



Derecho Español **C**ontemporáneo

**GESTACIÓN POR ENCARGO:
TRATAMIENTO JUDICIAL Y
SOLUCIONES PRÁCTICAS**
La cuestión jurídica de las madres de alquiler

Antonio J. Vela Sánchez

Profesor Titular de Derecho Civil
Universidad Pablo de Olavide (Sevilla)



COLECCIÓN DE DERECHO ESPAÑOL CONTEMPORÁNEO

TÍTULOS PUBLICADOS

- Renuncia y repudiación de la herencia en el Código civil**, *Carlos Rogel Vide* (2011).
- La prueba en el procedimiento contencioso-administrativo**, *David Ordóñez Solís* (2011).
- Formulación de cuentas anuales en las sociedades de capital**, *Leopoldo del Puerto Cabrera* (2011).
- Fuentes del Derecho Nobiliario**, *Vanessa E. Gil Rodríguez de Clara* (2011).
- La cláusula penal**, *Silvia Díaz Alabart* (2011).
- Adquisición de la nacionalidad por descendientes de españoles**, *María José Cazorla González* (2011).
- Honor, intimidad e imagen en el deporte**, *Blanca Sánchez-Calero Arribas* (2011).
- La impugnación del arbitraje**, *Miguel L. Lacruz Mantecón* (2011).
- Recargas hipotecarias e hipotecas recargables**, *Helena Díez García* (2012).
- La responsabilidad precontractual**, *Pablo Valés Duque* (2012).
- El pago en metálico de la legítima de los descendientes**, *Carlos Vattier Fuenzalida* (2012).
- La donación en España y en Europa**, *Antoni Vaquer Aloy* (2012).
- La responsabilidad extracontractual del principal por hechos de sus auxiliares: principios y tendencias**, *Josep Solé Feliu* (2012).
- El error de derecho**, *Salvador Carrión* (2012).
- La condonación de la deuda**, *Francisco de P. Blasco Gascó* (2012).
- La compraventa y la categoría del negocio jurídico abstracto**, *Cristina Fuenteseca Degeneffe* (2012).
- La denominación de origen: su protección jurídica**, *Francisco Millán Salas* (2012).
- Derecho de asociación con fines profesionales en la Guardia Civil**, *Francisco Javier Marín Lizarraga* (2012).
- Contratos sobre bienes litigiosos y su rescisión**, *Carlos Manuel Díez Soto* (2013).
- Matrimonio y Constitución (presente, y posible futuro)**, *Guillermo Cerdeira Bravo de Mansilla* (2013).
- La institución del Jurado, introducción a su estudio psicosocial**, *Ricardo Yáñez Velasco* (2014).
- Tauromaquia y Propiedad Intelectual**, *Hugo de Patrocinio Polo* (2014).
- El lucro cesante**, *Elena Vicente Domingo* (2014).
- Riesgo empresarial y responsabilidad civil**, *Natalia Álvarez Lata* (2014).
- Gestación por encargo: tratamiento judicial y soluciones prácticas. La cuestión jurídica de las madres de alquiler**, *Antonio J. Vela Sánchez* (2015).

DERECHO ESPAÑOL CONTEMPORÁNEO

Directores:

CARLOS ROGEL VIDE y SILVIA DÍAZ ALABART

Catedráticos de Derecho Civil
Universidad Complutense de Madrid

**GESTACIÓN POR ENCARGO:
TRATAMIENTO JUDICIAL Y
SOLUCIONES PRÁCTICAS**
**La cuestión jurídica de las
madres de alquiler**

Antonio J. Vela Sánchez

*Profesor Titular de Derecho Civil
Universidad Pablo de Olavide (Sevilla)*



Madrid, 2015

© Editorial Reus, S. A.
C/ Rafael Calvo, 18, 2º C – 28010 Madrid
Tfno.: (34) 91 521 36 19 – (34) 91 522 30 54
Fax: (34) 91 445 11 26
E-mail: reus@editorialreus.es
<http://www.editorialreus.es>

1ª edición REUS, S.A. (2015)
ISBN: 978-84-290-1839-4
Depósito Legal: M 8514-2015
Diseño de portada: María Lapor
Impreso en España
Printed in Spain

Imprime: Talleres Editoriales Cometa, S. A.
Ctra. Castellón, km 3,400 – 50013 Zaragoza

Ni Editorial Reus, ni los Directores de Colección de ésta responden del contenido de los textos impresos, cuya originalidad garantizan los autores de los mismos. Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra sólo puede ser realizada con la autorización expresa de Editorial Reus, salvo excepción prevista por la ley. Fotocopiar o reproducir ilegalmente la presente obra es un delito castigado con cárcel en el vigente Código penal español.

*A Pedro Romero Candau,
estimado amigo y brillante jurista.*

Las leyes justas nacieron de las injusticias.

José Narosky

ABREVIATURAS

- AAP: Auto de Audiencia Provincial.
AC: Revista Actualidad Civil.
ADC: Anuario de Derecho Civil.
AEDIPr.: Anuario Español de Derecho Internacional Privado.
AFDUA: Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Alcalá.
AFDUAM: Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid.
ArC: Aranzadi Civil.
art.(arts.): artículo(s).
A(A)TS: Auto(s) del Tribunal Supremo.
BIMJ: Boletín de Información del Ministerio de Justicia.
CC: Código civil.
CDT: Cuadernos de Derecho Transnacional.
CE: Constitución Española de 1978.

CEDH: Convenio Europeo de Derechos Humanos de 4 de noviembre de 1950, modificado por las disposiciones del Protocolo núm. 14 (STCE núm. 194) que entraron en vigor el 1 de junio de 2010.

cit.: citada.

cfr.: confrontar.

coord.(s.) coordinador/a(es/as).

Dir(s): director(res)/a(s).

DGRN: Dirección General de los Registros y del Notariado.

FJ: Fundamento Jurídico.

La Ley: La Ley. Revista Jurídica Española de Doctrina, Jurisprudencia y Bibliografía.

LEC: Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

LO: Ley Orgánica.

LOPJ: Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

LRC: Ley de 8 de junio de 1957, del Registro Civil (vigente hasta el 15 de Julio de 2015, que, conforme a la Disposición adicional decimonovena del Real Decreto-ley 8/2014, de 4 de julio, de aprobación de medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y la eficiencia, entrará en vigor de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil.

- LTRA: Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre Técnicas de Reproducción Asistida.
- LTRHA: Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida.
- n.: nota.
- núm.: número.
- op. cit.: obra citada.
- p.(pp.): página(s).
- párr. párrafo.
- RBD: Revista de Bioética y Derecho.
- RCDI: Revista Crítica de Derecho Inmobiliario.
- RCEC: Revista del Centro de Estudios Constitucionales.
- RD: Real Decreto.
- RDGRN: Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado.
- RDP: Revista de Derecho Privado.
- REDI: Revista Española de Derecho Internacional.
- RIA: Revista sobre la Infancia y la Adolescencia.
- RJC: Revista Jurídica de Cataluña.
- RRC: Decreto de 14 de noviembre de 1958, por el que se aprueba el Reglamento para la aplicación de la Ley del Registro Civil.
- S.: Sentencia.
- S(S)AP: Sentencia(s) de Audiencia Provincial.

- SJPI: Sentencia del Juzgado de Primera Instancia.
- SJS: Sentencia del Juzgado de lo Social.
- S(S)TC: Sentencia(s) del Tribunal Constitucional.
- STDH: Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.
- S(S)TS: Sentencia(s) del Tribunal Supremo.
- S(S)TSJ: Sentencia(s) del Tribunal Superior de Justicia.
- ss.: siguientes.
- T.: Tomo.
- TC: Tribunal Constitucional.
- TEDH: Tribunal Europeo de Derechos Humanos.
- TS: Tribunal Supremo.
- TSJ: Tribunal Superior de Justicia.
- vid.: véase.
- vol.: volumen.

INTRODUCCIÓN¹

Este autor ha defendido en muchas ocasiones² que para solventar legítimamente problemas de

¹ Trabajo realizado en el marco del Proyecto I+D+i del MICINN «Derecho y Poder político: un análisis histórico y comparado desde el punto de vista de la persona», cuyo IP es el Prof. Dr. D. Bernardo Perriñán Gómez.

² VELA SÁNCHEZ, A. J.: «La gestación por sustitución o maternidad subrogada: el derecho a recurrir a las madres de alquiler. Cuestiones que suscita la Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución», *La Ley*, núm. 7608, 11 de abril de 2011, pp. 1 y ss.; «Propuesta de regulación del convenio de gestación por sustitución o de maternidad subrogada en España. El recurso a las madres de alquiler: a propósito de la Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010», *La Ley*, núm. 7621, 3 de mayo de 2011, pp. 1 y ss.; «Problemas prácticos del convenio de gestación por sustitución o de maternidad subrogada en nuestro ordenamiento jurídico», *RDF*, núm. 53, 2011, pp. 67 y ss.; «De nuevo sobre la regulación del convenio de gestación por sustitución o de maternidad subrogada en España. A propósito de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 23 de noviembre de 2011», *La Ley*, núm. 7815, 9 de marzo de 2012, pp. 8 y ss.; *La maternidad subrogada: estudio ante un reto*

infertilidad no salvables mediante los mecanismos establecidos en la actual LTRHA y favorecer el tutelable anhelo de paternidad o maternidad biológica o no biológica —el admisible derecho fundamental a la reproducción—, debería abordarse por el legislador patrio una razonable regulación del convenio de gestación por encargo o subrogación en nuestro ordenamiento jurídico. Dicha regulación podría realizarse de acuerdo con las propias premisas extraíbles de la trascendental Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010 y de algunas acertadas regulaciones extranjeras existentes en esta materia de convenio gestacional que, no se olvide nunca, tiene como finalidad fundamental y plausible la generación de una vida humana. Como he repetido en muchas ocasiones —es el leitmotiv de

normativo, Comares, Granada, 2012; «La gestación por encargo desde el análisis económico del derecho: medidas anticrisis desde el Derecho de Familia», *La Ley*, núm. 8055, 8 al 14 de abril de 2013, pp. 8 y ss.; «El interés superior del menor como fundamento de la inscripción de la filiación derivada del convenio de gestación por encargo», *La Ley*, núm. 8162, 3 de octubre de 2013, pp. 1 y ss.; «Los hijos nacidos de convenio de gestación por sustitución no pueden ser inscritos en el Registro Civil español. A propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014», *La Ley*, núm. 8279, 26 de marzo de 2014, pp. 1 y ss.; «Soluciones prácticas para la eficacia en España de un convenio de gestación por encargo. De nuevo a propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014», *La Ley*, núm. 8309, 13 de mayo de 2014, pp. 14 y ss.; y «Los hijos nacidos de convenio de gestación por sustitución pueden ser inscritos en el Registro Civil español. A propósito de las Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 26 de junio de 2014», *La Ley*, núm. 8415, 6 de noviembre de 2014, pp. 9 y ss.

mi obra—, el jurista no debe limitarse a contemplar la realidad, sino que está obligado a proponer al legislador o al juzgador soluciones razonables y valientes —en su caso—, a los novedosos retos jurídicos planteados por la sociedad moderna.

A mi entender, criterio compartido por cada vez más autores, la revisión de la radical prohibición de la gestación por subrogación o encargo es, precisamente, el problema de fondo que ha de ser afrontado diligentemente en nuestro ordenamiento jurídico, tal y como está sucediendo en otros países de nuestro entorno o fuera de él, a través de la elaboración de una legislación razonable³.

³ P.e., ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S. («Reconocimiento de la filiación derivada de gestación por sustitución», en *Entre Bruselas y La Haya: Estudios sobre la unificación internacional y regional del Derecho internacional privado, Liber amicorum Alegría Borrás*, Joaquim Joan Forner i Delaygua, Cristina González Beilfuss, Ramón Viñas Farré (Coords.), Marcial Pons, Madrid, 2013, p. 90), que defiende que aunque «todos sabemos que legislar sobre un tema no es garantía de seguridad jurídica, urge la adopción de soluciones positivas sobre la problemática analizada, puesto que la actual situación sí es garantía de un grado insoportable de inseguridad»; FLORES RODRÍGUEZ, J. («Vientres de alquiler: más cerca de su reconocimiento legal en Europa», *La Ley*, núm. 8363, 28 de julio de 2014, p. 5), que, de acuerdo con lo establecido por el TEDH, considera que llegado «este momento, el establecimiento de un estatuto jurídico que regule y preste seguridad, previsibilidad y certidumbre a esta situación debe terminar imponiéndose como una solución necesaria de forma irrenunciable para cada Estado firmante de la Convención»; LASARTE ÁLVAREZ, C. («La reproducción asistida y la prohibición legal de maternidad subrogada admitida de hecho por vía reglamentaria», *La Ley*, núm. 7777, 17 de enero de 2012, pp. 17-18), quien advierte que en esta sede no caben «ocurrencias coyunturales e irreflexivas de incierto futuro, por mucho que la apariencia del poder político del momento pretenda revestirlas

En efecto, conseguida técnica y científicamente la fecundación *in vitro*, probablemente sea más acertado admitir el convenio de gestación por encargo y que quienes deseen tener descendencia, superando los problemas de infertilidad no resueltos por la LTRHA, puedan recurrir a dicha técnica reproductiva, al menos cuando puedan —en aras del interés superior del menor— ofrecer a los futuros nacidos un entorno familiar que resulte adecuado y se considere tal por el legislador ayudado de los tribunales.

En la Parte Primera de este estudio se abordarán los criterios esenciales en sede de inscripción de la filiación derivada de un convenio de gestación por encargo según la curia y la Dirección General de los Registros y del Notariado. Así, realizadas unas previas aclaraciones terminológicas sobre la nomenclatura a utilizar en esta sede —concluyéndose que la expresión gestación por encargo podría ser la más adecuada— y efectuada una aproximación a la definición del convenio de gestación por encargo, se destacará la actual importancia de la voluntad como elemento cardinal en la determinación de la filiación jurídica, se hará referencia al contenido básico que debería incluir una regulación nacional de este convenio gestacional y se analizará cuál es el valor de la inscripción de la filiación en nuestro

de un fundamento del que, a todas luces, carecen... (Como) viene haciendo el Ministerio de Justicia durante la recién fenecida Legislatura 2008-2011»; etc.

Registro Civil, esto es, se indicará que una filiación puede existir y ser válida con independencia de que esté registrada, pues la inscripción no es constitutiva en nuestro ordenamiento jurídico. Concluido este preliminar, se afrontarán, en primer lugar, las cuestiones del control de legalidad de la documentación extranjera en la que se contenga la filiación derivada del susodicho convenio de gestación por encargo y de la imposibilidad, según la jurisprudencia civil, de que la documentación señalada infrinja nuestro orden público⁴, en particular, la dignidad de la mujer gestante y del niño, pues se mercantilizarían la gestación y la filiación, sin olvidar la vulneración del artículo 10, 1 LTRHA, que establece expresamente la nulidad de un tal convenio gestacional. Pues bien, como se verá, frente al criterio del quebrantamiento de dicho

⁴ «Esta preocupación parece estar también en todas aquellas legislaciones de nuestro entorno que o bien prohíben el uso de esta técnica de forma absoluta (Francia, Alemania, Suecia, Suiza, Italia, Austria, Bulgaria, Croacia, Hungría, Islandia, Lituania, Luxemburgo, Polonia, Portugal, República Checa, Eslovaquia, Eslovenia, Turquía) o la admiten cuando sea sin remuneración y bajo ciertos requisitos como la no intervención de intermediarios (Grecia, Reino Unido). Otros países como la India, Rusia y algunos estados de Estados Unidos, entre otros California, admiten este tipo de contratos y a ellos acuden quienes desean tener un hijo de forma relativamente rápida, aunque más costosa que los procedimientos de adopción. De esta forma, por algunos sectores doctrinales se ha apuntado que se produce un fraude de ley internacional al conseguir por otra vía lo que la legislación interna no permite» (PARRÓN CAMBERO, M^a. J.: «Ventre de alquiler: *mater semper certa est, pater semper incertus est*», *La Ley*, núm. 8269, 12 de marzo de 2014, pp. 2-3).

orden público internacional español, acogido por la SJPI núm. 15 de Valencia de 15 de septiembre de 2010, mantenido por la SAP de Valencia de 23 de noviembre de 2011 y confirmado por la trascendental STS de 6 de febrero de 2014, la DGRN en su Instrucción de 5 de octubre de 2010 y en varias Resoluciones —incluida la Circular o Informe de 11 de julio de 2014⁵—, y la propia jurisprudencia social española, en base al llamado orden público internacional atenuado, niegan tal infracción. En esta línea, con precedente en la STEDH (Sección 1^a) de 28 de junio de 2007, recaída en el Asunto *Wagner y J.M.W.L. c. Luxemburgo*, las Sentencias del TEDH de 26 de junio de 2014 —Caso *Mennesson c. France* y Caso *Labassee c. France*—, concluyen que el CEDH limita determinantemente la eventualidad de entender contrario al orden público interno el reconocimiento, en los Estados miembros del Convenio, de la filiación legalmente establecida en país extranjero por sentencia judicial, incluso si deriva de un convenio de gestación por sustitución o encargo, pues deben salvaguardarse los derechos

⁵ Circular o Informe de la DGRN citado por la Revista la Ley de Derecho de familia y accesible en la siguiente página web:

http://revistas.laley.es/content/Revista.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEAO29B2AcSZYlji9tynt_SvVK1-B0oQiAYBMk2JBAEozBiM3mkuwdaUcjKasqgcplVmVdZhZAzO2dvPfee--999577733ujudTif33_8_XGZkAWz2zkrayZ4hgKrIH9-fB8_IhZZ2-b1Z8-fP8sWv1D--L3y689enf7k2es3x_8PdBsa4h4AAAA=WKE

a la vida privada y familiar y a la identidad del niño así nacido.

En segundo término, dentro todavía de la Parte Primera de este trabajo, se abordará el criterio del interés superior del menor como argumento para permitir la inscripción de la filiación en esta sede de convenio de gestación por encargo. Previa aproximación a su definición, considerándose como un concepto jurídico indeterminado ligado a la protección de los derechos fundamentales del menor, se reseñará su actual regulación internacional y nacional, que es prolífica y que se basa en la defensa de dichos derechos básicos del menor. Después se configurará este interés superior del menor como un postulado general esencial cuya defensa y concreción se encomienda al juzgador *supercasum* en cualquier ámbito. Llegados a este punto, se analizará la negativa jurisprudencial —culminada por la STS de 6 de febrero de 2014—, a considerar el interés superior del menor como instrumento para lograr la inscripción, en nuestro Registro Civil, de la filiación derivada de un convenio de gestación por encargo, ni siquiera el realizado por españoles en países cuya legislación lo permitan. La razón esencial esgrimida es que la satisfacción de dicho interés superior del menor no puede conseguirse infringiendo la ley imperativa española (art. 10, 1 LTRHA). Frente a ello, se estudiará la postura favorable expresada por la DGRN en su Instrucción de 5 de octubre de 2010 y en numerosas Resoluciones —incluida, de nuevo, la Circular o In-

forme de 11 de julio de 2014—, criterio acogido, igualmente, por la jurisprudencia social y el voto particular contra la STS de 6 de febrero de 2014. Este criterio proclive a la aplicación del principio del interés superior del menor en esta sede, mantenido también por las Sentencias del TEDH de 26 de junio de 2014, se basa, fundamentalmente, en que dicho postulado exige la inscripción de su filiación en el Registro Civil para salvaguardar, entre otros, sus derechos fundamentales a la identidad y a una familia.

Finalmente, en esta Parte Primera del estudio, se analizará la posible vulneración del principio de igualdad y de prohibición de discriminación por razón de sexo, conforme al artículo 14 CE, que implicaría la virtualidad de inscribir en nuestro Registro Civil la filiación por naturaleza a favor de dos mujeres (*ex art. 7,3 LTRHA*), mientras que estaría vedada la que se pretendiera a favor de dos hombres, quienes no tendrían más remedio que recurrir a una mujer para ser padres. Nuestros tribunales parten de la idea de que la negativa a inscribir la filiación jurídica respecto de una pareja homosexual formada por hombres, no se basa en motivos discriminatorios, sino en la nulidad del convenio de gestación por encargo en nuestro ordenamiento jurídico. No obstante, se indicará que, en la práctica jurídica diaria, en los Registros Civiles consulares se están permitiendo inscripciones de filiación derivada de convenios de gestación por encargo realizados por parejas heterosexuales u ho-

mosexuales formadas por dos mujeres, respecto de las cuales no existe «imposibilidad» de que alguno de los comitentes sea «madre efectiva» del nacido. Teniendo esto en cuenta, sí que podría existir aquí una discriminación de facto respecto de las parejas homosexuales formadas por dos varones o en cuanto a los hombres solos, pues, respecto de ellos no puede determinarse que uno de ellos sea la «madre efectiva» del nacido.

En la Parte Segunda de este libro, se parte de la idea cardinal de que sería muy conveniente la regulación razonable en nuestro ordenamiento jurídico del convenio de gestación por encargo, para superar los problemas de infertilidad no resueltos por la LTRHA, y teniendo en cuenta las premisas derivadas de la propia Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010. Seguidamente, se abordará la cuestión de la posible discriminación jurídica existente en esta sede tras la nueva Ley del Registro Civil, concluyéndose que el interés superior del menor debe permitir la registración de la filiación jurídica procedente de un convenio de gestación por encargo realizado por españoles en país que lo permita, aunque no suceda igual respecto del realizado en España. A continuación, partiendo de la Sentencia del TEDH (Sección 1ª) de 28 de junio de 2007, recaída en el Asunto *Wagner y J.M.W.L. c. Luxemburgo*, que podía servir como anticipo de lo que se decidiría por el TEDH en sede de reconocimiento de una resolución judicial extranjera firme sobre filiación derivada de un convenio de gesta-

ción por encargo, se analizarán las Sentencias del TEDH de 26 de junio de 2014 —Caso *Mennesson c. France* y Caso *Labassee c. France*—, que han supuesto un paso adelante en favor del convenio gestacional. De este modo, se comentará su criterio sobre si la negativa a inscribir en un país la filiación jurídica derivada de un convenio de gestación por encargo, realizado en otro país que lo permita legalmente, supone una injerencia intolerable y contraria al CEDH en la vida familiar y en la privada, tanto de los comitentes, como del hijo así nacido.

Por otra parte, ante la perspectiva de que la normativa sobre el convenio de gestación por encargo no será abordada por nuestro legislador, ni a corto ni, tal vez, a medio plazo, se propugnarán una serie de soluciones prácticas para la eficacia de dicho convenio gestacional en nuestro ordenamiento jurídico. Para ello, se diferenciarán los convenios gestacionales realizados por españoles en España, y los celebrados por españoles en países que legalmente los permitan.

Respecto de los convenios gestacionales realizados por españoles en España, se enfrentarán a la aparentemente inexorable prohibición del artículo 10, 1 LTRHA, que determina su nulidad radical y la maternidad de la mujer gestante por aplicación del principio clásico de *mater semper certa est* (ex art. 10, 2 LTRHA). Ante esta perspectiva, se indicarán los posibles medios para salvar dicha interdicción en nuestro ordenamiento jurídico, analizándose, en primer lugar, los supuestos en los que el comitente

o uno de los comitentes del convenio de gestación por encargo sea efectivo aportante de material genético. En este punto, se concluirá que el artículo 10, 1 LTRHA no es tan infranqueable como parece, pues el propio precepto ofrece salidas jurídicas para la virtualidad del convenio gestacional (*ex art. 10, 3 LTRHA*), en concreto, la acción de reclamación de la filiación por el padre biológico, sin olvidar algún otro mecanismo jurídico —que algunos tachan de fraude de ley— sugerido, incluso, por los propios tribunales españoles para salvar la nulidad del convenio gestacional. En segundo término, se estudiarán las hipótesis en las que ningún comitente aporte su material reproductor, señalándose que, como dispone expresamente la STS de 6 de febrero de 2014, el interés superior del menor exigirá, si éste forma familia *de facto* con el comitente o los comitentes, que se agilicen los trámites del acogimiento familiar o la adopción.

En cuanto a los convenios de gestación por encargo celebrados por españoles en países cuya legislación los permitan, se abordará, en primer lugar, la filiación jurídica derivada de certificación registral extranjera que sea mero reflejo de una sentencia extranjera anterior que reconozca el vínculo jurídico de filiación respecto de padres españoles. En estas hipótesis, se diferenciarán, a su vez, a los efectos de su inscripción en nuestro Registro Civil, entre las resoluciones judiciales extranjeras recaídas en proceso contencioso —que requerirán el oportuno *exequátur*—, o en procedimiento similar al de ju-

risdicción voluntaria patrio —que sólo precisarán un reconocimiento incidental—. En segundo término, se estudiará la inscripción de la filiación jurídica derivada de convenio gestacional que emane sólo de certificación registral extranjera que no refleje una resolución judicial previamente recaída en Tribunal extranjero, sino sólo una decisión de otra autoridad —administrativa— competente. La registración de esta certificación registral extranjera simple está impedida por la Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010, vigente mientras no entre en vigor la nueva Ley del Registro Civil de 2011.

Además, respecto de todos los casos anteriores de solicitud de inscripción a través de certificación registral extranjera —reflejen o no una resolución judicial previa—, se estudiarán los requisitos necesarios para la constancia de la filiación jurídica, surgida de convenio gestacional, en nuestro Registro Civil, conforme a la nueva Ley del Registro Civil y a la citada Instrucción de la DGRN de 2010, que se aplicará mientras aquélla no entre en vigor —como establece el Informe o Circular de la DGRN de 11 de julio de 2014—. Vistos los presupuestos para la registración, se concluirá que, en todos estos supuestos, no se infringe el principal obstáculo en esta sede para la inscripción de la filiación jurídica, a saber, el orden público internacional español. En efecto, en la salvaguarda de la dignidad humana —la de la mujer gestante o la del hijo así concebido— no se encuentra el único valor

fundamental que debe asegurarse frente al convenio gestacional, pues hay que pensar también en el derecho fundamental a la procreación —basado en el derecho al libre desarrollo de la personalidad, *ex* art. 10, 1 CE— y en la protección del matrimonio o de la familia (arts. 32 y 39 de la CE). Sin olvidar, en este punto, la protección del interés superior del menor, evitándole el desamparo —pues el convenio gestacional implica la ruptura del vínculo del menor con la mujer gestante— y la privación de su derecho también fundamental a una identidad única y de su núcleo familiar que conforma con sus padres o madres volitivos.

SUMARIO

ABREVIATURAS	7
INTRODUCCIÓN	11
PARTE PRIMERA: CRITERIOS ESENCIALES EN SEDE DE INSCRIPCIÓN DE LA FILIACIÓN DERIVADA DE UN CONVENIO DE GESTACIÓN POR ENCARGO	
I. Preliminar.....	25
1. Aclaraciones terminológicas.....	25
2. Referencia al convenio de gestación por encargo	27
A) Aproximación a su concepto	27
B) La voluntad como elemento determi- nante de la filiación jurídica	30
C) Contenido básico de un hipotético convenio de gestación por encargo en nuestro ordenamiento jurídico	35
3. Inscripción en el Registro Civil y filia- ción	38

II. Las cuestiones del control de legalidad y de la infracción del orden público español	43
1. Introducción.....	43
2. La posición de la Dirección General de los Registros y del Notariado	45
A) De la RDGRN de 18 de febrero de 2009 a la de 15 de abril de 2013.....	45
B) La Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010.....	53
3. El criterio de la SJPI núm. 15 de Valencia de 15 de septiembre de 2010	60
A) Alcance del control de legalidad de la documentación extranjera presentada para su registración en nuestro Registro Civil	60
B) Infracción del orden público español ..	62
4. Mantenimiento de la doctrina anterior por la SAP de Valencia de 23 de noviembre de 2011	63
A) Criterio sobre el control de legalidad..	63
B) La vulneración del orden público español	64
5. La confirmación por la STS de 6 de febrero de 2014 de los criterios recurridos	68
A) Doctrina sobre el control de legalidad de las certificaciones extranjeras presentadas para su registración en nuestro Registro Civil	68
B) Concreción del orden público español en esta sede.....	69
6. El criterio del orden público atenuado	75
7. Conclusiones en esta sede.....	84

III. El criterio del interés superior del menor como argumento para permitir la inscripción de la filiación en estos supuestos	96
1. Aproximación a su definición.....	96
2. Referencia a la regulación actual del principio del interés superior del menor	102
A) Normativa internacional.....	102
B) Regulación nacional	107
3. El interés superior del menor como principio general cuya defensa se encomienda al juzgador	109
4. El interés superior del menor como criterio para la inscripción de la filiación derivada de un convenio de gestación por encargo.	112
A) La doctrina favorable acogida por la DGRN	112
B) La postura contraria de la curia.....	117
C) El criterio del voto particular contra la STS de 6 de febrero de 2014.....	124
D) La posición favorable del TEDH.....	125
5. Conclusiones en este punto.....	127
IV. La posible vulneración del principio de igualdad y de prohibición de discriminación por razón de sexo conforme al artículo 14 CE....	133
1. Posición de la DGRN y de los Tribunales.....	133
2. Realidad de la cuestión.....	138

**PARTE SEGUNDA: SOLUCIONES
PRÁCTICAS PARA LA EFICACIA DEL
CONVENIO DE GESTACIÓN POR
ENCARGO EN ESPAÑA**

I. Introducción.....	143
1. Premisas en esta sede	143
A) La necesidad de regular el convenio de gestación por encargo en nuestro orde- namiento jurídico.....	143
B) La posible discriminación jurídica exis- tente en esta sede tras la nueva Ley del Registro Civil de 2011	148
2. Gestación por encargo y Tribunal Europeo de Derechos Humanos	153
A) Precedentes de la posición actual: la STEDH de 28 de junio de 2007, asunto Wagner y J.M.W.L. c. Luxemburgo.....	153
B) Las SSTEDH de 26 de junio de 2014, asuntos Mennesson c. France y Labas- see c. France	156
II. Convenios de gestación por encargo realiza- dos en españa	166
1. La aparentemente inexorable prohibición derivada del artículo 10, 1 LTRHA.....	166
2. Medios para salvar la interdicción del ar- tículo 10, 1 LTRHA	169
A) Supuestos en los que el comitente o uno de los comitentes es aportante de material reproductor	169
B) Casos en los que ni el comitente ni nin- guno de los comitentes fuera aportante de material genético	177

III. Contratos de gestación por encargo celebrados por españoles en países cuya legislación los permitan.....	179
1. Preliminar	179
2. Filiación que conste en certificación registral extranjera que sea mero reflejo de una sentencia anterior.....	187
A) Introducción.....	187
B) Requisitos para su registración conforme la nueva Ley del Registro Civil	188
C) Criterios a aplicar mientras la nueva Ley del Registro Civil no entre en vigor	196
3. Inscripción de una filiación plasmada en certificación registral extranjera que no refleje una resolución judicial previa.....	198
A) Introducción.....	198
B) Presupuestos para su registración conforme a la nueva Ley del Registro Civil	202
C) Régimen aplicable mientras no entre en vigor la nueva Ley del Registro Civil....	206
4. El aparente obstáculo insalvable del orden público español	208
CONCLUSIONES FINALES	219
BIBLIOGRAFÍA	229
ANEXO INICIATIVA DE LEY POPULAR DE REGULACIÓN DE LA LLAMADA GESTACIÓN POR SUBROGACIÓN	241

