



Universidad de Valladolid

Facultad de Derecho

Trabajo de Fin de Grado

Doble Grado en Derecho y Administración y Dirección de
Empresas

La Maternidad Subrogada en el ámbito del Derecho de Familia: los problemas de filiación

Presentado por:

Andrea Rábano Pérez

Tutelado por:

Cristina Guilarte Martín-Calero

Valladolid, 20 de julio de 2022

RESUMEN

El presente trabajo trata de dilucidar uno de los asuntos más controvertidos hoy en día, la maternidad subrogada. De acuerdo con el artículo 10 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, el contrato de gestación por sustitución, como técnica de reproducción, es declarado nulo de pleno derecho en nuestro ordenamiento jurídico.

A pesar de esta declaración, son muchas las personas que deciden acudir a otros países para contratar los servicios de una mujer gestante en orden a cumplir sus deseos de convertirse en padres. Esta práctica ha dado lugar a una importante jurisprudencia, no solo de los Tribunales españoles, sino también del TEDH. De esta forma, el reconocimiento de la filiación, acreditada por autoridades extranjeras, de estos menores ha generado un profundo debate en nuestro país y en los países de nuestro alrededor.

Palabras clave: maternidad subrogada, gestación por sustitución, interés superior del menor, filiación, familia.

ABSTRACT

This study attempts to elucidate one of the most controversial issues today, surrogate motherhood. Based on Spain's law 14/2006, of May 26, about Assisted Human Reproduction Techniques, the surrogacy contract, as a reproduction technique, is declared null and void in our legal system.

Despite this statement, there are many people who decide to go to other countries to hire the services of a pregnant woman in order to fulfill their wishes of becoming parents. This practice has given rise to important jurisprudence, not only from the Spanish Courts, but also from the ECHR. In this way, the recognition of the affiliation, accredited by foreign authorities, of these minors has generated a profound debate in our country and in the countries around us.

Keywords: Surrogate motherhood, surrogacy, supreme interest of the child, filiation, family.

ÍNDICE

ABREVIATURAS.....	5
1. INTRODUCCIÓN.	6
1.1. Objeto y delimitación del trabajo.	8
2. CONCEPTO, CAUSAS Y MODALIDADES DE LA MATERNIDAD SUBROGADA.	9
2.1. Aproximación al concepto de maternidad subrogada y sus diferentes acepciones.....	9
2.2. Causas y modalidades de la maternidad subrogada.	13
2.2.1. <i>La gestación por sustitución gestacional o parcial.</i>	15
2.2.2. <i>La gestación por sustitución tradicional, plena o total.</i>	16
3. ASPECTOS JURÍDICO-ÉTICOS QUE ACOMPAÑAN LA PRÁCTICA DE LA MATERNIDAD SUBROGADA. LOS DERECHOS INVOLUCRADOS.....	18
3.1. Derecho a la procreación <i>versus</i> derecho a la dignidad de la persona.	18
3.2. El interés superior del menor.....	21
3.3. El principio <i>mater semper certa est.</i>	24
4. MARCO JURÍDICO DE LA MATERNIDAD SUBROGADA.....	26
4.1. Análisis normativo de la gestación por sustitución desde una perspectiva internacional. 26	
4.1.1. <i>Las iniciativas aprobadas por la Organización de las Naciones Unidas.</i>	26
4.1.2. <i>Trabajos realizados por la Conferencia de La Haya sobre Derecho Internacional Privado.</i>	29
4.2. Iniciativas aprobadas en el marco de la Unión Europea.	31
4.2.1. <i>Postura del Consejo de Europa.</i>	31
4.2.2. <i>Postura de la Comisión Europea.</i>	33
4.2.3. <i>Postura del Parlamento Europeo.</i>	33
4.3. Regulación de la maternidad subrogada en el ordenamiento jurídico español.	36
4.3.1. <i>Constitución Española de 1978.</i>	36

4.3.2.	<i>Normativa civil y penal</i>	37
4.3.3.	<i>Normativa bio-jurídica</i>	39
5.	JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS.	43
5.1.	Asuntos Mennesson y Labassée c. Francia.	43
5.2.	Asunto Paradiso y Campanelli c. Italia.	48
6.	DETERMINACIÓN DE LA FILIACIÓN A TRAVÉS DE LAS RESOLUCIONES Y LA JURISPRUDENCIA MÁS RELEVANTE SOBRE LA MATERNIDAD SUBROGADA EN EL ÁMBITO NACIONAL.	54
6.1.	Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 18 de febrero de 2009.	54
6.2.	Sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº. 15 de Valencia, de 15 de septiembre de 2010 (núm. 193/2010).	57
6.3.	Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010.	60
6.4.	Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014.	63
6.4.1.	<i>Argumentos del voto discrepante de la minoría en la STS</i>	70
6.5.	Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de marzo de 2022.	72
7.	CONCLUSIONES.	77
8.	REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.	80
8.1.	Manuales, artículos de revista e informes.	80
8.2.	Fuentes normativas	84
8.3.	Resoluciones de la DGRN.	86
8.4.	Jurisprudencia.	86

ABREVIATURAS

Art. (arts.)	Artículo (s)
CC	Código Civil
CE	Constitución Española
CEDH	El Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales
CP	Código Penal
DDFF	Derechos Fundamentales
DGRN	Dirección General de los Registros y del Notariado
FIV	Fecundación in Vitro
IA	Inseminación Artificial
IDGRN	Instrucción de 5 de octubre de 2010 sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución
Informe Palacios	Informe de la Comisión Especial Parlamentaria de Estudio de la Fecundación in vitro y la Inseminación Artificial Humanas de 10 de abril de 1986.
LTRA	Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida
LTRHA	Ley sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida
RDGRN	Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado
SJPI	Sentencia del Juzgado de Primera Instancia
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TS	Tribunal Supremo
UE	Unión Europea

1. INTRODUCCIÓN.

Los importantes avances médicos y descubrimientos científicos que se han venido desarrollando durante las últimas décadas han propiciado una transformación en el ámbito de la maternidad. Y es que, la clásica y tradicional institución de la familia ha sido sometida a un profundo cambio como consecuencia del desarrollo de nuevas técnicas de reproducción humana asistida. En concreto, nos estamos refiriendo al fenómeno de la gestación por sustitución o maternidad subrogada, cuya denominación más conocida en el lenguaje ordinario es “madres de alquiler” o “vientres de alquiler”.

La gestación por sustitución o maternidad subrogada o de alquiler se trata de un supuesto especial de reproducción asistida mediante el cual una mujer, sin contraprestación económica o con ella, se encarga voluntariamente de gestar un embrión, concebido artificialmente, así como de su posterior nacimiento con la pretensión de que otra mujer, hombre o pareja puedan llegar a ser padres, biológicos o no¹.

Durante sus inicios en la década de los años 70, esta práctica se llevaba a cabo de forma limitada, en supuestos excepcionales y a pequeña escala. Sin embargo, con el paso de los años, fueron surgiendo diversas organizaciones y agencias profesionales de reproducción asistida cuyo principal cometido era poner en contacto a las madres gestantes con las parejas interesadas.

En este sentido, destaca la agencia creada por el abogado Noel Keane en Estados Unidos durante los años 70 (“*Surrogate Family Service Inc.*”). Fue esta organización la que documentaría el primer acuerdo o contrato de maternidad subrogada en 1976 entre una pareja con dificultades reproductivas y la madre sustituta, se trata del caso conocido como Baby M.

Estas agencias eran conscientes de que muchas parejas estaban dispuestas a pagar altas sumas de dinero a cambio de tener su propio hijo. Por ello, se empieza a admitir la posibilidad de que la maternidad subrogada conllevara asociada algún tipo de compensación económica para la madre gestante. Es de esta forma cómo se origina el concepto coloquial de “vientres de alquiler”.

¹ VELA SÁNCHEZ, A. J.: “La maternidad subrogada: estudio ante un reto normativo”, Editorial Comares, S.L., Granada, 2012, p-1.

Como ya hemos señalado, en un inicio, se pensó en esta práctica de gestación por sustitución como una técnica de reproducción asistida de carácter excepcional a la que recurrirían personas infértiles o con imposibilidad de llevar a cabo la gestación de un bebé. Sin embargo, en la actualidad, a pesar de tratarse de una técnica profundamente costosa, se ha convertido en la vía preferente para que cualquier persona, con deseo de tener un hijo e incapacidad para gestarlo, tenga la posibilidad de convertirse en padre o madre.

Ante esta situación, los interrogantes que plantea esta figura de la maternidad subrogada son numerosos, tanto éticos, como biológicos, jurídicos e incluso religiosos, y de gran relevancia para todas las partes que intervienen en tal procedimiento: la madre gestante, los padres de intención y el recién nacido. Así pues, surge la necesidad de abordar una regulación jurídica concreta para este tipo de técnica de reproducción asistida.

En España, esta necesidad de regulación se materializó durante los años 80 mediante la aprobación de la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre Técnicas de Reproducción Asistida (más adelante LTRA). En aquel momento, esta ley española fue una de las primeras regulaciones que se promulgó sobre esta materia entre las legislaciones desarrolladas en países de nuestro entorno². Posteriormente, dicha Ley fue derogada por la vigente Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida (más adelante LTRHA) con la finalidad de ser adaptada a los importantes avances científicos constatados, así como al desarrollo de nuevas técnicas de reproducción.

No obstante, ya el artículo 10 en su apartado primero de la LTRA declaraba nulo cualquier contrato por el que se acordara la gestación subrogada. De esta forma se prohibía expresamente en nuestro ordenamiento jurídico la maternidad mediante gestación por sustitución. Dicha prohibición continua hasta nuestros días regulada en el artículo 10 de la vigente LTRHA.

A pesar de su expresa prohibición legal, esta técnica de reproducción suscita aún múltiples interrogantes a su alrededor, como *¿la concepción y gestación de un ser humano puede ser objeto lícito de un contrato?*; *¿qué sucedería en los casos en que alguna de las partes contratantes incumpliera el contrato de gestación por sustitución?*; *¿cómo se determinaría jurídicamente la maternidad o paternidad del recién nacido?*³. A lo largo

² Texto extraído de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida.

³ VELA SÁNCHEZ, A. J.: “La maternidad subrogada: estudio ante un reto normativo”, Editorial Comares, S.L., Granada, 2012, p-2.

del presente trabajo trataremos de dar una respuesta motivada a estas preguntas apoyándonos para ello en fundamentos jurídicos.

1.1. Objeto y delimitación del trabajo.

El contenido de este trabajo podrá estructurarse en tres partes claramente diferenciadas. La primera parte estará dedicada al concepto de la “maternidad subrogada”, así como a los principales derechos involucrados en su práctica. La segunda parte se dedica a describir el marco jurídico vigente en esta materia, tanto desde una perspectiva internacional, como desde un punto de vista europeo y nacional. Por último, la tercera parte trata de abordar el complejo problema que supone la filiación del recién nacido en el marco de la maternidad subrogada.

Más exhaustivamente, la primera parte del presente trabajo nos expone de forma detallada el objeto principal del mismo, el concepto de la “maternidad subrogada” o “gestación por sustitución”. También se describen las causas por las que las personas se ven abocadas a emprender el camino que supone esta técnica de reproducción asistida, así como las diferentes modalidades a las que pueden optar. En segundo lugar, se abordan los problemas éticos y jurídicos que subyacen en la idea de la maternidad subrogada, además de los derechos fundamentales que se ven implicados en ella.

La segunda parte nos describe el marco jurídico de la gestación por sustitución en tres ámbitos: internacional, europeo e interno. Para ello, se analizarán las principales iniciativas legislativas que se han venido desarrollando en cada uno de estos ámbitos territoriales.

Por último, el trabajo finaliza con la exposición de los problemas jurídicos inherentes a la filiación del recién nacido a través del estudio de las resoluciones y las sentencias más relevantes en esta materia en el ámbito nacional.

2. CONCEPTO, CAUSAS Y MODALIDADES DE LA MATERNIDAD SUBROGADA.

El marco de la reproducción humana asistida tiene como fenómeno más reciente la figura de la maternidad subrogada. Su desarrollo se debe principalmente a los avances y descubrimientos científicos y técnicos que han tenido lugar en los campos de la biotecnología y de la biomédica.

Antes de comenzar con el asunto que aquí nos ocupa, parece oportuno definir el concepto general de “técnicas de reproducción asistida”. Por tal se entienden “aquellos procedimientos que implican la intervención médica en al menos alguna de las fases de la procreación”⁴.

Por lo tanto, bajo este concepto podemos englobar las siguientes técnicas: la inseminación artificial (IA), la fecundación in vitro (FIV) y la transferencia intratubárica de gametos, siendo la gestación por sustitución una técnica derivada de alguna de las tres anteriores.

2.1. Aproximación al concepto de maternidad subrogada y sus diferentes acepciones.

Cierto es que nuestra actual legislación no entra a definir el concepto de la maternidad subrogada o gestación por sustitución, ni distingue casos, sino que únicamente se limita a mostrarlo como un hecho conocido al que niega plenos efectos en nuestro ordenamiento jurídico. Por lo tanto, nos encontramos ante una materia de tratamiento especialmente doctrinal.

Así pues, la maternidad subrogada, como supuesto especial de reproducción humana asistida, se puede definir como el proceso por el que una mujer (denominada *madre sustituta, gestante o subrogada*), mediante contraprestación o sin ella, acepta portar y gestar en su vientre un bebé, previa inseminación o transferencia de un embrión fecundado in vitro, por encargo de otra persona o de una pareja (denominados *comitentes o padres intencionales*) con el compromiso de, una vez llegado a término el embarazo, entregar el recién nacido al comitente o comitentes, biológicos o no, y renunciando a la filiación que pudiera corresponderle por el niño así nacido.

⁴ Leonseguí Guillot, R. A.: “La maternidad portadora, sustituta, subrogada o de encargo”, Boletín de la Facultad de Derecho, número 7, 1994, p- 318.

De esta forma se pueden identificar las distintas partes que intervienen en el procedimiento de la gestación por sustitución:

- En primer lugar, la madre gestante o madre sustituta. Se trata de la mujer que gestará en su vientre al bebé y renunciará a su filiación en favor de los comitentes. Podrá aportar el material genético requerido.
- En segundo lugar, los comitentes o padres intencionales. Son las personas que contratan a la gestante para convertirse en los padres jurídicos del recién nacido. A su vez, podrán haber aportado el material genético necesario para la fecundación.
- En tercer lugar, los intermediarios. Se trata de las clínicas o entidades que se ocupan, en primer lugar, de poner en contacto a los comitentes con las posibles gestantes, y, en segundo lugar, de los trámites económicos, jurídicos y médicos del procedimiento.
- Por último, los posibles donantes del material genético. En el caso de que la gestante o uno o ambos de los comitentes no hayan podido/querido aportar el material genético requerido, se recurrirá a donantes⁵.

Por lo tanto, esta técnica, también conocida, entre otras acepciones, como gestación por sustitución, por encargo o subrogada, maternidad portadora, sustituta, suplente, por encargo o subrogada, incluso vientres o madres de alquiler⁶, se basa en que una mujer lleve implantado en su útero un embrión hasta su nacimiento, encargándose de su gestación, para el beneficio de otra mujer, de un hombre o de una pareja, matrimonial o de hecho, heterosexual u homosexual⁷.

Al respecto de esta última puntualización, se debe tener en cuenta que tanto el Convenio Europeo de Derechos Humanos, como la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, en sus respectivos articulados reconocen, en primer lugar, el derecho a la maternidad de las mujeres solas y de las parejas homosexuales de lesbianas, y, en segundo lugar, el derecho a la paternidad de los hombres solos y de las parejas homosexuales de hombres, en aplicación del principio de no discriminación.

⁵ LUCAS ESTEVE, A.: “La gestación por sustitución”, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 2019, p-29.

⁶ A pesar de que en la práctica podamos encontrar tal cantidad de acepciones para un solo concepto, nosotros tomaremos las nociones de “gestación por sustitución” y “maternidad subrogada” para referirnos a esta técnica de reproducción asistida, por ser las contempladas en la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida.

⁷ VELA SÁNCHEZ, A. J.: “La maternidad subrogada: estudio ante un reto normativo”, Editorial Comares, S.L., Granada, 2012, p-13.

Si bien es cierto en la doctrina se pueden encontrar una gran cantidad de definiciones para el concepto de gestación por sustitución, sin embargo, a continuación, nos limitaremos a enunciar los más relevantes.

Una de las primeras definiciones que se conocieron en este ámbito fue la enunciada por Coleman en el año 1982, para quien la maternidad subrogada se entendía como “la aplicación novel de la técnica de la inseminación artificial que resulta en el nacimiento de una criatura con un nexo biológico unilateral a la pareja infértil. La madre subrogada es una mujer fértil que conviene, mediante contrato, inseminarse artificialmente con el semen de un hombre casado con otra mujer, gestar la criatura y darla a luz o procrearla. Una vez nacida la criatura, la madre subrogada o suplente renuncia su custodia a favor del padre biológico y, además, termina todos sus derechos filiatorios sobre ella para que la esposa del hombre con cuyo semen fue inseminada la adopte”⁸.

Las conclusiones que se pueden extraer de esta explicación son limitativas. La primera limitación que se observa es el empleo de la inseminación artificial como único medio para la fecundación de la gestante, además ésta deberá aportar su material genético. En segundo lugar, se afirma que los comitentes deberán ser una pareja con vínculo matrimonial y heterosexual. Por último, se presupone que la mujer casada debe ser infértil y que es el hombre el que aporta su material genético para la fecundación, lo que conlleva el vínculo biológico para el hombre y la adopción para la mujer del recién nacido. Así pues, la concepción expuesta por Coleman se encuentra desactualizada, ya que hoy en día los supuestos en los que se acude al procedimiento de la gestación por sustitución son mucho más amplios.

A medida que avanzaba el tiempo, las definiciones en esta sede se fueron adaptando a los avances y descubrimientos científicos siendo más amplias y comprensivas con las circunstancias personales de cada una de las partes. En este sentido, el Informe Warnock, en Inglaterra, define la gestación por sustitución como “la práctica mediante la cual una mujer gesta o lleva en su vientre un niño para otra mujer, con la intención de entregárselo después de que nazca”⁹. Siguiendo este mismo pensamiento, el Informe Palacios en su capítulo V.10 proporciona una definición para esta técnica de reproducción asistida a la que denomina “gestación por sustitución” al decir que: “es una forma de maternidad biológica, por la cual una mujer acepta

⁸ COLEMAN, P.: “Surrogate motherhood: analysis of the problems and suggestions for solutions”, Tennessee Law Review, 1982, pp. 71-118, en p. 75.

⁹ Informe Warnock (1984) sobre fertilización humana y embriología.

llevar a cabo una gestación por acuerdo con una pareja heterosexual (matrimonio o pareja estable) irreversiblemente estéril, que responsabilizará la maternidad y paternidad de la descendencia a todos los efectos”¹⁰

En esta misma línea se ubica GÓMEZ SÁNCHEZ, quien se refiere a la maternidad subrogada como “el acto reproductor que genera el nacimiento de un niño gestado por una mujer sujeta a un pacto o compromiso mediante el cual debe ceder todos los derechos sobre el recién nacido en favor de otra mujer que figurará como madre de éste”¹¹. Y, en palabras de SILVA RUIZ, “por maternidad subrogada o gestación por cuenta de otro y para otro, se alude a la posibilidad (el convenio) en la cual el embrión de una pareja es implantado en el útero de otra mujer (distinta a la que aporta el óvulo), que lo gesta y lo procrea en beneficio de la pareja”¹².

Si bien es cierto, aunque más inclusivas, estas definiciones aún no contienen la posibilidad de que la pareja comitente se encuentre formada por dos hombres o que el comitente sea un hombre solo. Consecuentemente, dicha posibilidad será contemplada en un momento posterior de la evolución del concepto de la maternidad subrogada. De esta forma, con ánimo de referirse a todas las posibles modalidades de gestación por sustitución, a las que luego haremos referencia, PÉREZ MONGE define este concepto como “aquel contrato oneroso o gratuito por el cual una mujer aporta únicamente la gestación, o también su óvulo, comprometiéndose a entregar el nacido a los comitentes (una persona o pareja, casada o no), que podrán aportar o no sus gametos; en este último caso, los gametos procederán de donante (masculino y/o femenino)”¹³.

En similar sentido, para VELA SÁNCHEZ la maternidad subrogada es un “supuesto especial de reproducción humana asistida – en pleno proceso de expansión – por el cual una mujer, con contraprestación o sin ella, se compromete a gestar un bebé – concebido, repito, a través de las técnicas de reproducción asistida – para que otra u otras personas puedan ser padres, biológicos o no”¹⁴. Siguiendo esta misma línea LAMM entiende que la gestación por sustitución “es una forma de reproducción asistida, por medio de la cual una persona, denominada gestante, acuerda

¹⁰ ROMERO COLOMA, A. M.: “La maternidad subrogada a la luz del Derecho español”, Dilex, 2016, pp.14-15.

¹¹ GÓMEZ SÁNCHEZ, Y.: “El derecho a la reproducción humana”, Marcial Pons, Madrid, 1994, p.136.

¹² SILVA RUIZ, P.: “Programación Humana Asistida: la Maternidad Subrogada, Suplente o Sustituta”, XIII Jornadas Franco Latinoamericana de Derecho Comparado, Valencia, 1996.

¹³ PÉREZ MONGE, M.: “La filiación derivada de técnicas de reproducción asistida”. Centro de Estudios Registrales, Fundación Beneficencia et Peritia Iuris, Madrid, 2002, p. 329.

¹⁴ VELA SÁNCHEZ, A. J.: “La maternidad subrogada: estudio ante un reto normativo”. Editorial Comares, S. L., Granada, 2012, p. 13.

con otra persona, o con una pareja, denominadas comitente, gestar un embrión con el fin de que la persona nacida tenga vínculos jurídicos de filiación con la comitente”¹⁵.

Por último, acercándonos más a nuestros días, una importante resolución en esta materia, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 23 de noviembre de 2011, se atreve a esbozar una definición de la maternidad subrogada, señalando que “consiste en un contrato, oneroso o gratuito, a través del cual una mujer consiente en llevar a cabo la gestación, mediante técnicas de reproducción asistida, aportando o no también su óvulo, con el compromiso de entregar el nacido a los comitentes, que pueden ser una persona o una pareja, casada entre sí o no, que a su vez pueden aportar o no sus gametos”.

Como se puede ver, en estas últimas definiciones se ha logrado dejar atrás las múltiples limitaciones conceptuales que existían en los inicios de este desarrollo doctrinal. En primer lugar, ya no se atiende a la inseminación artificial como único medio para lograr la fecundación, sino que ésta se puede realizar mediante cualquier técnica de reproducción asistida. Además, se amplían los supuestos por los que acudir al proceso de la maternidad subrogada, pudiendo ser una persona sola o una pareja, casada o no, sin atender a distinciones por sexo. Por último, se admite la posibilidad de que el material genético necesario para la concepción sea aportado por cualquier de las partes implicadas en el proceso, pudiendo acudir a la donación de gametos en los casos en que ninguna de las partes haya podido proporcionarlo.

2.2. Causas y modalidades de la maternidad subrogada.

Son numerosas las causas o circunstancias por las que una persona o pareja acude a esta técnica de reproducción asistida, algunas más controvertidas y cuestionables moralmente, otras más toleradas y consentidas. A continuación, se expondrán las más comunes, yendo desde las causas más aceptadas a las más cuestionadas.

¹⁵ LAMM. (2014). “Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres”. UNIVERSITAT DE BARCELONA, p. 24.

En primer lugar, una de las posibilidades de gestación por sustitución más común se debe a la infertilidad o incapacidad de llevar a término el embarazo por la mujer sola o la pareja, por ejemplo, mujeres que, por motivos genéticos, de enfermedad o de edad, no pueden tener hijos¹⁶.

En otras ocasiones, se trata de una opción frente a la esterilidad o los problemas de concepción de la mujer sola o de la pareja. Actualmente, la inestabilidad económica y laboral hace que la búsqueda de descendencia sea mucho más lejana en el tiempo, lo que multiplica las posibilidades de sufrir problemas de esterilidad.

También puede obedecer al anhelo de paternidad de hombres solos o de parejas homosexuales de hombres. No hay que olvidar que tienen reconocido el derecho a la paternidad, así como a constituir válidamente matrimonio, de acuerdo con la Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio, de manera que el actual art. 44.2 CC establece que: “*El matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos cuando ambos contrayentes sean del mismo sexo o de diferente sexo*”¹⁷.

Entre las causas más controvertidas por las que se acude a la gestación por sustitución, se alegan los largos y duros procesos de adopción en los que se ven inmersas las personas o parejas que anhelan ser padres. También se puede recurrir a la maternidad subrogada como una opción estética y saludable para las mujeres que no desean sufrir personalmente los riesgos que se derivan de un embarazo y su posterior parto. De esta forma, cumplen sus deseos de ser madres sin renunciar a su físico.

Cabe una primera delimitación de la figura de la maternidad subrogada, que atiende al carácter oneroso o gratuito del pacto suscrito entre la madre gestante y el o los comitentes.

Aunque esta distinción parece ser clara, esto no resulta así en la práctica. En este sentido, LEONSEGUI GUILLOT¹⁸ se preguntaba hasta qué punto puede entenderse como retribuido un pacto en el que existen complementos remunerados de cuidados, gestación, etc. Así pues, se debe inferir que, a pesar de que todos estos gastos médicos y de asistencia a la madre gestante

¹⁶ LUCAS ESTEVE, A.: “La gestación por sustitución”, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 2019, p-30.

¹⁷ VELA SÁNCHEZ, A. J.: “La maternidad subrogada: estudio ante un reto normativo”. Editorial Comares, S. L., Granada, 2012, p. 16.

¹⁸ LEONSEGUI GUILLOT, R. A.: “La maternidad portadora, sustituta, subrogada o de encargo”, en BFD, número 7, 1994.

durante el embarazo se encuentren retribuidos, esta circunstancia no puede desplegarse sobre el contrato de gestación por sustitución, eliminando su carácter altruista y desinteresado.

Por lo tanto, solo habrá de reputarse como oneroso un pacto de este tipo por el que la madre gestante obtenga un enriquecimiento, en otras palabras, cuando reciba una retribución como contraprestación a sus servicios de portadora, y no cuando esos gastos sean consecuencia de su propia situación, tal y como puso de relieve MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ¹⁹.

Ahora bien, en función de la relación genética y de la combinación del propio material genético aportado por cada una de las partes que intervienen en este proceso, es posible distinguir dos modalidades principales de gestación por sustitución, independientemente de que el comitente se trate de una persona sola o de una pareja con vínculo matrimonial o de hecho.

2.2.1. La gestación por sustitución gestacional o parcial²⁰.

Este tipo de gestación por sustitución se caracteriza porque la madre gestante sólo cede su útero con el propósito de llevar a cabo la gestación y nacimiento del bebé; esto implica que, no aporta su óvulo y así no obtiene relación genética con el feto, por consiguiente, los gametos serán aportados por los padres intencionales o comitentes, si ambos existen y pueden hacerlo, o por donantes²¹.

Dentro de esta modalidad, es posible advertir tres variantes²²:

- a) Que ninguno de los gametos – óvulo ni espermatozoide – sea aportado por los padres intencionales o comitentes y sea preciso recurrir a la donación de gametos o embriones. En este sentido, no existe relación genética entre los futuros padres y el recién nacido.

¹⁹ MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, J. M. Y MASSIGOGUE BENEGIU: “La maternidad portadora, subrogada o de encargo en el derecho español”, Dykinson, Madrid, 1994, p- 66.

²⁰ HERNANDEZ RODRIGUEZ, A., “Determinación de la filiación de los nacidos en el extranjero mediante gestación por sustitución: ¿hacia una nueva regulación legal en España?”, Cuadernos de Derecho Transnacional, volumen 6, número 2, octubre 2014, p. 150.

²¹ Nos referimos a los casos en que el comitente sea una mujer u hombre solo o una pareja homosexual, que no pueden llevar a cabo la gestación por sí mismos, pero sí aportar uno de los gametos y recurrir a la donación respecto del otro gameto requerido.

²² LAMM. (2014). “Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres”. Universitat de Barcelona, p- 28.

- b) Que uno de los padres intencionales o comitentes proporcione su material genético, ya sea el óvulo o el espermatozoide, obteniendo de esta forma la relación genética con el bebé, mientras que el otro gameto requerido para la fecundación tiene que ser aportado por un donante. Esta variante de gestación por sustitución es la generalmente utilizada por las parejas homosexuales y por las mujeres u hombres solos.
- c) Que ambos gametos – tanto el óvulo como el espermatozoide – sean aportados por los comitentes. De manera que, se establece una relación genética entre los futuros padres y el recién nacido.

Como se puede intuir, necesariamente en todos estos casos es preciso recurrir a la Fecundación in Vitro (en adelante, FIV).

Por lo tanto, en la gestación por sustitución gestacional pueden llegar a intervenir cinco personas: la madre gestante, el donante de óvulo, el donante de espermatozoide, el comitente y la comitente (los comitentes o las comitentes, excepcionalmente).

2.2.2. *La gestación por sustitución tradicional, plena o total*²³.

En esta modalidad de gestación por sustitución, la madre gestante no solo cede su útero con la finalidad de llevar a cabo la gestación y el posterior nacimiento del bebé, sino que además aporta sus propios gametos – los óvulos. Por su parte, el espermatozoide para inseminar el óvulo de la gestante puede provenir del comitente (casado o en pareja con una mujer u otro hombre, o un hombre solo) o de un donante²⁴ - en este último caso, el o los comitentes no proporcionarían su material genético y, por consiguiente, carecerían de vínculo biológico con el recién nacido.

²³ HERNANDEZ RODRIGUEZ, A., “Determinación de la filiación de los nacidos en el extranjero mediante gestación por sustitución: ¿hacia una nueva regulación legal en España?”, Cuadernos de Derecho Transnacional, volumen 6, número 2, octubre 2014, p. 150.

²⁴ Nos referimos a los casos en que la parte comitente sea una mujer sola – que no puede gestar ni aportar su propio material genético y, por ello, recurre a la gestación por sustitución tradicional mediante semen de un donante – o una pareja homosexual de mujeres, ambas sin capacidad para gestar ni aportar sus gametos.

Como puede advertirse, al aportar sus propios gametos, la madre gestante posee un vínculo genético con el recién nacido, lo que implica que la madre intencional, en caso de haberla, carecería de relación genética con el mismo²⁵.

Generalmente, para lograr el embarazo de la madre gestante se suele recurrir a las técnicas de inseminación artificial (en adelante, IA). No obstante, esta modalidad de gestación por sustitución puede ocurrir también en circunstancias informales, esto es, por medio de la inseminación casera o del mantenimiento de relaciones sexuales, con escasa o nula participación de profesionales médicos. Ante esta posibilidad, el control clínico es inexistente, pudiendo dar lugar a prácticas de explotación sexual de mujeres en estado de necesidad económica.

Pues bien, todas las anteriores combinaciones pueden dar lugar al fenómeno de la maternidad subrogada que, inexorablemente, producirá una contradicción y contraposición de intereses entre la pareja matrimonial o de hecho – homosexual o heterosexual – o persona individual comitente y la mujer portadora, en cuanto gestadora y alumbradora del recién nacido²⁶.

²⁵ LAMM. (2014). “Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres”. Universitat de Barcelona, p- 27.

²⁶ VELA SÁNCHEZ, A. J.: “La maternidad subrogada: estudio ante un reto normativo”. Editorial Comares, S. L., Granada, 2012, p. 19.

3. ASPECTOS JURÍDICO-ÉTICOS QUE ACOMPAÑAN LA PRÁCTICA DE LA MATERNIDAD SUBROGADA. LOS DERECHOS INVOLUCRADOS.

Las nuevas tecnologías reproductivas han facilitado el auge de la maternidad subrogada como la primera opción a la que se acude cuando uno desea tener un hijo, pero no tiene la capacidad para gestarlo. De esta forma, se ha eliminado todo carácter excepcional que pudiera revestir este fenómeno, convirtiéndolo en una práctica con enormes implicaciones jurídicas, éticas, biológicas, genéticas e, incluso, religiosas.

En efecto, el empleo de esta técnica comprende numerosos interrogantes en el ámbito del Derecho, como ¿es el derecho a la procreación, como expresión del libre desarrollo de la personalidad, un derecho fundamental en virtud del art. 10.1 CE?; ¿atentaría este pacto contra la dignidad de las personas, en particular, contra la de la madre gestante y la del hijo así nacido?²⁷

Por lo tanto, para valorar éticamente la gestación por sustitución habrá de responderse a estos interrogantes, así como exponer las diferentes manifestaciones e implicaciones que de ella se desprenden.

3.1. Derecho a la procreación *versus* derecho a la dignidad de la persona.

La idea de “salud reproductiva” nació a mediados de los años 90 como la “capacidad de disfrutar de una vida sexual satisfactoria, sin riesgos para procrear, y la libertad para decidir hacerlo o no hacerlo”. Se trata de una definición bastante amplia, que no solo hace referencia a la procreación responsable y a la atención durante el embarazo, sino también a la posibilidad de acceder a los métodos y técnicas de reproducción asistida. De esta forma, puede interpretarse el “derecho a la reproducción” en el sentido de que una pareja o una persona sola tiene el derecho a reproducirse, no sólo de forma natural, sino también mediante las nuevas tecnologías reproductivas²⁸.

²⁷ VELA SÁNCHEZ, A. J.: “La maternidad subrogada: estudio ante un reto normativo”. Editorial Comares, S. L., Granada, 2012, p. 20.

²⁸ LAMM. (2014). “Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres”. Universitat de Barcelona, p- 230.

En este sentido, se han venido pronunciando tanto el TEDH²⁹ como el Comité de Derechos Humanos al señalar que el derecho al acceso de las técnicas de reproducción asistida es una expresión de la vida privada y familiar.

No obstante, en este ámbito de las nuevas técnicas de reproducción humana, y, en concreto, ante el fenómeno de la maternidad subrogada, se plantea un interrogante: ¿existe un verdadero derecho a procrear?, y, si realmente está reconocido, ¿cuáles son sus límites?³⁰

El art. 39 de nuestra Constitución dedica sus preceptos a la protección de la familia, en concreto, asegura la protección integral de madre e hijo y exige a los progenitores la asistencia de todo orden a sus hijos. Pero, ninguno de sus preceptos reconoce expresamente el derecho a la procreación humana o reproducción. Es decir, nuestra Constitución no reconoce un derecho expreso a tener hijos³¹.

A pesar de esta ausencia de regulación expresa, el derecho a la procreación humana encuentra su fundamento constitucional en los arts. 1.1 y 10.1 CE, dedicados al reconocimiento de la libertad y la dignidad de la persona³² respectivamente. Ambos derechos constituyen el contenido esencial del sistema constitucional democrático, al ser recogidos como “fundamento del orden político y de la paz social”³³, en otras palabras, tienen un valor superior e inviolable dentro del ordenamiento jurídico español³⁴.

A este respecto, “el derecho a la reproducción humana deriva del ejercicio de la libertad de la persona – en este caso, de los comitentes –, siendo expresión, al mismo tiempo, de su dignidad humana y del libre desarrollo de su personalidad, derechos que no pueden ser restringido arbitrariamente o sin justificación suficiente por los poderes públicos”, tal y como pone de relieve ROMERO COLOMA.

²⁹ Esta referencia fue expresada por el TEDH en el caso S.H. y otros Vs. Austria, (No. 57813/00)

³⁰ SOUTO GALVÁN, B.: “Aproximación al estudio de la Gestación de sustitución desde la perspectiva del bioderecho”. Foro, Nueva ÉPOCA, 2005, p. 285.

³¹ ROMERO COLOMA, A. M.: “La maternidad subrogada a la luz del Derecho español”, Dilex, 2016, p. 78.

³² No hay que olvidar que el respeto a la dignidad humana constituye la base del Derecho, y un Estado de Derecho significa no sólo que los ciudadanos y los poderes públicos deben cumplir las exigencias de la CE y del resto del ordenamiento jurídico, sino además que este ordenamiento debe llevar a cabo lo adecuado para que todas las personas tengan una dignidad plena.

³³ Constitución española (1979). Boletín Oficial del Estado.

³⁴ VELA SÁNCHEZ, A. J.: “La maternidad subrogada: estudio ante un reto normativo”. Editorial Comares, S. L., Granada, 2012, p. 23.

Con todo esto, se desprende que el derecho a la reproducción es un derecho con fundamento constitucional, que poseen los comitentes por el mero hecho de ser personas, por su propia naturaleza y derivado de otros DDDFF reconocidos, como la libertad y la dignidad humana. Pero, ¿cuáles son los límites en el ejercicio por los comitentes de este derecho a procrear?

El derecho a la procreación no es un derecho absoluto, ya que se encuentra limitado por su propia naturaleza y por los derechos de terceras personas (mujer gestante y embrión)³⁵. En concreto, estos límites se encuentran representados por los siguientes derechos³⁶:

i) El derecho a la vida.

Máximo DDDFF garantizado por la comunidad internacional y entendido como la precondition básica de todos los seres humanos³⁷. El titular de este derecho no es otro que el propio ser humano desde el momento de su concepción. Por lo tanto, las técnicas empleadas para acceder a la concepción de un ser humano en ningún caso podrán vulnerar este derecho.

ii) El derecho a la continuidad de la existencia.

Referido a la facultad que ostenta todo individuo de que se le permita su propio desarrollo a lo largo de la vida y fundamentado en la circunstancia de que cada persona es única e irreplicable. Trasladado al ámbito de las técnicas de reproducción asistida, atiende al derecho de que no se interrumpa voluntariamente la gestación.

iii) El derecho a la dignidad humana.

Constituye, al mismo tiempo, el fundamento y la excepción del derecho a la reproducción. Como restricción, serán sus titulares la madre gestante y el embrión concebido. Por ello, en ningún caso este derecho podrá ser objeto de manipulación o intervención, de lo contrario, se estará atentando contra la dignidad humana en sí misma.

iv) El derecho a la identidad propia del niño.

³⁵ En este punto es preciso recordar el postulado tradicional conforme al cual, el ejercicio de los derechos de una persona se encuentra limitado por los derechos de quienes le rodean.

³⁶ ISLER SOTO, E. M.: "Aproximación y alcances del derecho a la procreación", Revista de Derecho Privado, núm. 43, junio, 2010, Universidad de los Andes, Bogotá, Colombia, pp. 15-20.

³⁷ FERRER SANTOS, U.: "El viviente, la vida y la calidad de vida", Cuadernos de Bioética, XIX, 2008, España, p. 215.

Deberá ser protegido cuando se decida acceder a las técnicas de reproducción asistida. En este sentido, PANTALEÓN defiende que el gameto deberá ser aportado por la comitente (elemento genético) en los casos de maternidad subrogada, porque, a su juicio, es el que define la posterior identidad del menor, a pesar de la relación entre gestante-embrión durante el embarazo³⁸

v) La protección del interés superior del menor.

Se encuentra por encima de otros intereses con los que pudiera entrar en conflicto, debido a la especial vulnerabilidad y debilidad de los niños³⁹.

En definitiva, la pretensión de todo ser humano de convertirse en padre o madre, así como las posibilidades ofrecidas por el desarrollo de nuevas técnicas de reproducción asistida, han llevado a reconocer – a pesar de la ausencia de una regulación expresa – la existencia de un “derecho a procrear o a la reproducción humana”⁴⁰. No obstante, el reconocimiento de este derecho conlleva la afirmación de unos límites fundamentales que habrán de ser respetados, de lo contrario, se producirá una contradicción de intereses entre las partes implicadas en el proceso.

3.2. El interés superior del menor.

A lo largo del siglo XX, este concepto jurídicamente indeterminado ha experimentado un largo desarrollo normativo, lo que ha culminado en su reconocimiento jurídico y político en el ámbito internacional. En concreto, son tres los documentos que han facilitado esta consideración⁴¹: (1) la Declaración de Ginebra de 1924 en el ámbito de la Sociedad de Naciones, (2) la Declaración de los Derechos del Niño de Naciones Unidas de 20 de diciembre de 1959 y (3) la Convención de los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989, también de Naciones Unidas. Será esta

³⁸ PANTALEÓN, A. F.: “Contra la ley sobre técnicas de reproducción asistida”, *Jueces para la democracia*, núm. 5, 1988, pp. 25 y ss.

³⁹ GARIBO PEYRÓ, A. P.: “El interés superior del menor en los supuestos de maternidad subrogada”, *Cuadernos de Bioética*, XXVIII 2017/2ª, p- 247-248.

⁴⁰ VELA SÁNCHEZ, A. J.: “La maternidad subrogada: estudio ante un reto normativo”. Editorial Comares, S. L., Granada, 2012, p. 26.

⁴¹ GARIBO PEYRÓ, A. P.: “El interés superior del menor en los supuestos de maternidad subrogada”, *Cuadernos de Bioética*, XXVIII 2017/2ª, p. 246.

última la que finalice el proceso de reconocimiento internacional al considerar el “interés superior del menor” como un principio rector en relación con los derechos de los niños⁴².

A pesar del valor primordial conferido a este concepto, la Convención no llega a aportar una definición expresa del mismo. Por ello, no será hasta el año 2013 en el que la Observación General número 14 del Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas describa la naturaleza conceptual del interés superior del niño. El Comité subraya que éste es un concepto con una triple dimensión⁴³:

- a) Se trata de un *derecho sustantivo*. La consideración del interés superior del menor deberá primar sobre cualquier otro en el momento de adoptar una decisión que afecte a un niño, a un grupo de niños concreto o genérico o a los niños en general.
- b) Constituye un *principio jurídico interpretativo fundamental*. Esto es, si una disposición admite más de una posible interpretación, se deberá elegir aquella que sea más favorable para garantizar el interés superior del niño.
- c) Es una *norma de procedimiento*. Cuando se tenga que tomar una decisión que influya sobre un niño o grupo de niños concreto o sobre los niños en general, el proceso deberá incorporar una valoración de las posibles repercusiones (positivas y/o negativas) que pudiera tener la decisión adoptada sobre el niño o los niños afectados por la misma.

Ahora bien, trasladando este principio al ámbito de la gestación por sustitución, el Comité de Bioética de España sobre aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada se preocupa por señalar una serie de riesgos en esta sede que pueden entrar en conflicto con el interés superior del niño. A continuación, se exponen estos riesgos⁴⁴:

En primer lugar, el pacto suscrito entre la madre gestante y el o los comitentes puede conllevar un riesgo de tráfico de niños.

En el año 2000 se aprobó el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, en el que se define qué se entiende por venta de niños: “todo

⁴² El art. 3.1 de la Convención de los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989 dispone que “en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”.

⁴³ Comité de los Derechos del Niño, Observación general N°14, 2013, sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1).

⁴⁴ Informe del Comité de Bioética de España sobre aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada.

acto o transacción en virtud del cual un niño es transferido por una persona o grupo de personas a otra a cambio de remuneración o de cualquier otra retribución” (art. 2). En consecuencia, la modalidad de gestación por sustitución en la que media retribución a la gestante podría entenderse comprendida dentro de esta definición. Por ello, el Comité de Derechos del Niño⁴⁵ expresó su inquietud por el hecho de que esta modalidad no estuviese debidamente regulada, ya que puede desembocar en la violación de los derechos de los niños. La solución a esta situación pasaría por la aprobación de leyes que tipificasen como delito el uso indebido de la gestación por sustitución.

En segundo lugar, acudir a la maternidad subrogada entraña un riesgo de cosificación del propio niño y de la reproducción misma.

Las agencias intermediarias en la gestación por sustitución ofrecen a los comitentes una amplia gama de posibilidades de elección referidas a las características de la mujer gestante, del seguimiento y la modalidad del embarazo, de los posibles donantes de gametos y, por supuesto, del niño así gestado. De esta forma, los comitentes llegan a satisfacer sus estándares personales determinados por el deseo de convertirse en padres, repercutiendo negativamente sobre el niño, ya que puede llevar a percibirlo como un objeto de elección.

En tercer lugar, la determinación de la filiación se produce entre la inseguridad jurídica para el niño y la explotación de la mujer gestante.

En los casos de maternidad subrogada, la atribución de la filiación a los comitentes puede suceder en dos momentos diferenciados: antes del nacimiento del niño o tras el parto. En el primer caso, la seguridad jurídica para el niño es total a costa de instrumentalizar a la mujer gestante, ya que permite conocer con certeza quiénes son los padres del niño desde el inicio de la gestación. En el segundo caso, la mujer gestante tiene margen de libertad para renunciar o no a la maternidad a costa de aumentar la incertidumbre sobre quiénes serán los padres del niño tras el nacimiento.

En cuarto lugar, el vínculo afectivo originado durante la gestación puede desembocar en riesgos para la salud y el bienestar del niño y de la mujer gestante.

⁴⁵ El Comité de Derechos del Niño fue creado para velar por el cumplimiento de la Convención de los Derechos del Niño (1989), así como de sus Protocolos Facultativos por parte de todos aquellos Estados que los hubieran ratificado.

Desde la Organización Mundial de la Salud y otras organizaciones científicas internacionales, se promueven prácticas encaminadas a garantizar el nacimiento de un bebé sano y la salud materna, tales como: el parto natural, la lactancia materna o la creación de vínculos afectivos entre madre e hijo. Sin embargo, acudir a la gestación por sustitución elimina todas estas posibilidades, ya que, en el momento del alumbramiento, el bebé sufre la separación de la mujer gestante, impidiendo la continuidad de su relación física y emocional. Por lo tanto, recurrir a esta práctica supone despojar al proceso de todo elemento biológico, emocional y afectivo.

Por último, en función de la modalidad llevada a cabo, se pueden derivar problemas relacionados con el conocimiento de los orígenes biológicos del niño así gestado.

En este sentido, la LTRHA es clara al establecer en su art. 5.5 un acceso restringido a los datos sobre los orígenes biológicos del menor: “Los hijos así nacidos tienen derecho por sí o por sus representantes legales a obtener información general de los donantes que no incluya su identidad”.

3.3. El principio mater semper certa est⁴⁶.

Los antecedentes históricos de esta institución jurídica se remontan al Derecho Romano, cuando el célebre jurista Paulo⁴⁷ reconoce implícitamente la existencia de dos reglas o principios fundamentales a la hora de determinar la relación paterno-filial del menor. La primera de ellas, en relación con la madre: *quia semper certa est* (la madre siempre cierta es), y la segunda, relativa al padre: *pater vero is est, quem nuptiae demonstrant*⁴⁸. Ahora bien, en la actualidad, como consecuencia del desarrollo de nuevas técnicas de reproducción humana asistida, cabría cuestionarse hasta qué punto se puede seguir afirmando este antiguo axioma romano⁴⁹.

La mayoría de las legislaciones, así como una parte importante de la doctrina defienden la maternidad legal de la mujer que dio a luz al bebé aduciendo este viejo principio romano. De esta forma, la relación filial respecto de la madre quedará determinada por el acaecimiento de

⁴⁶ Este es un principio común a todos los estados miembros de la Comisión Internacional del Estado Civil, entre los que se encuentra España.

⁴⁷ También dedicado a la *in ius vocatio*. Vid. O. LENEL, *Palingenesia Iuris Civilis*, I, 3ª ed., Darmstadt 2000, p. 974.

⁴⁸ Este axioma romano viene a establecer que la paternidad se fundamenta en presunciones que parten de la existencia de un vínculo matrimonial y de los deberes de cohabitación y fidelidad entre los cónyuges.

⁴⁹ DUPLÁ MARÍN, M. T.: “El principio mater Semper certa est ¿a debate? La nueva legislación sobre reproducción asistida y sus consecuencias”, en *Revista Internacional de Derecho Romano* (Ridrom), 2019, pp. 883-884.

dos hechos objetivamente comprobables, por un lado, el parto de la madre, y, por otro lado, la identidad del descendiente como hijo verdadero de la mujer que ha dado a luz. Por lo tanto, la relación entre madre e hijo “es directa, inmediata y de fácil determinación biológica y jurídica”⁵⁰.

Prueba de ello es el Documento Preliminar n.º 3C, de marzo de 2014 de la Conferencia de la Haya⁵¹, que establece el principio básico para determinar la filiación del menor al afirmar que: “La mujer que da a luz es la madre legal del niño por ministerio de la ley, es decir, automáticamente, en virtud del principio *mater semper certa est*”⁵².

Sin embargo, con el progreso de las técnicas de reproducción asistida y, en particular, el auge de la maternidad subrogada, ya no es tan seguro y certero identificar a la mujer que da a luz como la madre legal del niño, y, por consiguiente, la máxima *mater semper certa est* podrá quedar desprovista de todo carácter absoluto. Esto es así porque, en estos supuestos, se plantea el problema de la denominada “doble maternidad”, que conlleva “la escisión entre la mujer que da a luz, la que aporta el material genético y aquella que tiene la voluntad procreacional”⁵³.

Pues bien, como respuesta a esta problemática, nuestro ordenamiento jurídico ha establecido en su art. 10.2 LTRHA que: “La filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto” (*mater semper certa est*). De esta forma, el legislador español se ha inclinado por atribuir la maternidad atendiendo al hecho del parto⁵⁴, sin excepciones, ni distinciones y desconociendo la importancia del factor genético en la relación madre-hijo. En otras palabras, decide situar la maternidad de gestación por encima de la maternidad genética de la comitente, basándose en la relación emocional y afectiva desarrollada entre la madre gestante y el bebé durante el embarazo⁵⁵.

⁵⁰ VELA SÁNCHEZ, A. J.: “La maternidad subrogada: estudio ante un reto normativo”. Editorial Comares, S. L., Granada, 2012, pp. 31-32.

⁵¹ Preliminary Document No 3C of March 2014 for the attention of the Council of April 2014 on General Affairs and Policy of the Conference. “A study of Legal Parentage and the issues arising from international surrogacy arrangements”. Hague Conference on Private International Law.

⁵² “In the vast majority of States which responded to the Questionnaire, the woman who gives birth to a child is the legal mother of the child “by operation of law”: that is, automatically, by virtue of the *mater semper certa est* principle”. Document preliminar n.º 3C de la Conferencia de la Haya.

⁵³ BORRAJO, M. E.: “La maternidad subrogada. ¿Una técnica de reproducción asistida más?”, en Revista Electrónica del Instituto de Investigaciones Ambrosio I. Gioja, año IX, número 14, 2015, p. 39.

⁵⁴ LEONSEGUI GUILLOT, R. A.: “La maternidad portadora, sustituta, subrogada o de encargo”, en BFD, número 7, 1994, pp. 335-336.

⁵⁵ RIVERO HERNÁNDEZ, F.: “¿Mater semper certa est? Problemas de la determinación de la maternidad en el ordenamiento español”, en ADC, 1998, p. 15.

4. MARCO JURÍDICO DE LA MATERNIDAD SUBROGADA.

Analizar las implicaciones éticas que se derivan de la maternidad subrogada ayuda a comprender la posición que adopta el Derecho ante esta práctica. Así pues, resulta de interés analizar los pronunciamientos de organismos intergubernamentales, así como los trabajos realizados por la Unión Europea en esta materia. Seguidamente, se hará referencia al marco normativo en España.

4.1. Análisis normativo de la gestación por sustitución desde una perspectiva internacional.

Directa o indirectamente, se han pronunciado en esta materia los siguientes organismos internacionales: la Organización de las Naciones Unidas y la Conferencia de La Haya sobre Derecho Internacional Privado. A continuación, se exponen los principales textos legales aprobados por estas organizaciones en el ámbito de la maternidad subrogada.

4.1.1. *Las iniciativas aprobadas por la Organización de las Naciones Unidas.*

Las Naciones Unidas han aprobado varios textos convencionales de gran importancia práctica en el ámbito de la gestación por sustitución. Entre ellos, la Convención sobre los Derechos del Niño (1989), el Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño (2000) y la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (1979). Si bien es cierto, estos textos no se dedican expresamente a la regulación de la maternidad subrogada, sin embargo, contienen disposiciones que la afectan directamente.

4.1.1.1. La Convención sobre los Derechos del Niño de 1989.

Esta Convención fue aprobada el 20 de noviembre de 1989 como la primera ley internacional en la protección de los derechos de la infancia. Con su carácter obligatorio, busca establecer un entorno protector, que defienda a los niños de la explotación, los malos tratos y la violencia⁵⁶. En este sentido, el artículo 3.1 consagra el conocido “interés superior del menor” como uno de los principios rectores de los derechos de los niños, al establecer que *“En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las*

⁵⁶ ONU: Asamblea General, Convención sobre los Derechos del Niño, 20 de noviembre de 1989, Unites Nations, Treaty Series, p. 7.

*autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño*⁵⁷. De esta forma, la Convención otorga al niño el derecho a que su interés superior sea considerado de manera primordial en la toma de decisiones que le puedan afectar, tanto en el ámbito público como en el privado.

Al ser reconocido como uno de los principios generales de la Convención, todos los Estados firmantes de la misma tienen el deber de respetar este derecho del niño, así como la obligación de adoptar todas las medidas oportunas y concretas que hagan plenamente efectivo este derecho⁵⁸. Entre ellas, medidas encaminadas a proteger las relaciones familiares en el ámbito de la maternidad subrogada.

Por otra parte, la Convención recoge otros artículos que mantienen una relación directa con la gestación por sustitución. En primer lugar, el art. 7 establece que *“el niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos”*⁵⁹. De esta forma, en aquellos Estados en los que, como en España, la filiación se determina por el parto, se deberá velar por que el niño no sea separado de la mujer que le da a luz, ya que será ella la que deba brindar al recién nacido los cuidados necesarios. Esto supone un obstáculo a la maternidad subrogada⁶⁰.

En segundo lugar, el art. 8 expresa que *“Los Estados partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas”*⁶¹. Así pues, firmar un contrato de gestación por sustitución en el extranjero supone una injerencia ilícita que puede alterar las relaciones familiares entre el recién nacido y los padres intencionales.

Por último, el art. 24 de esta Convención reconoce la importancia de la lactancia materna para el desarrollo del recién nacido. Esta práctica es de imposible realización en la maternidad subrogada.

⁵⁷ GARIBO PEYRÓ, A. P.: “El interés superior del menor en los supuestos de maternidad subrogada”, Cuadernos de Bioética, XXVIII 2017/2ª, p- 246.

⁵⁸ Comité de los Derechos del Niño, Observación general N° 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1), pp. 3-5.

⁵⁹ ONU: Asamblea General, Convención sobre los Derechos del Niño, 20 de noviembre de 1989, Unites Nations, Treaty Series, p. 11.

⁶⁰ Informe del Comité de Bioética de España sobre aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada.

⁶¹ ONU: Asamblea General, Convención sobre los Derechos del Niño, 20 de noviembre de 1989, Unites Nations, Treaty Series, p. 12.

- 4.1.1.2. El Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía de 2002.

Este Protocolo es claro al prohibir en su art. 1 la venta de niños y la prostitución y pornografía infantil. Se trata de prácticas universalmente reconocidas como contrarias a la dignidad del niño y, por ello, están perseguidas como delito.

Por su parte, el art. 2 define lo que se debe entender por cada uno de estos conceptos que, en el ámbito de la maternidad subrogada, será la “venta de niños” el que mayor importancia tenga y se entiende como *“todo acto o transacción en virtud del cual un niño es transferido por un persona o grupo de personas a otra a cambio de remuneración o de cualquier otra retribución”*⁶².

Atendiendo a esta definición, el sector mayoritario de la doctrina defiende que la gestación por sustitución en su modalidad onerosa es, en cualquier caso, una forma de compraventa de niños, ya que se transfiere un hijo a cambio de dinero. Por otro lado, la parte minoritaria de la doctrina considera que, si existe un pacto previo entre las partes y la modalidad llevada a cabo es la gestacional, no se puede comprender como una compraventa, sino como un servicio de gestación entre una mujer gestante y unos padres intencionales⁶³.

- 4.1.1.3. La Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer de 1979, CEDAW.

Con la aprobación de esta Convención, las Naciones Unidas buscaban alcanzar la igualdad de derechos entre hombres y mujeres mediante la eliminación de todas las formas de discriminación que sufre la mujer. Y es que llevar a cabo prácticas discriminatorias contra la mujer no solo vulnera sus derechos (igualdad y dignidad humana), sino que también la coloca en una posición de exclusión política, social, económica y cultural, impidiendo su bienestar y desarrollo, tanto personal como familiar⁶⁴. Así pues, hay que destacar varios artículos con relevancia en la práctica de la gestación por sustitución, en particular, para la mujer gestante.

⁶² ONU: Asamblea General, Protocolo facultativo de la Convención sobre Derecho del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía, 18 de enero de 2002.

⁶³ Informe del Comité de Bioética de España sobre aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada.

⁶⁴ ONU: Asamblea General, Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, de 18 de diciembre de 1979.

En primer lugar, el art. 4 de esta Convención afirma que son lícitas todas aquellas medidas especiales que se adopten para lograr una igualdad efectiva de oportunidades y trato, al establecer que: *“La adopción por los Estados Partes de medidas especiales, incluso las contenidas en la presente Convención, encaminadas a proteger la maternidad no se considerará discriminatoria”*⁶⁵. Dicho de otro modo, la salvaguarda de la maternidad puede defender la adopción de medidas de discriminación inversa. Entre ellas, las destinadas a evitar la separación entre la mujer gestante y el recién nacido en los casos de gestación por sustitución, ya que de llevar a cabo esta separación se produciría la cosificación del embarazo (y por consiguiente de la mujer que lo lleva a cabo) y la privación del vínculo biológico para el hijo así nacido⁶⁶.

Por su parte, el art. 6 de la CEDAW dispone que *“Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas, incluso de carácter legislativo, para suprimir todas las formas de trata de mujeres y explotación de la prostitución de la mujer”*⁶⁷. En este sentido, se puede entender que la maternidad subrogada es una forma de explotación de la mujer, ya que comporta su instrumentalización y cosificación a fin de conceder un hijo a otra persona. Incluso quienes se encuentran a favor de esta práctica reconocen que esta percepción de explotación de la mujer es lo más frecuente en el ejercicio internacional de la gestación por sustitución.

4.1.2. *Trabajos realizados por la Conferencia de La Haya sobre Derecho Internacional Privado.*

Tal y como señala el art. 1 del Estatuto de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, el objeto de esta Conferencia no es otro que *“trabajar en la unificación progresiva de las normas de Derecho internacional privado”*⁶⁸.

Desde el año 2010, la Conferencia de Derecho internacional privado de La Haya ha dedicado una parte importante de su trabajo al estudio de la maternidad subrogada y, en particular, a los problemas derivados de la filiación de los hijos nacidos mediante esta técnica⁶⁹.

⁶⁵ ONU: Asamblea General, Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, de 18 de diciembre de 1979.

⁶⁶ Informe del Comité de Bioética de España sobre aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada.

⁶⁷ *Ibidem*.

⁶⁸ Estatuto de la Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado, de 31 de octubre de 1951.

⁶⁹ HERMIDA BELLOT, B.: “Gestación subrogada: un problema global. Situación en el marco de la Unión Europea, la Conferencia de Derecho internacional privado de La Haya, y el Comité de los Derechos del Niño”, Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, n.º. 767, 2018, págs. 1193 a 1229.

Fruto de este trabajo, fue publicado en el año 2015 un informe⁷⁰ que advertía sobre las graves consecuencias que se derivan de los acuerdos de gestación por sustitución sobre los derechos humanos, incluidos los derechos del niño. En concreto, se señalaban 5 amenazas: (1) el abandono del niño por parte de los padres intencionales, (2) la inadecuación de los comitentes para ser padres y el riesgo de traficar con el recién nacido, (3) el derecho del niño a conocer sus orígenes biológicos y genéticos, (4) los problemas relacionados con la libertad de consentimiento de la mujer gestante, y (5) los errores prácticos cometidos por las agencias intermediarias de la gestación⁷¹.

Debido al auge que había experimentado la práctica de la maternidad subrogada en el ámbito internacional durante los últimos años, así como el amplio número de cuestiones que esta técnica de reproducción planteaba, los Estados miembros de la Conferencia solicitaron que se constituyera un Grupo de Expertos con la finalidad de aprobar un instrumento jurídico, homogéneo y multilateral en esta materia.

Tras mantener varias reuniones, este Grupo de Expertos emitió un informe a mediados de 2016 en el que llegaron a la conclusión de que *“dada la complejidad del asunto, las diferentes regulaciones existentes y los distintos puntos de vista de los Estados miembros con respecto a este tema, no se ha podido llegar a ningún acuerdo respecto de la oportunidad o no de elaborar un texto jurídico en este ámbito, ni sobre su posible ámbito de aplicación o naturaleza”*⁷². Por ello, recomendaban continuar con la formación de este Grupo de Expertos y proseguir con los trabajos en esta materia para lograr una futura regulación de alcance internacional.

Llegados al año 2018, el Grupo de Expertos volvió a reunirse para analizar varias cuestiones, entre ellas, responder a la pregunta de si la filiación de los niños nacidos a través de la maternidad subrogada requiere un enfoque diferenciado. Para resolver esta cuestión, los expertos proponen dos instrumentos: (1) crear un Protocolo facultativo específico para la regulación de los acuerdos de gestación internacional, o (2) desarrollar un mecanismo que permitiera decidir a los Estados

⁷⁰ Este documento es “El Proyecto Filiación/Maternidad de sustitución”, elaborado en febrero de 2015, por el que se realiza un análisis de las implicaciones prácticas que se derivan de las sentencias del TEDH en esta materia.

⁷¹ Informe del Comité de Bioética de España sobre aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada.

⁷² OTAEGUI AIZPURUA, I.: “Gestación por sustitución: un nuevo reto para el legislador español”, en Rosana Triviño Caballero: Cuestiones abiertas sobre la gestación subrogada, Ilemata, Revista Internacional de Éticas Aplicadas, nº 28, 87-108.

sobre la inclusión o exclusión de una regulación de estos acuerdos en el ámbito de aplicación del instrumento que finalmente se acordara⁷³.

Esta decisión fue acordada en las siguientes reuniones del Grupo de Expertos, en las que se decantaron por la adopción de un Proyecto de Protocolo específico que regulase el reconocimiento de los acuerdos internacionales de gestación por sustitución. Este Proyecto destaca la importancia de proteger los derechos y el bienestar de las partes implicadas en el proceso de la gestación y, en particular, el interés superior del menor.

En vista de los avances realizados en esta materia, el Grupo solicitó ser autorizado para continuar con sus trabajos, previendo presentar en el año 2022 el “Protocolo sobre el reconocimiento de la filiación habida a través de gestación por sustitución”, con la intención de que la Conferencia decida finalmente sobre la pertinencia de su adopción internacional⁷⁴.

4.2. Iniciativas aprobadas en el marco de la Unión Europea.

A continuación, se exponen los principales pronunciamientos que han emitido las instituciones europeas sobre la cuestión de la maternidad subrogada.

4.2.1. Postura del Consejo de Europa.

A pesar de los múltiples intentos que ha llevado a cabo el Consejo de Europa por aprobar un texto regulador de la gestación por sustitución, no ha logrado alcanzar el desarrollo completo de ningún documento, resolución o informe oficial sobre el tema.

No obstante, en el año 2012 el Consejo de Europa emitió una Declaración Escrita sobre la materia en la que afirmaba que “la maternidad subrogada es incompatible con la dignidad de mujeres y niños, lo que supone una violación de sus DDF”⁷⁵. Para poder emitir esta declaración, se basó en numerosos tratados y convenios de Derecho internacional privado, algunos de ellos ya han sido analizados anteriormente en este trabajo.

⁷³ DURÁN AYAGO, A.: “Los trabajos en el seno de la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado sobre gestación por sustitución”, Revista General de Derecho Constitucional 31, 2020.

⁷⁴ *Ibidem*.

⁷⁵ HERMIDA BELLOT, B.: “Gestación subrogada: un problema global. Situación en el marco de la Unión Europea, la Conferencia de Derecho internacional privado de La Haya, y el Comité de los Derechos del Niño”, Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, n.º. 767, 2018, págs. 1193 a 1229.

Con esta manifestación, el Consejo de Europa ya mostraba inteligiblemente su postura contraria a la admisibilidad de la gestación por sustitución en el ámbito europeo, al considerarla atentatoria contra la dignidad humana de la mujer gestante y del menor así nacido, y, por consiguiente, contrapuesta a las prohibiciones de tráfico de niños y de comercialización con partes del cuerpo humano⁷⁶.

Más adelante, en julio de 2014, la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa (PACE) presentó una “Propuesta de Resolución” en la que consideraba la gestación por sustitución “como una vulneración de la dignidad de la mujer que presta su cuerpo y su función reproductiva como mercancía”⁷⁷. Además, esta Moción exigía la realización de un profundo análisis de las implicaciones éticas y jurídicas que se desprenden de la maternidad subrogada, así como un pronunciamiento claro en esta materia. Una vez más, el Consejo de Europa continúa mostrando de forma expresa su rechazo a la práctica de la gestación por sustitución en el espacio de la UE.

Un año más tarde, el Comité de Asuntos Sociales, Salud y Desarrollo Sostenible del Consejo de Europa encargó la elaboración de un Informe sobre los aspectos éticos de la maternidad subrogada a la senadora belga, PETRA DE SUTTER. La primera versión de este informe fue rechazada por el propio Comité en marzo de 2016, instando a la ponente la redacción de un nuevo informe en el que incluyera recomendaciones a los Estados miembros en esta materia. En este segundo informe, “*Children's rights related to surrogacy*”⁷⁸, bajo la coartada de proteger los derechos de los niños nacidos por acuerdos de gestación por sustitución, y, en particular, el interés superior del menor, se intentaba alcanzar una declaración favorable a la legalización de la maternidad subrogada en su modalidad altruista. Como consecuencia, la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa declinó su aprobación en octubre de 2016⁷⁹.

Así las cosas, existe una preocupación creciente en el seno del Consejo de Europa por la inexistencia de una regulación exhaustiva y uniforme en el ámbito de la UE como respuesta al aumento de casos de maternidad subrogada internacional, así como a las consecuencias ético-jurídicas que de esta práctica se desprenden.

⁷⁶ ARROYO GIL, A.: “Gestación por sustitución: La dignidad humana en juego”, Estudios de Deusto, Vol. 68/2 julio-diciembre, 2020.

⁷⁷ Resolución de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, informe sobre “Derechos humanos y cuestiones éticas relacionadas con la maternidad subrogada”, 2014.

⁷⁸ DE SUTTER, P.: “Children’s rights related to surrogacy”, Belgium, SOC, de 3 de octubre de 2016.

⁷⁹ Informe del Comité de Bioética de España sobre aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada.

4.2.2. *Postura de la Comisión Europea.*

La Comisión Europea ha mantenido una posición inactiva en la regulación de la gestación por sustitución por varias razones; en primer lugar, porque no tiene competencia para actuar en los Estados miembros, salvo que se trate de una materia legislada por la UE, y la gestación por sustitución no es una de estas materias, en segundo lugar, porque la UE carece de competencia para homogeneizar las leyes nacionales en este ámbito, y, en tercer lugar, al ser la UE miembro de pleno derecho de la Conferencia de Derecho internacional privado de La Haya, debe estar pendiente de todos los trabajos que se aprueben sobre esta materia en el seno de esta organización internacional⁸⁰.

En este sentido, la Comisión ha podido reseñar que la maternidad subrogada es una de las prácticas que se hayan comprendidas dentro del concepto de “trata de seres humanos” y, por ello, remite su regulación a la Directiva 2011/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de abril de 2011 relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas.

Esta Directiva considera “víctimas particularmente vulnerables” a las mujeres en estado de gestación, en especial, a la mujer gestante que vive el proceso de la maternidad subrogada. Es más, observa que las víctimas de trata que sufren otras formas de explotación, entre las que se encuentran la práctica de la maternidad subrogada, representan el 18% del total de las víctimas por este delito⁸¹.

Con esto, se desprende que la Comisión Europea ostenta una posición pasiva en lo que se refiere a la regulación de la gestación por sustitución, ya que, en cualquier caso, se va a remitir a las soluciones alcanzadas por la Conferencia de La Haya en esta materia.

4.2.3. *Postura del Parlamento Europeo.*

Se trata de la única institución de la Unión Europea que se ha pronunciado de forma expresa sobre la maternidad subrogada.

⁸⁰ HERMIDA BELLOT, B.: “Gestación subrogada: un problema global. Situación en el marco de la Unión Europea, la Conferencia de Derecho internacional privado de La Haya, y el Comité de los Derechos del Niño”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n.º. 767, 2018, págs. 1193 a 1229.

⁸¹ Directiva 2011/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de abril de 2011 relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas.

Los primeros pronunciamientos tuvieron lugar a finales de la década de los años 80, cuando fueron aprobadas varias resoluciones implícitamente relacionadas con esta materia. En primer lugar, la Resolución del Parlamento Europeo, de 16 de marzo de 1989, sobre los problemas éticos y jurídicos de la manipulación genética penalizaba legalmente la “*utilización de embriones con fines comerciales e industriales*”⁸². Desde este punto de vista, la gestación por sustitución se trata de un supuesto por el que se acuerda gestar un embrión a cambio de recibir la mujer gestante una contraprestación económica⁸³.

En segundo lugar, la Resolución del Parlamento Europeo, de 16 de marzo de 1989, sobre la fecundación artificial *in vivo e in vitro* mantuvo que “*toda forma de maternidad bajo comisión fuese prohibida y se declarase punible la mediación comercial*”. De esta forma, el Parlamento Europeo rechazaba expresamente y por primera vez la maternidad por cuenta de terceros, o lo que es lo mismo, los acuerdos de gestación por sustitución⁸⁴.

Más cercano a nuestros días, en el año 2010, la Comisión de Asuntos Jurídicos del Parlamento Europeo desarrolló un estudio acerca del reconocimiento mutuo que otorgan los Estados miembros a los acuerdos de gestación por sustitución transfronteriza. La principal conclusión que se extrajo de este estudio fue la profunda discordancia que existe entre las legislaciones de los diferentes Estados en esta materia ante la complejidad de alcanzar dicho reconocimiento⁸⁵.

Dos años más tarde, en 2012, la Dirección General de Políticas Interiores del Parlamento Europeo (DGPIPE) realizó un estudio, comúnmente conocido como Informe Brunet, cuyo principal objetivo pasaba por “*investigar la competencia potencial de la UE en relación con la maternidad subrogada*”⁸⁶. Finalmente, este estudio resuelve que la UE carece de competencia general en la regulación de los DDFE, no obstante, sí podrá adoptar ciertas medidas particularizadas sobre la gestación por sustitución, siempre y cuando no se vulneren las competencias atribuidas a los

⁸² Resolución del Parlamento Europeo, de 16 de marzo de 1989, sobre los problemas éticos y jurídicos de la manipulación genética.

⁸³ HERMIDA BELLOT, B.: “Gestación subrogada: un problema global. Situación en el marco de la Unión Europea, la Conferencia de Derecho internacional privado de La Haya, y el Comité de los Derechos del Niño”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n.º. 767, 2018, págs. 1193 a 1229.

⁸⁴ MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, J. M. Y MASSIGOGE BENEGIU, J. M.: “La maternidad portadora, subrogada o de encargo en el derecho español”, *Dykinson*, Madrid, 1994, p. 71.

⁸⁵ TODOROVA, V.: “Recognition of parental responsibility: biological parenthood v. legal parenthood, i. e. mutual recognition of surrogacy agreements: what is the current situation in the MS? Need for EU action?”. En *Policy Department C: Citizens’ Rights and Constitutional Affairs*, 2010, Brussels. European Parliament.

⁸⁶ BRUNET, L.: “El régimen de subrogación en los Estados miembros de la UE”, *Dirección General de Políticas Interiores*, Departamento temático C: Derechos de los ciudadanos y asuntos constitucionales, Parlamento Europeo, 2012, p. 7.

Estados miembros. Además, reconoce que no existe un consenso entre los Estados miembros para armonizar su normativa y crear una legislación común en esta materia, de manera que, cada uno de los Estados podrá decidir acerca de la autorización o prohibición de esta práctica en su ámbito territorial. En cualquier caso, todos los Estados miembros parecen estar de acuerdo en la necesidad de que los hijos nacidos por maternidad subrogada tengan definida claramente su filiación, es decir, dispongan de unos progenitores legales y un estatus civil claramente definidos⁸⁷.

El último pronunciamiento sobre la gestación por sustitución emitido por el Parlamento Europeo tuvo lugar el 17 de diciembre de 2015, cuando se aprueba el Informe anual sobre Derechos Humanos y la Democracia en el Mundo. En este informe, en el capítulo dedicado a los derechos de las mujeres y las niñas, el Parlamento Europeo prohíbe con términos contundentes la práctica de la maternidad subrogada de la siguiente manera:

“El Parlamento Europeo condena la práctica de la gestación por sustitución, que es contraria a la dignidad humana de la mujer, ya que su cuerpo y sus funciones reproductivas se utilizan como una materia prima; estima que debe prohibirse esta práctica, que implica la explotación de las funciones reproductivas y la utilización del cuerpo con fines financieros o de otro tipo, en particular en el caso de las mujeres vulnerables en los países en desarrollo, y pide que se examine con carácter de urgencia en el marco de los instrumentos de derechos humanos”⁸⁸

Por último, como consecuencia de la aprobación de la anterior resolución, en abril de 2016, se presentó una Propuesta de Resolución con la finalidad de proporcionar una protección jurídica a los hijos nacidos mediante la gestación por sustitución en el ámbito de la UE. En concreto, se trata de la “Propuesta de Resolución del Parlamento Europeo sobre la gestación subrogada como un riesgo para los derechos de las mujeres y de los niños”⁸⁹.

En conclusión, resulta obvio que la posición común que mantienen las instituciones de la UE es de firme rechazo hacia la práctica de la maternidad subrogada, fundamentalmente, por resultar contraria a la dignidad de las personas implicadas en ella y por considerarse un supuesto de tráfico de personas. No obstante, y a pesar de las prohibiciones, también son conscientes de que

⁸⁷ EMAKUNDE, “¿Gestación subrogada o vientres de alquiler? Informe Final”, Revista Euskadi, 2018, p. 30.

⁸⁸ Resolución del Parlamento Europeo, de 17 de diciembre de 2015, sobre el Informe anual sobre los derechos humanos y la democracia en el mundo (2014) y la política de la Unión Europea al respecto (2015/2229(INI)).

⁸⁹ Propuesta de Resolución del Parlamento Europeo sobre la gestación subrogada como un riesgo para los derechos de las mujeres y de los niños.

esta práctica se va a seguir desarrollando en el seno de la UE, por ello, existe una creciente preocupación ante la inexistencia de una regulación expresa que ponga fin a estos acuerdos de gestación.

4.3. Regulación de la maternidad subrogada en el ordenamiento jurídico español.

Nuestro ordenamiento jurídico no contempla una ley que regule expresamente la gestación por sustitución, por lo tanto, para conocer el tratamiento jurídico que recibe esta práctica en nuestro país, es preciso acudir a las disposiciones reguladas en la CE, en la normativa civil y penal y en la normativa bio-jurídica. También se debe tener en cuenta la amplísima jurisprudencia de los tribunales, así como las diversas resoluciones e instrucciones aprobadas por la Dirección General de los Registros y del Notariado (en adelante DGRN).

4.3.1. Constitución Española de 1978.

A pesar de que la norma suprema no regule explícitamente esta materia, es importante destacarla a efectos de exponer los derechos que en ella se reconocen y que pueden llegar a ser vulnerados con la práctica de la maternidad subrogada.

Así pues, resulta evidente que los acuerdos de gestación por sustitución se encuentran confrontados con derechos tales como la dignidad o el libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE), la integridad física y moral (art. 15 CE), el derecho a la salud (art. 43 CE) o el interés superior del menor (Convención sobre los Derechos del Niño).

Esta controversia ya ha sido puesta de manifiesto anteriormente en el presente trabajo, llegando a la conclusión de que el derecho a la dignidad de la persona es un límite infranqueable para la realización de la maternidad subrogada y, por lo tanto, esta práctica no podrá ser reconocida ni amparada por nuestro ordenamiento jurídico⁹⁰.

⁹⁰ MARRADES PUIG, A.: “La gestación subrogada en el marco de la Constitución Española: una cuestión de derechos”, Estudios de Deusto, Vol. 65/1, Enero – Junio, 2017, pp. 219-241.

4.3.2. Normativa civil y penal.

4.3.2.1. Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

En los acuerdos de gestación por sustitución intervienen dos partes, por un lado, la pareja o persona comitente, que espera recibir al recién nacido con el que poder establecer una relación de filiación, y, por otro lado, la mujer gestante, que debe entregar al recién nacido, renunciado a dicha relación a cambio de recibir una contraprestación económica, generalmente.

Ante esta práctica, el art. 221 CP tipifica como delito la conducta de *“quienes, mediando compensación económica, entreguen a otra persona un hijo, descendiente o cualquier menor, aunque no concurra relación de filiación o parentesco, eludiendo los procedimientos legales de la guarda, acogimiento o adopción, con la finalidad de establecer una relación análoga a la de filiación”*⁹¹. Tal conducta es castigada con penas de prisión de uno a cinco años y de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de la patria potestad, tutela, curatela o guarda por tiempo de cuatro a diez años.

Este castigo no tiene límites, ya que el apartado segundo de este mismo artículo condena con las mismas penas tanto a la persona o personas que reciban al recién nacido como a la agencia intermediaria en el proceso, con independencia de que la entrega del menor haya tenido lugar en país extranjero.

Parece claro que el art. 221 CP se refiere a la práctica de la maternidad subrogada, sin embargo, lo que viene a sancionar no es la gestación por sustitución en sí misma, sino la voluntad de quienes desean alterar la filiación del nacido por este medio⁹².

4.3.2.2. Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil.

En el ámbito civil, cobra especial relevancia la determinación de la ley aplicable a la filiación del recién nacido en los supuestos de gestación por sustitución. En concreto, es el art. 9.4 CC el que hace referencia a la fijación de este vínculo y a su carácter, al establecer que:

⁹¹ ESPAÑA, Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, Boletín Oficial del Estado, n° 281, 24 de noviembre de 1995.

⁹² HERMIDA BELLOT, B.: “Gestación subrogada: un problema global. Situación en el marco de la Unión Europea, la Conferencia de Derecho internacional privado de La Haya, y el Comité de los Derechos del Niño”, Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, n°. 767, 2018, págs. 1193 a 1229.

“La determinación y el carácter de la filiación por naturaleza se regirán por la ley de la residencia habitual del hijo en el momento del establecimiento de la filiación. A falta de residencia habitual del hijo, o si esta ley no permitiere el establecimiento de la filiación, se aplicará la ley nacional del hijo en ese momento. Si esta ley no permitiere el establecimiento de la filiación o si el hijo careciere de residencia habitual y de nacionalidad, se aplicará la ley sustantiva española”⁹³.

De la redacción de este artículo es posible extraer varias conclusiones; en primer lugar, la ley aplicable a la filiación por naturaleza será la ley de la residencia habitual del menor, en segundo lugar, se define el momento en el que habrá de apreciarse esta residencia habitual, en concreto, *“en el momento del establecimiento de la filiación”*, de esta forma se evita el denominado conflicto móvil, y, por último, se enuncian una serie de puntos de conexión subsidiarios para determinar la filiación, así, en defecto de residencia habitual, se deberá aplicar la ley de la nacionalidad y, a falta de esta, se aplicará la ley española⁹⁴.

Ahora bien, el art. 108 CC distingue dos tipos de filiación: la filiación por naturaleza y por adopción. El concepto de filiación por naturaleza, al que hace referencia el CC, se fundamenta en la realidad biológica, esto es, quien es padre o madre biológico será tenido por padre o madre legal. Así, en los casos de gestación por sustitución, parece que esta equivalencia entre realidad biológica y filiación natural desaparece. Sin embargo, el legislador de 1988, año en el que fue aprobada la primera Ley española de Reproducción Humana Asistida, tomó la decisión de reconducir el régimen de determinación de la filiación al de la filiación natural. De esta forma, la voluntad de crear un nuevo ser humano viene a sustituir a la realidad biológica, al convertir en padres legales a quienes desean someterse a este proceso en busca de un hijo. Este pronunciamiento será mantenido posteriormente en la vigente Ley 14/2006, de 26 de mayo, a pesar de la inadecuación de esta decisión a la realidad⁹⁵.

⁹³ ESPAÑA, Real Decreto-ley de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil, Boletín Oficial del Estado, nº 206, de 25 de julio de 1889.

⁹⁴ VAQUERO LÓPEZ, C.: “Nuevas normas de Derecho internacional privado estatal: una primera aproximación a las reformas legislativas de julio de 2015”, Revista Aranzadi Doctrinal, 2015, núm. 9. Aranzadi, SA, Cizur Menor, pp. 10-11.

⁹⁵ BARBER CÁRCAMO, R.: “Reproducción asistida y determinación de la filiación”, REDUR 8, diciembre 2010, p. 27.

4.3.3. *Normativa bio-jurídica.*

Las técnicas de reproducción asistida, y entre ellas la maternidad subrogada, llevan formando parte del ordenamiento español desde hace más de treinta años, en concreto, desde la aprobación en 1988 de la primera ley sobre técnicas de reproducción asistida, la Ley 35/1988, de 22 de noviembre. Con posterioridad y ante los rápidos avances científicos y médicos en este campo, se promulgó la Ley 45/2003, de 21 de noviembre, por la que se modifica la anterior. Y, tres años más tarde, se aprueba la hoy vigente Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida. A continuación, se expone un resumen del contenido más relevante de las mismas en la regulación de la gestación por sustitución.

4.3.3.1. Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre Técnicas de Reproducción Asistida⁹⁶.

Como consecuencia del rápido desarrollo de las técnicas de reproducción asistida durante la segunda mitad del siglo XX, el legislador español recurrió a la formación de una Comisión especial para el estudio de la Fecundación in vitro y la Inseminación Artificial Humanas. El informe redactado por esta Comisión (comúnmente conocido como Informe Palacios) adoptó una serie de principios determinantes en la regulación de la gestación por sustitución⁹⁷. Casi la totalidad de estos fundamentos fueron tomados en consideración por el legislador para la aprobación de la primera ley española sobre Técnicas de Reproducción Asistida. Por lo tanto, se puede afirmar que la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, es fruto del trabajo realizado por aquella Comisión especial en el denominado Informe Palacios⁹⁸.

En este sentido, el art. 10 LTRA recoge una de las recomendaciones del Informe más relevantes en el ámbito de la gestación por sustitución al establecer que:

⁹⁶ Esta ley fue derogada por la Ley 45/2003, de 21 de noviembre.

⁹⁷ El Informe Palacios recoge en su recomendación H) tres prohibiciones en la práctica de la maternidad subrogada. En el apartado 115, de manera concluyente, se establece que “deberá prohibirse la gestación de sustitución en cualquier circunstancia”. Por su parte, en el apartado 116, se recoge que “deberán ser objeto de sanción penal o del tipo que procediera, las personas que participen en un contrato de gestación de sustitución, aunque no sea escrito, así como las personas, agencias o instituciones que la propicien, y los equipos médicos que las realicen”. Finalmente, en el apartado 117, se recomienda que “sean objeto de sanción los Centros Sanitarios servicios en los que se realizarán las técnicas para la gestación de sustitución”.

⁹⁸ SOUTO GALVÁN, B.: “Dilemas éticos sobre la reproducción humana. La gestación de sustitución”, *Feminismo/s*, n°8, 2006, pp. 184-187.

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

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

3. Queda a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales.”⁹⁹

El apartado primero de este artículo respeta la recomendación del Informe Palacios al prohibir de pleno derecho la práctica de la gestación por sustitución en cualquier circunstancia y con independencia de la modalidad del contrato, ya sea gratuita u onerosa.

El segundo apartado reafirma la regla romana *mater semper certa est*, al atribuir la maternidad atendiendo al hecho del parto, desconociendo la importancia del factor genético en la relación madre-hijo.

En último lugar, el legislador se preocupa por proteger la posibilidad de que el padre biológico lleve a cabo las correspondientes acciones de reclamación del parentesco respecto del recién nacido. Dichas acciones se encuentran previstas en la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Ahora bien, debido a los rápidos avances científicos en el ámbito de la reproducción humana asistida, las previsiones jurídicas contenidas en la Ley 35/1988 quedaron superadas. El paso del tiempo puso de manifiesto la existencia de ciertas limitaciones en la norma, que dieron lugar a situaciones de cierta inseguridad jurídica, lo que derivó en la derogación de aquella ley.

4.3.3.2. Ley 45/2003, de 21 de noviembre, por la que se modifica la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre Técnicas de Reproducción Asistida¹⁰⁰.

Con la aprobación de esta ley, el legislador pretende modificar ciertas disposiciones contenidas en la derogada Ley 35/1988, entre ellas, el art. 4 y el art. 11, con el objetivo de “evitar la generación de pre-embiones supernumerarios, a la vez que se intenta reducir la tasa de embarazos múltiples”¹⁰¹. No obstante, estas modificaciones resultaron ser insuficientes para

⁹⁹ Ley 35/1988, de 22 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Asistida, Boletín Oficial del Estado, núm. 282, de 24 de noviembre de 1988.

¹⁰⁰ Disposición ya derogada.

¹⁰¹ Exposición de Motivos, Ley 45/2003, de 21 de noviembre, por la que se modifica la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre Técnicas de Reproducción Asistida, Boletín Oficial del Estado, n° 280, de 22 de noviembre.

abordar el creciente desarrollo práctico de estas técnicas y, en particular, de la maternidad subrogada.

4.3.3.3. Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida.

La promulgación de esta ley supone el punto y final de la evolución normativa en esta materia, hasta el momento.

En su art. 10 viene a reproducir de manera íntegra el mismo artículo de la derogada ley sobre técnicas de reproducción asistida al declarar la nulidad absoluta y de pleno derecho de los contratos de gestación por sustitución. Pero, ¿esta nulidad significa que la maternidad subrogada está prohibida en nuestro ordenamiento jurídico? La doctrina no tiene una opinión unánime sobre este interrogante, son muchos los autores que consideran el art. 10 como una declaración tajante de la nulidad de estos contratos, mientras que un sector minoritario entiende que esta práctica no está prohibida con carácter general¹⁰².

El origen de esta controversia se sitúa en el antagonismo que se deduce del mismo art. 10, en sus apartados primero y tercero. No caben dudas de que el art. 10 apartado primero no acepta ninguna modalidad de gestación por sustitución, ni gratuita ni onerosa; sin embargo, el tercer apartado de este artículo abre la posibilidad de reconocer los posibles efectos que se deriven de la celebración de estos contratos, en concreto, permite que el padre biológico pueda reclamar la paternidad respecto del hijo nacido mediante gestación por sustitución. De esta forma, el art. 10.3 LTRHA está reconociendo ciertos efectos jurídicos a una conducta que a priori es nula.

En segundo lugar, y como argumento fundamental entre el sector minoritario de la doctrina, una conducta prohibida debería suponer la imposición de sanciones en los casos de incumplimiento. Y es que, la Ley 14/2006, en su Capítulo VIII, dedicado a Infracciones y Sanciones, no dirige ninguno de sus artículos a tipificar expresamente como infracción ni a sancionar la práctica de la maternidad subrogada. De este modo, la segunda y tercera recomendación¹⁰³ del Informe Palacios no fueron atendidas por el legislador.

¹⁰² HERMIDA BELLOT, B.: “Gestación subrogada: un problema global. Situación en el marco de la Unión Europea, la Conferencia de Derecho internacional privado de La Haya, y el Comité de los Derechos del Niño”, Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, n.º. 767, 2018, págs. 1193 a 1229.

¹⁰³ “Deberán ser objeto de sanción penal o del tipo que procediera, las personas que participen en un contrato de gestación de sustitución, aunque no sea escrito, así como las personas, agencias o instituciones que la propicien, y los equipos médicos que las realicen”.

Por su parte, el Estado español declara que en España todas las modalidades de gestación por sustitución se encuentran expresamente prohibidas, de acuerdo con el apartado primero del art. 10 LTRHA, y señala como posibles sanciones aplicables a las personas que lleven a cabo esta práctica las penas recogidas en los arts. 220 a 222 CP.

En conclusión, parece que la voluntad del legislador en la aprobación del controvertido art. 10 LTRHA no fue otra que la de prohibir la práctica de la gestación por sustitución, de lo contrario, carecería de sentido declarar nulos estos contratos.

5. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH), también conocido como “Tribunal de Estrasburgo”, es la máxima autoridad judicial encargado de resolver las posibles vulneraciones sobre los Derechos y Libertades fundamentales reconocidos en el Convenio Europeo de Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (CEDH).

En este sentido, el TEDH se ha venido pronunciando en materia de gestación por sustitución sobre los problemas que se derivan del reconocimiento de la filiación entre los padres intencionales y el recién nacido. En concreto, en aquellos casos en los que se haya acudido a esta técnica de reproducción en países donde sí está permitida y posteriormente se reclamen sus efectos en Estados donde estos contratos se consideran nulos¹⁰⁴.

La clave jurídica empleada en sus resoluciones ha sido el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, en el que se consagra el derecho al respeto a la vida privada y familiar como principio esencial en la protección del Interés Superior del Menor.

Por lo tanto, la cuestión que ha de resolver este Tribunal es si la denegación en el Estado de recepción de la filiación reconocida en el extranjero de menores nacidos mediante maternidad subrogada es contraria o no al art. 8 del CEDH. Para ello, deberá examinar diferentes principios que entran en conflicto, tales como el orden público y el interés superior del menor.

A continuación, se exponen los casos más relevantes que han sido resueltos por el TEDH, así como las soluciones alcanzadas en cada uno de ellos.

5.1. Asuntos *Menesson* y *Labassée c. Francia*.

Debido a la similitud de los antecedentes de hecho y las consecuencias jurídicas que se desprenden de ellos, ambos casos fueron resueltos en idénticos términos por el TEDH.

Respecto de los antecedentes, tanto en el caso *Menesson* como en el caso *Labassée*, los padres intencionales, debido a la incapacidad de la pareja para concebir hijos de manera natural y tras

¹⁰⁴ EMAKUNDE, “¿Gestación subrogada o vientres de alquiler? Informe Final”, Revista Euskadi, 2018.

varios procesos de fecundación in vitro fallidos, decidieron llevar a cabo sendos procesos de gestación por sustitución en los Estados de California y Minnesota, respectivamente. (Tanto California como Minnesota son Estados en los que esta técnica estaba permitida)¹⁰⁵.

En el momento de inscribir ambos nacimientos en el Registro francés, Estado de recepción de los recién nacidos, dicha inscripción les fue denegada alegando la nulidad de tales contratos en el derecho francés¹⁰⁶.

Tras agotar todas las vías judiciales en Francia y sin haber obtenido el reconocimiento de la filiación acreditada conforme a una legislación extranjera, los padres de intención en ambos asuntos solicitaron amparo ante el TEDH. Invocando el art. 8 CEDH, los demandantes argumentaban que esta situación suponía un grave perjuicio para el interés superior de los menores y la vulneración del derecho a su vida privada y familiar¹⁰⁷.

Antes de todo, el TEDH comienza afirmando que, para la protección del derecho al respeto a la vida familiar, el art. 8 CEDH supone la previa existencia de un vínculo familiar propiamente dicho, aspecto que, a juicio del TEDH, se cumple manifiestamente en los casos *Mennesson* y *Labassée*. Igualmente, declara que “el derecho a la identidad, que incluye la filiación, forma parte integral del derecho a la vida privada” y, de esta forma, afirma la existencia de “una conexión directa entre la vida privada de los niños nacidos mediante gestación por sustitución y la determinación jurídica de su filiación”¹⁰⁸.

Respecto del fondo del asunto, como ya ha sido comentado anteriormente, los padres intencionales en ambos supuestos alegaron que la denegación por parte de las autoridades francesas del reconocimiento legal del vínculo familiar comportaba una injerencia en su derecho al respeto a la vida familiar. Ante este alegato, el TEDH tuvo que pronunciarse acerca de la existencia y la justificación de tal interferencia, esto último solo sucede “cuando está prevista por la ley, persiga fines legítimos y sea necesaria en una sociedad democrática”¹⁰⁹.

¹⁰⁵ González Hoya, F., Guerrero Soto, S. G., Hernández González, P., Holgado Franco, L., Ingelmo Ingelmo, L. A., Justo Dasilva, L., ... & Mateos Moro, A. (2021). “TEDH y gestación por sustitución”.

¹⁰⁶ Fulchiron, H., Guilarte Martín-Calero, C. (2015). “Algunas reflexiones sobre la sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014 a la luz de la condena de Francia por el TEDH (Sentencia *Labassée* y *Menesson* de 26 de junio de 2014)”. *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 3/2015 parte Estudio.

¹⁰⁷ Godoy, M. O. (2018). “La gestación subrogada en la jurisprudencia del TEDH, TJUE y Tribunal Supremo”. *Anuario de la Facultad de Derecho de la UEx*, nº 34.

¹⁰⁸ STEDH, de 26 de junio de 2014, Caso *Mennesson vs. France*, punto 46 y Caso *Labassée vs. France*, punto 38.

¹⁰⁹ STEDH, de 26 de junio de 2014, Caso *Mennesson vs. France*, punto 50.

En cuanto a la existencia, el Tribunal está de acuerdo y afirma que, en estos casos, existe una injerencia por parte de las autoridades francesas en el ejercicio del derecho garantizado por el art. 8 CEDH¹¹⁰. Ahora bien, el TEDH deberá examinar los requisitos para poder determinar si tal interferencia se encuentra justificada o no.

En primer lugar, sobre la expresión “prevista por la ley”, la jurisprudencia del Tribunal entiende que este término no solo exige que la medida impugnada tenga fundamento en el derecho interno, sino también que la ley en cuestión sea accesible al interesado y previsible en cuanto a sus efectos. En los casos enjuiciados, estas condiciones se cumplen y, por consiguiente, el TEDH considera que la injerencia se encuentra justificada y “prevista por la ley”, en el sentido del art. 8.2 CEDH¹¹¹.

En segundo lugar, en cuanto a los “fines legítimos” perseguidos por la interferencia, el Tribunal admite en ambos supuestos que la injerencia en cuestión responde a dos de los objetivos legítimos enumerados en el art. 8.2 CEDH, en especial, la “protección de la salud” y la “protección de los derechos y libertades de los individuos”. La negativa de las autoridades francesas a reconocer la relación filial entre los hijos nacidos mediante gestación por sustitución en el extranjero y los padres intencionales tiene por objeto disuadir a otros ciudadanos franceses de recurrir fuera del territorio nacional a estos métodos de reproducción, prohibidos en este país, con la intención de salvaguardar a los niños y a las madres gestantes. Por lo tanto, la vulneración impugnada se encuentra justificada en atención a los fines legítimos perseguidos por la misma¹¹².

En tercer lugar, respecto a la exigencia de que la interferencia “sea necesaria en una sociedad democrática”, el Tribunal ha puntualizado que en aquellos asuntos en los que no existe un consenso en todos los Estados sobre los intereses en juego y la forma de protegerlos, así como sobre las cuestiones morales y éticas que existen alrededor de los mismos, el margen de apreciación del que disponen dichos Estados es demasiado amplio, respecto de lo que es

¹¹⁰ STEDH, de 26 de junio de 2014, Caso Mennesson vs. France, puntos 49-50 y Caso Labassée vs. France, puntos 50-51.

¹¹¹ STEDH, de 26 de junio de 2014, Caso Mennesson vs. France, puntos 57-58 y Caso Labassée vs. France, puntos 52.

¹¹² STEDH, de 26 de junio de 2014, Caso Mennesson vs. France, punto 62 y Caso Labassée vs. France, punto 54.

necesario en una sociedad democrática. Sin embargo, cuando lo que está en juego es un aspecto esencial de la identidad o la existencia de las personas, el margen de apreciación se restringe¹¹³.

Así pues, en los casos de gestación por sustitución enjuiciados concurren ambos elementos, por un lado, la inexistencia de consenso entre los Estados acerca de la admisibilidad y regulación de estos contratos, y, por otro lado, el menoscabo de la filiación como elemento esencial de la identidad de las personas. Por lo tanto, en ambos supuestos, el Tribunal deberá determinar si se ha alcanzado un justo equilibrio entre los intereses contrapuestos de los Estados y los intereses de los individuos afectados, siempre teniendo en cuenta el principio esencial del interés superior del menor¹¹⁴.

En lo que se refiere a los intereses de los Estados, toman relevancia los principios de orden público internacional y de indisponibilidad del estado civil. Respecto de los intereses de los individuos afectados, el Tribunal deberá garantizar la observancia del principio esencial del interés superior del menor y del derecho fundamental a la vida privada y familiar¹¹⁵.

En este sentido, el TEDH estima conveniente distinguir, por un lado, el derecho al respeto a la vida familiar de los matrimonios demandantes, y, por otro lado, el derecho al respeto a la vida privada de los hijos nacidos mediante gestación por sustitución¹¹⁶.

En cuanto al derecho al respeto a la vida familiar, el TEDH estimó que la falta de reconocimiento, en el derecho francés, de la relación paterno-filial afectó necesariamente a la vida familiar de los matrimonios demandantes. Sin embargo, señala que las dificultades a las que tuvieron que hacer frente como consecuencia de esa falta de reconocimiento no tenían la consideración de insuperables. Por lo tanto, pudieron llevar una vida familiar normal y equiparable a la de otras familias, sin riesgos de ser separados por las autoridades francesas debido a su peculiar situación legal. De esta forma, el Tribunal concluye que no existe

¹¹³ STEDH, de 26 de junio de 2014, Caso Mennesson vs. France, puntos 77-80 y Caso Labassée vs. France, puntos 56-58.

¹¹⁴ STEDH, de 26 de junio de 2014, Caso Mennesson vs. France, punto 81 y Caso Labassée vs. France, punto 60.

¹¹⁵ STEDH, de 26 de junio de 2014, Caso Mennesson vs. France, puntos 84-85 y Caso Labassée vs. France, puntos 63-64.

¹¹⁶ STEDH, de 26 de junio de 2014, Caso Mennesson vs. France, punto 86 y Caso Labassée vs. France, punto 65.

vulneración del derecho a la vida familiar del matrimonio, alcanzándose un justo equilibrio entre los intereses de los demandantes y los del Estado¹¹⁷.

Sobre el derecho al respeto a la vida privada, el Tribunal recuerda que “el respeto a la vida privada exige que toda persona pueda establecer los detalles de su identidad como ser humano”¹¹⁸, lo cual incluye la determinación de su filiación y de su nacionalidad. A este respecto, el TEDH entiende que los menores nacidos mediante gestación por sustitución en ambos supuestos se encuentran en una situación de inseguridad jurídica. Y es que, aunque las autoridades francesas hayan reconocido el vínculo de filiación establecido conforme al derecho extranjero, la denegación por su parte del reconocimiento de los efectos de la sentencia extranjera y de la transcripción del estado civil que de ella se desprende pone de manifiesto que estas relaciones paterno-filiales no están reconocidas en el ordenamiento jurídico francés. Tal contradicción socava el derecho a la identidad de los hijos dentro de la sociedad francesa.

Por consiguiente, la negativa a reconocer en el derecho francés la relación de filiación entre los hijos así concebidos y los padres intencionales no solo lesiona la situación jurídica de los comitentes, sino que también afecta a los propios hijos, cuyo derecho al respeto a la vida privada se ve sustancialmente afectado¹¹⁹.

En este punto, adquiere especial relevancia el principio del interés superior del menor, el cual posee una consideración primordial en todas las decisiones que lo afectan. En este sentido, el TEDH pone de relieve que, en ambos asuntos, uno de los futuros padres es también el padre biológico de los niños. Así pues, “habida cuenta de la importancia de la filiación biológica como elemento de la identidad de toda persona, no puede afirmarse que sea conforme al interés de los menores privarlos de un vínculo jurídico de esta naturaleza”¹²⁰.

Por lo tanto, el TEDH considera que en ambos casos se ha producido una grave restricción a la identidad y al derecho al respeto a la vida privada de los hijos nacidos mediante gestación por sustitución, sobrepasando el Estado francés el margen de apreciación que le está permitido conforme al art. 8 CEDH¹²¹.

¹¹⁷ STEDH, de 26 de junio de 2014, Caso Mennesson vs. France, puntos 87-94 y Caso Labassée vs. France, puntos 66-73.

¹¹⁸ STEDH, de 26 de junio de 2014, Caso Mennesson vs. France, punto 96 y Caso Labassée vs. France, punto 75.

¹¹⁹ STEDH, de 26 de junio de 2014, Caso Mennesson vs. France, punto 99 y Caso Labassée vs. France, punto 78.

¹²⁰ STEDH, de 26 de junio de 2014, Caso Mennesson vs. France, punto 100 y Caso Labassée vs. France, punto 79.

¹²¹ *Ibidem*.

En conclusión, este Tribunal declara la violación del art. 8 CEDH por parte de Francia al no reconocer la relación de filiación entre los hijos nacidos mediante gestación por sustitución y los padres comitentes que han acudido a este método de reproducción en el extranjero, apelando al interés superior del menor. En concreto, el Estado francés ha vulnerado el art. 8 CEDH con respecto a los menores, en el apartado relativo a la vida privada, pero no así con respecto a la vida familiar de los padres¹²².

Esta jurisprudencia del TEDH en los asuntos *Mennesson* y *Labassée* ha servido para sentar las bases en posteriores resoluciones en esta materia, tales como los casos *Foulon y Bouvet c. Francia* y *Laboire c. Francia*, en los que concurrían circunstancias fácticas muy similares a las anteriormente enjuiciadas¹²³.

5.2. Asunto Paradiso y Campanelli c. Italia.

Este matrimonio italiano formado por el señor Paradiso y la señora Campanelli había intentado ser padres a través de diferentes técnicas de reproducción asistida, incluso por medio de la adopción. Sin embargo, ninguno de estos procesos les ayudó a cumplir su deseo de paternidad. Ante estos hechos, decidieron acudir a la gestación por sustitución como último método de reproducción y para ello contrataron los servicios de una mujer gestante en Rusia, país en el que este tipo de contratos está permitido¹²⁴.

Tras el nacimiento de un niño el 27 de febrero de 2011, se procedió a su inscripción en el Registro Civil de Moscú como hijo del matrimonio italiano conforme al Derecho ruso. Llegados a Italia, país de residencia del matrimonio, los padres intencionales solicitaron asimismo la inscripción del nacimiento en el Registro Civil italiano. No obstante, las autoridades italianas advirtieron que el certificado de nacimiento contenía información falsa, siendo el matrimonio acusado de delito de alteración del estado civil, así como de infracción de las normas reguladoras de la adopción

¹²² STEDH, de 26 de junio de 2014, Caso *Mennesson vs. France*, punto 102 y Caso *Labassée vs. France*, punto 81.

¹²³ GONZÁLEZ BEILFUSS, C. (2015). “Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre gestación por sustitución”. *Revista Española de Derecho Internacional*, Capítulo Décimo, 67 (I).

¹²⁴ GONZÁLEZ HOYA, F., GUERRERO SOTO, S. G., HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, P., HOLGADO FRANCO, L., INGELMO INGELMO, L. A., JUSTO DASILVA, L., ... & MATEOS MORO, A. (2021). “TEDH y gestación por sustitución”. Universidad de Salamanca, Seminario.

internacional. Como consecuencia, también se inició un procedimiento de adopción, ya que la ley italiana entendía que el niño se encontraba en una situación de abandono y desamparo.

Además, con ánimo de conocer la verdadera relación biológica entre el niño y el padre comitente, los tribunales italianos ordenaron la realización de una prueba de ADN entre ambos. Esta prueba terminó por revelar que no existía vínculo genético alguno entre ellos y que, por lo tanto, se desconocía la identidad del menor¹²⁵.

Finalmente, el niño nacido mediante gestación por sustitución fue entregado a padres adoptivos en el año 2013 al confirmar los tribunales italianos la negativa a inscribir en el Registro Civil italiano su certificado de nacimiento ruso por tres razones: (1) por ser contrario al orden público, (2) por la inexactitud de la información contenida en él y (3) por la falta de vínculo genético con los padres comitentes¹²⁶.

Ante esta situación, el matrimonio decidió poner en conocimiento del TEDH la controversia, argumentando que la decisión de las autoridades italianas había vulnerado su derecho al respeto a la vida privada y familiar y el principio del interés superior del menor. Este Tribunal falló en dos ocasiones, en un primer momento, la Sala de la Sección 2ª dictó sentencia el 27 de enero de 2015 en la que condenaba a Italia por no haber primado el interés superior del menor sobre el orden público internacional y por no haber salvaguardado un justo equilibrio entre los intereses en presencia. En un segundo momento, y a petición del gobierno italiano, la Gran Sala puso punto final a este debate en la sentencia del 24 de enero de 2017, revocando la previamente dictada por la Sección 2ª y considerando que el Estado italiano no había vulnerado el derecho al respeto a la vida privada y familiar de los demandantes, regulado en el art. 8 CEDH¹²⁷.

A pesar de que en el caso Paradiso y Campanelli se observa la existencia de un contrato de gestación por sustitución, los presupuestos de hecho y las consecuencias jurídicas que de ellos se desprenden son diferentes a los expuestos en los casos Mennesson y Labassée. Aquí, los comitentes no reclaman del TEDH el reconocimiento del vínculo de filiación legalmente

¹²⁵ GONZÁLEZ BEILFUSS, C. (2015). “Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre gestación por sustitución”. Revista Española de Derecho Internacional, Capítulo Décimo, 67 (I).

¹²⁶ STEDH, 27 de enero de 2015, demanda núm. 25358/2012.

¹²⁷ OTAEGUI AIZPURUA, I.: “Gestación por sustitución: un nuevo reto para el legislador español”, en Rosana Triviño Caballero: Cuestiones abiertas sobre la gestación subrogada, Ilemata, Revista Internacional de Éticas Aplicadas, nº 28, 87-108.

establecido en Rusia, sino el enjuiciamiento de las medidas urgentes adoptadas por las autoridades italianas que condujeron a la separación definitiva del menor y de los demandantes¹²⁸.

Así pues, este Tribunal deberá determinar, en primer lugar, si el art. 8 CEDH resulta aplicable al asunto concreto, y, en caso afirmativo, si las medidas urgentes ordenadas por los tribunales italianos constituyen una injerencia en los derechos de los demandantes al respeto a su vida familiar y/o privada y, en su caso, si dichas medidas fueron tomadas de conformidad con el art. 8.2 CEDH¹²⁹.

Para determinar la aplicabilidad del art. 8 CEDH, el Tribunal tomó como referencia el tiempo de convivencia que habían vivido desde el nacimiento del niño hasta su separación por las autoridades italianas, en concreto, transcurrieron ocho meses. A pesar de ser un periodo relativamente corto, el Tribunal lo consideró suficiente para suponer el comportamiento paternal que habían desarrollado los demandantes con el menor¹³⁰. Por lo tanto, el art. 8 CEDH resulta de aplicación al caso concreto.

A continuación, el TEDH debe responder a la pregunta de si los hechos del presente caso se circunscriben dentro de la vida familiar y/o privada de los demandantes. En otras palabras, debe valorar, en primer lugar, si la medida adoptada por los tribunales italianos de entregar en adopción al menor supuso una intromisión en la vida privada y familiar de los demandantes, y si tal injerencia se encontraba justificada, lo que solo sucede “cuando está prevista por la Ley y persigue fines legítimos, siendo necesaria en una sociedad democrática”, de conformidad con el art. 8.2 CEDH¹³¹.

A este respecto, la **Sentencia de 27 de enero de 2015** interpreta la situación como una verdadera injerencia en los derechos a la vida privada y familiar de los demandantes, garantizados por el CEDH, y establece que tal intromisión estará justificada si se cumplen las condiciones acumulativas de estar prevista por la Ley, perseguir un objetivo legítimo y ser necesaria en una sociedad democrática, en el sentido del art. 8.2 CEDH¹³². Así pues, el Tribunal entiende que, en

¹²⁸ STEDH, de 24 de enero de 2017, demanda núm. 25358/2012, punto 133.

¹²⁹ STEDH, de 24 de enero de 2017, *Paradiso-Campanelli vs. Italy*, punto 134.

¹³⁰ STEDH, de 27 de enero de 2015, *Caso Paradiso-Campanelli vs. Italy*, punto 69 y STEDH, de 24 de enero de 2017, *Paradiso-Campanelli vs. Italy*, punto 136.

¹³¹ GODOY, M. O. (2018). “La gestación subrogada en la jurisprudencia del TEDH, TJUE y Tribunal Supremo”. Anuario de la Facultad de Derecho de la UEx, nº 34.

¹³² STEDH, de 27 de enero de 2015, *Caso Paradiso-Campanelli vs. Italy*, punto 71.

el caso concreto, concurren las dos primeras condiciones, en primer lugar, afirma que las autoridades italianas simplemente se limitaron a aplicar la legislación vigente, al comprender la conducta de los demandantes como contraria a la Ley, y, en segundo lugar, interpreta que la medida adoptada persigue en el Derecho interno el objetivo legítimo de la “defensa del orden”¹³³.

Para valorar la necesidad de esta injerencia en una sociedad democrática, el TEDH debe analizar si los tribunales italianos, a la hora de aplicar la Ley nacional y aprobar la adopción del menor, ponderaron un “justo equilibrio” entre los intereses públicos y privados, y si al hacerlo, tuvieron en cuenta el principio esencial del interés superior del menor¹³⁴.

La decisión de las autoridades italianas de separar al menor de los padres de intención se justificó en varios argumentos; en primer lugar, se entendía que tal acuerdo de gestación por sustitución tenía como finalidad eludir la prohibición italiana de dicho método de reproducción, así como la aplicación de la normativa en materia de adopción internacional. En segundo lugar, que la ausencia demostrada de vínculos genéticos entre el niño y los demandantes era motivo suficiente para denegar el reconocimiento en el derecho italiano de la filiación establecida válidamente en el extranjero. Y, por último, que el matrimonio había acudido a este método de reproducción con el deseo exacerbado de convertirse en padres, lo que ponía en duda sus capacidades emocionales y sus aptitudes para la crianza de un hijo. Con todo esto, el Tribunal entiende que la decisión adoptada por los tribunales italianos no reviste el carácter de irrazonable, ya que atiende a la necesidad de poner fin a la situación de ilegalidad del menor, ponderando el orden público internacional¹³⁵.

No obstante, el TEDH pone de relieve que la excepción de orden público internacional no puede servir como justificación para la adopción de cualquier medida, ya que también es necesaria la verificación del respeto al interés superior del menor. En este sentido, el Tribunal concluye que “la retirada del menor de su entorno familiar es una medida extrema a la que solo se debería acudir como último recurso. Para justificar una medida de este tipo, ésta debe responder al propósito de proteger al niño frente a una amenaza inmediata para su vida, su salud y su educación”¹³⁶.

¹³³ STEDH, de 27 de enero de 2015, *Caso Paradiso-Campanelli vs. Italy*, puntos 72-73.

¹³⁴ STEDH, de 27 de enero de 2015, *Caso Paradiso-Campanelli vs. Italy*, punto 75.

¹³⁵ STEDH, de 27 de enero de 2015, *Caso Paradiso-Campanelli vs. Italy*, puntos 76-79.

¹³⁶ STEDH, de 27 de enero de 2015, *Caso Paradiso-Campanelli vs. Italy*, punto 80.

Por lo tanto, las autoridades italianas con su decisión de separar al menor de sus padres de intención superaron el margen de apreciación que les concede el art. 8 CEDH, incurriendo en una vulneración de dicho artículo. Sin embargo, el Estado italiano no tiene la obligación de devolver al menor con los interesados, en base al vínculo afectivo desarrollado por el niño con la familia de acogida, con la que se convive desde el año 2013¹³⁷.

Más adelante, esta resolución fue revocada por la Gran Sala en la **Sentencia de 24 de enero de 2017** (por once votos frente a seis) que, al resolver el recurso interpuesto por el Estado italiano, concluyó que los tribunales nacionales no habían vulnerado el derecho al respeto a la vida privada y familiar de los demandantes, es decir, que la medida adoptada por las autoridades italianas de retirar la custodia a los padres intencionales no había transgredido el art. 8 CEDH.

Para adoptar esta resolución, el Tribunal tuvo que determinar, en primer lugar, la existencia o inexistencia de una verdadera relación familiar entre los demandantes y el menor. Así pues, teniendo en cuenta la ausencia de vínculo biológico, la corta duración de la convivencia y la precariedad de los vínculos jurídicos entre el niño y los padres de intención, el TEDH concluyó que no existía vínculo familiar, en contra de lo que la Sala había considerado anteriormente¹³⁸. No obstante, a pesar de no existir una relación familiar entre los demandantes y el niño, el Tribunal considera que los hechos del caso se refieren a la vida privada de los demandantes, lo que conlleva la aplicación del art. 8 CEDH a este respecto.

En segundo lugar, el TEDH debe resolver sobre la justificación o no de la injerencia provocada por las medidas adoptadas por el Estado italiano en la vida privada de los comitentes. En este sentido, la Gran Sala entiende que tales medidas supusieron una verdadera intromisión en la vida privada de los demandantes, sin embargo, tal injerencia se encuentra justificada en el sentido del art. 8.2 CEDH, es decir, es conforme a la ley italiana, persigue finalidades legítimas y es necesaria en una sociedad democrática¹³⁹.

Por último, queda por examinar si los tribunales nacionales obraron en un justo equilibrio entre los intereses públicos y privados y si actuaron dentro del margen de apreciación que se les otorgó en el presente caso. A este respecto, el Tribunal acepta que las leyes que infringieron los demandantes y las medidas que se tomaron como respuesta a esta conducta tenían por objeto

¹³⁷ STEDH, de 27 de enero de 2015, *Caso Paradiso-Campanelli vs. Italy*, puntos 81-88.

¹³⁸ STEDH, de 24 de enero de 2017, *Caso Paradiso-Campanelli vs. Italy*, puntos 157-158.

¹³⁹ STEDH, de 24 de enero de 2017, *Caso Paradiso-Campanelli vs. Italy*, puntos 173-199.

proteger importantes intereses públicos dirigidos a la salvaguarda del niño, teniendo en cuenta el interés superior del menor en todo momento¹⁴⁰.

Como consecuencia de todo ello, la Gran Sala estima acertadas las durísimas medidas sancionadoras adoptadas por los tribunales italianos, no resultando culpables dichos tribunales nacionales. En otras palabras, las autoridades italianas no solo lograron alcanzar un justo equilibrio entre los diversos intereses en juego, sino también mantenerse dentro de los límites del amplio margen de apreciación que les fue otorgado en el presente caso. Por lo tanto, el Estado italiano no había vulnerado el derecho al respeto a la vida privada de los demandantes, regulado en el art. 8 CEDH¹⁴¹.

¹⁴⁰ STEDH, de 24 de enero de 2017, *Caso Paradiso-Campanelli vs. Italy*, puntos 200-214.

¹⁴¹ STEDH, de 24 de enero de 2017, *Caso Paradiso-Campanelli vs. Italy*, puntos 215-216.

6. DETERMINACIÓN DE LA FILIACIÓN A TRAVÉS DE LAS RESOLUCIONES Y LA JURISPRUDENCIA MÁS RELEVANTE SOBRE LA MATERNIDAD SUBROGADA EN EL ÁMBITO NACIONAL.

A lo largo de este apartado se procederá a realizar un recorrido de los principales cambios que ha sufrido el criterio, tanto registral como jurisprudencial, para la determinación de la filiación respecto de los niños nacidos en el extranjero mediante gestación por sustitución.

Este itinerario cronológico comienza con el caso de una pareja homosexual española que viaja hasta el Estado de California con la pretensión de realizar un proceso de gestación por sustitución gestacional, modalidad en la que uno de los comitentes aporta su material genético. Tras el nacimiento de dos bebés, la pareja solicitó la inscripción de los recién nacidos como sus propios hijos en el Registro Civil Consular. No obstante, esta petición de inscripción fue denegada por el cónsul español en California, alegando para ello dos motivos: en primer lugar, que el contrato de gestación por sustitución era nulo de pleno derecho, y, en segundo lugar, que debía considerarse madre legal de los niños a la gestante, según lo dispuesto en el art. 10 LTRHA.

Tras la negativa de inscripción, los padres comitentes decidieron impugnar la resolución del cónsul español en California ante la Dirección General de los Registros y del Notariado (DGRN), solicitando de nuevo la inscripción de los niños como hijos de la pareja en el Registro Civil español. Este recurso será resuelto por la Resolución de la DGRN de 18 de febrero de 2009 (RDGRN, en adelante)¹⁴².

6.1. Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 18 de febrero de 2009¹⁴³.

Ante los hechos anteriormente expuestos, esta Resolución supone el primer pronunciamiento de la DGRN sobre la inscripción de relaciones de filiación establecidas en el extranjero y

¹⁴² ÁLVAREZ DE TOLEDO QUINTANA, L., “El futuro de la maternidad subrogada en España: entre el fraude de Ley y el correctivo de orden público internacional”, Cuadernos de Derecho Transnacional, 2014, vol. 6, núm. 2, pp. 5-49, p. 9.

¹⁴³ Dirección General de los Registros y del Notariado, Resolución RJ 2009/1735 de 18 de febrero de 2009.

derivadas del recurso a la gestación por sustitución¹⁴⁴. No obstante, su trascendencia no solo se debe a ser la primera manifestación de la DGRN en esta materia, sino también por la solución alcanzada en ella. Y es que esta Resolución terminó por estimar el recurso interpuesto por el matrimonio de dos varones españoles frente a la negativa de inscripción del encargado del Registro Civil Consular en California, lo que permitió la inscripción de los certificados de nacimiento de los menores¹⁴⁵. Los argumentos que expone la DGRN para esta estimación son:

En primer lugar, y dado que la filiación de los menores ya había sido establecida en un país extranjero, la DGRN consideró que el art. 10 LTRHA no era aplicable al caso concreto, ya que no se trataba de determinar la filiación de los niños nacidos mediante gestación por sustitución, sino de acceder su filiación ya determinada al Registro Civil español¹⁴⁶. En este sentido, entiende que el mecanismo que ha de ser aplicado es el regulado en el art. 81 del Reglamento del Registro Civil (en adelante RRC), que establece que: “El documento auténtico, sea original o testimonio, sea judicial, administrativo o notarial, es título para inscribir el hecho del que da fe. También lo es el documento auténtico extranjero, con fuerza en España con arreglo a las leyes o a los tratados internacionales”¹⁴⁷.

Para ello, la DGRN entiende la certificación registral extranjera como una *decisión* adoptada por las autoridades en el país extranjero y a través de la cual se puede verificar el nacimiento y la filiación de los menores. En consecuencia, el acceso de esta certificación al Registro Civil español constituye una cuestión de “validez extraterritorial de decisiones extranjeras en España”¹⁴⁸.

Por lo tanto, de la aplicación del art. 81 RRC se desprende la exclusión tanto del empleo de las normas españolas de conflicto de leyes, mencionadas específicamente en el art. 9.4 CC, como de la utilización del derecho sustantivo español que de tales normas pudiera derivarse, por ejemplo, la LTRHA y su art. 10. A este respecto, la DGRN entiende que el acceso de las certificaciones registrales extranjeras al Registro Civil español se debe regular por normas específicas del

¹⁴⁴ CERVANTES, I. H. (2013). “La Dirección General de los Registros y del Notariado ante la gestación por sustitución”. *Anuario de derecho civil*, 66(2), 687-715.

¹⁴⁵ VELA SÁNCHEZ, A. J.: “La maternidad subrogada: estudio ante un reto normativo”, Editorial Comares, S.L., Granada, 2012.

¹⁴⁶ LAMM. (2014). “Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres”. UNIVERSITAT DE BARCELONA.

¹⁴⁷ Decreto de 14 de noviembre de 1958 por el que se aprueba el Reglamento de la Ley del Registro Civil, Boletín Oficial del Estado, núm. 296, de 11 de diciembre de 1958.

¹⁴⁸ DÍAZ ROMERO, M. R., “La gestación por sustitución en nuestro ordenamiento jurídico”, Cit., pp. 1-15, p. 4.

Derecho interno, en concreto, el art. 81 RRC, y no por las normas de conflicto de leyes ni las normas sustantivas que determinan la filiación¹⁴⁹.

En segundo lugar, la DGRN estimó que la inscripción del nacimiento y la filiación en el Registro Civil español de los menores nacidos mediante gestación por sustitución a favor de la pareja homosexual española no vulneraba el orden público internacional español. Para ello, tomó en consideración el art. 7.3 LTRHA, el cual permite hacer constar en el Registro Civil la filiación de un hijo en favor de dos mujeres, o personas del mismo sexo. De lo contrario, resultaría discriminatorio por razón de sexo y de orientación sexual no permitir que la filiación de los menores constase en favor de dos varones¹⁵⁰.

En tercer lugar, el punto fundamental en la construcción jurídica de la Resolución es el principio esencial del interés superior del menor. En base a este principio, entre otros argumentos, la DGRN permite la inscripción de la filiación de los menores en el Registro Civil español, prescindiendo de cualquier norma prohibitiva, como es el vigente art. 10 LTRHA.

A este respecto, la RDGRN afirma que el interés superior del menor se traduce en el “derecho de este menor a una identidad única”, el cual se interpreta como el derecho a disponer de una filiación única y válida en varios países, y no de una filiación en un país y de otra filiación en otro país, de modo que sus padres fuesen distintos cada vez que cruzase una frontera. De esta forma, la inscripción de la certificación registral extranjera en el Registro Civil español es el modo más efectivo para la observancia de este derecho del menor a disponer de una identidad única por encima de las fronteras estatales¹⁵¹. Esto último será discutido posteriormente por la DGRN.

Por último, la DGRN consideró que los interesados no habían llevado a cabo un fraude de ley internacional, fenómeno contenido en el art. 12.4 CC, puesto que ninguna norma de conflicto de leyes ni cualquier otra norma habían sido empleadas para la elusión de la aplicación de una Ley imperativa española. Dicho aspecto, entiende la DGRN, debe ser vinculado al principio del interés superior del menor, el cual requiere la continuidad espacial de la filiación constituida en

¹⁴⁹ *Ibidem*.

¹⁵⁰ LAMM. (2014). “Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres”. UNIVERSITAT DE BARCELONA.

¹⁵¹ DÍAZ FRAILE, J. M, (2018): Ponencia “Gestación por sustitución: Evolución de la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado”, I Congreso Internacional de Derecho y Sociedad.

el extranjero. De esta manera, “no hay aquí negación de la existencia de fraude, sino afirmación de la prevalencia del interés del menor”¹⁵².

Además, en esta Resolución, la DGRN puntualiza que la certificación registral extranjera no es una sentencia judicial que produzca efectos de cosa juzgada internacional, sino que se trata de una decisión extranjera a los solos efectos de acreditar la identidad de los menores y de establecer una presunción *iuris tantum* de paternidad. Esta naturaleza permite que cualquier parte legitimada pueda impugnar el contenido de dicha inscripción ante los Tribunales españoles¹⁵³.

En definitiva, esta Resolución de la DGRN concluye la inaplicación del art. 10 LTRHA al presente caso, puesto que el encargado del registro no está procediendo a determinar una filiación, sino el acceso al registro de una filiación ya determinada. En otras palabras, la RDGRN estima el recurso planteado y ordena la inscripción de los menores nacidos mediante gestación por sustitución en el Registro Civil español a favor del matrimonio homosexual, esgrimiendo la prevalencia del interés superior del menor.

6.2. Sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº. 15 de Valencia, de 15 de septiembre de 2010 (núm. 193/2010)¹⁵⁴.

Poco tiempo después de su aprobación, la RDGRN de 18 de febrero de 2009 fue impugnada en sede judicial por el Ministerio Fiscal, dando como resultado la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 15 de Valencia de septiembre de 2010 (en adelante SJPI). Dicha sentencia terminó por estimar íntegramente la demanda interpuesta contra aquella, dejando sin efecto la inscripción del nacimiento de los menores en el Registro Civil español y ordenando su cancelación¹⁵⁵.

La SJPI sigue, en sus fundamentos de derecho, el mismo orden que la DGRN estableció a la hora de exponer los argumentos de su decisión. De esta forma resulta mucho más sencillo analizar los contraargumentos del JPI de Valencia.

¹⁵² Dirección General de los Registros y del Notariado, Resolución RJ 2009/1735 de 18 de febrero de 2009.

¹⁵³ DÍAZ FRAILE, J. M, (2018): Ponencia “Gestación por sustitución: Evolución de la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado”, I Congreso Internacional de Derecho y Sociedad.

¹⁵⁴ Juzgado de Primera Instancia núm. 15 de Valencia, sentencia núm. 193/2010 de 15 de septiembre.

¹⁵⁵ *Ibidem*.

En primer lugar, hay que recordar que la DGRN había excluido la aplicación del art. 10 LTRHA al caso concreto, al comprender que no se trataba de determinar la filiación de los nacidos, sino de precisar su posible inscripción en el Registro Civil español, lo que será puesto en duda por la SJPI. En este sentido, el Juez afirma que la DGRN, en su argumentación jurídica, había ignorado el rango normativo superior que poseía el art. 23 LRC con respecto al art. 81 RRC (el Reglamento del Registro Civil es una norma que desarrolla la Ley del Registro Civil, ley de rango superior).

La importancia de este art. 23 LRC otorga una nueva perspectiva a la argumentación que efectúa la DGRN respecto a la no aplicabilidad de la LTRHA. Así pues, la SJPI afirma que “para que pueda practicarse la inscripción en el registro español de una certificación extendida por un registro extranjero es necesario, en primer lugar, que se compruebe por el encargado del registro la realidad del hecho inscrito, no solo se exige un control formal de la certificación, sino que no existan dudas de que lo establecido en ella es real (...), pero todavía queda un segundo examen, examinar si la inscripción que se pretende es conforme con la ley española (...), es decir, en este contexto y no en el genérico y abstracto del orden público internacional español, donde debe examinarse si resulta o no de aplicación la Ley 14/2006”¹⁵⁶.

No cabe duda de que la Ley 14/2006 es una ley española y, por lo tanto, el encargado del registro viene obligado por el art. 23 LRC a examinar si la certificación extranjera vulnera el contenido de esta ley. La primera cuestión que se plantea es si nos encontramos ante un supuesto de gestación por sustitución, y es que, aunque no se aportan ni se plantean pruebas sobre la existencia o no de este tipo de contratos, las partes en ningún momento niegan la realidad de este supuesto. De esta forma, la SJPI siembra la duda sobre la realidad del hecho inscrito, dada la imposibilidad biológica del matrimonio homosexual de ser padres de los menores nacidos en el extranjero, permitiendo entender que se trata de un supuesto de gestación por sustitución¹⁵⁷.

Por lo tanto, se demostró que la certificación no respetaba las normas españolas que establecían la nulidad de los contratos de gestación por sustitución y, por ello, debía impedirse el acceso al registro de la inscripción de los menores nacidos a través de este método de reproducción¹⁵⁸.

En segundo término, vuelve a cobrar importancia el orden público internacional. A este respecto, la SJPI discrepa en cuanto a la no vulneración de este principio defendida por la DGRN en su

¹⁵⁶ SJPI núm. 193/2010, FJ 3º.

¹⁵⁷ *Ibidem*.

¹⁵⁸ *Ibidem*.

Resolución de 18 de febrero de 2009. El Juzgado alega que “los hijos naturales no pueden tener dos padres varones naturales por la sencilla razón de que los varones no pueden, en el estado actual de la ciencia, concebir ni engendrar hijos”¹⁵⁹. La SJPI continúa afirmando que “la no procedencia de la inscripción no nace de que los solicitantes sean varones, sino de que los bebés nacidos lo son como consecuencia de un contrato de gestación por sustitución”¹⁶⁰. Esta consecuencia jurídica se desprende para todo tipo de supuestos, tanto para parejas homosexuales de hombres o mujeres como para parejas heterosexuales, puesto que la ley no establece ninguna distinción por sexos en estos supuestos.

Por lo tanto, la negativa de inscripción de los menores no era discriminatoria, ya que esta denegación no era por la condición homosexual del matrimonio, sino por tratarse de unos bebés nacidos como consecuencia de un contrato de gestación por sustitución, contrato nulo de pleno derecho en el derecho sustantivo español.

Por último, siguiendo el mismo argumento de la DGRN de la prevalencia del interés superior del menor para justificar la inscripción de los nacimientos, la SJPI vuelve a destacar el carácter indudable de dicho principio en el caso concreto. Sin embargo, a continuación, expone que “el ordenamiento jurídico español tiene medios e instrumentos suficientes para conseguir esa concordancia (entre el registro español y el extranjero) y que los menores consten como hijos de la pareja”¹⁶¹. Con estas palabras, el JPI quiso poner de relieve que la persecución de estos fines no justifica la realización de actuaciones contrarias al ordenamiento jurídico, esto es, la celebración de contratos de gestación por sustitución en el extranjero.

Así pues, en palabras de VELA SÁNCHEZ, “el principio de interés superior del menor no puede ser empleado para justificar la ilegalidad de los actos del matrimonio en cuanto que existían otros medios para alcanzar su objetivo de inscribir a los niños como hijos propios”¹⁶².

Por todo ello, el JPI de Valencia termina por estimar la demanda interpuesta por el Ministerio Fiscal frente a la RDGRN de 18 de febrero de 2009, dejando sin efecto la inscripción de nacimiento por ella realizada en el Registro Civil Consular del Estado de California de los

¹⁵⁹ SJPI núm. 193/2010, FJ 4º.

¹⁶⁰ *Ibidem*.

¹⁶¹ SJPI núm. 193/2010, FJ 4º.

¹⁶² VELA SÁNCHEZ, A. J., (2012) “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, pp. 1-15, p. 10.

menores nacidos mediante un acuerdo de gestación por sustitución y procediendo posteriormente a la cancelación de dicha inscripción¹⁶³.

6.3. Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010¹⁶⁴.

Tras la impugnación por el Ministerio Fiscal de la Resolución de 18 de febrero de 2009, la DGRN reaccionó con la aprobación de la Instrucción de 5 de octubre de 2010 sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución (en adelante IDGRN). Con la publicación de esta Instrucción, la DGRN perseguía dos finalidades fundamentales, por un lado, la protección jurídica del interés superior de aquellos menores nacidos mediante gestación por sustitución¹⁶⁵, y, por otro lado, la especial protección de las mujeres gestantes¹⁶⁶.

Esta Instrucción supone un cambio de perspectiva con respecto a la doctrina anterior sobre este asunto, y es que exige, “como requisito previo para la inscripción de los nacidos mediante gestación por sustitución, la presentación ante el encargado del Registro Civil de una resolución judicial dictada por un Tribunal competente del país extranjero”¹⁶⁷. En otras palabras, para que una inscripción registral extranjera tenga acceso al Registro Civil español, es imprescindible la presentación de una resolución judicial.

Esta exigencia se fundamenta en tres finalidades: a) controlar el cumplimiento de los requisitos de perfección y contenido del contrato respecto del marco legal del país donde se ha formalizado; b) constatar la plena capacidad jurídica y de obrar de la mujer gestante, así como la eficacia legal del consentimiento prestado y cualesquiera otros requisitos previstos en la normativa legal del país de origen; y c) verificar que no existe simulación en el contrato de gestación por sustitución que encubra el tráfico internacional de menores.

Para el reconocimiento de la resolución judicial dictada por el Tribunal extranjero, deberá tenerse en cuenta la doctrina consolidada del Tribunal Supremo. En este sentido, se exige la aplicación

¹⁶³ SJPI núm. 193/2010, Fallo.

¹⁶⁴ Instrucción de 5 de octubre de 2010, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución. Boletín Oficial del Estado, núm. 243, de 7 de octubre 2010.

¹⁶⁵ Instrucción de 5 de octubre de 2010: “...finalidad de dotar de plena protección jurídica el interés superior del menor, así como de otros intereses presentes en los supuestos de gestación por sustitución...”.

¹⁶⁶ *Ibidem*. “...la protección de las mujeres que se prestan a dicha técnica de reproducción, renunciando a sus derechos como madres”.

¹⁶⁷ *Ibidem*.

de los arts. 954 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881¹⁶⁸, según los cuales es “necesario instar el exequátur de la decisión ante los Juzgados de Primera Instancia”¹⁶⁹, salvo en los supuestos en los que la resolución judicial derive de un procedimiento análogo a uno español de jurisdicción voluntaria, para los cuales bastará con un reconocimiento incidental por el encargado del Registro Civil¹⁷⁰.

En definitiva, si la resolución judicial extranjera ha sido dictada en el marco de un procedimiento contencioso, el encargado del Registro Civil denegará la inscripción de dicha resolución, al requerirse el previo exequátur de ésta, según lo dispuesto en la LEC. Si, por el contrario, la resolución judicial extranjera tuviera su origen en un procedimiento equivalente a uno español de jurisdicción voluntaria, dicha resolución no quedará sometida a exequátur, bastando la realización de un control incidental por el encargado del Registro Civil.

En dicho control incidental para el reconocimiento en España de una resolución extranjera, el encargado del Registro Civil deberá acreditar los siguientes extremos:

- a) “La regularidad y autenticidad formal de la resolución judicial extranjera y de cualesquiera otros documentos que se hubieran presentado.
- b) Que el Tribunal de origen hubiera basado su competencia judicial internacional en criterios equivalentes a los contemplados en la legislación española.
- c) Que se hubiesen garantizado los derechos procesales de las partes, en particular, de la madre gestante.
- d) Que no se ha producido una vulneración del interés superior del menor y de los derechos de la madre gestante. En especial, deberá verificar que el consentimiento de esta última se ha obtenido de forma libre y voluntaria, sin incurrir en error, dolo o violencia y que tiene capacidad natural suficiente.
- e) Que la resolución judicial es firme y que los consentimientos prestados son irrevocables, o bien, si estuvieran sujetos a un plazo de revocabilidad conforme a la legislación

¹⁶⁸ Estos preceptos se mantuvieron en vigor a pesar de la entrada en vigor de la LEC 2000.

¹⁶⁹ Instrucción de 5 de octubre de 2010: “...en virtud de los cuales, será necesario instar el exequátur de la decisión ante los Juzgados de Primera Instancia, tal y como señala el artículo 955 de la LEC 1881 tras la reforma operada por la Ley 62/2003, de 30 de diciembre de medidas, fiscales, administrativas y del orden social”.

¹⁷⁰ Instrucción de 5 de octubre de 2010: “No obstante, en aquellos casos en los que la resolución judicial derive de un procedimiento equiparable a un procedimiento español de jurisdicción voluntaria, el Tribunal Supremo ha proclamado en numerosas ocasiones, que su inscripción no queda sometida al requisito del exequátur, bastando a tales efectos con el reconocimiento incidental de la resolución como requisito previo a su inscripción”.

extranjera aplicable, que éste hubiera transcurrido, sin que quien tenga reconocida facultad de revocación, la hubiera ejercitado”¹⁷¹.

Por lo tanto, con estos requisitos, la DGRN admite la inscripción en el Registro Civil español de la filiación de los menores nacidos mediante contrato de gestación por sustitución, apoyándose en la previa existencia de una resolución judicial extranjera a través de la cual se determine indudablemente dicha filiación respecto de, al menos, un progenitor español¹⁷².

Como consecuencia de esta determinación, la IDGRN ha sido objeto de numerosas críticas por parte de la doctrina española. A este respecto, merecen especial atención las críticas más relevantes expuestas por Calvo Caravaca y Carrascosa González¹⁷³:

- En primer lugar, estos autores critican la errónea suposición en que incurrió la IDGRN a la hora de considerar la aplicación del art. 10 LTRHA como presupuesto indiscutible en el caso concreto.

En este sentido, Calvo Caravaca y Carrascosa González señalan que dicho artículo solo será aplicable, junto con la LTRHA en su totalidad, cuando se suscite un “caso declarativo”¹⁷⁴ que afecte a la filiación de un hijo español. Fuera de este supuesto, la ley aplicable será la ley nacional del hijo extranjero o, en caso de existir una declaración pública extranjera sobre la filiación, se deberá suscitar una cuestión de reconocimiento de dicha declaración en España.

- En segundo lugar, afirman que la exigencia impuesta por la IDGRN de presentar una resolución judicial extranjera para determinar la filiación de los menores nacidos mediante gestación por sustitución se trata de una exigencia contraria a la legislación española, en concreto, a los arts. 81 y 85 RRC.

En referencia a ello, señalan que tales artículos no exigen, para la inscripción del nacimiento en el Registro Civil español, ni el dictado de una resolución judicial relativa a la gestación por sustitución, ni que el Tribunal extranjero haya tenido que aplicar el

¹⁷¹ Instrucción de 5 de octubre de 2010, directriz Primera 3.

¹⁷² VELA SÁNCHEZ, A. J. (2012): “La maternidad subrogada: estudio ante un reto normativo”, Editorial Comares, S.L., Granada.

¹⁷³ CALVO CARAVACA, A.L., y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., (2015) “Gestación por sustitución y Derecho Internacional Privado. Más allá del Tribunal Supremo y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, Cuadernos de Derecho Transnacional, Vol. 7, nº2, pp. 45-113.

¹⁷⁴ Se trata de una controversia relativa al Derecho aplicable a la filiación que debe decidirse por las autoridades españolas en el marco de un “proceso de cognición directo”. En: *Ibidem*, p. 63.

Derecho sustantivo español. De hecho, los arts. 81 y 85 RRC permiten, para la realización de dicha inscripción, la presentación de un acta registral extranjera como título válido en España.

Incluso, esta judicialización de la función registral resulta contraria a la función primordial del Registro Civil: “proporcionar certeza legal y seguridad jurídica en torno al estado civil de las personas sin tener que acudir a la jurisdicción ordinaria cada vez que hay que probar un hecho relativo al estado civil de las personas”¹⁷⁵.

- Por último, llama la atención que, entre los extremos que el encargado del Registro Civil debe controlar de forma incidental para el reconocimiento en España de una resolución extranjera, la DGRN haya olvidado mencionar el “orden público internacional”, tan nombrado anteriormente. Esta omisión podría conducir a situaciones absurdas, como que, una resolución judicial extranjera en la que se reconozca una “filiación múltiple”¹⁷⁶, ésta debería ser reconocida en España, puesto que la DGRN no ha incluido el orden público internacional como motivo de denegación del reconocimiento de resoluciones extranjeras.

A pesar de las numerosas críticas doctrinales que existen a su alrededor, esta Instrucción ha conseguido proporcionar una solución jurídica adecuada a numerosos supuestos en esta materia. En ningún caso, ha tratado de potenciar ni de permitir la legalización de la gestación por sustitución en el Derecho español, sino todo lo contrario, ha permitido la inscripción en el Registro Civil español de la filiación acreditada en el extranjero solo en aquellos casos en los que no hubiese vulneración del orden público internacional.

6.4. Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014¹⁷⁷.

El recorrido judicial iniciado por el matrimonio homosexual español que acudió a un proceso de gestación por sustitución en el extranjero continúa con la interposición de un recurso de casación ante el Tribunal Supremo (en adelante TS). Anteriormente, el matrimonio ya había

¹⁷⁵ CALVO CARAVACA, A.L., y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., (2015) “Gestación por sustitución y Derecho Internacional Privado. Más allá del Tribunal Supremo y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, Cuadernos de Derecho Transnacional, Vol. 7, n°2, pp. 45-113.

¹⁷⁶ Esta “filiación múltiple” tendría lugar, por ejemplo, cuando un país extranjero permitiese que el hijo nacido tras un acuerdo de gestación por sustitución tuviese tres progenitores legales.

¹⁷⁷ Tribunal Supremo (Sala 1º Pleno), Sentencia 247/2014 de 6 de febrero de 2014.

interpuesto un recurso de apelación contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 15 de Valencia, el cual fue desestimado por la Audiencia Provincial de Valencia al confirmar íntegramente las soluciones alcanzadas en primera instancia.

Esta Sentencia del TS de 6 de febrero de 2014 termina por desestimar el recurso presentado por los comitentes que pretendían la inscripción como hijos propios de los menores nacidos fruto de un proceso de gestación por sustitución en el extranjero, confirmando así la cancelación, ya ordenada en primera instancia y secundada en apelación, de dicha inscripción en el Registro Civil español¹⁷⁸. A juicio del TS, aceptar la filiación contenida en la resolución registral extranjera en favor de los comitentes atentaba contra el orden público internacional español¹⁷⁹.

Para la interposición de este recurso, la parte recurrente se basó en un único motivo de casación, en concreto, “infracción del art. 14 CE, por vulneración del principio de igualdad, en relación con el derecho a la identidad única de los menores y al interés superior de los menores, consagrados en la Convención de Derechos del Niño, hecha en Nueva York el 2 de noviembre de 1989”¹⁸⁰. Por su parte, los argumentos fundamentales esgrimidos por el TS para denegar el reconocimiento de la filiación pueden sintetizarse de la siguiente manera:

A) El reconocimiento de las decisiones extranjeras y el orden público internacional español.

El TS en este punto trata de determinar si procede o no el reconocimiento por el Registro Civil español de la inscripción del nacimiento de los menores realizada por las autoridades extranjeras a favor del matrimonio recurrente.

A este respecto, el alto Tribunal entiende que el hecho de inscribir en el Registro Civil español una filiación ya determinada por autoridades extranjeras constituye no una cuestión de conflicto de leyes, sino de reconocimiento y validez extraterritorial de decisiones extranjeras. Por ello, el TS tiene que decidir si aquella decisión extranjera puede ser reconocida, y desplegar todos sus efectos, en el sistema jurídico español¹⁸¹.

¹⁷⁸ Tribunal Supremo (Sala 1º Pleno), Sentencia 247/2014 de 6 de febrero de 2014.

¹⁷⁹ CALVO CARAVACA, A. L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., “Comentario de la sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014 (247/2014)” en YZQUIERDO TOLSADA, M., Comentarios a las Sentencias de Unificación de Doctrina. Civil y Mercantil, Dykinson SL, vol. 6º, 2013-2014, pp. 396-409.

¹⁸⁰ STS 6 de febrero 2014, FD 2º.

¹⁸¹ STS 6 de febrero 2014, FD 3.2.

Para proceder al reconocimiento de la certificación registral extranjera, resultan de aplicación los arts. 81 y 85 RRC y, en concreto, el art. 23 LRC, al que sirven de desarrollo los preceptos reglamentarios citados¹⁸². Este último artículo exige para su aplicación no solo un control formal, sino también de fondo, el cual supone para el TS el ejercicio de un juicio de valor sobre la expresión de la “legalidad conforme a la Ley española”. Esta conformidad no puede ser entendida respecto de todas y cada una de las exigencias legales de nuestro ordenamiento jurídico, sino que ha de entenderse como el respeto a las normas, principios y valores que encarnan el orden público internacional español¹⁸³. Por ello, el límite para el reconocimiento de las decisiones extranjeras está en el cumplimiento o incumplimiento del orden público internacional español, de esta forma la filiación contenida en la certificación registral extranjera podrá inscribirse en el Registro Civil español siempre y cuando no vulnere el orden público internacional español.

El TS señala algunos derechos y principios constitucionales que integran este concepto de “orden público internacional español”, entre los que se encuentran, el derecho al libre desarrollo de la personalidad, a la intimidad familiar, la protección integral de la familia, de los hijos, de la infancia, el derecho a la integridad física y moral y el respeto a la dignidad humana, entre otros¹⁸⁴.

Como consecuencia, el alto Tribunal apunta de manera lógica que las normas aplicables a la gestación por sustitución, como el art. 10 LTRHA, también integran el orden público internacional español. No obstante, ello no significa que dicho precepto constituya una norma imperativa internacional, que deba aplicarse sistemáticamente a todo supuesto de gestación por sustitución, sino que, en realidad, de tal precepto se puede extraer un principio irrenunciable que forma parte del orden público internacional español, el respeto a la legalidad española¹⁸⁵.

Con todo lo expuesto, el TS llega a considerar que la resolución extranjera por la que se atribuye la condición de padres al matrimonio respecto de los menores nacidos por gestación por sustitución se trata de una decisión contraria al orden público internacional español y, por lo tanto, no puede procederse a su inscripción en el Registro Civil español. El motivo de esta

¹⁸² STS 6 de febrero 2014, FD 3.3.

¹⁸³ STS 6 de febrero 2014, FD 3.4.

¹⁸⁴ STS 6 de febrero 2014, FD 3.5.

¹⁸⁵ CALVO CARAVACA, A. L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., “Comentario de la sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014 (247/2014)” en YZQUIERDO TOLSADA, M., Comentarios a las Sentencias de Unificación de Doctrina. Civil y Mercantil, Dykinson SL, vol. 6º, 2013-2014, pp. 396-409.

denegación es la incompatibilidad entre la decisión extranjera y las normas españolas que regulan aspectos esenciales de las relaciones familiares, inspiradas en valores constitucionales, como la dignidad de las personas o la integridad moral y la protección de la infancia¹⁸⁶.

B) Inexistencia de discriminación por razón de sexo u orientación sexual.

El matrimonio alega en el recurso de casación que la negativa a inscribir en el Registro Civil español la filiación de los menores nacidos en el extranjero a favor de dos varones resulta discriminatorio, de conformidad con el art. 7.3 LTRHA, el cual permite inscribir la filiación en favor de dos mujeres.

Para el TS este razonamiento no resulta admisible, ya que los argumentos expuestos en la sentencia recurrida son claros al afirmar que la causa por la que se deniega la inscripción de la filiación no es la orientación sexual del matrimonio, sino la celebración de un contrato de gestación por sustitución en el extranjero. En este sentido, el alto Tribunal se esfuerza en señalar que la respuesta habría sido la misma de ser los recurrentes un matrimonio homosexual integrado por dos mujeres, un matrimonio heterosexual, una pareja de hecho o una sola persona, hombre o mujer¹⁸⁷.

C) El interés superior del menor.

El Quinto Fundamento de Derecho explora la figura del interés superior del menor como un concepto jurídico indeterminado, esto es, una cláusula general susceptible de concreción por el propio legislador, que, por su naturaleza, es “esencialmente controvertido”¹⁸⁸.

Ante el discurso de los recurrentes de que la única forma de satisfacer el interés superior del menor es mediante el reconocimiento de la filiación acreditada en el extranjero, el TS entiende que la aceptación de este argumento conduciría, en cualquier caso, a la admisión de la filiación en favor de familias en países desarrollados y pudientes económicamente sobre los hijos nacidos en entornos problemáticos y desestructurados, simplemente por el hecho de que el interés superior de menor justificaría su incorporación a familias con buena posición social e interesadas

¹⁸⁶ STS 6 de febrero 2014, FD 3.10.

¹⁸⁷ STS 6 de febrero 2014, FD 4.

¹⁸⁸ STS 6 de febrero 2014, FD 5.3.

en ellos. Esta invocación indiscriminada de tal principio haría tabla rasa sobre cualquier vulneración de los demás bienes jurídicos, lo que, a juicio del TS, no puede ser aceptado¹⁸⁹.

Estos bienes jurídicos se corresponden principalmente con el respeto a la dignidad e integridad moral de la mujer gestante, evitar la explotación del estado de necesidad o impedir la mercantilización de la gestación y la filiación.

Si bien es cierto, aunque el no reconocimiento de la filiación puede suponer un menoscabo para la posición jurídica de los menores, también el establecimiento de una filiación que contradiga la ley puede suponer un perjuicio para el menor. Por lo tanto, es necesario realizar una ponderación adecuada y de la que resulte el menor quebranto para los menores¹⁹⁰.

Esta necesaria ponderación exigida por el TS ha sido puesta en duda por la doctrina. Calvo Caravaca y Carrascosa González afirman la superioridad valorativa del principio del “interés superior del menor” al entender que, en caso de contradicción entre dos principios antagónicos, siempre debe prevalecer el interés del menor, puesto que se trata de un interés superior. Esto se desprende de lo regulado en el art. 3 Convención sobre los Derechos de los Niños, que expresa que “en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”. Así pues, la parte mayoritaria de la doctrina entiende este principio como superior respecto otros intereses que puedan entrar en conflicto con él¹⁹¹.

En cuanto al argumento defendido por los comitentes relativo al derecho de los menores a una identidad única, el TS concluye que no existe un riesgo real de vulneración de dicha identidad única, ya que en el caso concreto los menores no tienen vinculación efectiva con dos Estados (España y EEUU), al tratarse de una pareja española que viajó única y exclusivamente al Estado

¹⁸⁹ STS 6 de febrero 2014, FD 5.5 y 5.6: “La aplicación del principio de la consideración primordial del interés superior del menor ha de hacerse para interpretar y aplicar la ley y colmar sus lagunas, pero no para contrariar lo expresamente previsto en la misma.

¹⁹⁰ STS 6 de febrero 2014, FD 5.8.

¹⁹¹ CALVO CARAVACA, A. L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., “Comentario de la sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014 (247/2014)” en YZQUIERDO TOLSADA, M., Comentarios a las Sentencias de Unificación de Doctrina. Civil y Mercantil, Dykinson SL, vol. 6º, 2013-2014, pp. 396-409.

de California con la pretensión de concertar un contrato de gestación por sustitución, contrato prohibido en España y en los países más cercanos¹⁹².

Tampoco existe vulneración del derecho al respeto a la vida privada y familiar garantizado en el art. 8 CEDH. El TS entiende justificada la injerencia en el ámbito de la vida privada de los comitentes por la denegación del reconocimiento de la filiación, al cumplirse los dos requisitos exigidos por la doctrina del TEDH: (1) estar prevista en la Ley y (2) ser necesaria en una sociedad democrática¹⁹³.

Por último, el TS aborda la preocupación de los padres comitentes relativa a la desprotección que pueden sufrir los menores como consecuencia de la falta de reconocimiento en España de su filiación.

Para otorgar esta protección a los menores hay que partir tanto de las previsiones legales y de los convenios aplicables en España, como de la jurisprudencia que los interpreta y aplica. En este sentido, el TS invoca la doctrina del TEDH cuando interpreta el art. 8 CEDH, al considerar que “allí donde está establecida una relación de familia con un niño, el Estado debe permitir que este vínculo se desarrolle y otorgar la protección jurídica que haga posible la integración del niño en su familia”¹⁹⁴.

En el caso concreto, no se ha logrado probar que alguno de los comitentes aportase su material genético para la concepción de los menores, sin embargo, se entiende que, de haber existido dicha relación familiar de facto entre los recurrentes y los menores, la solución que se hallase habría de partir de este dato, permitiendo el desarrollo y la protección de los vínculos¹⁹⁵.

También, el TS apunta la existencia de otras figuras jurídicas que permiten la determinación de la filiación, entre las que destaca, la reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, regulada en el art. 10.3 LTRHA, el acogimiento familiar y la adopción, entre otras.

¹⁹² STS 6 de febrero 2014, FD 5.9.

¹⁹³ STS 6 de febrero 2014, FD 5.10.

¹⁹⁴ STS 6 de febrero 2014, FD 5.11.

¹⁹⁵ *Ibidem*.

A este respecto, Calvo Caravaca y Carrascosa González vuelven a mostrar su discrepancia con lo estimado por el TS, al considerar aquellas figuras jurídicas como *falsas soluciones*¹⁹⁶:

- Entienden que la reclamación judicial de la paternidad por el progenitor biológico es una solución que perjudica al menor por dos razones: (1) no existe una obligación de ejercitar tal reclamación, de manera que, en caso de no producirse, el menor quedaría sin padres, en contra del interés superior del niño y (2) la creación para el menor de una situación de inseguridad jurídica total mientras se produce el ejercicio de dicha acción judicial.
- También descartan las opciones del acogimiento familiar y de la adopción como soluciones jurídicamente correctas desde el punto de vista del interés del menor por tres motivos: (1) el resultado que se alcanzaría con estas figuras no difiere ni es mejor del obtenido con el reconocimiento en España de la filiación de los menores, (2) el derecho a la vida privada y a una identidad única del menor resultarían dañados, ya que en España se habría reconocido una adopción, mientras que en el Estado de California los niños son considerados como hijos naturales del matrimonio y (3) no existe una obligación legal de acudir a estas instituciones jurídicas.

Por todos los motivos anteriormente expuestos, el TS finalmente desestima el recurso de casación interpuesto por el matrimonio frente a la Sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Valencia el 23 de noviembre de 2011, sentencia que confirmaba íntegramente las soluciones alcanzadas en primera instancia.

Además, como consecuencia de la falta de solución para determinar la filiación de los menores, el TS insta al Ministerio Fiscal a que ejercite las acciones pertinentes para determinar, en la medida de lo posible, la correcta filiación de los menores y su protección, teniendo en cuenta la efectiva integración de los mismos en un núcleo familiar “de facto”¹⁹⁷.

¹⁹⁶ CALVO CARAVACA, A. L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., “Comentario de la sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014 (247/2014)” en YZQUIERDO TOLSADA, M., Comentarios a las Sentencias de Unificación de Doctrina. Civil y Mercantil, Dykinson SL, vol. 6º, 2013-2014, pp. 396-409.

¹⁹⁷ STS 6 de febrero 2014, Fallo, punto 3.

6.4.1. *Argumentos del voto discrepante de la minoría en la STS.*

La Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014 fue aprobada por cinco votos contra cuatro. Uno de los magistrados del Pleno formuló voto particular disidente, al que se adhirieron otros tres magistrados. Esta discrepancia ocurre en torno a tres aspectos:

- a) Acceso al Registro de la certificación expedida por la autoridad administrativa de California.

Coincidiendo con lo estimado por la mayoría de magistrados en que la técnica jurídica aplicable al caso no es la del conflicto de leyes, sino la del reconocimiento de una decisión extranjera, el voto particular sostiene que el acceso de esta decisión al Registro Civil español no debería plantear problemas sobre la ley aplicable, sino en relación a su reconocimiento en España¹⁹⁸.

Si se tiene en cuenta el art. 81 RRC, el documento presentado permitiría la inscripción en el Registro Civil sin necesidad de controlar su legalidad conforme a la ley española, ya que se encuentra producido conforme a la ley californiana. En consecuencia, el voto discrepante entiende que el art. 10 LTRHA no resulta aplicable al caso concreto, dado que la filiación ya ha sido determinada por una autoridad extranjera¹⁹⁹.

- b) No vulneración del orden público.

Este argumento se desarrolla en varios apartados²⁰⁰:

- Se vuelve a poner de relieve que el cometido de la autoridad española, no es tanto determinar la legalidad del contrato, sino aprobar el reconocimiento de una decisión extranjera válida y legal conforme a su normativa. Insisten en que solo podrá producirse la denegación de este reconocimiento cuando se vulnere el orden público, entendido desde la perspectiva del interés superior del menor.
- No se vulnera la dignidad de la mujer gestante y del niño, tampoco se mercantiliza la gestación y la filiación ni se cosifica a la mujer gestante y al niño, ya que la gestación por sustitución se admite en un Estado con el que compartimos ámbitos privilegiados de cooperación jurídica, como son los Estados Unidos. Además, se entiende que: i) la

¹⁹⁸ STS 6 de febrero 2014, Voto particular, punto 2.1.

¹⁹⁹ STS 6 de febrero 2014, Voto particular, punto 2.2.

²⁰⁰ STS 6 de febrero 2014, Voto particular, punto 2.3.

gestación por sustitución supone una manifestación del derecho a procrear; ii) no se puede subestimar la capacidad de consentir de la madre gestante; iii) el consentimiento de la madre se hace ante la autoridad judicial; y iv) tratándose de un acuerdo libre y voluntario, difícilmente se le explota o cosifica en contra de su libertad y autonomía y, en ningún caso, se afecta al interés del menor, que nace en una familia que lo quiere.

- Existe una tendencia en el derecho comparado encaminada hacia la regularización y flexibilización de este tipo de supuestos. Un claro ejemplo de ello es la Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010, que permite la inscripción en el Registro Civil de los hijos nacidos mediante gestación por sustitución, siempre que ello se encuentre autorizado en el país de origen y al menos uno de los progenitores sea español.
- La vulneración del orden público internacional ha de ser comprobada caso por caso, siendo los Tribunales españoles los que decidan si los efectos de la decisión extranjera contrarían los principios constitucionales. A este respecto, el voto disidente señala que nada se concreta en relación con: a) la afectación a la dignidad de quien solicita esta forma de procreación y de los menores nacidos a través de ella; b) la posible existencia de beneficios económicos indebidos o la participación de posibles intermediarios; y c) el respeto al interés superior del menor.
- No cabe duda de que la STS tutela la excepción del orden público de una forma preventiva, no obstante, será obligación del legislador establecer un marco legal que garantice los derechos de todas las partes implicadas: menores, madres gestantes y aquellos que desean ser padres.

c) El interés superior del menor queda afectado gravemente.

Debido a la falta de solución del conflicto, los menores se encuentran en un limbo jurídico incierto, mientras siguen creciendo y creando vínculos afectivos y familiares irreversibles. Por ello, sus DDFD deben ser protegidos de forma prioritaria y preferente a los del resto de personas implicadas, ya que la capacidad de los menores para defender sus propios intereses es mucho menor. No hay que olvidar que el interés del menor es superior y también de orden público²⁰¹.

²⁰¹ STS 6 de febrero 2014, Voto particular, punto 2.5.

De esta forma, los magistrados disidentes entienden que aplicar la normativa interna como cuestión de orden público perjudica a los menores, privándolos de su identidad y de su núcleo familiar y contrariando la normativa internacional que exige atender al interés del menor²⁰².

Por todo ello, con el voto particular se solicita el mantenimiento de la inscripción realizada en el Registro Civil a favor del matrimonio español, acordada en la Resolución de 18 de febrero de 2009, lo que implicaría la revocación tanto de la SJPI núm. 15 de Valencia, de 15 de septiembre de 2010, como de la SAP de 23 de noviembre de 2011²⁰³.

6.5. Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de marzo de 2022²⁰⁴.

El último pronunciamiento del Tribunal Supremo en materia de gestación por sustitución tuvo lugar este mismo año, con el fallo de la STS (Sala de lo Civil) 277/2022, de 31 de marzo de 2022. En esta ocasión, no se han producido votos particulares disidentes, como sí los hubo en el anterior pronunciamiento (STS (Sala de lo Civil) 247/2014 de 6 de febrero de 2014). A continuación, se exponen los antecedentes de hecho del caso:

Tras el nacimiento de un niño mediante gestación por sustitución en México, la mujer comitente, junto al menor, decidió regresar a España, su país de residencia. Debido a la imposibilidad de inscribir este nacimiento en el Registro Civil español, presentó demanda ante el Juzgado de Primera Instancia de Madrid, solicitando la declaración de maternidad respecto del menor y ordenando la inscripción de dicha declaración en el Registro Civil. En fecha 19 de febrero de 2019, el Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda al considerar que el principio de interés superior del menor no puede utilizarse para contrariar la ley, sino para aplicarla y colmar sus lagunas, y que el art. 10 LTRHA no permite el reconocimiento de la filiación materna que se pretende por la mujer comitente²⁰⁵.

Como consecuencia, la sentencia dictada en primera instancia fue recurrida en apelación ante la Audiencia Provincial de Madrid, que resolvió la revocación de lo estimado en primera instancia y ordenó la inscripción en el Registro Civil español del menor nacido mediante gestación por

²⁰² *Ibidem*.

²⁰³ STS 6 de febrero 2014, Voto particular, punto 3.

²⁰⁴ Tribunal Supremo (Sala 1º Pleno), Sentencia 277/2022 de 31 de marzo de 2022.

²⁰⁵ STS 31 de marzo de 2022, FD 1.1-1.5.

sustitución en México, declarando como madre legal del niño a la mujer comitente. De esta forma, la AP se opone claramente a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo establecida en la sentencia de pleno 247/2014, de 6 de febrero de 2014, anteriormente analizada²⁰⁶.

Ante esta resolución, la interposición del ineludible recurso de casación no se hizo de esperar, en concreto, fue el Ministerio Fiscal el que formalizó dicho recurso, alegando, como único motivo de casación, la infracción de la norma sustantiva contenida en el art. 131 CC en relación con el art. 10 LTRHA. Entendía que el reconocimiento de la filiación materna respecto de una persona que no es madre biológica y que había concertado un contrato de gestación por sustitución en el extranjero contravenía claramente lo regulado en el art. 10 LTRHA²⁰⁷. En fecha 31 de marzo de 2022, el TS estimó el recurso de casación, esgrimiendo los siguientes argumentos:

- A) La gestación por sustitución comercial atenta gravemente contra los DDFF de la madre gestante y del niño, reconocidos en la CE y en los Convenios internacionales, y es contraria al orden público internacional español²⁰⁸.

A este respecto, el TS señala algunos de los textos que pueden resultar vulnerados por la concertación de un proceso de gestación por sustitución, en concreto, la *Convención sobre los Derechos del Niño*, el *Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía* o el *Informe de la Relatora Especial sobre la venta y la explotación sexual de niños, incluidos la prostitución infantil, la utilización de niños en la pornografía y abusos sexuales*, en otros informes²⁰⁹.

Como consecuencia de la realización de este tipo de contratos, tanto la mujer gestante como el niño concebido son tratados como meros objetos, despojados de los DDFF inherentes a su dignidad. Así pues, la mujer gestante es obligada a entregar el niño que va a gestar, renunciando antes del parto a su maternidad. También es forzada a someterse a tratamientos médicos que pueden poner en peligro su salud, siendo privada de su derecho a la intimidad y confidencialidad médica. Igualmente, se le restringe la libertad de movimiento y de residencia, quedando sometida a las decisiones que pueda tomar la comitente sobre el curso del embarazo. En definitiva, la maternidad subrogada “vulnera sus más elementales derechos a la intimidad, a la integridad física

²⁰⁶ STS 31 de marzo de 2022, FD 1.6-1.7.

²⁰⁷ STS 31 de marzo de 2022, FD 2.

²⁰⁸ STS 31 de marzo de 2022, FD 3.

²⁰⁹ STS 31 de marzo de 2022, FD 3.1-3.6.

y moral y a ser tratada como una persona libre y autónoma, dotada de la dignidad propia de todo ser humano”. Por su parte, el recién nacido es “cosificado”, pues se le concibe como el objeto del contrato, que la mujer gestante se obliga a entregar a la comitente a cambio de un precio²¹⁰.

De esta forma, el alto Tribunal entiende que los contratos de gestación por sustitución vulneran los DDFF, tanto de la mujer gestante como del niño concebido, y son, por tanto, contrarios al orden público internacional español. Se confirma lo declarado en la STS de 6 de febrero de 2014.

B) La protección del interés superior del menor nacido por gestación por sustitución.

A diferencia del proceso contenido en la STS 247/2014 en el que la cuestión litigiosa consistía en el reconocimiento de una decisión extranjera, en el presente recurso lo que se plantea es la determinación de la filiación del menor conforme a la legislación española, en concreto, de acuerdo con el art. 131 CC²¹¹.

A este respecto, no solo hay que tener en cuenta las previsiones contenidas en las leyes españolas (*LTRHA, CP, Ley de Adopción Internacional o Ley de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia*), sino también lo expuesto en los Convenios internacionales de los que España forma parte (*Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía o Convención de la ONU sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer*)

En la STS de 6 de febrero de 2014 ya se afirmaba que, en los casos en los que el menor hubiese desarrollado lazos personales afectivos durante un tiempo relevante con quien pretende el reconocimiento de la relación paterno o materno-filial en su favor, la solución que habría de buscarse debía partir de este dato y permitir la protección de estos vínculos familiares de facto. Así lo exige el interés superior del menor, reconocido en el art. 2 LO de Protección Jurídica del Menor, y su derecho a la vida privada, garantizado en el art. 8 CEDH, el cual incluye el derecho a la identidad y a la determinación de su filiación y su integración en un determinado núcleo familiar²¹².

Ahora bien, de acuerdo con el art. 10.3 LTRHA, el reconocimiento de esta relación tan sólo podrá realizarse respecto del padre biológico, mediante el ejercicio de una acción de reclamación

²¹⁰ STS 31 de marzo de 2022, FD 3.7-3.9.

²¹¹ STS 31 de marzo de 2022, FD 4.2.

²¹² STS 31 de marzo de 2022, FD 4.8.

de paternidad. De manera que, cuando se solicita por la madre comitente, la vía por la que habrá de obtenerse la determinación de la filiación es la de la adopción²¹³.

De esta forma, el TS entiende que esta solución (la adopción) satisface adecuadamente el interés superior del menor, a la vez que intenta salvaguardar los DDDFF de las madres gestantes y de los niños así nacidos, puesto que, de potenciarse la práctica de la gestación por sustitución comercial, éstos resultarían gravemente lesionados²¹⁴.

Por todo lo expuesto, la Sala de lo Civil del TS termina estimando el recurso de casación interpuesto por el Ministerio Fiscal, al afirmar que el contrato de gestación por sustitución vulnera gravemente los DDDFF de la madre gestante y del niño, reconocidos en la CE y en los Convenios internacionales sobre derechos humanos de los que España forma parte. Por consiguiente, no existe relación de filiación entre la madre de intención y el niño nacido mediante gestación por sustitución.

Como se ha podido comprobar a lo largo de este recorrido registral y jurisprudencial, no existe un criterio uniforme para la determinación de la filiación respecto de los menores nacidos de la concertación de un proceso de gestación por sustitución, ni entre los Estados, ni entre las autoridades españolas.

Así, se ha podido comprobar que el criterio jurisprudencial, mantenido tanto por el JPI de Valencia como por el TS, aboga por la denegación de la inscripción en el Registro Civil español de la filiación de los niños nacidos mediante estos procesos, al comprender que, de realizar dicha inscripción, se produciría una vulneración de los derechos y principios reconocidos a las partes implicadas, tales como el interés superior del menor, el orden público internacional o los DDDFF de la mujer gestante y del niño concebido.

Por su parte, el criterio registral, mantenido por la DGRN, defiende el acceso al Registro Civil de los menores nacidos como resultado de un proceso de gestación por sustitución, al admitir la inscripción de su filiación, siempre que ésta haya sido determinada por una resolución judicial extranjera y respecto de, al menos, un progenitor español.

²¹³ STS 31 de marzo de 2022, FD 4.9-4.10.

²¹⁴ STS 31 de marzo de 2022, FD 4.14.

Debido a esta contradicción entre los criterios jurisprudencial y registral, resulta conveniente replantear la cuestión de la filiación de los menores nacidos por maternidad subrogada y adoptar una unidad de criterio por parte de los tribunales y de la DGRN que permita alcanzar una solución desde el punto de vista jurídico en esta materia tan controvertida.

7. CONCLUSIONES.

A continuación, se destacan las conclusiones más relevantes alcanzadas a lo largo de esta exposición:

- I. La maternidad subrogada, como supuesto especial de reproducción humana asistida, se puede definir como el proceso por el que una mujer, mediante contraprestación o sin ella, acepta portar y gestar en su vientre un bebé por encargo de otra persona o pareja – los comitentes – con el compromiso de, una vez llegado a término el embarazo, entregar el recién nacido a los comitentes, renunciando a la filiación que pudiera corresponderle con el menor.
- II. Debido al desarrollo que han tenido durante los últimos años las tecnologías reproductivas, la gestación por sustitución ha experimentado también un rápido crecimiento, convirtiéndose en una de las primeras opciones a la que acudir cuando uno desea tener un hijo, pero no tiene la capacidad para gestarlo. De esta forma, se ha eliminado todo carácter excepcional que pudiera revestir este proceso, convirtiéndolo en una práctica con enormes implicaciones jurídicas, éticas, biológicas, genéticas e, incluso, religiosas.
Algunos de los derechos o principios que entran en contradicción con la práctica de esta técnica especial de reproducción son: el derecho a la dignidad de la persona, el principio del interés superior del menor o el principio romano *mater semper certa est*.
- III. Como consecuencia, tanto organismos intergubernamentales (la ONU y la Conferencia de la Haya), como la UE y España, se han pronunciado al respecto. Entre las iniciativas más relevantes aprobadas por la ONU, destaca la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989, en la que se reconoce el carácter primordial que debe otorgarse al principio del interés superior del menor cuando entra en conflicto con otros intereses públicos. Por su parte, en el ámbito de la UE, el Parlamento Europeo fue la primera institución en pronunciarse de forma expresa sobre la maternidad subrogada, al exigir a todos los Estados miembros que prohibiesen expresamente toda forma de maternidad bajo comisión y declarasen punible la mediación comercial. Siguiendo esta postura, nuestro ordenamiento jurídico declara los contratos de gestación por sustitución nulos de pleno derecho en el art. 10 LTRHA.

- IV.** Resulta obvio que la posición común que mantienen todas estas instituciones es de firme rechazo hacia la práctica de la maternidad subrogada, fundamentalmente por dos motivos, en primer lugar, por resultar contraria a la dignidad de las personas implicadas en ella, la mujer gestante y el recién nacido, y, en segundo lugar, por considerarse un supuesto de tráfico de personas.
- V.** No obstante, y a pesar de las prohibiciones, son muchas las personas que deciden acudir a otros países para contratar los servicios de una mujer gestante en orden a cumplir sus deseos de convertirse en padres. Esta práctica ha dado lugar a una gran disparidad en los pronunciamientos jurisprudenciales, no solo de los Tribunales españoles, sino también del TEDH. La consecuencia que mayores problemas jurídicos ha generado es el reconocimiento de la filiación de los menores nacidos en el extranjero fruto de un proceso de gestación por sustitución.
- VI.** En este sentido, la clave jurídica que ha empleado el TEDH en sus resoluciones ha sido el art. 8 CEDH, en el que se consagra el derecho al respeto a la vida privada y familiar como principio esencial en la protección del interés superior del menor. Pese a haber empleado el mismo fundamento jurídico en todas sus resoluciones, las conclusiones alcanzadas por este Tribunal han sido opuestas, Mientras que, en los asuntos *Menesson y Labassée*, declara la vulneración del art. 8 CEDH en base al derecho a la vida privada de los menores y su interés superior, permitiendo la inscripción de los nacimientos, en el caso *Paradiso y Campanelli*, finalmente estima la no vulneración del derecho a la vida privada y familiar de los demandantes, al considerar acertadas las medidas de custodia adoptadas para la salvaguarda del menor.
- VII.** En el ámbito nacional, tampoco existe un criterio uniforme para la determinación de la filiación de estos menores. Desde el punto de vista jurisprudencial, la posición que han adoptado los tribunales españoles es la denegación de la inscripción en el Registro Civil español de dicha filiación, ya que, de lo contrario, resultarían vulnerados los principios y derechos reconocidos a las partes implicadas en el proceso (el interés superior del menor, el orden público internacional o los DDFD de la mujer gestante). Desde la perspectiva registral, la DGRN permite la inscripción en el Registro Civil de los menores nacidos mediante gestación por sustitución,

siempre que se cumplan unos requisitos determinados (resolución judicial extranjera y al menos un progenitor español)

- VIII.** Por lo tanto, la existencia de una pluralidad de criterios pone de relieve la imperiosa necesidad de legislar esta materia tan controvertida, con el objetivo de resolver la inseguridad jurídica que existe a su alrededor.

8. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

8.1. Manuales, artículos de revista e informes.

ABELLÁN-GARCÍA SÁNCHEZ, F.: “Gestación por sustitución: Dificultades para mantener la prohibición en España”. R.E.D.S. núm. 9, julio-diciembre, 2016.

ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., (2022): “Gestación por sustitución y Tribunal Supremo español”, DiariolaLey. Disponible en: <https://diariolaley.laleynext.es/dll/2022/05/16/gestacion-por-sustitucion-y-tribunal-supremo-espanol>. [Consulta 15/07/2022]

ÁLVAREZ DE TOLEDO QUINTANA, L., “El futuro de la maternidad subrogada en España: entre el fraude de Ley y el correctivo de orden público internacional”, Cuadernos de Derecho Transnacional, 2014, vol. 6, núm. 2, pp. 5-49.

ARROYO GIL, A.: “Gestación por sustitución: La dignidad humana en juego”, Estudios de Deusto, Vol. 68/2 julio-diciembre, 2020.

BALAGUER CALLEJÓN, & CABO MARTIN, C. de. (2017). Hij@s del mercado: la maternidad subrogada en un estado social / Maria Luisa Balaguer; prólogo de Carlos de Cabo Martín (1a. ed). Cátedra.

BARBER CÁRCAMO, R.: “Reproducción asistida y determinación de la filiación”, REDUR 8, diciembre 2010.

BORRAJO, M. E.: “La maternidad subrogada. ¿Una técnica de reproducción asistida más?”, en Revista Electrónica del Instituto de Investigaciones Ambrosio I. Gioja, año IX, número 14, 2015.

BRUNET, L.: “El régimen de subrogación en los Estados miembros de la UE”, Dirección General de Políticas Interiores, Departamento temático C: Derechos de los ciudadanos y asuntos constitucionales, Parlamento Europeo, 2012.

CALVO CARAVACA, A. L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., “Comentario de la sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014 (247/2014)” en YZQUIERDO TOLSADA, M., Comentarios a las Sentencias de Unificación de Doctrina. Civil y Mercantil, Dykinson SL, vol. 6º, 2013-2014, pp. 396-409.

CALVO CARAVACA, A.L., y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., (2015) “Gestación por sustitución y Derecho Internacional Privado. Más allá del Tribunal Supremo y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, Cuadernos de Derecho Transnacional, Vol. 7, nº2, pp. 45-113.

CERVANTES, I. H. (2013). “La Dirección General de los Registros y del Notariado ante la gestación por sustitución”. *Anuario de derecho civil*, 66(2), 687-715.

COLEMAN, P.: “Surrogate motherhood: analysis of the problems and suggestions for solutions”, *Tennessee Law Review*, 1982, pp. 71-118.

COMITÉ DE BIOÉTICA DE ESPAÑA, “Informe del Comité de Bioética de España sobre los aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada”, 19 de mayo de 2017.

COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, “Observación general N°14, 2013, sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial”.

DE SUTTER, P.: “Children’s rights related to surrogacy”, Belgium, SOC, de 3 de octubre de 2016. Disponible en: <https://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-en.asp?fileid=23015&lang=en>. [Consulta: 06/05/2022].

DÍAZ FRAILE, J. M. (2018): Ponencia “Gestación por sustitución: Evolución de la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado”, I Congreso Internacional de Derecho y Sociedad. Disponible en: <https://www.notariosyregistradores.com/web/secciones/doctrina/articulos-doctrina/gestacion-por-sustitucion/#resolucion>. [Consulta 12/07/2022]

DÍAZ ROMERO, M. R., “La gestación por sustitución en nuestro ordenamiento jurídico”, *Cit.*, pp. 1-15.

DUPLÁ MARÍN, M. T.: “El principio mater Semper certa est ¿a debate? La nueva legislación sobre reproducción asistida y sus consecuencias”, en *Revista Internacional de Derecho Romano (Ridrom)*, 2019.

DURÁN AYAGO, A.: “Los trabajos en el seno de la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado sobre gestación por sustitución”, *Revista General de Derecho Constitucional* 31, 2020.

EMAKUNDE, “¿Gestación subrogada o vientres de alquiler? Informe Final”, Revista Euskadi, 2018.

FERRER SANTOS, U.: “El viviente, la vida y la calidad de vida”, Cuadernos de Bioética, XIX, 2008, España.

FULCHIRON, H., GUILARTE MARTÍN-CALERO, C. (2015). “Algunas reflexiones sobre la sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014 a la luz de la condena de Francia por el TEDH (Sentencia Labassée y Menesson de 26 de junio de 2014)”. Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil, núm. 3/2015 parte Estudio.

GARIBO PEYRÓ, A. P.: “El interés superior del menor en los supuestos de maternidad subrogada”, Cuadernos de Bioética, XXVIII 2017/2ª.

GODOY, M. O. (2018). “La gestación subrogada en la jurisprudencia del TEDH, TJUE y Tribunal Supremo”. Anuario de la Facultad de Derecho de la UEx, nº 34.

GONZÁLEZ BEILFUSS, C. (2015). “Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre gestación por sustitución”. Revista Española de Derecho Internacional, Capítulo Décimo, 67 (I).

GONZÁLEZ HOYA, F., GUERRERO SOTO, S. G., HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, P., HOLGADO FRANCO, L., INGELMO INGELMO, L. A., JUSTO DASILVA, L., ... & MATEOS MORO, A. (2021). “TEDH y gestación por sustitución”. Universidad de Salamanca, Seminario.

HERMIDA BELLOT, B.: “Gestación subrogada: un problema global. Situación en el marco de la Unión Europea, la Conferencia de Derecho internacional privado de La Haya, y el Comité de los Derechos del Niño”, Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, nº. 767, 2018, págs. 1193 a 1229.

HERNANDEZ RODRIGUEZ, A., “Determinación de la filiación de los nacidos en el extranjero mediante gestación por sustitución: ¿hacia una nueva regulación legal en España?”, Cuadernos de Derecho Transnacional, volumen 6, número 2, octubre 2014.

ISLER SOTO, E. M.: “Aproximación y alcances del derecho a la procreación”, Revista de Derecho Privado, núm. 43, junio, 2010, Universidad de los Andes, Bogotá, Colombia.

JIMÉNEZ MUÑOZ, F.J.: “La reproducción asistida y su régimen jurídico”, Reus, Madrid, 2012.

LAMM. (2014). “Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres”. UNIVERSITAT DE BARCELONA.

LEONSEGUI GUILLOT, R. A.: “La maternidad portadora, sustituta, subrogada o de encargo”, Boletín de la Facultad de Derecho, número 7, 1994.

LUCAS ESTEVE, A.: “La gestación por sustitución”, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 2019.

MARRADES PUIG, A.: “La gestación subrogada en el marco de la Constitución Española: una cuestión de derechos”, Estudios de Deusto, Vol. 65/1, Enero – Junio, 2017, pp. 219-241.

MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, J. M. Y MASSIGOGE BENEIGU, J. M.: “La maternidad portadora, subrogada o de encargo en el derecho español”, Dykinson, Madrid, 1994.

OTAEGUI AIZPURUA, I.: “Gestación por sustitución: un nuevo reto para el legislador español”, en Rosana Triviño Caballero: Cuestiones abiertas sobre la gestación subrogada, Ilemata, Revista Internacional de Éticas Aplicadas, nº 28, 87-108.

PANTALEÓN, A. F.: “Contra la ley sobre técnicas de reproducción asistida”, Jueces para la democracia, núm. 5, 1988.

PÉREZ MONGE, M.: “La filiación derivada de técnicas de reproducción asistida”. Centro de Estudios Registrales, Fundación Beneficencia et Peritia Iuris, Madrid, 2002.

PLENO DEL CONGRESO DE LOS DIPUTADOS, “Informe de la Comisión especial de Estudio de la Fecundación un vitro y de la Inseminación Artificial Humanas”, de 10 de abril de 1986.

RESOLUCIÓN DE LA ASAMBLEA PARLAMENTARIA DEL CONSEJO DE EUROPA, “Informe sobre Derechos humanos y cuestiones éticas relacionadas con la maternidad subrogada”, 2014.

RIVERO HERNÁNDEZ, F.: “¿Mater semper certa est? Problemas de la determinación de la maternidad en el ordenamiento español”, en ADC, 1998.

ROMERO COLOMA, A. M.: “La maternidad subrogada a la luz del Derecho español”, Dilex, 2016.

SILVA RUIZ, P.: “Programación Humana Asistida: la Maternidad Subrogada, Suplente o Sustituta”, XIII Jornadas Franco Latinoamericana de Derecho Comparado, Valencia, 1996.

SOUTO GALVÁN, B.: “Aproximación al estudio de la Gestación de sustitución desde la perspectiva del bioderecho”. Foro, Nueva ÉPOCA, 2005.

SOUTO GALVÁN, B.: “Dilemas éticos sobre la reproducción humana. La gestación de sustitución”, Feminismo/s, nº8, 2006.

TODOROVA, V.: “Recognition of parental responsibility: biological parenthood v. legal parenthood, i. e. mutual recognition of surrogacy agreements: what is the current situation in the MS? Need for EU action”. En Policy Department C: Citizens’ Rights and Constitutional Affairs, 2010, Brussels. European Parliament.

VAQUERO LÓPEZ, C.: “Nuevas normas de Derecho internacional privado estatal: una primera aproximación a las reformas legislativas de julio de 2015”, Revista Aranzadi Doctrinal, 2015, núm. 9. Aranzadi, SA, Cizur Menor.

VELA SÁNCHEZ, A. J.: “La maternidad subrogada: estudio ante un reto normativo”, Editorial Comares, S.L., Granada, 2012.

VELA SÁNCHEZ, A. J., (2012) “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, pp. 1-15.

8.2. Fuentes normativas.

Constitución Española, Boletín Oficial del Estado núm. 311, de 29 de diciembre de 1978.

Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, de 18 de diciembre de 1979. UNICEF. (BOE núm. 69 de 21 de marzo de 1984)

Convención sobre los Derechos del Niño, 20 de noviembre de 1989, Unites Nations, Treaty Series.

Decreto de 14 de noviembre de 1958 por el que se aprueba el Reglamento de la Ley del Registro Civil, Boletín Oficial del Estado, núm. 296, de 11 de diciembre de 1958.

Estatuto de la Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado, de 31 de octubre de 1951.

Ley 35/1988, de 22 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Asistida, Boletín Oficial del Estado, núm. 282, de 24 de noviembre de 1988.

Ley 45/2003, de 21 de noviembre, por la que se modifica la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre Técnicas de Reproducción Asistida, Boletín Oficial del Estado, núm. 280, de 22 de noviembre de 2003.

Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida, Boletín Oficial del Estado, núm. 126, de 27 de mayo de 2006.

Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil, Boletín Oficial del Estado, núm. 175, de 22 de julio de 2011.

Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, Boletín Oficial del Estado, n° 281, 24 de noviembre de 1995.

Preliminary Document No 3C of March 2014 for the attention of the Council of April 2014 on General Affairs and Policy of the Conference. “A study of Legal Parentage and the issues arising from international surrogacy arrangements”. Hague Conference on Private International Law.

Propuesta de Resolución del Parlamento Europeo sobre la gestación subrogada como un riesgo para los derechos de las mujeres y de los niños. Disponible en: https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/B-8-2016-0694_ES.html. [Consulta: 08/05/2022]

Protocolo facultativo de la Convención sobre Derecho del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía, 18 de enero de 2002. Asamblea General. Resolución A/RES/54/263 de 25 de mayo de 2000.

Real Decreto-ley de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil, Boletín Oficial del Estado, n° 206, de 25 de julio de 1889.

Resolución del Parlamento Europeo, de 16 de marzo de 1989, sobre los problemas éticos y jurídicos de la manipulación genética.

Resolución del Parlamento Europeo, de 17 de diciembre de 2015, sobre el Informe anual sobre los derechos humanos y la democracia en el mundo (2014) y la política de la Unión Europea al respecto (2015/2229(INI)).

8.3. Resoluciones de la DGRN.

Dirección General de los Registros y del Notariado, Instrucción de 5 de octubre de 2010 sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución. Boletín Oficial del Estado, núm. 243 de 7 de octubre de 2010.

Dirección General de los Registros y del Notariado, Resolución RJ 2009/1735 de 18 de febrero de 2009.

8.4. Jurisprudencia.

Caso Labassée contra Francia, Sentencia de 26 de junio de 2014, demanda núm. 65941/2011 (Tribunal Europeo de Derechos Humanos 2014)

Caso Mennesson contra Francia, Sentencia de 26 de junio de 2014, demanda núm. 65192/2011 (Tribunal Europeo de Derechos Humanos 2014)

Caso Paradiso y Campanelli contra Italia, Sentencia de 27 de enero de 2015, demanda núm. 25358/2012 (Tribunal Europeo de Derechos Humanos 2015)

Caso Paradiso y Campanelli contra Italia, Sentencia de 24 de enero de 2017, demanda núm. 25358/2012 (Tribunal Europeo de Derechos Humanos 2017)

Juzgado de la Audiencia Provincial de Valencia, sentencia núm. 826/2011, de 23 de noviembre de 2011.

Juzgado de Primera Instancia núm. 15 de Valencia, sentencia núm. 193/2010 de 15 de septiembre de 2010.

Tribunal Supremo (Sala 1º Pleno), Sentencia 247/2014 de 6 de febrero de 2014.

Tribunal Supremo (Sala 1º Pleno), Sentencia 277/2022 de 31 de marzo de 2022.