

Gestación subrogada: un problema global. Situación en el marco de la Unión Europea, la Conferencia de Derecho internacional privado de La Haya, y el Comité de los Derechos del Niño\*

*Surrogacy: a global problem. Situation within the framework of the European Union, the Hague Conference on Private International Law and the Committee on the Rights of the Child*

por

BEATRIZ HERMIDA BELLOT

*Profesora Colaboradora Doctora de Derecho Civil, Universidad CEU-Cardenal Herrera*

**RESUMEN:** Tras la aparición de la gestación subrogada como práctica transnacional, las instituciones tanto comunitarias como de Derecho internacional

---

\* Este artículo se enmarca dentro del proyecto de investigación del MINECO DER2013-47866-C3-2-P.

privado comienzan a cuestionarse los problemas que plantea su práctica a nivel mundial, dando lugar a multitud de estudios generados por dichas instituciones con la finalidad por un lado de plantearse su legalidad y por otro de dar solución a los abusos que sobre las mujeres y los niños genera dicha práctica. Destacan las aportaciones de la Conferencia de Derecho internacional privado de La Haya, que viene realizando trabajos en orden a crear un convenio multilateral entre estados que cree puentes entre ellos a los efectos de evitar los inconvenientes que la gestación subrogada genera y, por otro lado, la implicación sobre la materia que está asumiendo el Comité de los Derechos del Niño, que viene instando a los estados a definir claramente su postura acerca de esta situación y a tomar medidas para la protección de los menores nacidos a través de esta práctica tratando de evitar el tráfico de niños como consecuencia de la misma.

*ABSTRACT: Following the emergence of surrogacy as a transnational practice, both the European community and private international law institutions begin to question the problems posed by its practice at the global level, resulting in a multitude of studies generated by these institutions for the purpose of to consider their legality and on the other to solve the abuses that women and children generate in this practice.*

*They emphasize the contributions of the Hague Conference of Private International Law, which is carrying out work in order to create a multilateral agreement between states that creates bridges between them in order to avoid the inconveniences that the surrogacy generates and, on the other hand, the involvement of the Committee on the Rights of the Child on the matter, which urges states to clearly define their position on this situation and to take measures for the protection of children born through this practice by trying to avoid Trafficking in children as a result of it.*

**PALABRAS CLAVE:** Gestación subrogada. Maternidad subrogada. Gestación por sustitución. Problema global. Turismo reproductivo. Derecho internacional público. Derecho internacional privado.

**KEY WORDS:** *Surrogacy. Global problem. Reproductive tourism. Public international law. Private international law.*

**SUMARIO:** I. INTRODUCCIÓN.—II. TRABAJOS EN EL MARCO DE LA UNIÓN EUROPEA: 1. POSICIÓN DEL CONSEJO DE EUROPA. 2. POSICIÓN DE LA COMISIÓN EUROPEA. 3. POSICIÓN DEL PARLAMENTO EUROPEO. 4. A MODO DE CONCLUSIÓN.—III. TRABAJOS REALIZADOS POR LA CONFERENCIA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO DE LA HAYA.—IV. POSTURA EN EL

MARCO DE LA ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS: PRONUNCIAMIENTOS DEL COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO.— V. ANÁLISIS DE LA SITUACIÓN EN ESPAÑA. PROBLEMAS QUE PLANTEA LA INSCRIPCIÓN DE LOS MENORES EN EL REGISTRO CIVIL ESPAÑOL: 1. REGULACIÓN DE LA GESTACIÓN SUBROGADA EN ESPAÑA. 2. INSCRIPCIÓN DE LA FILIACIÓN: POSTURAS ENCONTRADAS DEL TS Y DE LA DGRN.—CONCLUSIONES.—ÍNDICE DE RESOLUCIONES.—BIBLIOGRAFÍA.

## I. INTRODUCCIÓN

La aparición de las técnicas de reproducción asistida abrió, entre otras, la posibilidad de que el embrión de una pareja estéril bien por razones naturales (enfermedades o patologías) o de género (pareja de hombres que desean tener descendencia) fuera gestado por una mujer ajena a ellos<sup>1</sup> dando lugar a la llamada gestación subrogada, gestación por encargo, gestación por sustitución, entre otras denominaciones que se le han dado y que podemos definir como:

Forma de reproducción en virtud de la cual una persona —hombre o mujer—, o una pareja, cualquiera que sea su condición sexual, —casados o no— llamados padres intencionales, acuerdan con otra mujer, llamada madre gestante, que esta, bien sometiéndose a alguna técnica de reproducción asistida, bien de manera natural, se comprometa a fecundar (en el caso de gestación subrogada natural) y gestar (o solo gestar en los casos de gestación por sustitución a través de técnicas de reproducción asistida) el embrión que pertenecerá a los padres intencionales según el acuerdo celebrado entre ambas partes, renunciando la gestante en dicho acuerdo a la filiación que le correspondería en caso de no haberse celebrado el contrato.

La generalización de esta práctica en aquellos países en los que la ausencia de regulación produjo un vacío legal que permitió llevarla a cabo, en ocasiones con escasa seguridad para las mujeres gestantes (ténganse en cuenta por ejemplo los casos de la India, Ucrania o Tailandia entre otros) o, en aquellos otros que legislaron a favor de la misma (por ejemplo en algunos estados de Estados Unidos), provocó que en los países en los que se prohibió dicha práctica, sirva como ejemplo el nuestro (*ex art. 10 Ley sobre técnicas de reproducción asistida* en un primer lugar y mismo artículo de la *Ley sobre técnicas de reproducción humana asistida* posteriormente) sus ciudadanos acudieran a otros a practicar la gestación subrogada dando lugar, así, al llamado «turismo reproductivo».

La aparición de este «turismo reproductivo» ha dado lugar a no pocos problemas no solo legales sino también éticos y morales, llegando a plantearse la cuestión de si estamos ante un supuesto de tráfico de niños pues a cambio de un precio (llámese contraprestación o atribución de gastos razonables de gestación) una o dos personas obtienen un recién nacido a cuya filiación renuncia la madre gestante.

Una de las cuestiones que más problemas ha planteado esta institución ha sido la de dilucidar cuál es el *status* jurídico que posee el menor, que nacido por esta vía en un país cuya legislación es inexistente sobre la materia o bien permite la gestación subrogada, cuando los padres comitentes (quienes encargan la gestación) pretenden que sea inscrito en el Registro Civil de su correspondiente país (que generalmente prohíbe esta práctica) constando la filiación de los mismos y dicho estado la deniega. Esta situación genera una inevitable inseguridad jurídica sobre la materia.

A la vista de esta situación, numerosas instituciones de Derecho internacional público y privado se han pronunciado sobre la materia. El objeto de este estudio es poner de manifiesto cuáles han sido los trabajos realizados sobre esta cuestión por la Unión Europea, la Conferencia de Derecho internacional privado de La Haya y el Comité de los Derechos del Niño a los efectos de determinar la línea de pensamiento de cada uno de ellos, el grado de implicación de estas instituciones en la cuestión y el futuro de esta práctica que se ha convertido en un exponente de la globalización mundial existente en la actualidad.

Para ello, estudiaremos de manera expositiva todos y cada uno de los pronunciamientos que las instituciones mencionadas han realizado sobre la cuestión, para, finalmente, extraer las conclusiones pertinentes sobre dichos trabajos.

Así mismo, trataremos la cuestión desde el punto de vista interno destacando los principales problemas que se producen en España como consecuencia de su deficiente regulación y el conflicto generado por las diferentes posturas que ostentan sobre la materia el Tribunal Supremo y la Dirección General de los Registros y del Notariado.

## II. TRABAJOS EN EL MARCO DE LA UNIÓN EUROPEA

### 1. POSICIÓN DEL CONSEJO DE EUROPA

El tema de la gestación por sustitución ha sido abordado en diversas ocasiones por el Consejo de Europa.

En marzo de 2003 se presentó en la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa una propuesta de recomendación por MONFILS y otros miembros de la Asamblea. La propuesta, llamada: *Social and health issues related to surrogate motherhood*<sup>2</sup>, destaca la posibilidad de que los niños nacidos de esta forma puedan encontrarse sin madre legal llegado el caso e invita al tratamiento de la cuestión por el Comité de Ministros para formular recomendaciones a los Estados miembro de la Unión Europea.

Por su parte, MICHAEL HANCOCK presentó un informe para considerar la gestación subrogada como alternativa a la esterilidad. Tras varias sesiones, el Comité de asuntos sociales, salud y asuntos de la Familia de la Asamblea

Parlamentaria del Consejo de Europa —*The Social, Health and Family Affairs Committee*— consideró, en sesión de 16 de diciembre de 2005, no continuar los trabajos sobre esta cuestión, por incapacidad del Comité de presentar propuestas a la Asamblea Parlamentaria en ese momento<sup>3</sup>.

A pesar de estos intentos, no se ha llegado en el Consejo de Europa a la creación de ningún documento oficial, recomendación o resolución sobre el tema. Si bien es cierto que en julio de 2012, veinticinco miembros de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa presentaron una declaración escrita sobre la cuestión afirmando que la maternidad subrogada es incompatible con la dignidad de mujeres y niños y que supone una violación de sus derechos fundamentales<sup>4</sup>. Para ello se basaron en:

- La *Carta de las Naciones Unidas*, de 26 de junio de 1945, en cuyo Preámbulo se reafirma la fe de los Estados firmantes en los derechos fundamentales y en la dignidad y valor de la persona humana<sup>5</sup>;
- el Preámbulo y artículo 1 de la *Declaración Universal de Derechos Humanos*, de 10 de diciembre de 1948, donde también se hace alusión a la dignidad de las personas<sup>6</sup>;
- el Preámbulo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 16 de diciembre de 1966<sup>7</sup> y del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la misma fecha<sup>8</sup>, que así mismo remiten a la dignidad de las personas;
- el artículo 16 de la *Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes*, de 10 de diciembre de 1984<sup>9</sup>, que prohíbe cualquier acto que constituya tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes aunque no lleguen a ser tortura tal como se define en el artículo 1 de la Convención, cuando esos actos sean cometidos por un funcionario público u otra persona que actúe en el ejercicio de funciones oficiales, o por instigación o con el consentimiento o la aquiescencia de tal funcionario o persona;
- el artículo 7 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional de 17 de julio de 1998<sup>10</sup>, hace referencia a la esclavitud señalando que es, «el ejercicio de los atributos del derecho de propiedad sobre una persona, o de algunos de ellos, incluido el ejercicio de esos atributos en el tráfico de personas, en particular mujeres y niños»;
- el artículo 6 de la *Convención de las Naciones Unidas sobre Eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer*<sup>11</sup>, que insta a los Estados parte a adoptar las medidas necesarias para eliminar cualquier supuesto de trata de mujeres o prostitución;
- la Convención de Naciones Unidas contra la Delincuencia organizada transnacional de 15 de noviembre de 2000, que en el artículo 3 de su Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas,

especialmente mujeres y niños, señala: «a) por “trata de personas” se entenderá la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas, recurriendo a la amenaza o al uso de la fuerza u otras formas de coacción, al rapto, al fraude, al engaño, al abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o a la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, con fines de explotación. Esa explotación incluirá, como mínimo, la explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre o la extracción de órganos; b) El consentimiento dado por la víctima de la trata de personas a toda forma de explotación intencional descrita en el apartado a) del presente artículo no se tendrá en cuenta cuando se haya recurrido a cualquiera de los medios enunciados en dicho apartado»<sup>12</sup>. En este mismo sentido se pronuncia el artículo 4 del Convenio del Consejo de Europa sobre la lucha contra la trata de seres humanos de 16 de mayo de 2005<sup>13</sup>;

- el Convenio para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y a la Medicina (Convenio relativo a los derechos humanos y la biomedicina), Convenio de Oviedo, de 4 de abril de 1999<sup>14</sup>, que en su artículo 21 prohíbe que el cuerpo humano y sus partes sean objeto de lucro;
- el Artículo 3 de la Convención de los Derechos del Niño, de 29 de noviembre de 1989, sobre interés superior del niño<sup>15</sup>;
- el Artículo 2 a) del Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía de 25 de mayo de 2000<sup>16</sup>, que define lo que se entiende por venta de niños como «todo acto o transacción en virtud del cual un niño es transferido por una persona o grupo de personas a otra a cambio de remuneración o de cualquier otra retribución»;
- el Convenio sobre las peores formas de trabajo infantil, de 17 de junio de 1999<sup>17</sup>, que en su artículo 3 entiende por forma de esclavitud la venta o trata de niños;
- el Convenio relativo a la protección del niño y cooperación en materia de adopción internacional, de 29 de mayo de 1993<sup>18</sup>, establece los requisitos que deben cumplir las autoridades del Estado de origen para que se constituya una adopción internacional, en su artículo 4, y prohíbe en el artículo 32 obtener beneficios materiales indebidos como consecuencia de una adopción internacional;
- el Convenio Europeo en materia de adopción de menores (revisado), de 27 de noviembre de 2008<sup>19</sup>, en concreto, el artículo 5 relativo a los

consentimientos que se han de prestar en la adopción y el artículo 17 sobre prohibición de obtener provecho económico o de cualquier tipo en las adopciones de menores;

- la Recomendación 1443 (2000) de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, sobre Adopción Internacional: respeto al derecho de los niños<sup>20</sup>.

Vemos, por tanto, que la postura del Consejo de Europa es contraria a la admisibilidad de la gestación por sustitución, y para ello se basa en el derecho a la dignidad de la persona, la prohibición de la venta o trata de mujeres y niños, la prohibición de comercialización u obtención de lucro con partes del cuerpo humano y las diferencias existentes entre la gestación subrogada y la adopción internacional.

En el seno de la Asamblea Parlamentaria, el tema se retomó en 2014, cuando algunos miembros de la misma plantearon una propuesta de resolución sobre derechos humanos y cuestiones éticas relativas a la subrogación, basándose en las posibles vulneraciones de derechos humanos que con esta práctica se pueden producir. Se plantearon como temas de estudio y discusión, sus vínculos con la salud reproductiva de las mujeres, la trata de personas y los derechos de los niños, así como el tratamiento de posibles herramientas para abordar el problema<sup>21</sup>.

El Comité de Asuntos Sociales, Salud y Desarrollo Sostenible de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa —*The Social Affairs, Health and Sustainable Development Committee*—, encargó el Informe sobre la cuestión a PETRA DE SUTTER, senadora del grupo socialista belga y miembro de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa.

En abril de 2015, antes de que DE SUTTER presentara su informe, *Human rights and ethical related to surrogacy*, el también miembro de la Asamblea Parlamentaria, KRZYSZTOF SZCZERSKI, planteó al Comité de Ministros del Consejo de Europa, a raíz de la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos del caso *Paradiso y Campanelli vs. Italia*, la cuestión acerca de qué medidas se van a adoptar en el Consejo de Europa para garantizar el cumplimiento de la prohibición de venta de niños dentro de los Estados miembro del Consejo<sup>22</sup>, pues en la citada sentencia se condena al Estado italiano por separar a un menor, nacido a través de gestación por sustitución en Rusia, de sus padres de intención. El Comité de Ministros, no respondió directamente a la cuestión al estar pendiente el debate y votación sobre el informe mencionado, solicitando al parlamentario esperar al resultado del informe<sup>23</sup>.

Previsto el debate sobre el informe de DE SUTTER para septiembre de 2015 el Comité decidió posponerlo, ante la posibilidad de que existiera conflicto de intereses pues la ponente, jefa del Departamento de Medicina Reproductiva del Hospital Universitario de Gante, había manifestado anteriormente estar relacionada con estas prácticas en dicho hospital, así como con una clínica hindú en la que

se practica la gestación subrogada con fines comerciales<sup>24</sup>. En enero de 2016 el Comité consideró la inexistencia de conflicto de intereses<sup>25</sup>. La votación, que se celebró a puerta cerrada<sup>26</sup>, tuvo lugar el 15 de marzo de 2016, en ella el Comité decidió, por 16 votos a favor y 15 en contra, no aprobar el informe, no obstante, el presidente del Comité informó de que seguirá examinando la cuestión<sup>27</sup>, por lo que la ponente ha tenido que redactar un nuevo informe, esta vez sí aprobado.

Se trata del informe *Children's rights related to surrogacy*<sup>28</sup>, en él, DE SUTTER establece su posición en contra del contrato de gestación subrogada comercial pero se manifiesta a favor de la gestación por sustitución altruista. Refiriéndose a la gestación subrogada comercial a lo largo de todo el documento. Indica que es importante poner en valor el interés superior del niño, que puede verse alterado por esta práctica; y que se estima, que el 98-99% de las gestaciones por encargo que se producen en el mundo tienen carácter comercial, así como que la ausencia de un acuerdo jurídico multilateral entre Estados sobre filiación aumenta el riesgo de violación de los derechos del niño, ya que la gestación por sustitución comercial supone aumentar las posibilidades de venta de niños y la explotación de las madres subrogadas. Con todo ello concluye:

- que los motivos fundamentales por los que se solicita la gestación subrogada son la infertilidad de algunas parejas así como las ventajas que supone el contrato de gestación frente a la adopción, que ya han sido comentados en esta tesis;
- los riesgos para los niños se concretan en: la posibilidad de que sean víctimas de tráfico humano; de abandono; de convertirse en personas apátridas o sin filiación; o que no puedan conocer sus orígenes biológicos;
- insiste en que con motivo de la gestación subrogada transfronteriza se genera cierta inseguridad jurídica en los países que no la reconocen, ante la ausencia de normas que regulen la situación;
- que no existe un «derecho al niño» pero que los niños tienen derechos que deben ser respetados;
- quizá la conclusión más importante a la que se llega en el informe es a la de que recomienda que el camino ideal para solventar el problema es prohibir la gestación subrogada comercial en aquellos países en que existe o, al menos, ya que esto es muy complejo de conseguir, que se consiga que en estos países solo admitan a sus propios nacionales para someterse a estas prácticas, evitando así los problemas transnacionales;
- además recomienda a los miembros del Comité de Ministros del Consejo de Europa colaborar con la Conferencia de La Haya en la labor que está realizando sobre la materia.

Así, podemos concluir que, en la actualidad, existe una preocupación por la cuestión en el seno del Consejo, preocupa especialmente el hecho de que no



exista una regulación uniforme y aumenten los casos de turismo reproductivo, así como que la gestación por sustitución pueda dar lugar a supuestos de tráfico de personas, destaca la relevancia de este último informe recogiendo las preocupaciones del Consejo y, tras él, se ha comprometido a elaborar una guía para salvaguardar los derechos de los niños en estas situaciones y en colaborar con la Conferencia de Derecho internacional privado de La Haya.

## 2. POSICIÓN DE LA COMISIÓN EUROPEA

Han sido varias las ocasiones en las que en las sesiones parlamentarias del Parlamento Europeo se han planteado dudas y preguntas acerca de la gestación subrogada a la Comisión Europea, sobre todo en relación a si la Comisión va a adoptar alguna medida al respecto, la respuesta de la Comisión siempre se limita a indicar que la misma no tiene competencias para intervenir en los Estados miembro salvo que se trate de alguna materia legislada por la Unión Europea, que no es el caso, también señala que la Unión Europea no tiene competencias para armonizar las leyes nacionales sobre la materia, que tampoco se va a legislar sobre la cuestión y que como la Unión Europea es miembro de pleno derecho de la Conferencia de Derecho internacional privado de La Haya, está pendiente de los trabajos que sobre el tema se están realizando en el seno de la misma<sup>29</sup>. En este contexto, también ha señalado la Comisión que la gestación subrogada se encuentra dentro de la definición de «*trata de seres humanos*»<sup>30</sup> y remite a la *Directiva 2011/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de abril de 2011 relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas*<sup>31</sup>.

De todo ello se deduce que, pese a la insistencia de los parlamentarios del Parlamento Europeo, la Comisión Europea mantiene una postura pasiva en relación con este tema y remite a las soluciones que adopte la Conferencia de La Haya<sup>32</sup>, por lo que no parece que vaya a tomar medidas concretas sobre la cuestión. Si bien es cierto, que equipara, como hemos visto, la gestación por sustitución a los supuestos de trata de personas, por lo que entendemos que mantiene una postura en contra de la gestación subrogada.

## 3. POSICIÓN DEL PARLAMENTO EUROPEO

El Parlamento Europeo también se ha posicionado en diversas ocasiones en contra de la gestación por sustitución.

Debemos tener en cuenta, en primer lugar, la *Resolución sobre los problemas éticos y jurídicos de la manipulación genética, de 16 de marzo de 1989* (ROTHLEY, y CASINI, 1990, 9), en ella se condena la utilización comercial e

industrial de embriones y se solicita que se persigan penalmente estas prácticas (ROTHLEY, y CASINI, 1990, 17), desde esta perspectiva se podría entender la gestación por sustitución como un supuesto de utilización comercial de embriones, como un pacto en el que se acuerda la producción de embriones fecundados *in vitro* con fines comerciales.

Por su parte la *Resolución sobre la fecundación artificial in vivo e in vitro, de 16 de marzo de 1989* (ROTHLEY, y CASINI, 1990, 19), señala, en los «considerandos», como una ventaja para el niño que coincida su paternidad y maternidad biológica, afectiva y legal, haciendo especial hincapié en la importante relación entre madre e hijo «ya desde la gestación» (ROTHLEY, y CASINI, 1990, 20); además, rechaza expresamente toda «forma de maternidad por cuenta de terceros», y entiende que se debe sancionar el «suministro comercial de madres portadoras» y prohibirse la existencia de empresas que se dediquen a estas actividades (ROTHLEY, y CASINI, 1990, 23).

Esta última Resolución parte de la base de un informe de CASINI, C., en el que se pone de manifiesto el beneficio que supone para el hijo disfrutar de una maternidad plena, los posibles problemas que se pueden derivar de la gestación por sustitución producidos por eventualidades que no se pueden prever en el momento de pactar la sustitución (como el nacimiento de un niño minusválido, enfermedad de la gestante, muerte de los comitentes, entre otras) y el riesgo de cosificación del cuerpo de la mujer y de su capacidad reproductora; además CASINI realiza una importante reflexión ¿por qué admitir la validez de un acuerdo en el que se pacta que se va a concebir artificialmente a un sujeto para entregárselo a otras personas cuando nazca, si está prohibido, por considerarse tráfico de seres humanos, el pacto por el que se encarga a una pareja la concepción natural de un hijo para entregarlo después a otra pareja?, el autor no considera que haya diferencia alguna entre los dos supuestos mencionados, ambos, por tanto, supondrían un caso de tráfico de personas, siendo irrelevante si la concepción se ha producido de manera natural o artificial (ROTHLEY, y CASINI, 1990, 92). Señala, además, el autor que la maternidad debe determinarse por el parto (ROTHLEY, y CASINI, 1990, 95).

En 2010, la Comisión de Asuntos Jurídicos del Parlamento Europeo, realizó un estudio sobre el reconocimiento mutuo de los acuerdos de gestación subrogada entre Estados en el que se señaló la necesidad de aunar esfuerzos entre la Unión Europea y la Conferencia de Derecho internacional privado de La Haya para estudiar los supuestos de gestación subrogada transfronteriza y la producción de un acuerdo internacional similar al realizado por la Conferencia de La Haya en materia de adopción internacional (TODOROVA, 2010, 287). El estudio destacó la complejidad de que los Estados puedan reconocer mutuamente los certificados de nacimiento, en los casos de gestación por sustitución transfronteriza, cuando no hay armonía en las legislaciones de los diferentes Estados (TODOROVA, 2010, 28).

En el año 2013, la Comisión de Asuntos Jurídicos del Parlamento Europeo realizó otro trabajo sobre la materia, en concreto un estudio comparativo sobre el régimen de subrogación en los Estados miembro de la Unión Europea (BRUNET y CARRUTHERS, 2013), el informe analizó la actitud hacia la gestación por subrogación en cada Estado miembro de la Unión Europea, las cuestiones políticas sobre la materia, los modelos legislativos existentes, la posición de la jurisprudencia en cada Estado y las cuestiones de Derecho internacional privado que provoca la gestación subrogada, con el objeto de dilucidar si la Unión Europea tiene competencia y debe adoptar una normativa común sobre esta cuestión (BRUNET y CARRUTHERS, 2013, 9).

Dentro de las reflexiones finales que realiza el estudio, señala la dificultad de poder armonizar la normativa de los Estados miembros en el seno del Consejo ante la falta de consenso de los mismos sobre la licitud, o no, de la gestación por sustitución (BRUNET y CARRUTHERS, 2013, 195).

También concluye que, en virtud de los tratados y de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, la Unión Europea no tiene una competencia general en el ámbito de los derechos fundamentales (BRUNET y CARRUTHERS, 2013, 197); sin embargo, sobre la base de los tratados de la Unión Europea, esta puede adoptar algunas medidas específicas sobre la gestación por sustitución, siempre que se respeten las competencias de los Estados miembro (BRUNET y CARRUTHERS, 2013, 198).

Señala como posible solución el reconocimiento mutuo de estado civil entre los Estados y propone de nuevo que la Unión Europea se adhiera a una convención internacional sobre la cuestión como la que se propone en el seno de la Conferencia de Derecho internacional privado de La Haya (BRUNET y CARRUTHERS, 2013, 199).

Por su parte, en el Informe sobre salud sexual y reproductiva y derechos afines de 2 de diciembre de 2013, de la Comisión de Derechos de la Mujer e Igualdad de Género, se señaló que la maternidad subrogada supone un ejemplo de comercialización del cuerpo de las mujeres y también de los niños<sup>33</sup>.

En 2015 el Parlamento Europeo dejó clara su postura en relación con la gestación subrogada; fue en la *Resolución del Parlamento Europeo, de 17 de diciembre de 2015*, sobre el Informe anual sobre los derechos humanos y la democracia en el mundo (2014) y la política de la Unión Europea al respecto [2015/2229 (INI)], en la que condena expresamente «*la práctica de la gestación por sustitución, que es contraria a la dignidad humana de la mujer, ya que su cuerpo y sus funciones reproductivas se utilizan como una materia prima; estima que debe prohibirse esta práctica, que implica la explotación de las funciones reproductivas y la utilización del cuerpo con fines financieros o de otro tipo, en particular en el caso de las mujeres vulnerables en los países en desarrollo, y pide que se examine con carácter de urgencia en el marco de los instrumentos de derechos humanos*»<sup>34</sup>.

Y, por último, en el acta de la sesión del día 23 de junio de 2016, se recoge una propuesta de Resolución sobre la gestación subrogada como un riesgo para los derechos de las mujeres y de los niños<sup>35</sup>.

#### 4. A MODO DE CONCLUSIÓN

A la vista del tratamiento que dispensan las instituciones de la Unión Europea al tema que nos ocupa, resulta obvio que la postura común en el seno de las instituciones es de rechazo hacia la gestación por sustitución, fundamentalmente porque se la considera un supuesto de tráfico de personas y una práctica contraria a la dignidad de la persona; no obstante, se asume que se van a seguir produciendo estas prácticas a pesar de las prohibiciones de los Estados, por lo que existe una preocupación generalizada por las consecuencias de la misma, sin embargo no se adoptan medidas concretas ni se toman soluciones directas que pongan fin a la problemática.

En el seno de la Unión Europea, se insiste en que la misma no tiene competencia para intervenir en cada Estado para tratar los problemas de estado civil que padecen los nacidos como consecuencia del turismo reproductivo en este ámbito ni para armonizar la legislación de los diferentes Estados. La única solución que se plantea es la adhesión al acuerdo internacional en el que está trabajando la Conferencia de Derecho internacional privado de La Haya que, como veremos, todavía no ha dado frutos.

Resulta criticable esta actitud de las instituciones pues, si como ponen de manifiesto constantemente, la gestación subrogada puede considerarse un supuesto de tráfico de personas, deberían adoptarse medidas concretas de prohibición en el seno de la Unión ya que la mera preocupación no resuelve los problemas que de ella se derivan.

### III. TRABAJOS REALIZADOS POR LA CONFERENCIA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO DE LA HAYA

Como señala el artículo 1 del Estatuto de la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado<sup>36</sup>, el objeto de la Conferencia de La Haya es «*trabajar en la unificación progresiva de las normas de Derecho internacional privado*».

La Conferencia de Derecho internacional privado de La Haya (la Conferencia de La Haya, o CH, en adelante), dedica una parte importante de su trabajo al estudio de la gestación por sustitución. Vienen realizándose, en el seno de la misma, sesiones periódicas de trabajo en las que se incluye el tratamiento de esta materia desde el año 2010 y la cuestión forma parte de los proyectos legislativos de la Conferencia de La Haya<sup>37</sup>.

Dentro de este contexto, la CH se preocupa especialmente por los efectos que, en materia de filiación, puede suponer para el menor haber nacido como consecuencia de un acuerdo de gestación subrogada<sup>38</sup>, así como de la protección de los derechos de cualquiera de las partes implicadas en estos acuerdos<sup>39</sup>.

La primera vez que la CH toma conciencia sobre la cuestión fue en 2001, durante las consultas informales que tuvieron lugar en relación con el futuro programa de trabajo de la CH. El tema en cuestión se refería a la situación de los niños y, en particular, al reconocimiento de las relaciones entre padres e hijos. Durante dichas consultas, la cuestión acerca de la gestación subrogada fue sugerida como una posible futura área de trabajo de la Conferencia de La Haya<sup>40</sup>.

El tema no se retoma hasta el año 2010. En esta fecha, el Consejo sobre Asuntos Generales y Política, en la reunión que tuvo lugar entre los días 7 y 9 de abril, tomó nota del auge de la gestación subrogada en los años precedentes y adoptó las siguientes decisiones sobre la materia: se invita a la Oficina Permanente de la Conferencia de La Haya a elaborar una breve nota preliminar sobre la cuestión de cara al Consejo de 2011; se reconocen las complejas cuestiones de Derecho internacional privado y protección de menores que se derivan de los acuerdos de gestación por sustitución transfronteriza; también se señala que el impacto de los casos de gestación subrogada sobre el *Convenio de La Haya de adopción internacional, de 1993*, debía tratarse en la siguiente Comisión especial sobre el funcionamiento práctico de dicho Convenio; y, por último se acuerda que la cuestión debía ser objeto de examen por la oficina permanente de la Conferencia de La Haya<sup>41</sup>.

Al celebrarse la Comisión Especial sobre el funcionamiento práctico del Convenio de La Haya de 29 de mayo de 1993, relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional, en dicha reunión la Comisión Especial observó que se había producido un incremento de supuestos de gestación subrogada en el ámbito internacional; manifestó su preocupación por la incertidumbre que esto provoca en cuanto a la situación jurídica de los niños nacidos a través de acuerdos de gestación por sustitución; señaló que no se puede aplicar el citado Convenio a los supuestos de gestación subrogada transfronteriza; y, por último, la Comisión Especial recomendó que se desarrollasen estudios sobre este tema en el seno de la CH<sup>42</sup>. Según TODOROVA, V., la finalidad última de los trabajos de La Haya es preparar un documento que sirva de base para un futuro convenio internacional sobre los acuerdos de gestación por sustitución (TODOROVA, 2010, 29).

Como consecuencia de lo anterior, la Oficina Permanente de la CH elaboró un documento acerca de las cuestiones de Derecho internacional privado relativas al estatuto de los niños, incluidos los asuntos relativos a los acuerdos de gestación subrogada, para que se tuviera en cuenta en la reunión del Consejo de abril de 2011. El documento realiza un estudio preliminar de la situación en la que se encuentran los niños nacidos como consecuencia de estos acuerdos.

Se parte del hecho de que la gestación subrogada es un negocio global<sup>43</sup> que surge como consecuencia de un diferente tratamiento legal en cada país, unido al avance en medios de comunicación, como la aparición de internet, y la mejora de los medios de transporte, que facilita los viajes y las comunicaciones.

El documento señala como problemas fundamentales: los que se encuentran los padres de intención para poder llevar al nacido/s a su país de residencia; los de reconocimiento de la paternidad legal del niño una vez se encuentra en el país de residencia de los padres de intención; o posibles disputas relativas a la custodia del nacido<sup>44</sup>.

Además, señala otra preocupación a tener en cuenta: la de la protección de las personas vulnerables. Identifica como tales a los niños, a la madre subrogada y a los padres de intención. En cuanto a los niños, destaca la posibilidad de que puedan ser sometidos a supuestos de tráfico de personas<sup>45</sup>; llama la atención, así mismo, sobre el problema que se produciría en el caso de que la madre subrogada decidiera no entregar al niño<sup>46</sup>. Por lo que se refiere a la madre subrogada, destaca que normalmente las mujeres que deciden someterse a la gestación por sustitución lo hacen en condiciones de pobreza, así como el riesgo que existe de que sean forzadas y obligadas a ello, incluso por su propia familia<sup>47</sup>. En cuanto a los padres de intención, el documento hace hincapié en que, en ocasiones, pueden verse perjudicados por la desinformación, por la existencia de agencias poco fiables o, incluso, que puedan verse envueltos en procedimientos penales como consecuencia de la expedición y reconocimiento de los certificados de nacimiento de los niños nacidos de acuerdos de subrogación<sup>48</sup>.

Por último, señala que para poder crear una regulación internacional sobre la cuestión son necesarios amplios canales de comunicación entre Estados<sup>49</sup> y cita algunos ejemplos sobre el contenido de este posible documento (normas sobre reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales, sobre ley aplicable, reconocimiento de otras decisiones, entre otras cuestiones)<sup>50</sup>.

Este informe fue elevado al Consejo de Asuntos Generales y Políticas de la Conferencia en su reunión de 5-7 de abril de 2011, que invitó a la Oficina Permanente a intensificar su trabajo sobre la materia con la perspectiva de elaborar un consenso global. Para ello le instó a consultar con profesionales sobre la cuestión y a elaborar un nuevo documento preliminar que fue atendido en el Consejo de 2012<sup>51</sup>.

El documento preliminar de 2012 insiste, como ya lo había hecho el Documento Preliminar núm. 11, antes citado, en que la gestación por sustitución es un fenómeno global<sup>52</sup>, realiza un repaso genérico a las diferentes formas de tratamiento de la cuestión por los Estados<sup>53</sup>, así como algunas reflexiones iniciales sobre posibles enfoques de cara a cualquier nuevo instrumento internacional sobre gestación subrogada<sup>54</sup>. Señala, en particular: la necesidad de establecer un ámbito de cooperación entre Estados (judicial, administrativo y de Derecho internacional privado), la posibilidad de que el hipotético convenio

sobre gestación subrogada se inspire en el *Convenio de La Haya sobre protección de los derechos del niño y adopción internacional*, y la conveniencia de proteger la identidad de los niños y los derechos de las personas implicadas; además, reconoce que la atribución de la filiación legal de los niños nacidos por gestación subrogada a los padres de intención puede chocar con el orden público de algunos Estados pero que independientemente de ello, una hipotética norma multilateral debería facilitar que los niños no quedasen sin padres o apátridas.

El Consejo de Asuntos Generales y Política de la Conferencia, en reunión de 17 al 20 de abril de 2012, tras estudiar el documento preliminar núm. 10, solicitó a la Oficina Permanente continuar el trabajo sobre el tema y preparar un cuestionario con el fin de obtener información más detallada sobre el alcance y la naturaleza de las cuestiones de Derecho internacional privado relacionadas con la gestación por sustitución, el problema de la filiación y las necesidades existentes y enfoques que han de adoptarse<sup>55</sup>, e instó a la Oficina Permanente a presentar sus resultados en el Consejo de 2014<sup>56</sup>.

Finalmente, se elaboraron durante 2013 cuatro cuestionarios dirigidos respectivamente a los Estados Miembros de la Conferencia de La Haya y otros Estados interesados<sup>57</sup>, a profesionales del Derecho<sup>58</sup>, a profesionales de la salud<sup>59</sup> y a agencias de subrogación<sup>60</sup>.

Sobre la base de esta consulta, la Oficina Permanente elaboró dos documentos<sup>61</sup> en los que se analizan y comparan las posturas de los diferentes Estados sobre el tema en cuestión, así como la pertinencia y viabilidad para la CH de continuar trabajando sobre el tema, señalando, además las siguientes etapas recomendadas para su debate<sup>62</sup>.

En resumen, las conclusiones a las que se llegó la Oficina Permanente conjuntamente en ambos documentos son las siguientes:

En materia de filiación, se observa que las leyes internas de los Estados se han visto influenciadas por cambios sociales, científicos y demográficos, distinguiéndose dos cambios a lo largo de los últimos cien años. Por un lado, se ha pasado de tener en cuenta el estado civil de los padres para determinar sus obligaciones para con los hijos, a obviar si los padres están o no casados, y de esta manera considerar iguales a todos los hijos independientemente de su filiación; y, por otro lado, se ha evolucionado hacia la consideración de que los padres genéticos no son los únicos padres que puede tener un niño; así, pueden existir padres de deseo que prestan su consentimiento a la paternidad a pesar de no aportar su carga genética. Destaca este estudio, que este segundo proceso evolutivo no ha sido igualmente aceptado por todos los Estados, por lo que muchos no han avanzado legislativamente promulgando leyes de adaptación a la nueva situación. Los documentos insisten en que los esfuerzos no deben centrarse tanto en armonizar las normas de los diferentes Estados, como en abrir puentes entre los diferentes sistemas jurídicos, sobre la base de principios

comunes reconocidos internacionalmente (como los previstos en la *Convención Internacional sobre los Derechos del Niño*)<sup>63</sup>.

Los documentos también concluyen que no se ha realizado ningún trabajo a nivel internacional para unificar las normas relativas a la filiación legal en el ámbito del Derecho internacional privado, tampoco para establecer la cooperación transfronteriza en este ámbito<sup>64</sup>.

Señalan, también, que los conflictos entre Estados se plantean sobre todo por las diferencias entre ellos para determinar la filiación en el caso de que intervengan sujetos de varios Estados, pues, en algunos casos se acude al conflicto de leyes, teniendo en cuenta las normas aplicables; y, en otras ocasiones, se acude al reconocimiento de documentos extranjeros<sup>65</sup>.

Por otro lado, el estudio tiene por objeto plantear la cuestión acerca de la pertinencia y viabilidad de proseguir los trabajos sobre la cuestión tratada. En cuanto a si procede continuar con los trabajos, la respuesta fue afirmativa a la vista de la opinión manifestada por los Estados y los distintos grupos consultados y, sobre todo, desde el punto de vista de los derechos de los niños<sup>66</sup> y de las demás partes implicadas, para garantizar su seguridad jurídica y proteger sus derechos y bienestar<sup>67</sup>. En cuanto a la viabilidad, es decir, respecto a la pregunta de si sería posible alcanzar un acuerdo multilateral, los informes, a la vista de las respuestas aportadas por los Estados al cuestionario presentado, plantean numerosas dudas o problemas que se podrían presentar a la hora de intentar formular el acuerdo. Básicamente estos problemas surgirían del alcance vinculante o no del hipotético acuerdo, las garantías que se debieran adoptar, la conveniencia o no de realizar un convenio a imagen y semejanza del *Convenio de La Haya de 1993*, los problemas de orden público o el coste para los Estados de cambiar su enfoque en cuanto al reconocimiento de la filiación en situaciones internacionales<sup>68</sup>.

Por último, se plantea en estos dos documentos la previsión sobre futuras actuaciones que se deben seguir para continuar los trabajos iniciados por la Conferencia de La Haya, principalmente se plantea la creación de un grupo de expertos que profundicen en los aspectos dudosos acerca de la viabilidad de un instrumento multilateral vinculante en esta materia<sup>69</sup>.

El Consejo de Asuntos Generales y Política estudió el tema en reunión que se celebró del 8 al 10 de abril de 2014 y concluyó que la Oficina permanente debía continuar investigando y recabando información acerca de la viabilidad de un acuerdo multilateral<sup>70</sup>.

En febrero de 2015 se elaboró por la Oficina Permanente un nuevo documento (Prel. Doc. núm. 3 A) de ampliación de los anteriores titulado *The parentage/surrogacy Project: an updating note*<sup>71</sup>, en este documento se hace mención a los trabajos llevados a cabo por el Comité de los Derechos del Niño sobre la materia en los años precedentes y al impacto que ha tenido en los Estados las últimas decisiones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos<sup>72</sup> sobre



la cuestión. Por otro lado, indica como futuras acciones la constitución de un grupo de expertos que profundice sobre la cuestión. Además, en su Anexo II señala algunos de los problemas de violación de derechos humanos que se han observado como consecuencia de acuerdos de gestación subrogada, que son: el abandono de niños, posibles casos de tráfico de niños, el derecho de los niños a conocer sus orígenes biológicos, la preocupación sobre la prestación de consentimiento por parte de la madre gestante, así como la detección de problemas con los agentes intermediarios.

El Consejo, en la reunión que tuvo lugar en marzo de 2015 marcó las pautas de trabajo del grupo de expertos que se debe constituir para estudiar la viabilidad del mencionado acuerdo multilateral<sup>73</sup>, instándole a presentar un informe en 2016.

Como consecuencia de lo anterior, en enero de 2016 la Oficina permanente presentó, a la atención del grupo de expertos antes mencionado, una nota informativa sobre el proyecto de filiación / maternidad de sustitución<sup>74</sup>. Este documento señala como objetivos del grupo de expertos: la necesidad de identificar las áreas problemáticas y dónde es necesario encontrar soluciones comunes, proveer de datos preliminares sobre el posible instrumento multilateral, así como identificar y discutir acerca de los retos que plantea la posibilidad de lograr este hipotético acuerdo.

La Conferencia de La Haya es consciente de que durante el tiempo en que la Oficina Permanente está trabajando sobre esta cuestión, la situación jurídica de los Estados sobre la materia va evolucionando, ya que se trata de un fenómeno dinámico; por ello, a pesar de que se designara un grupo de expertos para trabajar sobre la cuestión, se hace necesaria la colaboración de la Oficina Permanente para actualizar los datos que se han ido recopilando hasta la fecha y ofrecerlos al grupo de expertos, así, el documento que estamos comentando, dedica una parte del mismo a informar sobre estos cambios producidos en los Estados<sup>75</sup>.

El documento incluye un resumen de los problemas de Derecho internacional privado que produce la gestación subrogada internacional y señala algunas cuestiones acerca de estos problemas que el grupo de expertos debería responder<sup>76</sup>. Además realiza algunas recomendaciones sobre cómo el grupo de expertos deberían abordar su trabajo, indicando que el futuro instrumento multilateral debería enfrentarse a las cuestiones conflictivas de Derecho internacional privado, establecer canales de comunicación y cooperación entre Estados e inspirarse en otros convenios de La Haya.

En febrero de 2016 el grupo de expertos presentó su primer informe sobre el tema señalando que, debido a la complejidad de la cuestión, no se habían podido obtener conclusiones definitivas, y que se debía de continuar con el trabajo iniciado poniendo énfasis en el reconocimiento entre Estados de documentos públicos extranjeros y de resoluciones judiciales de parentesco<sup>77</sup>.

El Consejo en reunión de 15-17 de marzo de 2016 aceptó la propuesta del grupo de expertos y les invitó a continuar en la línea que han indicado, emplazándoles a mostrar sus resultados en la reunión del Consejo de 2017<sup>78</sup>.

Podemos concluir, por tanto, que existe gran preocupación en el marco de la Conferencia de La Haya sobre la cuestión tratada en este trabajo, preocupa en especial la situación de vulnerabilidad de los niños, las madres subrogadas y los padres de intención y para evitar posibles fraudes, abusos, tráfico de personas o la existencia de niños apátridas o sin padres, se trabaja en la creación de un convenio multilateral que cree puentes sobre el reconocimiento de la filiación de los menores en caso de gestación subrogada transfronteriza y facilite un espacio de cooperación entre los Estados. Lo que pretende la Conferencia no es posicionarse a favor o en contra de la gestación por sustitución sino crear estos puentes de cooperación que generen un contexto de seguridad jurídica ante la realidad existente (DARNOSVKY y BEESON, 2015), una realidad en la que la falta de regulación o la permisiva relación de algunos Estados da lugar a abusos y situaciones de tráfico de personas y en la que la ausencia de un convenio multilateral entre Estados sobre la filiación de los nacidos a través de gestación por sustitución provoca situaciones indeseadas de niños apátridas, tráfico de menores, falta de identidad y otros supuestos de violación de derechos humanos.

No obstante, la Conferencia de La Haya es consciente de la dificultad de crear este acuerdo multilateral debido a los diferentes enfoques que, sobre todo en materia de reconocimiento de la filiación existen en los diferentes Estados, y el coste que supondría para algunos de ellos cambiar este enfoque y, por ejemplo, reconocer situaciones de filiación creadas a través mecanismos que son contrarios al orden público que se deriva del Derecho interno de cada Estado. Es por ello que, pese a los esfuerzos que se están realizando por la Conferencia de La Haya creemos complicado llegar a un consenso entre los Estados y poder generar un convenio vinculante a todos ellos.

#### IV. POSTURA EN EL MARCO DE LA ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS: PRONUNCIAMIENTOS DEL COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO

En el marco de la Organización de Naciones Unidas (ONU, en adelante), el órgano que en diversas ocasiones ha abordado el tema de la gestación por sustitución es el Comité de los Derechos del Niño (el Comité, en adelante). El Comité es un órgano de expertos independientes que supervisa la aplicación por los Estados Partes de la *Convención sobre los Derechos del Niño*, adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989<sup>79</sup> (CDN o la Convención, en adelante); también supervisa la aplicación de los dos

protocolos facultativos de la Convención que son: el *Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la participación de los niños en conflictos armados* (OPAC) de 25 de mayo de 2000<sup>80</sup> y el *Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía* (OPSC) de 25 de mayo de 2000<sup>81</sup>.

La supervisión que realiza el Comité de este último Protocolo facultativo así como la supervisión que realiza de la CDN es la actividad del Comité que nos interesa a los efectos de esta investigación y que abordaremos en los párrafos siguientes.

El artículo 12 del OPSC recoge el deber de los Estados de informar al Comité acerca de las medidas adoptadas y aplicación del Protocolo. Por su parte, el artículo 44 de la CDN recoge el deber de los Estados de informar al Comité sobre las medidas que hayan adoptado para dar efecto a los derechos reconocidos en la Convención.

Una vez emitidos estos informes por los Estados, el Comité realiza sus Observaciones Finales tras los correspondientes exámenes y formula recomendaciones a los Estados sobre cada una de las cuestiones presentadas.

De esta manera, el Comité no ha realizado un estudio o pronunciamiento general sobre su postura acerca de la gestación subrogada, pero sí se ha manifestado en diversas ocasiones sobre el tema por medio de Observaciones Finales, tras examinar los informes, anteriormente mencionados, presentados por aquellos Estados en los que se reconoce la gestación por sustitución.

Recordemos que el artículo 35 CDN impide la venta o trata de niños, por su parte, el apartado a) del artículo 2 del OPSC señala: «A los efectos del presente protocolo:

*Por venta de niños se entiende todo acto o transacción en virtud del cual un niño es transferido por una persona o grupo de personas a otra a cambio de remuneración o de cualquier otra retribución».*

Como vemos, la definición de gestación por sustitución encaja perfectamente dentro de lo que el Comité considera como «venta de niños». Así lo ha considerado el Comité en las Observaciones Finales que, hasta el momento, ha realizado a los siguientes Estados:

- Estados Unidos de América: el Comité, tras examinar y debatir el segundo informe periódico de los Estados Unidos de América sobre la aplicación del OPSC<sup>82</sup>, recomienda que se defina, reglamente, vigile y tipifique como delito la venta de niños tanto a nivel federal como en todos los Estados de acuerdo con el OPSC, en particular, la venta de niños con fines de adopción ilegal incluidas cuestiones como la maternidad subrogada y los pagos antes del nacimiento; también recomienda que defina qué se entiende por «gastos razonables»<sup>83</sup>.

- La India: en relación con el tercero y cuarto informe combinado presentados por la India sobre la aplicación de la Convención, el Comité solicita al Estado que proporcione información detallada, por escrito, sobre las medidas que en su caso hayan adoptado para garantizar que la legislación y los procedimientos sobre nacimientos consecuencia de gestación subrogada se adapten a la CDN (en concreto a los arts. 3, 6, 7, 8, 9, 19, 21 y 35 CDN), a lo que el Estado responde que se está trabajando en un proyecto de ley sobre tecnología de reproducción asistida, que incluirá la práctica ética de la gestación por sustitución entre otras técnicas; y, por otro lado, señala que el Tribunal Supremo de la India ha considerado que las disputas sobre gestación subrogada sean examinadas por la Comisión Nacional y Estatal para la protección de los derechos del niño<sup>84</sup>. Con todo, en las Observaciones Finales, el Comité, manifiesta su preocupación por la falta de regulación adecuada de la gestación subrogada, así como la generalización de su uso comercial, lo que según el Comité *«lleva a la venta de niños y a la violación de los derechos de los niños»*<sup>85</sup>. Así mismo, recomienda que el citado proyecto de ley defina, regule y vigile los acuerdos de subrogación y tipifique como delito la venta de niños con fines de adopción ilegal, *«incluido el uso indebido de la maternidad subrogada»*<sup>86</sup>.
- México: En las Observaciones finales que realiza el Comité sobre los informes periódicos cuarto y quinto presentados de manera combinada por México relativos a la CDN<sup>87</sup>, el Comité manifiesta su preocupación por no haber incorporado ni a la ley federal ni a la estatal todos los delitos previstos en el Protocolo facultativo, como la venta de niños<sup>88</sup>; así como por el hecho de que la regulación de la gestación por sustitución por el Estado de Tabasco no ofrezca suficientes garantías para evitar que se convierta en un medio para la venta de niños. Por ello recomienda revisar sus códigos penales y tipificar como delito la venta de niños y los demás delitos incluidos en el Protocolo facultativo, así como velar por que el estado de Tabasco revise su legislación sobre la materia<sup>89, 90</sup>.
- Israel: el Comité, tras examinar los informes periódicos segundo a cuarto enviados por Israel relativos a la CDN recomienda al Estado entre sus Observaciones Finales que, al regular la gestación subrogada, garantice el respeto de los derechos de los niños y la consideración primordial a su interés superior, así como su derecho a conocer información sobre sus orígenes. También recomienda al Estado que considere proporcionar apoyo y asesoramiento tanto a los futuros padres como a las madres sustitutas<sup>91</sup>. Posteriormente, el Comité, al examinar el informe inicial de Israel sobre el OPSC manifiesta su preocupación por el hecho de

que en el Estado no exista un procedimiento adecuado de selección de futuros padres con la finalidad de impedir la venta encubierta de niños y/o posibles abusos sexuales y, en consecuencia, recomienda tomar medidas sobre este asunto y promocionar políticas más restrictivas sobre la cuestión<sup>92</sup>.

- Países Bajos: tras examinar el tercer informe periódico de los Países Bajos, el Comité manifiesta su preocupación por la existencia de adopciones ilegales, venta de niños por internet y supuestos de gestación por sustitución y, en consecuencia, recomienda que se adopten medidas legales para evitar estos sucesos<sup>93</sup>.
- Suiza: examinados por el Comité los informes periódicos segundo a cuarto relativos a la CDN remitidos por Suiza, el Comité manifiesta su preocupación ya que, a pesar de que se prohíben en este país los acuerdos de gestación subrogada, sin embargo los nacidos por esta vía, mientras se tramita su adopción quedan en situación de incertidumbre, por lo que recomienda al Estado que agilice los trámites de la adopción y tenga en cuenta durante el proceso el interés superior del niño<sup>94</sup>.

En conclusión, la postura del Comité acerca de la gestación subrogada, se resume en que se debe rechazar la gestación subrogada comercial por el riesgo que supone que esta práctica se convierta en un medio lícito para traficar con personas. A tales efectos, el Comité insta a los Estados a garantizar que la regulación de la gestación subrogada en cada uno de ellos sea efectivamente altruista. La dificultad radica en definir qué se entiende por gestación por sustitución altruista pues la mayoría de los Estados parten de la prohibición de la gestación subrogada comercial pero aceptan la existencia de «gastos razonables» como pagos reconocidos a la gestante, sin concretar qué se entiende por tales y cuál es el límite entre abonar un gasto que sufre la madre gestante y satisfacer un *lucrum cesans*, en cuyo caso estaríamos ante una gestación por sustitución comercial.

La segunda preocupación del Comité sobre esta materia se centra en el cumplimiento del deber que tienen los Estados de garantizar el derecho de los niños a conocer sus orígenes biológicos, el artículo 7 de la CDN reconoce el derecho de los niños a conocer a sus padres, por ello, el Comité aceptaría una regulación de la gestación subrogada que garantizara esta cuestión.

Vemos, por tanto, que el Comité no rechaza de manera radical la gestación subrogada y, entendemos que, asumiendo que es una práctica que pese a las prohibiciones que puedan existir puede seguir dándose, la acepta con dos condiciones: que los Estados garanticen que se trata de una práctica absolutamente altruista de manera que no exista riesgo de considerarla un supuesto de tráfico de personas; y que se garantice el derecho de los menores nacidos por este procedimiento a conocer sus orígenes biológicos.

## V. ANÁLISIS DE LA SITUACIÓN EN ESPAÑA. PROBLEMAS QUE PLANTEA LA INSCRIPCIÓN DE LOS MENORES EN EL REGISTRO CIVIL ESPAÑOL.

### 1. REGULACIÓN DE LA GESTACIÓN SUBROGADA EN ESPAÑA

La *Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida* (en adelante LTRHA), como ya hacía la anterior ley sobre técnicas de reproducción asistida, *Ley 25/1988, de 22 de noviembre*, regula en su artículo 10 la gestación por sustitución en los siguientes términos:

«1. *Será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero.*

2. *La filiación de los hijos nacidos por gestación por sustitución será determinada por el parto.*

3. *Queda a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales».*

El artículo 10 LTRHA, (en adelante, el artículo 10), recoge en su primer apartado la nulidad absoluta y de pleno derecho de cualquier contrato de gestación por sustitución pero ¿significa esto que la gestación por sustitución está prohibida en nuestro Derecho?

La respuesta parece sencilla: sí, pues si el contrato de gestación subrogada es nulo es porque está prohibido; no obstante, la doctrina no es unánime sobre esta cuestión, son muchos los autores que se han posicionado en respuesta a esta pregunta, unos para considerar que el artículo 10 no contiene una prohibición, otros para opinar justamente lo contrario. Veamos las diferentes posturas:

Algunos autores consideran que, pese a ser nulo el contrato de gestación subrogada celebrado en España, no está prohibida esta práctica con carácter general y ello porque para que fuera una conducta prohibida sería necesario que así se manifestase expresamente en la norma o que, al menos, se recogieran sanciones para el caso de incumplimiento (HEREDIA CERVANTES, 2015, 368; HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, 2014, 152; ATIENZA, 2015, 95; LEMA AÑÓN, 1999, 380; CARRILLO POZO, 2015, 77).

Otros autores, sin embargo, ven en la tajante declaración de nulidad del contrato previsto en el artículo 10.1 la prohibición de esta forma de reproducción (BLANCO-MORALES LIMONES, 2015, 11; BAZ VICENTE, 2015, 271; CASADO BLANCO e IBÁÑEZ BERNÁLDEZ, 2014, 61; RAMÓN FERNÁNDEZ, 2014, 45; SOUTO GALBÁN, 2016, 183; LAMM, 2014, 50; MORENO SÁNCHEZ-MORALEDA, 2014, 125 y 210; SELMA PENALVA, 2015, 296; VELARDE D'AMILL, 2012, 66; VILAR GONZÁLEZ, 2014, 909; CALVO CARAVACA y CARRASCOSA GONZÁLEZ, 2015, 96; GARCÍA PÉREZ, 2017, 354; FERRER VANRELL, 2013, 59 y 66; TAMAYO HAYA, 2013, 273).

¿A qué se debe esta contradicción dentro de la doctrina?

Encontramos, en este punto, la gran antinomia que se puede deducir del artículo 10, se presupone que si una conducta es nula no puede producir efectos jurídicos; en este sentido el artículo 10 apartado primero es categórico, de hecho, no acepta ningún tipo de gestación subrogada ni con precio ni sin él, sin excepciones; sin embargo, el párrafo tercero del mismo artículo deja la puerta abierta al reconocimiento de posibles efectos en caso de celebración de este contrato, de manera que el padre biológico, podrá reclamar la paternidad de su hijo concebido mediante gestación subrogada<sup>95</sup>, produciendo, así, efectos jurídicos una conducta que *a priori* era nula.

Este inciso del artículo 10 no hace más generar dudas acerca de la prohibición o no de esta conducta ¿cómo puede producir efectos jurídicos válidos una conducta prohibida? La contundente declaración de nulidad del párrafo primero contrasta con la laxitud del párrafo tercero del artículo 10.

Podría parecer que lo que únicamente está reconociendo el artículo 10 en su párrafo tercero es una realidad: que el padre biológico lo es y puede reclamar esta filiación y que, en este sentido, no existe contradicción con el párrafo primero del mismo artículo.

Sin embargo, por un lado abre la posibilidad, en los casos de filiación producida en el extranjero, no solo a que el padre biológico reclame la constatación de la verdad biológica, sino a que la madre comitente pueda finalmente ser madre legal, adoptando al hijo de su cónyuge, en contra del principio *mater semper certa est* que recoge el segundo párrafo del artículo 10. La cuestión podría solucionarse adoptando algunas posturas que se dan en el Derecho comparado, como por ejemplo, el caso de Italia, en el que no se reconoce, si quiera, la paternidad del padre biológico, evitando así todo efecto acerca de la gestación subrogada producida en el extranjero<sup>96</sup>.

Por otro lado, el hecho de permitir que al padre biológico se le considere padre legal abre también paso al reconocimiento de otros efectos subsidiarios como la atribución de prestaciones por maternidad/paternidad, en este sentido existen numerosas sentencias de instancia y de los Tribunales Superiores de Justicia de las distintas Comunidades Autónomas que lo admiten (es la línea general), aunque otras niegan esta posibilidad, generando jurisprudencia contradictoria<sup>97</sup>.

A mayor abundamiento, y como argumentan los autores antes citados, una conducta prohibida debería conllevar la imposición de sanciones para el caso de incumplimiento.

La Ley 14/2006, en su Capítulo VIII relativo a *Infracciones y Sanciones*, no dedica ningún artículo específico a tipificar como infracción ni a sancionar la práctica de la gestación por sustitución. Tanto esta ley, como su predecesora de 1988 desoyeron en este apartado la Recomendación 116 del «Informe Palacios» que señalaba «*Deberán ser objeto de sanción penal o del tipo que procediera,*

*las personas que participen en un contrato de gestación de sustitución, aunque no sea escrito, así como las personas, agencias o instituciones que la propicien, y los equipos médicos que las realicen»<sup>98</sup>.*

En el Código Penal tampoco se tipifica como delito la gestación por sustitución, si bien es una conducta que puede dar lugar a los delitos contenidos en el Capítulo II del Título XII *De la suposición del parto y de la alteración de la paternidad, estado o condición del menor*, sin embargo, lo que sancionan estos artículos no es la gestación por sustitución en sí misma sino la voluntad de alterar la filiación del nacido por estos medios<sup>99</sup>.

No obstante las consideraciones anteriores, entendemos que, en tanto está prohibido el tráfico de personas, cualquier acto (incluida la gestación por sustitución) que pueda motivar, facilitar o propiciar esta situación tiene que considerarse prohibida y no puede ser aceptada en nuestro Derecho.

Esta es la postura que manifiesta el Estado español al dar respuesta a la pregunta número 24 del cuestionario que la Conferencia de La Haya remitió a los diferentes Estados en el marco de los trabajos que está realizando sobre la materia. La pregunta 24 del formulario<sup>100</sup> plantea la cuestión acerca de si en el Estado al que va dirigida la pregunta están permitidos los acuerdos de subrogación, las posibles opciones que se plantean a los Estados son:

- a) Sí, están permitidos todos los acuerdos de subrogación.
- b) No, toda forma de gestación subrogada está expresamente prohibida por la ley: especificar incluyendo las sanciones existentes.
- c) Depende de la naturaleza del acuerdo de gestación subrogada.
- d) Otros.

En respuesta a esta pregunta la opción que marca el Estado español es la b)<sup>101</sup>, y a modo explicativo declara que en nuestro país están expresamente prohibidos todos los acuerdos de gestación subrogada, remite al párrafo primero del artículo 10 LTRHA y señala como sanciones aplicables las de los artículos 220 a 222 del CP. Por lo tanto, la postura oficial de nuestro país en materia de gestación subrogada es que esta es una práctica prohibida y que puede ser castigada<sup>102</sup>.

En conclusión y en respuesta a la pregunta inicial: ¿prohíbe el artículo 10 la gestación por sustitución? Entendemos que la voluntad del legislador fue prohibir la gestación subrogada, de lo contrario, no tendría sentido declarar nulo el contrato celebrado. Esta es la postura que el Estado español mantiene frente a terceros evidenciada en la respuesta al cuestionario presentado por la Conferencia de La Haya. Sin embargo, como hemos visto, el artículo 10 es del todo criticable pues se contradice a sí mismo, por un lado, declarando nulo el contrato de gestación subrogada y, por otro, dejando al padre comitente la posibilidad de reclamar la paternidad y por tanto de hacer efectivo su derecho



de filiación pasando por alto la prohibición contenida en el párrafo primero y atribuyendo efectos válidos a una conducta prohibida.

Así las cosas, si la voluntad del legislador era prohibir la gestación subrogada, hubiera sido deseable, no solo establecer su prohibición expresa en la Ley, sino determinar con claridad sanciones civiles eficaces, como la privación absoluta de la filiación, incluida la del padre biológico y sin ofrecer alternativas; o la clara determinación de sanciones penales, castigando expresamente la celebración del contrato de gestación por sustitución y su intervención en él de cualquier modo, como hacen los países a los que hemos aludido.

## 2. INSCRIPCIÓN DE LA FILIACIÓN: POSTURAS ENCONTRADAS DEL TS Y DE LA DGRN

La dificultad interpretativa del artículo 10 puesta de manifiesto en el párrafo anterior, no ha hecho más que complicar la aplicación práctica de esta norma.

Sin duda, el caso que más polémica ha suscitado en España, por ser el primero y también el único que ha llegado al Tribunal Supremo ha sido el llamado «Caso cero».

En el año 2008 nacieron los mellizos, de padres españoles, a través de gestación subrogada en San Diego, California (EE.UU). Tras el juicio de parentalidad americano<sup>103</sup>, las autoridades californianas expidieron el certificado de nacimiento de los menores figurando como padres naturales de los menores ambos padres de intención y sin mención alguna a la madre gestante.

Los menores adquirían así la nacionalidad americana, por haber nacido en territorio americano. Los padres de intención, en el intento de inscribir a sus hijos en el Registro Civil español y de que adquirieran su filiación y la nacionalidad española, acudieron al Registro Civil del Consulado General de España en Los Ángeles, donde les fue denegada dicha inscripción, porque al ser obvio que los menores habían nacido a través de gestación subrogada, y ser esta práctica contraria al artículo 10 LTRHA y prohibida en España, el Auto del Canciller del Consulado debía denegar la inscripción.

A partir de este momento, se inicia todo el desarrollo judicial y administrativo del «Caso cero» dando lugar a numerosos pronunciamientos judiciales y de la Dirección General de los Registros y del Notariado que culminan con la Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010<sup>104</sup> y la sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014<sup>105</sup>.

La DGRN en la citada Instrucción, se muestra favorable a la inscripción directa de los menores nacidos a través de gestación subrogada en el extranjero a través del reconocimiento de la certificación de nacimiento producida en el país extranjero. Para permitir dicha inscripción, señala un requisito previo: exige la presentación de una resolución judicial dictada en el país de nacimiento de los menores donde se acredite su filiación a favor de los padres de intención y

que cumpla una serie de directrices que señala la instrucción<sup>106</sup>. El fundamento último de la Instrucción es la protección del interés superior del menor.

Sin embargo ¿Qué ocurre con los menores procedentes de países en los que no se emite dicha resolución judicial o esta no cumple las directrices señaladas en la Instrucción? La propia Instrucción remite al procedimiento del párrafo tercero del artículo 10 para resolver dichos casos. En mi opinión, el hecho de que la DGRN reconozca el procedimiento del párrafo tercero del artículo 10 para algunos supuestos demuestra que el Centro Directivo reconoce la protección del interés superior del menor a través de dicho procedimiento, por lo que la propia DGRN está reconociendo que la aplicación de la Instrucción es prescindible ya que hay otros medios de inscripción de estos menores que no pasan por la inscripción directa y que igualmente protegen el interés superior del menor.

Por su parte, el Tribunal Supremo, frente al mismo caso adopta una postura distinta y se postula en contra de la inscripción directa de los menores, para ello aboga por el reconocimiento de la filiación extranjera y la aplicación del párrafo tercero del artículo 10 en cuanto a la inscripción de los menores en España y ello sobre la base de que no se puede reconocer directamente el contenido de la certificación de nacimiento extranjera pues ello supondría tanto como reconocer en España la validez de un contrato (el de gestación subrogada) prohibido en nuestro Derecho y contrario al orden público internacional español.

Incide la sentencia en que no es contrario al interés superior del menor denegar la inscripción que determine su filiación, de la misma manera que cuando el Código Civil permite que se impugne la filiación de un menor no exige que quede determinada otra inmediatamente y esto no se considera contrario a su interés, de este modo puede perjudicarle aún más tener una filiación determinada en contra de los principios del ordenamiento jurídico.

Así, el Tribunal Supremo lo que en definitiva hace es denegar la inscripción pero consentir la filiación determinada por la resolución judicial y la certificación extranjera y se permite hacerlo porque en nuestro Derecho la inscripción no es constitutiva (aunque sí que supone el reconocimiento de la filiación) (VILAR GONZÁLEZ, 2014, 914) por lo que los menores pueden tener la filiación determinada por las autoridades extranjeras, pero no estar inscritos en el Registro Civil español (VELA SÁNCHEZ, 2015, 38).

Como consecuencia de estos pronunciamientos, a día de hoy, y pese a que exista una sentencia del Tribunal Supremo que prohíba la inscripción directa de los menores nacidos a través de gestación subrogada en el extranjero, de hecho, los menores están siendo inscritos siguiendo el procedimiento de la DGRN.

El diferente tratamiento de la cuestión por ambas instituciones hace que las personas que se vean en la tesitura de celebrar un contrato de gestación subrogada en el extranjero no sepan a qué atenerse en cuanto a la normativa

aplicable y en cuanto a los efectos del hecho practicado, lo que conlleva un claro supuesto de inseguridad jurídica.

Pero no solo la seguridad jurídica resulta puesta en entredicho en esta cuestión, también el principio de no discriminación. Como hemos visto, la DGRN acepta la inscripción directa de los menores nacidos a través de gestación subrogada en el extranjero cuando se cumplan los requisitos y directrices establecidos en la Instrucción, pero, ¿qué pasa con los menores que pudieran nacer en España por esta vía? En aplicación del artículo 10 LTRH nunca podrían ser inscritos estos menores directamente con la filiación de sus padres de intención pues sería necesaria la reclamación de la filiación por parte del padre biológico y la madre legal siempre sería la gestante (*ex. art. 10.3 LTRHA*), de esta manera se está incitando a la práctica de la gestación subrogada transfronteriza a la que solo tienen acceso unos pocos por razones económicas siendo discriminados quienes no tienen recursos económicos para salir al extranjero.

## CONCLUSIONES

I. En todas las instituciones tanto de Derecho internacional público, como de Derecho internacional privado estudiadas existe preocupación sobre la práctica generalizada de la gestación subrogada, en particular sobre la gestación subrogada transnacional y sus efectos.

II. Los puntos que más preocupan a las instituciones estudiadas son:

- La posibilidad de que la gestación subrogada se convierta en un supuesto de tráfico de menores.
- La inseguridad jurídica que la gestación subrogada transnacional genera sobre los menores en orden a su filiación, *status* jurídico y desconocimiento de sus orígenes biológicos.
- La protección de las madres gestantes que no siempre se encuentran en situación de igualdad respecto de los padres de intención.
- La vulnerabilidad de los padres de intención, en ocasiones desinformados y víctimas de organizaciones vinculadas al tráfico de niños.
- La vulneración de la dignidad de la persona al considerar a la madre gestante como un objeto, así como al menor nacido de esta práctica.
- La dificultad de armonizar la normativa sobre la cuestión.

III. La mayoría de las instituciones distinguen entre gestación subrogada altruista y comercial, entendiendo por comercial aquella en la que existe contraprestación económica y altruista aquella en la que no existe esta contraprestación o solo se atribuye a la mujer gestante los gastos razonables que genera la gestación, planteando el Comité de los Derechos del Niño la dificultad que

supone deslindar la fina línea divisoria entre ambas y definir lo que son «gastos razonables». A estos efectos las instituciones estudiadas consideran la gestación por sustitución comercial como un supuesto de tráfico de niños.

IV. Se insiste en considerar la gestación por sustitución como un fenómeno global que merece la creación de un convenio multilateral que solucione los problemas planteados a lo largo del estudio, sin la intención de unificar, ante la dificultad que esto supondría, la legislación de todos los estados sobre la materia.

V. Como posible solución al problema se considera el reconocimiento mutuo del estado civil de los menores así nacidos entre los estados implicados y la adhesión al convenio en el que está trabajando la Conferencia de La Haya.

VI. En el ámbito interno la contradictoria redacción del artículo 10 LTR-HA, su difícil interpretación, así como las diferentes posturas de la DGRN y del Tribunal Supremo sobre la cuestión no hacen más que generar dudas sobre la normativa aplicable a la gestación subrogada y las consecuencias de la misma, generando la inevitable inseguridad jurídica sobre la materia y fomentando así el turismo reproductivo con el claro efecto discriminatorio de quienes no tienen medios para acceder a él.

## ÍNDICE DE RESOLUCIONES

- RDGRN de 18 de febrero de 2009.
- IDGRN de 5 de octubre de 2010.
- RDGRN de 11 de julio de 2014.
- SJPI Valencia de 15 de septiembre de 2010.
- SAP Valencia de 23 de noviembre de 2011.
- STS de 6 de febrero de 2014.
- STSJ Andalucía de 4 de febrero de 2015.
- STSJ Cataluña de 19 de julio de 2016.
- STSJ Cataluña de 15 de abril de 2016.
- STSJ Cataluña de 11 de febrero de 2016.
- STSJ Cataluña de 1 de julio de 2015.
- STSJ Cataluña de 9 de marzo de 2015.
- STSJ Cataluña de 23 de noviembre de 2012.
- STSJ Madrid de 5 de octubre de 2015.
- STSJ Madrid de 23 de diciembre de 2014.
- STSJ Madrid de 7 de julio de 2014.
- STSJ Madrid de 13 de marzo de 2013.
- STSJ Madrid de 18 de octubre de 2012.
- STSJ País Vasco de 13 de mayo de 2014.

## BIBLIOGRAFÍA

- ATIENZA, M. (2015). Gestación por sustitución y prejuicios ideológicos. *El Notario del Siglo XXI*, núm. 63, 94-98.
- BAZ VICENTE, R. (2015). Aspectos registrales civiles de la filiación en los supuestos de gestación por sustitución. *Boletín del Ministerio de Justicia*, núm. 2179, 269-282.
- BLANCO-MORALES LIMONES, P. (2015). Una filiación: tres modalidades de establecimiento. La tensión entre la ley, la biología y el afecto. *Bitácora Millennium DIPr: Derecho Internacional Privado*, núm. 1, 1-16.
- BRUNET, L., CARRUTHERS, J., *et al.* (2013). A Comparative Study on the Regime of Surrogacy in EU Member States. *Policy Department C: Citizens' Rights and Constitutional Affairs*. Brussels. European Parliament. (1-383).
- CALVO CARAVACA, A. L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. (2015). Gestación por sustitución y Derecho Internacional Privado. Más allá del Tribunal Supremo y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 7, núm. 2, 45-113.
- CARRILLO POZO, L. F. (2015). Tratamiento registral en España de los nacimientos en el extranjero mediante gestación por sustitución. *Anuario uruguayo crítico de Derecho de familia y sucesiones: doctrina, jurisprudencia, temas procesales y registrales*, núm. 3, 69-82.
- CASADO BLANCO, M., e IBÁÑEZ BERNÁLDEZ, M. (2014). Reflexiones legales y éticas en torno a la maternidad subrogada. *Revista española de medicina legal: órgano de la Asociación nacional de médicos forenses*, Vol. 40, núm. 2, 59-62.
- CASINI, C. (1990). Informe sobre la fecundación artificial *in vivo* e *in vitro*. En ROTHLEY, W. y CASINI, C., *Problemas éticos y jurídicos de la manipulación genética y de la fecundación artificial humana*. Luxemburgo. Oficina de Publicaciones de las Comunidades Europeas (1-137).
- DARNOVSKY, M. y BEESON, D. (2015). Prácticas globales de subrogación, *AFIN*, núm. 77, 1-17.
- FERRER VANRELL, M. P. (2013). La discutible constitucionalidad de la Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010 sobre el régimen registral de la filiación de los nacidos por gestación de sustitución. *Revista de Derecho, Empresa y Sociedad (REDS)*, núm. 1, 57-76.
- GARCÍA PÉREZ, C. L. (2007). Artículo 10. Gestación por sustitución. En Cobacho Gómez, J. A. (Dir.), *Comentarios a la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida*. Pamplona: Thomson Aranzadi (353-396).
- HEREDIA CERVANTES, I. (2015). La inscripción de relaciones de filiación constituidas en el extranjero mediante gestación por sustitución: seis años desperdiciados. *Boletín del Ministerio de Justicia*, núm. 2179, 339-396.
- HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, A. (2014). Determinación de la filiación de los nacidos en el extranjero mediante gestación por sustitución: ¿hacia una nueva regulación legal en España? *Cuadernos de derecho transnacional*, Vol. 6, núm. 2, 147-174.
- LAMM, E. (2014). Gestación por sustitución. La importancia de las sentencias del Tribunal Europeo de derechos humanos y su impacto. *Ars Iuris Salmanticensis* [En línea], Vol. 2, núm. 2, 43-50, obtenido en: <<http://revistas.usal.es/index.php/ais/article/view/12727/13115>> (Acceso: 20 de junio de 2016).

- LEMA AÑÓN, C. (1999). *Reproducción, poder y derecho. Ensayo filosófico-jurídico sobre las técnicas de reproducción asistida*, Valladolid: Ed. Trotta.
- MORENO SÁNCHEZ-MORALEDA, A. (2014). La determinación de la filiación mediante gestación de sustitución reconocida en el derecho internacional privado español. *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 9, 189-215.
- RAMÓN FERNÁNDEZ, F. (2014). La protección del menor en los casos de gestación por sustitución: análisis de diversos supuestos prácticos. *Revista sobre la infancia y la adolescencia*, núm. 6, 38-50.
- SELMA PENALVA, A. (2015). Nuevas posiciones en torno a la maternidad subrogada. *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 172, 295-304.
- SOUTO GALVÁN, B. (2006). Dilemas éticos sobre la reproducción humana. La gestación de sustitución. *Feminismo/s*, núm. 8, 181-195.
- TAMAYO HAYA, S. (2013). Hacia un nuevo modelo de filiación basado en la voluntad en las sociedades contemporáneas. *Revista Digital Facultad de Derecho* [En línea], núm. 6, 261-316, obtenido en: <[http://portal.uned.es/pls/portal/docs/PAGE/UNED\\_MAIN/LAUNIVERSIDAD/UBICACIONES/06/PUBLICACIONES/REVISITA%20DIGITAL%20FACULTAD%20DE%20DERECHO/NUMEROS%20PUBLICADOS/NUMERO%20VI/NUEVOMODELODEFILIACION.PDF](http://portal.uned.es/pls/portal/docs/PAGE/UNED_MAIN/LAUNIVERSIDAD/UBICACIONES/06/PUBLICACIONES/REVISITA%20DIGITAL%20FACULTAD%20DE%20DERECHO/NUMEROS%20PUBLICADOS/NUMERO%20VI/NUEVOMODELODEFILIACION.PDF)> (Acceso: 18 de agosto de 2016).
- TODOROVA, V. (2010). Recognition of parental responsibility: biological parenthood v. legal parenthood, i. e. mutual recognition of surrogacy agreements: what is the current situation in the MS? Need for EU action. En *Policy Department C: Citizens' Rights and Constitutional Affairs*. Brussels. European Parliament. (1-38).
- VELA SÁNCHEZ, A. J. (2015). *Gestación por encargo: tratamiento judicial y soluciones prácticas. La cuestión jurídica de las madres de alquiler*, Madrid: Ed. Reus.
- VELARDE D'AMIL, Y. (2012). Comentario a la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia núm. 949/2011, de 23 de noviembre de 2011: no inscripción en el Registro Civil de los menores nacidos mediante gestación por sustitución. *Revista sobre la infancia y la adolescencia*, núm. 3, 61-70.
- VILAR GONZÁLEZ, S. (2014). Situación actual de la gestación por sustitución. *Revista de Derecho UNED*, núm. 12, 897-931.

## NOTAS

<sup>1</sup> A pesar de que la aparición de las técnicas de reproducción asistida produjo la implosión en el mercado humano internacional de la aparición y práctica masiva de la gestación subrogada, nos apartamos de considerarla una técnica de reproducción asistida como tal pues la práctica que estamos tratando puede llevarse a cabo de manera natural mediante el mantenimiento de relaciones sexuales de la madre gestante con el donante de esperma sin necesidad de requerir la aplicación de una técnica de reproducción asistida.

<sup>2</sup> Se puede consultar en: <<http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/X2H-Xref-ViewHTML.asp?FileID=10022&lang=EN>> (Acceso 23 de mayo de 2016).

<sup>3</sup> *Vid.*, <<http://assembly.coe.int/nw/xml/News/News-View-en.asp?newsid=846&lang=2>> (Acceso: 20 mayo 2005).

<sup>4</sup> *Vid.*, <<http://semantic-pace.net/tools/pdf.aspx?doc=aHR0cDovL2Fzc2VtYmx5LmNvZS5pbmQvbnveG1sLlhSZWYvWDJILURXLWV4dHIuYXNwP2ZpbGVpZD0xODk3NSZs>>

YW5nPUVO&xsl=aHR0cDovL3NlbWFudGljcGFjZS5uZXQvWHNsdC9QZGYvWFJIZi1XRC1BVC1YTUwyUERGLnhzbA==&xsltparams=ZmlsZWlkPTE4OTc1> (Acceso: 23 de mayo de 2016).

<sup>5</sup> Vid., <<http://www.un.org/es/charter-united-nations/>> (Acceso: 23 de mayo de 2016).

<sup>6</sup> Vid., <<http://www.un.org/es/documents/udhr/>> (Acceso: 23 de mayo de 2016).

<sup>7</sup> Vid., <<http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CCPR.aspx>> (Acceso: 23 de mayo de 2016).

<sup>8</sup> Vid., <<http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CESCR.aspx>> (Acceso: 23 de mayo de 2016).

<sup>9</sup> Vid., <<http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CAT.aspx>> (Acceso: 23 de mayo de 2016).

<sup>10</sup> Ratificado por España BOE núm. 126, de 27 de mayo de 2002, para su consulta vid., <<https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2002-10139>> (Acceso 23 de mayo de 2016).

<sup>11</sup> Vid., <<http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/text/sconvention.htm>> (Acceso: 23 de mayo de 2016).

<sup>12</sup> Vid., <<https://www.unodc.org/documents/treaties/UNTOC/Publications/TOC%20Convention/TOCbook-s.pdf>> (Acceso: 23 de mayo de 2016).

<sup>13</sup> Vid., <[http://www.accem.es/ficheros/documentos/pdf\\_trata/Convenio\\_Consejo\\_de\\_Europa.pdf](http://www.accem.es/ficheros/documentos/pdf_trata/Convenio_Consejo_de_Europa.pdf)> (Acceso: 23 de mayo de 2016).

<sup>14</sup> Vid., <<https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1999-20638>> (Acceso 23 de mayo de 2016).

<sup>15</sup> Vid., <<http://www.un.org/es/events/childrenday/pdf/derechos.pdf>> (Acceso: 23 de mayo de 2016).

<sup>16</sup> Vid., BOE núm. 27, de 31 de enero de 2002: <<https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2002-1858>> (Acceso: 23 de mayo de 2016).

<sup>17</sup> Vid., <[http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100\\_ILO\\_CODE:C182](http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C182)> (Acceso: 23 de mayo de 2016).

<sup>18</sup> Vid., <<https://www.hcch.net/es/instruments/conventions/full-text/?cid=69>> (Acceso: 23 de mayo de 2016).

<sup>19</sup> Vid., BOE núm. 167, de 13 de julio de 2011: <<https://www.boe.es/boe/dias/2011/07/13/pdfs/BOE-A-2011-12066.pdf>> (Acceso: 23 de mayo de 2016).

<sup>20</sup> Vid., <<http://semantic-pace.net/tools/pdf.aspx?doc=aHR0cDovL2Fzc2VtYmx5LmNvZS5pbmQvbnceG1sL1hSZWYvWDJILURXLWV4dHIuYXNwP2ZpbGVpZD0xNjc3NSZsYW5nPUVO&xsl=aHR0cDovL3NlbWFudGljcGFjZS5uZXQvWHNsdC9QZGYvWFJIZi1XRC1BVC1YTUwyUERGLnhzbA==&xsltparams=ZmlsZWlkPTE4OTc1>> (Acceso: 23 de mayo de 2016).

<sup>21</sup> Vid., <<http://semantic-pace.net/tools/pdf.aspx?doc=aHR0cDovL2Fzc2VtYmx5LmNvZS5pbmQvbnceG1sL1hSZWYvWDJILURXLWV4dHIuYXNwP2ZpbGVpZD0yMTcxOSZsYW5nPUVO&xsl=aHR0cDovL3NlbWFudGljcGFjZS5uZXQvWHNsdC9QZGYvWFJIZi1XRC1BVC1YTUwyUERGLnhzbA==&xsltparams=ZmlsZWlkPTIxMDky>> (Acceso: 19 de mayo de 2016).

<sup>22</sup> Vid., <<http://semantic-pace.net/tools/pdf.aspx?doc=aHR0cDovL2Fzc2VtYmx5LmNvZS5pbmQvbnceG1sL1hSZWYvWDJILURXLWV4dHIuYXNwP2ZpbGVpZD0yMTcxOSZsYW5nPUVO&xsl=aHR0cDovL3NlbWFudGljcGFjZS5uZXQvWHNsdC9QZGYvWFJIZi1XRC1BVC1YTUwyUERGLnhzbA==&xsltparams=ZmlsZWlkPTIxNzE5>> (Acceso: 19 de mayo de 2016).

<sup>23</sup> Vid., <<http://semantic-pace.net/tools/pdf.aspx?doc=aHR0cDovL2Fzc2VtYmx5LmNvZS5pbmQvbnceG1sL1hSZWYvWDJILURXLWV4dHIuYXNwP2ZpbGVpZD0yMTcxOSZsYW5nPUVO&xsl=aHR0cDovL3NlbWFudGljcGFjZS5uZXQvWHNsdC9QZGYvWFJIZi1XRC1BVC1YTUwyUERGLnhzbA==&xsltparams=ZmlsZWlkPTIyMDUz>> (Acceso: 19 de mayo de 2016).

<sup>24</sup> Vid., <[http://www.fafce.org/index.php?option=com\\_content&view=article&id=309:press-release-in-spanish-comunicado-de-prensa-maternidad-subrogada-tomara-el-consejo-de-](http://www.fafce.org/index.php?option=com_content&view=article&id=309:press-release-in-spanish-comunicado-de-prensa-maternidad-subrogada-tomara-el-consejo-de-)>

europa-una-postura-a-favor-de-la-dignidad-humana-y-el-estado-de-derecho&catid=53:human-dignity&Itemid=234&lang=en> (Acceso: 19 de mayo de 2016).

<sup>25</sup> *Vid.*, p.23<<http://website-pace.net/documents/10643/59254/RepPrepSOC-E.pdf/1b1d25ac-757f-4916-9c44-9180531dfae6>> (Acceso 19 de mayo de 2016).

<sup>26</sup> *Vid.*, <<http://assembly.coe.int/nw/xml/News/News-View-en.asp?newsid=6060&lang=2>> (Acceso: 20 de mayo de 2016).

<sup>27</sup> *Vid.*, <<http://www.assembly.coe.int/committee/SOC/2016/SOC002E.pdf>> (Acceso: 20 de mayo de 2016).

<sup>28</sup> Para su consulta *vid.*, <<http://semantic-pace.net/tools/pdf.aspx?doc=aHR0cDovL2Fzc2VtYmx5LmNvZS5pbmQvbnVveG1sL1hSZWYvWDJILURXLWV4dHluYXNwP2ZpbGVpZD0yMzAxNSZsYW5nPUVO&xsl=aHR0cDovL3NlbWFudGljcGFjZS5uZXQvWHNsdC9QZGYvWFJlZi1XRC1BVCIYTUwyUERGLnhzbA==&xsltparams=ZmlsZWlkPTIzMDE1>> (Acceso: 10 de octubre de 2016).

<sup>29</sup> Para consultar las preguntas realizadas en el seno del Parlamento Europeo a la Comisión *vid.*, <<http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//NONSGML+CRE+20110310+SIT+DOC+PDF+V0//ES&language=ES>> 140. (Acceso: 24 de mayo de 2016);

<<http://www.europarl.europa.eu/sides/getAllAnswers.do?reference=E-2011-002642&language=ES>> (Acceso: 24 de mayo de 2016);

<<http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=WQ&reference=E-2011-010214&format=XML&language=ES>> (Acceso: 24 de mayo de 2016);

<<http://www.europarl.europa.eu/sides/getAllAnswers.do?reference=E-2011-010214&language=ES>> (Acceso: 24 de mayo de 2016);

<<http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=WQ&reference=E-2014-010084&format=XML&language=ES>> (Acceso: 24 de mayo de 2016);

<<http://www.europarl.europa.eu/sides/getAllAnswers.do?reference=E-2015-010207&language=ES>> (Acceso: 24 de mayo de 2016);

<<http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=WQ&reference=E-2015-010207&language=ES>> (Acceso 24 de mayo de 2016);

<sup>30</sup> *Vid.*, <<http://www.europarl.europa.eu/sides/getAllAnswers.do?reference=E-2015-010207&language=ES>> (Acceso 24 de mayo de 2016).

<sup>31</sup> Para su consulta *vid.*, DOUE, núm. 101, de 15 de abril de 2011, <<https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-L-2011-80799>> (Acceso: 29 de mayo de 2016).

<sup>32</sup> En el epígrafe II. trataremos en profundidad los trabajos que actualmente se están realizando en el seno de la Conferencia de La Haya sobre la materia.

<sup>33</sup> Se puede consultar en: <<http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//NONSGML+REPORT+A7-2013-0426+0+DOC+PDF+V0//ES>> (Acceso: 29 de mayo de 2016).

<sup>34</sup> *Vid.*, observación general núm. 115 dentro de las relativas a los derechos de las mujeres y las niñas: <<http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P8-TA-2015-0470+0+DOC+XML+V0//ES>> (Acceso: 29 de mayo de 2015).

<sup>35</sup> Propuesta (B8-0694/2016) formulada por MARA BIZZOTTO, para su consulta *vid.*, 17, <<http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//NONSGML+PV+20160623+SIT+DOC+PDF+V0//ES&language=ES>> (Acceso: 6 de julio de 2016).

<sup>36</sup> Para su consulta *vid.*, <<https://assets.hcch.net/docs/97867a48-a528-4b5f-8c30-e63849448ae7.pdf>> (Acceso: 1 de junio de 2016).

<sup>37</sup> Cfr. <<https://www.hcch.net/es/projects/legislative-projects>> (Acceso: 1 de junio de 2016).

<sup>38</sup> «Pursuant to a mandate from its Members, the Permanent Bureau of the Hague Conference on Private International Law is currently studying the private international law issues being encountered in relation to the legal parentage or «filiation» of children, as well as in relation to international surrogacy arrangements more specifically». Para su consulta *vid.*, <<https://www.hcch.net/es/projects/legislative-projects/parentage-surrogacy>> (Acceso: 1 de junio de 2016).



<sup>39</sup> Cfr. Opinion of the reflection group on Bioethics on gestational surrogacy. The question of European and international rules, SECRETARIAT OF THE COMMISSION OR THE BISHOPS' CONFERENCES OF THE EUROPEAN COMMUNITY, Bruselas, febrero de 2015.

<sup>40</sup> Para consultar esta información *vid.*, <<https://www.hcch.net/es/projects/legislative-projects/parentage-surrogacy/surrogacy-2010-and-prior>> (Acceso 1 de junio de 2016).

<sup>41</sup> Cfr. Conclusions and Recommendations adopted by the Council, COUNCIL ON GENERAL AFFAIRS AND POLICY OF THE CONFERENCE, HAGUE CONFERENCE ON PRIVATE INTERNATIONAL LAW, 7-9 April 2010, 3, obtenido en: <<https://assets.hcch.net/docs/910669ed-7210-4873-948c-2b414ce7c07a.pdf>> (Acceso: 1 de junio de 2016).

<sup>42</sup> Cfr. Conclusiones y Recomendaciones aprobadas por la Comisión Especial, COMISIÓN ESPECIAL SOBRE EL FUNCIONAMIENTO PRÁCTICO DEL CONVENIO DE LA HAYA DE 29 DE MAYO DE 1993 RELATIVO A LA PROTECCIÓN DEL NIÑO Y A LA COOPERACIÓN EN MATERIA DE ADOPCIÓN INTERNACIONAL, 17-25 de junio de 2010, 4, obtenido en: <<https://assets.hcch.net/docs/241a8e6a-3ebb-4bc1-9153-32cfc8fb42d.pdf>> (Acceso: 1 de junio de 2016).

<sup>43</sup> Cfr. Private international law issues surrounding the status of children, including issues arising from international surrogacy arrangements, PERMANENT BUREAU HAGUE CONFERENCE ON PRIVATE INTERNATIONAL LAW, Prel. Doc. núm. 11, March 2011, 6, obtenido en: <<https://assets.hcch.net/docs/f5991e3e-0f8b-430c-b030-ca93c8ef1c0a.pdf>> (Acceso: 1 de junio de 2016).

<sup>44</sup> *Ibid.*, 7.

<sup>45</sup> *Ibid.*, 18. El documento pone especial interés en esta cuestión y señala que es posible, incluso, la creación de niños destinados especialmente para su tráfico. Cita como ejemplo el caso *Huddleston*, en el que un hombre de veintiséis años contrata en Pensilvania a una madre de alquiler, el niño murió unas seis semanas después de nacer como consecuencia de abusos físicos.

<sup>46</sup> *Ibid.*, 19.

<sup>47</sup> *Ibid.*

<sup>48</sup> *Ibid.*, 20.

<sup>49</sup> *Ibid.*, 21.

<sup>50</sup> *Ibid.*, 24.

<sup>51</sup> Conclusions and Recommendations adopted by the Council, COUNCIL ON GENERAL AFFAIRS AND POLICY OF THE CONFERENCE, HAGUE CONFERENCE ON PRIVATE INTERNATIONAL LAW, 5-7 April 2011, 3 y 4, obtenido en: <<https://assets.hcch.net/docs/6927488c-4415-4659-a2f0-e748fbc0a3f0.pdf>> (Acceso: 1 de junio de 2016).

<sup>52</sup> A preliminary report on the issues arising from international surrogacy arrangements, PERMANENT BUREAU HAGUE CONFERENCE ON PRIVATE INTERNATIONAL LAW, Prel. Doc. núm. 10, March 2012, 6., obtenido en: <<https://assets.hcch.net/docs/d4ff8ecd-f747-46da-86c3-61074e9b17fe.pdf>> (Acceso: 2 junio 2016).

<sup>53</sup> *Ibid.*, 9 y sigs.

<sup>54</sup> *Ibid.*, 25 y sigs.

<sup>55</sup> Conclusions and Recommendations adopted by the Council, COUNCIL ON GENERAL AFFAIRS AND POLICY OF THE CONFERENCE, HAGUE CONFERENCE ON PRIVATE INTERNATIONAL LAW, 17-20 April 2012, 21, obtenido en: <<https://assets.hcch.net/docs/8c32ee93-e150-4575-aad1-88ea8787f872.pdf>> (Acceso: 1 de junio de 2016).

<sup>56</sup> En estos mismos términos se pronuncia el citado Consejo en reunión de abril de 2013, *vid.*, Conclusions and Recommendations adopted by the Council, COUNCIL ON GENERAL AFFAIRS AND POLICY OF THE CONFERENCE, HAGUE CONFERENCE ON PRIVATE INTERNATIONAL LAW, 9-11 April 2013, 2, obtenido en: <<https://assets.hcch.net/docs/a5da4346-4dd6-4ca3-aab5-a5efc8aa9f48.pdf>> (Acceso: 1 de junio de 2016).

<sup>57</sup> Questionnaire on the private international law issues surrounding the status of children including issues arising from international surrogacy arrangements (Questionnaire núm. 1),

PERMANENT BUREAU HAGUE CONFERENCE ON PRIVATE INTERNATIONAL LAW, Prel. Doc. núm. 3, April 2013, para su consulta *vid.*, <<https://www.hcch.net/es/projects/legislative-projects/parentage-surrogacy>> (Acceso: 2 de junio de 2016); para consultar las respuestas de los diferentes Estados, *vid.*, <<https://www.hcch.net/es/projects/legislative-projects/parentage-surrogacy/responses-Q1/>> (Acceso: 1 de junio de 2016).

<sup>58</sup> Questionnaire on the private international law issues surrounding the status of children including issues arising from international surrogacy arrangements, questionnaire addressed to legal practitioners, PERMANENT BUREAU HAGUE CONFERENCE ON PRIVATE INTERNATIONAL LAW, June 2013, para su consulta *vid.*, <<https://www.hcch.net/es/projects/legislative-projects/parentage-surrogacy>> (Acceso: 1 de junio de 2016).

<sup>59</sup> Questionnaire on the private international law issues surrounding the status of children including issues arising from international surrogacy arrangements, questionnaire addressed to health professionals, PERMANENT BUREAU HAGUE CONFERENCE ON PRIVATE INTERNATIONAL LAW, July 2013, para su consulta *vid.*, <<https://www.hcch.net/es/projects/legislative-projects/parentage-surrogacy>> (Acceso: 1 de junio de 2016).

<sup>60</sup> Questionnaire on the private international law issues surrounding the status of children including issues arising from international surrogacy arrangements, questionnaire núm. 4 addressed to surrogacy agencies, PERMANENT BUREAU HAGUE CONFERENCE ON PRIVATE INTERNATIONAL LAW, October 2013, para su consulta *vid.*, <<https://www.hcch.net/es/projects/legislative-projects/parentage-surrogacy>> (Acceso: 1 de junio de 2016).

<sup>61</sup> Cfr. The desirability and feasibility of further work on the parentage/ surrogacy project, PERMANENT BUREAU HAGUE CONFERENCE ON PRIVATE INTERNATIONAL LAW, Prel. Doc. núm. 3 B, March 2014, obtenido en: <<https://assets.hcch.net/docs/6403eddb-3b47-4680-ba4a-3fe3e11c0557.pdf>> (Acceso: 6 de junio de 2016), utilizaremos la versión en castellano: Pertinencia y viabilidad de proseguir los trabajos en el marco del proyecto de filiación/ maternidad subrogada, OFICINA PERMANENTE DE LA CONFERENCIA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO DE LA HAYA, Doc. Prel. núm. 3 B, abril de 2014, obtenido en: <<https://assets.hcch.net/docs/4e6edc61-71a0-4c95-acb8-b5628543c484.pdf>> (Acceso: 6 de junio de 2016). El Segundo document mencionado *supra* es: A study of legal parentage and the issues arising from international surrogacy arrangements, PERMANENT BUREAU HAGUE CONFERENCE ON PRIVATE INTERNATIONAL LAW, Prel. Doc. N.º 3 C (The Study), March 2014, obtenido en: <<https://assets.hcch.net/docs/bb90cfd2-a66a-4fe4-a05b-55f33b009cfc.pdf>> (Acceso: 6 de junio de 2016).

<sup>62</sup> Pertinencia y viabilidad de proseguir los trabajos en el marco del proyecto de filiación/ maternidad subrogada, Doc. Prel. núm. 3 B, abril de 2014, 5, obtenido en: <<https://assets.hcch.net/docs/4e6edc61-71a0-4c95-acb8-b5628543c484.pdf>> (Acceso: 6 de junio de 2016).

<sup>63</sup> *Ibid.*, 13.

<sup>64</sup> *Ibid.*, 14.

<sup>65</sup> *Ibid.*, 15.

<sup>66</sup> *Ibid.*, 19.

<sup>67</sup> *Ibid.*, 31.

<sup>68</sup> *Ibid.*, 20 y sigs.

<sup>69</sup> *Ibid.*, 31.

<sup>70</sup> Conclusions and Recommendations adopted by the Council, COUNCIL ON GENERAL AFFAIRS AND POLICY OF THE CONFERENCE, HAGUE CONFERENCE ON PRIVATE INTERNATIONAL LAW, 8-10 April 2014, obtenido en: <<https://assets.hcch.net/docs/5a2ee923-741f-48fa-b5ff-32a9fdcd0e16.pdf>> (Acceso: 7 de junio de 2016).

<sup>71</sup> The parentage/ surrogacy project: an updating note, PERMANENT BUREAU HAGUE CONFERENCE ON PRIVATE INTERNATIONAL LAW, Prel. Doc. núm. 3 A, February 2015, obtenido en: <<https://assets.hcch.net/docs/82d31f31-294f-47fe-9166-4d9315031737.pdf>> (Acceso: 7 de junio de 2016).

<sup>72</sup> En concreto a los casos *Mennesson v. France y Labassee v. France y Paradiso y Campanelli v. Italy*.

<sup>73</sup> Conclusions and Recommendations adopted by the Council, COUNCIL ON GENERAL AFFAIRS AND POLICY OF THE CONFERENCE, HAGUE CONFERENCE ON PRIVATE INTERNATIONAL LAW, 24-26 March 2015, 2, obtenido en: <<https://assets.hcch.net/docs/8e756bba-54ed-4d3e-8081-1e777d6950dc.pdf>> (Acceso: 7 de junio de 2016).

<sup>74</sup> Background note for the meeting of the experts' group on the parentage / surrogacy project, PERMANENT BUREAU HAGUE CONFERENCE ON PRIVATE INTERNATIONAL LAW, January 2016, obtenido en: <<https://assets.hcch.net/docs/8767f910-ae25-4564-a67c-7f2a002fb5c0.pdf>> (Acceso: 7 de junio de 2016).

<sup>75</sup> *Ibid.*, 6.

<sup>76</sup> Para su consulta *vid.*, *ibid.*, 11.

<sup>77</sup> Report of the February 2016 meeting of the experts' group on parentage / surrogacy, COUNCIL ON GENERAL AFFAIRS AND POLICY OF THE CONFERENCE, HAGUE CONFERENCE ON PRIVATE INTERNATIONAL LAW, Prel. Doc. núm. 3, February 2016, 3, obtenido en: <<https://assets.hcch.net/docs/f92c95b5-4364-4461-bb04-2382e3c0d50d.pdf>> (Acceso: 7 de junio de 2016).

<sup>78</sup> Conclusions and Recommendations adopted by the Council, COUNCIL ON GENERAL AFFAIRS AND POLICY OF THE CONFERENCE, HAGUE CONFERENCE ON PRIVATE INTERNATIONAL LAW, 15-17 March 2016, 3, obtenido en: <<https://assets.hcch.net/docs/679bd42c-f974-461a-8e1a-31e1b51eda10.pdf>> (Acceso: 7 de junio de 2016).

<sup>79</sup> Para su consulta *vid.*, <<http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CRC.aspx>> (Acceso: 11 de junio de 2016).

<sup>80</sup> Para su consulta *vid.*, <<http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/OPACCRC.aspx>> (Acceso: 16 de junio de 2016).

<sup>81</sup> Para su consulta *vid.*, <<http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/OPSCCRC.aspx>> (Acceso: 16 de junio de 2016).

<sup>82</sup> Para consultar el contenido de la sesión *vid.*, <[http://tbinternet.ohchr.org/\\_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRC%2FC%2FSR.1760&Lang=es](http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRC%2FC%2FSR.1760&Lang=es)> (Acceso: 11 de junio de 2016), en esta sesión del Comité de los Derechos del Niño se estudia el informe presentado por los Estados Unidos de América, conviene resaltar que en ella, ante la pregunta formulada por CARDONA-LLORENS sobre por qué no se penaliza expresamente la venta de niños en Estados Unidos (*vid.*, 4), el representante de los Estados Unidos responde que los delitos cubiertos por el Protocolo Facultativo, incluida la venta de niños con fines de servidumbre involuntaria, están castigados tanto a nivel federal como a nivel estatal. Además manifiesta que la venta de niños está prohibida por la ley y que la gestación subrogada está controlada por las autoridades.

<sup>83</sup> Para su consulta *vid.*, <[http://tbinternet.ohchr.org/\\_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRC%2FC%2fOPSC%2fUSA%2fCO%2f2&Lang=en](http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRC%2FC%2fOPSC%2fUSA%2fCO%2f2&Lang=en)> (Acceso: 11 de junio de 2016).

<sup>84</sup> Cfr., 5, <[http://tbinternet.ohchr.org/\\_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRC%2FC%2fIND%2fQ%2f3-4%2fAdd.1&Lang=es](http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRC%2FC%2fIND%2fQ%2f3-4%2fAdd.1&Lang=es)> (Acceso: 11 de junio de 2016).

<sup>85</sup> Cfr., 13 (versión en castellano), <[http://tbinternet.ohchr.org/\\_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRC%2FC%2fIND%2fCO%2f3-4&Lang=en](http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRC%2FC%2fIND%2fCO%2f3-4&Lang=en)> (Acceso: 11 de junio de 2016).

<sup>86</sup> *Ibid.*, 14.

<sup>87</sup> Para su consulta *vid.*, <[http://tbinternet.ohchr.org/\\_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRC%2FC%2fMEX%2fCO%2f4-5&Lang=en](http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRC%2FC%2fMEX%2fCO%2f4-5&Lang=en)> Versión en castellano, (Acceso: 11 de junio de 2016).

<sup>88</sup> Esta preocupación ya la había manifestado el Comité en las anteriores Observaciones finales, *vid.*, 4, <[http://tbinternet.ohchr.org/\\_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRC/C/OPSC/MEX/CO/1&Lang=En](http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRC/C/OPSC/MEX/CO/1&Lang=En)> (Acceso: 11 de junio de 2016).

<sup>89</sup> Cfr. <[http://tbinternet.ohchr.org/\\_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRC%2fC%2fMEX%2fCO%2f4-5&Lang=en](http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRC%2fC%2fMEX%2fCO%2f4-5&Lang=en)> Versión en castellano, 21, (Acceso: 11 de junio de 2016).

<sup>90</sup> Con posterioridad a esta recomendación del Comité el Estado de Tabasco ha modificado la normativa relativa a la gestación por sustitución permitiéndose la realización del contrato de gestación subrogada únicamente a ciudadanos mejicanos, además, el proceso será vigilado por la Secretaría de Salud de Tabasco y se realizará sin intervención de intermediarios directamente entre el padre o padres de intención y la gestante. Para su consulta *vid.*, *Código Civil para el Estado de Tabasco*, artículos 380 bis y sigs. <<http://cgaj.tabasco.gob.mx/leyes/estatales/leyes>> (Acceso: 12 de junio de 2016).

<sup>91</sup> Para su consulta *vid.*, <[http://tbinternet.ohchr.org/\\_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRC%2fC%2fISR%2fCO%2f2-4&Lang=en](http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRC%2fC%2fISR%2fCO%2f2-4&Lang=en)> Versión en castellano, 10, (Acceso: 12 de junio de 2016).

<sup>92</sup> Para su consulta *vid.*, <[http://tbinternet.ohchr.org/\\_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRC%2fC%2fOPSC%2fISR%2fCO%2f1&Lang=en](http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRC%2fC%2fOPSC%2fISR%2fCO%2f1&Lang=en)> Versión en castellano, 6, (Acceso: 12 de junio de 2016).

<sup>93</sup> Para su consulta *vid.*, <[http://tbinternet.ohchr.org/\\_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRC%2fC%2fNLD%2fCO%2f3&Lang=en](http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRC%2fC%2fNLD%2fCO%2f3&Lang=en)> Versión en castellano, 9, (Acceso: 12 de junio de 2016).

<sup>94</sup> Para su consulta *vid.*, <[http://tbinternet.ohchr.org/\\_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRC%2fC%2fCHE%2fCO%2f2-4&Lang=en](http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRC%2fC%2fCHE%2fCO%2f2-4&Lang=en)> Versión en castellano, 10, (Acceso 13 de junio de 2016).

<sup>95</sup> Esta reclamación se realizará en aplicación de las normas generales de reclamación de la filiación paterna, a saber, artículos 131 y sigs. del Código Civil y 764 y sigs. Ley de Enjuiciamiento Civil, al amparo del artículo 39.2 de la Constitución Española que posibilita la investigación de la paternidad.

<sup>96</sup> Así se deriva de la respuesta que ofrece el Estado Italiano a la Conferencia de La Haya, *Vid.*, Respuesta de Italia a la pregunta 27 del cuestionario: Questionnaire on the private international law issues surrounding the status of children including issues arising from international surrogacy arrangements, PERMANENT BUREAU HAGUE CONFERENCE ON PRIVATE INTERNATIONAL LAW, Prel. Doc. núm. 3, April 2013, obtenido en: <<https://assets.hcch.net/upload/wop/gap2014pd3be.pdf>> (Acceso: 22 de junio de 2016).

<sup>97</sup> *Vid.*, son estimatorias: STSJ Madrid 7 de julio de 2014 (AS 2014, 2274); STSJ Madrid de 23 de diciembre 2014 (AS 2015, 406); STSJ Madrid de 18 de octubre de 2012 (AS 2012, 2503); STSJ Madrid de 13 de marzo de 2013 (*JUR* 2013, 291496); STSJ Madrid de 18 de octubre de 2012 (as7201272503); STSJ Andalucía 4 de febrero de 2015 (Id. Cendoj: 41091340012015100250); STSJ Cataluña 23 de noviembre de 2012 (AS 2013, 845); STSJ Cataluña 19 de julio de 2016 (Id. Cendoj: 08019340012016104752); STSJ Cataluña 15 de abril de 2016 (Id. Cendoj: 08019340012016102123); STSJ Cataluña 11 de febrero de 2016 (Id. Cendoj: 08019340012016101723); STSJ Cataluña 1 de julio de 2015 (Id. Cendoj: 08019340012015104399); STSJ Cataluña 9 de marzo de 2015 (Id. Cendoj: 08019340012015101103); son desestimatorias sentencias como: STSJ País Vasco 13 de mayo de 2014 (AS 2014, 1228); STSJ Madrid 5 de octubre de 2015 (Id. Cendoj: 28079340062015100672); STSJ Andalucía 4 de febrero de 2015 (Id. Cendoj: 41091340012015100250); STSJ Madrid 7 de julio de 2014 (Id. Cendoj: 28079340052014100637).

<sup>98</sup> Informe de la Comisión Especial de Estudio de la Fecundación «in vitro» y la Inseminación Artificial Humanas, (Presidente: PALACIOS, M.), Madrid, 6 de marzo de 1986, 211. Informe previo a la publicación de la Ley sobre técnicas de reproducción asistida de 1988.

<sup>99</sup> *Ibid.*, 187.

<sup>100</sup> Questionnaire on the private international law issues surrounding the status of children including issues arising from international surrogacy arrangements, PERMANENT BUREAU HAGUE CONFERENCE ON PRIVATE INTERNATIONAL LAW, Prel. Doc. núm. 3, April

2013, 10, para su consulta *vid.*, <<https://www.hcch.net/es/projects/legislative-projects/parentage-surrogacy>> (Acceso: 2 de junio de 2016).

<sup>101</sup> Respuesta de España: Questionnaire on the private international law issues surrounding the status of children including issues arising from international surrogacy arrangements, PERMANENT BUREAU HAGUE CONFERENCE ON PRIVATE INTERNATIONAL LAW, Prel. Doc. núm. 3, April 2013, 14, para su consulta *vid.*, <<https://assets.hcch.net/upload/wop/gap2014pd3es.pdf>> (Acceso: 2 de junio de 2016).

<sup>102</sup> Nuestro Estado reconoce frente a la Conferencia de la Haya que el bien jurídico protegido por los artículos 220 a 222 del CP es el mismo que para el caso en que se tipificara la gestación por sustitución; sin embargo entendemos que lo que se protege con estos artículos es el estado civil de las personas, mientras que un eventual delito de gestación subrogada protegería el principio de desobediencia por tratarse de una conducta prohibida por el artículo 10 LTRHA.

<sup>103</sup> A través del juicio de parentalidad los padres de intención interponen ante los Tribunales americanos una demanda de filiación normalmente antes de que se produzca el nacimiento, la sentencia que resuelve el juicio de parentalidad determina que los padres de intención son los padres legales y que deben asumir todas las responsabilidades sobre el nacido inmediatamente después de que se produzca el nacimiento eximiendo de responsabilidad a la madre gestante y su marido, en el caso de que lo tuviere. En California se aplican las secciones 7610, 7620 (a) y (b), 7630 (a) y (f), 7633, 7960 y 7962 (f) del Código de Familia del Estado de California y la competencia la ostenta el Tribunal Superior de Justicia de California, tal y como nos informó por correo electrónico el Cónsul MUÑIZ LOVELACE, D., «Solicitud de colaboración del Consulado para tesis doctoral en España», <cog.sanfrancisco@maec.es>, Correo electrónico personal, 11 de febrero de 2016.

<sup>104</sup> BOE núm. 243, de 7 de octubre de 2010, para su consulta *vid.*, <<https://www.boe.es/boe/dias/2010/10/07/pdfs/BOE-A-2010-15317.pdf>> (Acceso: 4 de abril de 2014).

<sup>105</sup> Sentencia núm. 835/2013, de 6 de febrero (*RJ* 2014, 833).

<sup>106</sup> Para su consulta *vid.*: BOE núm. 243, de 7 de octubre de 2010, para su consulta *vid.*, <<https://www.boe.es/boe/dias/2010/10/07/pdfs/BOE-A-2010-15317.pdf>> (Acceso: 4 de abril de 2014).

*(Trabajo recibido el 12-2-2018 y aceptado  
para su publicación el 9-3-2018)*