

UNA PROPUESTA LEGISLATIVA PARA LA REGULACIÓN DE
LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN EN ESPAÑA

*A LEGISLATIVE PROPOSAL FOR THE REGULATION OF GESTATION
BY SUBSTITUTION IN SPAIN*

Rev. Boliv. de Derecho N° 35, enero 2023, ISSN: 2070-8157, pp. 354-385

Laura
FERNÁNDEZ
ECHEGARAY

ARTÍCULO RECIBIDO: 3 de octubre de 2022

ARTÍCULO APROBADO: 15 de diciembre de 2022

RESUMEN: Es una realidad constatada que en España el número de nacimientos logrados a través de acuerdos de gestación por sustitución, celebrados fuera de nuestras fronteras, por parte de ciudadanos españoles, está en pleno auge. Lo anterior ha derivado en importantes conflictos jurídicos que han generado una absoluta incoherencia normativa. Como solución, entendemos que ha llegado el momento de integrar una legislación garantista y pautada que evite, no solo referidos conflictos, sino que palie los posibles abusos que la ausencia de regulación puede producir.

PALABRAS CLAVE: Reproducción; gestación por sustitución; filiación; propuesta legislativa.

ABSTRACT: *It is a proven reality that in Spain the number of births achieved through surrogacy agreements, celebrated outside our borders, by Spanish citizens, is booming. This has led to important legal conflicts that have generated an absolute regulatory incoherence. As a solution, we understand that the time has come to integrate a guaranteed and guided legislation that avoids, not only referred conflicts, but also mitigates the possible abuses that the absence of regulation can produce.*

KEY WORDS: *Reproduction; gestation by substitution; filiation; legislative proposal.*

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN.- II. CONCEPTO Y TIPOS DE GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN.- III. LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN EN OTROS ORDENAMIENTOS JURÍDICOS Y EL TURISMO REPRODUCTIVO.- IV. LA ACTUAL INCOHERENCIA NORMATIVA EN MATERIA DE GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN.- I. El “Asunto Valencia”.- A) STS 6 febrero 2014.- B) Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 5 de octubre de 2010, sobre el régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución.- C) STS 31 marzo 2022.- V. CONCLUSIONES.- VI. UNA PROPUESTA LEGISLATIVA SOBRE GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN EN ESPAÑA.

I. INTRODUCCIÓN.

La gestación por sustitución es un cauce reproductivo que la ciencia y la tecnología han puesto a nuestro alcance. Es una realidad constatada que actualmente el embarazo de un niño pueda ser desarrollado por una mujer que, tras el nacimiento, lo entrega voluntariamente a un tercero o terceros, quienes lo criaran como propio. Lo anterior ha generado la apertura de un necesario debate que deriva en un interrogante final: ¿Ha llegado el momento de que España acuerde un marco normativo concreto que regule y controle la aplicación legal de esta figura? En consecuencia, a través del presente trabajo vamos a exponer la situación real en la que se encuentra esta cuestión y, por ende, los numerosos e importantes conflictos normativos existentes. De igual forma, vamos a intentar aportar una solución de calidad que palie en la medida de lo posible estos problemas. Lo cierto es que la enorme disparidad de legislaciones internacionales en materia de gestación por sustitución ha provocado el auge del llamado “turismo reproductivo”. Así, ciudadanos de países no permisivos con esta técnica acuden a otros, permisivos, para alcanzar el deseo de ser padres. Los problemas se dan una vez que estas personas regresan a sus países de origen e intentan dar acceso a sus hijos al registro civil. Entendemos que una regulación propia y específica aportada por el legislador español puede servir en gran medida de mecanismo paliativo para resolver las graves consecuencias jurídicas existentes en la actualidad. Creemos que es precisamente la ausencia de regulación expresa lo que puede generar importantes perjuicios, no solo para las mujeres gestantes, sino para los menores que llegan al mundo a través de este proceso. Hoy en día, en España, nos encontramos ante una absoluta incoherencia normativa derivada de las contradictorias posturas que nuestros propios organismos públicos han

• Laura Fernández Echegaray

Profesora Ayudante Doctora de Derecho Civil de la Universidad de Cantabria (acreditada a Profesora Contratada Doctora). Doctora en Derecho por la Universidad de Cantabria. Postgrados en Derecho de Familia y en Derecho de Sucesiones en la Universidad Complutense de Madrid. Coordinadora del Máster en Derecho de Familia y Menores y Coordinadora Académica del Máster Universitario de Acceso a la Profesión de Abogado de la Universidad de Cantabria. La principal línea de investigación se centra en cuestiones de familia, menores, reproducción humana asistida y en las relaciones de filiación. Ha publicado numerosos artículos de revista, así como capítulos de libros colectivos, destacando la monografía, *La reproducción humana asistida en España y la gestación por sustitución: ¿Incoherencia normativa o legislación garantista?* (Aranzadi, 2019). Correo electrónico: laura.fernandez@unican.es.

provocado al adoptar sus decisiones al respecto. Nuestra intención, por tanto, es proponer una medida legislativa de calidad, garantista y protectora de los intereses de todas las partes intervinientes en el proceso.

II. CONCEPTO Y TIPOS DE GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN.

El contrato de gestación por sustitución consiste en que una mujer, a través de un acuerdo oneroso o lucrativo, acepta quedar embarazada con el fin de engendrar y dar a luz a un hijo que finalmente será criado como propio por otra u otras personas, hayan o no aportado estos sus propios gametos¹. Son numerosas las expresiones que encontramos a la hora de referirnos a esta polémica figura reproductiva. Además de “gestación por sustitución”, se suele denominar “maternidad subrogada”², “gestación subrogada”, “madres portadoras”, “madres suplentes”, “donación temporaria de útero”, “gestación por encargo”³, “gestación por cuenta ajena” o la coloquialmente denominada “madres o vientres de alquiler”. Desde nuestra opinión, es el término “gestación por sustitución” el que resulta más apropiado. Así, autores como Lamm⁴ o Souto Galván⁵ defienden esta expresión al tener en cuenta que la mujer contratada se limita concretamente a gestar un hijo para otra u otras personas. Por tanto, no resulta oportuno hablar de “maternidad” al abarcar esta palabra un concepto infinitamente más amplio que “gestar”. Pensemos además en los casos en los que la parte comitente es un varón o pareja de varones homosexuales. Hay que indicar que ya en su día la Comisión Especial de Estudio de la Fecundación in Vitro y la Inseminación Artificial Humana de 1986⁶, utilizó el término “gestación por sustitución”, entendiéndolo que definía adecuadamente la realidad que comprende esta figura.

-
- 1 DÍAZ ROMERO, M.R. “La gestación por sustitución en nuestro ordenamiento jurídico”, *Diario La Ley*, núm. 7527, Sección Doctrina, 2010, p. 1.
 - 2 El Comité Nacional de Bioética optó por utilizar la nomenclatura “maternidad subrogada” al entender que define correctamente la verdadera esencia de la práctica. Señala que la expresión “vientres de alquiler”, en realidad, tendría que referirse a “madres de alquiler” porque lo que se alquila es una persona en su integridad, no solo su vientre. Por lo que respecta a la expresión “maternidad por sustitución”, entiende que tampoco es correcta puesto que, desde la perspectiva biológica y genética, la maternidad no es sustituible. Por lo que se refiere a la utilización del término “gestación por sustitución”, tampoco lo comparten al entender que se oculta el término “maternidad”, resultando inadecuado puesto que ser madre supone mucho más que gestar y dar a luz a un niño.
 - 3 VELA SÁNCHEZ, A, J: “Comentario a la iniciativa legislativa popular para la regulación de la gestación por subrogación en España”, *Diario La Ley*, núm. 8457, Sección Doctrina, 2015, p. 3
 - 4 LAMM, E.: *Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada ni vientres de alquiler*, Colección de Bioética, Cátedra UNESCO de Bioética de la Universidad de Barcelona, 2013, p. 26.
 - 5 SOUTO GALVÁN, B: “Aproximación al estudio de la gestación por sustitución desde la perspectiva del bioderecho”, *Foro Nueva Época*, núm. 1, 2005, p. 277.
 - 6 Conocida como “Comisión Palacios” en honor a su presidente, el diputado del grupo parlamentario socialista, Mauricio Palacios, su objetivo fue realizar un estudio previo en el que colaboraron especialistas de distintas ramas científicas, sociales y jurídicas para abarcar la materia relativa a una regulación en España sobre las técnicas de reproducción asistida.

En cuanto a los tipos de gestación por sustitución podemos encontrar dos. Por un lado, la tradicional y, por otro, la gestacional⁷. En la primera de ellas, la mujer gestante que acepta desarrollar el embarazo es además la aportante del óvulo utilizado para la fecundación del embrión. Es, por tanto, la “madre” biológica y genética. A pesar de que esta forma tiene cabida en algunos de los países permisivos, la gran mayoría no comulga con esta variante al existir más posibilidades de conflicto entre las partes. Se entiende que puede generarse un mayor vínculo entre la gestante y el bebé y que ello pueda derivar en acciones judiciales de reclamación de maternidad. Por otro lado, encontramos la de tipo gestacional. Esta vía descansa en que la gestante no guarda ningún vínculo genético con el bebé. Será “madre” genética, bien la mujer comitente contratante, bien una donante de óvulos. En la práctica es la más aceptada porque evidentemente genera menos conflictos futuros entre las partes intervinientes.

Con ello, hay que indicar que, con carácter general⁸, en ambos tipos de gestación serán los padres contratantes los que aparezcan en el certificado de nacimiento del niño, quien quedará registrado oficialmente como hijo natural de la pareja o persona comitente.

Expuesto lo anterior, no hay duda de que la figura de la gestación por sustitución, simplemente por el contenido que engloba, ya desprende innumerables y complejos planteamientos, no sólo a nivel jurídico, sino evidentemente ético, social, sociológico, económico, religioso y psicológico⁹.

III. LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN EN OTROS ORDENAMIENTOS JURÍDICOS Y EL TURISMO REPRODUCTIVO.

Dentro del panorama internacional podemos distinguir cuatro grupos diferenciados de países:

7 PÉREZ MONGE, M.: “Cuestiones actuales de la maternidad subrogada en España: Regulación versus realidad”, *Revista de Derecho Privado*, 2010, p. 43.

8 En Reino Unido, a priori, la mujer que va a aparecer en el certificado de nacimiento es la gestante. Únicamente tras un periodo de reflexión en el que ésta acepta y consiente transferir su filiación a los comitentes, y tras la petición judicial por parte de éstos (*parental order*), se otorgará un segundo certificado de nacimiento en el que ya figurarán los padres de intención. Hay que indicar que el periodo de reflexión que se otorga a la gestante en Reino Unido es de seis meses. En nuestra opinión, este extenso lapso provoca que, en realidad, el trasfondo que implica la figura de la gestación por sustitución pierda toda su esencia. Permitir que desde el inicio del proceso la gestante pueda convertirse en madre se desvía absolutamente del propio sentido de la maternidad subrogada. Además de esto, entendemos que esta concesión resulta absolutamente cruel para los padres de intención que acordaron la entrega del bebé con la gestante; mucho más si tenemos en cuenta que en Reino Unido se contempla la gestación de tipo gestacional. Esto significa que los propios padres genéticos que contaron con la ayuda voluntaria de una mujer gestante para desarrollar un embarazo pueden verse privados totalmente de su propio hijo genético. En definitiva, la gestante se puede convertir en madre de un niño con el que no guarda ningún vínculo genético. En este sentido, existen otras legislaciones como la de Israel en las que la inscripción de los comitentes como padres del recién nacido tampoco es automática. En este caso, en el momento del parto la autoridad pública interviniente en el proceso se reserva la tutela del menor hasta que los comitentes tramitan judicialmente, en los siete días siguientes al nacimiento del bebé, la transmisión parental a su favor.

9 MÉNDEZ BAIGES, V. y SILVEIRA GORSKI, H. C.: *Bioética y derecho*, Edit. UOC, Barcelona, 2007, pp. 121 y ss.

Por un lado, los que carecen de regulación (Argentina o Tailandia, entre otros), por otro, algunos que como España la rechazan expresamente (Francia¹⁰, Alemania¹¹, Suiza¹², Italia¹³ o Austria¹⁴) y, finalmente, los que la permiten. A su vez, dentro de este último grupo permisivo hay que diferenciar los que lo hacen únicamente de forma gratuita (Brasil¹⁵, Reino Unido¹⁶, Canadá¹⁷, Israel, Grecia¹⁸, México, Australia, Sudáfrica¹⁹, Nueva Zelanda o Portugal²⁰) y los que van más allá y la contemplan de forma comercial (Rusia, India²¹, Ucrania, Georgia o algunos Estados de los Estados Unidos²²).

Aunque este último grupo de Estados sean ampliamente permisivo con esta técnica, las garantías que ofrecen no son exactamente equiparables en todos ellos. A modo de ejemplo, indicar que ya desde hace ya unos años, India²³ no ofrece una protección jurídica comparable a las que ofrecen algunos Estados norteamericanos como California²⁴. Lo mismo ocurre hoy en día con países como Rusia, Georgia o Ucrania.

10 Ley 94/653, de 29 de julio de 1994/ art. 16-7 CC/ Comité Consultatif National d'Ethique de Francia: Opiniones núm. 23, de 23 de octubre de 1984; Opinión núm. 90, de 24 de noviembre de 2005, Opinión núm. 110, mayo de 2010.

11 Art. 1, Ley 745/90, de 13 de diciembre, sobre Protección del Embrión.

12 Art. 119.2, d) de la Constitución Federal Suiza: "La donación de embriones y todas las formas de maternidad de sustitución están prohibidas" y art. 4 de la Ley Federal, sobre Procreación Medicamente Asistida, de 18 de diciembre de 1998 (reformada en 2006)

13 Art. 4.3, Ley 40/2004, de 19 de febrero, sobre Técnicas de Reproducción Asistida.

14 Art. 2.3 de la Ley Federal Austriaca sobre Reproducción Asistida, de 1 de julio de 1992.

15 Resolución núm. 1957, de 15 de diciembre de 2010, del Consejo Federal de Medicina (CFM).

16 Ley de acuerdos de subrogación (*Surrogacy Arrangements Act*) de 1985.

17 Ley de Reproducción Humana Asistida, de 29 de marzo de 2004 (no aplicable a la Provincia de Quebec).

18 Art. 8 de la Ley 3089/2002, de 19 de diciembre de 2002 y arts. 1.458 y ss. Del CC. Griego.

19 *Children's Act* núm. 38/2005. Destacar la sentencia núm. 29936/2011, de 27 de septiembre (ZAGPPHC 185).

20 En Portugal ha sido aprobada la Ley de Gestación Subrogada en fecha 26 de noviembre de 2021.

21 En el caso India, dicha técnica está legalizada y es el Consejo Médico de Investigación, organismo que rige la carrera médica en el país, quien controla que las madres de alquiler, entre otros requisitos, no superen los 45 años, pasen la prueba de VIH y no tomen drogas. En este país el precio de estos contratos está aproximadamente en 30.000 dólares.

22 En Estados Unidos esta técnica no está permitida en toda su extensión territorial. Únicamente está legalizada en ocho Estados. Se encuentra prohibida en Nueva York, Nuevo México, Arizona, Utah, Michigan o Washington. Por el contrario, Estados como Florida, Minnesota California son los más demandados.

23 En India, en junio de 2013, se produjo una importante modificación legislativa que significó que, como parte de los trámites legales, se exigía certificación oficial expedida por el país de origen de los comitentes sobre la legalidad de la técnica en su país. Así le sucedió a A.M.C., ciudadana española (asturiana) quien fue madre contratante de dos mellizos, nacidos el 1 de julio de 2013 en Bombay, a los cuales ya les concedieron el pasaporte español. Tras el cambio de legislación indicado se vio obligada a permanecer en una situación de bloqueo teniendo que quedarse en la India junto a sus dos hijos al no poder sacarlos del país. Evidentemente las autoridades españolas no podían emitir ese certificado por no tratarse de una práctica legal en España. No obstante, la embajada española en Nueva Delhi hizo llegar una carta oficial a las autoridades indias en la que se expuso la necesidad de encontrar una "solución jurídica" para resolver este caso dada su "enorme dimensión humana". Finalmente, se le permitió salir del país con los dos niños al entenderse que el interés superior de los menores justificaba la autorización.

24 En Estados Unidos contratar un vientre femenino puede llegar a costar más de 100.000 dólares. De estos, la madre de alquiler cobra unos 25.000 dólares y la madre biológica que aporta el óvulo, entre 4.000 y 10.000 dólares. La agencia especializada, médicos y abogados reciben el diferencial. Es por ello que muchas parejas norteamericanas tienen que salir de Estados Unidos a otros países más económicos para realizar

No hay duda de que esta disparidad de legislaciones ha supuesto un aumento considerable del llamado “turismo reproductivo”²⁵. Ciudadanos de países prohibitivos se desplazan a otros permisivos con la intención de acceder a esta técnica o, incluso, aun estando admitidas en su lugar de origen, acuden a otro atendiendo a mejores garantías, costes o celeridad en el proceso²⁶. España no es una excepción. Resulta evidente que lo anterior ha generado importantes conflictos de intereses. Cuando estos padres intencionales tienen al niño en sus brazos llega el momento de regresar a su país de origen y retomar sus vidas. ¿Qué ocurre entonces con estos menores? ¿Pueden acceder al Registro Civil a pesar de haber nacido bajo una técnica no permitida? ¿Qué nacionalidad se les otorga?

La cuestión relativa al turismo reproductivo es preocupante por varias razones. En primer lugar, hay que tener en cuenta que se convierte en una opción únicamente viable para personas con buena posición económica. Por otra parte, es imposible controlar de forma absoluta la calidad o seguridad de los servicios ofrecidos, pudiendo estos presentar riesgos para las partes intervinientes. Lo anterior aumenta la posibilidad de peligro de explotación de mujeres que viven en países en desarrollo. El turismo reproductivo provoca que ciudadanos de países no permisivos quebranten las leyes nacionales con el fin de conseguir un objetivo no permitido. De lo anterior, como decimos, derivan preocupantes consecuencias relativas a la inscripción en el registro civil de estos niños y, en definitiva, de su filiación. Por último, la idea de turismo reproductivo parece reflejar la existencia de un negocio de “baby bussines”²⁷.

En la actualidad, pasada ya la tendencia de India o Tailandia como destinos preferenciales para los españoles, Ucrania ha tomado el relevo. Aquellos países, atendiendo a relevantes cambios legislativos padecidos años atrás, cerraron finalmente sus fronteras a ciudadanos extranjeros dejando únicamente la gestación por sustitución en beneficio de sus nacionales. A esto hay que sumarle que Ucrania había gozado hasta ahora de una aparente facilidad a la hora de inscribir los nacimientos en el Registro Civil español. Ya no es así. A lo largo de año 2018 el Gobierno español decidió suspender la entrega de pasaportes de estos niños de padres españoles nacidos en Ucrania. La grave consecuencia ha derivado en que

la técnica. Como ya se ha indicado, el estado más liberal en relación con esta materia es California. Es más, podemos considerar que la historia de las madres de alquiler arranca precisamente allí, cuando en el año 1975 un periódico local publicó un anuncio en el cual se solicitaba una mujer para ser inseminada artificialmente, a petición de una pareja estéril que estaba dispuesta a ofrecer remuneración a cambio. UDA. *Fertility Consulting*. www.vientredealquiler.com/index.php/glosario/606-madres-de-alquiler-iel-fin-justifica-los-medios

25 También conocido como “turismo procreativo internacional”, “turismo de fertilidad internacional” o “Cross-Border Reproductive Care”.

26 DAVIES, T.: “Cross-Border Reproductive Care: Quality and Safety Challenges for the regulator”, *Fertility & Sterility*, 2010, 94 (1), pp. 20-22.

27 LAMM, E.: “Gestación por sustitución”, cit., p. 194.

hoy en día más de cuarenta familias españolas permanecen atrapadas en territorio ucraniano sin posibilidad de poder abandonar el país en compañía de sus hijos.

Hay que poner de manifiesto que esta preocupante situación tuvo un abismo de esperanza con ocasión de la malograda Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 14 de febrero de 2019²⁸, sobre actualización del régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución, la cual fue derogada de forma inmediata, concretamente a través de la Instrucción de 18 de febrero de 2019²⁹. Citada Instrucción permitía poder inscribir la paternidad del padre biológico que hubiere sido aportante de gametos en el acuerdo de gestación subrogada tras la acreditación de una prueba biológica de ADN. En realidad, esta aportación no distaba del propio contenido del art. 10.3 LTRHA. Además de ello, se daba un trato destacado a la necesidad de obtener el consentimiento, posterior al parto, libre, voluntario y consciente de la mujer gestante, en relación con la posterior solicitud de adopción del niño por parte del cónyuge legal del padre. Por último, se contemplaba también el acceso de la maternidad a favor de la mujer comitente cuando, constando la renuncia de la gestante, se acreditaba que la madre intencional había aportado los gametos femeninos para la fecundación. Como decimos, esta solución fue un espejismo lo que implica que, actualmente, tal y como veremos, la normativa actual siga descansando sobre la vigente Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 5 de octubre de 2010.

En este punto, no podemos olvidar el informe de la Conferencia de Derecho Internacional Privado de la Haya, de 10 de marzo de 2012³⁰, sobre los problemas que plantean los contratos de maternidad subrogada. Se propone asumir un sistema de orden público reducido para las situaciones legítimamente creadas en países extranjeros en el que se permita reconocer efectos jurídicos derivados de la maternidad subrogada al amparo de un ordenamiento jurídico extranjero. La Conferencia en armonía con el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) informa de la necesidad de aminorar la aplicación del orden público internacional debiendo ser aplicado bajo imperiosa necesidad y por el fin legítimo que lo justifica. En resumen, lo que se recomienda es, siempre que sea por el interés superior del menor, poder aminorar la aplicación del orden público internacional que permita reconocer en el país en el que la técnica gestacional contratada está prohibida, de la filiación legalmente determinada en el país que, por el contrario, es permisivo con esta técnica reproductiva.

28 Texto íntegro disponible en: http://www.migrarconderechos.es/legislacionMastertable/legislacion/IDGRN_14_2_2019.

29 (RCL 2019, 268).

30 http://www.hcch.net/index_es.php?act=text.display&tid=178.

Como vemos, todo lo que rodea la gestación por sustitución es fuente de polémica. Las posiciones a nivel social se encuentran enfrentadas y nuestros grupos parlamentarios han comenzado una andadura de debates que, tarde o temprano, tendrá que culminar: ¿lo dejamos cómo está? ¿lo prohibimos absolutamente? ¿lo regulamos con pautas, límites y garantías?

Antes de dar la respuesta a citados interrogantes, vamos a describir cuál es la situación general en la que se encuentran los acuerdos de gestación por sustitución, así como los importantes conflictos normativos existentes en la actualidad.

IV. LA ACTUAL INCOHERENCIA NORMATIVA EN MATERIA DE GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN.

Como venimos indicando, el panorama actual existente en materia de contratos de gestación por sustitución está protagonizado por una absoluta incoherencia normativa. Esta realidad, esta complicada situación ha sido generada como consecuencia de las distintas valoraciones interpretativas que los distintos organismos públicos afectados han ido arrojando a medida que han tenido que ir resolviendo los conflictos emergentes. De esta forma, partiendo del coloquialmente denominado “Asunto Valencia”, las distintas instancias judiciales intervinientes han ido pronunciándose respecto al destino jurídico de los hijos de padres españoles, nacidos a través de contratos de maternidad subrogada en el extranjero. Siendo su postura absolutamente contraria a la inscripción “directa” de estas filiaciones intencionales, sorprende la contraria y favorable posición que la Dirección General de los Registros y del Notariado (DGRN) ha mantenido en sus decisiones a lo largo del tiempo.

Como punto de partida debemos indicar que el ordenamiento jurídico español sanciona expresamente con la nulidad de pleno derecho cualquier contrato de gestación por sustitución. Así, el art. 10 de la Ley 14/2006, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida (LTRHA)³¹ indica que: “1. Será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga a la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero. 2. La filiación de los hijos nacidos por gestación por sustitución será determinada por el parto. 3. Queda a salvo la posible acción de reclamación de paternidad respecto al padre biológico, conforme a las reglas generales”³².

31 BOE núm. 26, de 27 de mayo de 2006.

32 En relación con el art. 10.3 LTRHA compartimos el criterio de Lamm, que denomina al contenido de este precepto como una “hipocresía del ordenamiento jurídico español”. La anterior consideración descansa en que, ante un supuesto de nacimiento derivado de un contrato de gestación por sustitución, el padre comitente que aportó el esperma podrá reclamar judicialmente la paternidad del hijo y ser determinado como padre legal y, en cambio, la esposa o pareja femenina, quien formó parte de igual forma de ese contrato de gestación, no podrá reclamar la maternidad, aún ni en el caso de haber aportado su propio óvulo. Para ser determinada como madre legal tendrá forzosamente que recurrir a la vía de la adopción del hijo de su esposo (art. 175.4 CC) y, en definitiva, adoptar a su propio hijo genético. Sin duda, resulta

España, como hemos visto anteriormente, no es una excepción al turismo reproductivo en materia de gestación por sustitución. Es más, cada vez es más frecuente que ciudadanos españoles opten por acudir a otros lugares para obtener su propósito de formar una familia³³. Además de esto, hay que indicar que el conflicto jurídico en España ha aumentado considerablemente ante casos en que los contratantes son parejas homosexuales de varones. Partimos de la base de que estos conflictos de gestación por sustitución internacional no son sencillos de solventar. Tal es así que la Sociedad Europea de Reproducción Humana y Embriología (ESHRE) recomienda a los comitentes que soliciten asesoramiento legal sobre las normas nacionales en materia de gestación subrogada, siempre antes de iniciar cualquier procedimiento³⁴.

Como veníamos anunciando, las posturas contrarias provenientes de los distintos operadores jurídicos españoles han derivado en la preocupante incoherencia normativa que en este trabajo denunciamos³⁵. Para ello, partiendo del ya citado “Asunto Valencia” vamos a exponer la complicada situación actual que hace que, en nuestra opinión, haya llegado el momento apropiado para que el legislador español regule de forma pautada y garantista una normativa expresa en materia de acuerdos de gestación por sustitución que otorgue una seguridad jurídica en nuestro país.

I. El “Asunto Valencia”.

La importancia de este caso se ha convertido en el mayor referente jurídico en la materia en España. En realidad, fruto de esta historia judicial y procesal, la situación ha derivado en una problemática jurídica de gran complejidad técnica e interpretativa. El caso versa sobre dos niños gemelos nacidos en California a través de un acuerdo de gestación por sustitución. La gestante era una mujer de nacionalidad norteamericana y los padres de intención un matrimonio homosexual de varones valencianos. Tras el nacimiento la pareja intentó burocratizar el nacimiento en el Registro Consular de España en los Ángeles. Para ello aportaron

contradictorio. LAMM, E.: Conferencia “Gestación por sustitución: Realidad y legalidad en España y el mundo”. Departamento de Derecho Internacional Privado. Universidad de Salamanca, 17 de febrero de 2015.

- 33 Señala LAMM que “el turismo reproductivo es preocupante por varias razones: es solo una opción para las personas que pueden económicamente permitírselo y es imposible un absoluto control en la calidad o la seguridad de los servicios ofrecidos que pueden presentar riesgos para las partes”. Continúa la autora explicando que, España, hasta hace poco, era lugar pasivo de recepción de extranjeros sobre todo en materia de donación de óvulos. Ahora, en cambio, se ha convertido en sujeto activo en materia de gestación por sustitución. En 2003 nacieron en Estados Unidos casi 1.000 niños españoles través de esta técnica y, entre 2006 y 2010, la cifra de acuerdos se incrementó en un 100%. LAMM, E.: “Una vez más sobre la gestación por sustitución, porque sin marco legal se siguen sumando violaciones a derechos humanos”, *Ars Iuris Salmaticensis. Estudios, Ediciones Universidad de Salamanca*, Vol. 4, junio 2016, pp. 64 y 65.
- 34 SHENFIELD, F., DE MOUZON, J., PENNINGS, G., FERRERETTI, A.P., GOOSSENS, V: “ESHRE’s good practice guide for cross-border care for centers and practitioners”, *Human Reproduction*, vol. 26, 2011, pp. 1625-1627.
- 35 Para más información al respecto puede consultarse la obra de mi autoría: FERNÁNDEZ ECHEGARAY, L.: *La gestación por sustitución y la reproducción humana asistida en España: ¿Incoherencia normativa o legislación garantista?*, Aranzadi, 2019.

el certificado americano de nacimiento de los niños expedido por el Registro Vital de California, en el que constaban ambos como padres. La evidencia de un acuerdo de gestación por sustitución provocó el rechazo de la inscripción de los menores con la doble filiación paterna. Recurrida esta negatoria, fue la DGRN quien tuvo que pronunciarse al respecto, dictando la Resolución de 18 de febrero de 2009³⁶ a través de la cual, se ordenaba la inscripción de los niños en el Registro Civil español. En este caso, a pesar de la existencia de un contrato de gestación por sustitución, la DGRN falló favorablemente a la inscripción de los menores en base a la aplicación del art. 81 del Reglamento del Registro Civil³⁷ de 1958, al esgrimir que el control necesario de la legalidad de las certificaciones registrales extranjeras para acceder al Registro Civil, no exige que estas decisiones deban de ser idénticas a las que se adoptarían en España, sino documentos públicos expedidos por la autoridades competentes que desempeñen “funciones equivalentes” a las autoridades registrales españolas, y que no se produzcan efectos contrarios al orden público internacional español³⁸. Así, entendió que no habían sido quebrantados los principios básicos de nuestro ordenamiento jurídico ni, de igual forma, se veía atacado el orden público internacional español puesto que, en España, ya constan permitidos supuestos de determinación de filiación a favor de dos hombres, o de dos mujeres, otorgándose de esta forma el cumplimiento al principio de no discriminación por razón de sexo que rige en nuestro país en virtud del art. 14 de la Constitución española (CE).

Una vez ordenada la inscripción de los menores, el Ministerio Fiscal interpuso demanda y, tras los trámites judiciales pertinentes, el Juzgado de Primera Instancia núm. 15 de Valencia, a través de la Sentencia 15 septiembre 2010³⁹, falló denegando la inscripción de los menores. Esta sentencia fue recurrida en apelación y, de igual forma, la Audiencia Provincial de Valencia, a través de la sentencia 23 noviembre 2011⁴⁰, ratificó la denegación de la inscripción. Entre otros, los argumentos jurídicos en los que se basaron citadas resoluciones descansaron, por un lado, en la errónea aplicación, por quebrantamiento del principio de jerarquía normativa del art. 9.3 CE, del art. 81 del Reglamento del Registro Civil, y no del art. 23 de la Ley del

36 RJ 2009, 1735.

37 El art. 81 del RRC de 1958 (RCL, 1958, 1957) indicaba que “El documento auténtico, sea original o testimonio, sea judicial, administrativo o notarial, es título para inscribir el hecho de que da fe. También lo es el canónico o extranjero con fuerza en España con arreglo a las leyes”. En este sentido, Díaz Romero manifiesta la correcta aplicación de este artículo y, por tanto, entiende que, existiendo una decisión extranjera en forma de certificación registra, el acceso a nuestro Registro Civil no constituye una cuestión de derecho aplicable, sino de validez extraterritorial de decisiones extranjeras en España. Entiende, por tanto, la utilización de las normas españolas de conflicto de leyes, como la de leyes sustantivas o las que a tales normas de conflicto puedan conducir, como es el caso de la LTRHA 2006. DIEZ ROMERO, M. R.: “La gestación por sustitución”, cit., p. 4.

38 FERNÁNDEZ-SANCHO TAHOCES A. S.: “Eficacia jurídico registral del contrato de gestación subrogada”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 6, (Parte Estudio), 2011, p. 138.

39 Sentencia 193/2010, 15 septiembre (AC 2010, 1707).

40 Sentencia 826/2011, 23 noviembre (AC 2011, 1561).

Registro Civil, de 8 de junio de 1957⁴¹, que obliga al encargado del Registro Civil a realizar no solo un control formal, sino también de fondo, en relación con una certificación registral extranjera. Es evidente que ese control de fondo se refiere a la necesidad de comprobar la inexistencia de una contradicción con nuestra legislación. Además de lo anterior, se entendió que el interés superior del menor no puede lograrse infringiendo la ley, más, cuando la propia legislación española regula otro cauce legal para la inscripción de la filiación de los menores a favor de los comitentes (art. 10 LTRHA).

Interpuesto el correspondiente recurso de casación, el Tribunal Supremo se pronunció a través de la STS 6 febrero 2014⁴². La importancia de esta resolución ha provocado que hasta la fecha se haya convertido en el referente jurídico de esta materia en nuestro país.

A) STS 6 febrero 2014.

En primer lugar, la Sala Primera compartió el criterio de las instancias inferiores relativo a la jerarquía normativa del art. 23 de la Ley del Registro Civil de 1957, frente a la aplicación del Reglamento, en cuanto a lo que el reconocimiento de una decisión extranjera se refiere. Por otro lado, manifestó que hay que tener en cuenta que en España el art. 10 de la LTRHA integra el orden público internacional español. Reprochó expresamente que los recurrentes, nacionales españoles y residentes en nuestro país, se desplazaran a California únicamente para concertar el contrato de gestación por sustitución, prohibido en España. Puso de manifiesto que la vinculación de la situación jurídica debatida con el estado extranjero, cuya decisión se solicitaba fuera reconocida, era completamente artificial, fruto de la “huida” de los solicitantes del ordenamiento jurídico español que declara radicalmente nulo el contrato de gestación por sustitución.

El TS se encargó de aclarar que la prohibición en nuestro país de la maternidad subrogada no es excepcional, sino que se da en la mayoría de los países de nuestro entorno, bajo un factor determinante que es la prohibición del carácter oneroso. De igual forma, entendió que el orden público debe ser entendido como el sistema de derechos y libertades individuales garantizadas en la Constitución Española y en los Convenios Internacionales de Derechos Humanos ratificados por nuestro país, así como el conjunto de valores y principios que los encarnan; el libre desarrollo de la personalidad, el derecho a la intimidad familiar, el derecho a la dignidad de la persona, los derechos de protección de la infancia y los derechos de protección integral de la familia⁴³.

41 RCL, 1957, 777.

42 STS 835/2013, 6 febrero 2014 (RJ 2014, 736).

43 GARCÍA ALGUACIL, M, J.: “Incoherencia legislativa o despropósito judicial: A propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014”, *Revista Doctrinal Aranzadi, Civil-Mercantil*, núm. 3, vol. 2, 2014,

La Sala finalmente falló que la filiación cuyo acceso se pretendía inscribir en el Registro Civil Español era consecuencia directa y principal del contrato de gestación por sustitución. Decidió no admitir disociación alguna entre el contrato y la filiación que pretendían los recurrentes. Añadió que es importante tomar en consideración que nuestra ley sobre TRHA prevé el régimen de filiación del niño que nace como consecuencia de dicho contrato. Señaló que la filiación cuya inscripción se pretendía es frontalmente contraria al art. 10 LTRHS y, por tanto, incompatible con el orden público español. Esto impedía el reconocimiento de la decisión registral extranjera en lo que respecta a la filiación que en ella se determinaba⁴⁴.

En consecuencia, el Tribunal Supremo ordenó la cancelación de la filiación de los padres e instó a los progenitores a que, en el caso de que alguno de ellos fuera el aportante del material genético, ejercitara la acción de reclamación de paternidad y determinara así la misma. A su vez, el otro progenitor podría solicitar posteriormente la adopción. Proponía en definitiva el trámite legalmente previsto en el art. 10.3 LTRHA. De igual forma, indicó que existen en nuestro ordenamiento figuras como el acogimiento o adopción que impedirían el perjuicio a los menores. En este sentido, De Verda y Beamonte entiende que el hecho de que el TS inste a acudir a la adopción supone utilizar este mecanismo de protección de menores para conseguir los efectos que se persiguen mediante la gestación por sustitución. Se pregunta este autor que, si esto es así, “¿por qué no se admite directamente la gestación por sustitución y se evita un proceso más largo y complejo que va a llevar al mismo resultado?”⁴⁵. En otro sentido, VELA SÁNCHEZ, cree que acudir a la adopción para lograr la inscripción de los hijos nacidos de gestación por sustitución, acarrea un fraude de ley⁴⁶, al plantear el hecho de reconocer un resultado prohibido por una norma, utilizando otra de cobertura prevista para otro supuesto.

En definitiva, la Sala Primera del Tribunal Supremo se ha pronunciado en contra de la inscripción directa de los hijos de españoles nacidos a través de acuerdos de gestación subrogada en el extranjero.

p. 106.

44 En este sentido, autores como Farnós Amorós y Durán Ayago entienden que el control efectuado en este caso por el TS es abstracto e incompatible con el reconocimiento incidental de una certificación registral extranjera, mero reflejo registral de una resolución previa que únicamente exigiría comprobar si, en el caso concreto, se producía vulneración del orden público internacional español. FARNÓS AMORÓS, E.: “La filiación derivada de reproducción asistida: voluntad y biología”, *ADC*, LXVIII, fasc. I, 2015, p. 31 y DURÁN AYAGO, A.: “El acceso al Registro Civil de certificaciones extranjeras a la luz de la Ley 20/2011: relevancia para los casos de filiación habida a través de gestación por sustitución”, *AEDIPr*, Tomo XII, 2012, p. 302.

45 DE VERDA Y BEAMONTE, J. R.: “Inscripción de hijos nacidos mediante gestación por sustitución (a propósito de la sentencia del Juzgado de Primer Instancia nº 15 de Valencia, de 15 de septiembre de 2010)”, *Diario La Ley*, núm. 7501, Sección Tribuna, 2010, p. 5.

46 VELA SÁNCHEZ, A. J.: *La maternidad subrogada: estudio ante un reto normativo*, Comares, Granada, 2012, pp. 3 y ss.

Es en este punto donde no podemos obviar que, con independencia del fallo de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, lo cierto es que la incoherencia se magnifica si tenemos en cuenta que la Sala Cuarta, de lo Social, del propio Tribunal, ya con ocasión de la resolución de dos recursos de casación planteados para unificación de doctrina, falló a favor de conceder la prestación por maternidad/paternidad a los comitentes, padres de niños nacidos a través de gestación por sustitución en el extranjero. Así se hizo a través de las STS 16 noviembre 2016 y 25 octubre 2016⁴⁷ (procedentes de la sentencia del TSJ del País Vasco, 13 mayo 2014 y del TSJ de Cataluña, 15 septiembre 2015⁴⁸). Su fallo se fundamentó en entender que se trata de prestaciones de seguridad social enfocadas a la atención de los menores, siendo esta, por tanto, una cuestión predominante. El TS advirtió la falta de apreciación de cualquier conducta fraudulenta por parte de los actores a pesar de haber acudido a la gestación por sustitución. Las propias prohibiciones relativas al contrato de maternidad subrogada, o de las inscripciones registrales de los menores, deben quedar al margen del problema focalizado en el pleito principal, que no es otro que la concesión de la prestación por maternidad contemplada en nuestro Derecho. No se trata, por tanto, de crear una prestación concreta para estos casos sino, simplemente, de interpretar las exigencias actuales de la misma conforme a las exigencias del ordenamiento jurídico español. Insistía el Tribunal en recordar que las prestaciones por maternidad abarcan supuestos de adopción y de acogimiento.

En la actualidad no hay duda interpretativa al respecto. La jurisprudencia social se ha consolidado claramente sobre este criterio positivo a favor de españoles que han tenido a sus hijos a través de gestación por sustitución en el extranjero.

B) Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 5 de octubre de 2010, sobre el régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución⁴⁹.

Hay que destacar que al tiempo de tramitarse este procedimiento la Dirección General de los Registros y del Notariado dictó la Instrucción de 5 de octubre de 2010. Este instrumento es de obligada mención puesto que, en realidad, ha integrado expresamente la gestación por sustitución en el ordenamiento jurídico español⁵⁰ y, en consecuencia, es la norma vigente actualmente en esta materia.

47 STS 16 noviembre 2016, 25 octubre 2016, (Recurso de Unificación de Doctrina, núm. 3818/2015).

48 Sentencia TSJ de Cataluña, 15 septiembre 2015 (Recurso núm. 2299/2015).

49 (RCL, 2010, 2624).

50 En este sentido, Vela Sánchez defiende que gracias a esta Instrucción y a sus concretas directrices se podría configurar la estructura básica del convenio de gestación por sustitución en nuestro ordenamiento jurídico. De esta forma, entenderíamos la gestación por sustitución como la fecundación de la mujer gestante con la aportación de material genético de, al menos, uno de los padres o madres intervinientes, siendo necesaria la capacidad plena de obrar y consentimiento voluntario de las partes contratantes, junto con la irrevocabilidad de ese consentimiento y la posibilidad de que el hijo conozca su origen biológico. VELA SÁNCHEZ, J. A.: "De nuevo sobre la regulación", cit., pp. 9 y 10.

Lo cierto es que ha sido objeto de durísimas críticas por parte de nuestra doctrina⁵¹, manifestando algún autor que esta resolución “muestra una serie de carencias jurídicas en el ámbito del derecho internacional privado dignas de elogio”⁵². Con esta Instrucción la DGRN no cambia su criterio respecto al que emitió en la Resolución de 18 de febrero de 2009, manteniendo la posibilidad de inscribir en el Registro Civil español a los niños nacidos en el extranjero mediante gestación por sustitución. Ahora bien, lo que introduce es la exigencia, como requisito constitutivo, de que uno de los solicitantes sea español. Como razón fundamental alega la protección del interés del menor “facilitando la comunidad transfronteriza de una relación de filiación declarada por un tribunal extranjero”⁵³.

La Instrucción hace referencia a los objetivos que pretende asegurar y, además de la protección del menor, exige de igual forma la de las gestantes. Al objeto de salvaguardar estos intereses establece una serie de factores a respetar⁵⁴: 1) exigencia de resolución judicial extranjera sobre la filiación. 2) exigencia de exequatur en España de la resolución judicial extranjera. 3) exigencia de reconocimiento incidental si la resolución ha sido dictada como consecuencia de un procedimiento análogo a uno español de jurisdicción voluntaria (donde no será preciso acudir a un reconocimiento judicial por homologación previo a la inscripción registral). 4) decisión del encargado respecto al exequatur por homologación judicial previa, o de reconocimiento incidental registral. En este caso, si el encargado considera que la resolución se dictó en el marco de un procedimiento de jurisdicción contenciosa denegará la inscripción de la resolución en nuestro registro español por entender que esa resolución requiere de un exequatur previo. En cambio, si el encargado considera que la resolución deriva de un procedimiento análogo al nuestro de jurisdicción voluntaria, controlará incidentalmente si la resolución puede ser reconocida en España⁵⁵.

51 PÉREZ MONJE, M.: “Cuestiones actuales”, cit., pp. 59 y 64; SALAS CARCELLER, A.: “El registro civil español y la filiación surgida de la gestación por sustitución”, *Aranzadi Civil*, núm. 10/2011, Parte Tribuna, 2011; LASARTE ÁLVAREZ, C.: “La reproducción asistida y la prohibición legal de la maternidad subrogada admitida de hecho por vía reglamentaria”, *Diario La Ley*, núm. 7777, 2012, p. 12; MUÑOZ DE DIOS SÁEZ, L.F.: “¿Se ha legalizado o no el alquiler de vientres?”, *El Notario del Siglo XXI*, núm. 34, 2010, pp. 45-50.

52 GARCÍA ALGUACIL, M. J.: “Incoherencia legislativa”, cit., pp. 79-110.

53 JIMÉNEZ MARTÍNEZ, M. V.: “La inscripción de la filiación derivada de la gestación por sustitución. Problemas actuales”, *Anuario Facultad de Derecho-Universidad de Alcalá*, 2012, pp. 365-380.

54 CALVO CARAVACA, A. L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: “Notas críticas en torno a la Instrucción de la DGRN de fecha 5 de octubre de 2010, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, marzo, 2012, pp. 247-262.

55 Así ocurrió en el caso de una ciudadana española que acudió a California a celebrar un contrato de gestación por sustitución. A la hora de inscribir a sus gemelos directamente en el Registro Civil español (directamente en España y no en el Consulado) se encontró con una negativa por parte del encargado. Interpuesta la correspondiente demanda, en fecha 25 de junio de 2012, el Juge de Primera Instancia e Instrucción núm.1 de Pozuelo de Alarcón (Madrid), (Auto de 25 junio 2012, Rec. Núm. 285/2012) dio lugar a la solicitud de exequatur en reconocimiento de sentencia extranjera (firme y apostillada según Convenio de la Haya), dictada en proceso de reconocimiento de maternidad por un tribunal californiano, reconociéndola como madre legal y única progenitora de los menores. Se entendió que tal decisión no resultaba contraria al orden público al ser la protección del menor el de mayor interés.

La crítica fundamental a esta Instrucción descansa en que disfraza o maquilla un fraude de ley⁵⁶. El fraude de ley se entiende como la técnica utilizada por los interesados que buscan un resultado prohibido por una norma imperativa, a través de la utilización de otra norma de cobertura que prevé ese resultado para otro tipo de negocios o contratos civiles. Teniendo en cuenta el anterior concepto legal no cabe duda de que, para los contrarios a la inscripción de los hijos nacidos fruto de un contrato de gestación subrogada, estamos en presencia de este tipo de infracción civil. Así, DE VERDA Y BEAMONTE⁵⁷ entiende que la solución que propone la Instrucción está prestando cobertura administrativa a un turismo reproductivo que trata de eludir la aplicación del art. 10 LTRHA que claramente establece la nulidad del contrato de gestación por sustitución.

Por otro lado, en defensa de esta Instrucción podemos decir que se asienta sobre el principio del orden público internacional, el cual, a pesar de defender principios constitucionales como el derecho a la dignidad de la persona, al libre desarrollo de la personalidad o el derecho a la igualdad, permite reconocer ciertos efectos a instituciones desconocidas en nuestro ordenamiento⁵⁸.

Lo cierto es que, como consecuencia de la aplicación de esta Instrucción, la DGRN ha permitido la inscripción en nuestro Registro Civil de numerosas filiaciones de niños nacidos en países extranjeros bajo la técnica de la maternidad subrogada. Para ello, ante los recursos interpuestos por los padres intencionales contra autos denegatorios de la inscripción, emitidos por cónsules españoles destinados en países permisivos de la gestación, la DGRN aplica esta Instrucción y en consecuencia controla que obren los requisitos en ella exigidos para dichas inscripciones⁵⁹.

La crítica más profunda que se puede lanzar contra este instrumento es que se está permitiendo inscribir únicamente a los niños que nacen por gestación por sustitución en el extranjero. ¿Qué ocurre con las personas españolas que quieren ser padres y no pueden recurrir a esta técnica en otro país por los elevadísimos costes económicos que requiere? Recordemos que, entre los países permisivos con la técnica, únicamente Estados Unidos o Canadá exigen esa resolución judicial necesaria⁶⁰ para que a través de la Instrucción pueda inscribirse en España el

56 LASARTE ÁLVAREZ, C.: "La reproducción asistida", cit., pp. 17 y 18.

57 DE VERDA Y BEAMONTE, J. R.: "Inscripción de los hijos", cit., pp. 13-15.

58 GARCÍA ALGUACIL, M, J.: "Incoherencia legislativa", cit., pp. 79-110.

59 RDGRN núm. 5/2011 de 23 de septiembre (JUR 2012/168314), RDGRN núm. 4/2012 de 23 de septiembre (JUR 2012/168313), RDGRN núm. 4/2011 (JUR 2012/307190), RDGRN núm. 3/2011 de 9 de junio (JUR 2012/151439), RDGRN núm. 2/2011 de 9 de junio (JUR 2012/151438), RDGRN núm. 1/2011 de 9 de junio (JUR 2012/151437), RDGRN núm. 6/2011 (JUR 2012/ 147776), RDGRN núm. 4/2011 de 6 de mayo (JUR 2012/110698), RDGRN núm. 1/2011 de 3 de mayo (JUR 2012/107637).

60 Véase RDGRN, de 6 de mayo de 2011, en la que no se admitió la inscripción a favor de un varón español (en solitario), respecto de un niño nacido a través de gestación por sustitución en India. El argumento de la denegación descansó precisamente en que "no es inscribible en el Registro civil español el nacimiento en

nacimiento. De igual forma, recordamos que Estados Unidos, aunque es el país más garantista, es el más costoso. Es una realidad que muy pocos ciudadanos españoles pueden optar a la gestación por sustitución en Estados Unidos. Esto desemboca en una desigualdad de oportunidades entre los más afortunados económicamente y los más desfavorecidos.

Por otro lado, tal y como afirma FARNÓS AMORÓS, a través de esta Instrucción en realidad se está parcheando lo que el legislador español no ha estado dispuesto a hacer a través de una modificación legislativa del art. 10⁶¹.

En consecuencia, creemos rotundamente que, con ocasión de esta Instrucción, la gestación por sustitución ya está integrada actualmente en nuestro sistema normativo habiendo superado en definitiva el propio contenido del art. 10 LTRHA, y la nulidad de pleno derecho que decreta.

C) STS 31 marzo 2022⁶².

Recientemente nuestro TS ha vuelto a pronunciarse en contra de los acuerdos de gestación por sustitución y, en definitiva, contra la inscripción “directa” de los nacimientos habidos a través de estos contratos realizados por nacionales españoles fuera de nuestras fronteras. Al igual que hizo a través de la STS 6 febrero 2014, el alto Tribunal acude a la institución de la adopción como mecanismo resolutorio de estos conflictos. En este caso, tras el recurso de casación interpuesto por el Ministerio Fiscal contra la SAP de Madrid, 1 diciembre 2020⁶³, a través de la cual se reconocía una filiación materna derivada de un contrato de gestación subrogada suscrito por una española en el Estado mexicano de Tabasco, la Sala Primera finalmente ha declarado la no inscripción del menor en el Registro Civil español, denegando la filiación materna de la mujer comitente.

El caso de autos versa sobre la acción de reclamación de filiación materna por posesión de estado (art. 131 CC)⁶⁴ que interpuso el abuelo del menor, padre de la mujer suscriptora del acuerdo de gestación subrogada (quien se allanó a la demanda). Es importante indicar que en la demanda planteada se hacía referencia

el extranjero de un menor mediante gestación por sustitución cuando no existe resolución judicial dictada por órgano jurisdiccional competente en la que se determine la filiación del nacido, se haga constar que no se ha producido una vulneración del interés superior del menor y se recoja el libre consentimiento y la renuncia expresa de la madre gestante, de acuerdo con la establecido en la Instrucción de 5 de octubre de 2010”. En el mismo sentido, véase la RDGRN, de 23 de septiembre de 2011.

61 FARNÓS AMORÓS, E.: “Acceso a la reproducción asistida por parejas del mismo sexo en España: estado de la cuestión, propuestas y retos”, *Revista de Derecho de Familia*, núm. 49, 2011, p. 177.

62 RJ 2022, 1190.

63 Sección vigesimosegunda (PROV 2021, 55934).

64 Art. 131 CC: “Cualquier persona con interés legítimo tiene acción para que se declare la filiación manifestada por la constante posesión de estado. Se exceptúa el supuesto en que la filiación que se reclame contradiga otra legalmente determinada”.

a que el art. 10 LTRHA no es de aplicación para contratos de gestación por sustitución celebrados fuera de nuestro país⁶⁵. Una vez turnada la demanda, y seguido el procedimiento con todos los trámites procesales oportunos, el Juzgado de Primera Instancia número 77 de Madrid, dictó la sentencia, 19 de enero 2019⁶⁶ por la que desestimaba la pretensión, entendiendo que el interés superior del menor no puede utilizarse para contrariar la ley, sino para aplicarla y colmar sus lagunas. Se impide así el reconocimiento de la filiación instada en virtud del art. 10 LTRHA, estando ya determinada la filiación de los niños nacidos por gestación subrogada por el parto (mujer gestante), en aras de la nulidad absoluta del acuerdo contractual.

Interpuesto el correspondiente recurso de apelación (con la adhesión de la madre comitente), la AP de Madrid estimó el mismo y, en consecuencia, ordenó la inscripción de la filiación materna instada, con el respeto de mantener los apellidos que originalmente se habían otorgado al menor en la documentación extranjera. Hay que señalar que el demandante se basaba en una interpretación amplia de los apartados 2 y 3 del art. 10 LTRHA, acorde a la jurisprudencia de la Sala Primera y del TEDH, invocando la posesión de estado como título de atribución de la maternidad sin necesidad de la existencia de relación biológica alguna. Destaca la necesaria aplicación del interés superior del menor al entender que, de lo contrario, se le causaría un grave perjuicio (carencia de DNI o NIE etc...). De igual forma, en la adhesión al recurso por parte de la madre comitente se indicaba que ésta había realizado un reconocimiento expreso de maternidad en el Estado mexicano y que, por tanto, el menor ostentaba la nacionalidad mexicana. Por ello debían ser de aplicación las normas recogidas en los arts. 9.1 y 9.4 CC, debiendo en definitiva determinarse su filiación acorde a la ley personal, es decir, la nacionalidad de la comitente. A mayor abundamiento, la AP señaló que la madre intencional tiene un trabajo estable y bien remunerado, satisface las necesidades educativas y de atención médica del menor y, además, no es viable acudir a la figura de la adopción dada, por una parte, la diferencia de edad entre la comitente y el niño, y por otra, al no existir un padre identificado por provenir de un donante el material genético masculino. Además de todo lo anterior, insiste en que no es posible tampoco acudir ni a la figura del acogimiento familiar ni a la adopción, dada la correspondiente supresión correlativa del régimen de visitas con la familia de origen. De ser así, atendiendo al criterio del TEDH, se abocaría al niño a una situación de "incertidumbre inquietante". El Tribunal entendió que constaba acreditado un comportamiento por parte de la comitente acorde a los deberes de "madre", siendo estos continuados y reiterados. Por ello se cumplían los requisitos

65 El TS en la sentencia que se comenta recuerda que, conforme al art. 9.4 CC, dada la naturaleza de la acción que se ejercita, la normativa aplicable para resolver la pretensión formulada es la del Estado donde el hijo tiene su residencia habitual, no la del Estado en el que haya nacido (Fundamento de Derecho Cuarto).

66 Juicio verbal de filiación, Autos núm. 174/18.

exigidos por la jurisprudencia para poder valorar la posesión de estado de la relación de filiación. Por último, la sentencia recoge que el menor evolucionaba en el proceso de formación de su personalidad, concibiendo a la comitente como madre, siendo acorde la situación a las exigencias del art. 8 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (CEDH) el no mudar la naturaleza del modelo familiar en el que el menor convive.

Contra esta resolución, el Ministerio público planteó recurso de casación y, entre las alegaciones en las que basaba su pretensión, se aludía a que la AP de Madrid había determinado una filiación materna respecto de una mujer que no era la madre biológica del niño (no había aportado su material genético). En este aspecto no podemos pasar por alto la importancia que el Ministerio público otorga al componente biológico. De igual forma, se denunciaba la infracción del art. 131 del Código Civil (CC), en relación con el art. 10 de la LTRHA, además de resaltarse el interés casacional por oposición a la doctrina jurisprudencial del TS, en concreto de la citada sentencia 6 febrero 2014. De esta forma reproducía que el art. 10 LTRHA integra el orden público internacional español y que la madre comitente se había desplazado a México únicamente para concertar el contrato de gestación y pretender la filiación conforme a la legislación mexicana, hecho que evidencia una “huida” del ordenamiento jurídico español. Además de ello, invocó bienes jurídicos ya tomados en consideración por el TS como son el respeto a la dignidad e integridad moral de la gestante y la salvaguarda de los intereses del menor previstos por el ordenamiento jurídico español. De igual forma, denunció que, de reconocerse la filiación instada, se impediría al menor ejercitar su derecho a la investigación de la paternidad, quebrantándose por tanto su derecho a conocer su identidad biológica. Por último, entendió que las figuras del acogimiento o adopción eran aplicables puesto que las limitaciones por razón de edad eran superables.

El Pleno de la Sala Primera estimó el recurso, y por tanto la denegación de inscripción de la filiación, recogiendo, entre otros, los siguientes parámetros concluyentes respecto al supuesto analizado:

1) Reconoció que, tras el nacimiento, el menor viajó a España en compañía de su madre con quien continuó residiendo en compañía de sus progenitores, prestándole la tutela y cuidados necesarios en el domicilio familiar que compartían.

2) Se analizaron con fuerte crítica las distintas estipulaciones del contrato de maternidad subrogada realizado a través de agencia intermediaria en el Estado

de Tabasco, alegándose las numerosas infracciones que se hacían de derechos constitucionales⁶⁷.

3) Señala que la gestación por sustitución comercial vulnera gravemente los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución española, así como los convenios internacionales sobre derechos humanos.

4) Reitera que la pretensión de reconocer la filiación determinada por una autoridad extranjera, como consecuencia de un contrato de gestación subrogada, es manifiestamente contraria al orden público español.

5) Alude al argumento relativo a “venta de niños”, apoyándose en el art. 35 de la Convención sobre los Derechos del Niño⁶⁸, y en los arts. 1 y 2 del Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la Pornografía⁶⁹.

67 En el contrato de gestación por sustitución celebrado entre la comitente y la gestante, y aportado al procedimiento de referencia, existen, entre otras, las siguientes cláusulas sobre las que no podemos manifestar más que nuestra más rotunda oposición al ser claramente infractoras de varios derechos personales: Intervención de agencia intermediaria; sometimiento de la gestante de exámenes médicos, análisis de sangre y pruebas psicológicas según lo exija la comitente; la gestante renuncia a todos los derechos de confidencialidad médica y psicológica; se llevarán a cabo tantas transferencias embrionarias hasta terminar con los embriones; se llevarán a cabo hasta tres transferencias por cada ciclo de reproducción asistida; no existe la posibilidad de reducción embrionaria; la gestante deberá tomar medicamentos para el ciclo de transferencia embrionaria por vía oral, por inyección o intravaginal en horarios específicos y durante periodos prolongados de tiempo, según indicación médica; la gestante deberá someterse a todas las pruebas médicas que se exijan, incluido ultrasonidos o pruebas frecuentes de sangre; la gestante deberá permanecer tres días en cama tras la transferencia embrionaria; la gestante deberá informar semanalmente a la futura madre de todos los resultados médicos, ecografías y citas relacionadas con el embarazo; puede exigirse a la gestante una dieta nutricional, abstinencia de relaciones sexuales, abstinencia de tatuajes, perforaciones y efectos de cirugía estética, interrupción de la práctica de ejercicio, prohibición de automedicación, aunque sea natural, abstenerse de fumar o tomar drogas o bebidas alcohólicas -incluso vino o bebidas energéticas o con cafeína- y no exponerse a los humos del tabaco; la gestante no podrá comer carne o pescado crudo ni exponerse a excrementos de animales; la gestante no se someterá a esfuerzos físicos; La gestante podrá ser sometida al azar y sin aviso previo a test de drogas, alcohol o tabaco según petición de la comitente; la gestante se abstendrá de participar en cualquier actividad o empleo que pueda afectar al embarazo; la gestante no podrá levantar objetos pesados ni someterse a radiografías o sustancias nocivas o practicar deportes peligrosos; la gestante no podrá salir de México durante la duración del contrato, ni salir de la ciudad o cambiar de domicilio, salvo permiso de la madre comitente en caso de urgencia; a partir de la semana 30 de gestación la gestante no podrá alejarse más de 50 millas del hospital acordado, salvo autorización de la madre comitente; en el sexto mes de embarazo la gestante tendrá que tener su domicilio en la ciudad de Tabasco donde permanecerá hasta el parto; la agencia o madre comitente deberá reservar todas las citas médicas y será autorizada para hablar directamente con el médico; la gestante acepta someterse a pruebas de diagnóstico prenatal y a una amniocentesis, muestras de vello crónica cuando lo solicite el médico o la madre comitente; en caso de que la gestante sufra cualquier enfermedad o lesión potencialmente mortal – por ejemplo muerte cerebral- la futura madre tiene el derecho mantenerla con vida hasta el nacimiento; la gestante acepta someterse a una cesárea para el nacimiento del niño; la gestante solo se someterá a un aborto cuando se certifique que su vida corre en peligro; la gestante tras el parto no intentará ponerse en contacto con el niño ni con la futura madre (...)

68 Art. 35 de la CDN: “Los Estados tomarán todas las medidas de carácter nacional, bilateral y multilateral que sean necesarias para impedir el secuestro, la venta o la trata de niños para cualquier fin o en cualquier forma”. En este sentido, la Sentencia, en su Fundamento de Derecho Tercero, hace referencia al Informe emitido por la Relatora Especial sobre la venta y la explotación sexual de niños de la Asamblea General de la ONU, 15 enero 2018, en el que la expresión del art. 35 “para cualquier fin o en cualquier forma”, supone que la gestación por sustitución no es una excepción a la prohibición de venta de niños establecida en la norma.

69 El art. 2 de citado Protocolo define la venta de niños como “todo acto o transacción en virtud del cual un niño es transferido por una persona o grupo de personas a otra a cambio de remuneración o cualquier

6) Señala que el intercambio del niño por dinero resulta gravemente lesivo para su dignidad e integridad moral al considerarle un objeto contractual y atentar contra su derecho a conocer el origen biológico.

7) Refiere numerosas vulneraciones de los derechos de la mujer gestante y del niño al ser tratados como meros objetos. Por una parte, se cosifica al niño, y por otra, se impone a la gestante importantes limitaciones a su autonomía personal, atacando su integridad física y moral, siendo ello absolutamente incompatible con la dignidad de todo ser humano. Alude a la imaginación a la hora de poder descifrar la precaria situación económica en la que debe encontrarse la gestante al aceptar someterse a un trato inhumano y degradante que vulnera sus más elementales derechos a la intimidad, integridad física y moral, dignidad y autonomía personal.

8) Critica duramente el papel de las agencias intermediarias que, de igual forma, constituye una práctica vulneradora de los derechos fundamentales⁷⁰.

9) Recuerda que el Parlamento Europeo condena la práctica de la gestación por sustitución por ser contraria a la dignidad de la mujer al utilizarse su cuerpo y sus funciones reproductivas como materia prima y con fines financieros⁷¹. De igual forma, recuerda que el Comité de Bioética de España es contrario a esta práctica⁷².

10) Insiste en que el contrato de gestación por sustitución entraña una explotación de la mujer y un daño a los intereses superiores del menor.

11) Manifiesta que el contrato de gestación subrogada puede suponer un delito tipificado en el art. 221.1 del Código Penal cuando se hayan eludido los procedimientos aplicables a la guarda, acogimiento o adopción.

12) Atiende al art. 26.2 de la Ley 54/2007, 28 diciembre, sobre Adopción Internacional⁷³ que exige que, para la validez de las adopciones internacionales, no se puede vulnerar el orden público. Concretamente, hace referencia a adopciones

otra retribución". En este aspecto, también la Sentencia, en su Fundamento de Derecho Tercero, hace referencia al Informe emitido por la Relatora Especial sobre la venta y la explotación sexual de niños de la Asamblea General de la ONU, 15 enero 2018, en el que la expresión del art. 2.a) del Protocolo establece que concurre los tres elementos exigidos en la definición: Remuneración o cualquier retribución, traslado del niño e intercambio del niño por entrega de dinero. En este último apartado se indica que no es necesario que el intercambio tenga que ser actual ni que el niño ya haya nacido, sino que puede ser futura como ocurre con la gestación subrogada.

70 La sentencia, en su fundamento Cuarto.6. denuncia que las agencias sobre gestación subrogada actúan sin ninguna traba en España, haciendo publicidad ilícita si se tiene en cuenta el art. 3.1 de la Ley General de Publicidad (RCL 1988/2279).

71 Así se recoge en el apartado 115 de la Resolución del Parlamento Europeo, 17 diciembre 2015, sobre el Informe Anual sobre los Derechos Humanos y la Democracia.

72 El Comité de Bioética de España, en su informe de 2017, estableció que el deseo de una persona de tener un hijo, por muy noble que sea, no puede realizarse a costa de los derechos de otras personas.

73 RCL 2007, 2383.

en cuya constitución no se haya respetado el interés superior del menor, en particular cuando se haya prescindido de los consentimientos, y audiencias necesarias, o cuando se constate que no fueron libres, informados o se obtuvieron mediante pago o compensación⁷⁴.

13) Alude a que España es firmante de la Convención de la ONU sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, 18 diciembre 1979, la cual, en su art. 6, conmina a los Estados miembros a adoptar medidas precisas para suprimir todas las formas de trata de mujeres, en las que puede incluirse la situación de la gestante que deriva de un contrato de gestación subrogada comercial.

Por todo ello, el TS finaliza argumentando que, si realmente existe el núcleo familiar y el menor tiene relaciones de facto con quien pretende el reconocimiento de la relación paterno o materno-filial, la solución que ha de buscar tanto el comitente como las autoridades públicas intervinientes es permitir el desarrollo de esos vínculos, de acuerdo con la jurisprudencia de la Sala Primera y del TEDH, quienes ya han reconocido la existencia de un vida familiar de facto, incluso en ausencia de lazos biológicos, siempre que existan unos lazos personales afectivos y los mismos tengan una duración relevante. En estos casos, por tanto, cuando quien solicita el reconocimiento de la relación de filiación es la madre comitente, la única vía por la que puede obtenerse la determinación es a través la de la adopción⁷⁵. En este sentido, pone de manifiesto el Dictamen del TEDH, 10 abril 2019, que acepta la adopción como uno de los mecanismos más satisfactorios del interés superior del menor en la medida en que el procedimiento establecido por la legislación nacional garantice que puede aplicarse con prontitud y eficacia. El Tribunal entiende que, en el presente supuesto, de las pruebas aportadas, puede inferirse que el requisito de la idoneidad podrá obtenerse con prontitud y que la cuestión relativa a la diferencia de edad no tiene carácter absoluto.

Por último, el Pleno entiende que, de reconocerse la filiación derivada de un contrato de gestación por sustitución de una manera automática, y a pesar de ser conscientes de que se están vulnerando los derechos de las gestantes y de los propios niños⁷⁶ a los que se trata como simples mercancías, sin ni siquiera comprobar la idoneidad de los comitentes para ser reconocidos como titulares de

74 Alude el TS al art. 3 del Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía, por el que los Estados firmantes deben tipificar como delito la actuación consistente en inducir indebidamente, en calidad de intermediario, a alguien a que preste su consentimiento para la adopción de un niño en violación de los instrumentos jurídicos internacionales aplicables en materia de adopción, tanto si se ha cometido dentro como fuera de sus fronteras.

75 Cuando quien la solicita es el padre biológico, la vía es contemplada en el art. 10.3 LTRHA, y consiste en la interposición judicial de una acción de reclamación de paternidad.

76 El Tribunal se remite a los asuntos del TEDH; Paradiso y Campanelli c. Italia (STEDH, 24 enero 2017) y Fjölinsdóttir y otros c. Islandia (STEDH 18 mayo 2021).

patria potestad, provocaría que en España se facilitara la actuación de las agencias de intermediación asegurándose potenciales clientes.

V. CONCLUSIONES.

Atendiendo a todo el análisis realizado a lo largo del trabajo podemos comprobar que el panorama nacional español en materia de gestación por sustitución se encuentra inmerso en una grave incoherencia normativa donde, por un lado, la Dirección General de los Registros y del Notariado, así como la Sala Cuarta de lo Social del TS se muestran a favor de las inscripciones de niños de españoles nacidos a través de acuerdos de gestación por sustitución en el extranjero y, por otro, la Sala Primera de lo Civil del Alto Tribunal que se muestra radicalmente contraria. En realidad, de lo que se manifiesta absolutamente en contra es de reconocer el mecanismo de inscripción “directa” de estos nacimientos. Lo cierto es que, como hemos podido comprobar, en el fondo reconoce la figura de la gestación por sustitución y le otorga efectos, aunque sea dando un rodeo procesal para llegar al mismo fin. Por ello, en nuestra opinión, entendemos que ha llegado el momento de realizar una regulación concreta de la gestación por sustitución en España que de luz a esta dispersión normativa y, en conclusión, resuelva estos conflictos que cada vez emergen con mayor frecuencia.

Además de esto, no podemos obviar las reiteradas condenas que el Tribunal Europeo de Derecho Humanos (TEDH) ha dictado contra Francia por casos similares al contemplado en el “asunto Valencia”⁷⁷. Destacan en la materia los asuntos franceses *Mennesson*⁷⁸, *Labassee*⁷⁹, *Bouvet*⁸⁰, *Foulon*⁸¹ y *Laborié*⁸². Es evidente que los argumentos jurídicos en los que el Tribunal europeo basa citadas condenas no pueden pasar por alto para los organismos públicos españoles. Estas

77 Como consecuencia de estas sentencias, dictadas contra Francia en junio de 2014, es decir, unos meses después de que la Sala Primera del Tribunal Supremo dictara la sentencia de 6 febrero 2014 denegando la inscripción de los menores en el “asunto Valencia”, los comitentes plantearon la nulidad de citada resolución basándose precisamente en estas decisiones del TEDH (casos *Mennesson* y *Labassee* contra Francia) en los que se ordenaba la inscripción de los menores en el Registro Civil francés por aplicación del art. 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos que protege el derecho a la vida privada y familiar. Nuestro Alto Tribunal, a través de Auto de 2 de febrero de 2015 (RJ 2015, 141), desestimó la petición de nulidad de sentencia, ratificando en su integridad la anterior. Entendió que los casos franceses distaban del español y no guardaban una completa identidad similar puesto que, Francia, había dejado completamente desprotegidos a los menores, mientras que, nuestro Tribunal Supremo, había propuesto soluciones legales para resolver el conflicto y que finalmente se lograra que los menores pudieran acceder al Registro Civil español.

78 STEDH, 26 de junio 2014 (JUR 176908).

79 STEDH, 26 junio 2014 (JUR 176905).

80 STEDH, 21 de julio 2016 (TEDH, 61).

81 STEDH, 21 julio 2016 (TEDH, 61).

82 STEDH, 17 de enero 2017 (JUR 25806).

decisiones⁸³ del TEDH son vinculantes para los Estados miembros y, por ende, deben ser aplicados en nuestro país.

Por todo ello, creemos que la mejor vía de modificación pasa por reformar el art. 10 LTRHA. Es necesario que se legisle en base a una serie de garantías que aseguren los derechos de todas las partes intervinientes, con limitaciones, pautas y una serie de obligados requisitos que ineludiblemente deberán respetar las partes en cualquier acuerdo de gestación por sustitución. Es evidente que los que abogan por un modelo regulado de la gestación subrogada no atienden al modelo seguido en Tabasco o Ucrania. Lo que evidencia esto es que con una ausencia de regulación se producen más abusos. Si España decide regular esta figura con garantías y límites que protejan a la mujer gestante y a los niños, evitaremos que sigan sucediéndole estas situaciones. La realidad es que la gestación por sustitución ha llegado a España y lo ha hecho para quedarse. No escondamos la cabeza y reconozcamos que el conflicto irá a mayores si no ponemos un remedio. Lo importante ya no es decantarse a favor o en contra de la gestación por sustitución, sino ser conscientes de que existe y de que no a desaparecer.

Atendiendo a todo lo anterior, con la finalidad de intentar aportar una solución de calidad al conflicto que actualmente se sigue generando, nos atrevemos a formular la siguiente propuesta de Ley.

VI. UNA PROPUESTA LEGISLATIVA SOBRE GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN EN ESPAÑA.

El objetivo final de este trabajo descansa en ofrecer una propuesta legislativa personal sobre gestación por sustitución en España. En todo caso, debemos dejar constancia de que, en nuestra opinión, el cauce de reforma más adecuado pasará por modificar el art. 10 LTRHA de 2006.

Debemos tener en cuenta que regular la gestación por sustitución es una tendencia al alza en el derecho comparado. Así, la mayor parte de países que han optado por esta idea lo han hecho en los últimos diez años. Lo cierto es que en nuestro país los niños españoles cuyos padres han optado por esta vía de procreación en el extranjero, quedan en un limbo legal en el que se viola su derecho a gozar de una única identidad, así como su derecho a ser inscritos desde el mismo momento de su nacimiento. Por ende, se quebranta también

83 También son referentes en la materia los asuntos Paradiso & Campanelli contra Italia (STEDH, 25358, 27 de enero 2015 y STEDH, Gran Sala, ECHR 034, 24 enero 2017) y el reciente asunto Valdis Fjölfnisdóttir contra Islandia (STEDH, 18 mayo 2021) A pesar de que en estos casos no se ordena la inscripción de los menores a favor de los comitentes, ni se condena a los países demandados al entender que sus normativas están dentro del margen de actuación permitido en cuanto a la discrecionalidad de las legislaciones nacionales, hay que indicar que su fundamentación jurídica es elemental para entender la gestación por sustitución. En estos fallos destaca la defensa del TEDH del componente biológico de los comitentes en los casos de gestación subrogada.

su derecho a la vida privada y a poseer una nacionalidad determinada y unos derechos sucesorios respecto a sus progenitores intencionales.

El hecho de que esta práctica exista y haya llegado a España con la intención de quedarse lleva aparejada la responsable necesidad de los Estados de crear una regulación de calidad, pautada, con garantías y limitaciones, que asegure los derechos de todas las partes involucradas. De igual forma se logrará evitar no solo el llamado “turismo reproductivo”, sino las graves discriminaciones económicas que existen actualmente entre los poderosos que pueden optar a ella, frente a los menos afortunados en poder adquisitivo económico.

La propuesta legislativa que defendemos está basada en los siguientes criterios:

1) Creemos que en España únicamente debería permitirse la gestación por sustitución de tipo gestacional. De esta forma la mujer gestante no debe guardar ninguna vinculación genética con el niño que va a engendrar. Entendemos que, por ello, el óvulo objeto de fecundación podrá proceder tanto de la mujer comitente como de una donante de óvulos.

2) La mujer gestante tendrá que reunir una serie de requisitos:

Evidentemente deberá estar plenamente capacitada, ser mayor de veinticinco años, tener una buena salud física y psíquica acreditada por dos facultativos especialistas. De igual forma, tendrá que haber recibido asesoramiento médico, psicológico y jurídico.

En nuestra opinión es necesario que la gestante haya dado a luz previamente a un hijo propio que no haya padecido enfermedad genética o transmisora. Únicamente así se podrá entender que el consentimiento que presta esa mujer para gestar el hijo de otros es absolutamente libre, consciente y voluntario, al haber experimentado antes lo que significa un embarazo y posterior parto.

En cuanto a estos requisitos, al objeto de evitar que la cesión de la capacidad gestacional se pueda convertir en una profesión, creemos que debe imponerse un límite de dos gestaciones por mujer.

3) A su vez los comitentes tendrán que reunir una serie de requisitos.

Podrá ser comitente una persona sola o una pareja, casada o no casada. Todo ello con independencia de su orientación sexual. En el caso de que la pareja no está casada deberá acreditar un periodo de relación estable por un tiempo mínimo de dos años.

Se entiende que cualquier comitente que intervenga en un acuerdo de gestación por sustitución tiene que estar plenamente capacitado y haber recibido, al igual que la gestante, asesoramiento psicológico y jurídico. Tendrá que ser mayor de veinticinco años, y en el caso de ser pareja bastará con que uno de ellos alcance esa edad.

4) Técnica residual excepcional y aportación genética:

Entendemos que la gestación por sustitución debe tratarse de una técnica residual. Por ello los comitentes tendrán que acreditar su imposibilidad de concebir o de llevar a cabo un embarazo a término sin riesgo para la salud de la madre o la del niño. Esta situación deberá ser contemplada a través de dos informes facultativos independientes.

En cuanto a la aportación genética pensamos que lo más adecuado para evitar abusos relacionados con menores es que los comitentes deban, en la medida de lo posible, aportar su material genético para la fecundación. En casos excepcionales de imposibilidad médica acreditada de ambos comitentes, en el caso de intervenir en pareja, podrán acceder a la gestación por sustitución a través de material genético donado. Esta excepción también será de aplicación cuando se trate de un comitente en solitario y acredite la anterior imposibilidad.

5) Defendemos la exigencia de autorización judicial previa a cualquier implantación embrionaria en la gestante:

De esta forma, todas las partes intervinientes en el acuerdo de gestación por sustitución deberán solicitar ante el juez (entendemos apropiada la competencia del juez de familia) que autorice la técnica pretendida por las partes. Para ello deberán acompañar junto a la solicitud un acuerdo de gestación por sustitución firmado por todas las partes, al objeto de que sea homologado judicialmente.

En citado acuerdo de gestación por sustitución deberá constar inexcusablemente el carácter gratuito del mismo. En este sentido, la única cantidad previsible, siempre en concepto de compensación económica en beneficio de la gestante, y a cargo de la parte comitente, no deberá superar la que el Ministerio de Sanidad publique oficialmente o asiente a través de la publicidad de las bases para su cálculo. Esta cantidad únicamente estará destinada a compensar gastos médicos, de traslado, de asesoramiento legal y psicológico, y todos aquellos que sean directamente derivados de la gestación en relación con el embarazo, parto y posparto.

En el contrato de gestación por sustitución tendrá que acreditarse que la parte comitente ha realizado la contratación de un seguro por valor de 100.000 euros,

a su costo, y a favor de la gestante. De esta forma podrán asegurarse todas las contingencias que puedan derivarse de la gestación, parto y posparto.

Con la intención de evitar conflictos futuros entre las partes, derivados de circunstancias sobrevenidas que puedan darse tras la homologación del acuerdo, entendemos necesario que en el acuerdo se incluyan cláusulas relativas a la imposibilidad de la mujer gestante de interrumpir voluntariamente el embarazo no causal, de acuerdo con lo establecido en la LO 2/2010, de 3 de marzo, de Salud Sexual y Reproductiva y de la Interrupción del Embarazo⁸⁴. En caso contrario se podrán incluir cláusulas penales indemnizatorias a las que se compromete la gestante de no respetar lo anterior:

De igual forma, tendrá que recogerse una estipulación relativa a la posibilidad de opción de la parte comitente de decidir interrumpir del embarazo en el caso de que se acredite, por parte de dos facultativos especialistas en ginecología y obstetricia, que el niño padece o puede padecer problemas serios de salud de difícil o segura incompatibilidad con una vida digna. A tal fin se tendrán en cuenta las causas y requisitos que prevé la LO 2/2010, de 3 de marzo de Salud Sexual y Reproductiva y de la Interrupción del Embarazo. Se podrán incluir cláusulas penales indemnizatorias a las que se compromete la gestante de no respetar lo anterior.

6) En cuanto a la documentación que debe acompañarse al acuerdo:

Tendrá que aportarse copia de la documentación acreditativa de la identidad de todos los intervinientes. De igual forma, tendrán que aportarse los siguientes certificados: certificados médicos relativos a la parte comitente que acrediten la imposibilidad de concebir o llevar un embarazo a término sin riesgo para la salud de la mujer o del niño, certificados médicos que acrediten el buen estado de salud físico y psíquico de la gestante, certificados de todas las partes de haber recibido asesoramiento, médico, psicológico y jurídico, certificado acreditativo de que el material genético a utilizar pertenece al menos a uno de los comitentes. En el caso excepcional de que, siendo un único comitente, o ambos en el caso de ser pareja, no se pueda aportar material genético por razones médicas, deberá acreditarse esta circunstancia. Por último, las partes podrán aportar cualquier otra documentación que encuentren de interés para obtener la autorización a la técnica reproductiva solicitada.

7) Exigencia de la intervención y posterior dictamen de un equipo multidisciplinar de nueva creación (adscrito a los Juzgados).

84 BOE núm. 55, de 4 de marzo de 2010.

Este equipo tendrá que estar formado, al menos, por un médico clínico, un psicólogo, un trabajador social y un abogado cualificado en la materia. Este equipo, una vez examinados los certificados presentados por las partes, realizará un examen personal individualizado de cada uno de los solicitantes al objeto de valorar su idoneidad en relación con el pretendido rol que cada uno desempeña en el contrato. Para ello se realizará además una evaluación clínica de interés, es decir, por un lado, respecto a la aptitud de la gestante para realizar y asumir su papel en el acuerdo de gestación, y por otro, el relativo a la aptitud del comitente o comitentes para ser padres por subrogación.

Una vez emitido el correspondiente informe se remitirá al juez competente quien señalará día y hora para la celebración presencial de la audiencia. A la misma deberán acudir todas las partes personalmente, siendo advertidos en la notificación de su obligación de comparecer.

8) Trámite de audiencia:

Durante el desarrollo de la audiencia el juez deberá asegurarse de que el comitente o comitentes consienten el vínculo jurídico de filiación con el niño, el cual se establecerá desde el mismo momento de la autorización judicial. De igual modo, se asegurará de que consienten la imposibilidad de arrepentirse desde el mismo momento en que se dicte la autorización judicial del acuerdo de gestación por sustitución.

La gestante deberá aceptar expresamente que renuncia a cualquier vínculo jurídico con el niño, así como a cualquier plazo de arrepentimiento. De igual manera, deberá aceptar expresamente que entregará al niño al comitente o comitentes desde el mismo momento de su nacimiento, renunciando definitivamente a cualquier derecho sobre él. En este caso, de estar casada, el cónyuge de la gestante deberá igualmente prestar su consentimiento a efectos de la presunción de paternidad del esposo regulada en el art. 116 CC.

Por último, todas las partes ratificarán el acuerdo manifestando que son conscientes y que comprenden todas y cada una de las consecuencias recogidas en el acuerdo de gestación por sustitución.

9) En cuanto a la homologación del acuerdo, el juez podrá hacerlo siempre que se entienda que se respeta y protege el interés del menor y se haya obtenido un informe favorable por parte del equipo multidisciplinar. A su vez, tendrá que comprobarse que las partes reconocen, aceptan y consienten las consecuencias, derechos y obligaciones que derivan del contrato de gestación por sustitución ratificado. También se deberá tener constancia, a través del correspondiente oficio judicial, del acta remitida desde el registro de gestación por sustitución

acreditativo de que la mujer gestante no ha actuado como tal en más de una ocasión.

10) Efectos de la autorización judicial:

La autorización judicial se emitirá a través de resolución judicial. En la misma se declarará que la parte comitente tiene vínculo jurídico de filiación respecto del niño que nazca como consecuencia del acuerdo de gestación por sustitución. La filiación quedará establecida entre la persona nacida y la parte comitente, con independencia del aporte genético y en base a la voluntad procreacional. Para ello, se aportará la prueba de nacimiento, la identidad del comitente o comitentes y la resolución judicial.

En base a lo anterior, hay que tener en cuenta que la parte comitente no tendrá acción de impugnación de la filiación del hijo nacido a través de gestación por sustitución cuando haya mediado consentimiento válido, libre, consciente y voluntario, y autorización judicial del mismo. De igual manera, la gestante no podrá reclamar su maternidad, ni podrá oponerse a que el niño sea entregado, criado y cuidado por los comitentes.

Una vez emitida la resolución judicial se podrá solicitar la práctica reproductiva en un centro homologado, dentro de los permitidos por la LTRHA 2006. El centro de salud interviniente no podrá proceder a ninguna transferencia embrionaria sobre la gestante sin la notificación previa de la correspondiente autorización judicial. Tampoco podrá realizarse ésta transcurrido un año desde la fecha de firmeza de dicha autorización. Ante el quebrantamiento de esta exigencia se aplicarán las sanciones establecidas en la LTRHA, con carácter de muy grave.

11) La partida y el certificado de nacimiento del niño:

Se emitirá haciendo constar la filiación a favor del comitente o comitentes y sin dejar constancia alguna del nombre de la gestante. En ningún caso se podrán reflejar datos que puedan inferir que el nacimiento del niño ha sido consecuencia de un acuerdo de gestación por sustitución.

12) Ante cualquier conflicto que pueda producirse en torno al acuerdo de gestación por sustitución, será el mismo juzgado que emitió la autorización judicial el que deba conocer del mismo. De igual forma, ante la resolución de cualquier conflicto derivado de estos acuerdos se atenderá siempre en base al interés superior del menor, así como a las voluntades expresadas por las partes en el contrato.

13) Creación del Registro de Acuerdos de Gestación por Sustitución:

Una vez permitida esta técnica en nuestro ordenamiento jurídico creemos necesaria la creación y puesta en funcionamiento de un registro de acuerdos de gestación por sustitución en los que queden registrados todos los contratos existentes. Entendemos que lo más apropiado es que dependa directamente del Ministerio de Sanidad y que se registren todos los datos identificativos relativos a las mujeres que actúan como gestantes. La información del registro no tendrá carácter público y únicamente podrán acceder las personas interesadas, los jueces o las administraciones públicas en el desempeño de su labor. En este registro constarán igualmente de forma restringida los datos de identidad de los hijos nacidos a través de esta técnica.

Por último, entendemos adecuado que las personas nacidas como consecuencia de estos acuerdos tienen derecho a conocer la identidad de la mujer que le gestó y le alumbró. A tal fin, alcanzada la mayoría de edad, o en la minoría a través de la asistencia de su representante legal, podrán acceder al expediente judicial, así como a la información existente en el registro. En consecuencia, los órganos públicos y privados correspondientes tendrán la obligación de proporcionarles dicha información. La revelación de la identidad de la gestante en ningún caso producirá lazos de filiación ni obligación legal alguna entre partes.

14) Falta de autorización judicial

En el caso de celebrarse un acuerdo de gestación por sustitución sin haberse obtenido la autorización judicial del mismo, la filiación quedará determinada por las reglas de la filiación natural generales del Código Civil y de la legislación aplicable.

BIBLIOGRAFÍA

CALVO CARAVACA, A. L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: “Notas críticas en torno a la Instrucción de la DGRN de fecha 5 de octubre de 2010, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, marzo, 2012.

DAVIES, T.: “Cross-Border Reproductive Care: Quality and Safety Challenges for the regulator”, *Fertility & Sterility*, 2010.

DE VERDA y BEAMONDE, J. R.: “Inscripción de hijos nacidos mediante gestación por sustitución (a propósito de la sentencia del Juzgado de Primer Instancia nº 15 de Valencia, de 15 de septiembre de 2010)”, *Diario La Ley*, núm. 7501, Sección Tribuna, 2010.

DÍAZ ROMERO, M.R. “La gestación por sustitución en nuestro ordenamiento jurídico”, *Diario La Ley*, núm. 7527, Sección Doctrina, 2010.

DURÁN AYAGO, A.: “El acceso al Registro Civil de certificaciones extranjeras a la luz de la Ley 20/2011: relevancia para los casos de filiación habida a través de gestación por sustitución”, *AEDIPr*, Tomo XII, 2012.

FARNÓS AMORÓS, E.: “La filiación derivada de reproducción asistida: voluntad y biología”, *ADC*, LXVIII, fasc. I, 2015.

FERNÁNDEZ ECHEGARAY, L.: *La gestación por sustitución y la reproducción humana asistida en España: ¿Incoherencia normativa o legislación garantista?*, Aranzadi, 2019.

FERNÁNDEZ-SANCHO TAHOCES A. S.: “Eficacia jurídico registral del contrato de gestación subrogada”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 6, (Parte Estudio), 2011.

GARCÍA ALGUACIL, M. J.: “Incoherencia legislativa o despropósito judicial: A propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014”, *Revista Doctrinal Aranzadi*, Civil-Mercantil, núm. 3, vol. 2, 2014.

JIMÉNEZ MARTÍNEZ, M. V.: “La inscripción de la filiación derivada de la gestación por sustitución. Problemas actuales”, *Anuario Facultad de Derecho-Universidad de Alcalá*, 2012.

LAMM, E.:

- *Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada ni vientres de alquiler*, Colección de Bioética, Cátedra UNESCO de Bioética de la Universidad de Barcelona, 2013.

- “Una vez más sobre la gestación por sustitución, porque sin marco legal se siguen sumando violaciones a derechos humanos”, *Ars Iuris Salmaticensis, Estudios, Ediciones Universidad de Salamanca*, Vol. 4, junio 2016.

LASARTE ÁLVAREZ, C.: “La reproducción asistida y la prohibición legal de la maternidad subrogada admitida de hecho por vía reglamentaria”, *Diario La Ley*, núm. 7777, 2012.

MÉNDEZ BAIGES, V. y SILVEIRA GORSKI, H. C.: *Bioética y derecho*, Edit. UOC, Barcelona, 2007.

MUÑOZ DE DIOS SÁEZ, L. F.: “¿Se ha legalizado o no el alquiler de vientres?”, *El Notario del Siglo XXI*, núm. 34, 2010.

PÉREZ MONGE, M.: “Cuestiones actuales de la maternidad subrogada en España: Regulación versus realidad”, *Revista de Derecho Privado*, 2010.

SALAS CARCELLER, A.: “El registro civil español y la filiación surgida de la gestación por sustitución”, *Aranzadi Civil*, núm. 10/2011, Parte Tribuna, 2011.

SHENFIELD, F., DE MOUZON, J., PENNINGS, G., FERRERETTI, A. P., GOOSSENS, V.: “ESHRE’s good practice guide for cross-border care for centers and practitioners”, *Human Reproduction*, vol. 26, 2011.

SOUTO GALVÁN, B.: “Aproximación al estudio de la gestación por sustitución desde la perspectiva del bioderecho”, *Foro Nueva Época*, núm. 1, 2005.

VELA SÁNCHEZ, A, J.:

- “Comentario a la iniciativa legislativa popular para la regulación de la gestación por subrogación en España”, *Diario La Ley*, núm. 8457, Sección Doctrina, 2015.
- “De nuevo sobre la regulación del convenio de gestación por sustitución o de maternidad subrogada en España: A propósito de la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 23 de noviembre de 2011”, *Diario La Ley*, núm. 7815, Sección Doctrina, Año XXXIII, 2012.
- *La maternidad subrogada: estudio ante un reto normativo*, Comares, Granada, 2012.