



Facultad de Derecho

Gestación por sustitución: ¿pueden armonizarse los derechos constitucionales en juego?

Autor: Marta Horche Puy

Director: Miguel Ayuso Torres

Resumen:

Los avances en biología e implantología gestacional y la irrupción de nuevas formas polimórficas familiares y de convivencia han introducido nuevas fórmulas de la maternidad, que han quebrado el principio "*Mater Semper Certa Est*". Entre ellas, destaca en sus diferentes denominaciones la "gestación por sustitución", prohibida en todas sus formas por la legislación española. Este Trabajo viene a poner luz desde un punto de vista jurídico sobre un conflicto complejo, con aspectos sociales, ideológicos y bioéticos que enturbian la aproximación objetiva al núcleo jurídico esencial de la cuestión y en donde se pone en juego un conflicto de derechos fundamentales que muchos cuestionan como desequilibrado y no idóneo. A lo largo de la investigación y tras ofrecer una panorámica de la regulación de la subrogación gestacional, poner de manifiesto aquellos derechos y libertades fundamentales en conflicto, estudiar la interpretación dada por jueces y órganos administrativos y concretar los pros y contras invocados por la doctrina en relación con la introducción de esta fórmula de gestación, se intenta poner el acento en deslindar los aspectos que es preciso tener en cuenta para proponer un modelo que asegure un equilibrio entre los intereses de las partes, la mejor armonización de los derechos fundamentales en juego y sobre todo la protección de la filiación y del interés superior del nacido. El trabajo concluye que es posible llegar a una fórmula de equilibrio, con condicionamientos y restricciones suficientes, capaz de dar una respuesta a todos los intereses en juego y siempre compatible con un modelo biosocial admisible.

Palabras clave

Subrogación gestacional; maternidad subrogada; gestación por sustitución; vientre de alquiler; técnicas de reproducción humana asistida; filiación; *fórmulas de paternidad*

Abstract:

Advances in biology and gestational implantology and the irruption of new polymorphic forms of family and cohabitation have introduced new maternity formulas that have broken the principle "*Mater Semper Certa Est*". Among them, it stands out, in its different denominations, the "gestation by substitution", prohibited in all its forms by the Spanish legislation. This work sheds light from a legal point of view on a complex conflict, with social, ideological and bioethical aspects that blurs the objective approach to the essential legal core of the issue and where a conflict of fundamental rights is at stake, questioned by many as unbalanced and unsuitable. Throughout the research and after offering an overview of the regulation of gestational surrogacy, highlighting those fundamental rights and freedoms in conflict, studying the interpretation given by judges and administrative bodies and specifying the pros and cons invoked by the doctrine in relation to the introduction of this formula of gestation, an attempt is made to emphasize the aspects that must be taken into account to propose a model that ensures a balance between the interests of the parties, the best harmonization of the fundamental rights at stake and above all the protection of filiation and the best interests of the child. The paper concludes that it is possible to arrive at a formula of balance, with sufficient conditions and restrictions, capable of responding to all the interests at stake and always compatible with an admissible biosocial model.

Key Words

Gestational surrogacy; Surrogate motherhood; gestation by substitution; surrogate womb; assisted human reproduction techniques; filiation; parenthood formulas

INDICE

I.- INTRODUCCIÓN	04
1. Contextualización del tema	04
2. Justificación del análisis	06
3. Objetivo	06
4. Metodología	07
5. Estructura	08
II.- MARCO TEÓRICO	10
1. Delimitando el concepto	10
2. La familia polimórfica y la gestación por sustitución: una nueva vía de Paternidad	12
3. Regulación legal de la gestación por sustitución.....	14
a. Derecho español	15
b. Derecho Comparado.....	18
i. Posiciones de prohibición.....	18
ii. Posiciones condicionadas	19
iii. Posiciones permisivas.....	21
c. Convenios y normativa internacional	22
4. Análisis de los derechos fundamentales en juego	24
5. La interpretación del conflicto	28
a. Posición jurisprudencial española y europea	28
b. La problemática del registro de la filiación en España.....	32
c. Aspectos sociales	35
d. Aspectos bioéticos	37
e. Pros y Contras de la gestación por sustitución	39
III.- CONCLUSIONES DEL ESTUDIO	42
IV.- BIBLIOGRAFÍA	50

I.- INTRODUCCIÓN.

I.1.- Contextualización del tema.

Desde mediados de los años 80 del siglo pasado, se han producido movimientos y cambios de orientación muy significativos en el acceso a la maternidad y a la paternidad. Y ello se ha debido no sólo a los profundos avances en biología gestacional y a las nuevas técnicas de reproducción que de ellas se derivan, sino también a la evolución en los modelos familiares, que han visto extender su ámbito y dimensión desde fórmulas tradicionales monogámicas y unidireccionales hacia otras formas más amplias de convivencia.

Frente a las nuevas posibilidades de reproducción asistida, como es el caso de la inseminación artificial, la fertilización in vitro o la transferencia intra tubárica de gametos, permitidas con ciertas cautelas, garantías y condicionantes por gran parte de los ordenamientos jurídicos, la gestación por sustitución, bajo cualquiera de sus denominaciones, ha sido percibida social, ideológica y desde un punto de vista bioético de un modo más cuestionable, contando con una regulación en ocasiones titubeante y poco certera.

Frente a las Técnicas de Reproducción Humana Asistida descritas, la gestación subrogada ha venido a poner en entredicho una de las últimas piedras angulares de la sociedad familiar del siglo XX, que no es otra que el principio "*Mater Semper Certa Est*", al llevar hasta su último extremo el reconocimiento jurídico de la maternidad voluntaria incluso haciendo quebrar el principio, nunca antes cuestionado, de la maternidad indubitada, gestacional y biológica. Frente a la inamovilidad de este concepto, bien se puede ahora afirmar que, con los nuevos avances gestacionales, "*Mater et Pater Semper Incerti Sunt*".

Si bien es cierto que la subrogación gestacional, como nueva fórmula de maternidad y paternidad, extiende su efecto benéfico de acceso a la filiación voluntaria e intencional a parejas que hasta la fecha no podían o tenían grandes dificultades para ello (y entre éstas conviene destacar las homosexuales formadas por varones), la técnica ha sido también objeto de numerosos reparos, por cuanto muchos han considerado que cosifica a la mujer,

vulnera de forma cierta su dignidad, permite la realización y ejecución de fórmulas contractuales contrarias al orden público al mercantilizar la filiación y, en definitiva, rompe con los esquemas bioéticos que todavía grandes sectores perciben como básicos en la escala de valores que priman en nuestras sociedades occidentales.

Como consecuencia de la profundidad de este debate social, la realidad es que el ordenamiento normativo español, contrario hasta la fecha a la maternidad por sustitución¹, y la interpretación que de él han hecho los tribunales españoles y europeos así como los órganos administrativos relevantes, no sólo respecto a la validez de los contratos de gestación sino también, y esto es más grave, de cara al registro de la filiación, se han situado en una posición incierta, confusa y muchas veces contradictoria. Hasta la fecha, y tras varias tentativas de adaptar el marco jurídico a la demanda social, no existe una posición concluyente y bien articulada que garantice la certeza y seguridad jurídica demandada por todas las partes implicadas en el conflicto y el equilibrio entre los derechos fundamentales y constitucionales de las partes afectadas. Y en este contexto, destaca la inseguridad, que afecta muy especialmente al menor nacido a través de contratos de gestación por sustitución suscritos y ejecutados en otras geografías más tolerantes y permisivas hacia esta fórmula, mediante lo que se ha denominado viajes de “turismo gestacional”. Son, en definitiva, estos menores nacidos por la conclusión de estos contratos la parte especialmente indefensa y vulnerable y el interés superior a defender, por cuanto ven cuestionados con ello su propia integridad y dignidad personal y el acceso al registro directo de una filiación que garantiza no sólo su dignidad como personas, sino también el ejercicio de sus derechos y libertades como individuos en la sociedad en la que se han de desenvolver.

¹ VELARDE D'AMIL, Y. (2015). “*La filiación y la reproducción humana asistida*”. Wolters Kluwer. Libro “Estudios Jurídicos en homenaje al profesor Manuel García Amigo”. Edición nº 1. LA LEY 2897/2015. P.9. “A pesar de la nulidad de pleno derecho con que se sanciona cualquier acuerdo de maternidad subrogada en Derecho español, (...), no se ha conseguido disuadir a ciudadanos españoles de que se abstengan de suscribir contratos de gestación por sustitución de carácter internacional. Esto ha creado situaciones de inseguridad jurídica que han tratado de solventarse con la intervención de los Tribunales y de la Dirección General de los Registros y del Notariado (DGRN).”.

I.2.- Justificación del análisis.

Teniendo en cuenta las consideraciones expuestas respecto a la situación regulatoria e interpretativa en esta materia, el presente análisis, resultado de una investigación extensa sobre este ámbito, se justifica como un intento de añadir una nueva manifestación al debate doctrinal para intentar acotarlo y clarificarlo. Y todo ello, a través de entender y enfocar de forma integral las piezas claves que constituyen la fuente del conflicto. A partir de aquí, se realizará una exposición sosegada de los aspectos jurídicos que pueden conducir a una regulación más adecuada de la cuestión, fundamentos que pretenden superar las matizaciones de tipo ideológico o ético que frecuentemente han enturbiado el tratamiento de esta materia. La cuestión no es por tanto determinar si este aspecto debe ser regulado o no, puesto que aunque posiblemente no de forma adecuada, en la actualidad lo está, sino poner claramente sobre la mesa el abanico de los derechos fundamentales de cada una de las partes que se encuentran en riesgo de vulneración, determinar si existe y por tanto se puede llegar por nuestro legislador a una propuesta de modificación normativa más acorde a las demandas ciudadanas y a la realidad social actual, a través de la cual queden al menos correctamente equilibrados los derechos y libertades de padres comitentes, donantes de gameto en su caso, mujeres gestantes y por encima de todo y de forma muy sustancial, el interés superior de los nacidos como consecuencia de la ejecución de estos contratos, que frente a la prohibición del ordenamiento español, son autorizados con más o menos condicionantes en otros sistemas legales.

Creemos, por tanto, que intentar poner luz y claridad sobre una cuestión como ésta, que va a determinar la evolución de las nuevas fórmulas de paternidad y maternidad en nuestro país y que está hoy en el centro del debate social, es de por sí justificación relevante y suficiente para un trabajo de investigación como el que nos ocupa.

I.3.- Objetivo.

Los objetivos que se pretenden alcanzar con este Trabajo de Fin de Grado son los siguientes:

- Poner de relieve el posicionamiento, los aspectos y las principales características de los ordenamientos actuales respecto a esta cuestión.
- Describir las contradicciones, incertidumbres e inseguridad jurídica para todas las partes que se derivan de la deficiente regulación legal de la cuestión en nuestro país y de su interpretación diversa, lo que ha conducido, en suma, a un modelo incapaz de atender con certeza, confianza, pero también con límites la demanda social en torno a una materia muy relevante, como es la que es objeto de este estudio.
- Revisar y analizar los derechos constitucionales que se encuentran comprometidos y pueden ponerse en cuestión para cada uno de los interesados en la gestación por sustitución.
- Sintetizar los argumentos a favor y en contra de la gestación por sustitución, entendiendo todos los conflictos de interés, sociales y bioéticos y especialmente la posición de los menores afectados.
- Finalmente y como conclusión final que da respuesta al título de este Trabajo de Fin de Grado, plantear la pertinencia de revisar nuestro ordenamiento en este tema, identificando las piezas normativas que deben ser modificadas así como las cautelas, restricciones, precisiones y garantías que sería necesario introducir para asegurar un equilibrio estable entre los diferentes intereses, principios, derechos y libertades fundamentales, que actualmente se encuentran en conflicto y sin resolución cierta.

I.4.- Metodología.

Con el fin de alcanzar los objetivos de este trabajo, utilizaremos una metodología basada sobre la investigación documental extensiva, con un triple eje: legal, jurisprudencial y doctrinal.

Dentro del primero de ellos, ampliaremos el análisis del alcance legal, no sólo al marco normativo español, sino que se hará un recorrido comparado por otros ordenamientos locales que han tratado de una u otra manera la cuestión. También se ofrecerá una panorámica del marco de los convenios y acuerdos internacionales más relevantes sobre la materia.

Respecto al segundo eje, la interpretación de la norma, se hará una extensión más allá de las resoluciones jurisprudenciales de los tribunales españoles (Tribunal Supremo) y europeos (TEDH) hacia el tratamiento que, especialmente de la cuestión registral de la filiación, han hecho nuestros cuerpos administrativos y más en concreto la Dirección General de Registros y del Notariado de España (DGRyN) a través de sus instrucciones y circulares, así como la posición que sobre esta materia han adoptado entre otros el Comité Español de Bioética, la iglesia católica, los partidos políticos y las principales asociaciones ciudadanas que han promovido iniciativas de reforma en este ámbito.

Finalmente, y respecto al tercer vértice, el doctrinal, se analizarán visiones enfrentadas respecto a la cuestión, que determinan posiciones contrastadas y propuestas de formas de tratamiento y actuación muy variadas. Todas estas orientaciones serán un punto de partida muy rico para tratar de configurar un modelo de propuesta específica, como conclusión del Trabajo.

I.5.- Estructura.

El análisis que llevamos a cabo se estructura en tres partes:

La primera es una introducción, en la que se describen los antecedentes más relevantes que ponen de manifiesto la importancia de la materia y dan contexto a la misma, así como la finalidad y objetivos del estudio, la metodología escogida para desplegarlo y la estructura escogida para exponer los resultados del análisis.

En la segunda parte denominada “Marco Téorico”, se desarrolla el cuerpo principal de la investigación y consta de cinco partes. En la primera de ellas, se realiza una aproximación a las diferentes dimensiones del concepto, precisando sus características, denominaciones y tipologías y haciendo un breve tratamiento de los antecedentes y fundamentos bio

médicos en los que se basa. En la segunda parte se describen las nuevas formas de convivencia polimórfica familiar, que ha determinado una demanda social cada vez más intensa hacia nuevas fórmulas de maternidad y paternidad entre las que se encuentra la gestación por sustitución. El tercer apartado se dedica enteramente a la exposición del tratamiento normativo de esta forma de paternidad/maternidad, en primera instancia a nivel nacional y posteriormente en el derecho comparado y en el derecho internacional. El cuarto capítulo se dedica en su totalidad a un recorrido por los derechos fundamentales en conflicto, detallando su adscripción constitucional y el nivel de riesgo que la gestación subrogada implica sobre ellos. Por último, un quinto capítulo describe la amplia interpretación que de la normativa expuesta han hecho los tribunales de justicia españoles y europeos, la DGRyN de España, el Comité de Bioética y los principales agentes sociales, concluyéndose con una visión sintética de los argumentos a favor y en contra de esta forma de reproducción asistida.

Finalmente, el tercer bloque de Conclusiones se centrará en presentar las razones que hacen pertinente una modificación normativa del modelo actual en este campo, precisando las características, principios, restricciones y garantías que han de regirlo.

II.- MARCO TEÓRICO.

II.1.- Delimitando el concepto

Desde finales de la década de los 70 del siglo pasado, la evolución en biología reproductiva y los avances en las Técnicas de Reproducción Asistida han supuesto un punto de inflexión a la hora de superar situaciones de infertilidad y han facilitado el acceso a la maternidad y a la paternidad a nuevas formas de unidad familiar o convivencial que de otra manera hubieran estado imposibilitadas para ello.

Estas Técnicas son el conjunto de prácticas biomédicas que se utilizan para complementar o reemplazar a todos los procesos de fertilización y gestación naturales. Tradicionalmente, dichas Técnicas han sido clasificadas por la doctrina en Intra corpóreas (Inseminación Artificial o la menos utilizada Transferencia Intra tubárica de Gametos) o extracorpóreas (Fertilización In-Vitro). En ambos casos y en función de que los gametos utilizados (espermatozoides u óvulos) pertenezcan o no a al menos uno de los miembros de la pareja, se pueden distinguir entre Técnicas homólogas, en el primer caso, o heterólogas, en el segundo.

Como proceso de gestación derivado de estas técnicas se generalizó desde la última década del siglo pasado la “Gestación por Sustitución”, término empleado por nuestra Ley vigente de Técnicas de Reproducción Humana Asistida (LTRHA) y que asimismo es objeto de otras denominaciones² como “Subrogación gestacional”, “Gestación subrogada”, “Maternidad Subrogada” (empleado por el Comité de Bioética de España) o incluso de una forma más cruda e ilustrativa “Ventre de alquiler” o “Madres de alquiler”. Aunque esta forma de gestación ha sido prohibida en diferentes países, es cierto que con

² VELA SÁNCHEZ, A. (2017). ”*Crimen en el Bar. Regulemos ya en España el convenio de gestación por sustitución*”. Wolters Kluwer. Diario La Ley, nº 9056. LA LEY 12159/2017 P.P. 8-9. “Para conceptuar este convenio se han utilizado diferentes nominaciones: alquiler de vientre, alquiler de útero, arriendo de útero, arrendamiento de vientre, donación temporaria de útero, gestación por cuenta ajena o por cuenta de otro, gestación de o por sustitución, gestación subrogada, gestación por encargo, madre portadora, maternidad sustituta, maternidad de sustitución, maternidad suplente, maternidad de alquiler, maternidad de encargo, madres de alquiler, madres portadoras o vientre de alquiler, etc.”

el paso de los años han sido aceptadas y reguladas, con más o menos restricciones y condicionantes, por un número creciente de países.

Bajo cualquiera de sus denominaciones, la “Gestación por Sustitución” ha sido objeto de diversas definiciones, de entre las cuales destacaríamos por su precisión e integridad la que la formula como “un contrato, oneroso o gratuito, a través del cual una mujer consiente en llevar a cabo la gestación, mediante técnicas de reproducción asistida, aportando o no también su óvulo, con el compromiso de entregar el nacido a los comitentes, que pueden ser una persona o una pareja, casada entre sí o no, que a su vez pueden aportar o no sus gametos”.

Como se puede comprobar a partir de la definición citada, la gestación por sustitución presupone en todo caso como condición necesaria la realización de un acuerdo o contrato³ entre la madre gestante y los padres intencionales o comitentes (casados o no), que puede ser oneroso (gestación comercial) o simplemente gratuito, incluyendo una mera compensación de los costes derivados del embarazo (gestación altruista) y siempre de acuerdo con las diferentes restricciones impuestas por los marcos normativos que permiten estos acuerdos.

El objeto de este tipo de pacto es la gestación de un ser vivo, existiendo siempre un compromiso contractual por el que la madre gestante se compromete a entregar el nacido a los comitentes tras el nacimiento. Asimismo, la gestación por sustitución puede ser tradicional o total, en el caso en que la madre gestante aporte su material genético o gestacional o parcial, cuando la madre gestante no aporta su óvulo y se limita a gestar un ser a partir de gametos, que a su vez pueden ser de los padres intencionales o no.

Pueden existir, de esta manera, en el caso de gestación subrogada parcial, situaciones en las que concurren hasta cinco intervinientes en el proceso de la gestación: dos terceros que aportan óvulo y espermatozoides, dos padres intencionales que no aportan material

³ De acuerdo con AZNAR DOMINGO, A. y DELGADO SÁNCHEZ, A. (2017). “Regulación y análisis de la gestación por sustitución en España” Wolters Kluwer. Diario La Ley, nº 9099. LA LEY 17450/2017. P.3, este contrato “tiene elementos que lo asemejan a un arrendamiento de servicios (la gestación), a un arrendamiento de obras (no sólo en la redacción del convenio sino también en el compromiso de entrega del menor una vez éste haya nacido) o a una donación (en aquellos casos en que el acuerdo no conlleve una contraprestación económica, sino que se realice a título gratuito)”.

genético alguno y una madre gestante que pone su útero para la gestación, a partir de una implantación del embrión fecundado por los gametos aportados, fecundación efectuada por una técnica denominada FIVTE (Fecundación In Vitro con Transferencia de Embriones)

A la vista de lo expuesto y como veremos más adelante, el conflicto principal en torno a la gestación por sustitución radica no sólo en entender cual es la situación de legalidad o ilegalidad del contrato de gestación subrogada en un ordenamiento jurídico, sino también en qué medida debe ser autorizada, incluso en países cuyos ordenamientos no permiten estos contratos, el registro de la filiación del nacido por esta vía de concepción, a partir de acuerdos de esta naturaleza efectuados en otras geografías en donde la maternidad subrogada sí es lícita y admisible.

II.2.- La familia polimórfica y la gestación por sustitución: una nueva vía de paternidad

El acceso a la maternidad/paternidad a través de las nuevas Técnicas de Reproducción Humana Asistida nunca hubiera sido posible o al menos hasta el nivel actual y pese al avance de las técnicas biomédicas de gestación sin que concurriera simultáneamente una transformación radical en los modelos convivenciales familiares, proceso que se ha ido produciendo progresivamente desde el último cuarto del siglo pasado⁴.

A partir de la tradicional familia biparental, heterosexual y en la que existía una plena identificación de la filiación genética, biológica, volitiva y social, se ha ido avanzando hacia formas polimórficas muy diversificadas de organización de las estructuras de convivencia, en un marco que supera ampliamente el alcance de lo que tradicionalmente concebimos como una familia.

⁴ SALAR SOTILLOS, M.J. (2019). “¿Familia o Familias? Diversificación de la institución familiar (I)”. Wolters Kluwer. Actualidad Civil nº 12. LA LEY 14809/2019. P.2. “La transformación de las familias, tanto en su estructura como en la dinámica de las relaciones que se dan en su seno, se ha producido con considerable rapidez en España. Además, el elevado grado de aceptación y tolerancia que muestra la sociedad española hacia la pluralidad de modelos familiares en numerosas encuestas apunta a que este proceso todavía no se ha detenido (Castro Martín y Seiz Puyuelo, 2014).”.

Se ha pasado, de una forma un tanto abrupta, de un modelo unidireccional, estable y seguro, en el que regía de forma absoluta el principio del “*Mater Semper Certa Est*” a formas familiares pluridireccionales, compuestas por parejas heterosexuales, casadas o no, personas solteras, de uno y otro sexo, que desean acceder a una paternidad monoparental y convivientes homosexuales masculinos y femeninos que encuentran en las Técnicas de Reproducción Humana Asistida una fórmula viable para acceder a una paternidad homoparental, imposible hasta el final del siglo XX⁵.

Asimismo, y frente a la maternidad o paternidad tradicional, enteramente dependiente de las propias capacidades biológicas de gestación de los cónyuges, las nuevas formas de familia optan por una paternidad social y voluntaria que trasciende al mero azar de la biología gestacional. Se interpreta y se admite socialmente que ser padre o madre es un acto de voluntariedad que trasciende al puro proceso biológico o genético tanto de aportar y fecundar unos gametos como de gestar un ser vivo. Bajo esta nueva concepción, la paternidad genética y la paternidad legal se disocian y se rompe con la necesaria asociación de cada padre con su material genético, multiplicándose las variantes heterólogas, en las que los gametos intervinientes en el proceso de gestación son aportados por personas ajenas al núcleo familiar que se plantea la paternidad.

Se hacen cada vez más comunes procesos de filiación en los que, como hemos citado en el punto anterior, intervienen cuatro o cinco donantes que, pese a aportar su material genético o intervenir en el proceso de gestación, no se consideran a sí mismos padres o madres del nacido. Dentro de esta diversificación permitida por las TRHA se encuentra de forma destacada la gestación por sustitución, objeto de este trabajo que, entre otros supuestos, ha permitido el acceso a la paternidad a personas o parejas homosexuales, en

⁵ Ibid. P.P. 6-7. “A partir de todos los datos expuestos, podemos señalar algunas características determinantes de la familia occidental de hoy en día (por ahora) según los cambios descritos, que han sido y siguen siendo, muy rápidos. Así, podemos hablar de la primacía de la afectividad, y de la consiguiente desinstitucionalización de la familia (D’Agostino, 2002, p.56); del contractualismo, el igualitarismo, el pluralismo y la tolerancia; o del individualismo y la secularización. Además, los nuevos modelos familiares se caracterizan por su fluidez, su fragilidad y su intercambiabilidad, por el declinar de la familia y el matrimonio en cuanto instituciones de sostenimiento económico o por la evolución desde el orden público hacia la autonomía de las voluntades (Martínez de Aguirre, 1996, p. 28), entre otras.”

ambos casos masculinos, para las que las fórmulas aceptadas de inseminación artificial o FIV no constituían una posibilidad a su alcance.

Esta poderosa combinación de variables vinculadas a la evolución científica unida a la transformación y permisividad social hacia nuevas formas familiares en plural ha supuesto un reto incuestionable al legislador, que ha tenido en muy poco tiempo que hacer frente a una regulación capaz de dar respuesta a estas nuevas necesidades sociales.

Puesto que el proceso se produce de una manera no continua, la evolución legislativa no ha sido quizás en todo caso siempre consistente. Adicionalmente y al tratarse de una nueva realidad internacional, que trasciende las fronteras locales, existen visiones muy diferentes entre los distintos ordenamientos, con una cierta inhibición del derecho internacional privado que se ha centrado más en la regulación de aspectos de naturaleza económica que sobre esta dimensión jurídica gestacional. La posición de los tribunales y demás órganos administrativos relevantes, encargados de la interpretación de un marco normativo confuso y no claro, no han contribuido tampoco en ocasiones, por sus numerosas contradicciones, a aliviar las tensiones. El resultado es un conflicto legal y social controvertido, en el que no siempre se han equilibrado los derechos de los intervinientes, que ha puesto en tela de juicio principios bio-éticos que eran irrenunciables hasta la década de los 70 y en donde las diferentes orientaciones sociales e ideológicas de la ciudadanía han frenado su resolución hasta la fecha.

II.3- Regulación legal de la gestación por sustitución

La maternidad por sustitución, como vía gestacional apoyada en las TRHA, es una fórmula no adscrita a un marco normativo concreto, sino que trasciende las fronteras de cada país y, respondiendo a distintos factores de permisibilidad, sensibilidad social y orientación ideológica de los distintos gobiernos y cuerpos legislativos locales, ha dado lugar a un mosaico de regulaciones, en muchas ocasiones contradictorias, tal y como ya sucede con otras cuestiones en este ámbito, como es el caso de la cuestión del anonimato de donante de gametos en las TRHA.

Esta diversidad normativa, más o menos permisiva o restrictiva, ha provocado especialmente en los últimos años flujos de turismo reproductivo de padres comitentes

que buscan, en definitiva, sortear la prohibición concreta sobre este aspecto en determinadas legislaciones, buscando amparo en otras geografías más permisivas y que autorizan, con más o menos restricciones, este tipo de acuerdos.

Se generan de esta manera filiaciones fuera del ámbito espacial de residencia del padre o padres intencionales, que luego pretenden regularizarse y registrarse en el país de origen de estos, dando frecuentemente lugar a un conflicto sin resolución evidente, que además de mantener la cuestión sobre la violación de los derechos de la mujer gestante, se considera igualmente que puede llegar a vulnerar el Derecho Fundamental del nacido a su dignidad individual, dejando en una posición sumamente vulnerable a los padres intencionales.

Analizaremos en este apartado cual es la regulación del derecho español en relación con los contratos de gestación por sustitución y la filiación que de ellos se deriva, así como ofreceremos una panorámica comparada de las diferentes posiciones existentes, agrupadas en torno a tres categorías de países con diferentes niveles de aceptación de la fórmula. Por último, trasladaremos de una forma sintética cual es el tratamiento que sobre esta nueva forma de acceso a la paternidad han ofrecido los convenios y normativa internacional.

II.3.a. - Derecho español

El legislador español, manteniendo la posición iniciada en la anterior Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre técnicas de reproducción asistida (LTRA) y ratificada posteriormente por Ley 45/2003, de 22 de noviembre, que modifica el texto de 1988 parcialmente, se pronuncia respecta a esta variante gestacional en el art. 10.1 de la hoy vigente Ley 14/2006, de 26 de mayo de Técnicas de Reproducción Humana Asistida

(LTRHA), disponiendo la nulidad de pleno derecho⁶ de este tipo de contratos en nuestro ordenamiento⁷.

De forma indirecta y aunque este precepto no existiera, se reconoce por la doctrina⁸ que este tipo de acuerdo sería declarado nulo de pleno derecho por el art. 1261 del CC en relación con el art. 1271 CC, al “estar fuera del comercio de los hombres”. Asimismo, y en relación con su causa ilícita, “por contravenir las leyes o la moral” el art. 1275 CC relacionado con el art. 1261 anteriormente mencionado y con el 1116 CC, determina que de este tipo de acuerdo no podría surtir efecto alguno entre las partes.

El art 10.2 de la LTRHA establece asimismo que la filiación viene determinada por el parto y que, por consiguiente, siguiendo el principio “*Mater Semper Certa Est*”, es la madre gestante, y nunca la genética o la intencional, la que tiene atribuida la filiación del nacido.

Se establece igualmente por el art. 10.3 del texto legal citado y respecto a la paternidad, que el padre biológico puede reclamar la paternidad conforme a las reglas generales previstas en las leyes de nuestro país.

Por lo que respecta a la paternidad y de acuerdo con las reglas generales previstas a las que hace referencia el citado art. 10.3 LTRHA,

- Estando casada la gestante y procediendo el espermatozoide de donante, sería considerado el nacido como hijo matrimonial sólo probando el consentimiento del marido de la gestante.

⁶ GÁLVEZ CRIADO, A. (2019). “¿*Sigue siendo nulo en España el contrato de gestación subrogada? Una duda razonable*”. Wolters Kluwer. Diario La Ley, nº 9444. LA LEY 7535/2019. P.6. “el contrato de gestación subrogada, con independencia del lugar donde se hubiere celebrado, es nulo de pleno derecho en España. Lo único que cabe decidir por parte del legislador o de nuestros tribunales en tales casos es si, no obstante, y partiendo de dicha nulidad, cabe otorgar en España algún efecto jurídico al hecho de que, a consecuencia del mismo, se haya producido como resultado el nacimiento de algún niño o niña”.

⁷ Según AZNAR DOMINGO, A. y DELGADO SÁNCHEZ, A. Op.Cit. P.3. “La declaración de nulidad absoluta lleva consigo que el contrato no se pueda impugnar judicialmente, es decir, no se podrá reclamar lo pactado ni tampoco exigir lo ya entregado, según lo establecido en los arts. 1305 y 1306 del Código Civil (CC)”.

⁸ Ibid. P.4. (Cfr.)

- Si la gestante no estuviera casada, la paternidad del padre intencional se produciría cuando el material genético haya sido aportado por él o cuando exprese su consentimiento para ello, en el caso en que haya intervenido un donante.
- En cualquiera de los casos y aunque la gestante esté casada y la filiación sea matrimonial por consentimiento del marido,
 - Si el padre intencional es el que ha aportado sus gametos a la gestación, podrá asimismo reclamar la paternidad por ser el padre biológico del menor⁹.
 - Sin embargo, de no haber aportado el padre comitente su material genético, no sería considerado legalmente padre del nacido, pudiendo proceder a la adopción del menor como vía última de reconocer su paternidad sobre el nacido, en el caso en que éste no tenga ya una filiación matrimonial paterna consentida.

Por último, en el caso de parejas comitentes homosexuales masculinas, por un lado y respecto a uno de sus miembros, haya o no haya aportado sus gametos, rige lo establecido anteriormente para el reconocimiento de paternidad. Por su parte, el marido o pareja del padre biológico podrá proceder a la adopción, una vez el menor haya nacido, siempre que haya consentimiento de la madre legal (recordémoslo, la gestante) y una resolución que apruebe su adopción¹⁰.

La adopción con los condicionantes antes citados es igualmente la fórmula posible para la madre intencional, sea o no además madre biológica, en el caso de parejas comitentes heterosexuales.

⁹ Vid. art. 133 Real Decreto de 24 de julio de 1889, texto de la edición del Código Civil mandada publicar en cumplimiento de la Ley de 26 de mayo último. (GACETA 25 de julio de 1889). LA LEY 1/1889. Última modificación: RDL 9/2018, de 3 de agosto.

¹⁰ Vid. art. 176.2.2 y art. 177.2.2. Real Decreto de 24 de julio de 1889, texto de la edición del Código Civil mandada publicar en cumplimiento de la Ley de 26 de mayo último. (GACETA 25 de julio de 1889). LA LEY 1/1889. Última modificación: RDL 9/2018, de 3 de agosto.

Adicionalmente a todo lo expuesto y en el caso de convenios onerosos, el acuerdo se tipificaría como delito en nuestra legislación, de acuerdo con el art. 221 del código penal español¹¹, sancionado con penas de prisión de uno a cinco años e inhabilitación para ejercer la patria potestad.

II.3.b. - Derecho Comparado

Si bien es cierto que existe una tendencia progresiva hacia la aceptación, reconocimiento y legalización de la gestación por sustitución, existen todavía numerosos países en los que se prohíbe esta forma de gestación y algunos otros en los que se permite, pero sujeta al cumplimiento de una serie de condiciones restrictivas dirigidas a conseguir un equilibrio entre las diferentes partes intervinientes en conflicto.

II.3.b.i - Posiciones de prohibición

En general el espíritu de estas legislaciones que han ilegalizado esta modalidad de contratos viene determinado por las fuertes posibilidades de que su ejecución suponga en la práctica una mercantilización del cuerpo de la mujer gestante. Ello ha sido ampliamente destacado por los informes emitidos hasta la fecha por sus Comités de Bioética.

De esta forma y tal y como sucede en España, Francia prohíbe los contratos de maternidad subrogada¹², tanto de forma directa a través de la Ley 94-653, de 29 de julio de 1994, como de forma indirecta en el propio Código Civil francés (art. 16-7 y 16-9), que afirma

¹¹ Vid. art. 221 Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (BOE: 24 de noviembre de 1995). LA LEY 3996/1995. Última modificación: LO 2/2020, de 16 de diciembre. “1. Los que, mediando compensación económica, entreguen a otra persona un hijo, descendiente o cualquier menor aunque no concorra relación de filiación o parentesco, eludiendo los procedimientos legales de la guarda, acogimiento o adopción, con la finalidad de establecer una relación análoga a la de filiación, serán castigados con las penas de prisión de uno a cinco años y de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de la patria potestad, tutela, curatela o guarda por tiempo de cuatro a 10 años. 2. Con la misma pena serán castigados la persona que lo reciba y el intermediario, aunque la entrega del menor se hubiese efectuado en país extranjero”.

¹² SOSPEDRA FONTANA, A. (2018). “*La Gestación subrogada en España**”. IDIBE. Cuestiones de Interés Jurídico. ISSN 2549-8402. P.10. “el Comité Consultivo Nacional de Ética francés en sus opiniones sobre la materia, se ha manifestado en contra de esta práctica. Entienden que la gestación por sustitución es contraria a la dignidad humana por lo que puede causar graves secuelas emocionales en los hijos”.

que “todo convenio relativo a la procreación o la gestación por cuenta de otro será nulo, por razones de orden público”.

Además, Francia establece en su código penal (art. 227.12) una tipificación penal para los intermediarios entre una persona o pareja comitente y mujeres gestantes, lo que ha dificultado en la práctica la creación de empresas intermediarias entre “madres” y comitentes.

En Alemania, la prohibición y consiguiente nulidad de este tipo de acuerdos de maternidad subrogada se establece en la Ley de Protección del Embrión de 1990.

En el caso de Italia¹³, como en los casos anteriores, se prohíbe expresamente el recurso a la gestación subrogada por la Ley 40/2004, sobre normas en materia de Procreación Médica Asistida¹⁴.

Igualmente, en Suiza también queda prohibida la gestación por sustitución y la nulidad de pleno derecho de estos contratos, consagrada por la Constitución Federal y por la Ley Federal sobre procreación médicamente asistida de 1998.

II.3.b.ii - Posiciones condicionadas

En un número elevado y creciente de países se ha optado por un modelo que legaliza este tipo de contratos de gestación sustitutiva y permite su celebración, siempre condicionada a la concurrencia de una serie de límites o restricciones de distinta índole, entre las que se suele encontrar la necesaria gratuidad o altruismo del contrato; Todo ello con el objetivo de garantizar que ninguno de los Derechos Fundamentales de las partes en

¹³ CORERA IZU, M. (2014). “*Abandonados, apátridas y sin padres*”. Wolters Kluwer. Diario La Ley nº 8345, año XXXV, Ref. D-221. LA LEY 4360/2014. P.4. “En palabras de Maria Gulia MINASI, se pasó del «salvaje oeste» a la Ley de Reproducción Asistida más restrictiva de Europa. La Norma, incluso, se sometió a referéndum que, por falta de quórum, se declaró no válido”.

¹⁴ Vid. Art. 12.6. República Italiana. Ley 40/2004, de 29 de febrero “quien, en cualquier forma, produce, organiza o anuncia la venta de gametos o embriones o subrogación de la maternidad, será castigado con prisión de tres meses a dos años y una multa de entre 600.000 y un millón de euros”.

conflicto quede violentado y que fundamentalmente no se produzca un abuso o mercantilización del cuerpo de la mujer y de la vida del menor nacido.

De este modo, Grecia ha legalizado este tipo de contratos, tanto para nacionales como para extranjeros, siempre que concurren tres circunstancias (madre biológica e intencional residiendo en el mismo país, autorización judicial previa a la transferencia del embrión, cuando el contrato sea a título lucrativo y declaración previa de infertilidad de la comitente). En este marco, se otorga la maternidad a la madre comitente reservando sin embargo un derecho de impugnación de la maternidad a la madre biológica gestante, con carácter retroactivo al momento del nacimiento, durante los seis primeros meses tras el parto. Asimismo, Grecia autoriza esta forma de gestación para parejas heterosexuales y para mujeres solteras que no puedan acceder a la maternidad por un medio distinto, pero excluye a las parejas homosexuales

En Bélgica se autoriza este tipo de acuerdos no lucrativos y se otorga la maternidad a la madre intencional, siempre previo reconocimiento explícito por ésta de su carácter de tal y sin que exista impugnación posible tras ello.

El Reino Unido también condiciona la legalidad de estos acuerdos a una serie de requerimientos concretos de los que tiene que estar dotado el acuerdo. En este sentido el contrato debe ser gratuito, accesible a matrimonios o parejas de hecho y no a personas solteras, de nacionalidad británica o extranjeros residentes en Reino Unido y el material genético tiene que ser homólogo, es decir, proceder de al menos de uno de los miembros de la pareja comitente, no permitiéndose las donaciones heterólogas de terceros dentro de la maternidad subrogada. En el derecho británico la maternidad se otorga siempre a la madre gestante, si bien si en los nueve meses posteriores al parto los comitentes lo solicitan y ésta consiente, se puede transferir la filiación a la madre comitente¹⁵ tras un proceso complejo de determinación de filiación, con verificación de los requisitos citados y que concluye con una declaración judicial al respecto,

¹⁵ SOSPEDRA FONTANA, A. Op.Cit. P.13. “En la práctica, a pesar de que se permite la gestación subrogada en su modalidad altruista, ni los extranjeros ni los propios residentes de Reino Unido, deciden llevar a cabo esta práctica en este país, debido a que nadie está dispuesto a arriesgarse doce meses hasta que nace el bebé, para luego ver que existe la posibilidad de que la gestante pueda quedarse con el niño”.

Canadá, como sucede en el caso de Grecia, ha legalizado, con la excepción de Quebec, los acuerdos de subrogación entre nacionales o extranjeros y para todas las formas familiares, si bien exige que en todo caso la relación contractual entre gestante y comitentes lo sea a título gratuito, de forma que se garantice un altruismo por la madre gestante. Asimismo, Canadá pone en marcha tras el nacimiento un proceso que concluye en una sentencia judicial que reconoce la subrogación y valida sus requisitos, facilitándose con ello el proceso posterior de registro del nacido.

En Brasil estos contratos son lícitos para cualquier persona en cualquier tipo de unidad familiar, incluso monoparental y se presupone de partida su carácter altruista como presupuesto de legalidad. Para asegurar este carácter altruista, se exige que la gestante tenga línea consanguínea con alguno de los padres intencionales en hasta cuarto grado de parentesco y sin que la gestante pueda superar los 50 años.

Por último y como paradigma de este grupo de países con condicionantes, es necesario citar el caso de la India. Desde 2002 y hasta 2016, India era un país con amplia permisividad para la gestación por sustitución, abierta tanto para nacionales como para extranjeros. Desde la modificación legislativa de 2016, la India siguió declarando estos contratos como legales, pero sujetos a un número amplio de restricciones para asegurar que se evitaba mercantilizar el cuerpo de las gestantes, lo que sí se produjo entre 2002 y 2016 y que hizo de la India, entre otras cosas por su bajo precio, uno de los destinos emblemáticos para el “turismo reproductivo”. Con la nueva ley, entre otros aspectos, sólo se permite acceder a esta vía de concepción a ciudadanos de origen indio, extranjeros residentes en la India o extranjeros casados con un ciudadano indio. La gestación es siempre altruista y la gestante ha de ser un familiar cercano, debe contar con el consentimiento de su marido si está casada, ser menor de 35 años, no aportar su óvulo a la concepción y tener previamente al menos un hijo. Además, la gestante pierde en todo momento el derecho de reclamar su maternidad sobre el nacido.

II.3.b.iii - Posiciones Permisivas

Estos países admiten con amplia permisividad los acuerdos de gestación subrogada.

Un ejemplo de ellos serían los Estados Unidos de América, donde la regulación de esta materia se realiza, no a nivel federal para todo el país, sino directamente por cada estado, teniendo como consecuencia la coexistencia dentro del país de regímenes ampliamente permisivos como es el caso de California, Florida y Minnesota, junto a otros plenamente restrictivos como Nueva York, Utah o Michigan. Dentro de los primeros, California es desde su nueva legislación de 2013 uno de los espacios geográficos del mundo con mayor nivel de libertad para este tipo de acuerdos, siempre convenientemente formalizados bajo cualquier fórmula (gratuita/onerosa; parcial o total) y accesibles a cualquier persona o pareja intencional de cualquier orientación sexual; asimismo se asigna la paternidad a los padres intencionales mediante sentencia judicial dictada previa al nacimiento (paternidad blindada desde el origen de la concepción). Esta parte del proceso, soportada sobre una sentencia judicial, facilita significativamente el registro de la paternidad de los padres comitentes españoles en el registro civil, según veremos más adelante.

De la misma manera, Rusia, Ucrania y Georgia admiten este tipo de contratos tanto entre nacionales como extranjeros, de forma gratuita u onerosa, aunque en general limitado a parejas heterosexuales matrimoniales y a la mujer soltera en Rusia, pero no a parejas o individuos homosexuales. Se impone además un modelo de subrogación parcial en el que en ningún caso la gestante aporta sus gametos y siempre se exige al menos la aportación del material genético de uno de los padres comitentes. El sistema se basa en un convenio no siempre bien delimitado, más que en un contrato bien armado como es el caso de California. El régimen es muy amplio y laxo y por ello, aunque existen algunos condicionantes, la gestación en estas zonas se califica de muy permisiva. Puesto que la concesión de la ciudadanía en estos países no se produce cuando otro estado (en este caso el de los comitentes) atribuye al nacido la suya, sucede en muchas ocasiones que el menor que llega a España de uno de estos tres países, ve como su filiación y su nacionalidad, al estar únicamente basada en certificaciones administrativas de nacimiento y/o registrales y no en sentencia judicial previa, se rechazan en el Registro Civil, aunque se haya admitido en el Consulado. Como consecuencia el menor queda en una situación temporal de apátrida.

II.3.c. - Convenios y normativa internacional

En líneas generales, este ámbito pese a su importante dimensión transfronteriza no ha sido objeto de un tratamiento directo y en profundidad por el Derecho Internacional Privado, que se ha centrado tradicionalmente más en la regulación de derechos con impacto económico.

En relación con la gestación por sustitución, el Art. 3.1. de la Convención sobre los Derechos del niño de la ONU, de noviembre de 1989, recoge el principio del interés superior del menor o *favor filii*, que debe regir en el espíritu de cualquier ley y por supuesto en este ámbito en aquellas relativas a la gestación subrogada. Asimismo, el art. 7 reconoce el derecho del menor a ser inscrito tras su nacimiento y a contar con un nombre y una nacionalidad y “en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos”, debiendo velar los estados por el cumplimiento de estos derechos de acuerdo con sus propias legislaciones. Por último, el art. 8, establece el compromiso de los estados a preservar el derecho a la identidad del niño, su nombre y “las relaciones familiares de conformidad con la ley y sin injerencias ilícitas”.

La Conferencia de la Haya sobre Derecho Internacional Privado, que se configura como un grupo de expertos sobre homologación y normalización de normas de derecho internacional privado ha reconocido la complejidad y diversidad de perspectivas que convergen sobre esta materia, ha alertado sobre algunos de los riesgos que existen en este campo¹⁶ y ha recomendado seguir avanzando en el estudio de fórmulas que equilibren los intereses de las partes, sin que a corto plazo parezca que vaya a ser formalizada una normativa de derecho internacional en este ámbito.

La asamblea parlamentaria del Consejo de Europa no aprobó una propuesta de recomendación con directrices sobre como garantizar de una manera efectiva los derechos de los nacidos bajo la fórmula de concepción que nos ocupa. Independientemente de las dudas que existieron en torno a la neutralidad de la ponente de la propuesta, el rechazo puso de manifiesto dos posiciones enfrentadas, incluso dentro de cada uno de los grupos

¹⁶ COMITÉ DE BIOÉTICA DE ESPAÑA. (2017). “Informe del Comité de Bioética de España sobre los aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada”. P.43. señala cinco de estos riesgos “1) el abandono de niños por parte de los comitentes, bien por razones de salud o bien de preferencia de sexo; 2) la inadecuación de los comitentes para ser padres y riesgo de tráfico de niños; 3) el derecho del niño a conocer sus orígenes genéticos y biológicos; 4) los problemas relativos a la libertad del consentimiento de las gestantes; y 5) las malas prácticas por parte de los agentes intermediarios de la subrogación”.

que componían la asamblea: la de los que entienden que la protección de los derechos de las gestantes y los nacidos no es posible con la maternidad por sustitución y la de los que entienden que es posible llegar a fórmulas regulatorias que concilien todos los intereses de las partes en conflicto.

El art. 8 del Convenio Europeo para la protección de los de Derechos Humanos y de las libertades fundamentales, reconoce el derecho al respeto a la vida privada y familiar, prohibiendo la injerencia de la actividad pública en el ejercicio de este derecho. La posible vulneración de este derecho y los límites de injerencia de los estados son precisamente el núcleo de la argumentación de la jurisprudencia europea en los conflictos de filiación que se han planteado ante el TEDH y que analizaremos en el punto II.5.a de este trabajo.

Por último, el Parlamento Europeo realizó en 2014, dentro de su informe anual sobre derechos humanos y democracia en el mundo, un pronunciamiento contundente y condenatorio hacia los convenios de gestación subrogada, por cosificar y mercantilizar el cuerpo de la mujer y ser contrarios a su dignidad humana.

II.4.- Análisis de los Derechos Fundamentales en juego

La gestación por sustitución requiere necesariamente un análisis desde la perspectiva de los Derechos Fundamentales afectados. Y esto es así por el potencial gran número de intervinientes, por la complejidad de la ejecución de este tipo de convenios, que operan como hemos visto incluso en un ámbito transfronterizo, y por la extrema sensibilidad que generan los intereses en juego. Como veremos, la defensa de algunos de estos Derechos se pone de manifiesto por defensores tanto de su prohibición como de su legalización, enfocándola en ocasiones los diferentes intervinientes en el proceso de forma opuesta.

Algunos de estos principios y derechos ya han sido detallados en puntos anteriores y fundamentalmente el Principio del Interés Superior del Menor y el Derecho a la intimidad personal y familiar, recogidos respectivamente por la Convención de los Derechos del Niño y por el Convenio Europeo de Derechos Humanos. Ambos han constituido, según veremos, eje central sobre la argumentación de la jurisprudencia española y europea en el tema que nos ocupa. Adicionalmente, nuestra Constitución de 1978 garantiza una serie

de Derechos Fundamentales que tienen que citarse, aunque sea someramente, desde la perspectiva de la maternidad por subrogación.

El Art. 10.1 CE reconoce el derecho a la dignidad de la persona, que debemos entender en el marco de nuestro análisis como “el disfrute de derechos individuales que no conlleven menosprecio para la estima que, en cuanto ser humano, merece la persona”, lo que supone en definitiva su no instrumentalización¹⁷. Nos referimos, por tanto, a la dignidad en oposición a cosificación o mediatización del individuo. Dentro del ámbito de la gestación por sustitución, la defensa de este derecho ha sido utilizada como un argumento para defender su nulidad, al considerarse que el propio proceso de gestación para otro, a través de un convenio de subrogación, que raramente es altruista, despersonifica y mercantiliza el cuerpo de la mujer al convertirla en un medio que satisface el deseo de los padres comitentes, en un mero instrumento por el que se paga una compensación. Frente a esta argumentación se ha opuesto que existen otros actos altruistas reconocidos por la ley y no muy distintos en su naturaleza, como es el caso de la donación de gametos o la donación de órganos, en los que el altruismo existe y donde también se permite una compensación económica para los donantes, lo que no redundaría de ninguna manera en la dignidad de estos, al prever la ley los controles necesarios que aseguren que la contraprestación, como compensación de gastos, no es una remuneración. En sentido opuesto, se ha interpretado también dentro de este derecho, el del nacido, incluso a través de este método de concepción, a su dignidad como individuo, incluyendo el derecho a tener una identidad personal y filial garantizada¹⁸, lo que se vincula asimismo con la problemática de la autorización registral de su filiación que estudiaremos posteriormente.

¹⁷ JIMÉNEZ CAMPO, J. (2018), dentro de RODRÍGUEZ-PIÑERO, M, CASAS, M.E. y OTROS. (2018) “*Comentarios a la constitución española*”. BOE, Ministerio de Justicia y Fundación Wolters Kluwer. Tomo 1. p. 10. (Cfr.)

¹⁸ VILAR GONZÁLEZ, S. (2018). “*Consideraciones preliminares*”. Wolters Kluwer. Libro “*La gestación subrogada en España y en el derecho comparado*”. Edición nº 1 Bosch. LA LEY 3454/2018. P.10. “Con respecto a una posible colisión de la gestación por sustitución con el derecho de los niños a un desarrollo digno, ATIENZA considera que no existe ningún atentado de este tipo, ya que los menores ni pierden ninguno de sus derechos, ni son tratados con crueldad por haber sido gestados de este modo, por lo que ninguna razón justifica una prohibición con carácter general de esta figura, dado que tampoco tiene porque suponer ningún daño para las personas implicadas, ni atenta contra su autonomía de la voluntad”.

El art. 14 CE proclama el derecho de todos los españoles a ser 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. Se ha manifestado en ocasiones que este derecho quedaría vulnerado en el caso de la gestación subrogada, al discriminarse en su tratamiento jurídico a aquellas personas que por falta de medios no pueden acceder a esta vía de maternidad en España, pero sí lo pueden hacer en el extranjero, previo pago de cuantiosas sumas por ello.

Por su parte, el art. 15 CE reconoce el Derecho Fundamental a la integridad moral, en una concepción que lo vincularía con el respeto a la dignidad humana¹⁹. Este derecho es de nuevo puesto en riesgo en el caso de las madres gestantes por razones puramente económicas y no altruistas. Ello es así porque se considera desde esta perspectiva que la mujer gestante contrae un vínculo emocional, especialmente en la fase de gestación avanzada, e incluso a lo largo del proceso las gestantes por sustitución son habitualmente instruidas en técnicas de disociación del bebé, lo que supone en cierta medida anestesiar su emocionalidad como madres. Se afirma asimismo que la ruptura de este vínculo emocional de la gestante con el nacido puede tener también consecuencias negativas sobre el menor. Frente a ello, numerosos estudios empíricos han demostrado que la salud emocional de los niños gestados por esta vía no es distinta (ni mejor, ni peor) que la de los concebidos de forma natural. Asimismo, también los partidarios de las fórmulas de concepción por sustitución vuelven a invocar este derecho como fundamental del nacido por convenios celebrados en el extranjero y que no ven reconocida en España una filiación a la que tienen derecho como individuos y que menoscaba su integridad moral como persona²⁰.

¹⁹ PÉREZ MANZANO, M y TOMÁS VALIENTE, C. (2018). Dentro de RODRÍGUEZ-PIÑERO, M, CASAS, M.E. y OTROS (2018) “*Comentarios a la Constitución Española*”. BOE, Ministerio de Justicia y Fundación Wolters Kluwer. Tomo 1. P.394. establecen que “La integridad moral se ha vinculado con la dignidad humana (art. 10.1 CE) de la que es una concreta manifestación; esta vinculación ha conducido a sostener que la integridad moral protegería la esencia de la persona como sujeto con capacidad de decisión libre y voluntaria igual a todo ser humano. En consecuencia, la vulneración de este derecho se produciría cuando se reduce a la persona a mero sistema biológico o mero objeto, desconociendo su faceta moral, esto es, cuando se actúa sobre ella sin respetar su capacidad de decisión y el contenido de su voluntad, cuando se la degrada a ser instrumento de una voluntad ajena”.

²⁰ El Tribunal Supremo ha reconocido en varias de sus sentencias que el no reconocimiento registral del menor podía tener consecuencias negativas y perjudicar al nacido, aunque dicho perjuicio quedaba neutralizado por el hecho de ser fiel al marco jurídico. Algunos autores han afirmado por ello que dichas

El art. 18.1 consagra el Derecho a la intimidad personal y familiar, que abarca “las intromisiones que, por cualquier medio, puedan realizarse en ese ámbito reservado de la vida”²¹ y que en su dimensión familiar incluye aspectos de la vida de las otras personas con las que se convive en familia “y muy en particular la identificación del origen del [menor] adoptado”²². En el ámbito objeto de este estudio, se ha invocado su vulneración por los padres intencionales a quienes los poderes públicos, a través de una injerencia desproporcionada e injustificada, han impedido legalizar en España una filiación autorizada en el país en el que se ha realizado la gestación y ciertamente varias sentencias del TEDH, según veremos posteriormente, han reconocido que las restricciones respecto al registro de nacidos por gestación por sustitución y la separación del menor de sus padres intencionales menoscaba de hecho este derecho a la intimidad personal, en la acepción del art. 18.1.

Finalmente, el art. 39 garantiza varios derechos potencialmente en conflicto en el ámbito que nos ocupa: La protección jurídica de la familia (art. 39.1), entendida como familia matrimonial y no matrimonial e independientemente de que sus miembros convivan o no²³; la protección integral de los hijos y de las madres (art. 39.2); la prestación de asistencia a los hijos por los padres (art.39.3) y la protección a los niños de acuerdo con los acuerdos internacionales (art. 39.4), que de nuevo entronca con el art. 3 de la Convención de los Derechos del Niño antes citada²⁴.

resoluciones expresan un formalismo jurídico que no tiene en cuenta adecuadamente el daño que del no reconocimiento se deriva para la dignidad moral del menor.

²¹ Vid. Tribunal Constitucional, Sala Primera, Sentencia 110/1984, de 26 de noviembre de 1984, Rec. 575/1983 (LA LEY 353-TC/1985), FJ3.

²² Vid. Tribunal Constitucional, Sala Segunda, Sentencia 197/1991, de 17 de octubre de 1991, Rec. 492/1989. (LA LEY 1822-TC/1992), FJ3.

²³ Vid. Tribunal Constitucional, Pleno, Sentencia 19/2012, de 15 de febrero de 2012, Rec. 1046/1999. (LA LEY 16627/2012). FJ3

²⁴ CORERA IZU, M. (2016). “*Maternidad subrogada: la solución única, de momento, el registro civil*”. Wolters Kluwer. Diario La Ley, nº 8813. LA LEY 5796/2016. P.1, establece que existen miles de niños residiendo en nuestro país que adolecen de identidad, patria y filiación alguna. Ello impone la necesidad de contar con una nueva ley que de seguridad a los menores en un momento donde la protección del interés superior del menor es primordial y debe constituir una prioridad. (Cfr.)

II.5.- La interpretación del conflicto.

II.5.a. - Posición jurisprudencial española y europea

El Tribunal Supremo español se ha pronunciado sobre esta materia, de forma no siempre consistente, en varias resoluciones tanto de la sala Civil como de la Sala Social. Asimismo, la jurisprudencia española ha divergido en ocasiones de la doctrina sentada por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH)

De esta manera, una primera Sentencia de la sala de lo Civil del Tribunal Supremo, la 835/2013, de 6 de febrero de 2014, en relación con la inscripción en España de una filiación previamente determinada de dos menores mellizos nacidos en California bajo un contrato de gestación subrogada suscrito por dos padres varones, deja sin efectos la inscripción de dichos menores en el registro civil español, confirmando lo resuelto en instancias anteriores²⁵ (primera instancia y Audiencia provincial) y desestimando el recurso de casación interpuesto por los padres comitentes, de nacionalidad española. El fallo de la resolución destaca la nulidad de la inscripción registral, basándose en que vulnera tanto el art. 10 de la LTRHA como los fundamentos básicos del ordenamiento español sobre los que se sostiene la filiación; determina además que el interés superior del menor es un principio de aplicación e interpretación complementario, pero no superior a la legislación vigente, y siendo un bien primordial, tiene que ser compatible con el respeto a otros bienes jurídicos esenciales²⁶. Reconoce asimismo que los padres comitentes conocían perfectamente el marco legislativo español y la nulidad en este ámbito e instruye al ministerio fiscal para que establezca la filiación correcta de los menores y proceda a su integración en un núcleo familiar distinto del de los comitentes.

²⁵ Vid. Juzgado de Primera Instancia número 15 de Valencia, Sentencia 193/2010, de 15 de septiembre de 2010, Proc. 188/2010 (LA LEY 152885/2010) y Audiencia Provincial de Valencia, sección 10ª, Sentencia 86/2011, de 23 de noviembre de 2011, Rec. 949/2011 (LA LEY 231447/2011).

²⁶ Vid. Tribunal Supremo, sala Primera, de lo Civil, Sección Pleno, Sentencia 835/2013, de 6 de febrero de 2014, Rec. 245/2012 (LA LEY 2868/2014). “El respeto a la dignidad e integridad moral de la mujer gestante, evitar la explotación del estado de necesidad en que pueden encontrarse mujeres jóvenes en situación de pobreza, o impedir la mercantilización de la gestación y de la filiación”.

Esta sentencia es en cualquier caso controvertida, debido a la existencia de un voto particular emitido por cuatro de los nueve magistrados que componían el tribunal y en donde se considera que, en atención al interés superior del menor, no procedería en este caso la aplicación del art. 10 LTRHA, por cuanto ya existía una filiación legalizada en California a favor de los comitentes, por lo que aplicar la nulidad prevista en la legislación española para romper una filiación legítima reconocida por sentencia judicial en otro ordenamiento supondría el desamparo registral efectivo de los menores, atentando contra su identidad individual y poniendo en cuestión el principio del interés superior del menor.

Con una visión completamente opuesta, la Sentencia 953/2016 de la Sala Cuarta de los Social del Tribunal Supremo, de 16 de noviembre de 2016, reconoce que la filiación de los menores no puede verse afectada por la nulidad establecida en el art. 10 LTRHA y reconoce en consecuencia la prestación de maternidad para los padres comitentes en un contrato de maternidad por sustitución, así como el vínculo familiar creado entre estos y el nacido.

Los Tribunales Europeos también han tenido ocasión de pronunciarse sobre esta materia²⁷; De entre sus resoluciones destacaremos tres, dos emitidas por el TEDH: la sentencia 65192/11, (caso Menesson vs. Francia) y la 65941/11 (caso Labasse vs. Francia), en los dos casos de 26 de junio de 2014 y una dictada por la Gran Sala el 24 de enero de 2017 (caso Paradiso Campanelli vs. Italia).

Por lo que respecta a las dos primeras, el Tribunal resuelve en casación, interpuesta por los padres comitentes, una cuestión de filiación de menores nacidos por contratos de maternidad subrogada en el extranjero, que ven negada la inscripción de su filiación en su país de origen, Francia, donde como hemos visto anteriormente, estos contratos son nulos de pleno derecho y en donde además, a diferencia de lo que sucede en España, no

²⁷ GODOY DOMINGUEZ, L.A. (2018). “*La gestación por sustitución en la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: entre la protección de la vida personal y familiar y el respeto al orden público nacional*”. Wolters Kluwer. Actualidad Civil, nº 11. LA LEY 13905/2018, establece que las conclusiones del TEDH dependen de las siguientes hipótesis: (1) Si hay vínculo biológico entre algún comitente y el nacido, el vínculo de filiación tiene que ser aceptado por el Estado (2) si no hay vínculo pero existe una familia de facto sólida, aunque no necesariamente se establezca filiación, el estado debe renunciar a separar al nacido de sus padres intencionales y (3) si no existe vínculo biológico ni familia de facto, no existirá filiación y el Estado podrá impedir la vida familiar con los padres comitentes. (Cfr.)

se permite ninguna relación de filiación entre los nacidos por gestación subrogada y sus padres intencionales, incluidas la determinación de la paternidad biológica y la adopción. Es preciso mencionar que, en uno de los dos casos, incluso el padre comitente había aportado su propio material genético a la gestación.

La posición del tribunal es similar en ambos casos. Aun reconociendo que cada estado puede realizar una regulación distinta respecto a la nulidad o no de los contratos de gestación por sustitución, el tribunal establece que, en lo que respecta al reconocimiento de la filiación del menor nacido a través de esta fórmula de concepción, el derecho a la filiación de los nacidos forma parte esencial de su identidad aunque los padres hayan recurrido a un posible fraude de ley, eludiendo el marco legal prohibitivo en sus países de origen y formalizando este tipo de acuerdo en geografías más permisivas²⁸. El respeto al Derecho a la vida privada de los menores²⁹ y el propio principio del interés superior del menor exige que su filiación sea admitida y reconocida³⁰.

Tras ambas sentencias, el Tribunal Supremo español, mediante auto de 2 de Febrero de 2015, que resuelve el incidente de nulidad de actuaciones planteado en relación con la

²⁸ REGUEIRO DUBRA, R. (2015). “*Gestación por sustitución: de la negación de los derechos de los padres intencionales al reconocimiento de los derechos de los menores*”- Wolters Kluwer. Actualidad Civil nº 9. LA LEY 5705/2015. P.10. “Los tribunales españoles consideraron que la preservación del orden público requería perpetuar esta situación de desprotección y negaron que la negativa de reconocer la filiación fuese una violación del derecho a la vida privada y familiar.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos contradujo esa conclusión, al diferenciar el derecho a la vida familiar (derecho fundamentalmente reconocido a los padres intencionales) del derecho a la vida privada de los menores. Al incluir, dentro de ese derecho, el derecho a una identidad única y a la nacionalidad, el TEDH cambia el eje de la discusión situando en el centro de la misma a los nacidos mediante gestación por sustitución y dictamina que la no determinación de la filiación en derecho nacional es una clara violación del derecho a la vida privada de estos menores”.

²⁹ RIO SANTOS, F. (2017). “*La jurisprudencia del TEDH en materia de gestación por sustitución y su influencia en la jurisprudencia española (1). (desde 2014 al 11 de abril de 2017)*”. Wolters Kluwer. Actualidad Civil nº6. LA LEY 6710/2017, reitera que en los citados asuntos no se ha producido una vulneración del derecho de los demandantes a su vida familiar sino a su vida privada (Cfr.)

³⁰ AZPIROZ VILLAR, J.E. (2017). “*El contrato de alquiler de vientres: la ley, la posición del Tribunal Supremo y de la UE, las posiciones parlamentarias (La mercantilización y cosificación de la vida humana)*”. Wolters Kluwer. Actualidad Civil nº 2. LA LEY 1225/2017. P.6. “La prohibición del Estado francés, en la forma y con las consecuencias en que está planteada, «no cumple el requisito de ser "necesario en una sociedad democrática" pues perjudica de tal forma al menor, al impedirle fijar su identidad en Francia, que supone una falta de equilibrio entre los legítimos objetivos perseguidos por el Estado al prohibir la gestación por sustitución, de un lado, y el interés superior del menor, de otro”.

sentencia anteriormente citada de 6 de febrero de 2014, establece sin embargo que el no registro de la filiación del menor no supone atentar contra su identidad ni contra su Derecho a la vida privada y familiar, porque en el ordenamiento español, a diferencia del francés, sí se permite determinar la filiación paterna del varón comitente, si éste ha aportado su material genético y además se ofrece la fórmula de la adopción para el otro padre o madre intencional ³¹

Dentro de este ámbito, fue también polémica la sentencia del TEDH de 27 de enero de 2015³² que resuelve el rechazo, por vulnerar el orden público, a la inscripción registral italiana de la filiación de un menor nacido por gestación subrogada en Moscú y que determinó que el menor fuera separado de sus padres comitentes, por no existir vínculo biológico con ellos y entregado a una familia de acogida. Se cuestiona como en las anteriores si la intromisión del estado vulnera el respeto a la vida familiar y privada del nacido y se concluye por el Tribunal que si bien la vulneración del orden público derivada de los convenios de gestación por sustitución no pueden prevalecer sobre el principio del interés superior del menor, en este caso concreto efectivamente se violentó el derecho a la intimidad y a la vida familiar del menor por el hecho, no tanto de la oposición al registro del nacido al no existir conexión biológica con éste, sino debido a que el estado italiano estableció una medida desproporcionada y no justificada, como es la separación del menor de sus padres, fallando el TEDH en favor de los demandantes.

Posteriormente la Gran Sala del TEDH en sentencia de 24 de enero de 2017, revoca las conclusiones del Tribunal en el caso Paradiso y Campanelli contra Italia (27 enero de 2015), reconociendo a los estados europeos la potestad de privar de la custodia a los padres que hayan recurrido a una fórmula de maternidad subrogada, sin que quede con ello vulnerado el Derecho a la vida familiar e intimidad prevista en el art. 8 del Convenio

³¹ AZNAR DOMINGO, A. y DELGADO SÁNCHEZ, A. Op.Cit. P.12. “Con este auto, el Tribunal Supremo resuelve que, conforme al Ordenamiento Jurídico español, la parte comitente no puede ser considerada nunca como padres de los menores nacidos de «vientre de alquiler», al ser un contrato nulo de pleno derecho según el art. 10 LTRHA. Por tanto, la filiación se va a determinar conforme a las normas del orden público español, en la que prevalece, ante todo, la maternidad o paternidad biológica.”.

³² Vid. Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), Sección 2ª, Sentencia de 27 de enero de 2015, Rec. 25358/2012 (Paradiso y Campanelli contra Italia). (LA LEY 62165/2015).

Europeo de Derechos Humanos y prevaleciendo en todo caso los “intereses públicos” sobre “el deseo de ser padres”. Sí reconoce la sala que, como sucedió en los casos Menesson y Labasse, el margen de actuación del Estado se reduce si existe un vínculo biológico demostrable entre los padres comitentes y el nacido³³.

Para acabar de complicar las cosas en este marco tan contradictorio, el TEDH en un reciente dictamen de 10 de abril de 2019, partiendo de convenios legales realizados en países que permiten su realización y basándose en el principio del interés superior del menor, requiere literalmente que “la legislación nacional prevea la posibilidad de reconocer una relación jurídica paterno-filial con la madre comitente designada en el certificado de nacimiento legalmente establecido en el extranjero como la madre legítima”³⁴. Esta vía no necesariamente debe ser el registro de la filiación del menor, sino que puede ser otra vía como la adopción, siempre que se asegure la adecuada celeridad en el proceso.

II.5.b. – La problemática del registro de la filiación en España

Tal y como hemos visto, la legislación española es clara respecto a la prohibición de realizar acuerdos de gestación por sustitución en España, por ser considerados nulos de pleno derecho y contrarios al orden público. Sin embargo, al estar estos contratos autorizados por otras legislaciones, surge la cuestión de los efectos jurídicos, especialmente en materia de filiación sobre el nacido, que deben derivarse en nuestro marco legal registral de este tipo de convenios realizados en geografías más permisivas³⁵.

³³ De acuerdo con VELA SÁNCHEZ, A. (2017). “¿Ha variado el TEDH su doctrina favorable a los convenios de gestación por sustitución realizados en países que legalmente los permiten? A propósito de la Sentencia de la Gran Sala del TEDH de 24 de enero de 2017”. Wolters Kluwer. Diario La Ley, nº 8953. LA LEY 3092/2017, esta sentencia no varía la doctrina favorable a los convenios de gestación por sustitución establecida por las sentencias previas del TEDH de 26 de junio de 2014 (Casos Menesson y Labasse).(Cfr.)

³⁴ Vid. Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), Gran Sala, Dictamen de 10 de abril de 2019 a instancia de la Cour de Cassation francesa, Solicitud P16-2018-001.

³⁵ Parte de la doctrina como DIAZ ROMERO, M. R. (2010). “La gestación por sustitución en nuestro ordenamiento jurídico”. Wolters Kluwer. Diario La Ley, nº 7527, Año XXXI. Ref D-378. LA LEY 13778/2010. P.9. establece que “El interés superior del menor exige la continuidad espacial de la filiación

Adicionalmente a la posición en este ámbito en ocasiones discordante de la jurisprudencia europea y del Tribunal Supremo, según se ha descrito en el punto anterior, las diferentes resoluciones, circulares e instrucciones de la Dirección General de Registros y del Notariado (DGRyN) no han contribuido tampoco por su parte a clarificar del todo la cuestión.

El *iter* administrativo en este ámbito, comenzaría con la Resolución de la DGRyN de 18 de febrero de 2009, que permitió la inscripción registral en España de nacidos por este tipo de convenio de gestación por sustitución siempre que existiera *certificación registral en el tercer país* en el que se realizó el convenio respecto a la paternidad de un comitente español con vínculo genético con el nacido. Dicha certificación debía ser en todo caso un documento público autorizado emitido por una autoridad registral equivalente a las correspondientes en España.

La posterior y muy relevante Instrucción de la DGRyN de 5 de octubre de 2010, central en este tema hasta la fecha, cambia de orientación y permite la inscripción registral en España de los menores nacidos por este tipo de convenios y siempre que alguno de los padres sea español, únicamente cuando exista *previamente una resolución judicial extranjera* que determine la filiación jurídica respecto del progenitor español, resolución que tiene por finalidad controlar los requisitos de realización del contrato, de acuerdo con el marco legal vigente y garantizar la protección tanto de la madre como del menor. Queda por supuesto excluido de posibilidad de registro las filiaciones consecuencia de acuerdos de maternidad subrogada efectuados en España. Si la resolución judicial extranjera se dicta dentro de un procedimiento jurisdiccional contencioso, no análogo al que se exigiría en España, el encargado del registro deberá exigir un exequátur o confirmación de validez de la resolución dictada³⁶.

y la coherencia internacional de la misma, así como un respeto ineludible del derecho a la identidad única de los menores que prevalece, en todo caso, sobre otras consideraciones.”.

³⁶ MARTINEZ VELENCOSO, L.M. (2015). “¿*Mater Semper Certa Est?* Análisis de dos casos relativos a este principio en la última jurisprudencia del Tribunal Supremo”. Wolters Kluwer. Diario La Ley, nº 9444, sección Tribuna. LA LEY 4607/2015. P.P. 10. “No obstante lo anterior, en el caso de que la resolución judicial extranjera tuviera su origen en un procedimiento análogo a uno español de jurisdicción voluntaria, el Encargado del Registro Civil controlará incidentalmente, como requisito previo a su inscripción, si tal resolución judicial puede ser reconocida en España (no hará falta exequátur)”.

La circular de la DGRyN de 11 de julio de 2014, posterior a la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014, citada en el punto anterior y contraria a la inscripción registral del menor incluso con resolución judicial previa al existir una prohibición explícita con nulidad asociada (art. 10 LTRHA), viene sin embargo por su parte a declarar y confirmar la plena vigencia de la resolución de 5 de octubre de 2010³⁷. La DGRyN interpreta de esta forma que el nacimiento por esta vía en el extranjero no infringe, frente a la posición del propio tribunal supremo, la estructura normativa de legalidad española en este ámbito.

Tras varias resoluciones³⁸ que en lo sustancial matizan la posición de la Instrucción de 5 de octubre de 2010, la DGRyN emitió una nueva instrucción de 14 de febrero de 2019 sobre actualización del régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución en donde, dando un paso más y derogando y sustituyendo a la resolución de 2010, bastaría subsidiariamente en caso de no existir resolución judicial previa, con la oportuna prueba de ADN del progenitor biológico comitente, unido al reconocimiento de la identidad de la madre gestante en certificación registral extranjera o en el certificado de nacimiento del menor.

Sin embargo, la citada instrucción no llegó a ser publicada y sólo cuatro días más tarde fue derogada por una nueva instrucción de 18 de febrero y que adopta una posición mucho más restrictiva y dirigida a combatir el abuso y la explotación de las madres gestantes. Esta instrucción fue precedida por un comunicado del Ministerio de Justicia del día 16 del mismo mes, en idéntica línea³⁹

³⁷ Vid. Dirección General de Registros y del Notariado, Resolución de 11 de julio de 2014 “por lo que debería seguir siendo aplicada por los Registros Civiles españoles a fin de determinar la inscribibilidad del nacimiento y filiación en los casos que entran en su ámbito de aplicación, sin que la STS de 6 de febrero de 2014 constituya un obstáculo legal para ello”

³⁸ Vid. Dirección General de Registros y del Notariado. Resoluciones de 29 de diciembre de 2014 y 16 de enero de 2015.

³⁹ Vid. Comunicado del Ministerio de Justicia del 16 de febrero de 2019 “El Ministerio de Justicia ha decidido dejar sin efectos la instrucción de la Dirección General de Registros y del Notariado (DGRN) enviada a los registros consulares en la que se abría la puerta a la inscripción de niños concebidos en el extranjero por gestación por sustitución mediante la presentación de una prueba de ADN que certificara la paternidad o maternidad de uno de los progenitores.

El Gobierno recuerda que la gestación por sustitución es una práctica prohibida en nuestro país y se compromete a perseguir a las agencias y establecimientos que ofrecen estos servicios y que se lucran

La derogación de la Instrucción de 14 de febrero de 2019 vuelve a dejar sin embargo en vigor los requisitos para la inscripción recogidos en la Instrucción de 5 de octubre de 2010.

II.5.c. – Aspectos sociales

Pese a la prohibición de nuestro ordenamiento a este tipo de fórmula de gestación, la realidad es que ello no ha impedido que la demanda social de este modelo alternativo de paternidad y gestación se canalice hacia entornos geográficos más favorables y permisivos, lo que como ya hemos detallado ha producido efectos jurídicos dentro de nuestras fronteras respecto a la filiación del nacido, y sin que exista, como hemos visto, una interpretación consistente, única y pacífica hasta la fecha por parte de los órganos administrativos o judiciales encargados de aplicar la norma.

Esta controversia en cuanto a la forma de tratar las consecuencias jurídicas que se derivan de estos convenios de maternidad por sustitución, por parte de los agentes responsables de la interpretación y aplicación legal, se ha extendido adicionalmente a otros actores sociales:

En primer término, la Iglesia católica ha puesto numerosos reparos a esta vía de gestación. La Sagrada Congregación para la Doctrina de la Fe, de 22 de febrero de 1987, la consideró contraria a la unidad del matrimonio y a la dignidad de la persona humana⁴⁰ y desde entonces no se ha puesto demasiado empeño ni tan siquiera en proponer alternativas que pudieran resultar viables para regular las lagunas y contradicciones existentes.

La actitud hacia un método de gestación que como hemos visto puede suponer abusos hacia la madre gestante, cosificación del cuerpo de la mujer, y mercantilización indigna

conduciendo a cientos de parejas a procrear en terceros países mediante esta actividad ilegal. Todo ello sin perjuicio de dar solución a las situaciones de hecho que se hayan creado, atendiendo al interés superior del menor.”.

⁴⁰ VELA SÁNCHEZ, A. (2017). Op.Cit. Notas finales nº5. “La maternidad sustitutiva representa una falta objetiva contra las obligaciones del amor materno, de la fidelidad conyugal y de la maternidad responsable; ofende la dignidad y el derecho del hijo a ser concebido, gestado, traído al mundo y educado por los propios padres; instaura, en detrimento de la familia, una división entre los elementos físicos, psíquicos y morales que la constituyen”.

del nacido para unos, pero al mismo tiempo expansión altruista de las posibilidades de acceso a la paternidad, siempre que se realice con los requisitos idóneos para otros, no ha quedado exenta de la potente distorsión que sobre la óptica del problema se deriva de sus componentes ideológicos y del hecho de que la aproximación a esta problemática no siempre se hace con el conocimiento y la profundidad suficientes.

Los partidos políticos con representación parlamentaria plantearon un debate en torno a la cuestión con ocasión de la presentación en julio de 2019 por parte de Ciudadanos de la proposición de ley reguladora del derecho a la gestación por subrogación. El marco regulatorio propuesto fue garantista y con restricciones⁴¹, huyendo de un modelo de permisividad absoluta, pero sin embargo su exposición de motivos dejó claro que este es un ámbito regulatorio pendiente y cuya regulación idónea no puede quedar postergada por más tiempo⁴². La citada proposición fue rechazada sin embargo por el resto de los principales Grupos parlamentarios, en donde, sin embargo, incluso dentro de cada partido, han existido desde entonces posiciones enfrentadas⁴³.

Existen asimismo asociaciones promotoras de la legalización controlada de la gestación subrogada. Entre ellas, parte de la doctrina destaca a la Asociación por la Gestación Subrogada en España⁴⁴ que promueve una legalización y regulación garantista de la

⁴¹ Vid. *Proposición de Ley reguladora del derecho a la gestación por sustitución* presentada por el Grupo parlamentario Ciudadanos. Boletín Oficial de las Cortes Generales. 16 de julio de 2019. Num. 46-1. Pág. 1. A título ilustrativo del garantismo de la proposición, se restringe la aplicación de la gestación por sustitución a situaciones en las que haya posibilidades razonables de éxito y se hayan agotado otras vías alternativas; se realizará siempre de acuerdo con la LTRHA, de forma altruista; se incluirá un seguro para la mujer gestante, quien deberá ser española tener un mínimo de 25 años y al menos haber gestado un hijo con anterioridad pero no haber sido gestante por sustitución en el pasado. Los progenitores podrán tener entre 25 y 45 años, tener nacionalidad española o residencia en España, estar unidos matrimonialmente o con relación equivalente si se trata de parejas y contar con capacidad acreditada por certificado de idoneidad. El contrato ha de contar, como anexo, una certificación expedida por el Registro Nacional de Gestación por Sustitución e inscrito posteriormente en dicho registro. (Cfr.)

⁴² Ibid. Pág. 1 “La gestación subrogada es una práctica existente y hasta más frecuente de lo generalmente conocido. Ante esta nueva realidad, la mejor solución, la más garantista, es regular, no es cerrar los ojos ni prohibir. Es bien sabido, de hecho, que los cambios sociales implican necesariamente cambios en las normas. Pues bien, la gestación por sustitución es una forma alternativa de acceder a la paternidad o maternidad que la legislación ha de tutelar y regular para conciliar los derechos en juego de todos los que participan y sea acorde al interés superior del niño nacido”.

⁴³ SOSPEDRA FONTANA, A. Op.Cit. P.P. 34 y 35, (Cfr.)

⁴⁴ VELA SÁNCHEZ, A. (2017). Op.Cit. Nota final nº 24.

gestación por sustitución en nuestro país al objeto de “que todas las técnicas de reproducción asistida tengan el mismo tratamiento en nuestra normativa”.

Finalmente, la posición de los grupos LGTBI y el colectivo feminista es enfrentada en lo que respecta a este ámbito, pues los primeros defienden la fórmula basándose en el derecho a la maternidad de los que no tienen otra alternativa, y los segundos clasifican la gestación por sustitución dentro de las manifestaciones del “neoliberalismo sexual”, que favorecen la mercantilización y cosificación de la mujer⁴⁵

II.5.d. – Aspectos bioéticos

El Comité de Bioética de España se pronunció en 2017 sobre la dimensión ética de esta forma de gestación, propugnando no sólo la justificación del mantenimiento de la prohibición de este tipo de convenios en nuestro país, sino incluso proponiendo que su nulidad se extienda a todos aquellos que se realicen en el extranjero. Además, sugiere que se articulen las vías precisas a través de tratados y convenios entre países para asegurar su prohibición internacional en el futuro. El informe es muy severo con esta forma de concepción, afirmando que su legalización aumentaría la demanda por parte de personas que nunca hubieran considerado esta fórmula y que en muchos casos recurrirán a una vía no altruista, sino comercial. Las razones fundamentales por las que es necesario mantener la nulidad de este tipo de contratos son para el Comité de Bioética:

- Es indigno para la mujer gestante y va en contra del interés del menor.
- No existen suficientes indicadores del impacto de la legalización procedente de países de nuestro entorno (principio de precaución).
- Los organismos intergubernamentales que se han pronunciado hasta la fecha se han aproximado a la fórmula con gran cautela.
- Es difícil encontrar modelos altruistas sin que se produzcan simultáneamente fórmulas comerciales de gestación subrogada.

⁴⁵ SOSPEDRA FONTANA, A. Op.Cit. P.36.

- Los esquemas ya autorizados en el mundo se basan en gran medida en la explotación de la madre gestante.

La mayoría del Comité entiende que este tipo de convenios, desde un punto de vista bioético, explota y cosifica a la mujer y produce un daño irreparable al interés superior del menor, debido entre otros a la rotura del vínculo indeleble entre la mujer gestante y el nacido, vínculo que debería ser en todo caso protegido. Además, éticamente resulta censurable y alienante el esquema de un proceso de concepción en el que la madre renuncia desde el principio al nacido con la mera finalidad de satisfacer los intereses de otros.

El Comité también reconoce que, en la resolución de este tema, es necesario que las descalificaciones ideológicas se sustituyan por razones convincentes. Establece la dificultad de deslindar la gestación altruista de la comercial y censura que éticamente es reprobable que dicho altruismo no esté garantizado para todo el mundo que lo desee y por tanto se convierta en una “lotería altruista” no al alcance de todos.

Lo cierto es que, como parte de sus conclusiones, el Comité reconoce que algunos de sus miembros serían partidarios de que se estableciera una fórmula legal capaz de conciliar la variada gama de intereses legales y éticos en conflicto, si bien en el momento de redactar el informe no son capaces de perfilar cual es ni qué requisitos tendría este modelo.

Parte de la doctrina ha sido muy crítica con el informe. Se considera que prejuzga múltiples aspectos, es sesgado y contrario desde el principio a la gestación por sustitución y “se esgrimen criterios contradictorios y equivocados, razonamientos obsoletos e, incluso, disparates varios, olvidándose de que los problemas de la sociedad no se resuelven obviándolos o prohibiéndolos sin sentido, sino afrontándolos razonada y adecuadamente como han hecho otros países de nuestro entorno”⁴⁶. En este sentido, y

⁴⁶ VELA SÁNCHEZ, A. (2017). “¿En serio? Yo alucino con el Comité: A propósito del Informe del Comité de Bioética de España sobre los aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada”. Wolters Kluwer. Diario La Ley, nº 9035. LA LEY 10052/2017. P.1.

como nueva manifestación de la controversia existente en este ámbito, el informe del Comité contó con un voto particular, emitido por uno de sus vocales.

II.5.e. – Pros y contras de la gestación por sustitución

Argumentos a favor de la gestación por sustitución:

- Dentro de las TRHA es una fórmula adicional, ni mejor ni peor que otras, para permitir el acceso a la paternidad y a la maternidad a personas o parejas que no pueden acceder a ella por otras vías (parejas homosexuales, familias monoparentales masculinas, parejas heterosexuales en las que la mujer no tiene capacidad de gestar) y que demandan ser padres/madres⁴⁷.
- Su legalización reduciría el fenómeno del “turismo reproductivo” y daría opciones abiertas a cualquier comitente español para acceder a la paternidad por esta vía en territorio nacional.
- La autorización de la gestación subrogada permitiría eliminar las complejas controversias de alinear la normativa y la interpretación jurisprudencial y administrativa en los procesos de inscripción registral del nacido, determinando una filiación más clara y redundando positivamente en el interés superior del nacido, principio hoy en muchas ocasiones vulnerado.
- La permisividad reduciría los numerosos fraudes de ley existentes actualmente en España, en donde se ocultan formas onerosas de gestación subrogada, realizadas en condiciones de forma deficiente en muchos casos.

⁴⁷ GODOY BLÁZQUEZ, M.O. (2018). “*La gestación subrogada en la jurisprudencia del TEDH, TJUE y Tribunal Supremo*”. Universidad de Extremadura. Anuario de la Facultad de Derecho de la UEx, Nº 34. ISSN 0213-988X. P.111 defiende que para sus promotores, la gestación por sustitución es la única fórmula para garantizar la igualdad y la no discriminación en el ámbito de la reproducción en relación con casos en los que otra forma de gestación no es posible. (Cfr.)

- Una regulación adecuada con las cautelas suficientes sería capaz de neutralizar los posibles aspectos negativos normalmente puestos de manifiesto y que vulneran la dignidad y la integridad moral de la gestante y el nacido.
- La gestación por sustitución puede ser altruista, evitándose formas comerciales mercantilizadas que atentan contra la mujer.
- Reconoce un nuevo concepto de maternidad demandada por la sociedad actual, más apoyada en el deseo y la voluntad de ser padres que en la capacidad biológica para gestar.
- Muchos de los problemas habitualmente imputados a esta fórmula de gestación, han sido admitidos en otras vías de TRHA y en la adopción.

Argumentos en contra de la gestación por sustitución:

- Mercantilización del cuerpo de la mujer y explotación económica asociada a los procesos de gestación. Puesto que la gestación subrogada altruista es insuficiente para atender la demanda social existente, es difícil garantizar que la gestación no oculte formas comerciales bajo esquemas aparentemente altruistas⁴⁸.
- Alienación de la gestante⁴⁹, a la que normalmente se le obliga a renunciar al nacido desde el inicio de la gestación, sin poder retractarse de su compromiso a lo largo del proceso de concepción y tras el parto. Por otra parte, son los comitentes y no la madre gestante los que determinan el proceso de aborto

⁴⁸ FERNÁNDEZ DE SEVILLA, C. (2020). “*La maternidad subrogada, algunos problemas jurídicos de su legalización en España*”. Wolters Kluwer. Diario La Ley, nº 9755. LA LEY 13876/2020. P.4. la maternidad subrogada “presenta principalmente tres obstáculos relevantes que pueden imposibilitar la legalidad de esta práctica en España: 1) la dignidad que se reconoce a las madres gestantes, en su condición de personas con derechos humanos; 2) la renuncia que deben realizar a su derecho de filiación, y 3) la falta de consentimiento libre de las madres gestantes para aceptar las condiciones del contrato («vientres de alquiler»)”.

⁴⁹ JORQUERA JORQUERA, C. (2018). “*Gestación subrogada*”. Wolters Kluwer. Diario La Ley, nº 9164. LA LEY 2143/2018. P.3. “Legalizar la gestación subrogada supone que una mujer ceda el control de su cuerpo a otras personas, a cambio o no, de una compensación económica. Por no hablar de que cederá al hijo, que, aunque genéticamente no sea suyo, habrá gestado en su útero, alimentándolo y cuidando de él”

voluntario previsto en la legislación, sin que la gestante pueda tener ninguna capacidad de decisión al respecto.

- Cosificación del niño, al no considerarse el interés superior del nacido, percibiéndolo sus padres como un mero objeto deseado, respecto al cual es posible elegir determinadas características biogenéticas y privándole de forma expresa y preconcebida de los vínculos físico-emocionales naturales, que surgen en gran medida con la gestación, en sus primeras etapas vitales.
- Desnaturalización de la maternidad, sustituyendo el principio “Mater Semper Certa Est” y el proceso biológico de la concepción por una la mera voluntad, diseñada para satisfacer los intereses de otros y no de la madre gestante.
- Aumento del riesgo de tráfico de niños y de adopciones ilegales, en un mercado dominado por intermediarios.
- Creación, en los casos de gestación altruista por un pariente de los comitentes, de un doble vínculo de parentesco con repercusiones en la estructura del derecho civil y ruptura de la apropiada protección a la familia.

III.- CONCLUSIONES DEL ESTUDIO.

Como hemos visto, parece que el legislador español fue muy taxativo respecto a los contratos de gestación por sustitución, al establecer la LTRHA de 2006 la nulidad de pleno derecho de estos acuerdos, permaneciendo sin variaciones el mismo tratamiento que ya se había establecido en la LTRA de 1988.

Para el legislador, la maternidad sigue residiendo en la gestante, siguiendo el principio “Mater Semper Certa Est”. Asimismo, el ordenamiento español reconoce que la paternidad puede determinarse a través de los medios ordinarios establecidos en Derecho de acuerdo con la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC), incluyéndose la posibilidad de adoptar al nacido en el caso en que el padre no sea el padre biológico e incluso la posibilidad de que, no siendo la gestante la pareja del padre y siempre que aquella consienta libremente, el otro miembro de la pareja pueda también acceder a la paternidad/maternidad por adopción del menor.

El problema de base surge sin embargo en el momento en que es preciso reconocer en nuestro país la filiación de menores nacidos, de padres comitentes españoles, por contratos de gestación subrogada suscritos en terceros países más permisivos respecto a esta fórmula y sobre todo a la hora de determinar en este contexto el conjunto de requisitos necesarios para poder hacerlo y que eviten que los nacidos por gestación por sustitución puedan llegar a una situación en la que carezcan de patria e identidad reconocida.

De este modo y como hemos visto, es precisamente en la interpretación de la posibilidad de registrar al menor en España, vinculado a la nulidad del contrato que lo da origen, donde reside el núcleo del conflicto: Si bien parece que la interpretación mayoritaria de las diferentes resoluciones de la Sala 1ª Tribunal Supremo apunta a que esa inscripción no procede, sin que con ello se vulnere el principio del interés superior del menor, por cuanto nuestra legislación al respecto es muy clara respecto a la nulidad del contrato que dio origen a la gestación y ofrece fórmulas alternativas para el reconocimiento de la paternidad sobre el nacido, la realidad es que el propio Tribunal Supremo, en su Sala 4ª de lo Social, sí ha derivado de forma contraria efectos laborales a estos contratos, frente a la nulidad de pleno derecho reconocida por su Sala 1ª.

Para complicar más las cosas, El TEDH, ha ido dando pasos titubeantes pero progresivos hacia la necesidad del reconocimiento local de las filiaciones de contratos celebrados en terceros países donde esta vía de gestación es lícita y a la importancia de preservar las relaciones de convivencia padres/nacidos, como garantía del derecho a la intimidad privada del individuo.

Por último y también de forma contraria a la interpretación de los Tribunales, la Dirección General de los Registros y del Notariado, que es el organismo administrativo encargado de establecer las reglas de aplicación práctica y sobre el terreno en materia registral de filiación del menor, viene propugnando desde su instrucción de 2010, la posibilidad de hacerlo con la garantía de una previa resolución judicial del tribunal competente en el país de origen equivalente al requerido por el derecho español e incluso, aunque de forma abruptamente fallida, en 2019 dio muestras de querer relajar este requisito, admitiendo como suficiente para el registro español, en el caso en que no existiera resolución judicial previa, la prueba de ADN de paternidad así como la certificación registral o certificado de nacimiento del menor que garantice la identidad de la madre.

El resultado es un panorama de inseguridad jurídica y desconcierto para todas las partes involucradas, en un contexto donde cada vez más y más países vienen adoptando legislaciones permisivas en este ámbito si bien, en general, tienden a establecer condicionantes y restricciones que den cumplida respuesta al necesario equilibrio entre la garantía de los derechos y libertades fundamentales de todas las partes intervinientes y el reconocimiento de una paternidad que se entiende cada vez más como basada en la voluntad ⁵⁰y no únicamente en la capacidad biológica de gestar.

Y por encima de todas las consideraciones, desde mi punto de vista, este galimatías jurídico y de interpretación legal, siempre incide de forma más acusada en el eslabón más débil, el único que no participó en la decisión inicial sobre un proceso de gestación “cuestionable” que no podía evitar, y que no es otro que el menor nacido. Será él/ella

⁵⁰ VILAR GONZÁLEZ, S. (2018). OpCit. P.5. “Permitir convertir a la filiación en una institución jurídica ligada al hecho volitivo de tener un hijo y de asumir tal responsabilidad, más allá del mero acto fisiológico de la procreación o del parto, haría posible integrar al menor en la familia que le ha deseado y que ha manifestado un compromiso parental, una responsabilidad asumida por una elección, voluntaria y no solamente por imperativo legal, independientemente de las circunstancias relativas a su concepción, asegurando de este modo la estabilidad y seguridad en las relaciones”.

quien tendrá que asumir y sufrir gran parte de las consecuencias negativas que se derivan de un modelo con fronteras borrosas. Un modelo que no existe interés en hacer avanzar por ruidos ideológicos y por qué no decirlo, temores políticos a hacerle frente ⁵¹.

La primera conclusión, que compartimos con cada vez más voces de la doctrina, es que **no es posible esquivar durante más tiempo la necesidad de actualizar de forma integral la regulación en este ámbito**, poniendo fin a las lagunas y contradicciones interpretativas existentes, desplegando unos requisitos, siempre garantistas que aseguren un equilibrio idóneo en la protección de los derechos de las partes, preservando en todo caso el principio del “favor filii” y evitando las consecuencias desastrosas que hoy en día se producen sobre el desarrollo en dignidad de la personalidad de los menores, víctimas inocentes de un conflicto polémico y no resuelto⁵². Un modelo en el que convivan de forma adecuada, todas las sensibilidades sociales hacia la maternidad y en el que se reconfigure este contrato como un convenio de gestación colaborativa entre partes, en el

⁵¹ CAZORLA GONZÁLEZ-SERRANO, M.C. (2019) “*Retos y propuestas de la gestación subrogada en España a la luz de su regulación en Estados Unidos*”. Wolters Kluwer. Actualidad Civil, nº 6. LA LEY 7957/2019. P.7. “Lo cierto es, que se trata de una realidad no exenta de polémica jurídica y moral que nos dará en los años venideros mucho que hablar.”

⁵² MÉNDEZ TOJO, R. (2017). “*La inscripción en el Registro Civil de los hijos nacidos por gestación por sustitución: análisis jurisprudencial*”. Wolters Kluwer. Actualidad Civil, nº 4. LA LEY 3740/2017. P.16. “dado que cada vez es más frecuente que matrimonios, parejas o personas individuales recurran al contrato de gestación por sustitución para ser padres, parece que se va imponiendo la necesidad de debatir la reforma del art. 10 de la Ley 14/2006, con el fin de garantizar la protección de los menores nacidos de una madre gestante por sustitución”.

En la misma línea ALBERT MÁRQUEZ, M. (2012). “*Los contratos de gestación de sustitución celebrados en el extranjero y la nueva Ley del Registro Civil*”. Wolters Kluwer. Diario La Ley, nº 7863. Año XXXIII. LA LEY 5137/2012. P.8. “En un mundo que se ha vuelto tan «pequeño», los respectivos ordenamientos jurídicos no pueden permanecer ajenos al hecho de que numerosas parejas viajan hacia aquellos países donde el contrato de gestación por sustitución es legal, y luego regresan, con el hijo obtenido tras el empleo de esta técnica, a su país de procedencia.”

Asimismo, resume bien la cuestión ORTEGA GIMÉNEZ, A, COBAS COBIELLA, M.E y HEREDIA SÁNCHEZ, L. (2018). “*Los contratos de gestación subrogada en España. A propósito del debate surgido por la paralización de las inscripciones de nacimiento por el Consulado español en Kiev*”. Wolters Kluwer. Diario La Ley, nº 9281. LA LEY 10961/2018. P. 14. “la problemática no es sólo en relación al menor, que está protegido o por lo menos se intenta a través del interés superior del menor, que afortunadamente y aunque no en su totalidad ha comenzado a perfilarse jurídicamente. El problema también afecta la familia, los padres y al propio voto de seguridad jurídica por la cual nuestras instituciones deben velar.

El caos se mantiene: los vientres de alquiler están prohibidos, pero tenemos mecanismos «legales» para dotar de eficacia jurídica a los documentos extranjeros que avalan el resultado de ese contrato: el nacimiento y posterior filiación de un menor, Spain is different.”

que la autonomía individual y los derechos de la gestante son preservados en todo momento a través de las correspondientes garantías de capacidad, supervisión, control de su propio cuerpo, ausencia de componentes de mercantilización y libertad de decisión a lo largo del proceso de gestación y sobre todo son tutelados también los intereses superiores del menor nacido, sea dentro o fuera de nuestras fronteras.

Este proceso debería realizarse **de forma serena y en la medida de lo posible con un amplio consenso**. Es necesario privar al análisis de prejuicios ideológicos distorsionadores y **centrarse en el contexto a resolver**, que no es otro que un marco en el que la formalización de contratos de gestación subrogada fuera de nuestras fronteras está cada vez más generalizado y se muestra difícilmente imparable, en el que lamentablemente sólo las personas con medios suficientes pueden acceder, ciertamente sorteando muchas dificultades, a esta vía y en la que aquellos que no pueden permitirse el plantear un proceso de gestación fuera de España, recurren incluso en ocasiones a fraude de ley, no siempre con las garantías mínimas, para intentar esquivar un marco normativo no actualizado y lleno de vacíos y lagunas y que en definitiva no contribuye a aliviar el conflicto.

Porque de nuevo coincidiendo con parte de la doctrina, creemos que más allá de las prevenciones ideológicas que cada uno de nosotros tenga respecto al acceso a la maternidad por TRHA y los temores que despierte el hecho de que con la gestación subrogada quede quebrado el principio de certeza de la maternidad, **no existen diferencias sustanciales en cuanto a la naturaleza de la gestación por sustitución frente a fórmulas ya reguladas y admitidas como la donación heteróloga de gametos** (en ocasiones masculinos y femeninos)⁵³, fórmulas en las que nadie discute su licitud e

⁵³ VERDERA IZQUIERDO, B. (2007). “Anotaciones a la Ley de Reproducción Asistida”. Wolters Kluwer. Actualidad Civil, nº 10, pag. 1109, tomo 1. LA LEY 1694/2007. P.10. “La doctrina se ha cuestionado el hecho de que se permita la donación de óvulos o embriones y en cambio, se prohíba la maternidad por sustitución”.

También por su parte FLORES RODRÍGUEZ, J. (2019). “*Convenio gestacional internacional y filiación transfronteriza: el modelo de los países del Este de Europa*”. Wolters Kluwer. Actualidad Civil nº1. LA LEY 1328/2019. P.5. “Tampoco existe diferencia, de esencia o naturaleza, entre la donación de órganos o de material reproductivo propio y la donación de la capacidad reproductiva y, en su caso, de los óvulos de la gestante, en la gestación subrogada. La única diferencia se encuentra en el grado o intensidad de la cesión, pero no en la naturaleza, que es exactamente la misma en ambos casos. En consecuencia, en la maternidad subrogada, planteada como gesto «altruista», cuando los participantes han consentido libremente, y ninguno

idoneidad para resolver paternidades o maternidades fallidas y en las que únicamente se están debatiendo aspectos más concretos como la necesidad o no de mantener el anonimato de los donantes.

Llega por tanto el momento de responder a la cuestión que da título a este trabajo. **¿Existe un modelo de gestación subrogada capaz de armonizar todos los derechos en juego? Y de existir ¿Cuáles son los aspectos fundamentales para formularlo?**

La respuesta parece inequívoca, el modelo puede existir y es necesario darle forma concreta en todas sus dimensiones a través de un debate pausado entre Asociaciones representantes de los distintos ámbitos de la Sociedad Civil y el legislador español.

En tal sentido, tiene que tratarse de un modelo que asegure el derecho a la dignidad y a la integridad física y moral de la gestante; en el que existan garantías de que ésta cuenta con la capacidad de discernimiento y psicológica idóneas para tomar una decisión madura; una situación socio económica satisfactoria que no la fuerza al proceso contra su voluntad; que la gestación se realiza de una manera altruista y sin manipulación de intermediarios; que no se anula la capacidad de decisión de la gestante ante las eventualidades que pueden presentarse a lo largo del mismo y que es, por último, públicamente conocido y registrado, con las restricciones necesarias de accesibilidad. Asimismo, el modelo debe prever condiciones de capacidad también a los padres comitentes y el tratamiento idóneo del proceso de fertilización embrionario y garantías en el caso de que existan eventuales donantes de gametos.

Los aspectos fundamentales que deben integrarse dentro un **modelo equilibrado** que asegure los intereses de todas las partes y que en todo caso estaría **sujeto a restricciones** serían los siguientes:

Aunque ciertas voces han establecido que el convenio oneroso puede resultar por sus resultados sociales beneficioso frente a fórmulas altruistas ⁵⁴, creemos que limitar la

resulta perjudicado, la ley no debería decir a la mujer lo que tiene que hacer con sí misma y con su propio cuerpo”.

⁵⁴ FLORES RODRÍGUEZ, J. (2019). Op.Cit. P.P. 2-3 “En la gestación mediante precio la relación social que se crea, antes y durante la gestación, entre la madre gestante y los padres de intención, es más favorable

posibilidad de estos convenios a su **modalidad desinteresada y sin pago**, más allá de la cobertura de gastos ocasionado por el proceso de gestación o costes de desplazamiento, ofrece un primer nivel de garantía sobre la dignidad de la mujer gestante, evitando la materialización del proceso de gestación, la mercantilización del cuerpo de la mujer y la cosificación del nacido en un proceso entendido como un mero negocio entre partes.

Adicionalmente y con el mismo fin, el acuerdo debe ser suscrito, previamente al inicio del proceso de gestación con todas las garantías en **documento público ante notario**, en el que entre otros se certifiquen los **requisitos de capacidad de las partes**, el **libre, consciente e irrevocable consentimiento de los intervinientes (sin mediar dolo, violencia o intimidación)**, su **carácter no oneroso**, que **no existe simulación que encubra un tráfico de menores** y la **renuncia inicial de la madre gestante a la filiación sobre el nacido, del que se harán cargo los padres comitentes de forma inmediata tras el parto**. Dicho documento y la identidad de las partes intervinientes (gestante y padres intencionales) deberían ser inscritos en un **Registro público de gestaciones por sustitución**, creado a tal efecto.

Por lo que respecta a la **identidad de los donantes de gametos**, en el caso en que esta donación se produzca, se tendería a un modelo ya propugnado por parte de la doctrina, tendente a **levantar ciertos niveles de anonimato**, preservando, si así lo desea el donante, su identidad frente al nacido, pero facilitándole si fuera necesario su historial médico y otros datos singulares de su identidad, existentes en un **registro nacional de donantes de gametos**, al acceso del nacido o su representante legal. Ello contribuirá a garantizar el interés superior del nacido y la plena realización de su derecho a la investigación de su paternidad o maternidad biológica, si así procediera de acuerdo con lo establecido por la ley.

En cuanto a capacidad requerida para acometer la gestación, la madre gestante debería **ser mayor de edad con al menos 25 años, residente en España** en los últimos tres años. Asimismo, tendría que contar con **certificación previa de su idoneidad física y psíquica** para abordar el proceso, expedida por autoridad habilitada al efecto en nuestro país y en

e intensa que en la adopción internacional, y los resultados arrojados exitosos, como ha puesto de manifiesto la Sociedad Europea de Reproducción Humana y Embriología”.

todo caso se trataría de una **sustitución gestacional/parcial y no tradicional/total**, en la que la gestante nunca aportaría material genético propio al embrión fecundado por técnicas FIVTE. Se suscribiría por los padres intencionales un **seguro a favor de la mujer gestante**, quien en todo caso debería ya **contar con al menos un hijo propio sano y disponer de una situación económica saneada**. La gestante y los comitentes deberán ser **extraños** o unidos por una **relación de parentesco colateral o de afinidad** (no consanguínea).

Durante todo el proceso de gestación, la madre gestante mantendrá **intacto su derecho al aborto voluntario**, dentro del marco autorizado por la ley en España, debiendo en tal caso indemnizar daños y perjuicios a los padres intencionales, así como devolver cualquier cantidad recibida para la cobertura de gastos.

Por lo que respecta a los **comitentes, serían personas individuales o parejas mayores de edad, también con una edad mínima de 25 años y no superior a 45 años, residentes en España** en los últimos tres años y **descartados** por incompatibilidad o inviabilidad por razones biomédicas **de otras TRHA**. Al menos **uno de los padres intencionales deberá aportar su material genético al embrión fecundado**.

Algunos autores han destacado que el **convenio debería calificarse como “negocio jurídico especial de derecho de familia”**, con objeto de reforzar su viabilidad a través de una reforma en tal sentido del código civil⁵⁵.

Por lo que respecta al registro de la filiación en España derivada de convenios realizados en terceros países, creemos que con el fin de preservar el principio del “favor filii” sería conveniente dar un paso más respecto a la instrucción de la DGRN de 2010 y **favorecer los requisitos previstos en la fallida instrucción de la DGRN de 14 de febrero de**

⁵⁵ VELA SÁNCHEZ, A. (2011). “*Propuesta de regulación del convenio de gestación por sustitución o de maternidad subrogada en España. El recurso a las madres de alquiler (1): a propósito de la Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010*”. Diario La Ley, nº 7621. Año XXXII. Wolters Kluwer. LA LEY 4965/2011. P.5. “Se pretende destacar su singularidad en nuestro ordenamiento jurídico, su carácter de interés público, evitando su consideración como genérico contrato civil y la aplicación del régimen general de nulidad de éste. Si el convenio de gestación por sustitución se considerara como un contrato civil normal se podría alegar que su objeto es la vida de un ser humano y solicitarse su nulidad absoluta (ex arts. 1255 (LA LEY 1/1889), 1261.2.º (LA LEY 1/1889), 1271 (LA LEY 1/1889) y 1275 CC (LA LEY 1/1889)). Su índole especial y su finalidad de interés público excepcionarían su nulidad, pero, para reforzar su viabilidad, sería conveniente reformar el Código Civil en algunos de los preceptos citados anteriormente (6).”.

2019, esto es, tal y como se ha expuesto, que en caso de no existir resolución judicial previa, bastaría con la oportuna prueba de ADN del progenitor biológico comitente, unido al reconocimiento de la identidad de la madre gestante en certificación registral extranjera o en el certificado de nacimiento del menor.

Tenemos la firme convicción de que con todos estos requisitos se garantizaría un convenio en el que quedarían totalmente preservados los derechos previstos en el apartado II.4 de este trabajo y de entre ellos y sobre ellos el principio del interés superior del menor nacido, principio esencial a preservar.

IV.- BIBLIOGRAFÍA

LEGISLACIÓN

- Real Decreto de 24 de julio de 1889, texto de la edición del Código Civil mandada publicar en cumplimiento de la Ley de 26 de mayo último. (GACETA 25 de julio de 1889). LA LEY 1/1889. Última modificación: RDL 9/2018, de 3 de agosto.
- Constitución Española, 1978. (BOE: 29 de diciembre de 1978). LA LEY 2500/1978. Última Modificación: Reforma 27 de septiembre de 2011.
- Convenio para la protección de los Derechos Humanos y de las libertades fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950. (BOE 10 de octubre de 1979). LA LEY 16/1950.
- Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre técnicas de reproducción asistida (LTRA). (BOE: 24 de noviembre de 1988). LA LEY 2155/1988. Última modificación: L 45/2003, de 21 de noviembre.
- Instrumento de Ratificación de la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989. (BOE: 31 de diciembre de 1990, páginas 38897 a 38904 – 8 páginas-). BOE-A-1990-31312.
- Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (BOE: 24 de noviembre de 1995). LA LEY 3996/1995. Última modificación: LO 2/2020, de 16 de diciembre
- Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. (BOE: 8 de enero de 2000). LA LEY 58/2000. Última Modificación: L 5/2019, de 5 de marzo.
- Ley 45/2003, de 21 de noviembre, por la que se modifica la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre Técnicas de Reproducción Asistida. (BOE: 22 de noviembre de 2003). LA LEY 1759/2003. Texto en versión original, no modificada.
- República Italiana. Ley 40/2004, de 29 de febrero.
- Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida (LTRHA). (BOE: 27 de mayo de 2006). LA LEY 5218/2006. Última modificación: L 19/2015, de 13 de julio.

JURISPRUDENCIA

- Juzgado de Primera Instancia número 15 de Valencia, Sentencia 193/2010, de 15 de septiembre de 2010, Proc. 188/2010 (LA LEY 152885/2010).
- Audiencia Provincial de Valencia, sección 10ª, Sentencia 86/2011, de 23 de noviembre de 2011, Rec. 949/2011 (LA LEY 231447/2011).
- Tribunal Supremo, sala Primera, de lo Civil, Sección Pleno, Sentencia 835/2013, de 6 de febrero de 2014, Rec. 245/2012 (LA LEY 2868/2014).
- Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, Sección Pleno, Auto de 2 de febrero de 2015, Rec. 245/2012 (LA LEY 2301/2015).
- Tribunal Supremo, Sala Cuarta, de lo Social, Sección Pleno, Sentencia 953/2016, de 16 de noviembre de 2016, Rec. 3146/2014 (LA LEY 177659/2016).
- Tribunal Constitucional, Sala Primera, Sentencia 110/1984, de 26 de noviembre de 1984, Rec. 575/1983 (LA LEY 353-TC/1985).
- Tribunal Constitucional, Sala Segunda, Sentencia 197/1991, de 17 de octubre de 1991, Rec. 492/1989. (LA LEY 1822-TC/1992).
- Tribunal Constitucional, Pleno, Sentencia 19/2012, de 15 de febrero de 2012, Rec. 1046/1999. (LA LEY 16627/2012).
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), Sección 5ª, Sentencia de 26 de junio de 2014, Rec. 65192/11, (Menesson contra Francia). (LA LEY 131857/2014).
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), Sección 5ª, Sentencia de 26 de junio de 2014, Rec. 65941/11, (Labassee contra Francia). (LA LEY 212088/2014).
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), Sección 2ª, Sentencia de 27 de enero de 2015, Rec. 25358/2012 (Paradiso y Campanelli contra Italia). (LA LEY 62165/2015).
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), Sentencia de la Gran Sala, de 24 de enero de 2017, Rec. 25358/12 (Paradiso y Campanelli contra Italia).
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), Gran Sala, Dictamen de 10 de abril de 2019 a instancia de la Cour de Cassation francesa, Solicitud P16-2018-001.

- Proposición de Ley 122/000015, reguladora del derecho a la gestación por sustitución presentada por el Grupo Parlamentario Ciudadanos. Boletín Oficial de las Cortes Generales del Congreso de los Diputados. XIII Legislatura. 16 de julio de 2019, Num. 46-1, Pág. 1-12.

RESOLUCIONES E INSTRUCCIONES DE ORGANISMOS ADMINISTRATIVOS

- Dirección General de Registros y del Notariado (DGRyN), Resolución de 18 de febrero de 2009. (LA LEY 15366/2009).
- Dirección General de Registros y del Notariado (DGRyN), Instrucción de 5 de octubre de 2010.
- Dirección General de Registros y del Notariado (DGRyN). Circular de 11 de julio de 2014
- Dirección General de Registros y del Notariado (DGRyN), Resolución de 29 de diciembre de 2014
- Dirección General de Registros y del Notariado (DGRyN), Resolución de 16 de enero de 2015
- Dirección General de Registro y del Notariado (DGRyN), Instrucción de 14 de febrero de 2019, sobre actualización del régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución.
- Comunicado del Ministerio de Justicia de 16 de febrero de 2019
- Dirección General de Registros y del Notariado (DGRyN), Instrucción de 18 de febrero de 2019.

DOCTRINA CIENTÍFICA

- ALBERT MÁRQUEZ, M. (2012). *“Los contratos de gestación de sustitución celebrados en el extranjero y la nueva Ley del Registro Civil”*. Wolters Kluwer. Diario La Ley, nº 7863. Año XXXIII. LA LEY 5137/2012.
- AZNAR DOMINGO, A. y DELGADO SÁNCHEZ, A. (2017). *“Regulación y análisis de la gestación por sustitución en España”* Wolters Kluwer. Diario La Ley, nº 9099. LA LEY 17450/2017.

- AZPIROZ VILLAR, J.E. (2017). “*El contrato de alquiler de vientres: la ley, la posición del Tribunal Supremo y de la UE, las posiciones parlamentarias (La mercantilización y cosificación de la vida humana)*”. Wolters Kluwer. Actualidad Civil nº 2. LA LEY 1225/2017.
- CAZORLA GONZÁLEZ-SERRANO, M.C. (2019) “*Retos y propuestas de la gestación subrogada en España a la luz de su regulación en Estados Unidos*”. Wolters Kluwer. Actualidad Civil, nº 6. LA LEY 7957/2019.
- CORERA IZU, M. (2014). “*Abandonados, apátridas y sin padres*”. Wolters Kluwer. Diario La Ley nº 8345, año XXXV, Ref. D-221. LA LEY 4360/2014.
- CORERA IZU, M. (2016). “*Maternidad subrogada: la solución única, de momento, el registro civil*”. Wolters Kluwer. Diario La Ley, nº 8813. LA LEY 5796/2016.
- DIAZ ROMERO, M. R. (2010). “*La gestación por sustitución en nuestro ordenamiento jurídico*”. Wolters Kluwer. Diario La Ley, nº 7527, Año XXXI. Ref D-378. LA LEY 13778/2010.
- FERNÁNDEZ DE SEVILLA, C. (2020). “*La maternidad subrogada, algunos problemas jurídicos de su legalización en España*”. Wolters Kluwer. Diario La Ley, nº 9755. LA LEY 13876/2020.
- FLORES RODRÍGUEZ, J. (2019). “*Convenio gestacional internacional y filiación transfronteriza: el modelo de los países del Este de Europa*”. Wolters Kluwer. Actualidad Civil nº1. LA LEY 1328/2019.
- GÁLVEZ CRIADO, A. (2019). “*¿Sigue siendo nulo en España el contrato de gestación subrogada? Una duda razonable*”. Wolters Kluwer. Diario La Ley, nº 9444. LA LEY 7535/2019.
- GODOY BLÁZQUEZ, M.O. (2018). “*La gestación subrogada en la jurisprudencia del TEDH, TJUE y Tribunal Supremo*”. Universidad de Extremadura. Anuario de la Facultad de Derecho de la UEx, Nº 34. ISSN 0213-988X.
- GODOY DOMINGUEZ, L.A. (2018). “*La gestación por sustitución en la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: entre la protección de la vida personal y familiar y el respeto al orden público nacional*”. Wolters Kluwer. Actualidad Civil, nº 11. LA LEY 13905/2018.
- JORQUERA JORQUERA, C. (2018). “*Gestación subrogada*”. Wolters Kluwer. Diario La Ley, nº 9164. LA LEY 2143/2018.
- MARTINEZ VELENCOSO, L.M. (2015). “*¿Mater Semper Certa Est? Análisis de dos casos relativos a este principio en la última jurisprudencia del Tribunal Supremo*”. Wolters Kluwer. Diario La Ley, nº 9444, sección Tribuna. LA LEY 4607/2015.

- MÉNDEZ TOJO, R. (2017). “*La inscripción en el Registro Civil de los hijos nacidos por gestación por sustitución: análisis jurisprudencial*”. Wolters Kluwer. Actualidad Civil, nº 4. LA LEY 3740/2017.
- ORTEGA GIMÉNEZ, A, COBAS COBIELLA, M.E y HEREDIA SÁNCHEZ, L. (2018). “*Los contratos de gestación subrogada en España. A propósito del debate surgido por la paralización de las inscripciones de nacimiento por el Consulado español en Kiev*”. Wolters Kluwer. Diario La Ley, nº 9281. LA LEY 10961/2018.
- REGUEIRO DUBRA, R. (2015). “*Gestación por sustitución: de la negación de los derechos de los padres intencionales al reconocimiento de los derechos de los menores*”- Wolters Kluwer. Actualidad Civil nº 9. LA LEY 5705/2015.
- RIO SANTOS, F. (2017). “*La jurisprudencia del TEDH en materia de gestación por sustitución y su influencia en la jurisprudencia española (1). (desde 2014 al 11 de abril de 2017)*”. Wolters Kluwer. Actualidad Civil nº6. LA LEY 6710/2017.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO, M, CASAS, M.E. y OTROS. (2018) “*Comentarios a la constitución española*”. BOE, Ministerio de Justicia y Fundación Wolters Kluwer. Tomo 1.
- SALAR SOTILLOS, M.J. (2019). “*¿Familia o Familias? Diversificación de la institución familiar (1)*”. Wolters Kluwer. Actualidad Civil nº 12. LA LEY 14809/2019.
- SOSPEDRA FONTANA, A. (2018). “*La Gestación subrogada en España**”. IDIBE. Cuestiones de Interés Jurídico. ISSN 2549-8402.
- VELA SÁNCHEZ, A. (2011). “*Propuesta de regulación del convenio de gestación por sustitución o de maternidad subrogada en España. El recurso a las madres de alquiler (1): a propósito de la Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010*”. Diario La Ley, nº 7621. Año XXXII. Wolters Kluwer. LA LEY 4965/2011.
- VELA SÁNCHEZ, A. (2017). “*¿En serio? Yo alucino con el Comité: A propósito del Informe del Comité de Bioética de España sobre los aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada*”. Wolters Kluwer. Diario La Ley, nº 9035. LA LEY 10052/2017.
- VELA SÁNCHEZ, A. (2017). “*¿Ha variado el TEDH su doctrina favorable a los convenios de gestación por sustitución realizados en países que legalmente los permiten? A propósito de la Sentencia de la Gran Sala del TEDH de 24 de enero de 2017*”. Wolters Kluwer. Diario La Ley, nº 8953. LA LEY 3092/2017.
- VELA SÁNCHEZ, A. (2017). “*Crimen en el Bar. Regulemos ya en España el convenio de gestación por sustitución*”. Wolters Kluwer. Diario La Ley, nº 9056. LA LEY 12159/2017.
- VELARDE D’AMIL, Y. (2015). “*La filiación y la reproducción humana asistida*”. Wolters Kluwer. Libro “Estudios Jurídicos en homenaje al profesor Manuel García Amigo”. Edición nº 1. LA LEY 2897/2015.

- VERDERA IZQUIERDO, B. (2007). “*Anotaciones a la Ley de Reproducción Asistida*”. Wolters Kluwer. Actualidad Civil, nº 10, pag. 1109, tomo 1. LA LEY 1694/2007.
- VILAR GONZÁLEZ, S. (2018). “*Consideraciones preliminares*”. Wolters Kluwer. Libro “La gestación subrogada en España y en el derecho comparado”. Edición nº 1 Bosch. LA LEY 3454/2018.

INFORMES

- COMITÉ DE BIOÉTICA DE ESPAÑA. (2017). “*Informe del Comité de Bioética de España sobre los aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada*”.