



COMILLAS
UNIVERSIDAD PONTIFICIA

ICAI

ICADE

CIHS

FACULTAD DE DERECHO

ESTUDIO COMPARADO DE LA MATERNIDAD SUBROGADA

Autora: Virginia Porrúa Perea

5º E3 Analytics

Derecho Constitucional

Tutor: Luis Ángel Méndez López

Madrid

Abril 2022

RESUMEN

Los avances médicos y científicos experimentados a lo largo del S.XX han derivado en la aparición de la gestación subrogada, una técnica de reproducción asistida que ha puesto en jaque el tradicional principio de *mater semper certa est*. A tal efecto, las implicaciones éticas, culturales y jurídicas derivadas de la legalización de esta práctica constituyen un óbice para su regulación legal. Como consecuencia de ello, en el derecho comparado es posible encontrar criterios reguladores de diversa naturaleza, lo que a su vez genera una gran inseguridad jurídica. La nulidad de los contratos de gestación subrogada en ciertos ordenamientos jurídicos ha fomentado lo que habitualmente se conoce como turismo reproductivo, un fenómeno consistente en viajar a Estados con una legislación permisiva para la obtención de servicios médicos prohibidos en el país de origen. En este sentido, la filiación determinada en el extranjero presenta importantes efectos legales en el Estado de origen, un problema jurídico que ha suscitado una gran polémica a nivel internacional y particularmente en España, donde la DGRN y el Tribunal Supremo han ofrecido soluciones antitéticas en sus pronunciamientos.

Teniendo todo ello en consideración, el objetivo del presente trabajo de investigación es realizar un desarrollo legislativo de la gestación subrogada, tanto a nivel nacional como internacional, atendiendo esencialmente a los problemas jurídicos y constitucionales derivados de esta práctica. El análisis efectuado permitirá concluir si existe una regulación capaz de paliar la incertidumbre causada por esta TRHA, por la colisión de intereses en juego y, esencialmente, por el turismo reproductivo.

Palabras clave: gestación subrogada, turismo reproductivo, TRHA, interés superior del menor, *mater semper certa est*, derecho comparado, TEDH.

ABSTRACT

Clinical and scientific breakthroughs in the 20th century have led to the appearance of surrogacy, an assisted reproduction technique that has challenged the traditional principle of *mater semper certa est*. To this effect, the ethical, cultural and legal implications resulting from the legalization of this practice constitute an obstacle to its regulation. As a consequence, in comparative law it is possible to find regulatory criteria of different nature, which in turn generates great legal uncertainty. The nullity of surrogacy contracts in certain legal systems has encouraged what is commonly known as fertility tourism, a phenomenon consisting of traveling to States with permissive legislation to obtain medical services prohibited in the country of origin. In this sense, filiation determined abroad has important legal repercussions in the State of origin, which has caused great controversy internationally and particularly in Spain, where the DGRN and the Supreme Court have offered antithetical solutions in their resolutions.

Taking all this information into consideration, the aim of this thesis is to conduct a legislative study on surrogacy, both at a national and international level, essentially attending to the legal and constitutional challenges derived from this practice. The analysis carried out will enable to conclude whether there is a regulation that could alleviate the legal uncertainty caused by surrogacy, the collision of interests at stake and, essentially, by the fertility tourism.

Key words: surrogacy, fertility tourism, TRHA, best interests of the child, *mater semper certa est*, comparative law, TEDH.

ÍNDICE

LISTADO DE ABREVIATURAS	6
1. INTRODUCCIÓN.....	7
1.1. Estado de la cuestión	7
1.2. Objetivos	8
1.3. Metodología	8
2. CONSIDERACIONES PRELIMINARES.....	8
2.1. Delimitación conceptual y terminológica	8
2.2. Causas y modalidades de gestación subrogada	11
2.2.1. Causas que impulsan la gestación subrogada	11
2.2.2. Modalidades de gestación por subrogación	12
2.3. Argumentos a favor y en contra.....	14
3. SITUACIÓN ACTUAL DE LA GESTACIÓN SUBROGADA EN EL DERECHO COMPARADO.....	16
3.1. Países que no la regulan expresamente	17
3.2. Países que prohíben la gestación subrogada.....	19
3.2.1. Alemania.....	19
3.2.2. Francia	21
3.2.3. Italia	22
3.2.4. Suiza	22
3.3. Países permisivos en la modalidad altruista	24
3.3.1. Canadá	24
3.3.2. Grecia.....	24
3.3.3. Portugal.....	26
3.3.4. Reino Unido.....	27
3.4. Países permisivos en la modalidad comercial	28
3.4.1. Rusia.....	28
3.4.2. Ucrania	29
3.5. La gestación subrogada en el seno de Estados federales	30
4. LA JURISPRUDENCIA DEL TEDH	31
4.1. Asuntos <i>Menesson y Labassee</i> contra Francia.....	31
4.2. Asuntos <i>Paradiso y Campanelli</i> contra Italia	33
4.3. Otros pronunciamientos del TEDH.....	34
5. REVISIÓN DE LA GESTACIÓN SUBROGADA EN EL DERECHO ESPAÑOL	35
5.1. Situación actual	36
5.1.1. Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010.....	38

5.1.2.	<i>La sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014</i>	39
5.1.3.	<i>Informe de la DGRN de 11 de julio de 2014</i>	43
5.2.	Iniciativas legislativas para la regulación del derecho a la gestación subrogada	44
6.	CONCLUSIONES	45
7.	BIBLIOGRAFÍA	49
7.1.	Legislación	49
7.2.	Jurisprudencia	49
7.3.	Obras Doctrinales y recursos de internet	50

LISTADO DE ABREVIATURAS

CC	Código Civil
CE	Constitución Española
DGRN	Dirección General de los Registros y del Notariado
HFEA	Human Fertilisation and Embryology Act
LTRHA	Ley 14/2006, de 26 de mayo, de Técnicas de Reproducción Humana Asistida
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TRHA	Técnicas de Reproducción Humana Asistida
TC	Tribunal Constitucional
TS	Tribunal Supremo
UPyD	Grupo Parlamentario de Unión Progreso y Democracia

1. INTRODUCCIÓN

1.1. Estado de la cuestión

Históricamente, la filiación ha venido ligada al principio *mater semper certa est* ('la madre es siempre conocida'), introducido por el célebre jurista Paulo en el contexto de *la in ius vacatio*. Con ello se pretende transmitir la imposibilidad de que un hijo cite a juicio a su madre sin la previa autorización del pretor, un planteamiento que ha llegado a consolidarse como un principio fundamental en la historia de la filiación jurídica (Duplá Marín, 2021).

Sin perjuicio de ello, el avance experimentado en el S.XX por la ciencia, la medicina y la tecnología ha derivado en la aparición de múltiples técnicas de reproducción humana asistida, TRHA en adelante, entre las que podemos destacar, sin limitación, la inseminación artificial, la fecundación *in vitro* o la gestación por subrogación. Este hecho, que ha llegado a ser denominado "revolución reproductiva" (Lamm, 2013), ha puesto en jaque el tradicional principio de *mater semper certa est*, dando lugar a pronunciamientos jurisprudenciales y doctrinales contradictorios y generando un enorme sensacionalismo entre la población.

Interesa especialmente abordar la problemática jurídica derivada de la gestación subrogada, puesto que, en palabras del Comité de Bioética español, ha planteado por primera vez en la historia "*la posibilidad de disociar la gestación de la maternidad*" (Comité de Bioética de España, 2017, p. 2). Asimismo, la legalización de esta práctica constituye aun a día de hoy un conflicto internacional dado el notable impacto social, ético, cultural y jurídico que presenta. A tal efecto, en el derecho comparado es posible encontrar países que expresamente prohíben esta TRHA, otros que la permiten – con requisitos de mayor o menor amplitud – y ordenamientos jurídicos que directamente no prevén su regulación.

A tal efecto, la inseguridad jurídica, la controversia internacional y las implicaciones éticas, legales y constitucionales que se desprenden de las diversas TRHA y, concretamente, de la gestación por subrogación, constituyen las razones fundamentales que me han llevado a escoger esta temática para la realización de mi Trabajo de Fin de Grado.

1.2. Objetivos

En este contexto, el principal objetivo del presente trabajo es proporcionar al lector una visión global sobre la regulación de la gestación subrogada a nivel nacional e internacional, atendiendo especialmente a los problemas jurídicos y constitucionales derivados de esta TRHA. Sin perjuicio de ello, con carácter previo al desarrollo legislativo de la cuestión en el derecho comparado, resulta fundamental realizar una delimitación conceptual y terminológica de la gestación por subrogación, estudiando las causas que motivan su uso, las diferentes modalidades existentes y las posturas a favor y en contra de esta práctica.

Para concluir, se realiza un análisis de las iniciativas legislativas propuestas para la regulación de la gestación subrogada, a fin de determinar si existe una posible solución al problema jurídico planteado por esta TRHA.

1.3. Metodología

Para conseguir este objetivo, se recurrió a la revisión de la jurisprudencia, legislación, doctrina y literatura existentes sobre la gestación subrogada tanto a nivel nacional como internacional. Por consiguiente, la investigación se llevó a cabo mediante el análisis de fuentes primarias y secundarias de información cualitativa, tales como informes, artículos de opinión y comentarios jurisprudenciales y doctrinales. Por su parte, el desarrollo legislativo se efectuó mediante el estudio de fuentes primarias a fin de obtener una información completamente veraz y objetiva, recurriendo para ello a bases de datos jurídicas.

Toda esta información cualitativa ha sido empleada para exponer de forma clara y objetiva las conclusiones del presente trabajo de investigación.

2. CONSIDERACIONES PRELIMINARES

2.1. Delimitación conceptual y terminológica

Con carácter previo al análisis del concepto de gestación subrogada, cabe señalar que esta práctica recibe múltiples denominaciones, siendo las más comunes “gestación por sustitución”, “maternidad subrogada”, “vientres de alquiler”, “donación temporaria de útero”, “madres de alquiler” o “gestación por subrogación” (Martínez-Pereda Rodríguez, 1994). A nivel internacional existe también una gran diversidad terminológica (Lamm, 2013):

- a. En Francia se emplean indistintamente *mère de substitution*, *mère porteuse*, *gestation-pour-autrui*, *mère de remplacement* y *prêt d'utérus*.
- b. En países anglosajones, el Informe Warnock¹ popularizó la figura de la *surrogacy*.
- c. En Alemania se emplea la expresión *Leihmutter*.
- d. En Italia esta técnica se designa con la expresión *affitto di útero* o *locazione di útero*.
- e. En Méjico ni siquiera existe uniformidad terminológica a nivel interno, de modo que el proyecto de ley del Distrito Federal habla de gestación subrogada, el Código Civil de Coahuila de maternidad subrogada y el Código Civil de Tabasco de maternidad subrogada o maternidad gestante sustituta, en función de si la gestante aporta o no material genético, respectivamente.

Lo cierto es que muchas de estas denominaciones no son neutrales, de modo que, a menudo, esta discusión terminológica es empleada para reflejar diferentes posturas ideológicas (Comité de Bioética de España, 2017). Este es el caso del término “vientre de alquiler”, empleado ocasionalmente con una clara connotación peyorativa, lo que ya ocurrió en la década de los 80 cuando se hablaba de “bebé probeta” para referirse de forma despectiva a los menores nacidos mediante fecundación *in vitro* (Lamm, 2013). En España, el término elegido por el legislador en la Ley 14/2006, de 26 de mayo, de Técnicas de Reproducción Humana Asistida, LTRHA en adelante, es el de “gestación por sustitución”, por lo que resulta prudente entender que ésta es la denominación más apropiada y que más se adecua a la realidad que comprende².

Sin perjuicio de ello y, con el objeto de facilitar el análisis jurídico de los retos constitucionales derivados de este avance de la biotecnología, a lo largo del presente

¹ El Informe Warnock, de 1984, fue redactado por una comisión de expertos designada por el Parlamento británico y tenía por objeto el estudio de las técnicas de reproducción asistida, así como de la posibilidad de emplear embriones humanos para fines de investigación.

Este informe surgió en el marco de incertidumbre sobre las posibles repercusiones legislativas de las nuevas TRHA, lo que llevó a los parlamentarios británicos a elaborar unas leyes específicas sobre la materia y a fijar limitaciones a la labor de los investigadores. El informe derivó en la prohibición de la maternidad subrogada en 1985, con base en la vulneración del derecho a la dignidad de la mujer gestante.

² A tal efecto, véase las posturas de Lamm o Souto Galván, defensores del concepto “gestación de sustitución” como el término más apropiado para designar esta técnica de reproducción asistida.

trabajo de investigación se recurrirá indistintamente a los términos “maternidad subrogada”, “gestación subrogada” y “gestación por encargo”.

En lo que al concepto de gestación subrogada respecta, tanto a nivel nacional como internacional existen múltiples definiciones doctrinales y jurisprudenciales dadas las diversas formas que puede adoptar esta figura.

En Reino Unido, el Informe Warnock definió esta técnica de reproducción asistida como la práctica por la que una mujer gesta un hijo para otra con la intención de que el niño sea entregado tras el nacimiento (Warnock Report, 1984). Por su parte, en Estados Unidos, EEUU en adelante, una de las primeras definiciones aceptadas fue aquella aportada por Coleman en 1982, en cuya virtud “*la maternidad subrogada es una 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*” (Lamm, 2013, p. 22). No obstante, a mi parecer, ninguna de estas dos definiciones se adecuaba a la realidad comprendida por el concepto, algo que puede deberse a las limitaciones clínicas de la época en que fueron planteadas.

A nivel nacional, podemos destacar la concepción sostenida por Gómez Sánchez, quien define 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*” (Gómez Sánchez, 1994, p. 136). No obstante, al igual que ocurría con las definiciones aportadas por Coleman o el Informe Warnock, ésta se encuentra desactualizada, ya que tan solo prevé la posibilidad de que la pareja comitente esté formada por un hombre y una mujer, sin hacer referencia a los demás tipos de gestación por sustitución. Por ello, Pérez Mongue, en un intento de contemplar todas las modalidades existentes, habló de un “*contrato gratuito u oneroso, 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)*” (Pérez Mongue, 2002, p. 329).

Sin perjuicio de lo anterior, las definiciones que, a mi parecer, más se acercan a la realidad que la gestación subrogada comprende son las aportadas por Vela Sánchez y Eleonora Lamm. Para el primero, esta TRHA se configura como un “*fenómeno social —en pleno*

proceso de expansión— por el cual una mujer, mediante contraprestación o sin ella, se compromete a gestar un bebé para que otra u otras personas puedan ser padres, biológicos o no” (Vela Sánchez, 2011, p. 1). Por su parte, Lamm define la gestación por sustitución como aquella *“forma de reproducción asistida, por la cual una persona, denominada gestante, acuerda 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 parte comitente”* (Lamm, 2013, p. 23).

Finalmente, en nuestro ordenamiento jurídico esta técnica es definida por el artículo 10.1 de la LTRHA como aquel *“contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero”*.

2.2. Causas y modalidades de gestación subrogada

2.2.1. Causas que impulsan la gestación subrogada

Son múltiples las razones que pueden motivar la utilización de técnicas de reproducción asistida, si bien la más evidente es dar solución al problema de infertilidad sufrido por un gran número de parejas. De acuerdo con la Organización Mundial de la Salud, en el año 2020 unas 48 millones de parejas y unas 186 millones de personas se vieron afectadas por la infertilidad a nivel mundial (OMS, 2020). Por su parte, los tratamientos de reproducción asistida en España han aumentado un 28% desde el 2015, de forma que en 2018 se llevaron a cabo 34.100 ciclos de inseminación artificial y 149.337 de fecundación *in vitro*, situando la tasa de bebés nacidos mediante esta TRHA en España para dicho año en el 9% (Ministerio de Sanidad, Consumo y Bienestar Social, 2020).

Por su parte, también puede darse el caso de que una mujer no quiera gestar un bebé, pero sí tener un hijo propio, bien por motivos laborales, para evitar la transmisión de alguna enfermedad hereditaria o simplemente por estética. Se trata, por tanto, de supuestos en los que, sin concurrir una causa de esterilidad o infertilidad, la mujer opta por desistir del embarazo. Ello es a lo que Vilar González se ha referido como *gestación por sustitución social* (Vilar González, 2017).

Asimismo, la gestación subrogada es una técnica de reproducción asistida muy recurrida por parejas homosexuales que quieren satisfacer su deseo de ser padres. Desde el año 2005, el Código Civil español, CC en adelante, ampara el matrimonio entre personas de

un mismo sexo, de modo que no es de extrañar que estas parejas recurran a la gestación subrogada para satisfacer su instinto paternal.

Junto con las anteriores, podemos apreciar otras razones que impulsan la práctica de esta TRHA, como es el caso del difícil acceso a la adopción, la existencia de riesgos en el embarazo por edad avanzada, el fracaso reiterativo de la fecundación *in vitro* o la injerta por la contratante de medicamentos incompatibles con el embarazo.

2.2.2. Modalidades de gestación por subrogación

Sin perjuicio de las múltiples clasificaciones aportadas por la doctrina, considero que la más completa es aquella proporcionada por el Comité de Bioética español, en cuya virtud las modalidades de gestación subrogada se pueden clasificar atendiendo, entre otros, a los siguientes criterios (Comité de Bioética de España, 2017):

a. La naturaleza del contrato de gestación

En atención a la finalidad con la que actúa la gestante, el contrato de gestación subrogada puede ser altruista y lucrativo o comercial. En el primero de los casos, la gestante no percibe una remuneración económica por su servicio, si bien cabe la posibilidad de que los comitentes le abonen una compensación por los gastos en que hubiese podido incurrir durante el embarazo, tales como medicamentos, alimentación o asesoramiento jurídico, entre otros.

Por su parte, en la modalidad comercial la mujer gestante percibe una contraprestación económica por llevar a término el embarazo. Esta variante suele causar una mayor controversia ética y, esencialmente, jurídica, ya que gran parte de la doctrina española considera que ello implica un riesgo de mercantilización o comercialización del cuerpo humano (Guerra Palmero, 2018).

b. La procedencia de los gametos para la fecundación

La doctrina distingue entre gestación por sustitución tradicional y gestacional (Lamm, 2013). A tal efecto, si los óvulos fecundados proceden de la gestante nos encontramos ante una subrogación tradicional, en la que ésta no solo lleva a término el embarazo por cuenta de los comitentes, sino que además aportará su óvulo para la fecundación. Ello implica una vinculación biológica y genética total entre la gestante y el menor.

Por el contrario, si los óvulos fecundados proceden de la madre comitente o de una donante ajena nos encontraríamos ante un supuesto de subrogación gestacional, donde la

gestante aporta exclusivamente su vientre para la gestación del nasciturus. Por ende, en estos supuestos no existe ningún tipo de vinculación genética entre la gestante y el menor, lo que, para muchos, plantea un menor dilema ético y dota al proceso de mayor legitimidad (Vilar González, 2017).

En cualquier caso, la gestacional es una práctica mucho más habitual que la subrogación tradicional, dado que las controversias que derivan de esta última modalidad son mucho más frecuentes. A tal efecto, la subrogación gestacional impide que exista un vínculo genético entre el menor y la mujer gestante, reduciendo así la posibilidad de que ésta pueda posteriormente reclamar al niño para sí. Esto es lo que ocurrió en 1986 en EEUU con el conocido caso *Baby M*, en virtud del cual tanto la gestante como la comitente reclamaban la custodia de una menor nacida mediante gestación subrogada. De acuerdo con el contrato inicial firmado por las partes, de carácter comercial, la gestante se obligaba a la entrega de la niña tres días después de su nacimiento, si bien al cuarto se arrepintió de su decisión y optó por reclamar su custodia. Finalmente, el juez de Nueva Jersey, atendiendo al bienestar y al interés del menor, sentenció que la niña debía ser criada por los comitentes, sus padres legales dada la validez del contrato de gestación subrogada firmado por las partes.

c. El tipo de comitentes

A la práctica de esta TRHA pueden recurrir parejas heterosexuales, parejas homosexuales integradas por dos varones o dos mujeres, personas solteras de ambos sexos e incluso personas jurídicas. Esta clasificación resulta fundamental puesto que, como se analizará más adelante, es habitual encontrar en el derecho comparado la exigencia de que los comitentes sean una pareja heterosexual como requisito para acceder a la gestación subrogada. De hecho, la subrogación en favor de parejas homosexuales tan solo está legalizada en Albania, Brasil (admitida de *facto*), Canadá y algunos estados de EEUU.

d. La territorialidad del acuerdo

Desde un punto de vista territorial, es posible distinguir entre contratos de gestación subrogada internos y acuerdos transnacionales o transfronterizos (Brunet, 2013). En el primero de los casos, la gestación se produce dentro de las fronteras de un Estado, de modo que, ante la ausencia de un elemento de extranjería, la resolución de los posibles conflictos que pudiesen derivar del contrato competiría a la jurisdicción nacional. Por el contrario, los acuerdos transfronterizos son aquellos en cuya virtud los comitentes acuden

al extranjero para llevar a cabo el proceso de gestación, bien por motivos económicos, bien por la prohibición de esta TRHA en su país de origen. Este elemento de extranjería dificulta enormemente la determinación de la jurisdicción aplicable en caso de litigio, lo que supone un gran reto jurídico en el ámbito del Derecho internacional privado (Brunet, 2013).

Junto con éstas, el Comité de Bioética enumera muchas otras formas en las que se puede llevar a cabo la gestación por encargo, diferenciando las que tienen su origen en la fecundación *in vitro* de aquellas fruto de la inseminación artificial. Asimismo, atendiendo a las características de la relación jurídica entre las partes, es posible advertir contratos de gestación subrogada genéricos frente a otros mucho más minuciosos, incluso habiendo quienes recurren a una agencia o mediador para que velen por el buen funcionamiento del proceso (Comité de Bioética de España, 2017).

2.3. Argumentos a favor y en contra

En ocasiones, los esfuerzos por regular la gestación subrogada se han visto mermados por la existencia de posturas radicalmente opuestas, basadas habitualmente en convicciones éticas, políticas o ideológicas en vez de en argumentos científicos o jurídicos. A tal efecto, las razones morales o religiosas que pueden llevar a la defensa o rechazo de esta práctica quedan excluidas del objeto de estudio de este trabajo de investigación, por lo que el presente apartado pretende analizar los argumentos jurídicos a favor o en contra de la gestación subrogada.

Por un lado, en contra de esta práctica se han pronunciado el Comité de Bioética de España, el Parlamento Europeo, gran parte de la doctrina y los legisladores de múltiples Estados al prohibir esta TRHA en sus ordenamientos jurídicos. En esta línea de pensamiento, el Comité de Bioética español sostiene que la gestación subrogada internacional en su modalidad comercial puede constituir un caso de tráfico infantil y explotación o mercantilización de la mujer (Comité de Bioética de España, 2017). Por su parte, el vicepresidente del Comité, Federico de Montalvo Jääskeläinen, defiende que esta práctica afecta al núcleo esencial de la familia como una institución garantizada constitucionalmente por vía del artículo 39.1 de la Constitución Española³, CE en adelante (Jääskeläinen, 2017).

³ Artículo 39.1 CE: “*Los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia*” (Constitución Española, 1978).

Asimismo, el Parlamento Europeo, en su Informe anual de 2014 sobre los derechos humanos y la democracia en el mundo, condenó la práctica de la gestación subrogada por considerarla contraria a la dignidad humana de la mujer (Parlamento Europeo, 2015). Este argumento ya fue recogido por nuestro Tribunal Constitucional, TC en adelante, en su Sentencia número 835/2013, de 6 de febrero de 2014, que será analizada en el apartado 5 del presente trabajo. En su pronunciamiento, el Tribunal rechaza la inscripción en el Registro Civil de dos menores nacidos en el extranjero por gestación subrogada bajo el pretexto de que ésta era contraria al orden público internacional, vulnerando esta práctica el derecho a la dignidad personal⁴ (artículo 10 CE), el respeto a la integridad moral (artículo 15 CE) y el derecho a la protección de la infancia (artículo 39.4 CE).

A nivel doctrinal, múltiples autores, como es el caso de Francisco Rivero Hernández, defienden la nulidad del contrato de gestación subrogada por ilicitud de su causa en los términos del artículo 1275 CC, es decir, por ser contraria a la ley o a la moral (Lamm, 2013). En esta línea de pensamiento, Ana Marrades Puig sostiene que la práctica de esta TRHA conlleva una evidente instrumentalización de las mujeres (Marrades Puig, 2017); para Carlos Lasarte atenta contra el derecho a la dignidad humana dado el fomento del tráfico jurídico de menores; y para Yolanda Gómez Sánchez la gestación por encargo vulnera los principios que rigen el derecho de familia (Lamm, 2013).

Frente a estas posturas, a favor de la legalización de esta TRHA se han mostrado autores como Lamm o Vela Sánchez. Por un lado, Lamm considera que la regulación de la gestación subrogada constituye una oportunidad para prevenir las constantes vulneraciones de derechos que conlleva esta práctica, promoviendo así una sociedad incluyente, plural y diversa (Lamm, 2016). Para Vela Sánchez, el Derecho goza de un amplio margen de holgura que permite a las normas jurídicas adaptarse a las nuevas exigencias sociales, siendo la finalidad del mismo la de servir al bienestar del ser humano, que pasa por garantizar el derecho al libre desarrollo de la personalidad consagrado en el citado artículo 10.1 CE. Para el jurista, nada impide que este derecho se concrete en la voluntad legítima y, por ende, digna de protección, de formar una familia, un deseo

⁴ A tal efecto, la vulneración del derecho a la dignidad humana es uno de los argumentos más empleados a la hora de defender la prohibición de la gestación subrogada. Al mismo han recurrido el propio Parlamento Europeo, el Informe Warnock, el Comité de Bioética de España y los magistrados del Tribunal Supremo. En nuestra Constitución, este derecho se encuentra consagrado en su artículo 10.1, en cuya virtud “*La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social*” (Constitución Española, 1978).

igualmente garantizado constitucionalmente. En consecuencia, para Vela Sánchez, la dignidad humana no puede ser el único valor fundamental que deba ser invocado frente al convenio de la maternidad subrogada (Vela Sánchez, 2012). Esta postura es defendida por gran parte de la doctrina al entender que la legalización de esta práctica es una cuestión de autonomía de la voluntad, de modo que es la limitación o prohibición de la misma lo que podría atentar contra la dignidad humana (Arroyo, 2020).

En esta línea de pensamiento, Silvia Vilar González sostiene que el hecho de que las mujeres sean plenamente capaces de prestar un consentimiento válido y eficaz respecto de las decisiones que afectan a su cuerpo impide hablar de instrumentalización de la gestante. Más aún, defiende que es precisamente la prohibición de esta práctica en países desarrollados lo que impulsa a los comitentes a recurrir a aquellos ordenamientos jurídicos más desfavorecidos para satisfacer su voluntad de acceder a la paternidad, en cuyo caso sí que sería factible hablar de mercantilización de la mujer (Vilar González, 2017). Esta línea de argumentación ya fue defendida por Eleonora Lamm al afirmar que la prohibición de la gestación subrogada fomenta la clandestinidad, las situaciones fraudulentas y el abuso de mujeres vulnerables (Lamm, 2013).

3. SITUACIÓN ACTUAL DE LA GESTACIÓN SUBROGADA EN EL DERECHO COMPARADO

La diversidad legislativa en materia de gestación por encargo ha derivado en multitud de conflictos de leyes a nivel internacional, esencialmente en lo que respecta a la determinación de la filiación de los menores nacidos mediante esta TRHA y la licitud de los contratos de subrogación (Calvo Caravaca y Carrascosa González, 2015). Más aún, las divergencias de regulación legal no solo se aprecian a nivel estatal, sino que también pueden darse internamente en ordenamientos jurídicos plurilegislativos, como es el caso de EEUU, Australia o México, donde cada unidad territorial tiene atribuida competencia para dictar normas en materia de derecho privado.

La falta de uniformidad normativa en materia de gestación subrogada ha derivado en la convergencia de países que permiten esta técnica, países que la prohíben e incluso países que no prevén una regulación expresa. Adicionalmente, junto con la pluralidad de criterios reguladores, cada Estado tiende a exigir diferentes condiciones técnicas y económicas (Comité de Bioética de España, 2017), tales como la heterosexualidad de los comitentes, la concurrencia de una condición médica en la mujer de intención que impida

la gestación del menor, la ausencia de ánimo de lucro o la existencia de condiciones económicas favorables.

Teniendo todo ello en consideración, en el derecho comparado pueden advertirse cuatro criterios reguladores que deben ser examinados: prohibición expresa de la gestación subrogada, permisión en su modalidad altruista, legalidad del contrato comercial y ausencia de previsiones normativas.

3.1. Países que no la regulan expresamente

Sin perjuicio de las implicaciones y controversias bioéticas y constitucionales que se derivan de la gestación por subrogación, todavía es posible encontrar ordenamientos jurídicos que carecen de un régimen legal que regule esta práctica. Éste es el caso de Bélgica, Brasil, Chipre o Irlanda.

Por un lado, la legislación belga no se ha pronunciado en ninguna de sus normas a favor o en contra de la gestación subrogada, si bien su Código Civil de 1804 atribuye la maternidad legal a quien alumbró al menor. Por consiguiente, la filiación tan solo podrá ser reconocida en favor de los comitentes mediante un procedimiento de adopción. Por su parte, la nulidad de los contratos de subrogación puede desprenderse de la ilegalidad de su causa y objeto, así como de su oposición a los principios de indisponibilidad del cuerpo humano y del estado civil. Más aún, la gestación subrogada vulnera el artículo 1128 del CC belga, en cuya virtud se reconoce el derecho inalienable e indisponible de la gestante a determinar la paternidad del menor (Brunet, 2013).

Sin perjuicio de ello, múltiples hospitales se han servido del vacío legal existente en el ordenamiento jurídico para proceder a la práctica de esta TRHA, si bien tan solo podrán llevar a cabo una subrogación gestacional altruista en favor de parejas heterosexuales. Asimismo, el acceso a esta práctica se encuentra fuertemente restringido, de modo que se exige la concurrencia de un defecto médico que impida a la mujer de intención tener hijos o llevar a cabo un embarazo satisfactorio (Brunet, 2013).

Como consecuencia de la inseguridad jurídica derivada de este vacío legislativo, se han presentado ante el Parlamento belga varios proyectos de ley orientados a prohibir la subrogación comercial y a fijar unas condiciones mínimas para llevar a cabo esta práctica. A tal efecto, los grupos políticos del Estado mantienen una posición uniforme a la hora de defender la necesidad de *“determinar un marco jurídico claro y proporcionar*

seguridad jurídica a las distintas partes implicadas”, esto es, a los comitentes, la gestante y el menor (Salvador & Rodrigo, 2019).

Una situación similar ocurre en Irlanda, donde la gestación por subrogación es llevada a cabo por ciertos hospitales en ausencia de una regulación normativa. Como consecuencia del vacío legal existente, los médicos que practican esta TRHA se inspiran en la Guía de Conducta Profesional y Ética para los Practicantes Médicos Registrados del año 2016, cuyo objetivo primordial es garantizar la protección de las partes involucradas más vulnerables y velar por el bienestar del menor (Vilar González, 2017). Sin perjuicio de ello, la ausencia de una regulación legal en esta materia implica que los contratos de subrogación suscritos en Irlanda carecen de efectos jurídicos y, por ende, no son vinculantes ni de obligado cumplimiento por las partes.

En lo que a la filiación legal del menor respecta, la solución aportada por el legislador irlandés es similar a la de Bélgica, de modo que, en virtud del principio *mater semper certa est*, la maternidad legal se reconoce en favor de la mujer gestante⁵. Por su parte, la paternidad se reconoce en favor del padre biológico, si bien el artículo 46 de la Ley sobre el Estatus del Niño recoge una presunción legal de paternidad en favor del marido de la mujer que alumbró al menor (Vilar González, 2017).

Lo mismo ocurre en Chipre, donde la falta de regulación permite la práctica de la gestación subrogada en su modalidad altruista, si bien los contratos suscritos en el territorio carecen de efectos jurídicos vinculantes. Al igual que en Irlanda, la filiación del menor se reconoce en favor de la gestante, si bien la paternidad legal se atribuye al marido de la misma con independencia de si existe o no una vinculación genética. Únicamente en caso de que la gestante esté soltera en el momento del parto podrá el padre de intención reclamar la paternidad biológica del niño. Asimismo, cabe destacar que el ordenamiento jurídico de Chipre concede a la gestante un periodo de tres meses tras el nacimiento del menor para decidir si renuncia o no a la maternidad. En caso afirmativo, los comitentes podrán comenzar el proceso de adopción, si bien en caso contrario éstos no podrán reclamar en ningún momento la paternidad legal del niño (Salvador & Salgado, 2019).

⁵ A tal efecto, véase la sentencia del Tribunal Supremo irlandés de 13 de enero de 2014, en cuya virtud se anula la inscripción en el Registro Civil de la filiación de dos menores nacidos mediante gestación subrogada en favor de la madre intencional. En su resolución, el Alto Tribunal fundamenta su decisión en la primacía en el Derecho irlandés del principio *mater semper certa est*, incluso cuando la gestante renuncia a la filiación y existe una vinculación genética efectiva entre el menor y la comitente.

Finalmente, en Brasil no existe ley alguna que regule la gestación subrogada, si bien en este caso, a diferencia de lo que ocurre en Bélgica o Irlanda, el ordenamiento jurídico admite *de facto* esta práctica por ser inherente al derecho a la reproducción y a la salud (Vilar González, 2017). Como consecuencia de ello, el Consejo Federal de Medicina en Brasil, en su Resolución N.º 2121/2015, de 16 de julio, enumeró una serie de requisitos indispensables para poder acceder a esta TRHA, entre los que destacan los siguientes: (i) la prohibición de percibir una compensación económica, que deriva del artículo 199.4 de la Constitución Federal de Brasil, en cuya virtud se prohíbe la remuneración por la comercialización de órganos u otras partes del cuerpo humano; (ii) que la gestante sea menor de 50 años de edad y tenga una relación de parentesco con los comitentes; y (iii) la concurrencia de un impedimento médico en la mujer de intención que contraindique o no permita el embarazo natural (Gallo, 2016). Por consiguiente, podrán recurrir a esta práctica parejas heterosexuales, casadas o no, homosexuales e incluso personas solteras.

3.2. Países que prohíben la gestación subrogada

A continuación se procede al estudio del régimen prohibitivo de la gestación por encargo en cuatro países europeos, si bien esta práctica también se encuentra prohibida por los ordenamientos jurídicos de Arabia Saudita, Austria, China, España, que será analizada en detalle en el apartado 5 del presente trabajo, Holanda, Islandia, Noruega, Pakistán, Suecia o Turquía, entre otros.

3.2.1. Alemania

En Alemania la gestación por sustitución se encuentra expresamente prohibida por el artículo 1.1 de la Ley para la Protección de Embriones de 13 de diciembre de 1990 (*Embryonenschutzgesetz – EschG*)⁶, si bien su apartado tercero sostiene que ni la mujer gestante ni los comitentes podrán ser sancionados por llevar a cabo esta práctica (Brunet, 2013). Por su parte, los artículos 13 y 14 de la Ley de Adopciones y de Prohibición en la

⁶ Artículo 1.1 de la *Embryonenschutzgesetz – EschG*:

“Será sancionado con una pena privativa de la libertad de hasta tres años o de una multa quien:

1) Procediese a transferir a una mujer el óvulo de otra;

2) Fecundase artificialmente un óvulo con fines distintos que los de iniciar un embarazo en la mujer de quien proviene el óvulo;

3) Procediese a transferir a una mujer más de tres embriones en un mismo ciclo;

4) Procediese a fecundar por transferencia de gametos intratubaria más de tres óvulos en el mismo ciclo;

5) Procediese a fecundar más óvulos de los que puede transferirse a una mujer en un mismo ciclo;

6) Retirase un embrión de una mujer antes de su implantación en el útero, con vistas a transferirlo a otra mujer o utilizarlo con un fin diferente al de su protección;

7) Practicase una fecundación artificial o transfiriera un embrión humano a una mujer dispuesta a abandonarlo en forma definitiva a terceros tras su nacimiento”.

Intermediación de la Gestación por Sustitución (*AdVermiG*) de 2 de julio de 1976 reiteran la prohibición de esta TRHA, imponiendo sanciones económicas o incluso penas de hasta tres años de prisión a quienes publiciten o intervengan en un proceso de gestación subrogada. Nuevamente, quedan excluidos de esta responsabilidad los comitentes y la gestante.

Como consecuencia de este régimen legal, los contratos de gestación subrogada son nulos de pleno derecho y, por ende, no serán ejecutables ante los tribunales alemanes. Esta previsión legal ha sido reiterada por la jurisprudencia en numerosas ocasiones, de modo que la suscripción de un contrato de esta naturaleza no justifica apartar al menor de la mujer que lo llevó en su vientre, independientemente de la motivación económica de la gestante y de si existe una vinculación genética efectiva con los comitentes (Brunet, 2013). Más aún, los artículos 1591 y 1592 del Código Civil alemán reconocen la filiación legal del menor en favor de la mujer gestante y de su esposo. Por consiguiente, ante un proceso de gestación subrogada llevado a cabo en Alemania, los comitentes tan solo podrán obtener la paternidad del menor recurriendo a la adopción, que deberá ser autorizada por los tribunales. Para ello, el CC exige: (i) el consentimiento de los padres legales, que no podrá prestarse hasta que no hayan transcurrido 8 semanas desde el parto; y (ii) que el juez actúe en beneficio del niño, teniendo en cuenta el interés superior del menor en todo momento (Brunet, 2013).

Por todo ello, los ciudadanos alemanes que desean recurrir a esta práctica habitualmente acuden a países extranjeros cuyo ordenamiento jurídico admite la gestación subrogada. Hasta el año 2014, los tribunales tendían a rechazar la validez de las resoluciones judiciales extranjeras por las que se reconocía la filiación de los menores nacidos por subrogación en favor de los comitentes, basando sus pronunciamientos en la vulneración del orden público alemán⁷. No obstante, el 10 de diciembre de 2014, la Corte Federal de Justicia alemana, en su sentencia XII ZB 463/13, permitió el acceso al Registro Civil de un menor nacido mediante gestación por encargo en California, reconociendo la filiación a favor de los comitentes. El tribunal basó su fallo en que la gestante se encontraba soltera en el momento del parto y en que ésta carecía de una vinculación genética efectiva con el niño (Vilar González, 2017).

⁷ A tal efecto, véase la sentencia del Tribunal Regional Superior de Berlín N.º 1 W 413/12, de 1 de agosto de 2013, o la sentencia N.º 11 L 396/09, dictada el 26 de noviembre de 2009 por el Tribunal Administrativo de Berlín.

Sin perjuicio de ello, esta resolución no ha supuesto la admisión generalizada de la inscripción registral de los menores nacidos en el extranjero mediante gestación subrogada. Como consecuencia de ello, corresponde a los tribunales alemanes resolver cada caso concreto en atención al interés superior del menor, el estado civil de la gestante o la existencia o no de un vínculo genético con los padres intencionales.

3.2.2. Francia

La Ley N.º 94-653 del 29 julio de 1994 de Protección del Cuerpo Humano introdujo el artículo 16-7 en el Código Civil francés, en virtud del cual “*es nulo de pleno derecho cualquier acuerdo relativo a la procreación o gestación por cuenta de otra persona*”. Por su parte, el artículo 227-12 de su Código Penal sanciona la suscripción de contratos de gestación subrogada con un año de prisión y una multa de quince mil euros, penas que se verán duplicadas en caso de que éstos sean celebrados en su modalidad comercial. Ambos preceptos tomaron como base las opiniones del Comité Consultivo Nacional de Ética francés de 1984, 2005 y 2010, que ponen de manifiesto los riesgos derivados de la mercantilización de la mujer gestante como consecuencia de la suscripción de acuerdos de maternidad subrogada (Lamm, 2013). Consecuentemente, la nulidad de esta práctica se desprende tanto del orden civil como del penal, lo que supone que los contratos de esta naturaleza se encuentran privados de eficacia jurídica y su celebración está penalizada.

Por ello, tal y como ocurre en los demás países que prohíben esta TRHA, los ciudadanos franceses que desean satisfacer su voluntad de ser padres acuden a ordenamientos donde esta práctica se encuentra legalizada. En este sentido y, en línea con la jurisprudencia alemana, hasta el año 2013 los tribunales franceses tendían a rechazar la transcripción de los certificados de nacimiento de menores nacidos mediante gestación subrogada en el extranjero, alegando la vulneración del orden público francés y el fraude de ley (Lamm, 2013). No obstante, las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, TEDH en adelante, de 26 de junio de 2014, los conocidos casos *Menesson* y *Labassee* contra Francia, condenaron al Estado por denegar la transcripción de tales certificados. Como consecuencia de ello, la Corte de Casación francesa dictó en el año 2015 las sentencias N.º 619 y 620, de 3 de julio, por las que se consolida una tendencia jurisprudencial en cuya virtud, siempre y cuando no medie una irregularidad o falsificación manifiesta, no puede rechazarse la inscripción de un certificado de nacimiento extranjero en el Registro civil consular (Vilar González, 2017). Dada la importancia de estos pronunciamientos del

TEDH, las citadas sentencias serán analizadas con detalle en el apartado 4.1 del presente trabajo de investigación.

3.2.3. Italia

La gestación subrogada en Italia se encuentra expresamente prohibida por el artículo 12.6 de la Ley N.º 40, de 19 de febrero de 2004, sobre Normas en materia de Procreación Médicamente Asistida, que impone una pena de prisión de tres meses a dos años y una multa de entre seiscientos mil y un millón de euros a quien intervenga en un proceso de gestación por subrogación, así como a aquellos que comercialicen con gametos o embriones. De este precepto legal podemos extraer dos conclusiones fundamentales: (i) el ordenamiento jurídico italiano no solo sanciona a los profesionales que intervienen en proceso, sino también a los comitentes y a la gestante; y (ii) esta práctica es nula en todas sus modalidades⁸ (Brunet, 2013).

Por su parte, el Código Civil italiano establece una presunción de filiación del menor en favor de la gestante y de su esposo en sus artículos 269 y 231, respectivamente, si bien los comitentes podrán recurrir al procedimiento de adopción contemplado en la Ley de 4 de mayo de 1983, sobre el Derecho del Menor a una Familia. Para ello, este precepto legal exige que los comitentes estén casados, admitiendo la adopción individual en supuestos excepcionales, como el fallecimiento de uno de los cónyuges o la separación durante el proceso.

A tal efecto, la negativa de los tribunales italianos a reconocer la filiación de los menores nacidos mediante gestación por subrogación a favor de los comitentes, ha llevado a muchas parejas a recurrir a ordenamientos jurídicos que sí permiten esta práctica. En este caso, la jurisprudencia mayoritaria tiende a reconocer en Italia la validez de estos contratos transnacionales (Vilar González, 2017), sin que ello se oponga a la nulidad de pleno derecho del citado artículo 12.6 de la Ley N.º 40.

3.2.4. Suiza

La Constitución federal de Suiza prohíbe la gestación subrogada en su artículo 119.2 letra d), prohibición que se ve reiterada por el artículo 4 de la Ley Federal sobre Procreación

⁸ Sin perjuicio de ello, el tribunal civil de Roma, mediante una sentencia de 17 de febrero del 2000, autorizó un proceso de maternidad subrogada en favor de una mujer que padecía una malformación que le impedía gestar un hijo. Al estar sus ovocitos sanos, el juez entendió que el carácter eminentemente altruista del proceso justificaba la legitimación del mismo. Consecuentemente, tras el alumbramiento, la gestante renunció a la maternidad y los comitentes procedieron a la adopción del menor (Lamm, 2013).

Médicamente Asistida de 1998, posteriormente modificada en el año 2006. Por su parte, el artículo 31 de este último precepto legal condena con penas de prisión o multa a quienes solicitan la práctica de esta TRHA, así como a aquellos que intervienen en el proceso de gestación por encargo, eximiendo de responsabilidad en todo caso a la gestante (Ávila Hernández, 2017).

En esta línea de pensamiento, en virtud del artículo 252.1 del Código Civil suizo, la filiación viene determinada por el parto, de modo que la maternidad legal de los menores nacidos mediante esta técnica se atribuye a la gestante. Vemos pues, que la ley suiza respeta el tradicional principio de *mater semper certa est*. Por su parte, el citado artículo contiene una presunción legal de paternidad en favor del esposo de la gestante, si bien cabe reconocimiento expreso, mediante adopción o resolución judicial, del padre biológico (Vilar González, 2017).

Sin perjuicio de la nulidad expresa del contrato de gestación subrogada, existe una tendencia en los órganos jurisdiccionales suizos hacia el reconocimiento de las inscripciones de los menores nacidos en el extranjero mediante esta TRHA. Este es el caso de la sentencia del Tribunal Administrativo del cantón de Saint Gallen, de 19 de agosto de 2014, o de las sentencias del Tribunal Federal suizo N.º 5A_748/2014 y 141 III 328, de 21 de mayo y 14 de septiembre de 2015, respectivamente. En todas ellas, el juez opta por el reconocimiento de la inscripción en favor de los comitentes apelando al respeto de las normas internacionales, así como al interés superior del menor conforme a lo dispuesto en la Convención sobre los Derechos del Niño (Vilar González, 2017).

Teniendo todo ello en consideración, el régimen legal previsto en los países examinados permite apreciar una clara tendencia europea hacia el reconocimiento del principio *mater semper certa est*. Asimismo, los ordenamientos jurídicos que prohíben esta TRHA suelen basar la nulidad del contrato en la vulneración del orden público internacional y en la necesidad de proteger el interés superior del menor. Por último, los ciudadanos de estos países habitualmente recurren a los acuerdos transfronterizos para satisfacer su voluntad de ser padres, lo que ha derivado en pronunciamientos jurisprudenciales contradictorios y, por ende, en una gran inseguridad jurídica, lo que, a mi parecer, pone de manifiesto la necesidad de poner fin a esta situación.

3.3. Países permisivos en la modalidad altruista

3.3.1. Canadá

La Ley de Reproducción Humana Asistida, del inglés *Assisted Human Reproduction Act*, aprobada en el año 2004, permite la gestación subrogada para cualquier modelo de familia con independencia de la orientación sexual o estado civil de los comitentes. Este precepto legal, con jurisdicción en todo el Estado, dota a Canadá de un marco normativo uniforme en materia de gestación por subrogación, si bien el Ministerio Federal de Salud y el gobierno podrán acordar para una provincia concreta la aplicación de una Legislación Provincial propia. Como consecuencia de esta autonomía normativa, el CC de la provincia de Quebec prevé la nulidad de pleno derecho del contrato de maternidad subrogada.

Sin perjuicio de la legalidad de esta TRHA en el Estado canadiense, el artículo sexto de la ley prohíbe la práctica en su modalidad comercial, de modo que será sancionado quien se ofrezca a prestar una compensación económica a la mujer gestante, así como aquél que actúe como intermediario en un contrato de gestación subrogada. Más aún, el apartado segundo del citado artículo prohíbe expresamente la colocación de anuncios para la contratación de dichos servicios. Por su parte, la Ley de Reproducción Humana Asistida canadiense condiciona la suscripción de contratos de maternidad subrogada al hecho de que la mujer gestante sea mayor de 21 años, sancionando a cualquier profesional médico que acepte la realización de esta práctica cuando sabe, o tiene razones para creer, que no se cumple este requisito de edad.

Finalmente, cabe destacar que la legislación canadiense no hace referencia a la validez de los contratos de gestación por encargo, de modo que los jueces optan por resolver cada caso concreto en atención al interés superior del niño (Lamm, 2013). Por consiguiente, la determinación de la filiación de los menores nacidos mediante esta práctica es competencia de la Legislación Provincial, lo que ha generado una gran inseguridad jurídica a nivel nacional.

3.3.2. Grecia

Como se ha podido apreciar, existe en Europa una clara tendencia hacia el reconocimiento del principio *mater semper certa est* y, como regla general, los contratos de gestación subrogada no suelen ser ejecutables ante los órganos jurisdiccionales. Como

consecuencia de ello, Grecia se ha convertido en uno de los pocos países europeos que cuenta con un marco normativo global y completo en materia de gestación por sustitución.

En Grecia, la maternidad subrogada se encuentra expresamente regulada por la Ley 3089/2002⁹, que modifica el Código Civil griego y que fue posteriormente completada por la Ley 3305/2005, considerada “*uno de los regímenes legales más progresivos del mundo jurídico moderno*” (Brunet, 2013, p. 277). Ambos preceptos legales tienen por objeto, en primer lugar, la protección de los derechos e intereses de los menores nacidos mediante cualquier TRHA, así como, posteriormente, la defensa de la autonomía personal, de la libertad y del derecho a procrear, siendo este último inherente al libre desarrollo de la personalidad consagrado en el artículo 5.1 de la Constitución griega.

A tal efecto, con la modificación introducida por la Ley 3089/2022, el artículo 1458 del CC griego pasa a legalizar la gestación subrogada siempre y cuando se cumplan los siguientes requisitos:

- a. La práctica solo podrá llevarse a cabo mediante la transferencia de un óvulo previamente fertilizado a la gestante, es decir, tan solo se admite la modalidad gestacional.
- b. Este régimen legal se configura como un modelo de reproducción asistida que trata de combatir la incapacidad de muchas parejas de satisfacer su deseo de procrear de forma natural. Consecuentemente, el embarazo debe ser aprobado mediante autorización judicial, de modo que los comitentes deberán ser capaces de probar la existencia de un impedimento médico que los lleve a recurrir a esta TRHA.
- c. Prohibición de la existencia de beneficios económicos entre las partes contratantes, es decir, será nula y sancionada la gestación subrogada en su modalidad comercial. Sin perjuicio de ello, el artículo 13 de la Ley 3305/2005 permite indemnizar a la gestante por la pérdida de salario y por los gastos que deriven de la gestación y del parto.

⁹ Esta ley surge como consecuencia del caso ante la Corte de Primera Instancia de Heracleion N.º 31/1999, en cuya virtud el tribunal permitió a los comitentes la adopción de dos menores nacidos mediante gestación por sustitución. Ello puso de manifiesto la existencia de un vacío legal en la normativa vigente, lo que derivó en una profunda reforma del sistema y, por ende, en la aprobación de la Ley 3089/2002.

- d. En virtud del artículo 8 de la Ley 3089/2002, tanto la gestante como la comitente deberán tener su residencia permanente en Grecia, exigencia que claramente tiene por objeto evitar el turismo reproductivo.
- e. Las partes contratantes deberán presentar el acuerdo por escrito ante un tribunal, de modo que, una vez autorizado por el órgano judicial competente, la gestante queda obligada al cumplimiento de los términos consagrados en el mismo. Por consiguiente, la legislación griega no permite un cambio de parecer tras el nacimiento del menor (Lamm, 2013).

Finalmente, en lo que a la determinación de la filiación respecta, en virtud del artículo 1464 del CC griego, la autorización judicial del contrato de gestación por encargo se configura como una presunción legal de la maternidad en favor de la madre de intención (Brunet, 2013). Ello implica que, cumplidos todos los requisitos anteriormente enumerados, la filiación del menor nacido mediante gestación subrogada se inscribirá inmediatamente en el Registro Civil y se reconocerá en favor de los comitentes, lo que constituye una clara excepción al principio *mater semper certa est*.

3.3.3. Portugal

Tradicionalmente, el artículo 8 de la Ley 32/2006, de 26 de julio, sobre Procreación Médicamente Asistida declaraba la nulidad de la gestación subrogada tanto en su modalidad comercial como altruista. Sin embargo, la Ley 25/2016, de 22 de agosto, legaliza esta práctica siempre y cuando concurren dos exigencias esenciales: (i) la ausencia de una contraprestación económica en favor de la gestante; y (ii) la existencia de una condición médica que impida a la madre de intención concebir un hijo de manera natural, como la ausencia de útero, una lesión o dolencia en el órgano reproductivo o, alternativamente, cuando “*la situación clínica lo justifique*”. Cumplidos ambos requisitos, la ley permite recurrir a esta TRHA en su modalidad gestacional, impidiendo así la existencia de un vínculo genético entre la gestante y el menor. En virtud de ello, el artículo 8.7 de la citada Ley 25/2016 determina que la filiación de los niños nacidos mediante gestación subrogada será reconocida en favor de los comitentes.

Sin perjuicio de ello, la legalidad de la Ley 25/2016 fue impugnada en 2018 ante el TC, que declaró parcialmente su inconstitucionalidad en su Sentencia N.º 225/2018. A tal efecto, el TC portugués admitió la validez del contrato de gestación subrogada como un acuerdo libre y excepcional, si bien introdujo importantes vetos en normas que constituyen el núcleo del régimen jurídico de esta práctica (Guimarães, 2018). En su

resolución, el tribunal defiende que, si bien estos contratos no atentan contra la dignidad de la mujer gestante o del menor, sí que constituyen una ofensa hacia los principios de reserva de ley y determinabilidad de las leyes. Consecuentemente, para muchos autores, este pronunciamiento ha convertido a la gestación subrogada en una opción política que contrapone múltiples intereses (Guimarães, 2018).

Por todo ello, el pasado 26 de noviembre de 2021, la Asamblea de Portugal aprobó la gestación subrogada teniendo en cuenta las exigencias formales de la Ley 25/2016, así como las modificaciones introducidas por el TC en su Sentencia N.º 225/2018, entre las que podemos destacar la exigencia de un periodo de veinte días tras el parto para que la gestante ejercite su derecho al arrepentimiento (Fiuza, 2021).

3.3.4. Reino Unido

En el Reino Unido, la gestación subrogada se encuentra expresamente regulada en el *Surrogacy Arrangements Act* de 1985, el *Adoption and Childrens Act* de 2002, el *Human Fertilisation and Embryology Act* de 2008, HFEA en adelante, y en las *Fertilisation and Embryology Regulations* de 2010.

A tal efecto, el ordenamiento jurídico británico prevé la legalización de la gestación subrogada en su modalidad altruista, prohibiendo expresamente las actividades comerciales derivadas del acuerdo de gestación por sustitución, incluyendo, sin limitación, la publicidad y la colaboración en negociaciones para la concertación de dichos acuerdos. Sin perjuicio de ello, se admite la indemnización en favor de la gestante respecto de aquellos gastos que deriven de la gestación y del parto, entendiendo que dicha compensación no priva al contrato de su naturaleza gratuita (Lamm, 2013).

Por su parte, el artículo 33 del HFEA, en línea con el principio *mater semper certa est* característico de los ordenamientos jurídicos europeos, determina que la filiación de los menores nacidos mediante esta TRHA se reconocerá en favor de la gestante. Más aún, si ésta estuviera casada en el momento del parto, su marido se convertirá en el padre legal del menor, independientemente de si existe o no una vinculación genética. Por ello, la paternidad legal tan solo se reconocerá automáticamente en favor del comitente cuando éste hubiese aportado sus propios gametos para la fecundación y, además, la gestante estuviese soltera.

Como consecuencia de ello, los efectos de la filiación se producen *ex-post facto* y, por consiguiente, los comitentes deberán iniciar un procedimiento judicial para la solicitud

de una orden parental que permita el reconocimiento de la filiación del menor a su favor (Lamm, 2013). El otorgamiento de dicha orden se encuentra regulado en el artículo 54 del HFEA, que exige la concurrencia de los siguientes requisitos: (i) al menos uno de los comitentes debe haber aportado su material genético; (ii) los padres de intención, mayores de edad, deben estar casados, tener una unión civil o, alternativamente, haber estado conviviendo como pareja en una relación duradera; (iii) la solicitud deberá realizarse en un plazo de 6 meses a contar desde el nacimiento del menor, si bien deberá respetarse el plazo de seis semanas de periodo de reflexión consagrado en el artículo 57 de este precepto legal; y (iv) al menos uno de los solicitantes debe estar domiciliado en el Reino Unido.

Para concluir, cabe destacar que si bien la gestación subrogada altruista se encuentra admitida en el Reino Unido, el contenido del contrato que regula los términos y condiciones de esta TRHA no es vinculante entre las partes, de modo que los comitentes no podrán impugnar el incumplimiento del mismo ante los tribunales. Como consecuencia de ello, no es infrecuente que las parejas recurran a otros ordenamientos jurídicos más laxos para llevar a cabo esta práctica (Vilar González, 2017).

3.4. Países permisivos en la modalidad comercial

3.4.1. Rusia

La gestación por subrogación fue legalizada para parejas heterosexuales y mujeres solteras por el Código de Familia ruso de 1995 y desde entonces ha sido regulada por la Ley Federal de Salud (*Law on Citizens' Health 2011*), la Ley Federal sobre actos de Registro del estado civil de 1997 y la Orden N.º 67 de 26 de febrero de 2003 del Ministerio de Salud Pública de la Federación rusa.

El Código de Familia ruso tan solo permite esta práctica en su modalidad gestacional y, con el objeto de evitar la mercantilización de la mujer, la gestante podrá decidir tras el parto si entrega o no al niño. Ello es una consecuencia del acogimiento por el ordenamiento jurídico ruso del principio *mater semper certa est*, de modo que la maternidad legal del menor nacido mediante gestación subrogada se atribuye a la mujer que da a luz. Por consiguiente, la filiación en favor de los padres de intención requiere el consentimiento expreso de la gestante. La constitucionalidad de esta previsión legal fue confirmada en el año 2012 por la Corte Constitucional rusa cuando el tribunal resolvió en

favor de una mujer que se había negado a autorizar la inscripción de los comitentes como padres legales de un menor nacido mediante gestación por encargo (Brunet, 2013).

Finalmente, cabe destacar que ante la ausencia de una prohibición expresa por la legislación rusa, se podrá practicar la gestación subrogada tanto en su modalidad comercial como altruista.

3.4.2. Ucrania

Ucrania constituye de los principales destinos del turismo reproductivo dado el enfoque liberal característico de su régimen de gestación subrogada. Concretamente, esta práctica se encuentra regulada por el Código de Familia ucraniano, así como por la Orden del Ministerio de Salud de Ucrania N.º 787, de 9 de septiembre de 2013, sobre la aprobación del Procedimiento de Aplicación de Técnicas de Reproducción Asistida.

A tal efecto, el artículo 123.3 del Código de Familia de Ucrania reconoce la filiación de los menores nacidos mediante gestación por encargo en favor de los comitentes que aportaron sus gametos. Más aún, el artículo 139.2 del mismo precepto legal impide que la gestante impugne la maternidad del menor cuando existe una vinculación genética efectiva con los padres de intención.

Por su parte, la Orden del Ministerio de Salud de Ucrania N.º 787 exige el cumplimiento de ciertos requisitos para poder recurrir a esta práctica, entre los que podemos destacar los siguientes:

- a. La concurrencia de una condición médica que justifique la práctica de la gestación subrogada, como la ausencia de útero, deformidades en la cavidad o cuello uterinos, enfermedades somáticas graves o el fracaso reiterado en al menos cuatro ocasiones de otras TRHA.
- b. Tan solo se permite esta práctica en su modalidad gestacional.
- c. La mujer gestante, quien deberá prestar su consentimiento por escrito y gozar de buena salud física y mental, necesariamente debe tener un hijo propio.

Asimismo, el matrimonio homosexual no se encuentra legalizado en el ordenamiento jurídico ucraniano, de modo que los comitentes deberán ser una pareja heterosexual. A tal efecto, la Ley N.º 3760-VI del 20 de septiembre de 2011, que modifica el citado artículo 123 del Código de Familia, aclaró que los cónyuges deberán ser hombre y mujer, evitando así cualquier posible interpretación ambigua de la norma (Lamm, 2013).

Finalmente, como se puede apreciar, los preceptos normativos examinados no prohíben la contraprestación económica en favor de la gestante por sus servicios. Adicionalmente, la legislación civil ucraniana se fundamenta en el principio de libertad contractual, en cuya virtud las partes podrán determinar libremente las estipulaciones de un contrato atendiendo a los requisitos de su Código Civil, las prácticas habituales de negocio y las exigencias de justicia y racionalidad (Lamm. 2013). Por consiguiente, esta configuración normativa determina la legalidad de la gestación subrogada comercial en el Estado ucraniano.

Junto con Rusia y Ucrania, también admiten la gestación por subrogación remunerada los ordenamientos jurídicos de Bielorrusia, Georgia y Kazajistán.

3.5. La gestación subrogada en el seno de Estados federales

La inseguridad jurídica derivada de los contratos de gestación subrogada se intensifica en los Estados federales, sistemas jurídicos caracterizados por la coexistencia de una pluralidad de legislaciones susceptibles de regular una misma materia. Este es el caso de Australia, EEUU o Méjico, donde cada región adopta una respuesta legislativa distinta ante esta práctica.

En Méjico, las legislaciones de Querétaro y Coahuila expresamente prohíben la gestación subrogada, mientras que en Tabasco esta práctica se encuentra legalizada en su modalidad altruista y en Sinaloa incluso en su modalidad comercial.

Por su parte, las jurisdicciones de Australia prohíben la gestación subrogada comercial, siendo legal la modalidad altruista en los Estados de Australia Meridional, Australia Occidental, Nueva Gales del Sur, Queensland, Tasmania y Victoria, así como en el Territorio de la Capital Australiana. Por consiguiente, el Estado del Territorio del Norte es la única jurisdicción que no prevé una regulación expresa de esta TRHA (Vilar González, 2017).

Finalmente, ante la ausencia de una ley federal, el régimen jurídico de la gestación subrogada en EEUU varía enormemente de unos Estados a otros, lo que permite distinguir entre (Finkelstein, Mac Dougall, Kintominas & Olsen, 2016):

- a. Estados que han aprobado leyes específicas en materia de gestación subrogada, pudiendo ser éstas prohibitivas (como es el caso de Washington DC) o permisivas, con requisitos de mayor o menor amplitud (como Illinois o Florida). Asimismo,

existen jurisdicciones que, a pesar de declarar la nulidad e inejecutabilidad de los contratos de subrogación, permiten que esta práctica sea llevada a cabo, como es el caso de Nueva York, Indiana o Michigan.

- b. Estados que no han aprobado una ley específica en materia de gestación subrogada pero que admiten su legalidad por vía jurisprudencial, como es el caso de California¹⁰ o Pennsylvania, entre otros.
- c. Estados que carecen de regulación legal o pronunciamientos jurisprudenciales sobre gestación por encargo, como es el caso de Alaska, Alabama o Colorado. En estos supuestos, existe una tendencia generalizada hacia el reconocimiento de la legalidad de esta práctica, si bien la resolución de cada caso concreto varía en función de unos órganos jurisdiccionales a otros.

4. LA JURISPRUDENCIA DEL TEDH

El apartado anterior demuestra la falta de uniformidad normativa en materia de gestación subrogada entre los distintos Estados miembro de la Unión Europea, UE en adelante. Consecuentemente, el TEDH ha resuelto en reiteradas ocasiones sobre esta cuestión y la interpretación de sus pronunciamientos es crucial para la aplicación del Derecho interno de los Estados integrantes de la Unión. A tal efecto, el artículo 46.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) señala que las partes contratantes deberán someterse a los pronunciamientos definitivos del Tribunal en los litigios en que intervengan. Por su parte, el artículo 10.2 de nuestra Constitución, establece que las normas relativas a las libertades y derechos fundamentales consagrados en la misma deberán interpretarse conforme a la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados internacionales suscritos por España, entre los que se encuentra el CEDH.

Teniendo todo ello en consideración, procede el análisis de los principales pronunciamientos del TEDH en materia de gestación subrogada.

4.1. Asuntos *Menesson* y *Labassee* contra Francia

El TEDH, en su Sentencia de 26 de junio de 2014, Recurso N.º 65192/11 y N.º 65941/11, se pronuncia por primera vez sobre la trascendencia y el alcance de la filiación en materia de gestación subrogada, existiendo en ambos supuestos una vinculación genética efectiva

¹⁰ La eficacia vinculante de los contratos de gestación subrogada, tanto en su modalidad comercial como altruista, es reconocida por los tribunales californianos desde los años noventa. Más aún, en caso de conflicto de intereses entre las partes contratantes, los órganos jurisdiccionales tienden a reconocer la filiación de los menores en favor de los comitentes. Como consecuencia de ello, hay autores que habitualmente se refieren a este Estado como el “*sueño californiano*” (Farnós Amorós, 2010).

entre el menor y el padre de intención. Se trata de los casos *Menesson y Labassee* contra Francia, en los que las autoridades francesas rechazan la inscripción de la filiación de los menores nacidos mediante esta técnica en EEUU y que la legislación extranjera había reconocido en favor de los comitentes, en ambos casos un matrimonio heterosexual de origen francés. La Corte de Casación de Francia basó su pronunciamiento en la vulneración de los artículos 16-7 y 16-9 del Código Civil francés, alegando que los contratos de gestación subrogada se encuentran afectados de nulidad radical por ser contrarios a una norma de orden público, la cual es imperativa, no disponible por las partes y, en todo caso, de cumplimiento obligatorio (Calvo Caravaca y Carrascosa González, 2015).

Ante esta circunstancia, los comitentes solicitaron amparo ante el TEDH argumentando que el pronunciamiento de la Corte de Casación no solo vulneraba el derecho a su vida privada y familiar consagrado en el artículo 8 del CEDH, sino que además causaba un grave perjuicio para el interés superior del menor¹¹. Dado que ambos asuntos presentan caracteres y consecuencias jurídicas similares, el Tribunal europeo procedió a su resolución en los mismos términos.

De acuerdo con el TEDH, denegar la inscripción de estos menores en el Registro Civil francés efectivamente vulnera el citado artículo 8 del CEDH y, por consiguiente, en el pronunciamiento de la Corte de Casación se produce una injerencia en la vida privada y familiar de los comitentes. En virtud del citado precepto legal, dicha injerencia se encuentra justificada cuando concurren tres elementos: (i) que se encuentre prevista por ley; (ii) que persiga fines legítimos; y (iii) que sea necesaria y proporcional en el seno de una sociedad democrática. Según el Tribunal, la negativa de Francia a reconocer la inscripción de la filiación en favor de los comitentes se encuentra legalmente prevista por el CC francés y, a su vez, obedece a una finalidad legítima (la protección de la salud y de los derechos y libertades del menor y de la gestante), por lo que se cumplen los dos primeros requisitos (Olaya Godoy, 2018).

Por su parte, el TEDH reconoce que, dada la falta de un consenso europeo en materia de gestación subrogada, el margen de apreciación de los Estados para determinar lo que es

¹¹ Éste se encuentra consagrado en el artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, en cuya virtud “*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*” (Naciones Unidas, 1989).

“necesario y proporcional en el seno de una sociedad democrática” es relativamente amplio. No obstante, tal y como se deriva de los puntos 77 a 80 y 56 a 58 de las Sentencias en el caso *Menesson y Labassee*, respectivamente, dicho margen de apreciación se restringe cuando el litigio versa sobre un aspecto importante de la identidad o existencia de un individuo, como es el caso que aquí concierne. Por consiguiente, en estos supuestos, deberá buscarse un equilibrio entre las necesidades de los Estados y los intereses de los individuos que se ven afectados, atendiendo especialmente al interés superior del menor que deberá prevalecer en todo caso. Para determinar si la Corte de Casación ha infringido este requisito, el Tribunal distingue entre el derecho de los comitentes a la vida familiar y el derecho de los menores a la vida privada. En el primer caso, la negativa de las autoridades francesas a inscribir la filiación en el Registro civil no vulnera el derecho a la vida familiar en la medida en que los comitentes, al convivir con los menores en territorio francés, formaban una unidad familiar de hecho. No obstante, en el segundo supuesto, el Tribunal concluye que la negativa al reconocimiento de la filiación sí vulnera el derecho a la vida privada de los menores nacidos mediante gestación subrogada, quienes quedan privados de la nacionalidad francesa y de los derechos que derivan de la misma, tales como los efectos sucesorios o la responsabilidad parental.

Teniendo todo ello en consideración, el TEDH concluye que el pronunciamiento de la Corte de Casación no prioriza el interés superior de los menores y que la injerencia en el derecho a su vida privada no se encuentra justificada. Consecuentemente, el Estado francés queda fuera del margen de apreciación reconocido por el artículo 8 del CEDH.

4.2. Asuntos *Paradiso y Campanelli contra Italia*

Tras el fracaso en reiteradas ocasiones de la fecundación *in vitro*, la señora Paradiso y el señor Campanelli, de origen italiano, recurren a la gestación subrogada contratando los servicios de una gestante rusa para satisfacer su deseo de ser padres. Dada la falta de una vinculación genética efectiva entre el menor y los comitentes y las irregularidades apreciadas en el proceso, las autoridades italianas retiraron a los padres de intención la potestad del menor, quedando éste custodiado por un centro de acogida para posteriormente ser entregado a una familia en adopción.

En este contexto, los comitentes recurrieron la decisión de los tribunales italianos ante el TEDH alegando la vulneración del artículo 8 del CEDH. Tras examinar el caso, el Tribunal europeo concluyó que las autoridades italianas habían excedido el margen de apreciación otorgado por este precepto legal, de modo que la vulneración del orden

público internacional por los comitentes no justifica la adopción de cualquier medida, sino que es necesario alcanzar un equilibrio entre los intereses en juego, atendiendo especialmente al interés superior del menor (Olaya Godoy, 2018). En este caso, de acuerdo con la Sentencia de 27 de enero de 2015 del TEDH, las autoridades italianas no realizaron una correcta ponderación de los intereses en juego, vulnerando así el derecho a la vida privada y familiar de los padres de intención¹².

No obstante, este pronunciamiento fue posteriormente revocado por el propio TEDH en su Sentencia de 24 de enero de 2017, rechazando la vulneración por las autoridades italianas del artículo 8 del CEDH. Esta resolución basó su fallo en los siguientes argumentos:

- a. La ruptura de la relación de convivencia entre los comitentes y el menor nacido mediante gestación subrogada deriva de la ilegalidad de la conducta desarrollada por los padres de intención, quienes vulneraron el orden público internacional al recurrir a una práctica expresamente prohibida por el ordenamiento jurídico italiano.
- b. La inexistencia de una vinculación genética efectiva entre el menor y los comitentes, así como la corta duración de la convivencia entre ellos no permiten hablar de una vida familiar en los términos del artículo 8 del CEDH.
- c. Es el Estado italiano el que debe determinar la forma más apropiada de regular la gestación por encargo en su ordenamiento jurídico, quedando ello fuera del ámbito de competencias del TEDH.

Como consecuencia de ello, el Tribunal europeo concluyó que, si bien las medidas adoptadas por las autoridades italianas habían causado una injerencia en la vida privada de los comitentes, ésta se encontraba justificada conforme a las exigencias ya examinadas del artículo 8 del CEDH.

4.3. Otros pronunciamientos del TEDH

La jurisprudencia asentada por el TEDH en los casos *Mennesson* y *Labassee* contra Francia ha sido reiterada en numerosas ocasiones, condenando la negativa de las autoridades europeas a reconocer en favor de los comitentes la filiación de los menores

¹² Sin perjuicio de la vulneración por el Estado italiano del artículo 8 del CEDH, el Tribunal europeo concluyó que el pronunciamiento no debía implicar la restitución del menor al matrimonio Paradiso-Campanelli, dada la relación emocional que éste venía entablando con la familia de acogida desde el año 2013.

nacidos por gestación subrogada en un ordenamiento jurídico extranjero. Este es el caso de los asuntos *Foulon et Bouvet v. France* o *Laborie v. France* (Olaya Godoy, 2018), en los que el Tribunal europeo se basa en la vulneración del derecho a la vida privada consagrado en el artículo 8 del CEDH para justificar el reconocimiento de dicha filiación.

Sin perjuicio de ello, el TEDH, en su reciente Sentencia de 18 de mayo de 2021 (Asunto *Valdís Fjölnisdóttir y otros c. Islandia*), en línea con su pronunciamiento en el caso *Paradiso y Campanelli*, concluyó que el Estado de Islandia, al rechazar el reconocimiento de un vínculo familiar entre un menor nacido por gestación subrogada tradicional y los comitentes, había actuado dentro del margen de apreciación otorgado por el artículo 8 del CEDH. Como consecuencia de ello, el Tribunal entendió que la injerencia en la vida privada del menor por las autoridades de Islandia se encontraba justificada. A tal efecto, este pronunciamiento presenta una importancia fundamental por los siguientes motivos: (i) aboga por la defensa del principio *mater semper certa est* en materia de gestación por subrogación; (ii) defiende la regulación normativa prevista por el Derecho interno del Estado islandés; y (iii) el voto particular de uno de los magistrados abre la posibilidad para el reconocimiento de la filiación de menores que carecen de vinculación genética con los comitentes.

Teniendo todo ello en consideración, el reconocimiento generalizado de la filiación de los menores nacidos por gestación subrogada implicaría dejar sin efecto la legislación nacional de cada Estado miembro de la UE (Olaya Godoy, 2018). Por consiguiente, será necesario evaluar cada caso concreto en atención a las circunstancias concurrentes, tales como la vinculación genética entre los comitentes y el menor o el periodo de convivencia efectiva para determinar si existe vida familiar en los términos del artículo 8 del CEDH. Ello se debe a que tales circunstancias fueron determinantes para apreciar la vulneración del derecho a la vida privada en los asuntos *Mennesson y Labassee* y, por el contrario, para justificar la injerencia del Estado italiano en el caso *Paradiso y Campanelli*.

5. REVISIÓN DE LA GESTACIÓN SUBROGADA EN EL DERECHO ESPAÑOL

Las TRHA se regulan por primera vez en el ordenamiento jurídico español en 1988, año en el que se aprueba la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre técnicas de reproducción asistida. Este precepto legal se configuró como un símbolo del avance clínico y científico experimentado por estas técnicas en la década de los 70. No obstante, las evidentes

limitaciones de la norma, así como la aparición de nuevas técnicas de reproducción asistida desembocaron en una fuerte inseguridad jurídica y en graves problemas bioéticos. Como consecuencia de ello, el legislador modificó este precepto mediante la promulgación de la Ley 45/2003, de 21 de noviembre, que tenía por objeto fundamental, entre otros, solventar el problema de la acumulación de preembriones humanos sobrantes.

Sin perjuicio de ello, tal y como se desprende de la propia Exposición de Motivos de la LTRHA, ninguna de estas normas se ajustaba a la realidad actual del momento, lo que evidenció la necesidad de aprobar una nueva regulación. Así, la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida, se ha convertido en el primer precepto legal del ordenamiento jurídico español en incorporar una mención – si bien breve – a la gestación subrogada.

En este contexto, el presente capítulo tiene por objeto analizar la situación actual de la gestación subrogada en España, así como el estudio de las principales iniciativas o propuestas legislativas para su regulación.

5.1. Situación actual

Nuestro ordenamiento jurídico declara expresamente la nulidad de los contratos de gestación subrogada, por lo que el Estado español queda encuadrado en la categoría de países que prohíben esta técnica de reproducción asistida, independientemente de si media o no una contraprestación económica en favor de la mujer gestante. Ello se deriva del artículo 10 de la LTRHA, en cuya virtud:

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

2. La filiación de los hijos nacidos por gestación 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”.

Con el objeto de comprender este precepto legal, resulta fundamental realizar un análisis detallado de la norma. En su párrafo primero, la ley prohíbe la suscripción de contratos de gestación subrogada en España, los cuales quedan privados de toda eficacia jurídica como consecuencia de su nulidad de pleno derecho. Por ello, el acuerdo entre la gestante

y los comitentes no genera ninguna obligación legal, es decir, tras el parto no existe el deber jurídico de entrega del niño (Lamm, 2013). Asimismo, la nulidad del contrato de gestación por sustitución determina la imposibilidad de los padres de intención de recurrir a los tribunales para exigir una indemnización por incumplimiento contractual.

Por su parte, la norma establece en su apartado segundo que la filiación vendrá determinada por el parto, lo que supone el refuerzo del tradicional principio de *mater semper certa est*. Consecuentemente, el Derecho español reconoce como madre legal a la gestante, independientemente de si el óvulo o embrión ha sido aportado por ésta, la comitente o un tercero (Castillo Martínez, 2020). Ello presenta una consecuencia jurídica fundamental, que viene determinada por la irrelevancia legal de la existencia de un vínculo genético entre el menor y la mujer que aportó el óvulo sin gestarlo.

Finalmente, el párrafo tercero del citado artículo salvaguarda la acción de reclamación de paternidad reconocida en favor del padre biológico, quien, siguiendo las normas generales del ordenamiento jurídico español, podrá reclamar la filiación del recién nacido. Sin perjuicio de ello, esta acción no opera de forma automática, sino que, por el contrario, el padre biológico deberá seguir el procedimiento ordinario previsto en los artículos 764 y siguientes de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

El principal problema que se desprende de este precepto legal viene dado por la falta de regulación de aquellos contratos de gestación subrogada suscritos por ciudadanos españoles en países extranjeros donde esta práctica sí se encuentra legalizada, bien en su modalidad comercial o altruista (Comité de Bioética de España, 2017). A tal efecto, ante la nulidad de pleno derecho de estos contratos en nuestro ordenamiento jurídico, hay quienes logran alcanzar el objetivo último de los mismos acudiendo al extranjero para, tras el alumbramiento del menor, proceder a su inscripción en el Registro Civil español¹³. Ello es lo que habitualmente se conoce como “turismo reproductivo”, definido por Javier García Amez y María Martín Ayala como la práctica consistente en viajar al extranjero para la obtención de servicios médicos prohibidos en el país de origen (García Amez y Martín Ayala, 2017). Para gran parte de la doctrina, como Quiñones Escámez o Don Benigno Blanco, esta actuación no solo resulta fraudulenta, sino también contraria a la

¹³ En esta línea de pensamiento, no podemos olvidar que el artículo 7 de la Convención sobre los Derechos del Niño obliga a la inmediata inscripción del menor tras su nacimiento.

ley por tratar de dar cobertura a una práctica expresamente prohibida por el Derecho español (Vilar González, 2017).

Con el objeto de dar respuesta a esta práctica tan habitual de turismo reproductivo y de dotar al sistema de cierta seguridad jurídica, el Tribunal Supremo (TS) y la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, anteriormente denominada Dirección General de los Registros y del Notariado (DGRN), han ofrecido diferentes soluciones en sus pronunciamientos.

5.1.1. Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010

En primer lugar, es preciso hacer referencia a la Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010, que, con base en su Resolución de 8 de febrero de 2009, trata de facilitar la inscripción en el Registro Civil de los menores nacidos en el extranjero mediante gestación por sustitución. El fundamento de dicha Instrucción radica en la necesidad de garantizar la protección jurídica del menor, así como de las mujeres gestantes que se prestan a esta técnica. Para que el acceso al registro sea posible en estas condiciones, la DGRN exige una resolución judicial previa dictada por el órgano jurisdiccional competente en el país de origen. Esta exigencia, derivada del apartado tercero del citado artículo 10 de la LTRHA, tiene un triple objetivo: (i) verificar que el contenido del contrato de gestación subrogada se ajusta a las exigencias legales del país en que se ha formalizado; (ii) velar por los intereses del menor y de la mujer gestante, garantizando, esencialmente, el consentimiento libre y voluntario prestado por ésta sin que hubiese incurrido en dolo, error o violencia; y (iii) controlar que el contrato de gestación por sustitución no encubre un delito de tráfico internacional de menores. Asimismo y, siempre que la resolución judicial no hubiese sido dictada en el marco de un procedimiento análogo al español, la doctrina exige que ésta sea homologada para que pueda gozar de fuerza ejecutiva en nuestro ordenamiento jurídico. Este procedimiento recibe el nombre de *exequatur*, tradicionalmente contemplado en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 y cuyo fundamento actual se encuentra en la Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil.

Si bien la Instrucción ha sentado unas bases sin precedentes en lo que a esta TRHA respecta, contribuyendo a la regularización de la situación del menor en estos supuestos de inseguridad jurídica, lo cierto es que se configura como una solución puntual que ha sido objeto de fuertes críticas doctrinales (Lamm, 2013). A tal efecto, Calvo Caravaca y Carrascosa González entienden que este pronunciamiento de la DGRN no solo está

repleto de errores jurídicos y, por ende, es contrario a la ley, sino que además constituye un “*ejemplo de la burocratización artificial del Derecho internacional privado*” (Calvo Caravaca y Carrascosa González, 2011, p. 261). En esta línea de pensamiento, Esther Farnós defiende que es el legislador quien debe velar por una modificación del artículo 10 de la LTRHA para lograr una regularización de los contratos de gestación subrogada, no la doctrina. Esta postura ha sido reforzada por Vela Sánchez, quien considera que la Instrucción vulnera gravemente el principio de jerarquía normativa al emplear normas reglamentarias contra el Derecho español vigente. Por su parte, hay quienes entienden que este pronunciamiento no ha hecho más que fomentar el turismo reproductivo, garantizando el acceso al Registro Civil a aquellos menores concebidos mediante gestación subrogada en países donde esta técnica se encuentra legalizada. En palabras de Farnós, la DGRN “*ha abierto una vía irregular para dar respuesta a conductas prohibidas por el ordenamiento jurídico español, lo que puede acabar fomentando el desplazamiento de parejas españolas hacia países que permiten la maternidad subrogada*” (Lamm, 2013, p. 91).

5.1.2. *La sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014*

El primer pronunciamiento del TS sobre la gestación subrogada data del 6 de febrero de 2014, fecha en la que se aprueba la sentencia N.º 835/2013, caracterizada por convertirse en una resolución pionera e innovadora en materia de esta TRHA.

La sentencia tiene por objeto resolver el recurso de casación interpuesto por una pareja integrada por dos varones de nacionalidad española contra el pronunciamiento de la Audiencia Provincial por el cual, en línea con el Juzgado de Primera Instancia, se deja sin efecto la inscripción en el Registro Consular español en Los Ángeles de dos menores nacidos mediante gestación subrogada. Éstos constaban inscritos como hijos de los comitentes en los registros civiles del Estado de California, cuyo organismo equivalente al Registro Civil español había practicado las oportunas certificaciones registrales de los menores. Por consiguiente, no se trata de una cuestión de conflicto de leyes, sino de validez extraterritorial de las decisiones adoptadas por una autoridad extranjera (Calvo Caravaca & Carrascosa González, 2016).

Tanto la Audiencia Provincial como el Juzgado de Primera Instancia argumentaron que el acceso de los menores al registro suponía una vulneración del artículo 10 de la LTRHA, contraviniendo así el orden público español. Ante ello, los apelantes invocaron, como

motivo único para la articulación del recurso de casación, “*la infracción del art. 14 CE¹⁴, 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 consagrado en la Convención de Derechos del Niño, hecha en Nueva York el 2 de noviembre de 1989*” (STS, 2014, p. 7). Para fundamentar su pretensión, los recurrentes esgrimieron los siguientes argumentos:

- a. Rechazar la inscripción en el Registro Civil español de la filiación de dos menores en favor de dos varones resulta discriminatorio.
- b. No permitir la inscripción de la filiación vulnera el interés superior de los menores por los siguientes motivos: (i) quedan en una situación de desprotección jurídica; (ii) los comitentes “*son los mejores padres por naturaleza que los menores pueden tener*” frente a la gestante, siendo ésta una mera parte contratante; y (iii) el derecho a la identidad única de los menores debe respetarse más allá de las fronteras estatales.
- c. Reconocer la filiación determinada por el Estado de California en la certificación registral no vulnera el orden público español, dado que existe una disociación entre el contrato de gestación por sustitución y la inscripción de la filiación, siendo esta última una mera consecuencia periférica de dicho contrato.

Finalmente, el Pleno de la Sala de lo Civil del TS desestimó el recurso, si bien con el voto particular del magistrado D. José Antonio Seijas Quintana, al que se adhirieron D. José Ramón Ferrándiz Gabriel, D. Francisco Javier Arroyo Fiestas y D. Sebastián Sastre Papiol. Por su parte, para fundamentar la desestimación del recurso, el voto mayoritario de los magistrados se basó en los siguientes puntos:

- a. El orden público español como límite al reconocimiento de las decisiones adoptadas por autoridades extranjeras ante relaciones jurídicas sometidas a diferentes ordenamientos.

A tal efecto, el TS recuerda que el orden público español no solo está integrado por los derechos fundamentales y principios consagrados en el Título I de nuestra Constitución, sino también por las leyes que responden a las preocupaciones del legislador en materia de protección y garantía de los derechos de los ciudadanos, como es el caso de la LTRHA.

¹⁴ Artículo 14 de la Constitución Española:

“*Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social*”.

Como consecuencia de ello, reconocer la filiación de los menores nacidos mediante gestación subrogada en favor de los comitentes vulnera el orden público español por resultar incompatible con las normas de nuestro ordenamiento jurídico. Concretamente, los magistrados del TS alegan la vulneración del artículo 10 de la LTRHA, así como de los artículos 10.1 (derecho a la dignidad de la persona), 15 (respeto a la integridad moral) y 39.4 (protección de la infancia) de la CE.

Más aún, para fundamentar su pretensión, el Alto Tribunal sostiene que la disociación entre acuerdo y filiación pretendida por los recurrentes no es posible, dado que la inscripción de los menores en el Registro Civil es la consecuencia principal y directa del contrato de gestación subrogada. Dicho de otro modo, en un movimiento fraudulento, los recurrentes trataron de burlar la aplicación del Derecho español recurriendo a la filiación acreditada en el extranjero para, posteriormente, inscribir a los menores nacidos mediante gestación por sustitución en el registro español (Calvo Caravaca y Carrascosa González, 2016).

b. La inexistencia de discriminación por razón de sexo u orientación sexual.

El rechazo de la inscripción de los menores deriva del incumplimiento por los recurrentes de las normas que integran el ordenamiento jurídico español, no del hecho de que éstos sean varones homosexuales. Por consiguiente, el pronunciamiento del TS hubiese sido el mismo en caso de ser los comitentes dos mujeres o incluso una pareja heterosexual.

c. El interés superior del menor es un concepto controvertido que debe ser determinado en cada caso concreto.

En esta línea de pensamiento, los magistrados del TS sostienen que aceptar el argumento de los recurrentes supone concluir que el legislador, con la redacción del artículo 10 de la LTRHA, ha vulnerado el interés superior del menor.

Más aún, el artículo 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño dota al interés superior del menor de un carácter primordial, si bien el TS entiende que en el enjuiciamiento de este conflicto, éste no es el único principio que debe tomarse en consideración, de modo que debe ponderarse con la concurrencia de otros bienes jurídicos, tales como la dignidad e integridad moral de la mujer gestante o el impedimento de la mercantilización de la filiación y gestación. Sin perjuicio de ello, se admite que el rechazo de la inscripción puede causar un perjuicio para los menores, por lo que los

magistrados instan al Ministerio Fiscal a que “*ejercite las acciones pertinentes para determinar en la medida de lo posible la correcta filiación de los menores, y para su protección, tomando en consideración, en su caso, la efectiva integración de los mismos en un núcleo familiar de facto*” (STS, 2014, p. 19).

Por su parte, el Supremo sostiene que no existe riesgo de vulneración del derecho de los menores a la identidad única dada la inexistencia de un vínculo efectivo con EEUU, país al que los recurrentes acudieron con el fin único y exclusivo de suscribir un contrato de gestación subrogada y burlar así el Derecho español.

Finalmente, los magistrados rechazan la desprotección de los menores dada la existencia de diversas herramientas en nuestro ordenamiento que permiten su integración en el núcleo familiar de los recurrentes.

Como consecuencia de este pronunciamiento, los comitentes promovieron un incidente de nulidad de actuaciones contra la referida sentencia, alegando que ésta había vulnerado tres derechos fundamentales: (i) el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, consagrado en el artículo 24 CE; (ii) el derecho a la igualdad sin discriminación; y (iii) el derecho a la intimidad familiar. No obstante, el Pleno de la Sala de lo Civil del TS, en su Auto de 2 de febrero de 2015 (RJ 2015/141), declara no haber lugar a la nulidad de la sentencia número 835/2013, de 6 de febrero de 2014, con base en los siguientes argumentos:

- a. Los recurrentes habían alegado la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva aludiendo a que la sentencia se basó en circunstancias o hechos no probados, como el carácter artificial de la vinculación con EEUU o la existencia de un contrato de gestación subrogada. Ante ello, el Alto Tribunal considera que los comitentes “*tenían la disponibilidad de la prueba y, aun admitiendo los hechos fundamentales, no aportaron los documentos acreditativos de los mismos*” (Durán Ayago, 2015, p. 9).
- b. Se reitera la inexistencia de discriminación por razón de la orientación sexual de los recurrentes. Asimismo, se rechaza la discriminación por razón de la filiación dado que el legislador español sí reconoce el carácter paterno filial de ciertas relaciones distintas de la maternidad o paternidad biológicas.
- c. El derecho a crear una familia, consagrado en el artículo 39 de la CE, no es ilimitado, de modo que no incluye la posible filiación mediante procedimientos

expresamente prohibidos por nuestro ordenamiento jurídico, como es el caso de la gestación por sustitución. Asimismo, el TS encargó al Ministerio Fiscal la adopción de las medidas necesarias para garantizar la protección jurídica y la integración familiar de los menores. Por consiguiente, la sentencia impugnada no vulnera los derechos a la intimidad familiar y personal de los mismos.

Por todo ello, el Auto del TS concluye que la resolución no solo no vulnera los tres derechos fundamentales impugnados por los recurrentes, sino que además resulta acorde a los pronunciamientos del TEDH.

No obstante, la jurisprudencia sentada por la sentencia de 6 de febrero de 2014 ha sido objeto de fuertes críticas doctrinales, esencialmente en lo que a la protección jurídica del menor respecta. A tal efecto, Calvo Caravaca y Carrascosa González sostienen que el TS efectúa una errónea valoración del interés superior del menor, cuyo carácter primordial le hace prevalecer en caso de conflicto entre dos principios antitéticos como ocurre en el supuesto enjuiciado. Por consiguiente, el hecho de que la resolución sitúe por encima del interés superior del menor otros bienes jurídicos, como la dignidad o la integridad moral de la mujer gestante, supone una degradación de este principio universal (Calvo Caravaca y Carrascosa González, 2016). Por su parte, José Antonio Seijas Quintana, en su voto particular discrepante, alega que lo que se está enjuiciando no es la práctica de la gestación subrogada, la cual efectivamente se encuentra prohibida por la ley española, sino la aceptación en nuestro ordenamiento jurídico de una decisión extranjera válida. A tal efecto, Quintana defiende la tendencia generalizada hacia la aceptación de estas situaciones, basando su argumento en la citada Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010 y en los pronunciamientos del TEDH. Más aún, en línea con Calvo Caravaca y Carrascosa González, el magistrado sostiene que la resolución no solo no garantiza el interés superior de los menores, sino que además lo vulnera al privarles “*de su identidad y de núcleo familiar contrariando la normativa internacional que exige atender al interés del menor; identidad que prevalece sobre otras consideraciones, como ha destacado el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (SSTJUE de 2 de octubre 2003 -caso García Avello, y 14 de octubre de 2008 - caso Grunkin-Paul)*” (STS, 2014, p. 25).

5.1.3. Informe de la DGRN de 11 de julio de 2014

Tras la citada Sentencia del TEDH de 26 de junio de 2014, la DGRN emite un Informe el 11 de julio de ese mismo año confirmando el contenido de su Resolución de 5 de octubre de 2010 en lo relativo a la inscripción en el Registro Civil de la filiación de menores

nacidos mediante gestación subrogada. Ello con independencia de las posibles modificaciones a la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil y sin que la sentencia del TS de 6 de febrero de 2014 pueda constituir un impedimento legal (Editorial La Ley, 2014). De acuerdo con la DGRN, esta conclusión se ve reforzada por los pronunciamientos del TEDH examinados en el apartado anterior, de modo que no reconocer la filiación de los menores nacidos mediante gestación subrogada en el extranjero en favor de los comitentes vulnera el artículo 8 del CEDH.

Consecuentemente, si bien el ordenamiento jurídico español declara la nulidad expresa de los contratos de gestación subrogada, en caso de conflicto, serán los tribunales quienes deban examinar en cada caso concreto, con base en la ley, los pronunciamientos doctrinales y la jurisprudencia del TEDH, si procede o no la inscripción en el Registro Civil de los menores nacidos mediante esta TRHA. Concretamente, podrán inscribirse el nacimiento y la filiación de los menores nacidos por gestación subrogada si, junto con la resolución judicial dictada por el órgano competente, se acredita el cumplimiento de todos los requisitos exigidos por la Instrucción de 5 de octubre de 2010 de la DGRN. En palabras de Durán Ayago, *“Esto sucede cuando el Derecho no se encuentra adaptado a las nuevas exigencias y necesidades sociales”* (Durán Ayago, 2012, p. 276).

5.2. Iniciativas legislativas para la regulación del derecho a la gestación subrogada

Los avances en la biotecnología y la inseguridad jurídica derivada del turismo reproductivo han evidenciado la necesidad de promover en España una iniciativa legislativa orientada a la obtención de una regulación clara en materia de gestación por subrogación.

A tal efecto, en febrero de 2015, el Grupo Parlamentario de Unión Progreso y Democracia, UPyD en adelante, presentó ante la mesa del Congreso de Diputados una Proposición no de Ley para la creación de un marco regulatorio para la maternidad subrogada. En ésta, UPyD abogaba por la derogación del artículo 10 de la LTRHA, así como por la legalización de esta práctica sometida al cumplimiento de varios requisitos, tales como su carácter excepcional, la prohibición de la gestación subrogada en sus modalidades tradicional y comercial, el carácter irreversible del contrato de subrogación o la creación de un Registro Nacional de Gestación por Subrogación (Vilar González, 2017). No obstante, dicha propuesta fue rechazada con tan solo un voto a favor dada la convicción general de la necesidad de proceder a un análisis detallado de la cuestión,

ponderando los intereses en juego y estudiando las implicaciones éticas, médicas y, esencialmente, jurídicas derivadas de su legalización¹⁵.

Posteriormente, el Grupo Parlamentario Ciudadanos presentó una Proposición de Ley reguladora de la gestación subrogada, que fue publicada el 8 de septiembre de 2017 en el Boletín Oficial de las Cortes Generales. Sin embargo, dada la coyuntura política del momento que propició el adelanto de la convocatoria de elecciones generales, la propuesta no pudo ser tramitada y, por ende, volvió a presentarse ante el Congreso de los Diputados en el año 2019. Ésta tenía por objeto regular el derecho a la gestación subrogada en España, con base en los principios de igualdad, libertad, solidaridad, dignidad y protección integral de todas las partes intervinientes en el acuerdo de subrogación. Al igual que la propuesta de UPyD, esta proposición somete el ejercicio del derecho al cumplimiento de estrictos requisitos, entre los que destacamos los siguientes: (i) naturaleza altruista del proceso; (ii) carácter excepcional de la práctica, que requiere haber agotado las vías alternativas para acceder a la paternidad; (iii) subrogación gestacional, es decir, se requiere la utilización de técnicas de fecundación *in vitro*; e (i) inscripción del contrato en un Registro Nacional de Gestación por Subrogación (BOECG de 16 de julio de 2019).

Las similitudes entre ambas proposiciones son evidentes y esta última, al igual que la de UPyD, fue rechazada por el Congreso de Diputados. Como consecuencia de ello, a día de hoy, la única mención a la gestación subrogada que podemos encontrar en la legislación española es la contenida en el artículo 10 de la LTRHA.

6. CONCLUSIONES

Los problemas de fertilidad y el difícil acceso a la adopción, entre otras causas, han derivado en la popularización de las TRHA, que presentan una notable vertiente jurídica. En el caso de la gestación subrogada, los esfuerzos por aprobar una regulación uniforme se han visto mermados por las convicciones éticas, políticas o ideológicas que habitualmente acompañan a este debate. A tal efecto, la concurrencia de posturas enfrentadas en materia de gestación por subrogación ha generado una considerable diversidad legislativa a nivel internacional, caracterizada por la ausencia de un consorcio unánime entre los diferentes ordenamientos jurídicos que integran el derecho comparado.

¹⁵ En este caso se habla de convicción general ya que el Grupo Popular directamente rechazó la proposición por considerar la gestación subrogada una práctica que va *contra natura* y que atenta contra la dignidad humana (Vilar González, 2017).

Tras examinar los criterios reguladores de algunos de los Estados más representativos en esta materia, es posible concluir que existen tres tendencias normativas mayoritarias: (i) ausencia de regulación legal; (ii) legalización de la práctica, con requisitos de mayor o menor amplitud; y (iii) nulidad de pleno derecho de los contratos de gestación subrogada.

En esta línea de pensamiento, con el objeto de salvaguardar el derecho a la dignidad personal (artículo 10 CE), el respeto a la integridad moral (artículo 15 CE) y el derecho a la protección de la infancia (artículo 39.4 CE), el ordenamiento jurídico español prohíbe expresamente esta práctica en el artículo 10 de la LTRHA. En virtud del mismo, la filiación del menor viene determinada por el parto, lo que supone una clara admisión del tradicional principio *mater semper certa est*. Sin perjuicio de ello y, tal y como ocurre en los demás Estados que prohíben la gestación subrogada, nada impide que esta técnica de reproducción asistida sea llevada a cabo en países que prevén su legalización, dando lugar al denominado turismo reproductivo. Este fenómeno ha derivado en la aparición de dos tendencias normativas internacionales: (i) países que han adoptado mecanismos legales para la inscripción en el Registro Civil de los menores nacidos mediante gestación subrogada en el extranjero; y (ii) países que expresamente rechazan su inscripción. El Estado español se encuadra en la primera categoría, de modo que la DGRN permite inscribir el nacimiento y la filiación de los menores nacidos por gestación subrogada si, junto con la resolución judicial dictada por el órgano competente, se acredita el cumplimiento de todos los requisitos exigidos por su Instrucción de 5 de octubre de 2010.

No obstante, como se ha podido apreciar en el presente trabajo de investigación, la jurisprudencia del TS rechaza esta solución por considerarla contraria al orden público internacional. En mi opinión y, en línea con el pronunciamiento del TEDH en el caso *Mennesson y Labassee* contra Francia ya examinado, no puede admitirse la validez de este argumento dada la primacía que la Convención sobre los Derechos del Niño otorga al interés superior del menor, un precepto de reconocimiento universal que debe prevalecer en caso de conflicto entre principios antitéticos. Por consiguiente, considero que la solución aportada por el TS en sus pronunciamientos - encargar al Ministerio Fiscal la adopción de las medidas necesarias para garantizar la protección jurídica e integración familiar del menor – no solo resulta insuficiente, sino que además se basa en una valoración incorrecta del interés superior del niño. Más aún, la protección del mismo exige necesariamente el respeto al derecho a la vida privada y familiar consagrado en el artículo 8 del CEDH. Consecuentemente, considero que la única forma de salvaguardar

el interés superior del menor nacido por gestación subrogada es admitiendo su inscripción en el Registro Civil del país de origen de los comitentes. A tal efecto, esta línea de argumentación presenta las siguientes consecuencias: (i) la admisión de las decisiones extranjeras por las que se reconoce la filiación de los menores en favor de los padres de intención debe ser la regla general en el Estado de origen; (ii) la apelación al orden público internacional para rechazar su inscripción en el Registro Civil debe configurarse como una excepción, de modo que no puede ser admitida si se cumplen las exigencias de la Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010; y (iii) el interés superior del menor debe prevalecer sobre cualquier otro principio fundamental.

Sin perjuicio de ello, si bien considero que la solución aportada por la DGRN es considerablemente más acertada que la del TS, también pienso que ésta es insuficiente, configurándose como una solución puntual incapaz de proporcionar una respuesta uniforme en materia de gestación subrogada. Más aún, la respuesta a este limbo normativo no puede derivarse de un pronunciamiento doctrinal, sino que debe obedecer a un precepto legal producto de la labor del legislador, lo que pone de manifiesto la necesidad de reformar el citado artículo 10 de la LTRHA. Ello supondría regularizar los contratos de gestación subrogada, si bien sometiendo la validez de los mismos al cumplimiento de ciertas restricciones acordes a los valores y principios fundamentales proclamados por nuestra Constitución. Si ya existe en Europa una tendencia jurisprudencial generalizada hacia el reconocimiento *ex post facto* de la inscripción de los menores nacidos por subrogación, nada impide regular este procedimiento.

A tal efecto, el análisis comparado efectuado en el presente trabajo de investigación me lleva a defender una serie de garantías mínimas que, a mi parecer, deben concurrir en cualquier contrato de gestación por encargo. Primeramente, la clara tendencia europea hacia el reconocimiento del principio *mater semper certa est* exige admitir exclusivamente la subrogación gestacional, garantizando la existencia de una vinculación genética entre el menor y los comitentes. En segundo lugar, con el fin de evitar la mercantilización de la gestante y el tráfico o comercio infantil, esta práctica tan solo podría llevarse a cabo en su modalidad altruista. Es evidente que la mayor parte de las mujeres que habitualmente prestan su útero para la gestación subrogada se encuentran en una situación vulnerable o de exclusión social, de modo que una forma de evitar la cosificación de las mismas es asegurar la ausencia de ánimo de lucro en el contrato. Finalmente, considero que resulta fundamental garantizar el cumplimiento de ciertos

requisitos subjetivos por los comitentes y la gestante, como pueden ser los siguientes: (i) todas las partes contratantes deben tener su domicilio en España con el fin de evitar o minimizar el turismo reproductivo; (ii) el embarazo debe ser aprobado por una autoridad judicial que confirme el consentimiento válido y libre prestado por la gestante; o (iii) la existencia de una condición médica que impida a los comitentes satisfacer su derecho a la paternidad de forma natural o, en su defecto, haber agotado todas las vías de asistencia reproductiva. Como puede apreciarse, se trata de un estricto régimen de garantías que pretende dar respuesta al limbo normativo existente en nuestro ordenamiento jurídico, velando así por los intereses de todas las partes implicadas y, esencialmente, por la protección del interés superior del menor en consonancia con los principios constitucionales del Estado español.

Finalmente, en el plano internacional, si bien es cierto que el reconocimiento generalizado de la filiación supondría dejar sin efecto la legislación nacional de cada Estado, la inseguridad jurídica derivada de la ausencia de uniformidad normativa en materia de gestación subrogada evidencia la necesidad de aunar los esfuerzos por lograr una solución común en el derecho comparado. Consecuentemente, el desarrollo de una normativa internacional en materia de inscripción registral del menor nacido mediante subrogación con validez en múltiples Estados se presenta como una solución idónea para dar respuesta a este problema jurídico. A mi parecer, la única forma de alcanzar este objetivo, que lamentablemente no parece que vaya a ocurrir en un futuro próximo, es abogando por una cooperación internacional.

En conclusión, la gestación subrogada es una realidad social que ha cobrado especial relevancia en el plano internacional durante el último siglo, por lo que no puede ser ignorada por el legislador. A tal efecto, la importancia de los intereses en juego pone de manifiesto la necesidad de lograr una cierta uniformidad en los pronunciamientos de los tribunales, tanto nacionales (Tribunal Supremo) como internacionales (TEDH), que aún a día de hoy hacen depender sus resoluciones de cada caso concreto. Como consecuencia de ello, es fundamental proporcionar seguridad jurídica a las partes involucradas en la relación contractual y fijar un marco normativo claro en materia de gestación por subrogación.

7. BIBLIOGRAFÍA

7.1. Legislación

Assisted Human Reproduction Act (S.C. 2004, c. 2). Canadá.

Code civil. Version consolidée au 1 juillet 2016.

Código de Familia de Ucrania (Vidomosti Verkhovnoi Rady, 2002).

Constitución Española (BOE 29 de diciembre de 1978).
<https://www.legifrance.gouv.fr/codes/id/LEGITEXT000006070721/>. Fecha de última consulta: 10 de marzo de 2022.

Convención sobre los Derechos del Niño (20 de noviembre de 1989). Nueva York, Estados Unidos. <https://www.un.org/es/events/childrenday/pdf/derechos.pdf>.

Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, Roma, 4 de noviembre de 1950.

Law 3089 on Medically Assisted Human Reproduction, de 19 de diciembre de 2002.

Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (BOE 8 de enero del 2000).

Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida (BOE 27 de mayo de 2006).

Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil (BOE 22 de julio de 2011).

Orden del Ministerio de Salud de Ucrania N.º 787, de 9 de septiembre de 2013, sobre la aprobación del Procedimiento de aplicación de técnicas de reproducción asistida.

Proposición de Ley reguladora del derecho a la gestación por sustitución (BOECG Núm. 46-1 de 16 de julio de 2019).
https://www.congreso.es/public_oficiales/L13/CONG/BOCG/B/BOCG-13-B-46-1.PDF#page=1

Real Decreto, de 24 de julio de 1889, por el que se publica el Código Civil (Gaceta de Madrid de 25 de julio de 1889).

7.2. Jurisprudencia

Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 835/2013, de 6 de febrero [versión electrónica – base de datos Aranzadi]. Fecha de última consulta: 20 de febrero de 2022.

Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Gran Sala) núm. 25358/12, de 24 de enero de 2017, asunto *Paradiso y Campanelli c. Italia* [versión electrónica – base de datos Aranzadi]. Fecha de última consulta: 16 de marzo de 2022.

Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección 3ª) núm. 71552/17, de 18 de mayo de 2021, asunto *Valdís Fjölnisdóttir y otros c. Islandia* [versión electrónica – base de datos Aranzadi]. Fecha de última consulta: 16 de marzo de 2022.

Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección 5ª) núm. 65941/11, de 26 de junio de 2014, asunto *Labassee c. Francia* [versión electrónica – base de datos Aranzadi]. Fecha de última consulta: 16 de marzo de 2022.

Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección 5ª) núm. 65192/11, de 26 de junio de 2014, asunto *Menesson c. Francia* [versión electrónica – base de datos Aranzadi]. Fecha de última consulta: 16 de marzo de 2022.

7.3. Obras Doctrinales y recursos de internet

Arroyo Gil, A. (2020). Gestación por sustitución: la dignidad humana en juego. *Estudios de Deusto*, 68(2), 41–73. [https://doi.org/10.18543/ed-68\(2\)-2020pp41-73](https://doi.org/10.18543/ed-68(2)-2020pp41-73)

Ávila Hernández, C. J. (2017, 17 mayo). La maternidad subrogada en el Derecho comparado. *Cuadernos de Derecho Actual*, pp. 314-344. <http://www.cadernosdedereitoactual.es/ojs/index.php/cadernos/article/view/101>

British Education Commission (1984, julio). *Report of the Committee of Inquiry into Human Fertilisation and Embryology* (Warnock Report). <https://www.hfea.gov.uk/media/2608/warnock-report-of-the-committee-of-inquiry-into-human-fertilisation-and-embryology-1984.pdf>

Brunet, L. (2013, 15 mayo). *A Comparative Study on the Regime of Surrogacy in EU Member States*. European Parliament. [https://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document/IPOL-JURI_ET\(2013\)474403](https://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document/IPOL-JURI_ET(2013)474403)

Calvo Caravaca, A. L., 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*, 7(2), 45-113. <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/2780>

- Calvo Caravaca, A., Carrascosa González, J. (2011, marzo). Vista de Notas críticas en torno a la Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 5 octubre 2010 sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución. *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 3 (1a). <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/1077/395>
- Calvo Caravaca, A., Carrascosa González, J. (2016). Gestación por sustitución en California: Comentario de la sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014 (247/2014). En Yzquierdo, M. Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina: civil y mercantil, pp. 395-410. *Dialnet*, Vol. 6. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5766024>
- Castillo Martínez, C. (2020, 11 junio). La gestación por sustitución y el problema de su acceso al Registro Civil español. *El Derecho*. <https://elderecho.com/la-gestacion-por-sustitucion-y-el-problema-de-su-acceso-al-registro-civil-espanol>
- Coleman, P. (1982). Surrogate motherhood: analysis of the problems and suggestions for solutions. *Tennessee Law Review*, 50.
- Comité de Bioética de España (2017, mayo). *Informe del Comité de Bioética de España sobre los aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada*. <https://eprints.ucm.es/id/eprint/42816/>
- Duplá Marín, M. T. (2021). El principio mater semper certa est ¿a debate? la nueva legislación sobre reproducción asistida y sus consecuencias. *Fundamentos romanísticos del derecho contemporáneo*, Vol. 2, pp. 883–894.
- Durán Ayago, A. (2012). El acceso al registro civil de certificaciones registrales extranjeras a la luz de la ley 20/2011: relevancia para los casos de filiación habida a través de gestación por sustitución. *Anuario español de derecho internacional privado*. Tomo XII, pp. 265–308. <https://diarium.usal.es/aduran/files/2013/02/DUR%C3%81N-AYAGO-AEDIPr-2012-.pdf>
- Durán Ayago, A. (2015, diciembre). Una encrucijada judicial y una reforma legal por hacer: la gestación por sustitución. *Bitácora Millennium Derecho Internacional*

Privado, N.º 2. <http://www.millenniumdipr.com/ba-26-una-encrucijada-judicial-y-una-reforma-legal-por-hacer-la-%20gestacion-por-sustitucion>

Editorial La Ley (2014, 29 julio). La DGRN dicta Resolución remitiendo a la Instrucción de 5 de octubre de 2010, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución. *La Ley Derecho de familia*.

Farnós Amorós, E. (2010). Inscripción en España de la filiación derivada del acceso a la maternidad subrogada en California. *InDret*.
<https://raco.cat/index.php/InDret/article/view/225321>

Finkelstein, A., Mac Dougall, S., Kintominas, A. & Olsen, A. (2016, mayo). Surrogacy Law and Policy in the U.S.: A National Conversation Informed by Global Lawmaking. *Columbia Law School Sexuality & Gender Law Clinic*.
https://web.law.columbia.edu/sites/default/files/microsites/gender-sexuality/files/columbia_sexuality_and_gender_law_clinic_-_surrogacy_law_and_policy_report_-_june_2016.pdf

Fiuza, P. (2021, 26 noviembre). Portugal aprueba los vientres de alquiler y da a la gestante el derecho de arrepentirse y no entregar el bebé. *Europapress*. Recuperado el 04 de marzo de 2022 de: <https://www.europapress.es/internacional/noticia-portugal-aprueba-gestacion-subrogada-da-gestante-derecho-arrepentirse-no-entregar-bebe-20211126202649.html>

Gallo, J. H. S. (2016). Reproducción asistida, derecho de todos. ¿Y el registro del hijo? ¿Cómo proceder? *Revista Bioética*, 24(2).
<https://www.scielo.br/j/bioet/a/CwhBVfG6qK3N4ZXdHbSjBPr/?format=pdf&lang=es>

García Amez, J. & Martín Ayala, M. (2017). Turismo reproductivo y maternidad subrogada. *Dialnet*, Vol 27, nº1.
<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6334695>

Gómez Sánchez, Y. (1994). *El derecho a la reproducción humana*. Marcial Pons, Madrid.

- Guerra Palmero, M. J. (2018). Contra la mercantilización de los cuerpos de las mujeres. La “gestación subrogada” como nuevo negocio transnacional. *Dialnet*. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6278543>
- Guimarães, M. (2018). Las particularidades del contrato de gestación por sustitución en la ley portuguesa y la sentencia nº 225/2018 del Tribunal Constitucional. *Revista de Bioética y Derecho*, 44(1). https://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1886-58872018000300013&lng=es&nrm=iso&tlng=pt
- 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 (BOE 7 de octubre de 2010).
- Jääskeläinen, F. D. M. (2017). Una reflexión sobre la oportunidad de regular la maternidad subrogada desde la perspectiva de la familia como institución garantizada constitucionalmente. *DS: Derecho y salud*, 27(1) pp. 26-47. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6334682>
- Lamm, E. (2013). *Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*. Publicacions i Edicions de la Universitat de Barcelona.
- Lamm, E. (2016, junio). Una vez más sobre gestación por sustitución, porque sin marco legal se siguen sumando violaciones a derechos humanos. *Ars Iuris Salmanticensis*, 4. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5580622>
- Marrades Puig, A. (2017). La gestación subrogada en el marco de la Constitución española: una cuestión de derechos. *Estudios de Deusto: revista de Derecho Público*, 65(1). <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6129170>
- Ministerio de Sanidad, Consumo y Bienestar Social (2020). Gabinete de Prensa. Notas de Prensa. <https://www.mscbs.gob.es/gabinete/notasPrensa.do?id=5067>. Consultada el 6 de diciembre de 2021.

- Olaya Godoy, M. (2018). La gestación subrogada en la jurisprudencia del TEDH, TJUE y Tribunal Supremo. *Anuario de la Facultad de Derecho de la UEx*, N.º 34. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7044337>
- Organización Mundial De La Salud (2020). *Esterilidad*. <https://www.who.int/es/news-room/fact-sheets/detail/infertility>. Consultada el 6 de diciembre de 2021.
- Parlamento Europeo. (2015, octubre). *Informe anual sobre los derechos humanos y la democracia en el mundo (2014) y política de la UE al respecto (P8_TA (2015) 0470)*. https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2015-0470_ES.pdf
- Pérez Mongue, M. (2002). *La filiación derivada de técnicas de reproducción asistida*. Centro de Estudios Registrales, Fundación Beneficencia et Peritia Iuris, Madrid.
- Salvador, Z., & Rodrigo, A. (2019, 2 septiembre). La gestación subrogada en Bélgica y sus propuestas de ley. *Babygest*. <https://babygest.com/es/gestacion-subrogada-en-belgica/>
- Salvador, Z., & Salgado, S. (2019, 30 agosto). La gestación subrogada en Chipre: ¿es legal? *Babygest*. <https://babygest.com/es/chipre/>
- Vela Sánchez, A. J. (2012, 9 marzo). 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*, N.º 7815. <https://diariolaley.laleynext.es/Content/DocumentoRelacionado.aspx?params=H4sIAAAAAAEAMtMSbF1CTEAAkNzS2MzE7Wy1KLizPw827DM9NS8klQAJ1CLMCAAAA=WKE>
- Vilar González, S. (2017). *Gestación por sustitución en España. Un estudio con apoyo en el derecho comparado y especial referencia a California (EEUU) y Portugal [Tesis de doctorado, Universidad Jaume I]. Repositorio Universitat Jaume I.*