante el encargado del Registro Civil consular, acompañada del consentimiento expreso de la madre gestante (conforme al art. 44.7 LRC 2011) y, en su caso, del marido de esta. Además, establecía la posibilidad de que la filiación materna quedara determinada a favor de la madre comitente, si esta había aportado su óvulo y había acudido a este procedimiento sola o con otra mujer (unida por matrimonio o en pareja), por aplicación analógica del art. 10.3 LTRHA. Sin embargo, no salió

(JUR 2019, 101775) y n.º 27/2018 18 mayo 2018 (JUR 2019, 280401), entre otras.

- 47 Esta dificultad se constata con mayor gravedad en el caso resuelto por la STSJ Madrid, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Secc. 1.ª, n.º 209/2017 13 marzo 2017 (JUR 2017, 79539), donde el Tribunal rechaza la concesión de un salvoconducto para que el niño nacido en Moscú por gestación por sustitución pueda salir de Rusia para venir a España con sus padres de intención. Para ello el Tribunal tiene en cuenta que de acuerdo con el art. 8 RD 116/2013, de 15 de febrero, por el que se regula la Expedición del Pasaporte Provisional y del Salvoconducto, tienen derecho a que se les expida un salvoconducto para desplazarse a España "los ciudadanos españoles", y este niño no lo era porque los padres comitentes no habían aportado material genético para la gestación (aunque manifestaron en el consulado que quien había dado a luz era la madre comitente) y tampoco se había acreditado convivencia con el menor en Rusia (los padres tuvieron que salir del país por expiración de sus visados tras los tres meses del nacimiento del niño, dejándolo a cargo de una niñera). El problema es que, de acuerdo con la legislación rusa, ese niño es español, porque la legislación de ese país admite la gestación por sustitución y se han cumplido los requisitos exigidos para ello (especialmente la prestación del consentimiento por la madre gestante para el registro de los promotores como padres del menor). Por lo que queda atrapado en un auténtico limbo jurídico.
- 48 BOE n.º 45, de 21 de febrero de 2019.
- 49 Aunque la podemos encontrar disponible en: <https://www.elindependiente.com/wp-content/uploads/2019/07/instrucci%C3%B3n-14-febrero-2019.pdf>.
- 50 Como observa QUIJOS MOLINA, S., "La respuesta de los ordenamientos jurídicos, que prohíben la gestación por sustitución, a las demandas de inscripción de los hijos de nacionales nacidos en el extranjero: El caso español", en AA.VV.: *Filiación, gestación por sustitución, responsabilidad parental e interés superior de la niñez: Perspectivas de derecho comparado* (ed. por N. González Martín), UNAM, México, 2021, p. 192, se enviaba material genético a España con el objeto de conseguir una prueba biológica de paternidad fuera de todos los cauces legales. Y si la prueba daba un resultado positivo, se podía inscribir la paternidad. Por lo que suponía una colaboración activa del Estado en favorecer los efectos de la gestación por sustitución.

adelante precisamente por el rechazo del Gobierno socialista a la maternidad por sustitución⁵¹.

Volviendo a la situación ya existente, la Instrucción de 18 de febrero de 2019 considera que no se estimarán solicitudes de inscripción en el RC consular de la filiación de menores nacidos con posterioridad a la publicación de esta Instrucción (el 21 de febrero de 2019), salvo que exista una sentencia de las autoridades judiciales del país correspondiente que sea firme y dotada de exequátur, u objeto del debido control incidental cuando la resolución tenga su origen en un procedimiento análogo a uno español de jurisdicción voluntaria⁵². En ningún caso se admitirá como título apto para la inscripción de nacimiento una certificación registral extranjera o una simple declaración, acompañada de una certificación médica relativa al nacimiento donde no conste la identidad de la mujer gestante.

En estos casos, el encargado del RC consular deberá suspender la inscripción, se le notificará al M.º Fiscal (de conformidad con el art. 124 RRC) y, si procede, el solicitante podrá obtener de las autoridades locales el pasaporte y los permisos necesarios para viajar a España. Una vez aquí y para comprobar que todas las garantías se cumplen (como indica la Instrucción de 2010), se deberá iniciar el correspondiente expediente para la inscripción de la filiación con intervención del Ministerio Fiscal, o interponer las acciones judiciales de reclamación de la filiación (art. 108 CC)⁵³.

La Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil no ha cambiado mucho la situación actual (arts. 96 y 98)⁵⁴. De manera que salvo que el TS varíe su posición sobre esta cuestión o se introduzcan cambios normativos⁵⁵, seguirá siendo la única solución “fácil” para la inscripción de estos menores la ofrecida por la Instrucción

51 Vid. para mayor detalle sobre esta Instrucción ANDREU MARTÍNEZ, M.ºB.: “Una vuelta de tuerca”, cit., p. 83 y ss.; y MUÑOZ RODRIGO, G.: “La filiación y la gestación por sustitución: a propósito de las Instrucciones de la DGRN de 14 y 18 de febrero de 2019”, *Actualidad Jurídica iberoamericana*, 2019, n.º 10 bis, pp. 728-732.

52 Aunque la Instrucción de 14 de febrero de 2019 no llegó a entrar en vigor, hay autores que han mantenido que debería tenerse en cuenta para resolver los nacimientos producidos antes del 21 de febrero de 2019, pues la Instrucción de 18 de febrero la deja sin efecto en relación con los niños nacidos por este procedimiento con posterioridad a la publicación de la misma en el BOE (en este sentido, ANDREU MARTÍNEZ, M.ºB.: “Una vuelta de tuerca”, cit., p. 79 y QUICIOS MOLINA, S., “La respuesta de los ordenamientos...”, cit., p. 190, not. 39).

53 Como declaran las RRDGSJFP n.º 1 a 16 de-19 junio 2020 (*Boletín del Ministerio de Justicia*, n.º 2242, julio 2021).

54 Pues el art. 96 LRC (2011) se refiere a la inscripción de resoluciones judiciales extranjeras (con independencia de que tengan su origen en un procedimiento contencioso o de jurisdicción voluntaria) y requiere la previa superación del trámite del exequátur. El art. 98 LRC (2011), precisa los requisitos para la inscripción de las certificaciones de asientos extendidos en Registros extranjeros y exige que «no resulte manifiestamente incompatible con el orden público español», donde entrará en juego la interpretación que de él hagan los tribunales sobre la base de los criterios interpretativos sentados por la STS 6 febrero 2014. Además, en el caso de que la certificación constituya mero reflejo de una resolución judicial previa, será ésta el título que tenga acceso al Registro (art. 98.2 LRC).

55 Como apunta HEREDIA CERVANTES, I.: “La inscripción de relaciones de filiación constituidas en el extranjero mediante gestación por sustitución: seis años desperdiciados”, *Boletín del Ministerio de Justicia*, 2015, n.º 2179 (junio), p. 389.

de la DGRN de 2010 (inscripción de la resolución judicial dictada por tribunal competente extranjero cuando exista vínculo biológico con el padre comitente), y como vía alternativa la señalada por la STS 6 febrero 2014 y concreta el Auto del TS de 2 de febrero de 2015⁵⁶ (determinación de la filiación a través del reconocimiento de la filiación biológica, la adopción o acogimiento del menor).

IV. SOBRE LA RELEVANCIA DEL VÍNCULO BIOLÓGICO ENTRE EL MENOR Y LA PARTE COMITENTE EN LA DETERMINACIÓN DE LA FILIACIÓN.

La filiación es un vínculo jurídico entre padres e hijos que genera obligaciones y derechos, como la atribución de la patria potestad, la guarda y custodia, la determinación de los apellidos, la adquisición de la nacionalidad o los derechos sucesorios. El art. 108 CC dispone que la filiación puede tener lugar por adopción o por naturaleza. Esta última a su vez puede ser matrimonial (art. 115 CC) o no matrimonial (art. 120 CC). En este último ámbito, el parto es el hecho biológico que determina legalmente la filiación materna (arts. 120.5º CC y 44.4 pf. 2º LRC 2011), y el reconocimiento del hijo como propio, lo sea o no biológicamente, la paterna (art. 120.1º, 2º y 3º CC y 7 LTRHA).

De acuerdo con nuestro ordenamiento jurídico, la filiación derivada de los acuerdos de gestación por sustitución vendría determinada por el parto a favor de la mujer gestante (art. 10.2 LTRHA). Y si el padre comitente es el padre biológico del menor, podría llevar a cabo la reclamación de su paternidad "conforme a las reglas generales" (art. 10.3 LTRHA). Las acciones a las que se refiere este precepto son las generales de determinación legal de la filiación, reguladas en los arts. 764 y siguientes de la LEC, siendo competentes los tribunales españoles, en virtud de los criterios de competencia judicial internacional fijados en el art. 22 LOPJ.

Como vamos a tener ocasión de desarrollar en las siguientes líneas, nuestros tribunales parecen haber encontrado otra forma para determinar la filiación del menor nacido en el extranjero por gestación por sustitución, distinta del reconocimiento del padre biológico o la adopción, en aquellos supuestos en los que no procede ninguna de las dos vías.

56 El ATS (Pleno) 2 febrero 2015 (RJ 2015, 141), que resuelve el incidente de nulidad promovido contra la STS 6 febrero 2014 como consecuencia de las decisiones del TEDH sobre los casos de gestación subrogada en Francia, aclara que el TS en dicha sentencia da la posibilidad del reconocimiento de la filiación en los casos de gestación por sustitución cuando existe vínculo genético, al acordar que solo se anulará la mención de la filiación de los menores en tanto se determina la filiación biológica paterna. De modo que una vez que quedara determinada la filiación biológica paterna, su pareja podría adoptar atendiendo a la situación familiar *de facto* existente (arts. 176.2.2ª y 177.2 CC); y, en todo caso (aunque ninguno de ellos fuera el padre biológico), si los comitentes y los niños forman efectivamente un núcleo familiar de hecho, sería posible la adopción o el acogimiento (al considerarse una situación de desamparo por la decisión de la madre gestante de no ejercer sus funciones como tal). Atendiendo a que se trata de una situación temporal que puede tener una duración razonablemente breve, no alcanza a juicio del TS entidad como para considerar que se vulnera de esta forma el interés del menor.

En esta otra forma de determinación de la filiación está presente la voluntad inicial de ser padre o madre de la parte comitente (manifestada en el contrato de gestación por sustitución debidamente legalizado), la idoneidad para serlo, la posesión de estado (constatada por la existencia de una relación paterno-filial de facto) y el interés superior del menor; en orden a proceder al reconocimiento y consiguiente transcripción del acta extranjera de nacimiento del niño. Y ello por cuanto, una realidad que no se puede ocultar es que el niño nacido por gestación por sustitución en el extranjero tiene derecho a una identidad nacional que corresponda con el Estado donde desarrolla su vida familiar y al reconocimiento de su filiación, como interpreta el TEDH. La acción contraria a derecho (o “contra legem”) de quienes han propiciado su existencia no puede suponer perjuicio alguno para ese menor; aunque tampoco se pueda erigir la voluntad procreativa por sí sola en un título legítimo para determinar la filiación a favor de esos padres comitentes. La resolución de estos casos difíciles requerirá, por tanto, un examen *in concreto* por parte del juez de la relación de filiación legalmente establecida en el extranjero, atendiendo a los elementos señalados. Cuando concurren, podrá procederse al reconocimiento judicial de esta filiación procediendo a la inscripción de la certificación o sentencia otorgada por las autoridades extranjeras.

I. La verdad biológica y el art. 10.3 LTRHA.

Cuando el padre comitente ha aportado su propio gameto para la fecundación asistida, nos encontramos con el principio de verdad biológica. De manera que por más que en España el art. 10.1 LTRHA declare nulo el contrato de gestación por sustitución, no impide la atribución al nacido de su filiación, al menos si existen vínculos biológicos con él, por aplicación del art. 10.3 LTRHA. Ya que esta norma, pese a que declara la nulidad del contrato, deja “a salvo la posible acción de reclamación de paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales”⁵⁷.

Si la resolución judicial extranjera cumple los requisitos establecidos por la Instrucción de la DGRN de 2010 (ratificada por la Instrucción de 18 de febrero de 2019) y el padre biológico reconoce la paternidad que en ella se refleja, no tendría que haber problemas en la inscripción de esa filiación en el registro civil consular correspondiente, dando así valor legal a este acto voluntario de admisión de la paternidad (arts. 120.2.º y 124 CC)⁵⁸. Este reconocimiento requiere el consentimiento expreso de la madre gestante (art. 44.7 LRC 2011).

57 Como afirma FEMENIA LÓPEZ, P.: *La determinación de la filiación...*, cit., p. 201, con carácter general los inconvenientes que puedan surgir en el proceso de fijación de la filiación biológica paterna y de la adopción por su cónyuge o pareja son transitorios, superables y no alcanzan un nivel de gravedad tal que puedan considerarse constitutivos de un desequilibrio entre los intereses de la comunidad, los fijados por el legislador sobre la filiación y la reproducción asistida y el interés de los menores.

58 QUICIOS MOLINA, S., “La respuesta de los ordenamientos...”, cit., p. 199.

En los supuestos que se han planteado en la práctica para su inscripción, lo habitual es que la mujer gestante esté soltera. Si estuviera casada, bajo mi punto de vista, no debería ser necesario realizar una previa impugnación de la filiación del menor respecto del marido de la gestante⁵⁹. Atendiendo fundamentalmente a que, en los Estados en los que está reconocida y legalizada la gestación por sustitución⁶⁰, es necesario el consentimiento del marido para que su mujer se someta a este procedimiento y la consiguiente renuncia a la filiación del niño fruto de este contrato (normalmente antes, pero también es posible después del parto para que las autoridades extranjeras puedan emitir el correspondiente certificado de nacimiento del niño)⁶¹.

Cuando la filiación haya venido determinada por una mera certificación administrativa o no se haya procedido a la inscripción en el registro consular correspondiente, será necesaria la reclamación judicial de la filiación por el padre biológico (art. 10.3 LTRHA y art. 133 CC) y la posterior adopción por su cónyuge o pareja. En estos casos, la posesión de estado es un elemento más de prueba de la relación biológica entre el padre y el niño nacido por gestación por sustitución que debe ser tenida en consideración⁶².

Si el menor es con la madre comitente con quien comparte vínculos genéticos, en la medida en que en nuestro ordenamiento la maternidad se sigue identificando con el hecho biológico del nacimiento (art. 10.2 LTRHA), sería necesario que esta adopte al menor para establecer una relación de filiación. No obstante, como indica la Corte de Estrasburgo, la incertidumbre sobre la relación jurídica con la madre comitente debe ser lo más breve posible y quedar determinada cuando dicha relación se ha convertido en una realidad práctica. Por lo que, a mi parecer, en los casos en los que no fuera posible la adopción, la madre comitente que ha aportado su propio óvulo podría ver reconocida la filiación judicialmente por

59 En sentido contrario, sin embargo, LLEDÓ YAGÜE, F.: "La filiación en la gestación subrogada: el estado de la cuestión (1988-2019)", en AA.VV.: *Gestación subrogada. Principales cuestiones civiles, penales, registrales y médicas. Su evolución y consideración (1988-2019)* (dir. por F. Lledó Yagüe/M.P. Ferrer Vanrell/ I. Benitez Ortúzar/ C. Ochoa Marieta / O. Monje Balmaseda), Dykinson, Madrid, 2019, pp. 45-46.

60 Véase con más detalle sobre las distintas regulaciones VILAR GONZÁLEZ, S.: *La gestación subrogada en España y en el derecho comparado*, Wolters Kluwer, Madrid, 2018, pp. 192 y ss.

61 Como pongo de manifiesto en mi trabajo: "El difícil equilibrio en el tratamiento jurídico de la gestación por sustitución: una propuesta de regulación desde los derechos de la mujer gestante", en AA.VV.: *El Derecho civil ante los nuevos retos planteados por las técnicas de reproducción asistida* (coord. Por Y. Bustos Moreno y V. Múrtula Lafuente), Dykinson, Madrid, 2021, p. 363 not. 187, una, entre otras de las objeciones que habría que hacer a la "Proposición de Ley reguladora del derecho a la gestación por sustitución" realizada por el Grupo Parlamentario Ciudadanos el 16 de julio de 2019 (BOCG de 16 de julio 2019), es que contempla la gestación por sustitución como un proceso entre dos partes, la mujer gestante y el/los progenitores subrogantes, sin hacer mención en ningún lado al necesario consentimiento del marido o cónyuge de la gestante en el acuerdo. Pues, aunque este sea necesario para acceder a las técnicas de reproducción asistida (art. 6.3 LTRHA), también lo debería ser en el acuerdo de gestación por sustitución, si no se quiere que juegue la presunción de paternidad del niño nacido por este procedimiento conforme a lo dispuesto en el art. 116 CC.

62 Véase en este sentido la SAP Granada, Secc. 5.ª, n.º 222/2019 3 mayo 2019 (JUR 2020, 20463).

aplicación del principio de igualdad (art. 14 CE) y precisando renuncia de la mujer gestante (arts. 131 y 132 CC y 44.4.II LRC 2011)⁶³.

En el supuesto de que el niño nacido por gestación por sustitución hubiera sido fruto de los gametos aportados por ambos padres intencionales, de acuerdo con lo dispuesto por el TEDH y el TS, la vía sería el reconocimiento del padre biológico y la adopción por parte de la madre comitente, si seguimos atendiendo al principio de que la madre legal es la que da a luz (art. 10.2 LTRHA)⁶⁴.

Una vez determinada la filiación a favor de los padres de intención, lo que no será posible es buscar la impugnación de la misma alegando la nulidad del contrato de gestación por sustitución que establece el art. 10.1 LTRHA. Como ocurrió en el caso descrito por la SAP Madrid, Secc. 24.ª, 7 julio 2020⁶⁵, donde el padre biológico presentó una demanda por la que solicitaba que se declarase que su exmarido no podía considerarse progenitor de los hijos que ambos habían tenido por gestación por sustitución en Los Ángeles (California) y que habían sido inscritos como tales; y se anulase y dejase sin efecto la inscripción registral de esa filiación tanto del Registro Central como del RC consular de España en los Ángeles, manteniendo solo la paternidad a su favor. La sentencia de primera instancia desestimó la acción porque consideró que la misma se hallaba caducada conforme a lo establecido en el art. 136.I CC (según el cual: "El marido podrá ejercitar la acción de impugnación de la paternidad en el plazo de un año contado desde la inscripción de la filiación en el Registro Civil"), puesto que la inscripción tuvo lugar el 14 de julio de 2011 y la demanda se presentó el 20 de julio de 2018. Sin embargo, el recurrente consideró que la acción entablada no es de impugnación de la filiación matrimonial, sino declarativa y de anulación de la filiación basada en el art. 10 LTRHA, que establece la nulidad de pleno derecho de la gestación por sustitución.

63 En esta dirección también, NAVARRO MICHEL, M.: "La gestación por sustitución, ¿debe ser regulada? Y, en su caso, ¿cómo?", en AA.VV.: *El cuerpo diseminado. Estatuto, uso y disposición de los biomateriales humanos* (coord. por R. García Manrique), Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2018, p. 253; QUICIOS MOLINA, S.: "La respuesta de los ordenamientos...", cit., p. 201; y VELA SÁNCHEZ, A. J.: *Gestación por encargo: Tratamiento judicial y soluciones prácticas. La cuestión jurídica de las madres de alquiler*, Reus, Madrid, 2015, p. 224.

En contra, GONZÁLES PÉREZ DE CASTRO, M.: *La verdad biológica en la determinación de la filiación*, Dykinson, Madrid, 2013, p. 351, por considerar imperativo el art. 10 LTRHA y el principio de que la madre es la que da a luz, sin importar si la madre biológica es otra persona.

64 Así, el AAP Granada, Secc. 5.ª, n.º 183/2018 16 noviembre 2019 (JUR 2019, 239909), aprecia el recurso contra el auto que deniega la solicitud de adopción de dos menores nacidos por gestación por sustitución en Ucrania por parte de la madre comitente y lo revoca acordando la adopción. El JPI la había denegado, atendiendo a que existían razones suficientes para considerar que la promotora del expediente de adopción era la madre biológica de los niños (por haber aportado su óvulo) y de acuerdo con el art. 175.3.I CC, no puede adoptarse a un descendiente. La Audiencia considera que la resolución impugnada infringe la normativa sobre determinación de la filiación materna en caso de gestación por sustitución, por cuanto de acuerdo con el art. 10.2 LTRHA la maternidad queda determinada por el parto, incluso en el caso de que la concepción hubiera provenido del óvulo de aquella mediante técnicas de fecundación. Además, resulta claramente contraria al interés de los menores concernidos por la solicitud de adopción, pues, junto al padre biológico de los niños, forman una familia de facto.

65 SAP Madrid, Secc. 24.ª, n.º 586/2020 7 julio 2020 (JUR 2020, 333891).

La Audiencia, con buen criterio, apreció no solo que la impugnación formulada está caducada conforme al art. 136.1 CC, sino que es claramente contraria a la buena fe (art. 7.1 CC) y como tal no podía ser estimada. Pues el demandante, había prestado el consentimiento en el negocio jurídico que pretende que el Tribunal considere nulo por ser contrario al ordenamiento jurídico, y, además, fue promotor y seguidor de la inscripción que ahora trata de atacar. Su demanda supone un claro ejemplo de abuso de derecho, aprovechando los resquicios legales de la deficiente regulación de estas situaciones. El demandante pretende privar a sus hijos de un estado civil que llevan ostentando desde que tenían dos años (y ahora tienen 11), sin aportar un solo argumento sobre cuál es el interés superior de los menores.

En cuanto a si el art. 10.1 LTRHA contiene o no una norma de orden público, resulta de especial interés el AAP Barcelona, Secc. 18.^a, 17 marzo 2021⁶⁶, por los razonamientos que realiza el Tribunal en torno a la excepción de orden público, tal y como ha sido entendida por la STS 6 de febrero 2014 (en cuanto que el contrato de gestación por sustitución atenta a la dignidad de la gestante y mercantiliza al niño). Así, la Audiencia no encontró impedimento para no reconocer una sentencia emitida por un tribunal colombiano, que declaró que la menor no era hija de la madre gestante, por cuanto la dignidad y la voluntad de esta habían quedado garantizadas en este proceso judicial contradictorio. Tampoco ve que afecte a la dignidad del niño "porque no habría nacido sin la gestación subrogada". Es precisamente el interés de la menor lo que se vería afectado si la gestante no lo garantiza y no se reconoce la filiación de los padres intencionales. Por lo que reconoce la validez de sentencia colombiana e insta al padre biológico a que promueva la correspondiente inscripción de la filiación de la niña, que había sido cancelada por el Encargado del RC en Bogotá como consecuencia de la sentencia dictada por el tribunal de ese país⁶⁷.

2. La adopción del menor.

Respecto al cónyuge o la pareja comitente, según se desprende de los casos ya resueltos por el TEDH, la Instrucción de la DGRN de 2010, así como por la STS (Pleno) 6 febrero 2014 y el ATS (Pleno) 2 febrero 2015, la solución para el reconocimiento de una relación de filiación pasaría por la adopción del menor. En este caso no se precisaría propuesta previa por parte de Entidad Pública (art.

66 AAP Barcelona, Secc. 18.^a, n.º 104/2021 17 marzo 2021 (JUR 2021, 169793).

67 La cuestión de si el art. 10.1 LTRHA afecta o no al orden público no es una cuestión pacífica tampoco en las distintas Audiencias. Así el AAP Asturias, Secc. 5.^a, n.º 37/2020 26 mayo 2020 (JUR 2020, 277786) rechaza el exequátur de la sentencia dictada por el Tribunal del Distrito del Condado de Dallas (Texas) solicitado por el padre de intención, que declarada a los dos menores nacidos por gestación por sustitución en ese Condado como hijos suyos, no solo porque no considera acreditado de forma fehaciente la existencia de un lazo genético entre los menores y el recurrente, sino fundamentalmente por apreciar que la misma es contraria al orden público, en concreto a lo dispuesto en el art. 10 LTRHA.

176.2.2.ª CC), ni declaración de idoneidad, a diferencia de los otros supuestos en los que existe desamparo. Para la adopción, el/la adoptante debe tener más de 25 años y una diferencia de edad con el adoptando de al menos dieciséis años y no superior a cuarenta y cinco años [arts. 175.1 CC y 235-30.1.b) CCCat.].

El procedimiento de adopción se tendrá que iniciar por parte de la pareja o cónyuge (de acuerdo con los arts. 33 a 39 de la Ley 15/2015 de Jurisdicción Voluntaria). Además, se necesita el asentimiento de ambos progenitores [arts. 177.2.2.º CC y 235.32.1.b) CCCat.], el padre biológico y la mujer gestante (considerada madre legal del niño de acuerdo con el art. 10.2 LTRHA), prestado este último después de las seis semanas del parto (arts. 177.2 CC y 235-41.2 CCCat.) en documento fehaciente (pudiendo ser ante el funcionario de la oficina consular española en el país extranjero donde está permitida la gestación por sustitución)⁶⁸. El juez deberá comprobar que el adoptante es idóneo (art. 176.1 CC) y podrá denegar la solicitud de adopción en virtud del interés prevalente del menor (art. 2 LOPJM).

Precisamente estos presupuestos han llevado en ocasiones a nuestros tribunales a denegar la adopción solicitada. Como en los casos resueltos por el AAP La Rioja, Secc. 1.ª, 2 mayo 2017⁶⁹; y el AAP Asturias, Secc. 4.ª, 24 julio 2018⁷⁰, donde el matrimonio entra en un proceso de divorcio unos meses después del nacimiento del niño y el todavía marido se opone a la adopción por su esposa. En estas situaciones de crisis matrimonial y cese de la convivencia entre la mujer que se postula como adoptante y el padre biológico, las citadas Audiencias han considerado que el interés del menor está con el padre biológico, cuando no existe una unidad familiar que deba ser amparada, a pesar de la voluntad común de ambos cónyuges de acudir a la gestación por sustitución para tener un hijo.

Evidentemente, el establecimiento de una relación de filiación *de facto* algo más duradera que unos meses⁷¹ y el afianzamiento de unos lazos afectivos propios

68 Así, el AAP Barcelona, Secc. 18.ª, n.º 57/2020 11 febrero 2020 (JUR 2020, 86062) estima el recurso de apelación interpuesto por el demandante y acuerda constituir la adopción por D. Felipe de dos menores (Amanda y Clara) hijas de su consorte, nacidas en México en 2015 por gestación por sustitución. En este caso se cumplían los requisitos para poder adoptar constando la paternidad del esposo del solicitante en la inscripción registral del nacimiento y en autos el asentimiento de la madre de las menores a la adopción ante la autoridad judicial. Primero la madre biológica hizo un Acta de Manifestaciones ante el Cónsul Adjunto de España en México al mes de nacer las niñas a favor de la adopción de sus hijas por D. Felipe y luego este consentimiento lo volvió a reiterar en enero de 2018 ante la Jueza de lo familiar del Distrito Judicial del Estado de Tabasco.

Otros casos en los que se ha estimado la adopción de los menores inscritos con la filiación del padre español y la mujer gestante, a favor de su cónyuge han sido en la SAP Murcia, Secc. 4.ª, n.º 91/2019 31 enero 2019 (JUR 2019, 71777) de una niña nacida en Kiev (Ucrania) y SAP León, Secc. 2.ª, n.º 370/2020 21 diciembre 2020 (JUR 2021, 83790), entre otras.

69 AAP La Rioja, Secc. 1.ª, n.º 44/2017 2 mayo 2017 (JUR 2017, 190039).

70 AAP Asturias, Secc. 4.ª, n.º 87/2018 24 julio 2018 (JUR 2018, 300256).

71 Nótese que el art. 175.5 CC establece que la separación o divorcio legal o ruptura de una pareja unida por análoga relación de afectividad a la conyugal no es impedimento para que pueda promoverse la adopción conjunta respecto del adoptando, que se encontrara en acogimiento permanente o guarda con fines de

de las relaciones materno-filiales, pueden hacer aconsejable que se mantengan y se convaliden legalmente esos lazos a través de la adopción, a pesar de la oposición del padre biológico, atendiendo al interés prevalente del menor. Así lo entendió el AAP Soria, Secc. 1.ª, 21 mayo 2018⁷² que acuerda constituir la adopción del menor a favor de la madre intencional en un caso donde el matrimonio estaba en trámites de divorcio y existía, además, un proceso penal entre ambos por violencia de género con una orden de protección a favor de la mujer; lo que impedía al padre obtener la guarda del niño que, además, no había solicitado. La petición del padre se había limitado a oponerse a la adopción instada por su esposa, alegando que era necesario su consentimiento para la adopción. El Tribunal considera que la todavía esposa reúne las condiciones para cuidar al menor (como venía haciendo desde su nacimiento hacía ya tres años) y adoptarlo (ex art. 176.2.2 CC), sin previa propuesta de la entidad pública de protección de menores, siendo esta la solución más beneficiosa para el niño, en orden a evitar una posible situación de desamparo.

Uno de los problemas que se puede presentar en la práctica es que en ocasiones resulta difícil recabar el consentimiento de la mujer gestante en las condiciones señaladas para que tenga lugar la adopción, por lo que la misma no prosperará. Esta situación se puede producir con más habitualidad cuando el niño que nace por gestación por sustitución lo hace en uno de esos países donde puede haber una mayor explotación de las gestantes y menores garantías para la prestación de un consentimiento libre y voluntario, máxime si no existe un control judicial sobre este tipo de contratos. Un ejemplo de ello lo encontramos en el AAP Barcelona, Secc. 18.ª, 16 octubre 2018⁷³, que considera no acreditado con todas las garantías la renuncia o el consentimiento a la adopción por la mujer gestante (de nacionalidad tailandesa y soltera) a favor del varón que convive con el padre biológico. Y ello por cuanto, a pesar de que se presenta el acta de nacimiento librada por el Servicio Consular de España en Bangkok, constando como padre la pareja del solicitante (de nacionalidad española) y como madre la mujer gestante, no queda acreditado que esta última tuviera la oportunidad de ser oída en un proceso contradictorio. Tan solo se presenta la renuncia de la gestante a todos sus derechos maternales en un acuerdo de intenciones para un proceso de reproducción asistida y su consentimiento para la adopción (tres días después de dar a luz) realizados ante notario y sin constar la legalización de ninguno de estos documentos. Por lo que se deniega la adopción solicitada.

adopción de ambos cónyuges o pareja, siempre y cuando se acredite una convivencia efectiva durante al menos dos años anteriores a la propuesta de adopción.

72 AAP Soria, Secc. 1.ª, n.º 201/2018 21 mayo 2018 (JUR 2018, 242438).

73 AAP Barcelona, Secc. 18.ª, n.º 565/2018 16 octubre 2018 (JUR 2018, 290468).

3. ¿Qué ocurre cuando no hay vínculo biológico con la parte comitente y la adopción no es posible?.

Como hemos visto en anteriores líneas, de acuerdo con la jurisprudencia del TEDH y lo que se desprende de la STS de 6 de febrero de 2014 y el Auto de este mismo tribunal de 2 de febrero de 2015, en los casos donde no exista relación biológica entre la parte comitente y el menor, el camino sería la adopción o el acogimiento de ese niño a favor de los padres intencionales. Y así lo ha entendido también la llamada jurisprudencia menor.

Pero cuando no proceda la adopción (por ejemplo, por la diferencia de edad entre adoptante y menor -art. 175 CC-) o esta sea una solución lenta y, por ende, contraria al propio interés del niño y el acogimiento tampoco sea posible (porque no pueda considerarse al menor en situación de desamparo), nuestros tribunales inferiores están acudiendo al principio de interés superior del menor [art. 2.2 aps. a) c) y d) LOPJM], apoyado en la posesión de estado, como mecanismos para el reconocimiento de la filiación entre el menor y la parte comitente establecida por las autoridades extranjeras, conforme a sus normas nacionales, tomando como base para ello el consentimiento para ser progenitores subrogantes. Y ello por cuanto entienden que no hacerlo afecta al derecho a la vida privada de ese niño en el sentido del art. 8 CEDH. No obstante, existe diversidad de criterios entre las distintas Audiencias, a la espera de una resolución definitiva por parte del Tribunal Supremo.

De manera que el art. 10 LTRHA es plenamente aplicable cuando puede hacerse uso de alguna de las vías que señala, pero no en caso contrario, ya que lo primordial es atender a las circunstancias concretas de este menor y a la protección del ámbito familiar y las relaciones familiares *de facto* existentes desde su nacimiento [art. 2.3 ap. d) LOPJM]. Pues, como afirmó el TEDH en su Dictamen de 10 de abril de 2019 el "interés superior del niño también supone identificar jurídicamente a las personas responsables de su educación, satisfacer sus necesidades y garantizar su bienestar, así como la posibilidad de que el niño crezca y se desarrolle en un entorno estable" (apdo. 42). Y hasta que dicha relación es reconocida, el niño se encuentra en una situación vulnerable en varios aspectos que se refieren a su vida privada (apdo. 49).

Entrando de lleno en el ámbito jurisprudencial, podemos ver que, uno de los primeros casos que resolvió una situación de gestación por sustitución realizada en el extranjero en el que no existía vinculación biológica entre las menores y la madre comitente, fue el de una conocida baronesa. El TSJ de Andorra en sentencia de 12 de septiembre de 2017⁷⁴, reconoció la filiación materna establecida en

74 STS] Andorra 12 septiembre 2017 (TSCJ, 483/2016). Disponible en: <http://www.justicia.ad/es/jurisprudencia/10225.html?view=sentencia&format=pdf>.

resolución judicial extranjera a favor de esta madre que tuvo gemelas en 2006 a través de una gestación por sustitución en California. Aunque no existía vínculo genético entre ella y las niñas, el tribunal andorrano tuvo en cuenta la duración de la convivencia familiar durante más de once años, los lazos afectivos existentes entre ellas y los efectos perniciosos que el no reconocimiento de esa filiación podía producir en las menores.

Un repaso más actualizado de las últimas sentencias de algunas Audiencias provinciales muestra, precisamente, esta tendencia a erigir la posesión de estado (aunque no haya vínculos biológicos) y el interés superior del menor como presupuestos para el reconocimiento de la filiación establecida por las autoridades extranjeras conforme a su Derecho nacional. Dando en cierta forma la razón a los que afirmaron que el art. 10 LTRHA no es aplicable a la filiación de los nacidos tras gestación por sustitución ya declarada por autoridades públicas extranjeras y de lo que se trataría por parte de las autoridades españolas es concretar qué efectos jurídicos puede tener en España esa decisión ("tutela por reconocimiento")⁷⁵

Una de las resoluciones que destaca en esta dirección es la SAP Madrid, Secc. 22.^a, 1 diciembre 2020⁷⁶, que por cierto ha sido recurrida en casación por el Ministerio Fiscal y admitida a trámite por ATS de 15 de septiembre de 2021⁷⁷. Lo primero que llama la atención en este caso es que la acción de determinación legal de la filiación materna se realiza a instancias del abuelo del menor (ex art. 131 CC) alegando posesión de estado⁷⁸. Su hija, Doña Rosaura, soltera y nacida en 1969, formalizó en el Estado mexicano de Tabasco, según la legislación de aquel país, un contrato de gestación subrogada, en el que la madre comitente no aportó su material genético por imposibilidad médica, procediendo el óvulo y el esperma de donantes anónimos. Fruto de este contrato, ratificado en procedimiento judicial no contencioso ante el Juzgado de Primera Instancia del Distrito Judicial del Centro del Estado de Tabasco, nació Imanol en 2015, que fue inscrito en el RC del Estado de Tabasco, figurando como madre la comitente y como abuelos, los padres de Doña Rosaura. Sin embargo, el RC central español denegó la inscripción de Imanol, sin perjuicio de que pudiera ejercitar la incoación del expediente de inscripción de nacimiento previa obtención de la determinación de la filiación en el correspondiente procedimiento ante la jurisdicción ordinaria, o por adopción del menor. El niño, que en el momento de dictarse sentencia tenía casi seis años, tiene

75 En este sentido, CALVO CARAVACA, A.L. / CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: "Notas críticas en torno a la Instrucción...", cit., p. 250-251, quien concluye afirmando que: "El legislador no pretende que «todos» los casos internacionales de filiación en supuestos de gestación por sustitución tengan que ajustarse y solventarse con arreglo a la Ley sustantiva española. Sólo los casos que el legislador entiende vinculados con España (=que son aquellos en los que el hijo ostenta la nacionalidad española: art. 9.4 CC), deben regirse por la Ley material española".

76 SAP Madrid, Secc. 22.^a, n.º 947/2020 1 diciembre 2020 (JUR 2021, 55934).

77 ATS 15 septiembre 2021 (JUR 2021, 302922).

78 Sobre las irregularidades procesales en cuanto a la legitimación activa para demandar del abuelo y la falta de representación de la menor en el juicio véase QUICIOS MOLINA, S.: "Reproducción asistida...", cit., p. 314.

reconocida la nacionalidad mejicana (por aplicación de las leyes de ese Estado), pero se halla perfectamente atendido e integrado en un núcleo familiar en España formado por su madre y sus abuelos españoles.

Según razona la AP de Madrid, las soluciones que ofrece la STS (Pleno) de 6 de febrero de 2014 no son viables en este caso. Por un lado, porque Rosaura no es la madre genética del menor y no puede adoptar a Imanol por la diferencia de edad existente entre ambos de acuerdo con el art. 175 CC (pues se llevan 46 años y ocho meses y la norma prevé 45 años de diferencia). Además, de iniciarse este procedimiento, la situación del niño quedaría al albur de las decisiones administrativas e iría en contra de las decisiones del TEDH que rechazan las soluciones “inseguras, inciertas, lentas e ineficaces”. Por otro lado, tampoco cabe acudir al mecanismo del acogimiento familiar, porque el menor no convive con su madre en una guarda con fines de adopción, ni tampoco está bajo la tutela de la adoptante, ya que no está en una situación de desamparo.

De manera que el Tribunal acude para solventar este caso a la posesión de estado y considera acreditada, por las pruebas practicadas, que Imanol es tenido como hijo y nieto respectivamente de Rosaura y sus padres, tanto para la familia extensa, como para los amigos, vecinos, centro de salud y guardería donde va el niño. Además, está el interés superior del menor (art. 2 LOPJM), que se erige en principio rector del ordenamiento jurídico con plena concreción normativa, tras la reforma operada por la LO 8/2015, de 22 de julio, que resulta directamente aplicable [art. 2.2.a), c) y d) LOPJM]. Recuerda aquí la Audiencia de Madrid la jurisprudencia del TJUE, afirmando que la falta de reconocimiento en el derecho interno de la relación entre el niño y la madre comitente es perjudicial para este, ya que le coloca en una situación de inseguridad jurídica con respecto a su identidad en la sociedad y en el marco de la familia en la que vive. Debe ostentar una identidad única por encima de las fronteras, no puede ser mejicano, pero vivir como hijo de española en España, la identidad no ha de ser distinta en el país en el que se inscribe y aquel en que reside, donde se le deniega la petición de tarjeta familiar de residencia comunitaria. Por todo ello, la Audiencia estima el recurso de apelación, revoca la sentencia de primera instancia y declara que la madre comitente es madre del menor nacido en México, ordenado la inscripción de dicha declaración en el RC correspondiente, según consta en la documentación registral extranjera.

Un caso parecido fue resuelto en el mismo sentido por la SAP Islas Baleares, Secc. 4.ª 27 abril 2021⁷⁹, que consideró procedente inscribir el acta de nacimiento de una niña nacida en Moscú en 2015 a través de un proceso de gestación por sustitución, aun cuando no había concurrencia de material genético con la

79 SAP Islas Baleares, Secc. 4.ª n.º 207/2021 27 abril 2021 (JUR 2021, I63294).

madre comitente y tampoco podía esta acudir al expediente de adopción por la diferencia de edad (de casi cuarenta y siete años) con la menor. En este caso fue la madre comitente la que solicita la inscripción del acta de nacimiento de la niña, efectuada de acuerdo con la legislación rusa, donde consta como su madre legal, demandando para ello a la gestante rusa (declarada en rebeldía).

Atendiendo a que en Rusia la gestante no puede ser quien aporte sus propios ovocitos para la fecundación y puede emplearse gametos procedentes de donantes anónimos (art. 55 de la Ley federal rusa de 21 de noviembre de 2011)⁸⁰, el Tribunal considera, en contra del criterio del Ministerio Fiscal, que no puede hablarse de una maternidad por subrogación nula desde la perspectiva del ordenamiento ruso. La Audiencia entiende que, desde la perspectiva de nuestro Derecho, debe ser preservado el derecho a la vida privada de la niña, en el sentido del art. 8 CEDH, que exige que la legislación nacional prevea la posibilidad de reconocer una relación jurídica paterno-filial con la madre comitente, conforme al certificado de nacimiento legalmente establecido en el extranjero. Por lo que procede a dar lugar a la inscripción pretendida, atendiendo al principio de superior interés de la niña que debe considerarse de forma primordial sobre cualquier otro legítimo [art. 2.2 aps. a) c) y d) LOPJM], lo que pasa por dar carta de naturaleza y preservar la situación familiar que vive desde su nacimiento -hace ya seis años- (art. 2.3 LOPJM), coadyuvando en ello también la posesión de estado.

Otra de las recientes resoluciones que pone el acento en la posesión de estado y el interés del menor en que su filiación sea reconocida sin demoras indebidas es la SAP Barcelona, Secc. 12.^a, 6 abril 2021⁸¹. En ella se resuelve la reclamación de la filiación de un niño nacido por gestación por sustitución en Canadá (en 2017). Sus padres intencionales, un matrimonio de dos hombres con residencia en España y vecindad civil catalana, no habían conseguido que el certificado de nacimiento del niño, expedido por las autoridades de la Columbia Británica (Canadá) accediera al Registro Civil Central en virtud de la Instrucción de la DGRN de 2010, ya que el padre biológico no era español sino de nacionalidad sudafricana. Por ello entablan esta peculiar demanda de filiación matrimonial por posesión de estado, donde el demandante es el padre biológico y su hijo y el demandado su esposo, actuando el M.^o Fiscal en interés del menor⁸².

La Audiencia tiene en cuenta que no resulta razonable que recaiga sobre este niño, directa ni indirectamente, lo que en la práctica supone una “sanción” por

80 Como señala VILAR GONZÁLEZ, S.: *La gestación subrogada...*, cit., p. 244, quien también indica que, para la inscripción de la filiación, es necesario que la gestante preste su consentimiento libre y voluntario para que los padres intencionales puedan ser registrados como padres legales del nacido (p. 245).

81 SAP Barcelona, Secc. 12.^a, n.º 220/2021 6 abril 2021 (JUR 2021, 192738).

82 La Audiencia interpreta que la legitimación del demandado deriva de la presunción de ser hijo (biológico) de su cónyuge conforme a una interpretación hermenéutica del art. 235-5 CCCat. (hijo nacido durante la vigencia del matrimonio), con lo que establece el art. 235-13.1 CCCat. en cuanto a la fecundación asistida.

haber nacido en contra de lo dispuesto en el art. 10 LTRHA, especialmente si se tiene en cuenta que el ámbito propio de dicha norma es el de los acuerdos o pactos celebrados en el territorio español y, en este caso, el acuerdo tuvo lugar en la región de la British Columbia de Canadá. Estado que ejerce su soberanía legislativa en su territorio y donde, además, la gestación subrogada debe ser altruista por parte de la gestante (salvo los gastos directamente relacionados con el embarazo y el parto). Si a esto unimos que tanto la mujer gestante como la donante del óvulo están perfectamente identificadas y ambas comparecieron ante el Tribunal de su Estado para prestar el consentimiento para la filiación a favor de los padres comitentes y que las otras formas que ofrece la jurisprudencia para homologar la inscripción extranjera, como el acogimiento, la adopción o la vía judicial, no son en este caso posibles (ni jurídicamente o en un tiempo razonable, en el caso de la adopción), la AP de Barcelona declara la filiación paterna matrimonial del menor que resulta de la certificación canadiense donde nació el niño (que ahora tiene cuatro años).

No obstante, no todas las Audiencia -como indicaba- se ponen de acuerdo sobre esta cuestión. Así encontramos, por ejemplo, que el Auto de la AP Ourense, Secc. 1.ª, 21 octubre 2021⁸³ no aprecia la reclamación de los demandantes que pretendían que se determinará la filiación de una menor que había nacido en Rusia en 2018 por gestación por sustitución a favor de los padres comitentes con el único fundamento en la posesión de estado, pues carecían de vinculación biológica con la niña. La inscripción de nacimiento ante el RC Central había sido denegada por Resolución de este organismo de 20 de noviembre de 2018. El Tribunal argumenta que la posesión de estado es un medio de prueba de la filiación por naturaleza, de manera que, si no hay aportación de material genético de ninguno de los demandantes, la referencia a la posesión de estado resulta irrelevante a efectos de declarar la filiación natural interesada. Para otorgar protección jurídica a ese núcleo familiar *de facto* los demandantes tendrían que ir por la vía del acogimiento familiar y la adopción.

Cabe recordar aquí que la relevancia de la posesión de estado para determinar judicialmente la filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida se puso de manifiesto por parte del Tribunal Supremo en las sentencias de 5 de diciembre de 2013⁸⁴ y 15 de enero de 2014⁸⁵. En ambos casos se pretendía la fijación judicial de una segunda maternidad, distinta de la biológica, a favor de la excónyuge del mismo sexo (en la primera sentencia) y de la expareja de hecho (también mujer) en la segunda, respecto del hijo que habían querido tener juntas por medio del uso de técnicas de reproducción asistida, cuando eran cónyuge y

83 AAP Ourense, Secc. 1.ª, n.º 143/2020 21 octubre 2021 (JUR 2021, 25912).

84 STS n.º 740/2013 5 diciembre 2013 (RJ 2013, 7566).

85 STS (Pleno) n.º 836/2013 15 enero 2014 (RJ 2014, 1265).

pareja respectivamente de la mujer que dio a luz⁸⁶. En las dos sentencias se puso de manifiesto, en primer lugar, que los consentimientos prestados con ocasión del empleo de las técnicas de reproducción asistida ya acreditados, integran y refuerzan la posesión de estado de quien quiere ser y actúa como progenitora, aunque no exista nexo biológico, tanto en su función legitimadora del ejercicio de la acción (ex art. 131 CC), como en su función de medio de prueba de la filiación reclamada (FD 3.º STS 5 diciembre 2013 y FD 2.º STS 15 enero 2014). Y, en segundo lugar, está la prevalencia del interés del menor, que es un principio absoluto que se proyecta sobre la protección de la vida familiar y alcanza a todas las relaciones, con independencia de la naturaleza matrimonial o no de la misma y del hecho biológico (FD 3.2 STS 15 enero 2014 y FD 3.º *in fine* STS 5 diciembre 2013).

Una parte importante de la doctrina patria criticó estas sentencias, considerando que la mera constatación de la posesión de estado no puede constituirse en un título de determinación de la filiación, sino que se trata de un medio de prueba de la relación biológica que une al hijo con su progenitor⁸⁷. Asimismo, considera que el interés superior del menor no se puede erigir en un criterio de transgresión normativa, ni en un título de determinación de la filiación⁸⁸. La prevalencia del interés superior del menor (art. 2.1 LOPJM) exigiría, según este estado de opinión, examinar caso por caso y que un juez comprobara si existe, aparte de vínculos biológicos, una convivencia familiar de facto completa.

Por el contrario, otra línea de opinión ha puesto en valor la consideración por parte del TS como elemento esencial en las acciones de filiación el consentimiento procreacional, que podrá ser probado por cualquiera de los medios que contempla la LEC, como lo es la posesión de estado de la relación materno-filial⁸⁹.

86 Nótese aquí que la LTRHA fue reformada por la Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas, adicionando un apartado 3 al art. 7 LTRHA, posteriormente modificado por la Ley 19/2015, del siguiente tenor: "Cuando la mujer estuviere casada, y no separada legalmente o de hecho, con otra mujer, esta última podrá manifestar conforme a lo dispuesto en la Ley del Registro Civil que consiente en que se determine a su favor la filiación respecto al hijo nacido de su cónyuge". El matrimonio entre las dos mujeres previo a la inscripción del consentimiento en el RC (que no juega en el caso de las parejas de hecho de distinto sexo -art. 8.2 LTRHA-) y que la declaración registral deba de hacerse necesariamente después de la celebración del matrimonio y antes de que nazca el niño, son exigencias que han sido bastante criticadas por la doctrina.

En el caso de la sentencia de 5 de diciembre de 2013 faltaba el requisito formal del consentimiento previo ante el encargado del Registro Civil; y en la de 15 de enero de 2014, las mujeres no estaban casadas.

87 En este sentido, BARBER CÁRCAMO, R.: "Doble maternidad legal, filiación y relaciones parentales", *Derecho privado y Constitución*, n.º 28, 2014, pp 125-129; QUICIOS MOLINA, S.: "Reproducción asistida...", cit., p. 303.

88 Así, NANCLARES VALLE, J.: "El interés superior del menor", cit., p 11 y 42; BARBER CÁRCAMO, R.: "Doble maternidad legal...", cit., p. 130.

89 Así, DÍAZ MARTÍNEZ, A.: "Acción de reclamación de filiación ejercitada por la mujer que no fue la madre gestante: nuevo paso en la doble maternidad derivada de reproducción asistida", *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, 2014, n.º 10; BENAVENTE MOREDA, P.: "El interés superior de los menores nacidos a partir de un contrato de gestación por sustitución", *Revista General de Derecho Constitucional*, 2020, n.º 31, pp. 36 y 42.

En el ámbito de los contratos de gestación por sustitución cabe pensar que el menor tiene derecho, en virtud de su prevalente interés, a que su filiación sea decidida en el menor tiempo posible para dar certidumbre a su situación, dando respuesta a la solicitud de su inscripción en el Registro civil⁹⁰. La actuación “contra legem” de los padres de intención ex art. 10.1 LTRHA no puede alcanzar al estatuto jurídico del menor y la protección de su prevalente interés (art. 2 LOPJM), como han puesto de relieve algunas de las sentencias arriba indicadas, incluso en los casos en los que los progenitores subrogantes no sean padres biológicos⁹¹. Y ello por cuanto, como afirma el TEDH en su Dictamen de 10 de abril de 2019: “Lo que el interés superior del niño -que debe ser evaluado principalmente in concreto y no in abstracto- requiere es que el reconocimiento de esa relación, legalmente establecida en el extranjero, sea posible como máximo cuando se haya convertido en una realidad práctica” (apdo. 52). De manera que el Estado podrá ejercitar una labor de control de estas situaciones caso a caso, pero siempre asegurando el bienestar e interés de ese menor⁹².

V. CONSIDERACIONES FINALES.

El derecho a crear una familia, como todos los derechos, no es ilimitado y no incluye la facultad de establecer lazos de filiación por medios no reconocidos como tales por el ordenamiento jurídico, siempre, claro está, que esta falta de reconocimiento no sea contraria a las exigencias constitucionales, ni a los convenios internacionales.

En cuanto a lo primero, hay que tener en cuenta que las normas que regulan los aspectos fundamentales de las relaciones paterno-filiales tienen su anclaje en preceptos constitucionales como la igualdad de los hijos y su no discriminación por razón de filiación o nacimiento (arts. 14 y 39.2 CE) y la protección de la familia, de los hijos y de las madres, con independencia de su estado civil (art. 39 CE). En

90 En esta dirección FEMENÍA LÓPEZ, P.: *La determinación de la filiación...*, cit., p. 201.

91 Según afirma ROCA TRIAS, E.: “*Dura lex sed lex. O de cómo integrar el interés del menor y la prohibición de la maternidad subrogada*”, en *Treinta años de reproducción asistida en España: una mirada interdisciplinaria a un fenómeno global y actual* (coord. por P. Benavente Moreda y E. Farnós Amorós), *Boletín de Ministerio de Justicia*, n.º 2179, 2015 (junio), p. 333, quien es partidaria de la protección del interés de estos menores, independientemente de la relación biológica con sus padres de intención.

En esta misma dirección véase NAVARRO MICHEL, M.: “La gestación por sustitución...”, cit., p. 253 y LAMM, E.: “Gestación por sustitución y género: repensando el feminismo”, en AA.VV.: *El cuerpo diseminado. Estatuto, uso y disposición de los biomateriales humanos* (coord. por R. García Manrique), Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2018, p. 203, esta última autora afirma que: “Efectuar distinciones en la determinación de la filiación según se aporte material genético puede dilatar y condicionar el acceso a la filiación y generar situaciones desiguales y discriminatorias que impactan negativamente en el niño o niña que nace”.

92 Como se afirma en el voto particular formulado a la STS (Pleno) n.º 835/2013 6 febrero 2014, “la vulneración del orden público internacional sólo puede comprobarse caso por caso. Son los tribunales españoles los que deben decidir la cuestión de si los efectos que produce una resolución extranjera en España contrarían los principios constitucionales, no los que emanan de una ley que anula el contrato, pero que no elimina sus consecuencias una vez producidas”.

ambos preceptos encuentra su base la preservación del principio del *favor filii*, que ha sido declarado y reconocido jurisprudencialmente a lo largo de todo el proceso de actualización del Derecho de familia y se ha materializado en el principio del interés superior del menor (art. 2 LOPJM, concretado por la LO 8/2015).

Dentro de los convenios internacionales, la solución al problema abordado en este trabajo podría venir de la mano de la Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado, que lleva años trabajando para elaborar un protocolo sobre el reconocimiento de las decisiones judiciales extranjeras relacionadas con la filiación de los niños nacidos como consecuencia de acuerdos internacionales de gestación subrogada⁹³. Entre tanto, destacan las exigencias del Convenio Europeo de Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales y la interpretación que de su art. 8 ha hecho el TEDH, así como el art. 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, que reconoce que todas las medidas concernientes a los niños que se tomen por parte de las instituciones públicas o privadas, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, atenderán al interés superior del niño, principio que ha sido concretado y desarrollado por la Observación general n.º 14 (2013) del Comité de los Derechos del Niño.

Todo ello se traduce, como reconoce la propia STS 6 febrero 2014 FD 3.º apdo. 6.º, que las modernas regulaciones de las relaciones familiares no establecen como fuente exclusiva de la filiación el hecho biológico, sino que existen otros vínculos, como, por ejemplo, los derivados de la adopción o del consentimiento a la fecundación *in vitro* con contribución de donante, que ordenamiento jurídico toma en consideración como determinantes de la filiación. "Con ello se reconoce -siguiendo al TS- que en la determinación legal de la relación de filiación tienen incidencia no solo factores biológicos, sino también otros de naturaleza social y cultural".

En la práctica, como hemos podido comprobar en este trabajo, se está produciendo una clara ruptura entre la ley y las decisiones que están tomando los distintos operadores jurídicos, como consecuencia precisamente de esos otros factores de naturaleza social y cultural. Se están forzando las normas aplicables, tanto en los aspectos sustantivos relativos a los títulos de determinación de la filiación, como en las cuestiones procesales que afectan al ejercicio de estas acciones, para dar solución a las nuevas formas de familia que se están creando mediante las técnicas de reproducción asistida. Esto pone de manifiesto, una vez más, la necesidad de una reforma coherente del sistema de determinación de la filiación, pensado fundamentalmente para la filiación por naturaleza, y que un

93 Disponible en: <https://www.hcch.net/es/projects/legislative-projects/parentage-surrogacy>.

sector de la doctrina ya demanda desde hace tiempo para dar mayor protagonismo a la voluntad procreacional⁹⁴.

En concreto, frente a la nulidad de los contratos de gestación por sustitución que establece el art. 10.1 LTRHA, el principio de maternidad y paternidad biológica (ex art. 10.2 y 3 LTRHA) y la interpretación que de orden público internacional hizo en su día el TS en la sentencia de 6 de febrero de 2014, algunas Audiencias Provinciales están considerando que a los niños nacidos por gestación por sustitución en el extranjero hay que reconocerles un estatus jurídico definido, una identidad cierta en el país en el que normalmente van a vivir, atendiendo al superior interés del menor.

La aplicación de este principio se manifiesta con mayor intensidad en los casos más difíciles, cuando no hay vínculo biológico con los padres intencionales (y, por lo tanto, no resulta de aplicación el art. 10.3 LTRHA y el principio de verdad biológica), y tampoco es posible la adopción por parte de la pareja o la persona sola que ha acudido a este procedimiento para tener hijos (arts. 175.1, 176.2.2° y 177.2.2 CC). Soluciones que, por ahora, son las que han dado a este problema tanto el TEDH como el TS.

Nuestros tribunales inferiores, con buen criterio, están determinando la filiación en estos casos difíciles atendiendo a la voluntad de ser padre o madre (manifestada en el contrato gestacional, que haya sido legalizado por las autoridades extranjeras), a la posesión de estado y a la relación familiar *de facto* existente entre padre(s)/madre(s) e hijo(s). Erigiendo así la voluntad procreacional, la posesión de estado (como “filiación vivida”⁹⁵) y al interés superior del menor, en las piezas de toque para el reconocimiento judicial de la filiación legalmente establecida por las autoridades extranjeras conforme a su Derecho.

En suma, bajo mi punto de vista, aunque resulta un interés legítimo que los Estados donde no está permitida la gestación por sustitución puedan seguir ejerciendo un control *in concreto* sobre estos contratos, como entiende el TEDH, en orden a evitar una posible mercantilización de las mujeres y los menores, este control no debería afectar al interés prevalente del menor. Pues el niño que ha nacido en contra de lo dispuesto en el art. 10.1 LTRHA tiene derecho

94 En este sentido, entre otros, ANDREU MARTÍNEZ, M.ª B.: “La doble maternidad tras la reforma del artículo 7.3 LTRHA y la resolución de la DGRN de 8 de febrero de 2017: ¿Realmente avanzamos o hemos retrocedido?”, *InDret*, 2018, n.º 2, p. 29; FARNÓS AMORÓS, E.: “La filiación derivada de reproducción asistida: voluntad y biología”, *ADC*, 2015, fasc. 1, pp. 50-52; GETE-ALONSO Y CALERA, M.C. / SOLÉ RESINA, J.: *Actualización del Derecho de filiación. Repensando la maternidad y la paternidad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 71 y ss.; PANIZA FULLANA, A.: *Realidad biológica versus realidad jurídica: el necesario replanteamiento de la filiación*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2017, pp. 115-117; y TAMAYO HAYA, S.: “Hacia un nuevo modelo de filiación basado en la voluntad en las sociedades contemporáneas”, *Revista Digital Facultad de Derecho*, 2013, n.º 6, pp. 261-316.

95 Utilizando la expresión de FLORES RODRÍGUEZ, J.: “El derecho a la identidad del niño en las nuevas formas de familia”, *La Ley Derecho de familia*, 18 noviembre 2014, p. 5.

a tener una identidad propia conforme a cómo vive, lo que debería implicar el reconocimiento de esa relación de filiación, aunque no haya vinculación biológica con los padres intencionales, cuando se cumplen ciertas condiciones. En particular; en los supuestos donde no es posible el reconocimiento por el padre biológico ni la adopción del menor con cierta celeridad, será posible la inscripción de la resolución judicial o la mera certificación extranjera que determine la filiación a favor de la parte comitente, cuando quede acreditada judicialmente una relación familiar de hecho que beneficia a ese menor (por lo que quedaría acreditada la idoneidad de los padres comitentes) y el contrato gestacional ha cumplido con todas las garantías, entre ellas la identidad de la mujer gestante y la salvaguarda de su consentimiento antes y después del parto.

Si el reconocimiento de esta filiación afecta a la coherencia del sistema que rige nuestro Derecho, tendremos que replantearnos la necesidad de un cambio legal o al menos jurisprudencial por parte de la Sala I.^a del Tribunal Supremo. Como ha acabado aconteciendo en otros países como Alemania⁹⁶, Francia⁹⁷ o Reino Unido⁹⁸, donde sus tribunales superiores han reinterpretado el concepto de orden público internacional en relación a la gestación por sustitución, frente a otros Estados más inmovilistas como Italia⁹⁹. El recurso de casación interpuesto

96 En Alemania, una de las decisiones más importantes sobre este tema es la sentencia del *Bundesgerichtshof* de 10 de diciembre de 2014 (asunto XII ZB 463/13) que, teniendo en cuenta el interés superior del menor y atendiendo a los criterios del TEDH, consideró que no era contrario al orden público internacional alemán el reconocimiento de la filiación constituida por un tribunal de California, en un caso de gestación subrogada, a favor de una pareja del mismo sexo en la que uno de los comitentes había aportado su propio material genético y no existía vínculo genético entre el bebé y la madre gestante. Y ello por cuanto apreció que siempre que se garantice que el acuerdo de gestación subrogada y su posterior ejecución cumplen con los requisitos que salvaguardan la voluntad de la mujer gestante de llevar a cabo el embarazo y después del parto entregar al niño a los padres comitentes, la dignidad de aquella queda garantizada (apdos. 49-51). Esta decisión abrió la posibilidad a las parejas que acuden al extranjero a tener hijos por este procedimiento a su reconocimiento, sin necesidad de recurrir a la adopción, a pesar de que en Alemania están prohibidos los contratos de gestación subrogada.

97 Véanse notas 21 y 22.

98 Aunque en Reino Unido la gestación subrogada es legal y está permitida [de acuerdo con la *Surrogacy Arrangements Act (1985)* y *The Human Fertilisation and Embryology Act (2008)*], la mujer gestante no debe haber percibido remuneración alguna más allá de los gastos razonables que se hubieran producido. Esto motiva la escasez de mujeres que están dispuestas a gestar para otro(s) y que algunos ingleses acuden a otros países para tener hijos. Por lo que, en la práctica, la gestación subrogada comercial se practica en contra de su Derecho y, pese a ello, es respaldada por los tribunales ingleses en virtud del interés superior del menor, otorgando la orden de parentalidad (que equivale al reconocimiento de la filiación) a los padres comitentes que la solicitan [FENTON-GLYNN, C.: "Surrogacy in England and Wales", en AA.VV.: *Eastern and Western Perspectives on Surrogacy*, Intersentia (eds. J.M. Scherpe/ C. Fenton-Glynn/ T. Kaan), Cambridge-Antwerp-Chicago, 2019, p. 133].

99 Así, la Sentencia n.º 12193/2019 de 8 de mayo de 2019, de las Secciones Unidas de la Corte de Casación italiana considera que el reconocimiento de la eficacia de la resolución judicial extranjera que establece la relación de filiación entre un menor nacido en el extranjero por gestación por sustitución y el padre intencional no biológico, no puede ser objeto de inscripción, por la prohibición de gestación subrogada prevista en el art. 12.6 de la Ley italiana 40/2004, precepto que considera de orden público, puesto que protege valores fundamentales como la dignidad de la mujer embarazada y la adopción. Dichos valores se consideran como prevalentes respecto del interés superior del menor. Siendo la única solución la adopción por parte del progenitor no biológico. Véase aquí BARBA, V.: "Gestación por sustitución y orden público internacional en el ordenamiento jurídico italiano. La última decisión de Pleno de la Corte de Casación y sus consecuencias", *Revista de Derecho Civil*, 2020, vol. VII, n.º 1, pp. 70, 80 y MAZZILLI, E.: "Ineficacia de la relación de filiación entre el progenitor intencional y el niño nacido a través del recurso a la gestación

contra la SAP Madrid de 1 diciembre de 2020 será una buena oportunidad para que nuestro Tribunal Supremo dé un paso al frente y pueda adaptar el concepto de orden público a las nuevas formas de familia.

por sustitución por contrariedad al orden público en el ordenamiento italiano”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2021, vol. 13, n.º 2 (octubre), pp. 1032-1046.

BIBLIOGRAFÍA.

ANDREU MARTÍNEZ, M.^a B.: "La doble maternidad tras la reforma del artículo 7.3 LTRHA y la resolución de la DGRN de 8 de febrero de 2017: ¿Realmente avanzamos o hemos retrocedido?", *InDret*, 2018, n.º 2, pp. 1-35.

- "Una nueva vuelta de tuerca en la inscripción de menores nacidos mediante gestación subrogada en el extranjero: la Instrucción de la DGRN de 18 de febrero de 2019", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2019, n.º 10 bis (junio), pp. 64-85.

BARBA, V.: "Gestación por sustitución y orden público internacional en el ordenamiento jurídico italiano. La última decisión de Pleno de la Corte de Casación y sus consecuencias", *Revista de Derecho Civil*, 2020, vol. VII, n.º 1 (enero-marzo), pp. 69-101.

BARBER CÁRCAMO, R.: "La «legalización administrativa» de la gestación por sustitución en España (Crónica de una ilegalidad y remedios para combatirla)", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 2013, n.º 739, pp. 2905-2950.

- "Doble maternidad legal, filiación y relaciones parentales", *Derecho privado y Constitución*, 2014, n.º 28, pp. 93-136.

BENAVENTE MOREDA, P.: "El interés superior de los menores nacidos a partir de un contrato de gestación por sustitución", *Revista General de Derecho Constitucional*, 2020, n.º 31, pp. 1-64.

CALVO CARAVACA, A.L. / CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: "Notas críticas en torno a la Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 5 octubre 2010 sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2011, vol. 3, n.º 1(marzo), pp. 247-262.

- "Gestación por sustitución en California: Comentario de la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014 (247/2014)", en AA.VV.: *Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina: civil y mercantil* (coord. por M. Yzquierdo Tolsada), 2016, vol. 6, pp. 395-410.

CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS DE LA ONU, *Informe de la Relatora Especial sobre la venta y la explotación sexual de niños, incluidos la prostitución infantil, la utilización de niños en la pornografía y demás material que muestre abusos sexuales de niños*, marzo 2018. Disponible en: <https://undocs.org/es/A/HRC/37/60>.

DE VERDA Y BEAMONTE, J.R.: "La filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida (un análisis crítico de la experiencia jurídica española, treinta años después

de la aprobación de la primera regulación legal sobre la materia)", *Diritto delle successioni e della famiglia*, 2018, vol. 4, n.º 1, pp. 301-340.

DÍAZ FRAILE, J.M.: "La gestación por sustitución ante el Registro Civil español. Evolución de la doctrina de la DGRN y de la jurisprudencia española y europea", *Revista de Derecho Civil*, 2019, vol. VI, n.º 1 (enero-marzo), pp. 53-131.

DÍAZ MARTÍNEZ, A.: "Acción de reclamación de filiación ejercitada por la mujer que no fue la madre gestante: nuevo paso en la doble maternidad derivada de reproducción asistida", *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, 2014, n.º 10.

DOMÍNGUEZ IZQUIERDO, E.M.: "La eventual relevancia penal de la aplicación de técnicas de reproducción asistida en casos de maternidad subrogada. El alcance del consentimiento", en AA.VV.: *Gestación subrogada. Principales cuestiones civiles, penales, registrales y médicas. Su evolución y consideración (1988-2019)* (dir. por F. Lledó Yagüe/M.P. Ferrer Vanrell/ I. Benítez Ortúzar/ C. Ochoa Marieta / O. Monje Balmaseda), Dykinson, Madrid, 2019, pp. 673-712.

DURÁN AYAGO, A.: "Protocolo n.º 16 al Convenio Europeo de Derechos Humanos y Gestación por sustitución: primera consulta planteada por la Corte de Casación francesa y primera respuesta para seguir sin desbrozar del todo el camino", *Revista General de Derecho Europeo*, 2019, pp. 132-149.

FARNÓS AMORÓS, E.: "La filiación derivada de reproducción asistida: voluntad y biología", *Anuario de Derecho Civil*, 2015, fasc. I, pp.5-61.

FEMENÍA LÓPEZ, P.: *La determinación de la filiación "en interés del menor". "Turismo reproductivo" y nuevos modelos de familia*, Dykinson, Madrid, 2019.

FENTON-GLYNN, C.: "Surrogacy in England and Wales", en AA.VV.: *Eastern and Western Perspectives on Surrogacy*, Intersentia (eds. J.M. Scherpe/C. Fenton-Glynn/ T. Kaan), Cambridge-Antwerp-Chicago, 2019, pp. 115-134.

FLORES RODRÍGUEZ, J.: "El derecho a la identidad del niño en las nuevas formas de familia", *La Ley Derecho de familia*, 18 noviembre 2014.

GETE-ALONSO Y CALERA, M.C. / SOLÉ RESINA, J.: *Actualización del Derecho de filiación. Repensando la maternidad y la paternidad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.

GONSÁLES PÉREZ DE CASTRO, M.: *La verdad biológica en la determinación de la filiación*, Dykinson, Madrid, 2013.

HEREDIA CERVANTES, I.: "Comentario a la STS de 6 de febrero de 2014. Inscripción de relación de filiación derivada del recurso a gestación por sustitución en el extranjero", *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, 2014, n.º 96, pp. 177-214.

- "La inscripción de relaciones de filiación constituidas en el extranjero mediante gestación por sustitución: seis años desperdiciados", *Boletín del Ministerio de Justicia*, 2015, n.º 2179 (junio), pp. 339-396.

LAMM, E.: "Gestación por sustitución y género: repensando el feminismo", en AA.VV.: *El cuerpo diseminado. Estatuto, uso y disposición de los biomateriales humanos* (coord. por R. García Manrique), Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2018, pp. 191-200.

LLEDÓ YAGÜE, F.: "La filiación en la gestación subrogada: el estado de la cuestión (1988-2019)", en AA.VV.: *Gestación subrogada. Principales cuestiones civiles, penales, registrales y médicas. Su evolución y consideración (1988-2019)* (dir. por F. Lledó Yagüe/M.P. Ferrer Vanrell/ I. Benítez Ortúzar/ C. Ochoa Marieta / O. Monje Balmaseda), Dykinson, Madrid, 2019, pp. 29-73.

MAZZILLI, E.: "Ineficacia de la relación de filiación entre el progenitor intencional y el niño nacido a través del recurso a la gestación por sustitución por contrariedad al orden público en el ordenamiento italiano", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2021, vol. 13, n.º 2 (octubre), pp. 1032-1046.

MUÑOZ RODRIGO, G.: "La filiación y la gestación por sustitución: a propósito de las Instrucciones de la DGRN de 14 y 18 de febrero de 2019", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2019, n.º 10 bis, pp. 722-735.

MÚRTULA LAFUENTE, V.: "El difícil equilibrio en el tratamiento jurídico de la gestación por sustitución: una propuesta de regulación desde los derechos de la mujer gestante", en AA.VV.: *El Derecho civil ante los nuevos retos planteados por las técnicas de reproducción asistida* (coord. por Y. Bustos Moreno y V. Múrtula Lafuente), Dykinson, Madrid, 2021, pp. 319-377.

NANCLARES VALLE, J.: "El interés superior del menor en la gestación por sustitución", *Revista General de Derecho Constitucional*, 2020, n.º 31, pp. 1-48.

NAVARRO MICHEL, M.: "La gestación por sustitución, ¿debe ser regulada? Y, en su caso, ¿cómo?", en AA.VV.: *El cuerpo diseminado. Estatuto, uso y disposición de los biomateriales humanos* (coord. por R. García Manrique), Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2018, pp. 237-258.

OCHOA RUIZ, N.: "Tribunal Europeo de Derechos Humanos: Asunto c. Fjölnisdóttir y otros c. Islandia, demanda n.º 71552/17, sentencia de 18 de mayo de 2021", *Revista Aranzadi Doctrinal*, 2021, n.º 9.

PANIZA FULLANA, A.: *Realidad biológica versus realidad jurídica: el necesario replanteamiento de la filiación*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2017.

QUICIOS MOLINA, S.: "La respuesta de los ordenamientos jurídicos, que prohíben la gestación por sustitución, a las demandas de inscripción de los hijos de nacionales nacidos en el extranjero: El caso español", en AA.VV.: *Filiación, gestación por sustitución, responsabilidad parental e interés superior de la niñez: Perspectivas de derecho comparado* (ed. por N. González Martín), UNAM, México, 2021, pp. 175-208. Disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/13/6432/9.pdf>.

- "Reproducción asistida y modos de determinación legal de la filiación: parto, presunciones, reconocimientos, posesión de estado...e interés superior del menor", en AA.VV.: *El Derecho civil ante los nuevos retos planteados por las técnicas de reproducción asistida* (coord. por Y. Bustos Moreno y V. Múrtula Lafuente), Dykinson, Madrid, 2021, pp. 277-317.

ROCA TRÍAS, E.: "Dura lex sed lex. O de cómo integrar el interés del menor y la prohibición de la maternidad subrogada", en *Treinta años de reproducción asistida en España: una mirada interdisciplinaria a un fenómeno global y actual* (coord. por P. Benavente Moreda y E. Farnós Amorós), *Boletín de Ministerio de Justicia*, 2015, n.º 2179 (junio), pp. 301-338.

TAMAYO HAYA, S.: "Hacia un nuevo modelo de filiación basado en la voluntad en las sociedades contemporáneas", *Revista Digital Facultad de Derecho*, 2013, n.º 6, pp. 261-316.

VÁZQUEZ MUIÑA, T.: "No se puede inscribir en el Registro Civil español la filiación surgida en el extranjero mediante gestación por sustitución. Comentario a la STS de 6 de febrero de 2014", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2018, n.º 8 (feb.), pp. 80-96.

VELA SÁNCHEZ, A. J.: *Gestación por encargo: Tratamiento judicial y soluciones prácticas. La cuestión jurídica de las madres de alquiler*, Reus, Madrid, 2015.

VILAR GONZÁLEZ, S.: *La gestación subrogada en España y en el derecho comparado*, Wolters Kluwer, Madrid, 2018.

