

Grado en Derecho  
Curso Académico 2021-2022

**TRABAJO DE FIN DE GRADO**

eman ta zabal zazu



Universidad del País Vasco      Euskal Herriko Unibertsitatea

**LA DETERMINACIÓN DE LA FILIACIÓN EN LOS  
NUEVOS MODELOS DE FAMILIA. EN ESPECIAL EN LAS  
FAMILIAS HOMOPARENTALES**

Realizado por  
Iker Márquez Ruiz  
Dirigido por  
Juan Manuel Velázquez Gardeta

## ÍNDICE

<b>1. OBJETIVOS, ÁMBITO Y ALCANCE DEL TRABAJO: LAS RAZONES DE MI ELECCIÓN.....</b>	<b>3</b>
<b>2.INTRODUCCIÓN A LOS NUEVOS MODELOS DE FAMILIA .....</b>	<b>5</b>
<b>3.LEGALIDAD DE LOS MATRIMONIOS HOMOSEXUALES .....</b>	<b>7</b>
<b>4.ORIENTACIÓN SEXUAL COMO CAUSA DE DISCRIMINACIÓN .....</b>	<b>9</b>
<b>5.DISCRIMINACIÓN EN LAS RELACIONES PATERNO-FILIARES Y EN LA ADOPCIÓN .....</b>	<b>11</b>
<b>6. DETERMINACIÓN DE LA FILIACION EN LAS PAREJAS DEL MISMO SEXO.....</b>	<b>19</b>
6.1. ADOPCIÓN HOMOPARENTAL .....	19
6.2. ADOPCIÓN INTERNACIONAL.....	26
6.2.1. MARCO JURÍDICO ESPAÑOL DE LA ADOPCIÓN INTERNACIONAL .....	28
6.2.2. CONVENIO DE LA HAYA DE 1993, RELATIVO A LA PROTECCIÓN DEL NIÑO Y A LA COOPERACIÓN EN MATERIA DE ADOPCIÓN INTERNACIONAL- CRÍTICA A LA ADOPCIÓN INTERNACIONAL- CONVENIO DE LA HAYA y LEY ESPAÑOLA .....	30
6.3. GESTACIÓN SUBROGADA.....	35
6.3.1 DEBATE SOBRE LA LEGALIZACIÓN.....	36
6.3.2. GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN EN EL DERECHO INTERNACIONAL .....	48
6.3.3. POSICIÓN DEL TEDH RESPECTO A LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN.....	52
<b>7.CONCLUSIONES .....</b>	<b>55</b>
<b>8.REFLEXIÓN FINAL .....</b>	<b>59</b>
<b>9.BIBLIOGRAFIA .....</b>	<b>61</b>

## **1. OBJETIVOS, ÁMBITO Y ALCANCE DEL TRABAJO: LAS RAZONES DE MI ELECCIÓN**

La descendencia como modo de continuidad de la especie y a su vez de formación de familia es uno de los elementos que más trascendencia tiene en la vida humana. La familia como constructo social es vital para el desarrollo actual de nuestras sociedades y por ello decidí que mi Trabajo de Fin de Grado debía versar sobre algo relacionado con ello.

Las relaciones humanas por herencia natural se han constituido alrededor de la combinación “*macho-hembra*” o “*mujer-hombre*”, sin embargo, la complejidad de las relaciones humana ha dejado ver que la diversidad que albergamos es mucho mayor que la que se limitaba a la dejada por herencia de nuestros antepasados homínidos.

Una de las principales razones que motivó mi elección fue el hecho de que, a diferencia de los procesos sucesorios o contractuales, el análisis de las vías de descendencia de las familias homoparentales persigue un interés especial: el derecho a tener una familia.

En el caso de la adopción, los procesos adoptivos, más allá de únicamente cubrir un derecho, suponen la respuesta normativa a una necesidad mundial: la existencia de niños sin familias. La adopción supone un proceso largo y complicado, pero supone un enorme acto de solidaridad. Uno de los pilares más importantes de mi vida, si no el más importante, es sin duda mi familia.

La familia como impulsora y desarrolladora de individuos con valores e inquietudes son la base de la humanidad. Por ello considero que el querer proporcionar todo eso a una persona que, por diferentes circunstancias, no lo ha tenido, es una muestra de valentía y bondad.

Lamentablemente la realidad de las personas homosexuales en muchos países sigue siendo hostil, llegando a penas de cárcel o de muerte. Sin embargo, el entorno democrático en el que pertenezco es cada vez más abierto a la normalización del

llamado colectivo LGTBQ+, por ello este trabajo se centra en analizar las discriminaciones hasta ahora realizadas por la orientación de las personas referentes a sus derechos y las nuevas vías que, en el ámbito del derecho internacional, se les proporciona al nuevo modelo de familia homoparental.

Empezando por la legalidad de los matrimonios homosexuales, la discriminación en el ámbito europeo, la discriminación en las relaciones paternofiliales y en procesos adoptivos, la adopción homoparental, la adopción internacional y finalmente la gestación subrogada serán los elementos estructurales de este trabajo, dejando en relieve así las opciones y complicaciones que hoy en día tienen las familias homoparentales a la hora de tener descendencia.

Con esta exposición busco reseñar una realidad muy presente en nuestra sociedad. Parece que uno de los sueños o metas más habituales de una persona es el formar una familia, ya sea individualmente o con su pareja. Este deseo no se limita a la paternidad o maternidad biológica, y es importante conocer las otras posibles vías que, en la actualidad, afortunadamente, existen.

## 2.INTRODUCCIÓN A LOS NUEVOS MODELOS DE FAMILIA

Las últimas décadas han sido el escenario de múltiples cambios en el desarrollo de la vida humana, impulsado por el desarrollo de las tecnologías, la globalización mundial o la incorporación igualitaria de la mujer al mundo laboral, los patrones clásicos de conducta humana y modelos familiares se han visto alterados. La familia como institución que ha ido adaptándose al contexto social, sin embargo, en el último siglo se consolidó en la forma apodada “tradicional” compuesta por dos progenitores y los hijos y/o otros miembros de la familia, sin embargo, las sociedades industrializadas han destronado a esa homogeneidad dando paso a nuevos modelos de familia, tales como la monoparental- *“El concepto aparece en los años 70, imponiéndose al de “familia rota, incompleta o disfuncional”<sup>1</sup> y homoparentales.*

La familia se define como un conjunto de personas ligadas por el parentesco, este puede ser producto de vínculos de consanguinidad o de otros vínculos como el matrimonio o la adopción. Es tanta su importancia en nuestras sociedades que en diversos cuerpos normativos internacionales aparece referida, por ejemplo, la carta magna de los derechos humanos en su artículo 16.1 (*La Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948*) la define como un derecho de *“Los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia...”*.

Además, cabe señalar el hecho de que cuestiones que con anterioridad se llevaban a cabo por las propias familias, hoy en día, estas se realizan a través de organismos expertos como, por ejemplo: la educación (prestada generalmente por el Estado), el trabajo, o la formación religiosa.

Es un hecho que este desarrollo tecnológico, social y familiar, ha tenido que darse un progresivo cambio de valores que permitiese la entrada de estos nuevos modelos de convivencia. La pérdida de relevancia del componente religioso, como parte importante del esquema de estructuración familiar y social, ha liberado a los

---

<sup>1</sup> Valdivia Sánchez.C (2008), La familia: concepto, cambios y nuevos modelos, pag 19-20, La Revue du REDIF, vol 1. pp 15-22

matrimonios de su carácter duradero, lo que facilita la aparición de las familias mono y homoparentales.

En la misma línea, la conciencia de una mayor igualdad entre sexos, tanto en el acceso al entorno laboral como en cuanto al reparto de las tareas y de guarda de los hijos, ha posibilitado combinaciones ajustadas a cada ciclo de vida familiar, con una distribución más equitativa de funciones. De la misma manera, la diversidad ha favorecido la creación de familias multiculturales, que se han visto impulsadas por el paso a pensamientos y morales más “abiertas”, todo ello propiciado por el continuo bombardeo de las informaciones sobre otras culturas, el acceso a otros países a un coste asequible y el incremento de la inmigración.

El aumento de las variantes de reorganización familiar y las novedosas formas de convivencia implican una alta capacidad de gestión de las relaciones personales, ya que todos los miembros de la familia, tanto adultos como menores deberán de convivir con miembros diferentes edades, de distintos padres, pautas educativas, alimentarias y creencias religiosas, que pueden diferir por su origen y lo más relevante en muchas ocasiones, en espacios adaptados a la situación económica.

La familia heterosexual o familia tradicional/extensa, ya que desde la época del Derecho Romano la familia se definía por la figura del '*auctoritas del pater familiae*', el cual tenía un poder de decisión y autoridad frente al resto de la familia. Este funcionamiento tenía su origen en la celebración de un matrimonio, donde el marido era quién adquiría el poder respecto de los demás integrantes de la familia, de ahí que se entienda que este modelo de familia se formaba principalmente por un hombre y una mujer.

Aparte del tradicional modelo, encontramos presente en nuestra sociedad es la familia monoparental o incompleta, formada por un solo miembro del matrimonio (ya sea hombre o mujer), esta tiene su origen en las situaciones de un cónyuge viudo, con o sin hijos, divorciados, progenitores solteros, etc.

Y finalmente, la que va ser objeto de este trabajo, encontramos la familia homoparental, que se trata de aquella familia integrada por una pareja o matrimonio

del mismo sexo que se convierten en progenitores de uno o varios niños, ya sea a través de la adopción, como consecuencia de la inseminación artificial, en el caso de las mujeres o la maternidad subrogada, que puede ser el más controvertido para la bioética, pues el apego intrauterino y la lactancia juegan papeles muy importantes en el desarrollo del niño. Aun así, existen países donde este método se encuentra regularizado y posibilita la descendencia no solo de familias homoparentales, sino también de parejas heteroparentales que deliberadamente deciden gestar de forma subrogada por diversas razones.

### **3.LEGALIDAD DE LOS MATRIMONIOS HOMOSEXUALES**

Como he mencionado las familias homoparentales se configuran por la unión de dos personas del mismo sexo y su descendencia (por la vía que se obtenga), es por ello por lo que debemos primero hacer un aproximamiento a donde comienza este nuevo modelo de familia, con su regularización jurídica.

El nivel de aceptación e integración de la convivencia homosexual en una sociedad ha resultado determinante en el tipo de regulación jurídica que optan por utilizar los estados. Como es lógico, las sociedades más abiertas, tolerantes y plurales son las primeras y las que mejor tratamiento jurídico han proporcionado a las parejas homosexuales y también a las familias homoparentales.

Sin embargo, no por tratarse de sociedades tolerantes han tratado de igual forma el problema discriminatorio, dado que unas han optado por las denominadas “leyes de mínimos” (como leyes de parejas de hecho, caracterizadas por sus escasos efectos jurídicos); y otras, en cambio, han aprobado “leyes de máximos” (como leyes de uniones, que tratan con una igualdad plena al matrimonio tradicional (heterosexual)) que culminan legalizando el matrimonio homosexual.

El reconocimiento de formas de protección de las parejas del mismo sexo representa uno de los desafíos más actuales de los ordenamientos jurídicos europeos. Echemos un rápido vistazo al estado actual a nivel europeo de estas regulaciones, computan por tanto aquellos ordenamientos que regulan en distintas formas de unión registrada que pueden emplear también las parejas del mismo sexo.

Podemos diferenciar dos grandes conjuntos de países, clasificados por la forma en la que han reconocido los derechos de estos matrimonios, si bien de manera específica para las uniones homosexuales o bien para la misma aplicación de la institución del matrimonio tradicional (heterosexual).

El primero estaría formado por Dinamarca (desde 1989<sup>2</sup> hasta 2012), Noruega (desde 1993<sup>3</sup> hasta 2009), Suecia (desde 1994<sup>4</sup> hasta 2009), Islandia (desde 1996<sup>5</sup> hasta 2010) y Finlandia (desde 2002<sup>6</sup>), Francia (que en 1999 reguló el Pacte Civil de Solidarité<sup>7</sup>), Alemania (que desde 2001 prevé también una institución parecida llamada *Eingetragene Lebenspartnerschaft*<sup>8</sup>), Portugal (desde 2001, cuando se amplió a las parejas del mismo género la facultad de formar una unión de hecho<sup>9</sup>), Luxemburgo (desde 2004<sup>10</sup>), Reino Unido (con la Civil Partnership Act de 2004, entrada en vigor en 2005) y Austria (desde 2010<sup>11</sup>), además de varios ordenamientos de Europa del Este.

El segundo modelo se configura a partir de la iniciativa de los Países Bajos (desde 2001), Bélgica (desde 2003), España (desde 2005), Noruega (desde 2009<sup>12</sup>), Suecia

---

<sup>2</sup> Ley D/341-H-ML, 372/1989, sobre las uniones registradas.

<sup>3</sup> Ley 40/1993, sobre uniones registradas.

<sup>4</sup> Ley 1117/1994, sobre las uniones registradas.

<sup>5</sup> Ley 87/1996, sobre las uniones homologadas.

<sup>6</sup> Ley 950/2001, que entró en vigor en marzo del año siguiente.

<sup>7</sup> Ley 99-994, sobre el pacto civil de solidaridad (PACS)

<sup>8</sup> Ley 266/2001, “Die verfassungsrechtliche Gewährleistung der Ehe im Wandel des Zeitgeiste”

<sup>9</sup> Ley 135/1999 y Ley 6/2001 y 7/2001.

<sup>10</sup> Ley 4946/2004, sobre el partenariado.

<sup>11</sup> Ley la *Lebenspartnerschaft* (unión civil), aprobada el 10 de diciembre de 2009 y entrada en vigor en enero del año siguiente.

<sup>12</sup> Ley 53/2008, en vigor desde el año siguiente, que ha abrogado la regulación de las uniones registradas.

(desde 2009<sup>13</sup>), además de Islandia (desde 2010<sup>14</sup>), Portugal (desde 2010), Dinamarca (con la Ley de 7 de junio de 2012, que ha abrogado el sistema anterior) y Francia (desde la primavera de 2013<sup>15</sup>)

El Derecho comparado demuestra de esta manera que el «paradigma heterosexual no es absoluto», constituyéndose éste sólo como una de las posibles declinaciones de la vida matrimonial y, más en general, la vida familiar. Aunque ya no exista ese carácter absoluto de la diferencia de sexo dentro de la pareja en los ordenamientos jurídicos europeos, se sigue encomendando el papel de decidir esta problemática en vía definitiva a los legisladores.

#### **4. ORIENTACIÓN SEXUAL COMO CAUSA DE DISCRIMINACIÓN**

Es indudable que la orientación sexual presenta notables diferencias frente a los otros motivos de discriminación tradicionalmente afrontados por el Derecho, lo que se refleja en su tratamiento jurídico en Europa. Generalmente se considera que la pertenencia a éste es voluntaria, fruto de una opción consciente de la persona, que por tanto debe pechar con las consecuencias de ésta; a diferencia de los otros colectivos discriminados, en los que el elemento diferenciador es una condición o peculiaridad (edad, género, condición física).

También es particular la valoración que aún hoy recibe la homosexualidad en muchos sectores sociales, con una carga negativa que es desconocida en otros colectivos desfavorecidos; esta carga negativa hace que en muchos ordenamientos jurídicos se tenga ante él una posición ambivalente, de tal modo que no se sepa si es un colectivo merecedor de protección o de persecución. Se trata, por otro lado, de un colectivo muy amplio y plural, dentro del que se encuentran situaciones muy variadas a pesar de compartir un mismo elemento vertebrador, la preferencia sexual por personas del mismo sexo biológico. Esta pluralidad no es generalmente reconocida, sino que los colectivos homosexuales sufren por lo general una estereotipificación que los iguala

---

<sup>13</sup> Ley 260/2009, que ha abrogado el régimen anterior de uniones registradas.

<sup>14</sup> Ley Junio de 2010, sobre el matrimonio neutral que ha abrogado el sistema anterior.

<sup>15</sup> Loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe, 2013.

de acuerdo con un prototipo de lo que es un homosexual. Dentro de este estereotipo, además, se incluye una visión del homosexual como una persona en una situación económica acomodada, que no necesita por ello más apoyo de los poderes públicos que el reconocimiento del derecho a ejercitar sus preferencias sexuales; lo que queda muy lejos de la realidad, siendo así que los homosexuales se enfrentan en muchas ocasiones a serios problemas económicos derivados de distintas consecuencias jurídicas y en el sociales de su condición (discriminación empleo o denegación de prestaciones sociales, por ejemplo<sup>16</sup>).

Existe un último elemento que es determinante a la hora de diferenciar “la orientación sexual” de las demás causas de discriminación. Se trata de su carácter de "factor oculto", en la medida en que supone una actitud o preferencia de la persona, y no un carácter externo claramente visible como puede ser el género o la raza.

No es algo anormal entre las causas de discriminación, ya que ocurre también, por ejemplo, con la religión, o las preferencias políticas. Pero en el caso de la orientación sexual se dan algunos elementos que inciden aún más en este carácter: la orientación sexual afecta a la vida sexual de las personas, uno de los aspectos más íntimos de la vida privada, y que por tanto no tiene porqué salir a la luz; el primer derecho que se defiende es el de no exponer la propia identidad porque ésta forma parte de la intimidad de la persona. Es un factor, además, que por no estar aun socialmente aceptado raramente se explicita, bien por el riesgo de discriminaciones que supone, bien por los problemas de aceptación de la propia identidad sexual que todavía sufren muchos homosexuales, como consecuencia de concepciones morales y culturales muy generalizadas.

---

<sup>16</sup> En extenso E.VAN DER VEEN & A.DERCKSEN, “The social situation in the Member States”, y R.CHILD, “The economic situation in the Member States”, ambos en K.WAALDIJK & A.CLAPHMAN (coords.), *op.cit.*, pgs 131 y 161, respectivamente.

## **5.DISCRIMINACIÓN EN LAS RELACIONES PATERNO-FILIARES Y EN LA ADOPCIÓN**

Una vez establecido el marco discriminatorio por el que se condena a las personas objeto de este trabajo, abordaré desde el ámbito jurídico la discriminación en el plano individual conforme a la orientación sexual y posteriormente la que afecta a las familias homoparentales.

Primero que todo es necesario aclarar que lo que en muchas ocasiones ha supuesto una discriminación de los homosexuales respecto de los heterosexuales es el acceso a la adopción (individual o monoparental) y a la custodia de los hijos, nacidos de una relación afectiva anterior (en la mayoría de los casos, heterosexual). Es por ello por lo que no hay que confundir los supuestos de este tipo con aquellos que estén relacionados con los derechos de las “parejas” homosexuales; en efecto, se dejará de manifiesto que la discriminación por orientación sexual en estos casos se fundará en la violación del artículo 14 de la Carta Europea de Derechos Humanos (en adelante, “CEDH”) en relación con el derecho al respeto de la vida privada (o de la vida familiar en relación con los hijos naturales) ex art. 8 CEDH, y no del derecho al respeto de la vida familiar de la pareja homosexual.

Para abordar la discriminación individual por orientación sexual, me referiré a la jurisprudencia del órgano encargado de la tutela del CEDH, que es el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, “TEDH”). Dentro de la jurisprudencia concerniente a la discriminación por orientación sexual, es necesario mencionar el muy conocido caso *Salgueiro Da Silva Mouta c. Portugal* de 2000<sup>17</sup>. En este caso el Sr. Salgueiro Da Silva Mouta dirigió un recurso al TEDH por violación de los arts. 8 y 14 del Convenio por parte de la jurisdicción portuguesa que le otorgó solo el derecho de visitar a su hija concediendo a la madre de esta, su ex mujer, la patria potestad sobre la niña, argumentando que esta decisión procuraba realizar y proteger el interés de la menor, que se habría visto menoscabado por el hecho de vivir con un progenitor homosexual.

---

<sup>17</sup> STEDH 21 de diciembre de 1999, Asunto Salgueiro Da Mouta Silva contra Portugal.

Analizando las afirmaciones del Tribunal de Apelación polaco (donde se interpuso la demanda), el TEDH llegó a la conclusión de que el demandante había sido víctima de una evidente discriminación en razón de su orientación sexual, constitutiva de una violación del art. 14 CEDH en combinación con el art. 8 CEDH.

El Tribunal de Estrasburgo (también llamado al TEDH) evidenció que “si bien el Tribunal de Apelación ha tenido en cuenta el interés de la niña al dictar la revocación de la sentencia del Tribunal de Casos Familiares de Lisboa y al otorgar, consecuentemente, la patria potestad a la madre y no al padre, el Tribunal ha tenido que considerar un factor nuevo, a saber, la circunstancia de que el demandante fuera homosexual y viviera con otro hombre”. Esto constituye una diferencia de trato entre los dos ex cónyuges en razón de su orientación sexual; siendo esta uno de los motivos de prohibición de discriminación comprendidos en el art. 14 del Convenio. La decisión del tribunal portugués, para no vulnerar el CEDH, habría tenido que superar un “test antidiscriminación” en el que se probara que la misma tenía una justificación objetiva y razonable, es decir, que perseguía un interés legítimo y que existía una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad perseguida.

La TEDH no tiene dudas de que el tribunal portugués persiga un interés legítimo al dictar su resolución, esto es, la protección de la salud y de los derechos de la menor. Sin embargo, el Tribunal de Estrasburgo destaca que la resolución del juez nacional no estará razonablemente fundada si la homosexualidad del demandante “ha sido un factor decisivo” de la sentencia. Para llegar a sus conclusiones, se reproducen en la sentencia del TEDH algunas afirmaciones muy descriptivas (incluso demasiado, desde la percepción de un jurista iniciado) de la opinión del tribunal nacional, entre las cuales, por ejemplo, que “la niña debe vivir [...] en el seno de una familia portuguesa tradicional”, o que, aunque no sea su tarea estimar si la homosexualidad es o no una enfermedad, “se trata de una anomalía y los niños no deben crecer a la sombra de situaciones anormales”. Se manifiesta en toda su evidencia que la orientación sexual ha sido, si no el único, por lo menos un factor muy relevante en la decisión del tribunal de apelación portugués y que, por lo tanto, el mismo violó el derecho del Sr. Salgueiro Da Silva Mouta a no ser discriminado ex art. 14 CEDH.

Debido a las reglas relativas a la necesidad de que un trato discriminatorio sea averiguado por el TEDH en el ejercicio de un derecho reconocido por el Convenio, el TEDH declara que “ha habido una violación del artículo 8, en combinación con el artículo 14 del Convenio”, aunque, en realidad, todas las argumentaciones del órgano europeo tengan como eje central y exclusivo la tutela del menor.

Analizada la jurisprudencia vertebrada por la orientación sexual, procederé a continuación al análisis sobre los derechos relativos a la familia. Para ello, es necesaria la referencia a la decisión sobre el caso *Fretté c. Francia* de 2002 y en segundo lugar, la sentencia *E. B. c. Francia* de 2008, que revoca totalmente la jurisprudencia anterior. En el primer caso, relativo a *Fretté c. Francia*, el escenario del caso se estructura con el Sr. Fretté, profesor francés de 47 años, soltero y homosexual, que solicita la autorización previa para adoptar a un menor, esta fue denegada por del órgano competente. Los motivos aducidos tenían todos conexiones muy evidentes con su orientación sexual. Fretté, después de haber acudido a los tribunales nacionales, presentó un recurso ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, alegando la vulneración de los arts. 8 y 14 del CEDH, dado que “el rechazo de la autorización para adoptar se había fundado, implícitamente, en su orientación sexual por sí sola”. La sentencia del TEDH ahora en examen reúne muchas afirmaciones trascendentes. En primer lugar, el Tribunal señala que el Convenio Europeo de Derechos Humanos no reconoce un “derecho a adoptar”.

En segundo lugar, aclaró que el derecho al respeto de la vida familiar ex art. 8 CEDH supone la existencia de una familia, no protege el simple deseo de fundar una familia. En consecuencia, la decisión de denegar la solicitud del demandante de autorización a la adopción “no puede considerarse que infrinja su derecho a la libre expresión y el desarrollo de su personalidad o la manera en que dirigió su vida, en particular su vida sexual”.

Sin embargo, dado que la ley nacional francesa autorizaba a cualquier persona a solicitar la adopción y que el demandante alegó que la decisión de las autoridades francesas de rechazar su solicitud se había fundado sólo en su orientación sexual, el TEDH tuvo la obligación de comprobar si esta circunstancia era cierta. Se repiten, por lo tanto, los mismos pasos del antes mencionado “test antidiscriminación” que tuvieron

lugar en el caso Salgueiro: también en este supuesto, el TEDH destacó que la orientación sexual del demandante fue “el factor decisivo” de la resolución expedida por las autoridades francesas, y que “esta conclusión se ve corroborada por las opiniones expresadas por el Tribunal Administrativo de París en su sentencia de 25 de enero de 1995”.<sup>18</sup>

El alto tribunal, afirmó que “proteger la salud y los derechos de los niños que podrían estar involucrados en un procedimiento de adopción” constituyó el objetivo legítimo que justificó el trato diferenciado aplicado al señor Fretté. Por otro lado, en cuanto al respeto del principio de proporcionalidad, el TEDH entendió que en materia de adopción de menores por personas o parejas homosexuales había mucha discrepancia entre los países, y que, reafirmando su notoria doctrina del “margen de apreciación estatal”, las autoridades nacionales estaban mejor situadas para apreciar la conveniencia o no de la opción elegida.

La conclusión del Tribunal fue declarar que las administraciones francesas no habían violado el artículo 14 del Convenio. En mi opinión, esta sentencia se trata de una utilización equivocada del principio del “best interest of the child”, que, según reiterada doctrina y jurisprudencia, puede llegar a limitar un derecho fundamental de otro sujeto (como es el caso del derecho a la igualdad y no sufrir discriminaciones del Sr. Fretté), que solo puede limitarse en presencia de un comprobado peligro real e inminente para el menor, y no sobre la base de suposiciones.

Continuando con el ámbito familiar dentro del marco del CEDH, encontramos el caso de E. B. c. Francia, de 22 de enero de 2008. En este la Sra. E. B. solicitó a los órganos competentes la autorización para adoptar a un menor, declarando, entre otras cosas, ser lesbiana y vivir con otra mujer, su pareja, con la que tenía una relación estable desde hace unos ocho años. Al ver denegada la autorización por razones que tenían que ver con su relación de pareja, la Sra. E. B., después de varios recursos y apelaciones ante la jurisdicción ordinaria, presentó un recurso al Tribunal Europeo de

---

<sup>18</sup> *Cour constitutionnelle, Arrêt du 25 janvier 1995.*

Derechos Humanos por discriminación fundada en su orientación sexual y por la violación de su derecho al respeto de la vida privada (arts. 14 y 8 CEDH).

El Tribunal, tras reiterar su doctrina sobre la imposibilidad de incluir en la protección del art. 8 del Convenio un presunto “derecho a adoptar” o el “derecho a formar una familia”, afirmó que el mismo artículo sí confiere a los individuos un derecho a la autodeterminación, que protege sus elecciones en el ámbito de la identidad y de la orientación sexual.

Asimismo, si bien la Convención no incluye un “derecho a adoptar”, la legislación francesa sí lo reconoce, tanto a las parejas como a cada individuo. Lo que significa que, si la administración francesa hubiese aplicado la normativa en cuestión discriminando a la Sra. E. B. por su orientación sexual, habría vulnerado el art. 14 del Convenio. De forma muy didáctica el Tribunal de Estrasburgo enumeró las similitudes y las diferencias con el caso *Fretté c. Francia* de 2002.

El TEDH centró su indagación en las motivaciones específicas sobre las que se ha fundado la denegación, que fueron dos: la falta de un compromiso y de interés en la adopción por parte de la pareja de E. B. y la ausencia de una figura paternal en la familia. La primera motivación, en la opinión del Tribunal de Estrasburgo, tenía que considerarse legítima y razonable, en aras de la protección del superior interés del menor. La segunda, evidencia sus dudas al expresar pues que si se permite la adopción por una sola persona, no es congruente la alegación de que es primordial que exista esa figura paterna.

Finalmente, habida cuenta las argumentaciones expuestas por cada parte, la Corte Europea declaró que una actuación ilegítima semejante por parte de un Poder del Estado, que constituyó uno de los elementos integrantes la decisión final, “contaminaría” toda la resolución, que ya solo por esta razón tenía que anularse. El TEDH no dudó de que la homosexualidad de la señora E. B. fue, implícitamente, el fundamento decisivo de las decisiones de las autoridades francesas. Aplicando el ya mencionado “test”, la Corte destacó que la protección del menor y de sus intereses constituían una finalidad legítima y suficiente para justificar un trato diferenciado a la señora E. B. No obstante, en este caso faltaba el segundo requisito (la proporcionalidad

y razonabilidad de la ponderación entre medios y fines); y en efecto, el Tribunal estimó insuficientes las motivaciones alegadas por la administración y las Cortes nacionales, y declaró vulnerados los arts. 8 y 14 del Convenio por haber recibido la señora E. B. un trato discriminatorio en razón de su orientación sexual.

Concluido al análisis jurisprudencial de TEDH y extraída la evolución adoptada durante esos años por el órgano jurisdiccional, es conveniente ahora referirnos al otro alto tribunal competente en el ámbito europeo para el cuidado del respeto del derecho de la Unión Europea, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en lo sucesivo, TJUE).

Uno de los casos más sonados del TJUE en el ámbito familiar homoparental, encontramos la sentencia Coman y Hamilton, en la que se cuestionan entre otras cosas el derecho de circular y residir libremente, los miembros de la familia, el concepto de cónyuge y el matrimonio entre personas del mismo sexo.

La problemática del juicio se desarrolla en torno a la familia Coman y Hamilton. El Sr. Coman, es nacional rumano y estadounidense, y el Sr. Hamilton, nacional estadounidense. Estos se conocieron en Nueva York en junio de 2002. Donde convivieron desde mayo de 2005 a mayo de 2009. Posteriormente, el Sr. Coman se estableció en Bruselas (Bélgica) para trabajar en el Parlamento Europeo como asistente parlamentario, mientras que el Sr. Hamilton permaneció en Nueva York. En noviembre de 2010, Coman y Hamilton se casaron en Bruselas (donde el matrimonio homosexual es reconocido).

En marzo de 2012, el Sr. Coman dejó de trabajar en el Parlamento, pero mantuvo su residencia en Bruselas. En diciembre de 2012, los Sres. Coman y Hamilton se dirigieron a la Inspección de Rumania para informarse de los requisitos y procedimiento a seguir para que el Sr. Hamilton, nacional de EEUU (tercer estado respecto a la UE), podía como miembro de la familia de Sr. Coman, obtener el derecho a residir legalmente en Rumania por un periodo superior a tres meses.

En enero de 2013, la Inspección de Rumania informó a la familia Coman y Hamilton de que solo podía disfrutar de un derecho de residencia de tres meses, ya que en el

ordenamiento jurídico rumano no se reconoce el matrimonio entre personas del mismo sexo, de conformidad al Código Civil y además que la prórroga del derecho de residencia temporal del Sr. Hamilton en Rumania no podía concederse en concepto de reagrupación familiar.

Aquí comienza el procedimiento judicial cuando Coman y otros interpusieron un recurso contra la Inspección ante el Juzgado de Primera Instancia de Bucarest, con la pretensión de que se declarase la existencia de una discriminación por razón de orientación sexual por lo que respecta al ejercicio del derecho a la libre circulación dentro de la Unión y de que se condenase a la Inspección a poner fin a esta discriminación y a abonarles una indemnización en concepto de daños morales.

Además de la pretensión principal contra la Inspección rumana, se formuló además un excepción de inconstitucionalidad contra el art 277 del Código Civil, ya que estiman que el no reconocimiento, a efectos del ejercicio del derecho de residencia, de los matrimonios entre personas del mismo sexo contraídos en el extranjero infringe las disposiciones de la Constitución rumana que protegen los derechos a la vida privada y familiar y a la intimidad, así como las disposiciones relativas al principio de igualdad.

Este recurso resultó en un auto (de diciembre de 2015) que sometía el asunto al Tribunal Constitucional rumano. La Corte al recibir el asunto tuvo dudas sobre la interpretación que procede dar a diversos conceptos utilizados en las disposiciones de la Directiva 2004/38, en referencia a la Carta de los Derechos Fundamentales (en lo sucesivo, "Carta") y de la reciente jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Ante estas dudas, suspendió el procedimiento y planteó una serie de cuestiones prejudiciales al TJUE, a modo de resumen, la Corte Constitucional realiza 4 preguntas, la primera sobre el concepto de cónyuge recogido en la Directiva 2004/38, la segunda respecto a si la misma directiva obliga a conceder el derecho de residencia por un periodo superior a tres meses al cónyuge del mismo sexo de un ciudadano, y respecto de las dos últimas, se trataban de supuestos teóricos que dependían de la negativa a las dos primeras respuestas, como no fue así, el Tribunal no las respondió, por lo que no las mencionaré.

Antes de explicar las respuestas facilitadas por el Tribunal, considero necesario unas aclaraciones preliminares. Primeramente, el objeto de la Directiva 2004/38, y es que esta Directiva pretende facilitar el ejercicio de la libre circulación y residencia en territorio de los Estados miembros que es conferido directamente por el artículo 21 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. En segundo lugar, que el artículo 3 de la Directiva, se aplica a cualquier ciudadano de la Unión, así como a los miembros de su familia, es decir que confiere al ciudadano de la Unión de que se trate exige que la convivencia familiar que este ciudadano ha mantenido en dicho Estado miembro pueda continuar a su regreso al Estado miembro del que es nacional, mediante la concesión de un derecho de residencia derivado al miembro de la familia en cuestión, nacional de un tercer Estado.

En cuanto a las respuestas dadas por el tribunal, respecto de la primera, el tribunal explica que debe interpretarse en el sentido de que se opone a que las autoridades competentes del Estado miembro del que el ciudadano de la Unión es nacional denieguen la concesión de un derecho de residencia en el territorio de dicho Estado miembro al nacional de un tercer Estado debido a que el Derecho de ese Estado miembro no contempla el matrimonio entre personas del mismo sexo.

Respecto de la segunda, debe interpretarse en el sentido de que, en circunstancias como las que son objeto del litigio principal, el nacional de un tercer Estado, del mismo sexo que el ciudadano de la Unión, que ha contraído matrimonio con este en un Estado miembro de conformidad con el Derecho de ese Estado tiene derecho a residir por más de tres meses en el territorio del Estado miembro del que el ciudadano de la Unión es nacional. Este derecho de residencia derivado no podrá estar sujeto a requisitos más estrictos que los establecidos en el artículo 7 de la Directiva 2004/38.

Un argumento interesante, destinado a ser empleado en este contexto, es el de la «homogeneidad», usado por TJUE como criterio para aplicar a las parejas homosexuales algunas tutelas del ordenamiento, en la medida en que su situación de unión familiar estable es asimilable a la de las heterosexuales<sup>19</sup>.

---

<sup>19</sup> Véanse en particular las sentencias *Maruko vs. Versorgungsanstalt der deutschen Bühnen*, caso C-267/06, 2008, y *Römer vs. Freie und Hansestadt Hamburg*, caso C-147/08, 2011. En estos casos el -

En conclusión, el TJUE opto por fortalecer y proteger la igualdad efectiva entre todos los ciudadanos dando cobertura e igualando ante todos los ordenamientos jurídicos que conforman la unión, aclarando que, aun no existiendo la posibilidad de matrimonio entre personas del mismo sexo, habrá de respetarse la estructura familiar creada.

Con todo lo expuesto, se ha podido observar como a lo largo y ancho del conjunto de países de Europa (para el caso del TEDH) y para los de la Unión Europea (para el caso del TJUE) existen distintos criterios jurídicos, sociales y políticos para el tratamiento de las personas homosexuales, sin embargo, se denota una voluntad jurídica de protección con interpretación extensiva.

## **6. DETERMINACIÓN DE LA FILIACION EN LAS PAREJAS DEL MISMO SEXO**

Visto el tratamiento en Europa por parte de los estados y diferentes órganos jurisdiccionales de la discriminación por orientación sexual, procedo al análisis de las vías de formación del constructo social llamado familia homoparental, analizare primero la adopción como modo de determinación de la filiación, posteriormente la adopción con elementos de internacionalidad (la adopción internacional), y finalmente la vía más controvertida, la gestación subrogada.

### **6.1. ADOPCIÓN HOMOPARENTAL**

Para acercarnos al concepto de adopción, me parece conveniente atender a la definición que nos da el profesor LASARTE ÁLVAREZ al señalar que: "*adoptar*

---

origen de los recursos residía en el régimen distinto previsto en Alemania para las parejas homosexuales y heterosexuales que se ha mencionado con anterioridad. el TJUE consideró que en ambos casos se trataba de la negación de unos beneficios de la Seguridad Social a los que se aplica la directiva 2000/78/ce, que obliga a los estados miembros de la UE a eliminar cualquier tipo de discriminación, directa e indirecta. a partir de allí argumentó que la situación de las parejas del mismo sexo, en algunos contextos, puede ser equiparada a la de las demás (en la sentencia de 2011: «las dos situaciones fácticas, es decir, una pareja casada y una unión registrada, deben ser comparables y la valoración de dicha comparabilidad tiene que realizarse no de forma abstracta, sino de forma específica y concreta a la luz del beneficio afectado»)

*equivale a integrar en una familia a alguien que no pertenece a ella por razones de consanguinidad, de sangre o descendencia, creando, pues, un estado familiar, o mejor, una relación de parentesco basada en el propio acto de la adopción".*<sup>20</sup>

En la misma línea, extraemos que la adopción homoparental es una institución jurídica mediante la cual el Estado posibilita que un menor se convierta en hijo de quienes no son sus padres por naturaleza y en el caso de la adopción homoparental sus progenitores son del mismo sexo pudiendo darse el binomio de padre /padre o madre/madre.

En cuanto a los requisitos necesarios para la adopción, el que más relevancia cobra es que el adoptante debe disponer de la capacidad de obrar, reflejado en el artículo 177.1 CC. En segundo lugar, se exige un requisito de edad, según lo dispuesto en el artículo 175.1 CC el adoptante deberá tener más de veinticinco años, además debe tener una diferencia de edad mínima con el adoptado de dieciséis años y un máximo de cuarenta y cinco.

En cuanto al adoptado, se establece un presupuesto básico de que debe encontrarse en la situación de desamparo, según lo dispuesto en el artículo 172.2 CC *"Se considera como situación de desamparo la que se produce de hecho a causa del incumplimiento o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección establecidos por las leyes para la guarda de los menores, cuando éstos queden privados de la necesaria asistencia moral o material"*<sup>21</sup>

Al tratar de la adopción debemos diferenciar distintos tipos, el primero es la adopción unipersonal: es aquella que se lleva a cabo por una sola persona o por un solo miembro de la pareja o matrimonio.

Y en segundo lugar se encuentra la adopción por matrimonio o por parejas de hecho homosexuales. En el caso de España es posible la adopción por este tipo de matrimonios/parejas desde que entró en vigor la Ley 13/2005, de 1 de julio, pues esta ley permitió la celebración de matrimonios homosexuales y a su vez les confirió los

---

<sup>20</sup> LASARTE ALVAREZ C., (2016) Derecho de Familia, Principios de Derecho Civil VI, Edit. Marcial Pons, 14a Edición, Madrid.

<sup>21</sup> Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil.

derechos que la institución del matrimonio conlleva, como es la posibilidad de la adopción.

El fundamento de la existencia de este tipo de adopción lo podemos basar en lo expuesto por el Defensor del Pueblo del País Vasco (Ararteko), LAMARCA ITURBE que dice así: *"La ley debe reconocer, en igualdad de condiciones, a todas las formas de amor conyugal y a todas las modalidades familiares, y no debe excluir a priori a ninguna de ellas para que pueda acoger a un menor en adopción"*.<sup>22</sup>

El caso de España, al tratarse de un estado plurilegislativo, por su forma de organización territorial y distintos regímenes forales, creo pertinente hacer una breve referencia a las CCAA donde se ha avanzado en este ámbito, como se ha dicho anteriormente en el presente trabajo algunas Comunidades Autónomas ya permitían la adopción homoparental mucho antes de que se permitiera en todo el territorio español, pues bien estas comunidades son las siguientes:

En primer lugar, por orden cronológico, la Comunidad Autónoma de Aragón lo permite desde el año 2004, reflejo de ello es el artículo 10 de la Ley 6/1999, de 26 de marzo, referente a parejas estables no casadas, pues esta reconoce el derecho a la adopción conjunta tanto a los heterosexuales como a los homosexuales, después de la reforma de la Ley 2/2004, de 3 de mayo.

En segundo lugar, en la comunidad española de Navarra, se encuentra regulado en el artículo 8 de la Ley Foral 6/2000, de 3 de julio, esta otorga la igualdad jurídica de las parejas estables, y al mismo tiempo concede este derecho tanto a las uniones de hecho heterosexuales como del mismo sexo.

Y en tercer lugar, en el caso del País Vasco, la Ley 2/2003, de 7 de mayo, reguladora de las parejas de hecho, ha previsto para las relaciones legalmente constituidas tanto el acogimiento familiar como la adopción. Concretamente, el artículo 7 de dicha ley declara que los componentes de la pareja de hecho conforme a las disposiciones normativas vigentes formalizar de forma conjunta el acogimiento de menores con los

---

<sup>22</sup> GARCÍA A. & MARTÍNEZ, P. (2005). Adopción homoparental, un nuevo modelo de familia.

mismos derechos que los matrimonios, y, por otro lado, el artículo 8, es el que delimita de que estas parejas pueden adoptar independiente mente del sexo de los miembros de la pareja.<sup>23</sup>

Una vez establecida la legalidad relativa a la adopción, creo conveniente hacer un acercamiento a la jurisprudencia relativa a un elemento primordial en el ámbito de la familia, la institución del matrimonio, para ello es necesario hacer mención a la Sentencia del Tribunal Constitucional de 6 de noviembre de 2012, relativa a un recurso de inconstitucionalidad en contra de la Ley 13/2005 (matrimonio homosexual).

Esta sentencia es consecuencia de la interposición de un recurso de inconstitucionalidad presentado por el Partido Popular en contra de la Ley 13/2005 (de matrimonio homosexual), este recurso es relevante en la descendencia por varios motivos, el primero es la legalidad de los matrimonios homosexuales, que afectan de forma directa a las adopciones, y en segundo lugar, en dicho recurso se alega que se ha cometido un quebrantamiento del artículo 39 de la CE, concretamente de sus apartados nº 1,2 y 4, referidos a la protección de la familia y de los hijos en relación con la reciente y nueva forma del artículo 175.4 CC, pues gracias a esta ley se permite a las parejas homosexuales adoptar hijos, lo que según el mismo Grupo Popular, resulta opuesto al precepto de la protección de los hijos previsto en el artículo 39.2 de la CE.

En esta línea también alegan que, al ser posible la adopción por personas del mismo sexo se está vulnerando la protección debida a las madres que se integra en el artículo 39.2 de la CE, puesto que en estos casos habrán supuestos en los que no exista madre o en el que nos encontremos con dos.

En vista de los argumentos, el Tribunal dispone que ya era posible que los hijos fuesen adoptados por un progenitor independientemente de su identidad sexual y luego sean adoptados por el cónyuge del mismo, lo que permite regular las familias homoparentales, por lo que la nueva interpretación del artículo otorga la posibilidad

---

<sup>23</sup> CARLOS L. GONZALEZ ALVAREZ - Lefebvre-El Derecho, S.A.

de la adopción conjunta por las parejas casadas con independencia del sexo de los cónyuges.<sup>24</sup>

En el mismo fallo el Tribunal, expone que, si el matrimonio o unión por parejas del mismo sexo es válido constitucionalmente, nada les puede impedir la adopción de un menor, ya que la garantía de los derechos e intereses de ese menor es igualmente posible entre homosexuales y heterosexuales, ya que el juez que se encargue del procedimiento de adopción es el competente para estimar el acierto y posibilidad de esta.

En cuanto a la segunda sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, esta es relevante porque trata de la negación a una mujer a adoptar debido a su condición sexual pues esta es homosexual, esta negación se da por parte de los Tribunales franceses.

Los hechos de este caso son los siguientes: se trata de una profesora de enfermería que tiene una relación estable con otra mujer. En febrero de 1998 solicita la adopción de un menor de edad con la intención de que sea una adopción internacional, en agosto del mismo año el psicólogo que estudia su solicitud de adopción se la deniega alegando que *"podría perjudicar al niño en el desarrollo de su personalidad, así como que el papel de su pareja no está definido dentro de la educación del menor"*.<sup>25</sup>

Ante dicha negación por parte del psicólogo, la interesada en enero de 1999 solicita que se revise su petición, sin embargo esta vuelve a ser desestimada por similares hechos, por lo que en mayo del mismo año se dirige al tribunal administrativo, pero de nuevo se le deniega su petición en junio del 2002.

La causa llega al Tribunal Europeo de Derechos Humanos, después de la negación recibida por los tribunales franceses por dos razones, primero por su condición sexual, dado que es homosexual y segundo porque en relación con el hecho de su

---

<sup>24</sup> STC Pleno de 6 de noviembre de 2012.

<sup>25</sup> STEDH Sala 2a , 22 de enero de 2008.

homosexualidad se le exige para poder adoptar a un menor la existencia de una "figura paterna" para su adecuado desarrollo.

Ante lo expuesto la interesada alega que se han vulnerado su derecho al respeto a la vida privada y familiar, establecido en el artículo 8 CEDH "*Derecho al respeto a la vida privada y familiar 1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia. 2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás*" , además de haber sufrido una discriminación por su homosexualidad , principio recogido en el artículo 14 CEDH" *ARTÍCULO 14 Prohibición de discriminación El goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación*".<sup>26</sup>

Por último, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre lo expuesto razona que el código civil francés no dice nada de la necesidad de exigir una figura paterna para la adecuada educación de un hijo, por lo que su negativa se refiere únicamente a la identidad sexual de la interesada , por tanto considera que las autoridades no han realizado todos los esfuerzos suficientes para respetar el derecho a la vida familiar y no discriminación de la interesada , por ello estima que sí se han vulnerado tales derechos de la interesada.<sup>27</sup>

Como consecuencia directa de la introducción en el Derecho español del matrimonio homosexual, los cónyuges del mismo sexo podrán adoptar de forma conjunta o sucesiva en los términos del art. 175.4 del CC modificado por la Ley 13/2005, de 1 de

---

<sup>26</sup> Convenio Europeo de Derechos Humanos. Consultado en: [https://www.echr.coe.int/Documents/Convention\\_SPA.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_SPA.pdf)

<sup>27</sup> STEDH Sala 2a, 22 de enero de 2008.

julio. La cuestión principal que se suscita en cuanto a la idoneidad de los adoptantes y acogedores preadoptivos es la determinación de los criterios que deben ponderarse para valorar dicha idoneidad, y para seleccionar a los candidatos adoptantes (o acogedores).

La legislación civil común, salvo los requisitos para adoptar del art. 175 del Código Civil y lo dispuesto en el art. 1.829.a) de la LEC, no prevé criterios concretos para resolver las solicitudes de adopción. Sin embargo, algunas Comunidades Autónomas han regulado, en ocasiones muy extensamente, los criterios para proponer adopciones y acogimientos.

En todo tipo de procesos de adopción debe tenerse en cuenta y respetarse ante todo el interés superior del menor. Este principio se encuentra regulado en las siguientes disposiciones normativas: arts. 3.1, 9.1, 9.3, 18.1, 21.37.C) y 40 de la Convención de los Derechos del Niño de 1989; 1.a) y b), 16.1.d), 21.1 y 24 del Convenio de La Haya en materia de adopción internacional; 39.4 de la Constitución; II-84 de la Constitución Europea; y en numerosos preceptos del Código Civil (arts. 92.2, 154.2, 156.5, 159, 161, 170.2, 172.4, 176.1, 216 y 224).

En cuanto al concepto del interés superior del menor, algunos autores sostienen que es considerado como un principio general que conecta todos los derechos fundamentales y garantiza la efectiva protección del menor, otros como Borrás manifiestan que : *"partir del interés superior del menor conlleva englobar dentro de esta categoría general todas aquellas instituciones que, tras cualquier forma o apariencia, pretendan dar respuesta a su efectiva protección, con total independencia de cuál sea la situación personal o familiar que se presente"*.

Y otros autores como Joyal señalan que: *"el interés superior del niño como la unión entre sus necesidades y sus derechos, por lo que esta noción debe apreciarse, en cuanto a los derechos del niño, como principio de interpretación de la ley"*.<sup>28</sup>

---

<sup>28</sup> Ballesté. I. R (2012). El interés superior del niño: concepto y delimitación del término. *Educatio siglo XXI*, 30(2), 89-108.

En definitiva, el principio del interés del menor hace referencia al amparo de los derechos fundamentales de los que son titulares los menores de edad. Sin embargo, dicho principio es un concepto jurídico indeterminado, pues a pesar de que existe bastante jurisprudencia al respecto, ninguna lo define de una manera concreta, por lo que se determina en función de cada circunstancia específica<sup>29</sup>.

## **6.2. ADOPCIÓN INTERNACIONAL**

La adopción internacional es una institución jurídica en interés superior del menor, que crea un vínculo de filiación entre un menor con residencia habitual en un Estado y una familia adoptiva con residencia habitual en otro Estado.

La adopción se podría definir como aquella institución jurídica que crea una relación de filiación entre dos personas que carecen de vínculos consanguíneos (progenitor e hijo). Esta constituye otra fuente de parentesco en la que no existe vínculo biológico, sino que está basada o sustentada en la norma jurídica que se constituye con el fin de garantizar la protección del menor. Presenta dos variantes –nacional e internacional y a pesar de ser distintos su objeto y naturaleza jurídica, sus efectos son los mismos. La única diferencia se refiere al elemento extranjero<sup>30</sup>.

La AI es un fenómeno relativamente reciente. Se fue desarrollando lentamente después de la Segunda Guerra Mundial, hasta los años 70, momento en que el número de adopciones internacionales se incrementó de manera espectacular. En los años 80, se reconoció que este fenómeno engendraba problemas jurídicos y humanos graves y complejos, y que la ausencia de instrumentos jurídicos nacionales e internacionales hacía necesario un enfoque multilateral. En este contexto se elaboró el 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, a efectos de establecer garantías para que las adopciones internacionales se produjeran en aras del interés superior del niño y respetando sus derechos fundamentales.

---

<sup>29</sup> Ballesté, I. R. (2012). Cit.

<sup>30</sup> JUÁREZ PÉREZ, P., “La adopción internacional. Un estudio legal y jurisprudencial”, Editorial Académica Española, 2012

España y Estados Unidos fueron los países con mayor número de ofrecimientos de adopción en los años noventa, esta tendencia se ha visto reducida en los últimos tiempos<sup>31</sup>.

España llegó a convertirse en el segundo Estado receptor de menores entre los años noventa y principios de este siglo, conocido como “boom” de la adopción. Sin embargo, a partir de 2007 por distintos factores tanto endógenos como exógenos, el número de adopciones se redujo de manera considerable.

El Convenio de la Haya de 1993 (en adelante CH93) se aplica en aquellos supuestos en los que un menor de origen o residencia en un Estado que lo haya ratificado es desplazado a otro Estado miembro con motivo de la constitución de una adopción internacional.

El Convenio se centra en la protección del interés superior del menor y en garantizar la cooperación de autoridades entre Estados de origen y destino, para combatir el tráfico de niños y facilitar el reconocimiento mutuo de la constitución de adopciones<sup>32</sup>.

En el caso de la adopción internacional (en adelante AI), son las autoridades acreditadas de cada Estado miembro receptor, las que tienen encomendada la función de comprobar la idoneidad de los adoptantes, asegurando que hayan recibido formación previa. Asimismo, también están encargadas de vigilar y autorizar que el niño pueda residir y entrar en el Estado receptor, según lo establecido por el artículo 5<sup>33</sup>.

Igualmente, la AI sólo tendrá lugar en aquellos casos en que las autoridades competentes del Estado de origen declaren que el menor es adoptable, siempre que sus

---

<sup>31</sup> SELMAN, P., “Tendencias Globales En Adopción Internacional: ¿En el ‘interés superior de la infancia’?”, Scripta Nova Revista Electrónica de Geografía y Ciencias Sociales, Vol. XVI, no395 (21), 2012, Barcelona (disponible en <http://www.ub.edu/geocrit/sn/sn-395/sn-395-21.htm>).

<sup>32</sup> ADROHER BIOSCA, S., Marco jurídico de la adopción..., pp.104-105.

<sup>33</sup> Vid. Artículo 5 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.

familiares biológicos – en su defecto tutores – hayan consentido la adopción en interés del menor, y en los casos necesarios que se haya escuchado al menor.

La Ley española 54/2007 de 28 de diciembre sobre Adopción Internacional (en adelante LAI) fue la primera regulación especial sobre este fenómeno, ya que antes no se contaba con una Ley que lo regulara de manera unitaria. A pesar de que esta Ley planteó problemas de delimitación entre competencias estatales y autonómicas, supuso un hito importante en la regulación española de la materia.

En 2015 se realiza la reforma del sistema español de protección de menores modificándose en profundidad la regulación de la LAI. Estas modificaciones, objeto de estudio del trabajo, trataron de mejorar las medidas de protección del menor, acabar con las lagunas jurídicas. También, reforzó el papel de la Administración General del Estado en el procedimiento, con la intención de homogeneizar las diferencias entre autonomías y evitar el “fórum shopping interregional”.

Al igual que el S. Álvarez González, considero que el hecho de que el Derecho civil posibilite la adopción conjunta por adoptantes parejas estables del mismo sexo o por un matrimonio entre personas del mismo sexo y que la solución de Derecho internacional privado excluya tal posibilidad para el reconocimiento de las adopciones internacionales, resulta tan justificado como la solución contraria, pues con esta alternativa se pretende eliminar los celos/envidias que muchos países de origen de los adoptados tendrían ante la adopción conjunta por personas del mismo sexo, con lo que se ofrece una solución específicamente adaptada a la adopción internacional<sup>34</sup>

### **6.2.1. MARCO JURÍDICO ESPAÑOL DE LA ADOPCIÓN INTERNACIONAL**

La Ley 54/2007 destaca por el carácter social de las normas de DIPr, ya que busca ofrecer una regulación global de la AI. Trata de configurar un derecho que organice y

---

<sup>34</sup> 5 S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, “Igualdad, competencia y deslealtad en el sistema español de Derecho interregional (y en el de Derecho internacional privado)”, REDI, 2001-1 y 2, vol. LIII, pp. 49-74, espec. p. 70.

transforme la sociedad. Para plasmar este fenómeno sociológico, el legislador tuvo en cuenta situaciones de desequilibrio social y económico, la diversidad de marcos jurídicos con respecto al sistema español, así como la realidad de que en ocasiones la AI alienta el tráfico de menores.

Los preceptos del DIPr. incluidos en el texto de la Ley 54/2007 respetan así la aplicación del Derecho extranjero y los estándares de la cultura afectada, dejando atrás la aplicación imperialista del foro exorbitante<sup>35</sup>.

En el ordenamiento jurídico español, la Constitución Española (CE) de 1978, recoge en su artículo 39 los principios informadores de la adopción, garantizando la protección integral de los hijos por parte de los poderes públicos y la obligación por parte de los padres de prestar asistencia de todo orden a éstos con independencia de su filiación, observándose que garantiza la protección del interés superior del menor con independencia de la naturaleza de su filiación<sup>36</sup>.

Esta protección, en sentido amplio, se concreta con la ratificación de España en el año 1990 de la Convención sobre Derechos del Niño de Nueva York (en adelante CNUDN) cuyo art. 21<sup>37</sup> enumera los principios esenciales rectores en la materia<sup>38</sup>:

1.Principio de subsidiariedad: el menor sólo podrá ser adoptado por extranjeros, en el caso de no ser viable la adopción en su país.

2.Competencia de las autoridades: la adopción internacional sólo podrá ser tramitada y autorizada por aquellos órganos acreditados.

3.Consentimiento de los padres biológicos: ambos deberán consentir o en su defecto los tutores del menor, con conocimiento de causa y lo que ésta conlleva.

---

<sup>35</sup> CALVO CARAVACA, A.L., y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., Críticas y contraargumentos en torno a..., p.138

<sup>36</sup> Constitución Española de 6 de Diciembre de 1978

<sup>37</sup> Convención de Naciones Unidas de Derechos del Niño del 20 de Noviembre de 1989.

<sup>38</sup> ADROHER BIOSCA, S., "Marco jurídico de la adopción internacional", Asociación Española de Abogados de Familia (AESAF), Puntos Capitales de Derecho de Familia en su Dimensión Internacional,(VVAA) Dykinson, Madrid, 1999, p.103.

4. Equivalencia de garantías: requiere que los Estados parte en la adopción velen por la salvaguarda de los derechos del menor.

5. Lucha contra el tráfico de menores: pretende evitar el lucro en cualquier forma con motivo de una adopción internacional.

6. Cooperación internacional: concertación de protocolos en política de colaboración administrativa.

### **6.2.2. CONVENIO DE LA HAYA DE 1993, RELATIVO A LA PROTECCIÓN DEL NIÑO Y A LA COOPERACIÓN EN MATERIA DE ADOPCIÓN INTERNACIONAL- CRÍTICA A LA ADOPCIÓN INTERNACIONAL- CONVENIO DE LA HAYA y LEY ESPAÑOLA**

El Convenio de la Haya de 1993 (en adelante, “CH93”) se aplica en aquellos supuestos en los que un menor de origen o residencia en un Estado que lo haya ratificado es desplazado a otro Estado miembro con motivo de la constitución de una adopción internacional.

El Convenio se centra en la protección del interés superior del menor y en garantizar la cooperación de autoridades entre Estados de origen y destino, para combatir el tráfico de niños y facilitar el reconocimiento mutuo de la constitución de adopciones<sup>39</sup>.

En el caso de la adopción internacional (en adelante AI), son las autoridades acreditadas de cada Estado miembro receptor, las que tienen encomendada la función de comprobar la idoneidad de los adoptantes, asegurando que hayan recibido formación previa. Asimismo, también están encargadas de vigilar y autorizar que el niño pueda residir y entrar en el Estado receptor, según lo establecido por el artículo 5<sup>40</sup>.

---

<sup>39</sup> ADROHER BIOSCA, S., Marco jurídico de la adopción..., pp.104-105.

<sup>40</sup> Vid. Artículo 5 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.

Igualmente, la AI sólo tendrá lugar en aquellos casos en que las autoridades competentes del Estado de origen declaren que el menor es adoptable, siempre que sus familiares biológicos – en su defecto tutores – hayan consentido la adopción en interés del menor, y en los casos necesarios que se haya escuchado al menor.

El Convenio regula el proceso de AI indicando los pasos que deben seguirse estableciendo un procedimiento cuya finalidad es agilizar el proceso, control y transparencia, aunque no unifique los regímenes jurídicos de AI de los Estados miembros. JUÁREZ PÉREZ considera que puede calificarse de un instrumento de control administrativo<sup>41</sup>. Como se ha podido observar, el Convenio promueve la importancia del rol de las Autoridades Centrales – encargadas de realizar los trámites, impulsar el proceso y ofrecer información a sus análogas autoridades del otro Estado.

El énfasis en la libertad a la hora de forjar las relaciones de parentesco adoptivo está profundamente arraigado en la legislación sobre adopción, tanto a nivel nacional como internacional.

La Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de adopción internacional entró en vigor el día 30 de diciembre de 2007. Dicha Ley ha comportado, para el Derecho Internacional Privado español, un cambio radical en el régimen jurídico de la adopción internacional.

El aumento exponencial de los supuestos de adopción internacional en España hacía necesaria una nueva regulación jurídica de la misma. En efecto, el texto antes vigente del art. 9.5 CC, que tras 1987 había sido “parcheado” por el legislador en numerosas ocasiones, constituía un cauce legal estrecho y antiguo poco adecuado para regular una realidad tan compleja y dinámica como la adopción internacional. Desde 1987, el art. 9.5 CC fue reformado por cuatro leyes distintas, que presentaban objetivos dispares y que mostraban una técnica legislativa poco depurada Ley 21/1987 de 11 noviembre<sup>42</sup>, Ley 11/1990 de 15 octubre<sup>43</sup>, Ley orgánica 1/1996 de 14 enero de Protección jurídica

---

<sup>41</sup> JUÁREZ PÉREZ, P., Lección del Tema 3..., p.6.

<sup>42</sup> BOE núm.275 de 17 de noviembre de 1987.

<sup>43</sup> BOE núm.250 de 18 de octubre de 1990.

del Menor<sup>44</sup> y Ley 18/1999, de 18 de mayo, de modificación del artículo 9, apartado 5, del Código civil<sup>45</sup>.

La Ley 54/2007 presenta, desde este punto de vista, una serie de puntos fuertes técnicas y valorativas que supera con claridad la situación legal anterior y que permite afrontar la regulación legal de la adopción internacional con instrumentos jurídicos de calidad.

La Ley 54/2007 ha incorporado diversos foros de competencia judicial internacional de los tribunales españoles no sólo en relación con la constitución de la adopción internacional, sino también en relación con la modificación, revisión, nulidad y conversión de la adopción internacional. El art. 22.3 LOPJ guardaba un inquietante silencio sobre estas cuestiones. En efecto, dicho precepto sólo recogía los criterios de competencia judicial internacional de los tribunales españoles “para la constitución de la adopción” (art. 22.3.5o LOPJ).<sup>46</sup>

La redacción de esta norma creaba una laguna legal, provocando así enormes dudas a la jurisprudencia española por lo que se refería a los criterios de competencia judicial internacional cuando se trataba de verificar la competencia de los tribunales españoles en materia de nulidad. Y la solución alternativa del art. 22.3 LOPJ era poco preciso. Todo ello generó resoluciones judiciales que podemos calificar como vagas o reprochables (AAP Madrid 25 enero 2002).

En sentido opuesto, y de modo bastante acertado, la DGRN entendió que los foros de competencia judicial internacional previstos en el art. 22.3 LOPJ para la “constitución de la adopción” en favor de los tribunales españoles debían aplicarse, por analogía, para determinar la competencia de los tribunales españoles en relación con la modificación y con la declaración de nulidad de la adopción, como había defendido también parte de la doctrina<sup>47</sup>. La Ley 54/2007 acaba con esta lamentable situación y proporciona soluciones claras, racionales y sistemáticas a estas cuestiones suscitadas

---

<sup>44</sup> BOE núm.15 de 17 de enero de 1996.

<sup>45</sup> BOE núm. 119 de 19 de mayo de 1999.

<sup>46</sup> A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Adopción internacional”, en A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (DIRS.), Derecho internacional privado, vol. II, 8a ed., Granada, Comares, 2007, pp. 181-218.

<sup>47</sup> Texto en REDI, 1989, pp. 646-649.

por la práctica. A la hora de precisar los foros de competencia judicial internacional en materia de adopción, el legislador español de la LAI parece haberse inspirado en el art. 66 de la Ley belga de 16 julio 2004 que contiene el Código de Derecho internacional privado.

Sin embargo, algunos autores han indicado que la LAI es criticable porque carece de una norma que regule la competencia judicial internacional de las autoridades españolas “para completar en España la falta de alguna declaración de voluntad o consentimiento exigida por la Ley extranjera reguladora de la constitución de la adopción cuyo reconocimiento se pretende en España”<sup>48</sup>, a fin de cuentas, estos autores reclaman una mayor especialización en las normas de competencia judicial internacional introducidas por la LAI. Los foros recogidos en dicho precepto pueden ser también utilizados para acreditar la competencia de los tribunales españoles en el caso de una adopción extranjera “incompleta”. Esto es, para prestar “alguna declaración de voluntad” o alguna “manifestación del consentimiento exigido por la ley extranjera reguladora de la constitución de la adopción” (expresiones empleadas por el art. 26.1.2o.II LAI), puede recurrirse a los foros recogidos por el art. 15 LAI en materia de “modificación o revisión” de la adopción internacional.

Desde la perspectiva crítica, existen distintas cuestiones polémicas respecto a la LAI y de su interpretación sistemática. El primero sería el art. 4.1 LAI que recoge una serie de “*circunstancias que impiden o condicionan la adopción*” de menores “*nacionales de otro país o con residencia habitual en otro Estado*”. El legislador español, en estas circunstancias, prohíbe “tramitar solicitudes de adopción internacional”. Se trata de las circunstancias recogidas en los siguientes preceptos: a) Art. 4.1.a LAI, conocida como “cláusula chadiana”<sup>49</sup>); b) Falta de control público de la adopción en el Estado de

---

<sup>48</sup> La crítica puede seguirse en S. ALVÁREZ GONZÁLEZ, “La Ley de adopción internacional. Reflexiones a la luz de su texto, de sus objetivos y de la comunión entre ambos”, AEDIPr, vol. VII, 2007, pp. 39-69, esp. p. 49.

<sup>49</sup> El art. 4.1 LAI precisa que no se podrá realizar ningún trámite relativo a una adopción internacional “cuando el país en que el menor adoptando tenga su residencia habitual se encuentre en conflicto bélico o inmerso en un desastre natural”. Esta previsión legal persigue evitar el tráfico de menores que se puede producir en situaciones de conflicto bélico y desastre natural y que fue de triste actualidad entre octubre 2007 y enero 2008 en el caso de la ONG francesa “El Arca de Zoé” en el país centroafricano del Chad. Con ello, el legislador persigue que se constituya la adopción en relación con menores que, en la confusión que producen los conflictos bélicos y los desastres naturales, son desplazados de un lugar a otro y desde un país a otro, y se presentan como “huérfanos de la guerra”, cuando en realidad tienen padres que jamás han renunciado a sus hijos.

residencia habitual del menor (art. 4.1.b LAI). Se impide también tramitar solicitudes de adopción de menores nacionales de otro país o con residencia habitual en otro Estado cuando “no existe en el país una autoridad específica que controle y garantice la adopción”. La LAI entiende que toda adopción debe llevarse a cabo bajo el control de “autoridades públicas”; c) Estados que no respetan los principios jurídicos básicos de la adopción de menores internacionalmente reconocidos (art. 4.1.c LAI). No se tramitarán solicitudes de adopción de menores nacionales de otro país o con residencia habitual en otro Estado, “cuando en el país no se den las garantías adecuadas para la adopción y las prácticas y trámites de la adopción en el mismo no respeten el interés del menor o no cumplan los principios éticos y jurídicos internacionales referidos en el art. 3 LAI”.

Y es que respecto a este precepto ciertos autores han criticado que el inicio del art. 4.1 LAI, que extiende la aplicación de esta disposición tanto a los menores “nacionales de otro país”, como a los menores “con residencia habitual en otro Estado”. Por tanto se en efecto, que la referencia a la nacionalidad del menor constituye un error, ya que, al prescindir de su residencia habitual, permitiría “bloquear una adopción” en el caso de un menor de nacionalidad extranjera que se halla y que tiene su residencia habitual en España u otro país en el que podría ser adoptado con todas las garantías<sup>50</sup>.

Otro frente al que la ley se encuentra poco preparada es el de las instituciones jurídicas desconocidas en Derecho español. Se ha objetado al texto de la LAI, y en particular a los preceptos que regulan la competencia judicial internacional y la Ley aplicable en materia de “revisión” o “modificación” de la adopción, que recojan el régimen jurídico de estas “instituciones legales desconocidas”, precisamente, por ser “desconocidas”<sup>51</sup>.

---

<sup>50</sup> La crítica puede leerse en S. ALVÁREZ GONZÁLEZ, “La Ley de adopción internacional. Reflexiones a la luz de su texto, de sus objetivos y de la comunión entre ambos”, AEDIPr, vol. VII, 2007, pp. 39-69, esp. pp. 47-48. También puede seguirse esta crítica expuesta, en C. GONZÁLEZ BEILFUSS, “Recensión a A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRAS-COSA GONZÁLEZ, La Ley 54/2007 de 28 de diciembre 2007 sobre adopción internacional (Reflexiones y comentarios)”, Comares, Granada, 2008, REDI, 2008, pp. 349-351, esp. p. 349. La misma crítica, otra vez, con idéntica formulación y repetición de sus presuntos argumentos, puede verse en R. ARENAS GARCÍA / C. GONZÁLEZ BEILFUSS, “La ley 54/2007, de 28 de diciembre de adopción internacional: entre la realidad y el deseo”, [www.reei.org](http://www.reei.org), 2009 (versión on line), p. 7.

<sup>51</sup> S. ALVÁREZ GONZÁLEZ, “La Ley de adopción internacional. Reflexiones a la luz de su texto, de sus objetivos y de la comunión entre ambos”, AEDIPr, vol. VII, 2007, pp. 39-69, esp. p. 49 y S. ALVÁREZ GONZÁLEZ, “El proyecto de ley sobre adopción internacional: una crítica para sobrevivir a su explicación docente”, *Actualidad Civil*, 2007, núm. 22, pp. 2597-2618, esp. nota [33]. En tono seguidista, vid. P. PARADELLA AREÁN, “Breve comentario a la Ley 54/2007 de adopción

Otros legisladores más avezados que el español han regulado los efectos legales de instituciones jurídicas que suscitan problemas en sus países aunque no se admitan en sus Ordenamientos Jurídicos. Así, el legislador británico ha regulado los matrimonios poligámicos a través de la muy conocida Matrimonial Proceedings (Polygamous Marriages) Act de 1972.

La necesidad de regular instituciones desconocidas es evidente en Derecho Internacional Privado (en adelante, “DIPr”). Precisamente, porque el DIPr. se enfrenta, cada vez con mayor frecuencia, a realidades jurídicas procedentes de otros ambientes jurídicos muy distintos al español que no disponen de equivalente en el Derecho sustantivo español.

### **6.3. GESTACIÓN SUBROGADA**

En lo relativo a la formación de una familia homoparental, la alternativa principal a la adopción, como hemos comentado se trata de la gestación subrogada o gestación por sustitución.

Se entiende por “gestación por sustitución” aquel acto mediante el cual una mujer denominada “gestante”, se compromete a gestar un embrión de otra persona llamada “comitente”, que puede ser con o sin precio, para posteriormente la mujer gestante renunciar a la filiación del nacido fruto de dicha gestación, en favor del comitente u otra persona. Siendo, por tanto, múltiples las variantes de dicho contrato.

Mientras la “gestante” solo puede ser una mujer, la figura del “comitente” puede recaer sobre una persona en concreto o sobre una pareja (con independencia del sexo de cada uno). Además, la forma y los motivos de llevar a cabo el contrato pueden ser considerablemente diferentes. Puede recurrir a ella una pareja fértil, que no quiera o no pueda tener descendencia, en cuyo caso generalmente se llevará a cabo una

---

internacional”, [www.reei.org](http://www.reei.org), 2008, p. 2. De manera más original, J.M. ESPINAR VICENTE, “Reflexiones sobre algunas de las perplejidades que suscita la nueva regulación de la adopción internacional”, *Actualidad Civil*, núm.18, 24 octubre 2008, tomo II, versión on line ([www.laleydigital.es](http://www.laleydigital.es)).

fecundación in vitro con los gametos de ambos, para luego implantar el embrión resultante en el útero de la “gestante”.

### 6.3.1 DEBATE SOBRE LA LEGALIZACIÓN

La gestación subrogada ha supuesto una grieta de conflicto y opiniones no solo en los diferentes países, sino también en el ámbito político de un mismo estado ya que podemos encontrarnos con diferentes posturas. Tal y como menciona Caridad Jorquera Jorquera “el aumento de niños españoles gestados fuera de nuestro país por el método conocido popularmente como vientre de alquiler ha propiciado un prematuro debate sobre si esta práctica debiese legalizarse o no en nuestro país.”<sup>52</sup>

Es por ello que por su parte, Ana Marrades Puig hace una clasificación clara de esto, situando por un lado a quienes no son partidarios de legalizar esta práctica o que consideran que debe existir una regulación sobre esta materia precisamente para prohibirla basándose en que “constituye una explotación y mercantilización de las mujeres y el tráfico de menores, explota a mujeres que son utilizadas solo como medios, y a los bebés, que serían objeto de transacción”<sup>53</sup> ; y por otro aquellos que consideran que esta práctica de reproducción asistida debe ser legitimada en el país por calificarla como un “derecho de las personas derivado del derecho a la reproducción humana, y que además sería retrógrado no regularlo ya que vivimos en el pasado situaciones parecidas con otras instituciones (divorcio, matrimonio de personas del mismo sexo o reproducción asistida).”<sup>54</sup>

Es importante destacar que el debate que se plantea además de técnico, también es moral, y de esta manera la misma autora afirma que *“el derecho a la integridad moral y física es uno de los derechos más gravemente afectados. Los peligros físicos para la madre gestante son obvios, pero además están los peligros para su estabilidad psíquica. La mujer embarazada establece de forma innegable un vínculo físico y*

---

<sup>52</sup> JORQUERA JORQUERA Caridad, Diario La Ley, nº 9164, pp.201

<sup>53</sup> MARRADES PUIG Ana, “El debate sobre la gestación subrogada en España: el deseo, la dignidad y los derechos”. Revista Europea de Derechos Fundamentales 2017: 30, pg. 154

<sup>54</sup> Id. pg.154

*emocional con el futuro bebé que las clínicas especializadas se empeñan en evitar. En muchas de ellas, a las mujeres se las instruye para aprender a disociarse del futuro bebé. Les enseñan a no pensar en él como suyo sino de los padres intencionales. Las «terapias psicológicas» que se prescriben a las gestantes para impedir el componente emocional son dramáticas”.*<sup>55</sup> Además añade también que “... en ocasiones pueden surgir complicaciones que afecten al funcionamiento de estos órganos y para que la gestación siga adelante, el sistema inmunológico, digestivo o sanguíneo se modifica, pudiendo aparecer algunas enfermedades que solo se dan en el embarazo y también hay que tener en cuenta los eventuales riesgos del parto o de la cesárea , ya que se han detectado, incluso, contratos que incluyen la exigencia de la cesárea para asegurar el «éxito» del nacimiento. Si analizamos, por tanto, la presión psicológica que conlleva el proceso de gestar para otra persona y los riesgos físicos que puedan derivarse de todo embarazo, resulta más que evidente que la gestación por sustitución afecta a la salud y a la integridad física y psíquica de las mujeres gestantes”.<sup>56</sup>

Juan María Díaz Fraile, dispone que *“una de las principales cuestiones jurídicas que se han suscitado en particular en España ha sido la de determinar el estado civil de filiación de los nacidos a través de estas técnicas en países que reconocen y regulan la gestación por sustitución y que atribuyen legalmente la filiación a los padres comitentes”*<sup>57</sup>, además menciona que esta situación ha sido tema de discusión en instituciones y organizaciones nacionales e internacionales, entre las que encontramos tanto a la Unión Europea , como a la Conferencia de Derecho Internacional Privado de La Haya y el Comité de Derechos del Niño de Naciones Unidas, pero sin éxito alguno, a día de hoy no han conseguido llegar a un consenso para regular esta materia de forma conjunta y crear un convenio.

Luis Calvo Caravaca y Javier Carrascosa González afirman que *“la cuestión jurídica por excelencia que surge en estos casos es, desde un estricto enfoque de Derecho Internacional Privado, la precisión de la filiación en el orden jurídico español de los menores nacidos en otro país tras una gestación por sustitución. En efecto, tales*

---

<sup>55</sup> Id. pg.167

<sup>56</sup> Id. pg.168

<sup>57</sup> DÍAZ FRAILE, Juan; “La gestación por sustitución ante el registro civil español”; Revista de Derecho Civil pp. 53-131

*menores son considerados en ese otro país como “hijos”*<sup>58</sup> de los comitentes, lo que contrasta con la postura radical en contrario que existe en España en relación con estos contratos y con la regla de “filiación en favor de la madre gestante” (es madre la que pare)”.

En España esta práctica está totalmente prohibida en España y así lo refleja el art.10.1 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción asistida (en adelante LTRHA) al manifestar que “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”<sup>59</sup>.

Esta prohibición basa sus razones en varios principios, siendo uno de ellos y el principal aquel que hace referencia a lo que estipula el art.10 de la Constitución, pues la doctrina, especialmente Ana Marrades Puig considera que la gestación subrogada o por sustitución contraviene con el derecho a la dignidad de la madre gestante pues tal ya que afecta al derecho a la integridad física y moral de las mujeres gestantes<sup>60</sup>.

La posición del ordenamiento jurídico español está basada en dos preceptos principales, la primera, la vulneración del principio de indisponibilidad del cuerpo humano, esto es, la mercantilización tanto del cuerpo de la mujer como de los menores, que viola los valores constitucionales. Y la segunda, la indisponibilidad del estado civil, ya que las normas sobre determinación de la filiación se mantienen fuera de la autonomía de la voluntad y se establecen como preceptos de derecho necesario, por lo que no es posible que una madre renuncie en favor de otra persona al vínculo que se ha creado con su hijo.

Por otra parte, Henar Álvarez Álvarez considera que *“el apartado segundo del art. 10 de la Ley de técnicas de reproducción asistida de 2006 preceptúa que la filiación de los hijos nacidos por gestación por sustitución queda determinada por el parto, por lo*

---

<sup>58</sup> CALVO CARAVACA Luis Alfonso, CARRASCOSA GONZÁLEZ Javier, “Gestación por sustitución y derecho internacional privado. Más allá del Tribunal Supremo y del Tribunales Europeo de Derechos Humanos” *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Octubre 2015), Vol. 7, No 2, pp. 52

<sup>59</sup> Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción asistida en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2006-9292>. (Última consulta 02/05/2022)

<sup>60</sup> MARRADES PUIG, Ana “La gestación subrogada en el marco de la constitución española: una cuestión de derechos”, Universidad de Deusto, Vol. 65/1, Enero-Junio 2017, págs. 221

*que nuestro ordenamiento jurídico otorga la filiación a la mujer que gesta, aunque no sea la madre biológica por no haber aportado su material genético. Por tanto, de los tres posibles criterios de determinación de la filiación, que son el genético, el gestacional y el intencional, nuestro legislador ha optado por el gestacional. Pero a mayor abundamiento, y aunque no existiera esta prohibición expresa, en todo caso el contrato de gestación subrogada, de acuerdo con lo previsto en el art. 1271 CC, sería ilícito, pues solo pueden ser objeto de contrato las cosas que no estén fuera del comercio de los hombres, y es claro que el cuerpo humano es un bien inalienable que queda fuera de la facultad de disposición. En este sentido, el contrato de gestación por sustitución también sería nulo de acuerdo con el art. 1261.2 CC, al carecer de objeto, o por contradecir la moral, el orden público o las buenas costumbres, ex art. 1255 CC”<sup>61</sup>.*

Y respecto al código penal también hace una breve referencia en esta materia al decir que “que el art.220 CP sanciona y tipifica la suposición de parto y la entrega de un hijo a un tercero para alterar su filiación, y dicha conducta tiene una pena agravada cuando en la entrega del niño medie una compensación económica y se eludan los procedimientos legales de guarda, acogimiento o adopción. Por su parte, el art. 221 CP impone pena de prisión e inhabilita para el ejercicio del derecho de la patria potestad, tutela, curatela o guarda, aplicándose no solo a quienes entregan al hijo, sino también a quienes lo reciben e intermedian en la transacción. Con ello se pretende evitar el tráfico de niños, que se trate al menor como un mero objeto o mercancía”.<sup>62</sup>

Sin embargo, a lo largo de los años a pesar de mantenerse prohibida la gestación subrogada en España, son cada vez más los casos en los que “numerosos ciudadanos trasladan a países con legislaciones que admiten la gestación por sustitución y que consideran que el menor nacido tras estas técnicas es, legalmente, “hijo” de los comitentes, sea de quien sea el material genético aportado. En tales Estados, los comitentes contratan a la “madre sustituta” / “mujer gestante” y allí nace el hijo. Es frecuente también que regresen a España con el menor y con documentación oficial extranjera, registral o judicial, que indica que dicho menor es, en efecto, “hijo” de las

---

<sup>61</sup> ÁLVAREZ ÁLVAREZ Henar, “Aspectos más relevantes de la gestación por subrogación”; Revista jurídica de Castilla y León núm.49, Septiembre 2019, pg 91.

<sup>62</sup> Id. pg.92

personas que contrataron a la madre sustituta, y no de ésta”. Así lo pronuncian Alfonso Luis Calvo Caravaca y Javier Carrascosa González, quienes además establecen un término para este tipo de procedimientos al que han denominado “Turismo de Fertilidad”<sup>63</sup>

Así pues, entre los numerosos casos, uno de gran relevancia, se dio cuando un matrimonio homosexual solicitó la inscripción de nacimiento de sus hijos, nacidos en San Diego, California (Estados Unidos), en el Registro Civil consular. “El Encargado del mismo denegó la inscripción de esos menores haciendo referencia a lo dispuesto en el art. 10 de la Ley de Técnicas de Reproducción Asistida (en adelante LTRA). Ante el auto denegatorio, el matrimonio recurrió a la Dirección General de Registros y Notariado (DGRN) la cual, mediante resolución del 18 de febrero de 2009 consideró inaplicable el art. 10 LTRHA puesto que la filiación había sido determinada en un país extranjero y, por lo tanto, se trataba solo de dar acceso al Registro Civil español de una filiación ya determinada. La DGRN para solucionar el caso recurrió a las normas de derecho internacional privado aplicables, precisamente al art. 81 RRC, y afirmó que la inscripción en el Registro Civil Español de la certificación registral extranjera no vulneraba el orden público español”.<sup>64</sup>

Frente a esta realidad, la Dirección General de los Registros y del Notariado (en adelante DGRN) se pronuncia sobre esta materia dictando Instrucción DGRN de 5 octubre 2010 sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución.<sup>65</sup> Aunque es importante mencionar también la existencia de posteriores instrucciones de 2019, en las que me centraré más adelante.

El contenido de esta Instrucción, expuesta por los autores citados, establece que , la DGRN lo que hace es posibilitar el traslado al Registro Civil español la filiación de los nacidos en el extranjero a través de gestación por sustitución tal y como había sido acreditada en el extranjero. *“Para ello era preciso presentar ante las autoridades*

---

<sup>63</sup> CALVO CARAVACA Luis Alfonso, CARRASCOSA GONZÁLEZ Javier, op.cit.pp 47

<sup>64</sup> ZENNA, Franco Antonio “La gestación por sustitución en España. La situación actual tras la STS de 6 de febrero de 2014” en: <https://elderecho.com/la-gestacion-por-sustitucion-en-espana-la-situacion-actual-tras-la-sts-de-6-de-febrero-de-2014> (última revisión 3/05/2022).

<sup>65</sup> Instrucción DGRN de 5 octubre 2010 sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución en: [https://www.boe.es/diario\\_boe/txt.php?id=BOE-A-2010-15317](https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2010-15317) (Última revisión 3/05/2022).

*españolas una sentencia o resolución judicial extranjera que acreditase dicha filiación y que se comprobase que la mujer gestante renunció, mediante su libre consentimiento, a su patria potestad y que quedase claro que el menor no había sido objeto de comercio. Esta instrucción produjo un impacto inmediato, muy positivo, en la práctica registral cotidiana de las autoridades españolas.” Así lo establece la Instrucción en su primera directriz.*

Sin embargo, ya en palabras de Gonzalo Muñoz Rodrigo que hace una crítica más exhaustiva y ahonda en toda la norma declara que *“la publicación de la Instrucción de 5 de octubre de 2010, ha sido duramente criticada por la doctrina civilista, llegando al punto de tacharla por algunos de inconstitucional. Pues permite, bajo ciertas circunstancias, admitir como válida una filiación que ha sido determinada mediante un contrato de gestación subrogada en el extranjero. Soslayando a todas luces el orden público español.*

*La referida norma, por un lado, rechaza de plano en su directriz segunda como título apto para la inscripción del nacimiento y la filiación del nacido, una certificación registral extranjera o la simple declaración, acompañada de certificación médica relativa al nacimiento del menor en la que no conste la identidad de la madre gestante.*

*Por otro lado, admite en su directriz primera que la inscripción de nacimiento de un menor, nacido en el extranjero como consecuencia de técnicas de gestación por sustitución, sólo podrá realizarse presentando, junto a la solicitud de inscripción, la resolución judicial dictada por Tribunal competente en la que se determine la filiación del nacido. Más adelante, también contempla la posibilidad de que resulte de aplicación un Convenio Internacional a efectos de reconocimiento de la sentencia o que la resolución judicial extranjera tenga origen en un procedimiento análogo a lo que en España denominamos jurisdicción voluntaria. Todo esto no es más que un reconocimiento indirecto de la maternidad subrogada en España por la vía del Registro Civil, en el cual, si los comitentes acuden a un país extranjero que considere legal el contrato de gestación por sustitución, solamente precisan de una sentencia*

*judicial firme dictada por los tribunales de dicho país que los reconozca como padres de la criatura.”<sup>66</sup>*

Respecto a la práctica de la gestación subrogada, se manifestó el Tribunal Supremo (en adelante TS) en 2014, en una sentencia, muy relevante en esta materia, concretamente la sentencia 247/2014 de 6 de febrero, afirma que *“el TS enfoca correctamente diversos aspectos relativos a la cuestión de los efectos jurídicos en España de las certificaciones registrales extranjeras en las que consta la filiación de un menor nacido en virtud de gestación por sustitución.”<sup>67</sup>*

Entre sus aciertos podemos identificar, por un lado, el de método, esto es *“El TS acierta de lleno al enfocar el litigio planteado como una cuestión relativa a la validez en España de un acto reflejado en una certificación registral extranjera. No se trata de fijar la filiación de los nacidos tras una gestación por sustitución. No es un proceso de cognición. La cuestión de la inscripción en el Registro Civil español de una filiación ya determinada por autoridades registrales de California constituye, por tanto, una cuestión de validez extraterritorial de decisiones y no una cuestión de conflicto de Leyes. En consecuencia, no es aplicable al caso la legislación española, esto es, ni es aplicable al supuesto la Ley 14/2006 ni lo es el art. 9.4 CC.*

*En efecto, hay que poner en su sitio a la norma de conflicto. No se trata ahora de fijar la filiación de un menor sino de decidir, simplemente, si una filiación ya acreditada legalmente por autoridades de otro país y reflejada en una certificación registral extranjera puede producir efectos jurídicos en España mediante su inscripción en el Registro Civil español (STS 6 febrero 2014, FD 3.2). Las bases académicas y metodológicas del método del reconocimiento han sido correctamente expuestas por doctrina solvente. En el método del reconocimiento, la base del razonamiento judicial no es la norma de conflicto, sino las normas que regulan la cuestión de saber si las decisiones extranjeras deben surtir efectos jurídicos en un concreto Estado”.*<sup>68</sup>

---

<sup>66</sup> MUÑOZ RODRIGO, Gonzalo “La filiación y la gestación por sustitución: a propósito de las instrucciones de la DGRN de 14 y 18 de febrero de 2019”, Actualidad Jurídica Iberoamericana No 10 bis, junio 2019, pp. 727-728.

<sup>67</sup> CALVO CARAVACA Luis Alfonso, CARRASCOSA GONZÁLEZ Javier, op.cit.pp 67.

<sup>68</sup> Id.pp 67-68.

*“El TS indica que la resolución extranjera en la que consta la filiación de los menores en favor de los comitentes españoles es una “decisión extranjera” que produce efectos contrarios al orden público internacional español (STS 6 febrero 2014, FD 3.10). Se trata de una tesis compartida por numerosos autores. Por ello no puede procederse a su inscripción en el Registro Civil español. En consecuencia, al no surtir efectos jurídicos en España la certificación registral norteamericana, resulta aplicable el Derecho sustantivo español. Así, según el TS, la madre de los menores es la mujer que da a luz, pues el TS da aplicación al art. 10 Ley 14/2006. Los “comitentes” no son, para el ordenamiento jurídico español, los padres legales de los menores. Pues bien, todos los puntos susceptibles de crítica en esta STS 6 febrero 2014 giran en torno a la vulneración del orden público internacional por la certificación registral extranjera.”*

Como se puede observar, el TS hace especial hincapié en que nos encontramos ante una vulneración del orden público internacional, y para ello se basa en tres razones fundamentales, que viene a exponer la doctrina:

1-La dignidad, pues el trato que reciben tanto la mujer como el niño es el que se le da a los objetos de comercio, es decir, esta práctica supone tratar a las personas (mujer gestante y menor) como meras cosas, se les mercantiliza. *“Por ello al entrar la mujer gestante y el niño en el tráfico mercantil, se permite, a su vez, que determinados intermediarios lleven a cabo negocios con las mujeres y con los niños, que se lucren por ello.”*<sup>69</sup>

2-La discriminación económica, al entenderse que este tipo de procesos está destinado sólo a aquellas personas con un poder adquisitivo elevado, ya que *“es una técnica de alto coste económico que sólo está al alcance de unos pocos ciudadanos que se lo pueden permitir.”*<sup>70</sup>

3-El fraude, aquí hacen referencia al “Forum Shopping”, en el sentido en que *“los particulares han llevado a cabo una colocación artificial del supuesto en un país extranjero para huir del Derecho imperativo español, en concreto de la regla de la*

---

<sup>69</sup> CALVO CARAVACA Luis Alfonso, CARRASCOSA GONZÁLEZ Javier, op.cit.pp72.

<sup>70</sup> Id.pp 73.

*prohibición de los contratos de gestación por sustitución y de regla de la filiación materna en favor de la mujer que da a luz en estos casos. Según el TS, el orden público internacional “español” se ve afectado por el movimiento estratégico internacional realizado por los particulares. Existe un Forum Shopping fraudulento practicado por éstos y el modo de castigar dicho comportamiento es negar los efectos legales en España de la decisión jurídica obtenida de modo artificial en el extranjero por los particulares (STS 6 febrero 2014, FD 3.7).”<sup>71</sup>*

Otro de los valores importantes en los que se sustenta la resolución del TS es en la especial importancia que tiene la protección del “interés del menor” en nuestro ordenamiento jurídico

Por ello determina que *“el derecho de los menores a su vida privada comprende el derecho de los mismos a tener una identidad personal única. Pues bien, según el TS, no se infringe el derecho de los menores a su identidad personal porque tales menores no están vinculados con los EE.UU. No hay que respetar una identidad que los menores tienen en el Derecho de los EE.UU. porque su vinculación con los EE.UU es artificial, puramente anecdótica, postiza, cosmética, puramente aparente y no verdadera. De esa manera, dice el TS, “[no existe un riesgo real de vulneración de una identidad única”, porque, para el TS, la identidad personal que los menores tienen en EE.UU. carece de importancia, ya que es, en realidad, una identidad falsa, artificiosa, aparente, porque si fuera verdadera habría que respetarla (STS 6 febrero 2014, FD 5.9).”<sup>72</sup>*

*“Expresa el TS que, al denegar los efectos legales en España de la certificación registral extranjera que recoge la filiación de los niños, se produce una injerencia en el derecho a la vida privada y familiar reconocido en el art. 8 CEDH <sup>73</sup>. Sin embargo, según el TS, dicha injerencia está amparada por el propio art. 8.2 CEDH. Es una “injerencia permitida” porque está prevista en la ley, y con la Ley se protege el propio interés del menor, tal como es concebido por el ordenamiento jurídico, así como la*

---

<sup>71</sup> Id.pp 73.

<sup>72</sup> Id.pp 75.

<sup>73</sup> Convenio Europeo de Derechos Humanos en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1979-24010> . (última revisión 3/05/2022).

*dignidad e integridad moral de la mujer gestante, se evita la explotación las mujeres jóvenes gestantes en situación de pobreza, y se impedir la mercantilización de la gestación y de la filiación (STS 6 febrero 2014, FD 5.10) ”<sup>74</sup>*

No obstante, en esta misma sentencia se identifican ciertos errores que comete el TS al afirmar que la certificación registral extranjera vulnera el orden público internacional español

*1- “El primer error corresponde a la valoración que hace en torno al interés superior del menor Ya que sitúa otros intereses por encima de este*

*2-El segundo error se refleja en la mala solución que ofrece para que los menores no queden desprotegidos, pues para ello propone que los menores sean adoptados por los comitentes, esta “solución” daña los derechos de los menores.”<sup>75</sup>*

En 2019, la DGRN vuelve a retomar esta materia y dicta la Instrucción de 14 de febrero de 2019 <sup>76</sup> que, como ya dice Gonzalo Muñoz Rodrigo “*iba un paso más allá y permitía, por medio de un trámite registral de reconocimiento, inscribir la filiación paterna en favor del comitente español si éste aportaba como medio complementario de acreditación una prueba de ADN, que indicase indubitadamente la realidad de esa filiación paterna biológica, ya no era necesario conseguir una sentencia firme extranjera que acreditase la filiación de los comitentes que habían recurrido a la gestación por sustitución, sino sencillamente iniciar un trámite administrativo en el propio Registro Civil Consular de reconocimiento extrajudicial de la paternidad. Como señalaba la Instrucción en su directriz segunda: “En caso de que la certificación registral extranjera, o en la declaración y certificación médica del nacimiento del menor, conste la identidad de la madre gestante, siendo esta extranjera y habiendo ocurrido el nacimiento en el extranjero, la competencia del Registro Civil español para practicar la inscripción de dicho nacimiento requiere que se acredite la filiación del menor respecto de un progenitor español (...)*”. Pudiendo acreditarla de dos formas: “*bien mediante sentencia firme recaída en un procedimiento de filiación,*

---

<sup>74</sup> CALVO CARAVACA Luis Alfonso, CARRASCOSA GONZÁLEZ Javier, op.cit. pp 75

<sup>75</sup> CALVO CARAVACA Luis Alfonso, CARRASCOSA GONZÁLEZ Javier, op.cit. pp 76

<sup>76</sup> Instrucción de la DGRN de 14 de febrero de 2019 en: <https://www.elindependiente.com/wp-content/uploads/2019/07/instrucción-14-febrero-2019.pdf>. (Última revisión 3/05/2022)

*conforme a los artículos 764 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 10.3 de la Ley sobre técnicas de reproducción humana asistida, o”, y este supuesto es el más interesante, “bien mediante el reconocimiento del padre en cualquiera de las formas establecidas en el Código civil y cumpliendo los requisitos previstos en cada caso para la plena validez y eficacia de dicho reconocimiento”.<sup>77</sup>*

El mismo autor, considera que en dicha instrucción se requerirá, en caso de estar casada la madre gestante, el consentimiento expreso tanto de ella como del marido, pues éste será sobre el que se aplique la presunción de paternidad.

Pues bien, volviendo a que *“la propia Instrucción, exige como complemento para garantizar que quién dice ser padre verdaderamente lo es y, por supuesto, prevenir cualquier supuesto de tráfico internacional de menores, una prueba de ADN, que se habrá de realizar y acreditar con plenas garantías médicas y jurídicas. Finalmente, añade que, si se pretende determinar la filiación materna respecto de la mujer comitente que fuera cónyuge o una pareja unida por análoga relación de afectividad a la conyugal del varón comitente, o bien respecto del marido o pareja masculina unido con el padre cuya filiación ha quedado inscrita, será preciso acudir a un procedimiento de adopción del menor, tramitado en España, con todos los requisitos que para ello exige el art. 177 del Código Civil”*.<sup>78</sup>

En la directriz tercera de la Instrucción da cobertura *“a aquellos casos en que la ley extranjera aplicable, conforme al artículo 9.4 del Código Civil español, determine en virtud de un contrato de gestación por sustitución la maternidad únicamente a favor de una mujer distinta de la que ha gestado, por sí sola o bien estando unida a otra mujer en matrimonio o en pareja unida por análoga relación de afectividad a la conyugal”*. Para ello da una solución un tanto alambicada y que, a su vez, supone saltarse las normas legales de determinación de la filiación. En concreto, indica que *“ante la eventualidad de que el menor quede desprotegido al no hacerse cargo del mismo la madre gestante, acreditada mediante la correspondiente declaración de esta (lo que en principio podría deducirse de los términos en que haya quedado*

---

<sup>77</sup> MUÑOZ RODRIGO, Gonzalo, cit.op. pp. 728

<sup>78</sup> Id. pp. 729

*formalizado el contrato de gestación subrogada), debe buscarse una solución que tutele de manera efectiva los intereses preferentes de ese menor, ante una eventual situación de abandono e institucionalización en alguna entidad de protección de menores del país donde ha nacido. A ello debe preferirse siempre su integración en su familia biológica.” Entonces, establece que una vez acreditada la situación anterior, “si la comitente presentara algún vínculo genético con el nacido/a por haber aportado su óvulo para la fecundación, será aplicable analógicamente lo previsto en el artículo 10.3 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, en los términos antes expresados respecto de la filiación paterna, a efectos de poder reconocer e inscribir en el Registro Civil español la filiación materna a favor de la mujer cuyo material genético hubiere sido empleado en la formación del pre embrión transferido a la madre gestante”.<sup>79</sup>*

Tras esta última Instrucción, exactamente cuatro días después , la DGRN vuelve. a manifestarse con una nueva Instrucción el 18 de febrero de 2019<sup>80</sup> que deroga, deja sin efecto, anula la Instrucción de 14 de febrero de 2019 con la intención de volver a implantar el régimen de la Instrucción de 5 de octubre de 2010.

Sin embargo, “*el escenario con el que nos encontramos tampoco es que sea la panacea, porque, aunque se vuelva a requerir una sentencia judicial extranjera, el resultado es casi idéntico. Puesto que, igualmente, es posible introducir en España una filiación que ha sido fruto de la gestación por sustitución en favor de los comitentes.*

*Al final, la exigencia de una sentencia judicial simplemente es un método más garantista, que pretende, en todo caso, asegurar que la mujer gestante haya consentido someterse al proceso de maternidad subrogada y no recaiga sobre ella ningún tipo de error, violencia, engaño o intimidación. Así como, que no se pretenda encubrir un supuesto de tráfico internacional de menores. Pero, evidentemente, todo esto no quita que la Instrucción esté creando una especie de salvoconducto para sortear la legislación española. No debemos olvidar que, en materia de*

---

<sup>79</sup> MUÑOZ RODRIGO, Gonzalo, cit.op. pp. 730

<sup>80</sup> Instrucción de la DGRN de 18 de febrero de 2019 en: [https://www.boe.es/diario\\_boe/txt.php?id=BOE-A-2019-2367](https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2019-2367) (ultima revisión 3/05/2022)

*reconocimiento internacional de sentencias extranjeras, el art. 46.1 de la Ley de Cooperación Jurídica Internacional señala que: “Las resoluciones judiciales extranjeras firmes no se reconocerán: a) Cuando fueran contrarias al orden público”. Dicho de otro modo, no se puede dar validez y eficacia en España a un contrato que según nuestra legislación es nulo, entre otras razones, por atentar contra la dignidad de la mujer. Entendemos, la coexistencia del art. 10.1 LTRHA y la Instrucción de 5 de octubre de 2010, encierra una profunda hipocresía por parte de la DGRN, y no solo eso, sino también una absoluta omisión del sistema de fuentes y jerarquía normativa.”<sup>81</sup>*

*Siguiendo el razonamiento lógico que parece hacer la DGRN, aunque en España se considere ilegal la gestación por sustitución, si acudes a un país extranjero dónde sí sea legal, puedes con cierta facilidad obtener el reconocimiento de una filiación prohibida en España. Lo que, en definitiva, nos lleva al escenario que ya nos advertía la STS 6 febrero 2014, el establecimiento de una “ciudadanía censitaria”. Mientras que cada vez es más difícil formar una familia o conseguir estabilidad económica a los jóvenes, otros piden hijos por encargo a países más pobres, convirtiendo el acceso a la maternidad o la paternidad en un lujo al alcance de solo unos pocos”.<sup>82</sup>*

### **6.3.2. GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN EN EL DERECHO INTERNACIONAL**

Al igual que como hemos visto en España, Henar Álvarez afirma que “esta prohibición se recoge también en la mayoría de los países de nuestro entorno, como es el caso de Bélgica, Alemania, Suecia, Suiza, Italia, Austria o Francia. En otros países la gestación subrogada se permite expresamente, en unos casos de forma amplia, como es el caso de India, Rusia, Georgia, Ucrania y algunos estados de EE.UU., mientras que en otros, de una manera más restrictiva, sólo se permite cuando la gestación por sustitución reviste el carácter de altruista y cumple unos requisitos muy estrictos, que pueden ser exigidos antes de la celebración del acuerdo de gestación (Israel, Grecia

---

<sup>81</sup> MUÑOZ RODRIGO, Gonzalo, op.cit. pp. 729

<sup>82</sup> Id. pp. 731

*o Portugal), o después del parto, transfiriéndose la filiación de la gestante a favor de los comitentes (Reino Unido)”<sup>83</sup>.*

Es por ello por lo que dedicaremos este punto a analizar la legislación de ciertos países respecto a la gestación subrogada, para comprobar esa diversidad de opiniones y legislaciones en relación con una misma táctica, en todo el mundo.

Por un lado, analizare la perspectiva de quienes permiten la práctica de la gestación subrogada, empezando por Portugal, Henar Álvarez comenta *“Por la proximidad geográfica y por lo reciente de su regulación, cabe destacar el caso de Portugal, que regula la gestación por sustitución de manera gratuita, y donde solo se permite por razones médicas (ausencia de útero o enfermedad que impida la gestación). Se trata de la Ley 25/2016, de 22 de agosto<sup>84</sup>, que contiene algunas disposiciones muy cuestionables, pues lo permite solo para parejas heterosexuales o para homosexuales femeninas, lo cual es un claro caso de discriminación y se recurrió ante el TC portugués, pues es una discriminación injustificada que no se permita recurrir a este tipo de gestación a los varones”. “Asimismo, conviene destacar que, a diferencia de lo que sucede en otros ordenamientos jurídicos en los que también se permite la gestación por sustitución, en el derecho portugués es necesario que se aporte material genético de al menos uno de los padres.”<sup>85</sup>*

A continuación, el caso del estado por excelencia donde por desgracia actualmente existe un conflicto bélico, Ucrania. En este estado nos encontramos ante una práctica con fines comerciales, no altruistas. Tal y como manifiesta Rosa Verónica Esparza Pérez, Ucrania se coloca *“como un destino al que miles de parejas con problemas de infertilidad se trasladan para celebrar este tipo de acuerdos.”<sup>86</sup>*

En julio de 2018 se presentó una iniciativa para prohibir el acceso a procedimientos de reproducción asistida a extranjeros, a menos que sean residentes permanentes en Ucrania. Esta iniciativa se propuso a raíz de un escándalo a nivel mundial en el que la

---

<sup>83</sup> ÁLVAREZ ÁLVAREZ Henar, op.cit..89

<sup>84</sup> Ley 25/2016, de 22 de agosto en: <https://dre.pt/dre/detalhe/lei/25-2016-75177806>. (Última revisión 3/05/2022)

<sup>85</sup> ÁLVAREZ ÁLVAREZ Henar, op.cit. pp.89-90

<sup>86</sup> ESPARZA PÉREZ Rosa, op.cit. pp.115

principal agencia para contratación de servicios de gestación subrogada en ese país fue acusada de la comisión de los delitos de tráfico de personas y falsificación de documentos. Actualmente, en Ucrania, el marco normativo para el acceso a TRHA está determinado por los siguientes ordenamientos:

1-El Código Civil.

2-El Código de la Familia, en su art. 123.2 que determina que, si un embrión fertilizado con gametos provenientes de los cónyuges como resultado de TRHA se implanta en el útero de otra mujer, los cónyuges serán los padres legales del niño. En el registro civil no figuran los datos de la gestante sustituta.

3-El Registro de Actos del Estado Civil y la Orden del Ministerio de Salud núm. 787 “*Sobre la aprobación del procedimiento de uso de tecnologías de reproducción asistida*”.<sup>87</sup>

Para poder celebrar un acuerdo, los padres intencionales deberán estar casados o en una relación similar; además, el embrión deberá generarse con gametos de, al menos, uno de los padres de intención. La gestante no podrá aportar sus gametos para fertilizar el embrión.<sup>88</sup>

En 2009, un tribunal en Ucrania resolvió el caso de una pareja que recurrió a la gestación subrogada utilizando sus propios gametos. La gestante dio su consentimiento para participar en el acuerdo; sin embargo, después del nacimiento, registró a los niños como propios y se negó a entregarlos a los padres intencionales. El tribunal resolvió que la gestante no podía aparecer en el registro de nacimiento como la madre legal y agregó que, independientemente del periodo de permanencia del niño con la gestante, los niños tenían derecho a residir con sus padres biológicos”.<sup>89</sup>

---

<sup>87</sup> ESPARZA PÉREZ Rosa, op.cit. pp.116

<sup>88</sup> Id. pp.117

<sup>89</sup> Id. pp.117

Por otra parte, el Código de la Familia regula el procedimiento para determinar la paternidad legal a partir del nacimiento. Los requisitos para poder celebrar un acuerdo de gestación subrogada son, entre otros, los siguientes:

- 1-las TRHA se aplican de acuerdo con las indicaciones médicas
- 2-los padres de intención y la gestante deberán ser mayores de edad
- 3-“La mujer gestante debió haber dado previamente a luz a un niño sano, y debe existir ausencia de contraindicaciones médicas”.<sup>90</sup>

Por otro lado, aquellos estados europeos que reniegan de esta práctica, empezando por uno de los pioneros en la prohibición de la misma, Alemania. Así lo refleja “*la ley alemana de protección del embrión 745/90 del 13/12/90, en su art. 1, referido a la utilización abusiva de las técnicas de reproducción, que dice establece que será sancionado con pena privativa de libertad hasta de tres años o de una multa quien: 1) Procediera a transferir a una mujer el óvulo de otra; 2) Fecundara artificialmente un óvulo con fines distintos que los de iniciar un embarazo en la mujer de quien proviene el óvulo; (...); 7) Fecundara artificialmente o transfiriera un embrión a una mujer dispuesta a entregar el niño a terceros luego de su nacimiento*». La gestación subrogada está absolutamente prohibida. Las autoridades alemanas son, además, rigurosas con los intentos de regularizar a bebés nacidos fuera de su territorio. Un caso de referencia es el de los gemelos Balaz, que tras dos años de litigio tuvieron que ser adoptados por su padre genético por ser su origen una gestación subrogada comercial en India”<sup>91</sup>

Continuando con el caso de Suecia, que es relativamente reciente, en 2016, una comisión gubernamental sueca presentó un informe en el que concluía que la maternidad subrogada no debe legalizarse en Suecia en ninguna de sus formas (altruista o comercial). Este informe llamado Wendel<sup>92</sup>, reconoce que no se puede garantizar el altruismo frente a una demanda mercantil creciente y a presiones diversas,

---

<sup>90</sup> Id. pp.119

<sup>91</sup> GUERRA PALMERO, María José “Contra la llamada gestación subrogada. Derechos humanos y justicia global versus bioética neoliberal”, *Gac Sanit.* 2017;31(6):536.

<sup>92</sup>Referencia al informe Wendel en: <https://stopvientesdealquiler.wordpress.com/2018/02/26/suecia-reitera-su-rechazo-a-la-maternidad-subrogada/> (última revisión 3/05/2022).

se recomendó que la gestación subrogada quedará prohibida. “Las razones por las cuales la ley prohíbe el uso de los servicios de madres subrogada en Suecia son :

- la explotación de mujer (gestante),
- se considera como tráfico de niños,
- riesgo para la salud de una mujer (asociado con FIV, embarazo y parto),
- riesgo para la salud del bebé,
- debates legales y sociales.

*La única opción para las parejas infértiles que necesitan servicios de la madre gestante, es viajar a un país donde la subrogación es legal. Los documentos de un niño nacido en otro país por la madre gestante, en Estocolmo y otras ciudades suecas pueden ser formalizados de forma absolutamente legal. Este proceso es parecido a la adopción del niño con la ciudadanía de otro país, en que la recogida del paquete de documentos puede llevar meses. Las parejas sin hijos a menudo están obligadas a viajar al extranjero para resolver el problema de la infertilidad”.*<sup>93</sup>

Para estos fines, los suecos suelen elegir Ucrania, debido a las facilidades que mencionamos cuando detallamos la regulación en dicho estado y además del bajo coste que supone en relación con otros países.

### **6.3.3. POSICIÓN DEL TEDH RESPECTO A LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN**

Olaya Godoy Vázquez señala que “el TEDH comienza recordando que para garantizar el derecho al respeto a la vida familiar, el artículo 8 del CEDH presupone la existencia de una familia, pudiendo ser los vínculos familiares de facto; algo que a juicio del TEDH se cumple a todas luces en los asuntos Mennesson y Labassee. Asimismo, señala que “el derecho a la identidad, que incluye la filiación, forma parte integral del derecho a la vida privada”, y aprecia la existencia de una relación directa

---

<sup>93</sup> Agencia de Gestación Subrogada Vitoria Vitta en : <https://vittoriavita.com/spa/maternidad-subrogada-en-suecia/>( ultima revisión 3/05/2022)

*entre la vida privada de los niños nacidos de una gestación por sustitución y la determinación jurídica de su filiación”<sup>94</sup>*

Por su parte, Juan María Díaz Fraile detalla que *“la posición del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos ha experimentado una sensible deriva al resolver el caso Paradiso y Campaneli, en la célebre Sentencia “Gran Sala” 24 enero 2017. Puesto que revocó la anterior Sentencia de 27 de enero de 2015 que había condenado a Italia por atentar contra el art. 8 del CEDH. La Sala consideró que la negativa a inscribir al menor fruto de la maternidad subrogada no violaba el derecho a la “vida familiar”. En primer lugar, porque no podemos considerar que hubiese vida familiar, ya fuere por la inexistencia de vínculos biológicos con los comitentes, como por la corta relación que habían mantenido de apenas unos meses. En segundo lugar, porque si bien es cierto que se había producido una injerencia estatal en la vida privada de los demandantes, dicha intromisión es legítima, ya que responde al ejercicio de la autoridad estatal en la materia, por ser el Estado Italiano exclusivamente competente para determinar que la filiación se forma, únicamente, a través del vínculo biológico o la adopción legal”<sup>95</sup>*

Gonzalo Muñoz manifiesta que *“el TEDH ha publicado una opinión no vinculante sobre la materia. En ese sentido, el 10 de abril de 2019 a instancia de Francia estableció que los países deben garantizar que la madre intencional pueda convertirse en la madre legal del menor, por respeto a lo regulado en el art. 8 de la CEDH. Si bien considera que no es posible exigir a los países que establezcan dicho reconocimiento a través de un trámite de inscripción registral. Por tanto, sería conforme a la interpretación del TEDH la posibilidad que da la legislación española de adopción legal por parte de la madre comitente.*

*Eso sí, el TEDH afirma que el reconocimiento de la filiación se debe implementar de manera rápida y efectiva. Tal vez, en este controvertido asunto en el término medio esté la virtud, por ello veo muy interesante la solución que ha propuesto Portugal*

---

<sup>94</sup> GODOY VAZQUEZ Olaya, “La gestación subrogada en la jurisprudencia del TEDH, TJUE Y Tribunal Supremo”; Anuario de la Facultad de Derecho de la UEx, No 34 (2018). ISSN 0213-988X pp. 120

<sup>95</sup> DÍAZ FRAILE, Juan; op.cit. pp. 70

*sobre esta cuestión que ha introducido la gestación por sustitución, pero solo de forma excepcional, en los casos en los que por ausencia de útero o cualquier otro problema médico la mujer no tenga la posibilidad de quedarse embarazada. Además, el contrato deberá ser necesariamente gratuito y al menos, utilizarse el gameto de alguno de los comitentes. Todos aquellos contratos que no cumplan los requisitos anteriores serán nulos, incluso se prevén sanciones penales para quiénes los lleven a término. En particular, sí se podrán compensar los gastos médicos y para garantizar la plena autonomía de la madre gestante, el contrato no podrá celebrarse cuando exista una relación de dependencia entre las partes, ya sea laboral o de prestación de servicios”.*<sup>96</sup>

---

<sup>96</sup> MUÑOZ RODRIGO, Gonzalo op.cit. pp. 732-733

## 7.CONCLUSIONES

PRIMERA-. El tratamiento de la homosexualidad por parte de la sociedad, las instituciones e incluso el sistema legal ha sufrido profundos cambios en los últimos años. A lo largo de las décadas se ha pasado de identificar a los homosexuales como perversos, depravados o delincuentes, e incluso criminalizar la conducta homosexual, a prohibir el trato discriminatorio hacia ellos y protegiendo sus derechos.

SEGUNDA-. En cuanto a los modelos familiares (heteroparentales, monoparentales y homoparentales), sabemos que el concepto de familia históricamente definido como una familia en la que debe existir la imagen de la madre y el padre se ha desarrollado también que hoy en día, todo tipo de familias conviven en nuestra sociedad sin inconvenientes, y con el tiempo incluso han surgido nuevos conceptos de familia.

TERCERA-. Tras años de aceptación y despenalización de la homosexualidad, se ha consolidado la llamada “prohibición de la discriminación por orientación sexual”, por la que se exige la igualdad de trato independientemente de la orientación sexual de cada individuo. Por tanto, además de la igualdad de trato en los más diversos campos, es necesario reconocer ciertos derechos antes reservados a los heterosexuales. Hoy, gracias en gran parte al trabajo del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, se reconoce y protege el derecho de gays y lesbianas a formar una familia en pareja y adoptar un hijo. Además, en cuanto al derecho al matrimonio, aunque este derecho no ha sido reconocido a nivel europeo en su totalidad, se respeta la independencia legislativa de cada país, y aunque varios países europeos han ratificado el derecho al matrimonio entre personas del mismo sexo, otros han reconocido la realidad utilizando otras formas alternativas al matrimonio, las uniones civiles.

CUARTA-. A lo largo del presente trabajo se ha expuesto la que la descendencia de homoparental se configura como una institución jurídica a través de la cual un menor no emancipado que se encuentra en situación de desamparo puede integrarse en un núcleo familiar en el que tiene una familia, compuesta en este caso por dos personas del mismo sexo. Esto se permite en nuestro país a partir de la entrada en vigor de la Ley 13/2005, de 1 de julio por la que se modifica el Código Civil, esta principalmente

equipara el matrimonio homosexual al heterosexual, pero además permite los demás derechos que esto conlleva como es la adopción.

QUINTA-. En cuanto a la regulación jurídica hemos visto gracias a la reforma introducida en 2005, la adopción se establece en el Código Civil en los arts. 175 al 180. Sin embargo, se prevé con anterioridad en el Derecho foral del País Vasco, Navarra y Aragón.

SEXTA-. Asimismo, hemos podido constatar en la jurisprudencia analizada distintos avances, por un lado, en la Sentencia del Tribunal Constitucional de 6 de noviembre de 2012 el TC ha estimado la legalidad y protección total de la adopción del modelo de familia homoparental por parte de la Constitución española y por el otro, en la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Sala 2a de 22 de enero de 2008, la confirmación de que la orientación sexual no se puede considerar un factor para poder negar a una persona la adopción, puesto esto supone una vulneración de los derechos a la vida personal y privada y al principio de no discriminación.

SEPTIMA-. De forma resumida hemos analizado los distintos tipos de adopción existentes (unipersonal, conjunta e internacional) y por ello sabemos que la que presenta un mayor número de obstáculos a la hora de su práctica es la adopción homoparental internacional, puesto todavía a día de hoy existen muchos países de origen de los niños no permiten a las parejas homosexuales adoptar a un menor de edad.

OCTAVA-. Aunque en muchas ocasiones los procesos adoptivos busquen culminar un deseo a ser padres, no debe ser esta la cuestión que centre o dirija dicha materia. No existe, como tal, un derecho a ser padres; ni tampoco puede ser esta la razón o el argumento que motive una solicitud de adopción. El proceso adoptivo debe ser identificado como un derecho única y exclusivamente del menor, tal y como establece la Declaración de los Derechos del Niño (1989) en su artículo 21.

NOVENA-. El Real Decreto por el que se desarrolla el reglamento de adopción internacional podría suponer al fin, la mejora de la centralización y homogeneización de las competencias de la AGE y CCAA. Con este propósito, añade transparencia al

procedimiento y funcionamiento de las OAAIs, alejando la posibilidad de prácticas fraudulentas y la movilidad interregional por conveniencia.

DECIMA-. La llegada de la Ley 54/2007 fue una noticia positiva para el panorama del derecho internacional privado español, sin embargo, como se ha desarrollado a lo largo del trabajo su aspecto más problemático ha sido la delimitación competencial, ya que la mayoría de las adopciones internacionales se constituyen ante autoridad extranjera. Por ello en el 2015 se reforman estos aspectos de la misma, consiguiendo una mayor eficiencia en los procedimientos a seguir y favoreciendo el interés del menor.

UNDÉCIMA-. La gestación subrogada o gestación por sustitución tiene un trato y concepción diferente en cada estado y conforme a ello, se procede a su regulación, pues incluso en países en los que dicha práctica se permite, las normas no son iguales, pueden ser procesos tanto altruistas como comerciales, todo radica en la idea moral que se tiene al realizar la legislación, por ello dependiendo de cómo califique moralmente el estado esta técnica de reproducción asistida desarrollará su regulación; estos países (que permiten la gestación subrogada) tienen en común la convicción de que mediante esta práctica lo que se hace es defender el derecho a la maternidad o paternidad de las personas que por cualquier circunstancia no consiguen tener hijos naturalmente. Sin embargo, a la hora de llevar a cabo una gestación por sustitución es innegable que estamos ante un contrato y como todo contrato consta de mínimo dos partes, situándose por un lado los comitentes (quienes “solicitan” el hijo) mientras que del otro lado nos encontramos con la mujer gestante; y aquí es donde surge el problema o debate, que condiciona la forma de legislar de cada país.

DUODECIMA-. Los debates que plantea la doctrina y la jurisprudencia respecto al interés del menor se basan fundamentalmente en la filiación, a quien pertenece realmente en hijo, pero deja de lado el vínculo sentimental tan fuerte que se genera entre la gestante y el niño, porque independientemente de lo que diga un papel, la mujer gestante, será la madre en todo aspecto biológico.

DECIMOTERCERA-. Tras haber observado la evolución que ha tenido esta práctica en nuestro país, y que el cinismo que denota la regulación de esta a lo largo de los años resulta personalmente indignante; con esto hago referencia a que, a pesar de que

España, como aquellos países que prohíben esta técnica, se apoyan en la defensa al derecho a la dignidad y el interés superior del menor y así lo plasman claramente en la Ley 14/2006, de 26 de mayo de técnicas de reproducción asistida, las Instrucciones de la DGRN permiten que los ciudadanos españoles vayan a realizar este tipo de contratos en el extranjero, sin ningún tipo de sanción, al contrario, los reconocen; es decir, España no lo hace, pero si lo hace otro lo acepta. Si bien los convenios internacionales y las disposiciones legales declaran.

DECIMOCUARTA-. La pretensión española de declarar la gestación subrogada, una vez más, contraria al orden público español es completamente ineficaz. La realidad es que las agencias de intermediación actúan y se publicitan libremente en España, sin ningún tipo de prohibición ni consecuencia, y que el niño nacido en el extranjero fruto de una gestación subrogada comercial acaba entrando en España y finalmente integrado de manera estable en un núcleo familiar de facto.

## **8. REFLEXIÓN FINAL**

El trabajo de investigación y sinterización que ha supuesto esta tarea encomendada para culminar los estudios de grado en derecho han sido claramente positivos para mis aptitudes académicas. La elección del tema como ya he mencionado ha sido motivada por un interés innato en las cuestiones relativas al derecho de familia, y en concreto en el ámbito internacional.

Mi familia es un supuesto claro de derecho internacional privado, madre francesa, padre español (vasco, por lo que se añade la existencia de foros de vecindad civil foral) residentes en España, dos hijos españoles, a fin de cuentas, un escenario familiar propicio para que el derecho internacional familiar sea mi pasión.

El enfoque hacia las adopciones homoparentales, digamos que tiene una razón de ser, y es que, sí, soy parte del colectivo LGTBQ+, y orgulloso de estar en una sociedad donde esto pueda ser escrito sin ser censurado o penado por ello.

Gracias a este trabajo he podido profundizar en aquellas dudas que, con toda seguridad el Iker del futuro tendrá a la hora de formar una familia, pero por ahora lo analizo desde la teoría.

La discriminación sufrida vía ordenamiento jurídico internacional y español en el ámbito familiar a las parejas homosexuales (tanto en el matrimonio, en la adopción, como en la gestación subrogada) eran unas cuestiones totalmente ajenas a mí. Ahora, por suerte, eso ha cambiado.

Aunque sea prácticamente imposible condensar todo el contenido relativo a la descendencia de este nuevo modelo de familia en un desarrollo de unas cincuenta páginas, el trabajo que ha habido detrás me ha llevado a leer, buscar, comparar y verificar informaciones que poco a poco han ido formando parte de mi conocimiento.

A lo largo del trabajo lo he mencionado, y lamentablemente, es un dato conocido por todos; las personas homosexuales, por el factor de la orientación sexual han sufrido una censura impuesta por siglos, y aun a día de hoy hay mucho camino por recorrer en el plano internacional para reconocer que se trata de una forma familiar y de conexión humana paralela a la heterosexual clásica.

Estoy seguro de que en el futuro seré una persona mucho más pendiente de la actualidad referida a como los estados más cercanos en el plano internacional reconocen la realidad de millones de personas. Me encantará saber que los procedimientos avanzan, y que cada vez más niños llegan a tener una familia.

Por todo ello, no puedo dejar de agradecer a mi tutor, el profesor Juan Manuel Velázquez Gardeta, a la profesora que me impartió una de mis asignaturas favoritas, Derecho Internacional Privado I, y despertó en mi esta pasión por la asignatura, la profesora Nerea Magallón Elósegui, y finalmente a mi apoyo incondicional a lo largo de estos cuatro años de grado, la razón por la que ir a las clases aburridas o de no ir (para aprovechar el tiempo en una cafetería, estudiando por supuesto), el grupo de mis cuatro amigos, Nerea Santano Martínez, Félix Lobo Yubero, Genesis Sangoquiza Cordonez e Maitane Braceras Villar, y por que no también, a la Universidad de País Vasco, no por ponérmelo fácil desde luego, pero bueno al final esa es la gracia de la universidad, no pasar de puntillas.

## 9.BIBLIOGRAFIA

### LEGISLACIÓN EXTRANJERA

- 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 («BOE» núm. 182, de 1 de agosto de 1995, páginas 23447 a 23454).
- Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950. Ratificado por España el 26 de septiembre de 1979. Boletín Oficial del Estado núm. 243/1979, de 10 de octubre, pp. 23564 a 23570.
- Unión Europea, Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, 26 Octubre 2012, disponible en esta dirección: <https://www.refworld.org/es/docid/5c6c40d04.html>
- Unión Europea. Tratado de la Unión Europea, firmado en Maastricht el 7 de febrero de 1992. Diario Oficial de las Comunidades Europeas, 29 de julio de 1992, núm. 191, pp. 1-112.
- Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño del 20 de Noviembre de 1989 («BOE» núm. 313, de 31 de diciembre de 1990).
- Ley D/341-H-ML, 372/1989, sobre las uniones registradas. (Dinamarca)
- Ley 40/1993, sobre uniones registradas. (Noruega)
- Ley 1117/1994, sobre las uniones registradas. (Suecia)
- Ley 87/1996, sobre las uniones homologadas. (Islandia)
- Ley 950/2001, que entro en vigor en marzo del año siguiente. (Finlandia)
- Ley 99-994, sobre el pacto civil de solidaridad (PACS) (Francia)
- Ley 266/2001, “Die verfassungsrechtliche Gewährleistung der Ehe im Wandel des Zeitgeiste” (Alemania)
- Ley 135/1999 y Ley 6/2001 y 7/2001. (Portugal)
- Ley 4946/2004, sobre el partenariado. (Luxemburgo)
- Ley la *Lebenspartnerschaft* (unión civil), aprobada el 10 de diciembre de 2009 y entrada en vigor en enero del año siguiente. (Austria)
- Ley 53/2008, en vigor desde el año siguiente, que ha abrogado la regulación de las uniones registradas. (Noruega)

- Ley 260/2009, que ha abrogado el régimen anterior de uniones registradas. (Suecia)
- Ley Junio de 2010, sobre el matrimonio neutral que ha abrogado el sistema anterior. (Islandia)
- Ley 25/2016, de 22 de agosto en: <https://dre.pt/dre/detalhe/lei/25-2016-75177806>. (Última revisión 3/05/2022)

## LEGISLACIÓN NACIONAL

- Constitución Española. Boletín Oficial del Estado, 29 de diciembre de 1978, núm. 311, pp. 29313 a 29424
- Ley 54/2007, de 28 de Diciembre, de Adopción internacional (BOE 29 de Diciembre de 2007. Vigente hasta el 18 de agosto de 2015).
- Ley Orgánica 1/1996, De 15 De Enero, De Protección Jurídica Del Menor, De Modificación Del Código Civil Y De La Ley De Enjuiciamiento Civil («BOE» 17 de enero de 1996. Vigente hasta el 30 de Diciembre de 2007).
- Real Decreto 165/2019, de 22 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de Adopción internacional («BOE» núm. 81, de 4 de abril de 2019).
- Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil.
- Ley Orgánica 6/1987, de 11 de noviembre por la que se modifica la sección III del capítulo 4º, título XIII del libro II del Código Penal, BOE núm.275 de 17 de noviembre de 1987.
- Ley 11/1990, de 15 de octubre, sobre reforma del Código Civil, en aplicación del principio de no discriminación por razón de sexo, BOE núm.250 de 18 de octubre de 1990.
- Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero; de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil. BOE núm.15 de 17 de enero de 1996.
- Ley 14/2006,de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción asistida en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2006-9292>. (Última consulta 02/05/2022)

## JURISPRUDENCIA

- STEDH 21 de diciembre de 1999, Asunto Salgueiro Da Mouta Silva contra Portugal.
- STEDH Sala 2a , 22 de enero de 2008.
- STC Pleno de 6 de noviembre de 2012.
- STS Sala de lo Civil, Sentencia 31 Marzo 2022
- *Cour constitutionnelle, Arrêt du 25 janvier 1995.*
- *Maruko vs. Versorgungsanstalt der deutschen Bühnen*, caso c-267/06, 2008
- *Römer vs. Freie und Hansestadt Hamburg*, caso c-147/08, 2011.

## DOCTRINA ADMINISTRATIVA

- Instrucción de la DGRN de 5 octubre 2010 sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución en: [https://www.boe.es/diario\\_boe/txt.php?id=BOE-A-2010-15317](https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2010-15317) (Última revisión 3/05/2022).
- Instrucción de la DGRN de 14 de febrero de 2019 <https://www.elindependiente.com/wp-content/uploads/2019/07/instrucción-14-febrero-2019.pdf>. (Última revisión 3/05/2022)
- Instrucción de la DGRN del 18 de febrero de 2019 [https://www.boe.es/diario\\_boe/txt.php?id=BOE-A-2019-2367](https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2019-2367) (última revisión 3/05/2022)

## OBRAS DOCTRINALES

A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRAS-COSA GONZÁLEZ, La Ley 54/2007 de 28 de diciembre 2007 sobre adopción internacional (Reflexiones y comentarios)”, Comares, Granada, 2008, REDI, 2008, pp. 349-351, esp. p. 349.

A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Adopción internacional”, en A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (DIRS.), Derecho internacional privado, vol. II, 8a ed., Granada, Comares, 2007, pp. 181-218.

ADROHER BIOSCA, S., “Capacidad, Idoneidad y Elección De Los Adoptantes En La Adopción Internacional: Un Reto Para El Ordenamiento Jurídico Español”, Revista Crítica de Derecho Inmobiliario (RCDI), no 701, 2007, pp.949-1004.

ADROHER BIOSCA, S., “Marco jurídico de la adopción internacional”, Asociación Española de Abogados de Familia (AESAF), Puntos Capitales de Derecho de Familia en su Dimensión Internacional,(VVAA) Dykinson, Madrid, 1999, p.103.

AGUSTÍN RUIZ, S. (2014). Necesidades infantiles y adolescentes en familias homoparentales. Un análisis desde la perspectiva de los padres y madres. Tesis doctoral. Edit. Universidad Autónoma de Madrid.

ÁLVAREZ ÁLVAREZ Henar, “Aspectos más relevantes de la gestación por subrogación”; Revista jurídica de Castilla y León núm,49, Septiembre 2019, pg 91.

ALVÁREZ GONZÁLEZ, “La Ley de adopción internacional. Reflexiones a la luz de su texto, de sus objetivos y de la comunión entre ambos”, AEDIPr, vol. VII, 2007, pp. 39-69, esp. p. 49.

BALLESTÉ, I. R. (2012). El interés superior del niño: concepto y delimitación del término. *Educatio siglo XXI*, 30(2), 89-108.

*CALVO CARAVACA Luis Alfonso, CARRASCOSA GONZÁLEZ Javier, “Gestación por sustitución y derecho internacional privado. Más allá del Tribunal Supremo y del Tribunales Europeo de Derechos Humanos” Cuadernos de Derecho Transnacional (Octubre 2015), Vol. 7, No 2, pp. 52*

CALVO CARAVACA, A. Catedrático de Derecho Internacional Privado Universidad Carlos III de Madrid, *Críticas y contracríticas en torno a la ley 54/2007 de 28 de diciembre, de adopción internacional: el ataque de los clones*, cuadernos de Derecho Transnacional (Marzo 2010), Vol. 2, No 1, pp. 73-139 ISSN 1989-4570 - [www.uc3m.es/cdt](http://www.uc3m.es/cdt)

CARLOS L. GONZALEZ ALVAREZ - Lefebvre-El Derecho, S.A.

DÍAZ FRAILE, Juan; “La gestación por sustitución ante el registro civil español”;  
Revista de Derecho Civil pp. 53-131

DÍAZ MARTÍNEZ, A. Catedrática de Derecho civil. Universidad de Santiago de Compostela, *REPRODUCCIÓN ASISTIDA Y ACCIONES JUDICIALES DE FILIACIÓN: UNA CONTROVERTIDA RELACIÓN Especial consideración de la doble maternidad, con o sin intervención de centros sanitarios autorizados.*

E.VAN DER VEEN & A.DERCKSEN, “The social situation in the Member States”,

ESPARZA PÉREZ Rosa, op.cit. pp.115

ESTRADA VÉLEZ, S. REVISTA DE DERECHO N.o 36, Barranquilla, 2011.,  
Familia, matrimonio y adopción: algunas reflexiones en defensa del derecho de las parejas del mismo sexo a constituir familia y de los menores a tenerla

GARCÍA, A., & MARTÍNEZ, P. (2005). Adopción homoparental, un nuevo modelo de familia. INFOCOP No 24.Edit. Consejo General de Colegios Oficiales de Psicólogos. España.

GODOY VAZQUEZ Olaya, “La gestación subrogada en la jurisprudencia del TEDH, TJUE Y Tribunal Supremo”; Anuario de la Facultad de Derecho de la UEx, No 34 (2018). ISSN 0213-988X pp. 120

GÓMEZ CAMPELO, E. Prof. Contratada Doctora de Derecho Internacional Privado, Facultad de Derecho de la Universidad de Burgos, *Los perfiles de la competencia judicial internacional en la ley 54/2007 de adopción internacional* 30 de noviembre de 2009.

GUERRA PALMERO, María José “Contra la llamada gestación subrogada. Derechos humanos y justicia global versus bioética neoliberal”, *Gac Sanit.* 2017;31(6):536.

J.M. ESPINAR VICENTE, “Reflexiones sobre algunas de las perplejidades que suscita la nueva regulación de la adopción internacional”, *Actualidad Civil*, núm.18, 24 octubre 2008, tomo II, versión on line ([www.laleydigital.es](http://www.laleydigital.es)).

JORQUERA JORQUERA Caridad, Diario La Ley, nº 9164, pp.201

JUÁREZ PÉREZ, P., “La adopción internacional. Un estudio legal y jurisprudencial”, Editorial Académica Española, 2012

JUÁREZ PÉREZ, P., Lección del Tema 3..., p.6.

K.WAALDIJK & A.CLAPHMAN (coords.), *op.cit.*, pgs 131 y 161, respectivamente.

LASARTE ALVAREZ C., (2016) Derecho de Familia, Principios de Derecho Civil VI, Edit. Marcial Pons, 14a Edición, Madrid.

LÓPEZ-RENDO RODRÍGUEZ, C. Madrid, Dykinson (2010).El derecho de familia. Novedades en dos perspectivas.

MARRADES PUIG Ana, “El debate sobre la gestación subrogada en España: el deseo, la dignidad y los derechos”. Revista Europea de Derechos Fundamentales 2017: 30, pg. 154

MARRADES PUIG, Ana “La gestación subrogada en el marco de la constitución española: una cuestión de derechos” , Universidad de Deusto, Vol. 65/1, Enero-Junio 2017, págs. 221

MARTÍN SÁNCHEZ, M. (2016). Los derechos de las parejas del mismo sexo en Europa. Estudio comparado *Revista Española de Derecho Constitucional*, 107, 219-253.

MUÑOZ RODRIGO, Gonzalo “La filiación y la gestación por sustitución: a propósito de las instrucciones de la DGRN de 14 y 18 de febrero de 2019”, Actualidad Jurídica Iberoamericana No 10 bis, junio 2019, pp. 727-728.

MÚRTULA LAFUENTE, V. (2022). Los efectos del contrato de gestación por sustitución en el Derecho comparado y en las propuestas de regulación en España: en torno al consentimiento de la mujer gestante y su revocabilidad. *Cuadernos de*

*Derecho Privado*, 2, pp. 134-190 (Recepción: 17/01/2022; aceptación tras revisión: 27/04/2022; publicación: 30/04/2022)

NAVAS NAVARRO, S. (2006). Matrimonio homosexual y adopción. Editorial Reus. Retrieved 2022

P. PARADELLA AREÁN, “Breve comentario a la Ley 54/2007 de adopción internacional”, *www.reei.org*, 2008, p. 2.

R. ARENAS GARCÍA / C. GONZÁLEZ BEILFUSS, “La ley 54/2007, de 28 de diciembre de adopción internacional: entre la realidad y el deseo”, *www.reei.org*, 2009 (versión on line), p. 7.

R.CHILD, “The economic situation in the Member States”

S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, “El proyecto de ley sobre adopción internacional: una crítica para sobrevivir a su explicación docente”, *Actualidad Civil*, 2007, núm. 22, pp. 2597-2618, esp.

S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, “Igualdad, competencia y deslealtad en el sistema español de Derecho interregional (y en el de Derecho internacional privado)”, *REDI*, 2001-1 y 2, vol. LIII, pp. 49-74, espec. p. 70.

SABRINA RAGONE, el matrimonio homosexual en europa, entre derecho político y derecho jurisprudencial. reflexiones a raíz de la reciente jurisprudencia comparada foro, nueva época, vol. 16, núm. 1 (2013): 241-261

SELMAN, P., “Tendencias Globales En Adopción Internacional: ¿En el ‘interés superior de la infancia’?”, *Scripta Nova Revista Electrónica de Geografía y Ciencias Sociales*, Vol. XVI, no395 (21), 2012, Barcelona (disponible en <http://www.ub.edu/geocrit/sn/sn-395/sn-395-21.htm>).

VALDIVIA SÁNCHEZ.C (2008), La familia: concepto, cambios y nuevos modelos, pag 19-20, *La Revue du REDIF*, vol 1. pp 15-22

ZENNA, Franco Antonio “La gestación por sustitución en España. La situación actual tras la STS de 6 de febrero de 2014” en: <https://elderecho.com/la-gestacion-por-sustitucion-en-espana-la-situacion-actual-tras-la-sts-de-6-de-febrero-de-2014> (última revisión 3/05/2022).

## DOCUMENTOS WEB Y RECURSOS DE INTERNET

*Informe Wendel* en: <https://stopvientesdealquiler.wordpress.com/2018/02/26/suecia-reitera-su-rechazo-a-la-maternidad-subrogada/> (última revisión 3/05/2022).

Agencia de Gestación Subrogada Vitoria Vitta en: <https://vittoriavita.com/spa/maternidad-subrogada-en-suecia/> (última revisión 3/05/2022)

*La Vanguardia* (2022) *Nuevos modelos de familia* <https://www.lavanguardia.com/opinion/temas-de-debate/20131103/54392996122/nuevos-modelos-de-familia.html>

ABC (2017). *Argumentos a favor y en contra del «vientre de alquiler»*. en [www.abc.es/](http://www.abc.es/)

Adoptivanet. *Adopción por parte de familias monoparentales*. Consultada el 24 de mayo de 2018, en [www.adoptivanet.info/](http://www.adoptivanet.info/)

Crece Feliz. *Adopción, listado de ECAIs por Comunidades Autónomas. ECAIs en Aragón. Servicios de Entidades Colaboradoras de Adopción Internacional en la Comunidad Autónoma de Aragón*. en [www.crecerfeliz.es/](http://www.crecerfeliz.es/)

Subdirección General de Infancia. Secretaría de Estado, de Política Social, Familias y Atención a la Defensa y a la Discapacidad. Ministerio de Educación, Política Social y Deporte. Gobierno de España (2008), *Dónde acudir si quieres tramitar una Adopción Internacional: recursos públicos y privados en España*. en [www.msssi.gob.es/](http://www.msssi.gob.es/)