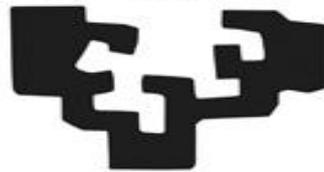


LA MATERNIDAD SUBROGADA: UNA PROBLEMÁTICA POR RESOLVER

eman ta zabal zazu



Universidad
del País Vasco

Euskal Herriko
Unibertsitatea

Grado en Derecho, Curso 2020/2021
TRABAJO FIN DE GRADO

Trabajo realizado por JENNIFER PULIDO LAJUSTICIA
Dirigido por el profesor RAFAEL CARDENAL CARRO

ÍNDICE

ABREVIATURAS	2
I. INTRODUCCIÓN	3
II. CUESTIONES PREVIAS.....	4
2.1 Concepto	4
2.2 Ley 14/2006 sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida.....	4
III. LA PROBLEMÁTICA DE LA GESTACIÓN SUBROGADA PRACTICADA POR ESPAÑOLES EN EL EXTRAJERO. POSICIONAMIENTO CONTRADICTORIO ENTRE LA DGRN Y EL TS.....	7
3.1 Tratamiento jurisprudencial. El “caso cero”.....	7
3.2 La Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010 sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución.....	13
IV. ANÁLISIS CRÍTICO DE LA SITUACIÓN LEGAL Y JURISPRUDENCIAL EN MATERIA DE GESTACIÓN SUBROGADA.....	14
4.1 La Doctrina del TS: Sentencia del TS de 6 de febrero de 2014 y otros pronunciamientos judiciales.....	15
4.2. La Doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.....	21
4.3 Los pronunciamientos de la DGRN: Las luces y sombras de la Instrucción del 5 de octubre de 2010 de la DGRN.....	25
V. PRESENTE Y FUTURO DE LA GESTACIÓN SUBROGADA EN ESPAÑA.....	30
5.1 La Ley 20/2011 del Registro Civil. ¿Soluciona los problemas?	30
5.2 La regulación de la gestación subrogada: en busca de la seguridad jurídica	33
5.2.1 Argumentos a favor de la regularización de la gestación subrogada	34
5.2.2 Condiciones y requisitos.....	41
CONCLUSIONES	44
BIBLIOGRAFÍA	47
ANEXOS.....	52
Anexo 1. Encuestas.....	52

ABREVIATURAS

ap.	Apartado
art.	Artículo
arts.	Artículos
BOE	Boletín Oficial del Estado
CC	Código Civil
CE	Constitución Española
CEDH	Convenio Europeo de Derechos Humanos
DGRN	Dirección General de los Registros y del Notariado
EE. UU.	Estados Unidos
LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil
LRC	Ley del Registro Civil
LTRHA	Ley sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida
Nº	Número
Núm.	Número
p.	Página
pp.	Páginas
RC	Registro Civil
Rec.	Recurso
SAP	Sentencia de la Audiencia Provincial
SJPI	Sentencia Juzgado de Primera Instancia
STS	Sentencia Tribunal Supremo
RRC	Reglamento del Registro Civil
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TS	Tribunal Supremo

I. INTRODUCCIÓN

La problemática derivada de los contratos de gestación subrogada se ha convertido en una de las cuestiones jurídicas más controvertidas y complejas de la última década en el ámbito del ordenamiento civil.

A causa de la reticencia a admitir en el territorio nacional la gestación subrogada, muchos ciudadanos españoles han acudido a un tercer Estado donde sí es posible contratar este tipo de técnica reproductiva. Gracias a la voluntad negocial de un ciudadano español y a la admisión de la práctica de la gestación subrogada por un ordenamiento jurídico extranjero, muchas personas ven cumplidos sus deseos de formar una familia.

Ahora bien, una de las mayores preocupaciones que plantea la figura es el reconocimiento en el Derecho español de la filiación de los menores nacidos en un país extranjero a través de estos contratos de gestación subrogada.

En España las contradicciones jurídicas entre los tribunales y la Dirección General de los Registros y del Notariado (en la actualidad recibe el nombre de Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública) y los pronunciamientos disonantes del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, han generado gran inseguridad e incertidumbre jurídica para miles de familias.

Entiendo que pueden plantear muchas cuestiones sobre la materia debido a estas contradicciones, pero en este trabajo voy a intentar centrarme en dar respuesta a dos cuestiones fundamentales desde el punto de vista jurídico: ¿qué solución jurídica se debe adoptar para regular la situación de los y las menores en España, que hayan nacido en el extranjero mediante un contrato de gestación subrogada? y, por otro lado, ¿debe permitirse o legalizarse la gestación subrogada en España?¹

Para dar respuesta a las cuestiones planteadas, estudiaré el desarrollo de la gestación subrogada en el ordenamiento jurídico español y la problemática a la que se enfrentan

¹ La opinión pública respalda la regularización de la gestación subrogada en España. (ANEXO 1. Encuestas)

en España los padres y madres que traen al mundo a su hijo o hija mediante este método reproductivo.

A lo largo del trabajo veremos como la Ley 14/2006 sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida ofrece una regulación limitada e incompleta de la práctica gestacional, como la Dirección General de los Registros y del Notariado ha ido adoptando criterios contradictorios en sus propias Instrucciones, y como el Tribunal Supremo y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos no han sido capaces de proporcionar una Doctrina certera y coherente en esta materia.

II. CUESTIONES PREVIAS

2.1 Concepto

No hay una definición unívoca, ni siquiera un único término para designar a la que aquí hemos denominado gestación subrogada.²

El ordenamiento jurídico español no contempla ningún tipo de definición legal acerca de esta figura. Es preciso acudir a la Jurisprudencia para buscar una definición, entre otras, la SAP de Valencia de 23 de noviembre de 2011, que señala *“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 puede aportar o no sus gametos”*.³

2.2 Ley 14/2006 sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida

La inadmisión de la gestación subrogada ya sea de forma directa o indirecta dentro del ordenamiento jurídico español, tiene su germen en la ya derogada Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre Técnicas de Reproducción Asistida. En concreto, el artículo 10 establecía que los contratos de gestación subrogada eran nulos de pleno derecho.

² Algunos de los términos o expresiones empleados son las siguientes: “gestación subrogada”, “gestación ajena”, “maternidad sustitutiva”, “maternidad subrogada”, “gestación por encargo”, “gestación por cuenta de otro” o también expresiones más coloquiales como “vientre de alquiler”.

³ Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 10ª, n.º.826/2011 de 23 de noviembre de 2011, Rec. 949/2011 (Aranzadi Instituciones, AC/2011/1561).

Actualmente, la nueva normativa vigente es la Ley 14/2006 sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida,⁴ y aunque introduce importantes novedades con respecto a su antecesora, se limita en lo referente a la gestación subrogada a reproducir literalmente el citado artículo 10:

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

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

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

Esta regulación implica la nulidad de pleno derecho del contrato de gestación subrogada tanto si la mujer gestante obtiene una contraprestación económica como si realiza la labor de forma altruista. En ambas situaciones, no podrán derivarse obligaciones civiles exigibles del contrato celebrado en España. A su vez, remarca la ineficacia de la renuncia por parte de la mujer gestante a la determinación de su filiación materna respecto del recién nacido, en cuanto ésta constituye un “*status filii*” irrenunciable.⁵

El artículo dispone que la filiación será determinada por el parto (*mater semper certa est*)⁶, por lo que se pretende asignar la filiación del recién nacido a la madre gestante y no a la madre comitente (independientemente de si la gestante ha aportado el óvulo o no para realizar el proceso). Para BARBER CÁRCAMO: “*el origen del material biológico (gametos o preembriones) es irrelevante para el Derecho, al menos para la determinación de la maternidad: es madre quien pare, como complemento a la nulidad*

⁴ Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida. (BOE-A-2006-9292).

⁵ DÍAZ FRAILE J.M., “La gestación por sustitución ante el registro civil español; Evolución de la doctrina de la DGRN y de la jurisprudencia española y europea”, *Revista de Derecho Civil*, Vol. VI, núm. 1, enero-marzo, 2019, p. 67.

⁶ Aforismo latino, que puede traducirse como *la madre siempre es conocida*.

de todo contrato de maternidad subrogada”.⁷ Por tanto, se descarta cualquier otra vía de determinación de la filiación materna diferente al parto.

A pesar de esta oposición inicial del legislador español, se ha llevado a cabo una reforma de la LTRHA en virtud de la Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas, que permite que sean madres dos mujeres casadas entre sí (doble maternidad por naturaleza en base al art. 7.3 LTRHA).⁸

No obstante, señalar que el precepto permite llevar a cabo la “acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico”. Es decir, de acuerdo con el criterio de la veracidad biológica, el varón que haya aportado su material genético al proceso de la gestación subrogada podrá reclamar su paternidad. Este matiz de la regulación es relevante para la resolución de muchos de los conflictos internacionales que se plantean en España en relación con la materia.⁹

En definitiva, el artículo 10 LTRHA se limita a declarar la nulidad del contrato de gestación subrogada. Sin embargo, la norma parece no reparar en los efectos y consecuencias que tiene la nulidad del citado contrato, pudiéndose ver afectados varios principios y valores fundamentales que se analizarán a lo largo del trabajo como el derecho a la vida personal y familiar o el interés superior del menor.¹⁰

⁷ BARBER CÁRCAMO, R., “Reproducción asistida y determinación de la filiación”, *REDUR* 8, 2010, p. 29.

⁸ Artículo 7.3 de la Ley 14/2006 sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida: “Cuando la mujer estuviere casada, y no separada legalmente o de hecho, con otra mujer, esta última podrá manifestar conforme a lo dispuesto en la Ley del Registro Civil que consiente en que se determine a su favor la filiación respecto al hijo nacido de su cónyuge”.

⁹ DÍAZ FRAILE, J.M., “La gestación por sustitución...”, cit., p. 67.

¹⁰ RAVETLLAT BALLESTÉ considera que “Partiendo de la base de que el menor es titular de derechos fundamentales porque tiene personalidad jurídica desde el momento de su nacimiento (de acuerdo con el art. 29 Código Civil), el principio del interés del menor se identifica con la protección de aquellos derechos que el ordenamiento jurídico atribuye, con la categoría de fundamentales, a las personas. En consecuencia, la regulación que desarrolle este principio, las resoluciones judiciales que deban decidir en relación a problemas suscitados con menores, no se encuentran con un concepto vacío, puesto que su contenido consiste en asegurar la efectividad de unos derechos a unas personas que por sus condiciones de madurez no pueden actuar por sí mismas, de forma independiente para reclamar su efectividad.”, en “El interés superior del niño: concepto y delimitación del término”, *Educatio Siglo XXI*, Vol. 30, núm. 2, 2012, pp. 89-108.

III. LA PROBLEMÁTICA DE LA GESTACIÓN SUBROGADA PRACTICADA POR ESPAÑOLES EN EL EXTRAJERO. POSICIONAMIENTO CONTRADICTORIO ENTRE LA DGRN Y EL TS.

3.1 Tratamiento jurisprudencial. El “caso cero”.

En la actualidad, resulta difícil mantener las limitaciones o barreras impuestas en el art. 10 de la LTRHA ya que en un mundo globalizado cada vez son más los países -Grecia, EE. UU., Canadá, etc.- que aceptan y regulan la gestación subrogada como técnica reproductiva. Por este motivo, muchos ciudadanos españoles deciden cruzar la frontera en busca de un ordenamiento jurídico extranjero que regule y reconozca los efectos jurídicos de este tipo de relaciones contractuales.¹¹

Ahora bien, los obstáculos se plantean cuando estos ciudadanos deciden regresar a España junto con el menor que ha sido gestado por una tercera persona en el extranjero. En el Derecho interno los contratos de gestación subrogada no producen efectos jurídicos lo que genera problemas relativos, entre otros, al reconocimiento de la filiación subrogada.

Este dilema merece una solución jurídica a la altura. El ordenamiento jurídico español debe encontrar el método más adecuado para que el menor sea reconocido como hijo o hija del comitente, tal y como establece el ordenamiento jurídico extranjero donde se celebró el contrato, y se respeten así los derechos fundamentales de los niños y niñas.¹²

Sin embargo, la realidad es que miles de menores se encuentran en un “limbo jurídico” en nuestro territorio. Y ante la pasividad del legislador nacional son los tribunales los encargados de dar una respuesta a estas cuestiones.

¹¹ En España es posible contactar con agencias o centros que ofrecen sus servicios para llevar a cabo la práctica de la gestación subrogada en otros países, es el caso de la compañía GESTAVIDA que en su página web afirma lo siguiente “*orientamos, asesoramos y acompañamos a las personas que precisan de un proceso de gestación subrogada para poder ser padres*”. Página web: <https://www.gestavida.com/quienes-somos>

¹² Afirma LAMM, E., “(...) *el niño es residente en un Estado que no reconoce a sus padres como sus padres legales, lo que afecta al derecho del niño a la filiación, a adquirir una nacionalidad, el derecho del niño a la identidad, la obligación de los Estados de asegurar que los niños no sean apátridas (etc.), con todas sus consecuencias prácticas*” en “Gestación por sustitución. Realidad y Derecho”, *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, núm.3, Barcelona, 2012, p. 26.

Sirva de ejemplo uno de los casos más paradigmáticos, y que, a su vez, generó un estudio jurisprudencial y doctrinal de la materia en España.

El supuesto es el siguiente; en 2008 un matrimonio formado por dos varones españoles acude al RC Consular de España en San Diego (California, EE. UU.) para inscribir a sus dos hijos gemelos, nacidos a partir de un contrato de gestación subrogada. La documentación presentada es la siguiente: el certificado de nacimiento de los menores, el certificado de nacimiento de los comitentes y el libro de familia.¹³

El Encargado del RC Consular se negó a realizar la inscripción alegando la nulidad de pleno derecho de los contratos de gestación subrogada en virtud del art. 10 LTRHA.

Ante la negación de la inscripción, los interesados interpusieron recurso ante la DGRN. El recurso fue admitido y se ordenó mediante la Resolución de 18 de febrero de 2009¹⁴ la inscripción de la filiación en el Registro Consular español.

La citada Resolución permite la inscripción de la filiación en el RC mediante la certificación extranjera en base al art. 81 del RRC.¹⁵ Asimismo, aprecia que *“la aplicación del art. 81 del Reglamento del Registro Civil excluye, por tanto, la utilización de las normas españolas de conflicto de Leyes, y en concreto, la del art. 9.4 del Código Civil. Por tanto, también excluye la aplicación de la Ley sustantiva a la que tales normas de conflicto españolas pudieran conducir, como la Ley 14/2006, de 26 mayo 2006 sobre técnicas de reproducción humana asistida”*.¹⁶

¹³ En España es posible acreditar la filiación en virtud de lo dispuesto en el art. 113 CC: *“La filiación se acredita por la inscripción en el Registro Civil, por el documento o sentencia que la determina legalmente, por la presunción de paternidad matrimonial y, a falta de los medios anteriores, por la posesión de estado. Para la admisión de pruebas distintas a la inscripción se estará a lo dispuesto en la Ley de Registro Civil. (...)”*.

¹⁴ Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 18 de febrero de 2009 (LA LEY 15366/2009).

¹⁵ Artículo 81 del RRC: *“El documento auténtico, sea original o testimonio, sea judicial, administrativo o notarial, es título para inscribir el hecho de que da fe. También lo es el documento auténtico extranjero, con fuerza en España con arreglo a las leyes o a los Tratados internacionales”*.

¹⁶ Para CAMARERO GONZÁLEZ, G.J., *“la Resolución que comentamos ha intentado eludir el grave problema de fondo con un enfoque unilateral que consiste en negar el fraude de ley y argumentar de modo que quede desplazado el artículo 9.4 CC (...)”* en “Notas sobre la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 18 de febrero de 2009, en un caso de gestación por sustitución”, *Diario La Ley*, núm. 7910, 2012.

Por el contrario, el Tribunal Supremo en su Sentencia del 6 de febrero de 2014¹⁷ confirma la anulación de la Resolución de la DGRN de 18 de febrero de 2009 (tal y como habían hecho otras instancias inferiores)¹⁸ y la inadmisión de la inscripción registral practicada.

Acierta el TS enfocando la problemática del caso. El Alto Tribunal no debe tratar de fijar la filiación derivada de un contrato de gestación subrogada, sino que debe apreciar si en España puede producir efectos jurídicos una certificación registral extranjera que atribuye a los comitentes españoles la filiación de los menores.

Para ello se debe recurrir a la aplicación de la normativa que regula la inscripción de los títulos extranjeros en España. El asiento que se certifica deberá respetar los arts. 81 y 85 RRC¹⁹, así como los requisitos del art. 23 de la LRC.²⁰

¹⁷ Sentencia Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, nº. 835/2013, de 6 de febrero de 2014, Rec. 3146/2014 (Aranzadi Instituciones, RJ\2014\833).

¹⁸ Previamente la Resolución de 2009 de la DGRN fue recurrida por el Ministerio Fiscal en sede judicial, donde se declaró la nulidad de la Resolución; en primer lugar, por la SJPI núm. 15 de Valencia de 15 de septiembre de 2010 (LA LEY 152885/2010), y posteriormente por la SAP núm. 826/2011 de Valencia de 23 de noviembre de 2011.

¹⁹ Artículo 85 RRC: *“Para practicar inscripciones sin expediente en virtud de certificación de Registro extranjero, se requiere que éste sea regular y auténtico, de modo que el asiento de que se certifica, en cuanto a los hechos de que da fe, tenga garantías análogas a las exigidas para la inscripción por la Ley española.*

Se completarán por los medios legales los datos y circunstancias que no puedan obtenerse de la certificación o parte extranjero, por no contenerlos, por no merecer, en cuanto a ellos autenticidad o por ofrecer, por cualquier otro motivo, dudas sobre su realidad.

La falta de inscripción en el Registro extranjero no impide practicarla en el español mediante título suficiente.”

²⁰ Artículo 23 de la Ley de 8 de junio de 1957 del Registro Civil: *“Las inscripciones se practican en virtud de documento auténtico o, en los casos señalados en la Ley, por declaración en la forma que ella prescribe.*

También podrán practicarse, sin necesidad de previo expediente, por certificación de asientos extendidos en Registros extranjeros, siempre que no haya duda de la realidad del hecho inscrito y de su legalidad conforme a la Ley española.

Los asientos se realizarán en lengua castellana o en la lengua oficial propia de la Comunidad Autónoma en que radique el Registro Civil, según la lengua en que esté redactado el documento o en que se realice la manifestación. Si el documento es bilingüe, se realizarán en la lengua indicada por quien lo presente al Registro. Todo ello, siempre que la legislación lingüística de la Comunidad Autónoma prevea la posibilidad de redacción de los asientos de los registros públicos en idioma cooficial distinto del castellano”.

Interpreta el TS que: “la *“legalidad conforme a la Ley española” de los asientos extendidos en Registros extranjeros que exige el art. 23 de la Ley del Registro Civil, si bien no puede entenderse como absoluta conformidad de estos con todas y cada una de las exigencias de nuestra legislación (lo que haría prácticamente imposible el reconocimiento), sí ha de serlo como respeto a las normas, principios y valores que encarnan el orden público internacional español,*²¹ y a este aspecto ha de extenderse el control en qué consiste el reconocimiento de la certificación registral extranjera (...)”. (FJ 3º.4)

El TS considera que la pretensión de los comitentes de inscribir en el RC la filiación de los menores nacidos en California y acreditada por una certificación registral extranjera vulnera el orden público internacional español, por los siguientes motivos:

- a) No puede reconocerse en España la filiación declarada en un acta registral extranjera derivada de un contrato de gestación subrogada, porque es una práctica contraria a nuestro ordenamiento ya que supone una vulneración de “*la dignidad de la mujer gestante y del niño*” y una mercantilización de la gestación y la filiación. (FJ 3º.6)
- b) Solo los comitentes con un poder adquisitivo elevado obtendrían beneficios de ser admitida en España la filiación reconocida por un país extranjero donde si es legal la gestación subrogada. (FJ 3º.6)
- c) La filiación obtenida en el extranjero no debe de ser admitida porque los comitentes buscan eludir la normativa española en la que se declara nulo el contrato de gestación subrogada. (FJ 3º.7)

Y, ¿qué ocurre con el interés superior del menor? El TS entra a analizar esta situación y determina que se trata de un “*concepto jurídico indeterminado*” y, por tanto, una cláusula general susceptible de ponderación judicial. (FJ 5º.3)

Añade que no puede vulnerarse la normativa legal vigente y proceder a inscribir a los menores nacidos en California mediante un contrato de gestación subrogada en el RC español con el fin de salvaguardar únicamente el interés superior del menor. Entiende,

²¹ El subrayado es mío.

por tanto, el Alto Tribunal que junto al interés superior del menor concurren otros valores o bienes jurídicos cuya protección también es sumamente necesaria.²² (FJ 5º.7)

No obstante, el TS sí reconoce que la decisión jurídica adoptada podría suponer un perjuicio para los menores y, por ello, ofrece a los progenitores españoles la cobertura jurídica prevista en el art. 175.5 CC²³ con el objetivo de permitir el desarrollo y la protección de las relaciones familiares de “*facto*” entre los menores y los comitentes.

Asimismo, propone la posibilidad de reclamar judicialmente la paternidad de los menores (art. 10.3 LTRHA) o bien acudir a otras figuras jurídicas como el acogimiento familiar o la adopción que permitirían la integración real de los menores en el núcleo familiar. (FJ 5º.8)

Posteriormente, el TS dicta Auto de 2 de febrero de 2015²⁴ con el fin de resolver el recurso extraordinario de nulidad planteado contra la Sentencia de 6 de febrero de 2014, a raíz de las Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos por las cuales se condenó a Francia por impedir la inscripción y determinación de la filiación paterna respecto del padre biológico en los casos de gestación subrogada.²⁵

En estas sentencias el TEDH resolvió que el no reconocimiento del vínculo de filiación con los padres intencionales de un menor nacido mediante gestación subrogada por el Derecho de un Estado supone una vulneración del derecho a la vida privada y familiar

²² Según la Sentencia 6 de febrero de 2014 es necesario realizar una ponderación entre el interés superior del menor y el resto de bienes jurídicos que pueden verse afectados en el proceso. Tales como: “*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*”.

²³ Artículo 175.5 CC: “*En caso de que el adoptando se encontrara en acogimiento permanente o guarda con fines de adopción de dos cónyuges o de una pareja unida por análoga relación de afectividad a la conyugal, la separación o divorcio legal o ruptura de la relación de los mismos que conste fehacientemente con anterioridad a la propuesta de adopción no impedirá que pueda promoverse la adopción conjunta siempre y cuando se acredite la convivencia efectiva del adoptando con ambos cónyuges o con la pareja unida por análoga relación de naturaleza análoga a la conyugal durante al menos dos años anteriores a la propuesta de adopción*”.

²⁴ Auto Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, Sección Pleno, de 2 de febrero de 2015, Rec. 245/2012 (Aranzadi Instituciones, RJ 2015\141).

²⁵ El Tribunal Europeo de Derechos Humanos en fecha 26 de junio de 2014 dictó dos sentencias de dos casos similares, en relación a la gestación subrogada ante el mismo país Francia: “*Menesson*” (núm. 65192/11, LA LEY 131857/2014) y “*Labassee*” (núm. 65941/11, LA LEY 212088/2014).

en virtud de lo dispuesto en el artículo 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos.²⁶

El TS en su Auto señala que la STS de 6 de febrero de 2014 no vulnera la Doctrina del TEDH impuesta en estas resoluciones. Pues mientras que en el Derecho francés es imposible acreditar el vínculo de filiación entre los menores y los comitentes; ni mediante la inscripción del acta de nacimiento expedida en el extranjero; ni mediante la inscripción del acta de notoria relación de filiación (relaciones familiares de “*facto*”); ni tampoco mediante la reclamación de la filiación biológica paterna o la posible vía de la adopción, en España, se concede a los comitentes la posibilidad de determinar las relaciones paterno-filiales fruto de un contrato de gestación subrogada mediante la reclamación judicial de paternidad o bien acudiendo en algunos casos a las figuras jurídicas de la adopción o el acogimiento familiar.

Aun así, en el Auto se recoge un Voto particular en el siguiente sentido: *“más allá de simples diferencias, consideramos que la solución alcanzada por la mayoría no ha realizado una adecuada ponderación de los bienes jurídicos en conflicto que tome en consideración primordial no solo el interés superior de los menores, que fundamenta en lo sustancial las resoluciones del TEDH, sino la incertidumbre jurídica que la situación genera y seguirá generando en tanto no se dé respuesta a su solicitud de inscripción, y, en definitiva, el modelo de protección que resulta de todas ellas desde la óptica actual de los derechos humanos y de una legislación desbordada por una realidad que deja sin contenido las estructuras lógicas y formales del derecho, con el grave efecto de retrasar una filiación que podía haber sido ya fijada definitivamente y sin inconveniente alguno para nuestro ordenamiento jurídico que, de una forma o de otra, lo está admitiendo a través de vías verdaderamente singulares como son las circulares o las instrucciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado que han terminado por convertir la excepción de orden público en una cuestión meramente formal”*.

²⁶ Artículo 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos: “1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia. 2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás”.

3.2 La Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010 sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución.

Como se señalaba en el Voto particular, la Dirección General del Registro y del Notariado, ante la necesidad imperante de dar soluciones a una realidad emergente opta, por establecer una serie de directrices para poder tramitar las inscripciones en el RC español de los menores nacidos en el extranjero mediante contrato de gestación subrogada.

Así, surge la Instrucción de 5 de octubre de 2010 de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución,²⁷ que pretende preservar los derechos de la mujer gestante y el interés superior del menor.

La inscripción de los menores nacidos en el extranjero mediante contrato de gestación subrogada podrá llevarse a cabo siempre que al menos uno de los progenitores sea español y se presente *“junto a la solicitud de inscripción, la resolución judicial dictada por Tribunal competente en la que se determine la filiación del nacido”* (Directriz primera 1).²⁸

La exigencia de presentar la resolución judicial tiene la finalidad de controlar *“el cumplimiento de los requisitos de perfección y contenido del contrato respecto del marco legal del país donde se ha formalizado, así como la protección de los intereses del menor y de la madre gestante”*.²⁹

²⁷ Instrucción de 5 de octubre de 2010, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución (BOE núm. 243, de 7 de octubre de 2010).

²⁸ Para PANIZA FULLANA la Instrucción: *“lo que quiere es dar una solución a una problemática patente en nuestra sociedad, pero ¿no va en cierto modo en contra de la norma española que declara nulo de pleno derecho el contrato de gestación por sustitución?”* en *“Gestación por sustitución e inscripción de la filiación en el Registro Civil español: la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014”*, *Revista Doctrinal*, Vol. 2, núm. 1, 2014, p. 10.

²⁹ Según VELA SÁNCHEZ: *“en primer lugar, la existencia de una resolución judicial en el país de origen permite el control judicial de los requisitos de percepción y contenido del contrato de gestión por encargo y su adecuación a la ley del país en la que se ha formalizado y la protección procesal de los intereses del menor y de la mujer gestante. En segundo lugar, también garantiza un control de la capacidad jurídica y de obrar de la mujer gestante, que su consentimiento contractual ha sido prestado libre y voluntariamente -sin incurrir error dolo o violencia- así como la imposibilidad de su revocación, por no existir dicha eventualidad o por haber transcurrido su plazo legal. Y, por último, está necesaria intervención judicial trata de evitar que el convenio de gestación por subrogación o encargo sirva de cobertura legal al tráfico internacional de menores,*

Asimismo, es necesario mencionar que en los casos en los que la resolución extranjera sea dictada en el marco de un procedimiento jurisdiccional de naturaleza contenciosa, si no resulta aplicable ningún Convenio internacional, la resolución extranjera deberá ser objeto de exequátur según lo establecido en la LEC de 1881 (Directriz primera 2).³⁰

En cambio, si la resolución judicial extranjera es consecuencia de un procedimiento análogo a uno español de jurisdicción voluntaria, se exige únicamente que el Encargado del RC realice un control incidental de la misma como requisito previo a su inscripción (Directriz primera 3).

Añade la Instrucción que: “*en ningún caso se admitirá como título apto para la inscripción del nacimiento y filiación del nacido, una certificación registral extranjera o la simple declaración, acompañada de certificación médica relativa al nacimiento del menor en la que no conste la identidad de la madre gestante*” (Directriz segunda). Claramente con este precepto la DGRN abandona la postura adoptada previamente en la Resolución de 18 de febrero de 2009 en la que se permitía el acceso al RC de la filiación acreditada mediante la certificación registral extranjera.

Son evidentes las diferencias entre DGRN y el TS respecto a la práctica registral de las filiaciones derivadas de un contrato de gestación subrogada celebrado en el extranjero. A pesar de la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014 la DGRN emitió un Informe en fecha 11 de julio de 2014³¹ confirmando la plena vigencia de la Instrucción 5 de octubre de 2010.

IV. ANÁLISIS CRÍTICO DE LA SITUACIÓN LEGAL Y JURISPRUDENCIAL EN MATERIA DE GESTACIÓN SUBROGADA.

lacra que hay que combatir.” en *Gestación por encargo: Tratamiento judicial y soluciones prácticas. La cuestión jurídica de las madres de alquiler*, Reus, Madrid, 2015, p. 58.

³⁰ En la actualidad procede hacer referencia a los arts. 41 a 61 de la Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil, que regulan el procedimiento del exequatur. Ya que dicha Ley en su Disposición derogatoria única.1 establece que: “*Quedan derogados los artículos 951 a 958 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, aprobada por Real Decreto de 3 de febrero de 1881*”.

³¹ Se realiza una Consulta tras la paralización de las inscripciones en los RC españoles de los nacidos por convenio gestacional después de la STS de 6 de febrero de 2014.

El caos jurídico envuelve la figura de la gestación subrogada en España. Por un lado, tenemos una Ley (la LTRHA) y unos pronunciamientos legales contrarios a la práctica de la gestación subrogada y, por otro lado, tenemos una serie de Circulares e Instrucciones de la DGRN que ofrece efectos jurídicos a la misma. Tampoco la Doctrina del TEDH ha podido disipar la inseguridad e incertidumbre jurídica relativa a este método reproductivo.

En este contexto, procederé a realizar una valoración crítica de las principales resoluciones y pronunciamientos sobre la materia, reflejando la necesidad imperante de regular la gestación subrogada en España.

4.1 La Doctrina del TS: Sentencia del TS de 6 de febrero de 2014 y otros pronunciamientos judiciales.

La posición del TS es clara: no tiene efectos jurídicos en España el acta registral extranjera donde queda acreditada la relación de filiación entre los menores nacidos por gestación subrogada y los comitentes españoles por ser contraria al orden público internacional español. Por tanto, no es posible inscribir en el RC español la filiación admitida en el acta registral extranjera.

No obstante, desde mi punto de vista, también compartido con varios autores, el TS yerra en sus valoraciones asentadas en el principio del “*interés superior del menor*” y en el “*orden público internacional español*” para negar la inscripción.³²

En primer lugar, la cláusula de orden público internacional sólo interviene en supuestos concretos, es decir, el TS debió de determinar qué circunstancias específicas de la certificación extranjera suponían una vulneración del orden público internacional en el caso concreto. Por el contrario, la Sentencia sustenta en afirmaciones generales y normas constitucionales la aplicación de la cláusula de orden público internacional.³³

³² Vid., entre otros: FARNÓS AMORÓS, E., “La filiación derivada de reproducción asistida: voluntad y biología”, *Anuario de Derecho Civil*, Tomo LXVIII, fasc. I, 2015; CALVO CARAVACA A. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., “Gestación por sustitución y Derecho Internacional Privado. Más allá del Tribunal Supremo y del Tribunal Europeo De Derechos Humanos”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 7, núm. 2, 2015.

³³ Concreta HEREDIA CERVANTES, I., “*Por lo pronto la sentencia olvida –al contrario que el voto particular- que el control del orden público, tal y como el propio TS ya ha proclamado en otras ocasiones (p.ej., en su Auto de 21 de abril de 1998), no se realiza respecto de una*

Más aún, a la luz de los hechos descritos en la Sentencia no existe constancia de que los menores sean objeto de un tráfico ilegal, que la mujer gestante no renuncie de forma consciente y voluntaria a la patria potestad, que durante el proceso la mujer gestante haya sufrido coacciones, violencia o intimidación o que intermediarios hubiesen obtenido lucro alguno de ello, o bien que la situación de extrema pobreza y de necesidad que sufriera la mujer gestante en el país extranjero le condujera a la práctica gestacional. De confirmarse alguna de las anteriores afirmaciones entendemos que sí existiría una vulneración del orden público internacional español, porque se produciría un menoscabo de los derechos del menor o de la mujer gestante.

Por el contrario, el TS sin pruebas fácticas presupone de forma automática que existe una “*cosificación de los menores y de la mujer gestante*” en todos los supuestos de gestación subrogada. Esta presunción de los hechos es considerada por el TS como factor suficiente para activar la cláusula del orden público internacional español.³⁴

Pero a mi juicio es el propio Voto particular de la Sentencia 6 de febrero de 2014 el que contiene los motivos para desmontar estos argumentos. Indica que la técnica de la gestación subrogada: “*a) supone una manifestación del derecho a procrear, especialmente importante, para quienes no pueden tener un hijo genéticamente propio, como en este caso; b) no se puede subestimar sin más la capacidad de consentir de la madre gestante; c) el consentimiento de la madre se hace ante la autoridad judicial, que*

*determinada institución (en este caso, la gestación por sustitución), sino respecto de los efectos que supondría la inscripción del concreto documento extranjero (en el presente supuesto la certificación californiana) en España. En otros términos, el control del orden público cuando se trata de determinar si se da o no eficacia a documentos públicos extranjeros no consiste en hacer un juicio en abstracto de la compatibilidad de una determinada figura o institución con nuestro orden público sino en determinar si en cada caso concreto, permitir que dicho documento despliegue o no efectos en España supone una violación flagrante de principios, derechos y valores esenciales de nuestro ordenamiento” en “El Tribunal Supremo y la gestación por sustitución: crónica de un desencuentro”, *El notario del siglo XXI*, 2014.*

³⁴ Para FARNÓS AMORÓS, E., “*En primer lugar, resulta difícil invocar la contrariedad al OP respecto de una norma, el artículo 10 LTRHA, que en realidad no es prohibitiva, sino que se limita a no reconocer efectos en España a un determinado contrato. En segundo lugar, el TS lleva a cabo el control del OP respecto de una determinada institución (la GS) y no respecto de los efectos que supondría la inscripción de un concreto documento extranjero en España 79. Se trata de un control en abstracto que es incompatible con el reconocimiento incidental de una certificación registral extranjera que era mero reflejo registral de una resolución judicial previa y que únicamente requería, como correctamente apunta el voto particular de la sentencia, comprobar si en el caso concreto se vulneraba el OP internacional español (...)*” en “La filiación derivada de reproducción asistida...”, cit., p. 37.

vela porque se preste con libertad y conocimiento de las consecuencias, y d) tratándose de un acuerdo voluntario y libre difícilmente se le explota o cosifica en contra de su libertad y autonomía y en ningún caso afecta al interés del menor que nace en el seno de una familia que lo quiere”.

Por tanto, para denegar la inscripción en el RC español de los menores nacidos por gestación subrogada en un país extranjero donde está legalizada la práctica considero que se debe de realizar: (a) un examen de los hechos del caso concreto; (b) acreditar que durante el procedimiento de la gestación subrogada se han llevado a cabo prácticas ilegales, por ejemplo, que la mujer gestante haya sufrido violencia o intimidación; (c) comprobar que los efectos jurídicos que despliega el acta registral extranjera donde se acredita la filiación de los menores supone una quebrantamiento de los principios y derechos fundamentales en España, tales como, el interés superior del menor. No es válido, por tanto, el razonamiento del TS ya que en la Sentencia no se realiza un examen del caso concreto ni mucho menos se acredita que durante el procedimiento hubiese existido una violación de los derechos del menor o de la mujer gestante.³⁵

En segundo lugar, el TS, con todos mis respetos, realiza una valoración errónea del interés superior del menor. Un principio básico y que, sin duda, es el faro que debe guiar la toma de decisiones en todos los procedimientos en los que esté en juego el futuro de los menores.

Partimos de un error de base ya que el TS en su Sentencia de 6 de febrero de 2014 señala que el interés superior del menor es un “*concepto jurídico indeterminado*”. El Alto Tribunal parece no haber tenido en cuenta ni sus propios criterios ni los recogidos en la Observación General n.º 14, de 29 de mayo de 2013, del Comité de los Derechos del Niño sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial, por los que el interés superior dejó de ser un concepto jurídico indeterminado y pasó a tener una triple dimensión: 1.º como derecho sustantivo, 2.º como principio jurídico interpretativo fundamental y 3.º como norma de procedimiento.³⁶

³⁵ CALVO CARAVACA A. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., “Gestación por sustitución y Derecho Internacional Privado...”, cit., p.80.

³⁶ GARCÍA RUBIO, M., “¿Qué es y para qué sirve el interés superior del menor?”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 13, 2020, pp. 14-49.

El TS no realiza una deliberación acertada de la superioridad valorativa del interés superior del menor, estamos ante un principio "superior". Y no cabe que este principio sea ponderado por el TS de igual modo que el resto de principios y derechos que convergen en la práctica de la gestación subrogada.³⁷

El interés superior del menor debe de prevalecer sobre el resto de intereses que entren en conflicto con él. Así lo establece la Convención de los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, que proclama en su art. 3, párrafo primero: "*En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño*".³⁸

En tercer lugar, con independencia de la valoración que merezca la actuación de los comitentes que acuden a California con la intención de celebrar un contrato de gestación subrogada no puede impedir el TS la inscripción de los menores en el RC español por tal acto. Si esto fuese así, el menor se vería perjudicado por el simple hecho de haber nacido mediante la técnica reproductiva de la gestación subrogada.

Para finalizar este epígrafe, analizaré las soluciones que brinda el TS a los comitentes ante la problemática del reconocimiento en España de la filiación de los nacidos por gestación subrogada en el extranjero: (a) reclamar judicialmente la filiación de los menores (si alguno de los comitentes ha aportado sus gametos para la fecundación); (b) o bien optar por la adopción o acogimiento familiar de los menores.

³⁷ En palabras de CALVO CARAVACA y CARRASCOSA GONZÁLEZ: "(...) en el caso concreto en el que se produzca un enfrentamiento entre estos dos principios antitéticos (= principio uno: el castigo de movimientos ilusorios de la Ley española como el Forum Shopping y la correlativa protección de la "autoridad de la Ley española" y principio dos: el interés del menor), siempre prevalece el principio del interés del menor." en "Gestación por sustitución y Derecho Internacional Privado...", cit., p.82.

³⁸ En términos similares se expresa la normativa estatal en el art. 2.1 de la LO 1/1996, de Protección Jurídica del Menor, introducida por la LO 8/2015, de 22 de julio, de Modificación del Sistema de Protección a la Infancia y a la Adolescencia: "*Todo menor tiene derecho a que su interés superior sea valorado y considerado como primordial en todas las acciones y decisiones que le conciernan, tanto en el ámbito público como privado. En la aplicación de la presente ley y demás normas que le afecten, así como en las medidas concernientes a los menores que adopten las instituciones, públicas o privadas, los Tribunales, o los órganos legislativos primará el interés superior de los mismos sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir*".

Para muchos autores ninguna de las soluciones ofrecidas garantiza la protección y seguridad de los menores desde el punto de vista del interés superior del menor.³⁹

La doctrina del TS ampara la reclamación judicial de paternidad por parte del progenitor que aportó su material genético. Pero en este supuesto los menores únicamente tendrían reconocido como padre legal a uno de los progenitores debiendo el otro progenitor acudir al trámite privilegiado previsto en el art. 176.2.2 CC.⁴⁰ Las dudas e inseguridades son evidentes: ¿Qué sucede si por error se fecunda el óvulo con material genético de varón desconocido? ¿Qué ocurre si llevada a cabo la reclamación de paternidad por parte del progenitor biológico posteriormente este no presta el consentimiento para que su pareja proceda a la adopción del menor?

También usualmente existen casos en los que no existe vinculación genética. Por ello, se plantea la posibilidad de acudir a las figuras jurídicas de la adopción o el acogimiento familiar previstas en el CC. Ahora bien, desde el punto de vista del interés superior y teniendo en cuenta que ambas figuras requieren de un procedimiento reglado, tedioso y complejo no parece que las opciones propuestas sean más favorables que admitir la filiación establecida en la certificación registral extranjera.⁴¹

La cuestión se dificulta aún más en el supuesto de que sea una mujer la que acude a la práctica de gestación subrogada. Independientemente de que la mujer haya o no aportado sus gametos para la normativa española la madre del menor siempre será la gestante, por aplicación del art 10.2 LTRHA. En este sentido, señala DURÁN AYAGO que: “(...) *si de deshacer un conflicto de maternidades se trata, lo más beneficioso para el menor sería optar por la madre que ha querido a ese niño, por la maternidad*

³⁹ CASTILLO MARTÍNEZ, C.C., “La gestación por sustitución y el problema de su acceso al Registro Civil Español”, *Revista de Jurisprudencia*, 2020, pp. 3-4.

⁴⁰ Artículo 176.2 CC: “(...) *no se requerirá tal propuesta cuando en el adoptando concorra alguna de las circunstancias siguientes:*

1.ª Ser huérfano y pariente del adoptante en tercer grado por consanguinidad o afinidad.

2.ª Ser hijo del cónyuge o de la persona unida al adoptante por análoga relación de afectividad a la conyugal.

3.ª Llevar más de un año en guarda con fines de adopción o haber estado bajo tutela del adoptante por el mismo tiempo.

4.ª Ser mayor de edad o menor emancipado”

⁴¹ CALVO CARAVACA A. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., “Gestación por sustitución y Derecho Internacional Privado...”, cit., pp. 92-93.

*intencional, independientemente de que esta mujer haya aportado o no su material genético”.*⁴²

No obstante, si la mujer aportó su material genético podría acudir a la acción de reclamación de la filiación no matrimonial regulada en el art. 133 CC.⁴³ Las opciones se reducen si la mujer no aportó sus óvulos al procedimiento debiendo acudir a algunas de las soluciones previstas en estos casos.⁴⁴

En definitiva, ninguna de las soluciones propuestas es considerada jurídicamente correcta desde la perspectiva del interés superior del menor. En este mismo sentido se pronuncia el Voto particular de la Sentencia 6 de febrero de 2014: *“El interés del menor queda también afectado gravemente. A los niños, de nacionalidad española, se les coloca en un limbo jurídico incierto en cuanto a la solución del conflicto y a la respuesta que pueda darse en un supuesto en el que están implicados unos niños que siguen creciendo y creando vínculos afectivos y familiares irreversibles”.*

Entretanto, la Sala de lo Social del TS en la Sentencia de 16 de noviembre de 2016⁴⁵ confirma los efectos jurídicos y la filiación derivada de un contrato de gestación subrogada en España y reconoce a los progenitores intencionales el derecho a la prestación por maternidad. Afirma la Sentencia que: *“el menor, nacido tras la gestación por sustitución, forma un núcleo familiar con los padres comitentes, que le prestan atención y cuidados parentales y tienen relaciones familiares “de facto”, por lo que debe protegerse este vínculo, siendo un medio idóneo la concesión de la prestación por maternidad”.*

⁴² DURÁN AYAGO, A; “El acceso al registro civil de certificaciones registrales extranjeras a la luz de la Ley 20/2011: relevancia para los casos de filiación habida a través de Gestación por sustitución”. *Anuario español de Derecho Internacional privado*, Tomo XII, 2012, pp. 265.

⁴³ Artículo 133 CC: “1. La acción de reclamación de filiación no matrimonial, cuando falte la respectiva posesión de estado, corresponderá al hijo durante toda su vida. Si el hijo falleciere antes de transcurrir cuatro años desde que alcanzare mayoría de edad o recobrare capacidad suficiente a tales efectos, o durante el año siguiente al descubrimiento de las pruebas en que se funde la demanda, su acción corresponderá a sus herederos por el tiempo que faltare para completar dichos plazos. 2. Igualmente podrán ejercitar la presente acción de filiación los progenitores en el plazo de un año contado desde que hubieran tenido conocimiento de los hechos en que hayan de basar su reclamación. Esta acción no será transmisible a los herederos quienes solo podrán continuar la acción que el progenitor hubiere iniciado en vida.”

⁴⁴ CASTILLO MARTÍNEZ, C.C., “La gestación por sustitución y el problema de su acceso...”, cit., pp. 3-4.

⁴⁵ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Cuarta, de lo Social, Sección Pleno, n.º 953/2016, de 16 de noviembre, Rec. 3146/2014 (LA LEY 177659/2016).

4.2. La Doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

En medio de este desconcierto, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos también ha articulado su propia doctrina con relación a la filiación de los menores nacidos mediante gestación subrogada.

Especialmente relevantes las Sentencias que resuelven los “casos *Menesson v. Francia*” y “*Labasse v. Francia*” dictadas por el TEDH el 26 de junio de 2014 y la Sentencia del “caso *Paradiso y Campanelli v. Italia*” dictada por la Gran Sala del TEDH el 24 de enero de 2017.

Las Sentencias relativas a los casos *Menesson* y *Labasse v. Francia* tienen su origen en los recursos presentados ante el TEDH contra Francia por parte de dos matrimonios franceses que habían acudido a la técnica de la gestación subrogada en el extranjero y se les había denegado la filiación en el Registro Civil francés, apelando al orden público internacional francés y al principio de indisponibilidad del cuerpo humano.⁴⁶

El TEDH estableció que el no reconocimiento en el país origen de la relación de filiación entre los comitentes intencionales y los nacidos mediante gestación subrogada vulnera el art. 8 de la CEDH, relativo al derecho a la vida privada y familiar.⁴⁷

Más aún, cuando en ambos casos los padres comitentes habían aportado su material genético (el óvulo procedía de una donante). Afirma en este sentido el TEDH que: “*El análisis que se ha llevado a cabo tiene un interés especial en un caso como el presente, en que uno de los padres comitentes también es el padre biológico. Dada la importancia del elemento biológico como componente de la identidad (...) no puede considerarse en interés del menor privarle de una relación legal de esta naturaleza cuando la realidad biológica de la relación ha sido establecida y padre e hijo pretenden su pleno reconocimiento. Esta relación no sólo no fue reconocida cuando se solicitó la*

⁴⁶ El Código Civil francés (art. 16-7) y la Ley núm. 94-653, de 24 de julio de 1994, relativa a la Protección del Cuerpo Humano prohíben la práctica de la gestación subrogada en Francia.

⁴⁷ En ambas Sentencias los pronunciamientos del TEDH son idénticos.

transcripción de los certificados de nacimiento, sino que tampoco se llevó a cabo ningún reconocimiento formal por la vía de la declaración de filiación o de la adopción (...).⁴⁸

Ambas Sentencias del TEDH introducen como matiz relevante el vínculo biológico presente entre los padres comitentes y los menores. Para LAMM y RUBAJA esto significa que “*lo que parece ser una decisión progresista es probable que refuerce la idea de que sólo las relaciones genéticas importan en materia de filiación y así condonar una solución legal que margina las madres y los padres intencionales, privándoles de cualquier relación legal con sus hijas/os*”.⁴⁹

Pocos meses después, el 27 de enero de 2015 el TEDH se pronuncia de nuevo sobre la cuestión en la Sentencia del caso *Paradiso y Campanelli v. Italia* en los mismos términos que lo hacía en las Sentencias anteriores.⁵⁰

Sin embargo, el caso *Paradiso y Campanelli v. Italia* tiene matices muy diferentes a los casos *Menesson y Labasse*. El supuesto afecta a un matrimonio italiano con problemas de infertilidad que contrató en Rusia una gestación subrogada. Tras el nacimiento se inscribió al menor como hijo de ambos en Rusia, pero en la certificación registral rusa no constaba referencia alguna al contrato de gestación subrogada. Una vez en Italia, se realizaron las pruebas de paternidad al padre de intención, quedando acreditado que no existía vínculo biológico entre los comitentes y el menor. Por tanto, Italia niega la inscripción de la filiación por ir en contra del orden público italiano y considerar además que se habían aportado documentos falsos por parte de los comitentes. Finalmente, las autoridades italianas deciden dar en adopción al menor de apenas ocho meses por la

⁴⁸ Ap. 100 Caso *Menesson* y ap. 79-80 Caso *Labasse*. Traducción de FARNÓS AMORÓS, E., “La reproducción asistida ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: de *Evans c. Reino Unido a Parrillo c. Italia*”, *Revista de Bioética y Derecho*, 2016, pp.93-111. <https://dx.doi.org/10.1344/rbd2016.36.15381>

⁴⁹ LAMM, E y RUBAJA, N., “Parámetros jurisprudenciales en los casos de gestación por sustitución internacional: los lineamientos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y sus repercusiones en el contexto global”. *Revista de Bioética y Derecho*, 2016, pp. 149-170. <https://dx.doi.org/10.1344/rbd2016.37.16156>

⁵⁰ Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Sección 2ª, de 27 de enero de 2015, Rec. 25358/2012 (LA LEY 62165/2015).

falta de vínculo biológico con los comitentes y la actuación de estos contra el orden público italiano.⁵¹

De nuevo en este caso, el TEDH consideró que existía una violación del art. 8 CEDH relativo a la vida privada y familiar. Para criterio del TEDH la decisión de las autoridades italianas de dar en adopción al menor, lo que suponía una ruptura de los lazos familiares generados durante la convivencia entre los comitentes y el recién nacido, no puede ser justificada bajo la cláusula del orden público italiano ya que en todo caso el principio del interés superior del menor prevalece sobre dicho orden público.⁵² No obstante, no se decretó que el menor abandonara la familia adoptiva.

Esta decisión es recurrida por Italia ante la Gran Sala del TEDH, la cual en su Sentencia de 24 de enero de 2017 determina que no existe una vulneración del art. 8 CEHD puesto que no ha existido una vida familiar de “facto” entre el menor y los comitentes.⁵³

Es importante analizar las cuestiones que llevaron a la Gran Sala del TEDH a tomar esta decisión. De acuerdo con la Jurisprudencia del TEDH la “vida familiar” engloba *“la convivencia, la naturaleza y duración de la relación, y el grado de compromiso y de intereses comunes entre las partes. En consecuencia, el concepto “vida familiar” no solo cubre los vínculos entre las parejas casadas y sus hijos, sino también los existentes entre convivientes de hecho y sus hijos biológicos u otros menores a su cargo, con independencia del estatus legal de los padres (Kroon y otros c. Holanda, asunto 18535/91, 27.10.1994). El TEDH también ha dejado claro que constituye vida familiar la relación entre una madre y su hijo en el momento del nacimiento (Gül c. Suiza, asunto 23218/94, 19.2.1996), la relación entre una familia de acogida y un menor mientras éste estaba bajo su cuidado (Moretti y Benedetti c. Italia, asunto 16318/07, 27.4.2010), y la relación entre el hombre que durante un tiempo crió a un menor como a su hijo, bajo la*

⁵¹ En Italia el art. 12.6 de la Ley nº 40, de 19 de febrero de 2004, sobre normas en materia de procreación médica asistida, prohíbe la gestación subrogada y establece multas administrativas que van de los 5.000 a 50.000 euros.

⁵² Señala FARNÓS AMORÓS, E., “*El mensaje del Tribunal europeo, reiterado en Paradiso y Campanelli c. Italia, es claro: el interés superior del menor es un elemento prioritario en la definición del orden público*” en “La filiación derivada de reproducción asistida...”, cit., p. 47.

⁵³ Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Sala Grand Chamber, de 24 de enero de 2017, Rec. 25358/12.

creencia de que era tal, por mucho que después su paternidad fuera impugnada (Nazarenko c. Rusia, asunto 39438/13, 16.10.2015)".⁵⁴

Teniendo en cuenta esta Doctrina, la Gran Sala decide que ante la ausencia de vinculación genética entre el menor y los comitentes es necesario comprobar la existencia de unos vínculos familiares que permitan determinar la existencia de una vida familiar. En este sentido, la Gran Sala del TEDH valora que el breve periodo de convivencia del menor con los comitentes (8 meses), unido a la falta de vínculo biológico y a la inseguridad jurídica creada por las actuaciones fraudulentas de los padres comitentes, llevan a concluir que no existe una vida familiar de "facto".

Los razonamientos de la Gran Sala del TEDH para negar la existencia de una vida familiar entre el menor y los comitentes resultan limitados. En mi opinión, el corto periodo de convivencia familiar no es justificación suficiente para descartar los vínculos familiares entre los comitentes y el menor, más aún, si tenemos en cuenta que la ruptura de la convivencia fue debido a la injerencia de las autoridades italianas que decidieron dar al menor en adopción. Asimismo, la ausencia de vínculos genéticos tampoco es un argumento válido para negar la existencia de una vida familiar. Y, por último, en relación con la conducta de los comitentes la Gran Sala ignora que la gestación subrogada tiene lugar en Rusia, donde sí está permitida esta técnica reproductiva.⁵⁵

⁵⁴ FARNÓS-AMORÓS, E., "Paradiso y Campanelli c. Italia (II): los casos difíciles crean mal derecho(I)", *Revista de Bioética y Derecho*, núm. 40, 2017, pp. 231-242.

⁵⁵ En la misma línea crítica, GARCÍA SAN JOSÉ señala que el voto disidente formulado por los cinco jueces de la Gran Sala del TEDH reconoció que "(...) *el único fallo posible debía haber sido el declarar la responsabilidad del Estado italiano por la violación del art. 8 del Convenio, coincidiendo con el fallo alcanzado por la Sala del Tribunal Europeo en su sentencia de 27 de enero de 2015. Para estos jueces de la minoría, dos razones estrechamente interconectadas debieron haber sido tenidas en cuenta por la mayoría: de una parte, la existencia de una vida familiar de facto en las circunstancias del caso, al entender que la inexistencia del vínculo biológico entre el padre de intención y el menor no sería tan determinante como la actitud de las partes; en especial, el hecho de que la escasa duración de la cohabitación entre el menor y los padres de intención no sería imputable a aquellos, sino a las autoridades italianas, que la cortaron de manera radical al considerar que el menor estaba en situación de abandono. De otra parte, los jueces que firman la opinión disidente conjunta al fallo de la mayoría de la Gran Sala negaron que las autoridades italianas hubieran respetado un justo equilibrio entre los diversos intereses en juego al no haber tomado en cuenta el interés superior del menor.*" en "La gestación por sustitución y las obligaciones emanadas para los Estados parte en el Convenio Europeo de Derechos Humanos: repercusiones en el ordenamiento jurídico español del activismo y de la autolimitación judicial del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en relación con la gestación por sustitución", *Revista Española de Derecho Constitucional*, 2018, pp. 103-130.<https://doi.org/10.18042/cepc/redc.113.04>

Para cerrar este epígrafe, haremos mención a la opinión no vinculante dictada por el TEDH el 10 de abril de 2019 a instancia de Francia⁵⁶, en la que se estableció que los Estados deben de garantizar que la madre de intención sea reconocida como madre legal del menor de manera “rápida y efectiva”, respetando así el art. 8 CEDH.

Es cierto, que la doctrina plasmada por el TEDH y la Gran Sala impide fijar un denominador común a la hora de tratar la problemática generada por los contratos de gestación subrogada. Las resoluciones judiciales dictadas a la luz de las cuestiones concretas de cada caso ponen de manifiesto una vez más que los pronunciamientos acerca de esta materia son dispares e incongruentes.

No obstante, coincido con ABELLÁN-GARCÍA en que a partir de estos pronunciamientos del Tribunal Europeo *“las prohibiciones de la gestación por sustitución incluidas en las leyes de los Estados miembros de la Unión Europea, no pueden dar lugar a una denegación absoluta del reconocimiento de la filiación de los hijos nacidos de esa técnica en el extranjero, lo que supone un resquebrajamiento notable de esas prohibiciones y justifica la realización de un debate a fondo en la sociedad”*.⁵⁷

Es innegable que los planteamientos y premisas adoptadas por el TEDH crean un nuevo dilema jurídico en la gestación subrogada que debe ser afrontado por la legislación interna: admitiendo la gestación subrogada en España, o al menos, regularizando los efectos que pueden generar en España la gestación subrogada en un tercer Estado donde si es legal.

4.3 Los pronunciamientos de la DGRN: Las luces y sombras de la Instrucción del 5 de octubre de 2010 de la DGRN

La Instrucción del 5 de octubre de 2010 de la DGRN tampoco ha resuelto los problemas de la práctica registral de los menores nacidos mediante gestación subrogada. Esta Instrucción ha sido objeto de numerosas críticas y polémicas.

⁵⁶ Opinión no vinculante, “Gran Sala”, de 10 de abril de 2019 (Petición n.º P16-2018-001)

⁵⁷ ABELLÁN-GARCÍA SÁNCHEZ, F., “Gestación por sustitución: dificultades para mantener la prohibición en España”, *Revista de Derecho, Empresa y Sociedad (REDS)*, núm.9, 2016, pp. 60-77.

La DGRN exige como requisito para la inscripción de la filiación presentar ante el Encargado del RC Consular una resolución judicial extranjera que determine la filiación del recién nacido. Su justificación es la siguiente: *“El requisito de que la atribución de filiación deba basarse en una previa resolución judicial tiene su fundamento en la previsión contenida en el artículo 10.3 de la Ley 14/2006 de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción asistida humana (...)”*.

Señala DURÁN AYAGO que la exigencia de una resolución judicial extranjera resulta discriminatoria para todos aquellos casos en los que el Estado extranjero no exige la intervención de una autoridad judicial para determinar la filiación del nacido mediante gestación subrogada.⁵⁸

Asimismo, CALVO CARAVACA y CARRASCOSA GONZÁLEZ afirman que: *“La exigencia de resolución judicial extranjera podría incluso resultar discriminatoria por razón de filiación. En efecto, pueden ser inscritas directamente las actas registrales extranjeras de nacimiento si se refieren a sujetos nacidos en el extranjero sin haber recurrido a estas técnicas de gestación por sustitución, pero no en estos casos, lo que perjudica a estos menores y los «discrimina» o hace de peor condición jurídica. Ello no sintoniza correctamente ni con el art. 14 CE 1978 ni con los instrumentos legales internacionales que protegen el «interés superior del menor» y, por tanto, de todos los menores sin distinción alguna por razón de filiación”*.⁵⁹

Para algunos autores la exigencia de la Instrucción de presentar una resolución judicial extranjera para determinar la filiación del nacido mediante gestación subrogada es

⁵⁸ DURÁN AYAGO opina que: *“Sin ningún refrendo legal, la DGRN denegaba el acceso al Registro Civil a las filiaciones que únicamente hubieran quedado acreditadas en los Registros Civiles de los Estados en que hubiera nacido el niño, si en esos Estados no se exigía la intervención de una autoridad judicial. Por tanto, se introducía una discriminación más; no sólo se discriminaba a quien queriendo ser padre/madre no contaba con medios para poder gestar a su hijo a través de esta técnica desplazándose al extranjero, sino que entre los que sí habían podido hacerlo, se hacía una discriminación según que se hubieren dirigido a un Estado en que se exigiera o no intervención judicial. Todo ello sin amparo legal alguno”* en “El acceso al registro civil de certificaciones registrales extranjeras ...”, cit., p. 304.

⁵⁹ CALVO CARAVACA, A. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., “Notas críticas en torno a la Instrucción de la Dirección General de los registros y del notariado de 5 octubre de 2010 sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol.3, núm.1, 2011, p. 252.

contraria a la Ley.⁶⁰ Argumentan que el art. 23 de la LRC y los arts. 81 y 85 del RRC permiten que mediante la presentación de una simple acta registral extranjera se pueda registrar en el RC español el nacimiento de un menor en el extranjero sin necesidad de que exista una resolución judicial extranjera. Esta exigencia no respetaría el principio de jerarquía normativa previsto en el art. 9.3 CE.⁶¹

Por el contrario, hay autores que consideran que la exigencia adoptada por la DGRN no contradice la normativa española y su directriz queda justificada en virtud de los arts. 23 LRC y 85 RRC. Ambos preceptos permiten que las certificaciones registrales extranjeras accedan al RC, pero a su vez exigen que estas cumplan una serie de requisitos. Señala HEREDIA CERVANTES que: *“La DGRN, en el marco de las competencias de ordenación y dirección de los Encargados del Registro Civil que ostenta en virtud del artículo 9 LRC y 41 RRC, está perfectamente legitimada tanto para interpretar tales requisitos a través de una instrucción con vistas a establecer las pautas de actuación de aquéllos, como para determinar en qué supuestos no se cumplen dichos requisitos”*.⁶²

También, es objeto de crítica el “olvido” por parte de la DGRN de la cláusula de orden público español. Aunque, autores como GUZMÁN ZAPATER⁶³ opinan que la omisión del orden público español es sorprendente pero no relevante si tenemos en cuenta que la Instrucción busca salvaguardar de forma prioritaria los derechos fundamentales de las partes intervinientes en el proceso (dimensión procesal de la cláusula de orden público).

Tras estas polémicas ÁLVAREZ RODRÍGUEZ y CARRIZO AGUADO consideran que es necesario una modificación del *“Derecho sustantivo con una coherente regulación del reconocimiento de las situaciones de gestación por sustitución provenientes del*

⁶⁰ CALVO CARAVACA, A. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., “Notas críticas en torno a la Instrucción ...”, cit., p 251-252.

⁶¹ Artículo 9.3 de la CE: *“La Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos”*.

⁶² HEREDIA CERVANTES, I., “La Dirección General de los Registros y del Notariado ante la gestación por sustitución”, *ADC: Anuario de Derecho Civil*, Tomo LXVI, Fasc. II, 2013, p. 713.

⁶³ GUZMÁN ZAPATER, M., “Gestación por sustitución y nacimiento en el extranjero: hacia un modelo de regulación (sobre la Instrucción DGRN de 5 de octubre de 2010)”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, Tomo X, 2010, pp. 731-743.

*extranjero, ya que, a pesar de la existencia de la instrucción de la Dirección General de Registros y del Notariado de 5 de octubre de 2010, está se ha hecho insuficiente”.*⁶⁴

Y en un nuevo intento de adaptar y actualizar la normativa a las nuevas necesidades sociales de la práctica registral de los menores nacidos mediante gestación subrogada, la DGRN dictó la Instrucción de 14 de febrero de 2019.⁶⁵

Esta nueva Instrucción permite inscribir en el RC a los menores nacidos mediante gestación subrogada en el extranjero: (a) mediante resolución judicial extranjera firme; (b) o bien a través de un trámite administrativo de reconocimiento extrajudicial de la paternidad en el RC Consular. Esta segunda opción se configura como una de las principales novedades.⁶⁶

La Instrucción señala que *“en caso de que en la certificación registral extranjera, o en la declaración y certificación médica del nacimiento del menor, conste la identidad de la madre gestante, siendo ésta extranjera y habiendo ocurrido el nacimiento en el extranjero, la competencia del Registro Civil español para practicar la inscripción de dicho nacimiento requiere que se acredite la filiación del menor respecto de un progenitor español (...)”*. La acreditación podría lugar:

“a) bien mediante sentencia firme recaída en un procedimiento de filiación, conforme a los artículos 764 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 10.3 de la Ley sobre técnicas de reproducción humana asistida, o

⁶⁴ ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, A. y CARRIZO AGUADO D., “Tratamiento legal del contrato de gestación por sustitución en el Derecho Internacional Privado español a la luz de la STS de 6 de febrero de 2014. Dime niño, ¿de quién eres...?”, *La Notaría*, núm. 2, 2014, p.65.

⁶⁵ La Instrucción 14 de febrero de 2019 pretende dar una solución a las decenas de familias españolas que viven atrapadas en Ucrania. El Código de Familia ucraniano atribuye directamente la condición de padres legales a los comitentes (la mujer gestante no tiene ningún derecho sobre el menor). Por este motivo, Ucrania no reconoce al menor como ciudadano ucraniano, pero tampoco es posible inscribir su filiación en el RC Consular porque en el certificado de nacimiento no aparece la identificación de la mujer gestante. (MÁRQUEZ, N., “Kiev: recién nacidos atrapados en el limbo”, *Diario de Sevilla*, 8 junio de 2019. https://www.diariodesevilla.es/sevilla/Kiev-recien-nacidos-atrapados-Kirev_0_1362163997.html)

⁶⁶ MUÑOZ RODRIGO, G., “La filiación y la gestación por sustitución: a propósito de las instrucciones de la DGRN de 14 y 18 de febrero de 2019”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm 10 bis, junio 2019, pp. 722-735.

b) bien mediante el reconocimiento del padre en cualquiera de las formas establecidas en el Código civil⁶⁷ y cumpliendo los requisitos previstos en cada caso para la plena validez y eficacia de dicho reconocimiento”.

No obstante, la Instrucción puntualiza que en los supuestos de reconocimiento de la filiación paterna es necesario complementar dicho reconocimiento con otros medios de prueba que acrediten esa realidad. La prueba de ADN se configura como el medio de prueba preferente, pero “no exclusivo”.

Por otro lado, la Instrucción también da respuesta a los supuestos en los que la ley extranjera determina “en virtud de un contrato de gestación por sustitución la maternidad únicamente a favor de una mujer distinta de la que ha gestado” con el fin de una buscar una “solución que tutele de manera efectiva los intereses preferentes de ese menor”.

En este sentido señala que: “si la comitente presentara algún vínculo genético con el nacido/a por haber aportado su óvulo para la fecundación, será aplicable analógicamente lo previsto en el artículo 10.3 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, (...), a efectos de poder reconocer e inscribir en el Registro Civil español la filiación materna a favor de la mujer cuyo material genético hubiere sido empleado en la formación del pre embrión transferido a la madre gestante”.

Se trata de una importante novedad introducida por la Instrucción dado que anteriormente la Instrucción de 2010 prohibía el registro de las certificaciones extranjeras en las que no constaba la identidad de la mujer gestante.⁶⁸

Sin embargo, pocos días después se dicta la Instrucción del 18 de febrero de 2019,⁶⁹ que anula la Instrucción de 14 de febrero de 2019 y proclama de nuevo la vigencia del marco legal definido en la Instrucción de 2010.

⁶⁷ El subrayado es mío.

⁶⁸ CASTILLO MARTÍNEZ, C.C., “La gestación por sustitución y el problema de su acceso...”, *cit.* pp. 18-19.

⁶⁹ Instrucción de 18 de febrero de 2019, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre actualización del régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución (BOE núm. 45, de 21 de febrero de 2019).

En definitiva, la DGRN no solo entra en contradicción con el TS, sino con sus propios criterios. Lo que desencadena una alarmante situación y la imperiosa necesidad de adoptar una definitiva solución legal.

V. PRESENTE Y FUTURO DE LA GESTACIÓN SUBROGADA EN ESPAÑA

5.1 La Ley 20/2011 del Registro Civil. ¿Soluciona los problemas?

La nueva Ley 20/2011 del Registro Civil tampoco ha abordado directamente la regularización de la gestación subrogada.⁷⁰ El legislador nacional parece ignorar de nuevo el problema.

Sin embargo, apunta ÁVILA HERNÁNDEZ que “Quizás la intención fuera regular sin nombrarla, para esquivar el debate público”.⁷¹ Ciertamente, la nueva Ley del Registro Civil introduce importantes novedades respecto del acceso de las certificaciones registrales extranjeras al RC.

El artículo 96 de la citada Ley establece: “1. Sólo procederá la inscripción en el Registro Civil español de las sentencias y demás resoluciones judiciales extranjeras que hayan adquirido firmeza. Tratándose de resoluciones de jurisdicción voluntaria, éstas deberán ser definitivas. En el caso de que la resolución carezca de firmeza o de carácter definitivo, únicamente procederá su anotación registral en los términos previstos en el ordinal 5.º del apartado 3 del artículo 40 de la presente Ley.

2. La inscripción de las resoluciones judiciales extranjeras se podrá instar:

1.º Previa superación del trámite del exequátur contemplado en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881. Hasta entonces sólo podrán ser objeto de anotación en los términos previstos en el ordinal 5º del apartado 3 del artículo 40 de la presente Ley.

⁷⁰ La Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil entró en vigor el pasado 30 de abril de 2021, tal y como se estableció en la disposición final segunda del Real Decreto-ley 16/2020, de 28 de abril, de medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID-19 en el ámbito de la Administración de Justicia. (BOE-A-2020-4705).

⁷¹ ÁVILA HERNÁNDEZ, J C., “La maternidad subrogada en el Derecho comparado”, *Cadernos de Dereito Actual*, núm. 6, 2017, pp. 313-344.

2.º Ante el Encargado del Registro Civil, quien procederá a realizarla siempre que verifique:

- a) *La regularidad y autenticidad formal de los documentos presentados.*

- b) *Que el Tribunal de origen hubiera basado su competencia judicial internacional en criterios equivalentes a los contemplados en la legislación española.*

- c) *Que todas las partes fueron debidamente notificadas y con tiempo suficiente para preparar el procedimiento.*

- d) *Que la inscripción de la resolución no resulta manifiestamente incompatible con el orden público español. (...)*”

Este artículo regula el acceso de las resoluciones judiciales extranjeras al RC español. El reconocimiento de estos títulos se llevará a cabo por la vía del exequátur si la resolución extranjera tiene su origen en un procedimiento contencioso o por la vía del reconocimiento incidental si es un procedimiento equiparable al de jurisdicción voluntaria.⁷²

Por otro lado, el art. 98.1 del mismo texto legal dispone que las certificaciones extranjeras que no se basen en resoluciones judiciales podrán inscribirse en el RC español siempre que se verifiquen los siguientes requisitos:

- “a) Que la certificación ha sido expedida por autoridad extranjera competente conforme a la legislación de su Estado.*

- b) Que el Registro extranjero de procedencia tenga, en cuanto a los hechos de que da fe, análogas garantías a las exigidas para la inscripción por la ley española.*

⁷² La Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria regula en sus arts. 11 y 12 criterios similares.

c) Que el hecho o acto contenido en la certificación registral extranjera sea válido conforme al ordenamiento designado por las normas españolas de Derecho internacional privado.⁷³

d) Que la inscripción de la certificación registral extranjera no resulta manifiestamente incompatible con el orden público español”.

Asimismo, el apartado segundo del citado artículo señala que: “2. En el caso de que la certificación constituya mero reflejo registral de una resolución judicial previa, será ésta el título que tenga acceso al Registro. Con tal fin, deberá reconocerse la resolución judicial de acuerdo a alguno de los procedimientos contemplados en el artículo 96 de la presente Ley”.

La nueva LRC en su art. 98 reafirma los criterios establecidos por la DGRN. Valida tanto la Resolución de 18 de febrero de 2009, en la que se admitió las certificaciones extranjeras como título válido practicar la inscripción en el RC, así como, la Instrucción de 2010 que exige que, si una certificación constituye mero reflejo registral de una resolución judicial previa, será esta el título que tenga acceso al Registro.

Estos preceptos de la LRC parecen que amparan la inscripción de la filiación en el RC español de los nacidos en el extranjero mediante contrato de gestación subrogada. Ahora bien, no podemos obviar que la LRC termina invocando al orden público español para el reconocimiento de efectos de los actos judiciales o de jurisdicción voluntaria.

La invocación del “*Derecho internacional privado*” podría ser un límite para la inscripción de los nacimientos producidos en el extranjero derivados de un contrato de gestación subrogada.⁷⁴

⁷³ El subrayado es mío.

⁷⁴ Para BARBER CÁRCAMO: “ (...) a la luz de la normativa que viene, la exigencia de controlar tanto el documento público extranjero como la certificación registral que acredite la filiación del hijo nacido a través de gestación por sustitución conforme a la ley española cuando tal es la nacionalidad del hijo, resulta indudable, y por ende la negativa al reconocimiento de sus efectos en tanto siga vigente en actual artículo 10 LTRHA” en “La legalización administrativa de la gestación por sustitución en España (crónica de una ilegalidad y remedios para combatirla)”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 14, 2008, p. 2926.

En cambio, los autores que consideran que la nueva Ley del RC sí posibilita la inscripción en nuestro RC de la filiación derivada de un contrato de gestación subrogada afirman que no existe vulneración del orden público internacional español puesto que *“el convenio gestacional no es per se contrario a la dignidad de la mujer gestante ni a la del hijo así nacido, pues, como reconoce la propia STS de 6 de febrero de 2014, no debe subestimarse la capacidad de consentir de la mujer gestante, consentimiento informado y libre, ni el interés superior del menor”*.⁷⁵

De nuevo, la polémica e incertidumbre jurídica están servidas con la nueva Ley 20/2011 del Registro Civil. ¿Es posible que gracias a la nueva LRC sean admitidas las resoluciones extranjeras que determinan la filiación de los menores nacidos mediante gestación subrogada? ¿Evita la polémica el legislador omitiendo el término de la gestación subrogada, pero permitiendo la admisión indirecta de la misma? O bien, ¿el legislador pretendió reforzar la normativa prevista en el art. 10 LTRHA?

Para DURÁN AYAGO: *“Detrás de este enrevesado laberinto llegamos al punto de partida: o se acepta la gestación por sustitución y se la dota de un contenido material en el que se garanticen los intereses de todos los implicados, o estaremos haciendo equilibrios con cuestiones sobre las que no cabe realizar malabarismos. Si confluimos en que el interés superior del niño es que quede acreditada su filiación; si entendemos que quien va a hacerse cargo del niño es quien lo ha querido (comitente/s); si consideramos que la mujer gestante debe ser asesorada en todo momento de la trascendencia de su acuerdo con la pareja o la persona comitente, si valoramos todo ello, sólo nos queda una vía, la modificación del Derecho sustantivo. Lo demás es utilizar al DIPr como excusa para remover obstáculos que sólo al legislador estatal incumben”*.⁷⁶

5.2 La regulación de la gestación subrogada: en busca de la seguridad jurídica

El caos jurídico es una realidad patente. Las diferencias entre el Tribunal Supremo y la DGRN, las incongruencias de la jurisprudencia del TEDH y la ausencia de una normativa interna que dé respuesta a las nuevas realidades sociales demandas por miles de

⁷⁵ VELA SÁNCHEZ, A.J., *Tratamiento judicial y soluciones prácticas. La cuestión jurídica de las madres de alquiler*, cit., p. 227.

⁷⁶ DURÁN AYAGO, A., "El acceso al registro civil de certificaciones registrales extranjeras a la luz de la Ley 20/2011: relevancia para los casos de filiación habida a través de gestación por sustitución. Casos de filiación habida a través de gestación por sustitución", cit., p. 304.

familias españolas, no permite establecer un marco jurídico seguro y coherente respecto a la gestación subrogada en España.⁷⁷

Ante la ausencia de un marco jurídico, las directrices de la Instrucción de 5 de octubre de 2010 dictada por la DGRN son insuficientes para abordar una materia que exige ser regulada en nuestro país con urgencia.

Considero que el legislador nacional debe aprobar una normativa favorable a la gestación subrogada en España, erradicando así la inseguridad e incertidumbre jurídica que existe.⁷⁸ La legalización de la gestación subrogada permitiría proteger el interés superior del menor, los derechos fundamentales de la madre gestante, los derechos reproductivos y/o las posibles situaciones de explotación.

Al mismo tiempo, las autoridades internacionales deben trabajar para adoptar Convenios internacionales que permitan el desarrollo y armonización de las decisiones de los diferentes Estados respecto a la materia.⁷⁹

5.2.1 Argumentos a favor de la regularización de la gestación subrogada

Impedir la práctica de la gestación subrogada no ha resultado eficaz, pues la realidad, analizada a lo largo del trabajo, ha puesto de manifiesto que siempre existirán personas que deseen recurrir a esta práctica y personas que estén dispuestas a asumir la gestación.⁸⁰

⁷⁷ A modo ilustrativo del alcance que representa la gestación subrogada en España, el periódico ABC a través de los datos aportados por Portal de Transparencia, estima que se registraron entre 2017 y 2020 unas 1707 solicitudes para inscribir a menores nacidos por maternidad subrogada como españoles. (CALVO, E., “España ha inscrito a más de 2.300 niños nacidos por gestación subrogada en los últimos diez años”, *Periódico ABC*, 22 de febrero de 2021. https://www.abc.es/sociedad/abci-espana-inscrito-mas-2300-ninos-nacidos-gestacion-subrogada-ultimos-diez-anos-202102210033_noticia.html).

⁷⁸ En España ya existen propuestas legislativas para regular la gestación subrogada, por ejemplo, el Grupo Parlamentario Ciudadanos en el año 2019 realizó una nueva propuesta legislativa reguladora del derecho a la gestación por sustitución, con importantes novedades respecto de la primera propuesta legislativa del año 2017. Disponible en: https://www.congreso.es/public_oficiales/L13/CONG/BOCG/B/BOCG-13-B-46-1.PDF

⁷⁹ En 2015 la Conferencia internacional de la Haya, comenzó a trabajar con un grupo de expertos para la elaboración de un régimen jurídico internacional que permita regular la inscripción de los niños nacidos a través de las técnicas de gestación subrogada.

⁸⁰ En este sentido LAMM afirma que: “*la prohibición de la gestación por sustitución por la LTRHA no evitó que ésta se lleve a cabo ni en España ni en el extranjero. Fue precisamente la GS*

En España se permite el método ROPA, que admite la posibilidad de que una pareja de mujeres sean madres “*siendo una la madre genética al aportar el óvulo y la otra la madre biológica, al gestar en su vientre al bebé*”.⁸¹ ¿No es en sí el método ROPA una modalidad de gestación subrogada?

No obstante, el Comité de Bioética de España aboga por una prohibición universal de la gestación subrogada y afirma que “*El deseo de una persona de tener un hijo, por muy noble que sea, no puede realizarse a costa de los derechos de otras personas. La mayoría del Comité entiende que todo contrato de gestación por sustitución entraña una explotación de la mujer y un daño a los intereses superiores del menor y, por tanto, no puede aceptarse por principio*”.⁸² Estos argumentos son adoptados por muchos de los detractores de este tipo de método reproductivo.

Pero la prohibición supone la creación de un mercado clandestino y un escenario de inseguridad jurídica para las partes involucradas en el proceso. En mi opinión la creación de un marco legal que permita regular los principales intereses y derechos de las partes daría respuesta a muchos de los problemas generados por la gestación subrogada en la actualidad.

Los principales argumentos para regularizar la gestación subrogada en España:

a) El Derecho a procrear

El derecho a procrear es reconocido en el ámbito internacional. Para FARNÓS AMORÓS: “*varios textos jurídicos internacionales han subrayado la importancia de la*

internacional la que además de evidenciar una realidad, puso de manifiesto la necesidad de dar una respuesta legal a los nacidos por gestación por sustitución en el extranjero, lo que vino a confirmar la ya existente necesidad de adoptar un marco legal que admita y regule esta figura” en *Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*, Publicacions i Edicions de la Universitat de Barcelona, Barcelona, 2013, p.194.

⁸¹ En España diversas clínicas ofrecen la posibilidad de llevar a cabo el método ROPA. Página web: <https://ivi.es/tratamientos-reproduccion-asistida/metodo-ropa/>

⁸² Comité de Bioética en España, en *Informe del Comité de Bioética de España sobre los aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada*, Madrid, 19 de mayo de 2017, p. 86. http://assets.comitedebioetica.es/files/documentacion/es/informe_comite_bioetica_aspectos_etiocos_juridicos_maternidad_subrogada.pdf

unidad familiar y de la reproducción a partir del derecho a fundar una familia y de la opción reproductiva".⁸³

Así, el art. 16 de la Declaración Universal de Derechos Humanos establece en su apartado primero que "Los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia (...)". Otros textos internacionales, como por ejemplo, el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades fundamentales, ratifica el derecho a formar una familia e incluye a su vez la protección de la vida familiar y privada (arts. 12 y 8 respectivamente).⁸⁴ También, el Comité de los Derechos Humanos se ha pronunciado al respecto y señala que "el derecho a fundar una familia implica, en principio, la posibilidad de procrear y de vivir juntos".⁸⁵

Por otro lado, algunos autores aseguran que el derecho a la salud reproductiva⁸⁶ ampara el derecho a procrear. La salud reproductiva respalda "la capacidad de disfrutar de una vida sexual satisfactoria y sin riesgos de procrear, y la libertad para decidir hacerlo o no hacerlo, cuándo y con qué frecuencia".⁸⁷

Sin embargo, el ordenamiento jurídico español no reconoce el derecho a procrear. Dicho derecho se deriva en mi opinión, de otros derechos fundamentales recogidos en la CE y asentados "en el derecho a la libertad (artículos 1.1 y 17.1 CE), en la dignidad de la persona, en sus derechos inviolables e inherentes, en el libre desarrollo de la personalidad (artículo 10.1 CE) y en el derecho a la intimidad (artículo 18.1 CE)".⁸⁸

⁸³ FARNÓS AMORÓS, E., *Consentimiento a la reproducción asistida: crisis de pareja y disposición de embriones*, Atelier Libros Jurídicos, Barcelona, 2011, p. 43.

⁸⁴ REGLADO TORRES, M., "Efectos, consecuencias y regulación de la maternidad subrogada", *Femeris*, Vol. 2, núm. 2, 2017, pp. 10-34. <https://doi.org/10.20318/femeris.2017.3756>

⁸⁵ Observación General núm. 19, Comentarios generales adoptados por el Comité de los Derechos Humanos, Artículo 23 - La familia, 39º período de sesiones, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7.

⁸⁶ El Capítulo VII, en concreto el apartado 7.33, del Programa de Acción Internacional sobre la Población y el Desarrollo realizado del 1994 en El Cairo (Egipto) define la salud reproductiva como "la capacidad de disfrutar de una vida sexual satisfactoria y sin riesgos y de procrear, y la libertad para decidir hacerlo o no hacerlo, cuándo y con qué frecuencia".

⁸⁷ LAMM, E., *Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada ...*, cit., p. 230.

⁸⁸ IGAREDA GONZÁLEZ, N., "El hipotético derecho a la reproducción", *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, núm. 23, 2011, p. 259.

Precisamente estos preceptos darán cobertura a la posible regulación de la gestación subrogada, ya que en la actualidad amparan también la regulación de las técnicas de reproducción humana asistida en España.

No obstante, algunos autores consideran, erróneamente a mi entender, que el derecho a procrear no es un derecho como tal sino un simple deseo egoísta de los seres humanos y que por ello no es admisible que nuestro ordenamiento jurídico admita la gestación subrogada.⁸⁹ Entonces ¿por qué en España se admiten las Técnicas de Reproducción Humana Asistida?, ¿por qué el Sistema Nacional de Salud financia en determinados supuestos la fecundación in vitro?, ¿estamos financiando caprichos y deseos egoístas?⁹⁰

b) La gestación subrogada no atenta contra los derechos de la mujer gestante

Uno de los principales argumentos en contra de la gestación subrogada en aquellos países donde no está admitida, es que su regulación supondría una nueva forma de explotación para las mujeres, puesto que su cuerpo es utilizado como “incubadora humana”,⁹¹ y atentaría contra la dignidad de las personas.

Pero si entendemos que la mujer gestante da su consentimiento de manera libre y voluntaria no encuentro razón alguna para hablar de explotación. Tampoco en aquellos casos en los que se hace entrega de una remuneración económica a la madre gestante. Puesto que lo contrario, supondría negar su autonomía y libertad de decisión. El argumento de la explotación según algunos autores resulta paternalista y subestima la capacidad de consentir de la mujer.⁹²

⁸⁹ SOUTO GALVÁN, B., “Aproximación al estudio de la gestación de sustitución desde la perspectiva del bioderecho”, *FORO. Revista de ciencias jurídicas y sociales*, núm. 1, 2005, pp. 275-292.

⁹⁰ Reflexiones extraídas del Blogs de Mariano Beltrán en el periódico Huffpost. (BELTRÁN, M., “En defensa de las familias formadas por gestación subrogada”, *Huffpost*, 15 de febrero de 2019. https://www.huffingtonpost.es/mariano-beltran/en-defensa-de-las-familias-formadas-por-gestacion-subrogada_a_23669686/).

⁹¹ HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, A., “Determinación de la filiación de los nacidos en el extranjero mediante gestación por sustitución: ¿Hacia una nueva regulación legal en España?”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 6, núm. 2, 2014, p. 151.

⁹² WERTHEIMER, A. “Exploitation and commercial surrogacy”, *Denver University Law Review*, núm. 74, 1997, pp. 1215-1229.

Otro de los argumentos esgrimidos en contra de la gestación subrogada es que esta práctica utiliza “a las personas como un medio y no como un fin en sí mismo” lo que supone una vulneración de su dignidad humana⁹³. Entonces, ¿porque se admite en España la donación de órganos, la donación de embriones y gametos o la donación de médula ósea?

Además, y a favor de la gestación subrogada señalar que los estudios científicos han demostrado que la gestación subrogada no supone un menoscabo para la salud psíquica de las gestantes.⁹⁴

Es admisible la preocupación e incertidumbre que puede generar en nuestra sociedad esta nueva técnica reproductiva, pues no se puede impedir que excepcionalmente se den supuestos de explotación y violación de los derechos de las mujeres gestantes. Pero a pesar de ello creo que la regularización de la gestación permitiría establecer criterios y principios que salvaguarden los derechos de las partes implicadas en el proceso, puesto que la ausencia de marco legal permite, a mi parecer, un mayor número de injusticia y abusos.⁹⁵

c) El interés superior del menor

Los autores que se oponen a la gestación subrogada argumentan que este tipo de método reproductivo no respeta el interés superior del menor, dado que se genera una anulación de su identidad y un mercado de compraventa ilegal de niños y niñas.⁹⁶

Ahora bien, el simple acuerdo de un contrato de gestación subrogada entre las partes no convierte al menor en un objeto de compraventa. Si ello fuera así, la adopción

⁹³ IGAREDA, N., “La gestación por sustitución: una oportunidad para repensar la filiación y la reproducción humana”, *Revista Bioética y Derecho*, núm. 44 ,2018, pp. 57-72.

⁹⁴ VAN DEN AKKER, O., “Psychosocial aspects of surrogate motherhood”, *Human Reproduction Update*, Vol.13, núm.1, 2007, pp. 53–62.<https://doi.org/10.1093/humupd/dml039>

⁹⁵ En ese sentido apunta ROMEO CASABONA, C., “Sabemos que cualquier marco legal que se abra a la maternidad subrogada comporta el riesgo de desviaciones y de prácticas corruptas más o menos encubiertas. Valorar esto y si es posible construir medios que lo prevengan, desenmascaren o reduzcan de forma eficiente es la primera reflexión que habrá que afrontar” en “Las múltiples caras de la maternidad subrogada: ¿Aceptamos el caos jurídico actual o buscamos una solución?”, *Revista Internacional de Éticas Aplicadas*, núm. 28, p. 120.

⁹⁶ HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, A., “Determinación de la filiación de los nacidos en el extranjero...”, cit., p. 148.

internacional, regulada en nuestro ordenamiento jurídico, también daría lugar a un comercio de compraventa de menores.

De acuerdo con VALDÉS DÍAZ los contratos de gestación subrogada “*no tienen por objeto al niño en sí, sino únicamente la prestación del servicio de gestar y alumbrar, atendiendo a la capacidad o aptitud de la madre portadora*”.⁹⁷

Tampoco se han demostrado los posibles impactos negativos que pueden sufrir los menores nacidos bajo este método. Más aún, muchos estudios demuestran que pese a existir un vínculo materno-filial entre el menor y la madre gestante, el desarrollo psicológico o emocional del menor no presenta anomalías.⁹⁸

El menor nace en una familia que lo desea y que recurre a esta técnica como única vía posible para su nacimiento, por tanto, es razonable pensar que no existe una violación del interés superior del menor. No obstante, para garantizar dicho interés es necesario regularizar la gestación subrogada en España.

Un marco legal claro y uniforme permitirá al menor determinar su filiación legal y le brindará la posibilidad de crecer en un entorno familiar donde sus progenitores intencionales cuidaran de su bienestar, lo que en ningún caso supone una vulneración del interés superior del menor.

d) Límites al turismo reproductivo

La prohibición de la gestación subrogada ha producido el fenómeno denominado, en términos generales, como “*turismo reproductivo*”⁹⁹ que podría definirse como el

⁹⁷ VALDÉS DÍAZ, C., “La maternidad subrogada y los derechos de los menores nacidos mediante el uso de esas técnicas” *Anuario de la Facultad de Derecho*, Vol. XXXI, 2014, pp. 459-482.

⁹⁸ VASANTI, J., “Surrogacy: the experiences of surrogate mothers”, *Human Reproduction*, Vol. 18, núm. 10, 2003, pp. 2196-2204.

⁹⁹ Aunque el término “turismo reproductivo” sea muy empleado y aceptado por la sociedad, la *European Society of Human Reproduction and Embryology (ESHRE)* se ha mostrado crítica con el uso de dicha terminología porque considera que se banalizan los motivos y razones por las cuales los individuos acceden a las técnicas de reproducción asistida. Por todo ello considera que el concepto más neutro que debe de emplearse para hacer referencia a este fenómeno es “Cross-border reproductive care”.

desplazamiento de un individuo o de una pareja desde su país de origen a otro país para acceder a las técnicas de reproducción asistida.¹⁰⁰

Alerta SÁNCHEZ HERNÁNDEZ que el turismo reproductivo es preocupante por varios motivos: “1º. *Supone una opción solamente para aquellas personas que económicamente gozan de cierta solvencia, llegando incluso en determinados casos, con el fin de conseguir su objetivo, a poner en riesgo su propia economía, procediendo a la solicitud de préstamos; 2º. El control sobre la calidad y la seguridad de los servicios ofrecidos en todo el proceso reproductivo, no puede ser garantizado en términos absolutos, lo que afecta directamente a los sujetos intervinientes; 3º. La explotación de la mujer se produce en mayor medida en aquellos países que mostrándose permisivos sufren un menor desarrollo, ofreciendo esta prestación a un menor coste, pues se abusa de la precariedad económica en la que viven; 4º. La gestación por sustitución así practicada, conduce a la “comercialización de la reproducción humana”, la cual desde mi punto de vista debe ser perseguida; 5º. La huida de países con leyes no tolerantes que son eludidas, hacia lugares con prácticas más abiertas, puede favorecer el tráfico de menores; y, 6º. La situación del menor y los padres comitentes cuando regresan a su país de origen y pretenden legalizar la situación generada en el extranjero”.*¹⁰¹

Indiscutiblemente el “turismo reproductivo” es un fenómeno cada vez más frecuente en la sociedad española. Y como resultado: (a) únicamente aquellas familias españolas con alto nivel adquisitivo tienen la opción de acceder a la gestación subrogada; (b) asegurar y controlar que los derechos e intereses de las mujeres gestantes y de los menores son respetados a lo largo del proceso es sumamente complejo; (c) aumenta la inseguridad jurídica para las familias.

En mi opinión, desincentivar el “turismo reproductivo” pasa por regularizar la gestación subrogada en España.

e) Los principios de igualdad y no discriminación

¹⁰⁰ HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, A., “Determinación de la filiación de los nacidos en el extranjero...”, cit., p. 148.

¹⁰¹ SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, C., “Gestación por sustitución: una realidad y dos soluciones en la experiencia jurídica española”, *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 4, 2018, p. 5.

Uno de los argumentos a favor de la gestación subrogada se sustenta en los principios de igualdad y no discriminación.

La gestación subrogada es la única opción para una pareja homosexual de dos varones de poder tener un hijo biológico propio, por ello debe de permitirse la regulación de esta práctica. Si en España se admite que una pareja homosexual formada por dos mujeres pueda tener descendencia biológica propia, también se debe facilitar esta posibilidad a una pareja homosexual formada por varones en base a los principios de igualdad, libertad y no discriminación.

Ahora bien, no solo es necesario salvaguardar la igualdad reproductiva entre personas homosexuales sino también entre aquellas personas fértiles e infértiles. Así, por ejemplo, la gestación subrogada permite ser madre a aquellas mujeres que no pueden gestar a un bebé en su vientre ya sea *“por una grave enfermedad pélvica no susceptible de operación, por carencia congénita de útero (síndrome de Rokitanski) o por histerectomía, por sufrir abortos naturales repetidos, así como cualquier enfermedad grave que desaconseje el embarazo”*.¹⁰²

En este sentido, BELLVER CAPELLA afirma que: *“la LTRA inventa un derecho individual a la reproducción desde el momento en que admite la fecundación post mortem y la fecundación de mujer sola. Pero si se admite este derecho, prohibir la maternidad subrogada en todo caso es una discriminación porque excluye sin razón suficiente del disfrute del derecho a la reproducción a determinados grupos de personas: a las mujeres sin útero o con gestaciones de alto riesgo y, apurando el razonamiento, a varones que no puedan o no deseen tener un hijo con el concurso de una mujer”*.¹⁰³

5.2.2 Condiciones y requisitos.

Expresados los argumentos a favor de la regulación de la gestación subrogada en España, a continuación, procederé a manifestar cuáles, en mi opinión, son los requisitos y condiciones mínimas que debería de contener la regulación de dicha materia:

¹⁰² LAMM. E., *Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada ...*, cit., p.248.

¹⁰³ BELLVER CAPELLA, V., “Tomarse en serio la maternidad subrogada altruista”, *Cuadernos de Bioética*, XXVIII, 2017, p.233.

- La intervención de las instancias públicas (autoridad pública o judicial) en el procedimiento.
- La necesidad de probar el o los comitentes la imposibilidad de concebir o el riesgo para la salud que supone el embarazo (ya sea para la madre o para el menor).
- La exigencia de un estudio clínico que pruebe la buena salud psíquica de la mujer gestante y de los comitentes.
- Que se constate que la mujer gestante ha recibido la información suficiente para prestar su consentimiento de forma libre.
- La prohibición de cláusulas en el contrato de gestación subrogada que limiten los derechos de la mujer gestante sobre su propio cuerpo, la libertad personal, la integridad física o la seguridad.
- Que el contrato respete en todo caso el interés superior del menor.
- Debe acreditarse que la mujer gestante no es una persona en riesgo de exclusión social.
- La gestación subrogada deberá ser altruista. No obstante, la gestante podrá recibir una cantidad económica en concepto de resarcimiento por todos aquellos gastos que se deriven única y exclusivamente del embarazo como, por ejemplo, servicios médicos, fármacos, vestimenta, asesoramiento jurídico y alimentación, entre otros.
- Los comitentes deben de disponer de la paternidad o maternidad de forma exclusiva y excluyente respecto de la madre gestante.
- Uno de los comitentes debe de residir ininterrumpidamente en España durante al menos tres años con el fin de evitar el fenómeno del “turismo reproductivo”.

- Únicamente el ámbito sanitario cubrirá la práctica de la gestación subrogada, es decir, no será posible que medien en el proceso agencias u otro tipo de intermediarios.
- Que la mujer gestante no se someta al proceso de gestación subrogada más de dos veces.
- Adopción de previsiones legales que impidan acceder a la práctica gestacional en otros países donde no se cumplan los requisitos establecidos en la legislación nacional.
- Que la gestante sea madre de al menos un hijo biológico propio, lo que supone que la mujer conozca previamente los cambios físicos y psicológicos que se experimentan durante el estado gestacional.

CONCLUSIONES

En la introducción del presente trabajo planteé las siguientes cuestiones: ¿qué solución jurídica se debe adoptar para regular la situación de los y las menores en España, que hayan nacido en el extranjero mediante un contrato de gestación subrogada? y, por otro lado, ¿debe permitirse o legalizarse la gestación subrogada en España?

La Ley 14/2006 sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida, es la única norma con rango de Ley que ofrece una regulación de la práctica gestacional en España. Concretamente, el art. 10 de la LTRHA establece que el contrato de gestación subrogada es nulo de pleno derecho, por lo que no se reconocen los efectos derivados de dicho contrato.

En cualquier caso, las previsiones del art. 10 de la LTRHA no han frenado los deseos de miles de ciudadanos españoles de formar una familia a través del acuerdo de gestación subrogada en el extranjero. Esto ha llevado a hallar respuestas legales muy dispares en materia de gestación subrogada, en concreto, en lo concerniente a la inscripción en el RC español de los menores nacidos en el extranjero a través de este método reproductivo.

La jurisdicción civil del Tribunal Supremo ha denegado el reconocimiento de los efectos jurídicos a los contratos de gestación subrogada celebrados en el extranjero por ser contrarios al orden público internacional español. En cambio, la jurisdicción social del Tribunal Supremo sí ha reconocido los efectos jurídicos de un contrato de gestación subrogada permitiendo que los comitentes disfruten de las prestaciones por maternidad o paternidad correspondientes.

Por otro lado, las directrices de la DGRN de 5 de octubre de 2010 han permitido la inscripción de la filiación en el RC de los menores nacidos mediante gestación subrogada siempre y cuando una resolución judicial firme extranjera determine la filiación del menor a favor de la parte comitente. Sin embargo, la DGRN se ha extralimitado en sus funciones y ha asumido competencias que no le corresponden. Aun así, la Instrucción ha producido un impacto positivo en la práctica registral de los menores nacidos mediante gestación subrogada, aunque la exigencia de una resolución judicial firme impide que muchos menores puedan ser registrados en el RC.

La situación que acabo de describir, y de la que ha sido objeto este trabajo exige la regulación en España de la gestación subrogada. Una exigencia que se ve reforzada por los últimos pronunciamientos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que señalan que la prohibiciones o silencios normativos en materia de gestación subrogada por parte de los Estados, no puede negar el reconocimiento de la filiación de los menores nacidos mediante este método reproductivo.

Asimismo, el actual tratamiento jurídico de la gestación subrogada genera una gran incertidumbre y desprotección jurídica para todas las partes involucradas en el proceso, pero, sobre todo, para los menores merecedores de una singular protección por parte de las autoridades públicas.

Por todo ello, considero que mantener en España una normativa restrictiva o negar los efectos jurídicos de un contrato de gestación subrogada celebrado en el extranjero no soluciona la problemática actual. En este sentido, el Informe del Comité de Bioética señala de manera acertada que: *“El Estado que prohíbe la maternidad subrogada se encuentra con que no logra proteger el bien que pretendía (que la maternidad quede vinculada al parto) y pierde la oportunidad de llevar a cabo con las garantías jurídicas que estime oportunas en su territorio una actividad que satisface la demanda de algunos ciudadanos”*.¹⁰⁴

Ante una realidad fáctica como es la gestación subrogada, es necesario ofrecer una respuesta legal coherente, clara y uniforme. Ahora bien, no es válida cualquier tipo de regulación, es necesario otorgar al conflicto una respuesta jurídica capaz de lograr una integración plena y eficaz de la gestación subrogada en nuestro ordenamiento jurídico que ampare los intereses y derechos de las partes en el proceso reproductivo, desincentive el “turismo reproductivo” y dote de un escenario de seguridad y protección jurídica para las familias.

Por todo ello,

¹⁰⁴ Comité de Bioética en España, en *Informe del Comité de Bioética ...*, cit., p. 19.

1. ¿Qué solución jurídica se debe adoptar para regular la situación de los y las menores en España, que hayan nacido en el extranjero mediante un contrato de gestación subrogada?

La solución jurídica que mejor satisface el interés superior del menor es la regularización de la gestación subrogada en España. La nueva normativa debe permitir la inscripción y determinación de la filiación de dichos menores, teniéndose en cuenta los diversos modelos familiares que existen en nuestra sociedad.

2. ¿Debe permitirse o legalizarse la gestación subrogada en España?

Sí debe legalizarse la gestación subrogada en España, por los motivos esgrimidos a lo largo del presente trabajo. No podemos continuar con la incertidumbre social y legislativa creada en estos últimos años.

La regulación positiva en el ordenamiento jurídico español de una figura tan compleja como la gestación subrogada, entiendo que puede suponer un gran reto para el legislador nacional, sin embargo, no es la primera vez que el legislador se ha enfrentado a un reto espinoso y lo ha solventado de manera sobresaliente.

Para terminar, citaré las palabras de la historiadora y psicoanalista francesa Élisabeth Roudinesco: *“No deberíamos temer cambiar las leyes que correspondan a los cambios que se han producido en la sociedad y la ciencia. La gestación por sustitución es la continuación de la procreación médicamente asistida. Desde finales del siglo XIX, cualquier cambio relacionado con la familia ha llevado a la sociedad al pánico: el divorcio, la igualdad de derechos de los padres, el aborto... ¡Siempre se nos está diciendo que un apocalipsis está a punto de pasar, y nunca pasa! Apocalipsis sería una humanidad que no quiera hijos”*.¹⁰⁵

¹⁰⁵<http://www.rue89.com/2009/04/24/should-surrogate-mothers-be-legalised-ten-keys-to-the-debate>

BIBLIOGRAFÍA

ABELLÁN-GARCÍA SÁNCHEZ, F., “Gestación por sustitución: dificultades para mantener la prohibición en España”, *Revista de Derecho, Empresa y Sociedad (REDS)*, núm. 9, 2016.

ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, A. y CARRIZO AGUADO D., “Tratamiento legal del contrato de gestación por sustitución en el Derecho Internacional Privado español a la luz de la STS de 6 de febrero de 2014. Dime niño, ¿de quién eres...?”, *La Notaría*, núm. 2, 2014.

ÁVILA HERNÁNDEZ, J. C., “La maternidad subrogada en el Derecho comparado”, *Cadernos de Dereito Actual*, núm. 6, 2017.

BARBER CÁRCAMO, R., “La legalización administrativa de la gestación por sustitución en España (crónica de una ilegalidad y remedios para combatirla)”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 14, 2008.

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

BELLVER CAPELLA, V., “Tomarse en serio la maternidad subrogada altruista”, *Cuadernos de Bioética*, XXVIII, 2017.

BELTRÁN, M., “En defensa de las familias formadas por gestación subrogada”, *Huffpost*, 15 de febrero de 2019. <https://www.huffingtonpost.es/mariano-beltran/en-defensa-de-las-familias-formadas-por-gestacion-subrogada-a-23669686/> (Última consulta: 20 abril 2021).

CALVO, E., “España ha inscrito a más de 2.300 niños nacidos por gestación subrogada en los últimos diez años”, *Periódico ABC*, 22 de febrero de 2021. <https://www.abc.es/sociedad/abci-espana-inscrito-mas-2300-ninos-nacidos-gestacion-subrogada-ultimos-diez-anos-202102210033-noticia.htm> (Última consulta: 25 abril 2021).

CALVO CARAVACA, A. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., “Notas críticas en torno a la Instrucción de la Dirección General de los registros y del notariado de 5 octubre de 2010 sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 3, núm.1, 2011.

CALVO CARAVACA, A. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., “Gestación por sustitución y Derecho Internacional Privado. Más allá del Tribunal Supremo y del Tribunal Europeo De Derechos Humanos”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 7, núm. 2, 2015.

CAMARERO GONZÁLEZ, G. J., “Notas sobre la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 18 de febrero de 2009, en un caso de gestación por sustitución”, *Diario La Ley*, núm. 7910, 2012.

CASTILLO MARTÍNEZ, C.C., “La gestación por sustitución y el problema de su acceso al Registro Civil Español”, *Revista de Jurisprudencia*, mayo de 2020.

Comité de Bioética en España, en *Informe del Comité de Bioética de España sobre los aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada*, Madrid, 19 de mayo de 2017. http://assets.comitedebioetica.es/files/documentacion/es/informe_comite_bioetica_aspectos_eticos_juridicos_maternidad_subrogada.pdf

DÍAZ FRAILE J.M., “La gestación por sustitución ante el registro civil español; Evolución de la doctrina de la DGRN y de la jurisprudencia española y europea”, *Revista de Derecho Civil*, Vol. VI, núm. 1, enero-marzo 2019.

DURÁN AYAGO, A., “El acceso al registro civil de certificaciones registrales extranjeras a la luz de la Ley 20/2011: relevancia para los casos de filiación habida a través de Gestación por sustitución”, *Anuario español de Derecho Internacional privado*, Tomo XII, 2012.

FARNÓS AMORÓS, E., *Consentimiento a la reproducción asistida: crisis de pareja y disposición de embriones*, Atelier Libros Jurídicos, Barcelona, 2011.

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

FARNÓS AMORÓS, E., “La reproducción asistida ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: de Evans c. Reino Unido a Parrillo c. Italia”, *Revista de Bioética y Derecho*, 2016.

FARNÓS AMORÓS, E., “Paradiso y Campanelli c. Italia (II): los casos difíciles crean mal derecho (I)”, *Revista de Bioética y Derecho*, núm. 40, 2017.

GARCÍA RUBIO, M., “¿Qué es y para qué sirve el interés superior del menor?”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 13, 2020.

GARCÍA SAN JOSÉ, D., “La gestación por sustitución y las obligaciones emanadas para los Estados parte en el Convenio Europeo de Derechos Humanos: repercusiones en el ordenamiento jurídico español del activismo y de la autolimitación judicial del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en relación con la gestación por sustitución”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, 2018.

GAREDA GONZÁLEZ, N., “El hipotético derecho a la reproducción”, *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, núm. 23, 2011.

GUZMÁN ZAPATER, M., “Gestación por sustitución y nacimiento en el extranjero: hacia un modelo de regulación (sobre la Instrucción DGRN de 5 de octubre de 2010)”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, Tomo X, 2010.

- HEREDIA CERVANTES, I., "El Tribunal Supremo y la gestación por sustitución: crónica de un desencuentro", *El notario del siglo XXI*, 2014.
- HEREDIA CERVANTES, I., "La Dirección General de los Registros y del Notariado ante la gestación por sustitución", *ADC: Anuario de Derecho Civil*, Tomo LXVI, Fasc. II, 2013.
- HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, A., "Determinación de la filiación de los nacidos en el extranjero mediante gestación por sustitución: ¿Hacia una nueva regulación legal en España?", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 6, núm. 2, 2014.
- IGAREDA, N., "La gestación por sustitución: una oportunidad para repensar la filiación y la reproducción humana", *Revista Bioética y Derecho*, núm. 44, 2018.
- LAMM, E., "Gestación por sustitución. Realidad y Derecho", *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 3, Barcelona, 2012.
- LAMM, E., *Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*, Publicacions i Edicions de la Universitat de Barcelona, Barcelona, 2013.
- LAMM, E y RUBAJA, N., "Parámetros jurisprudenciales en los casos de gestación por sustitución internacional: los lineamientos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y sus repercusiones en el contexto global", *Revista de Bioética y Derecho*, 2016.
- MÁRQUEZ, N., "Kiev: recién nacidos atrapados en el limbo", *Diario de Sevilla*, 8 junio de 2019. https://www.diariodesevilla.es/sevilla/Kiev-recien-nacidos-atrapados-Kiev_0_1362163997.html (Última consulta: 25 abril 2021).
- MUÑOZ RODRIGO, G., "La filiación y la gestación por sustitución: a propósito de las instrucciones de la DGRN de 14 y 18 de febrero de 2019", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 10 bis, junio 2019.
- PANIZA FULLANA, A., "Gestación por sustitución e inscripción de la filiación en el Registro Civil español: la sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014", *Revista Doctrinal*, Vol. 2, núm. 1, 2014.
- RAVETLLAT BALLESTÉ, I., "El interés superior del niño: concepto y delimitación del término", *Educatio Siglo XXI*, Vol. 30, núm. 2, 2012.
- REGLADO TORRES, M., "Efectos, consecuencias y regulación de la maternidad subrogada", *Femeris*, Vol. 2, núm. 2, 2017.
- ROMEO CASABONA, C., "Las múltiples caras de la maternidad subrogada: ¿Aceptamos el caos jurídico actual o buscamos una solución?", *Revista Internacional de Éticas Aplicadas*, núm. 28, 2017.
- SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, C., "Gestación por sustitución: una realidad y dos soluciones en la experiencia jurídica española", *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 4, 2018.
- SOUTO GALVÁN, B., "Aproximación al estudio de la gestación de sustitución desde la perspectiva del bioderecho", *FORO. Revista de ciencias jurídicas y sociales*, núm. 1, 2005.

VAN DEN AKKER, O., "Psychosocial aspects of surrogate motherhood", *Human Reproduction Update*, Vol.13, núm.1, 2007.

VASANTI, J., "Surrogacy: the experiences of surrogate mothers", *Human Reproduction*, Vol. 18, núm. 10, 2003.

VELA SÁNCHEZ, A. J., *Gestación por encargo: Tratamiento judicial y soluciones prácticas. La cuestión jurídica de las madres de alquiler*, Reus, Madrid, 2015.

WERTHEIMER, A., "Exploitation and commercial surrogacy", *Denver University Law Review*, núm. 74, 1997.

JURISPRUDENCIA

Sentencia del Juzgado de Primera Instancia n.º 15 de Valencia, n.º 193/2010, de 15 de septiembre de 2010, Proc. 188/2010 (LA LEY 152885/2010).

Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 10ª, n.º.826/2011 de 23 de noviembre de 2011, Rec. 949/2011 (Aranzadi Instituciones, AC/2011/1561).

Sentencia Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, n.º. 835/2013, de 6 de febrero de 2014, Rec. 3146/2014 (Aranzadi Instituciones, RJ\2014\833).

Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Sección 5ª, de 26 de junio de 2014, Rec. 65192/2011 (LA LEY 131857/2014).

Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Sección 5ª, de 26 de junio de 2014, Rec. 65941/2011 (LA LEY 212088/2014).

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Cuarta, de lo Social, Sección Pleno, n.º 953/2016, de 16 de noviembre de 2014, Rec. 3146/2014 (LA LEY 177659/2016).

Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Sección 2ª, de 27 de enero de 2015, Rec. 25358/2012 (LA LEY 62165/2015).

Auto Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, Sección Pleno, de 2 de febrero de 2015, Rec. 245/2012 (Aranzadi Instituciones, RJ 2015\141).

Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Sala Grand Chamber, de 24 de enero de 2017, Rec. 25358/12.

RESOLUCIONES E INSTRUCCIONES DE LA DGRN

Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 18 de febrero de 2009 (LA LEY 15366/2009).

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

Consulta de 11 de julio de 2014, de la Dirección General de los Registros y del Notariado. Inscripciones de gestación por sustitución.

Instrucción de 18 de febrero de 2019, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre actualización del régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución. (BOE núm. 45, de 21 de febrero de 2019).

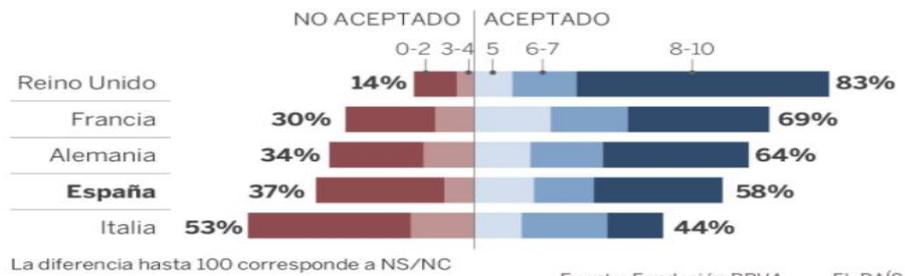
ANEXOS

Anexo 1. Encuestas

- ENCUESTA Nº1¹⁰⁶

ACEPTACIÓN DE LOS VIENTRES DE ALQUILER

¿Cree que es aceptable tener un niño recurriendo a una madre de alquiler?
(0, totalmente inaceptable y 10, totalmente aceptable)

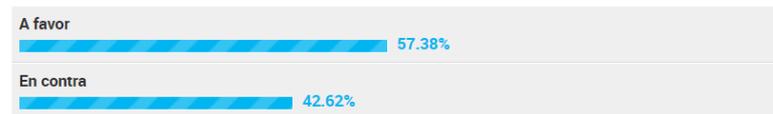


- ENCUESTA Nº2¹⁰⁷

¿Crees que se debe legislar sobre la gestación subrogada?



¿Cómo?



¹⁰⁶ SOSA TROYA, M., "El 58% de los españoles aceptan los vientres de alquiler, según una encuesta", *EL PAÍS*, 9 de octubre de 2019. https://elpais.com/sociedad/2019/10/09/actualidad/1570617936_187017.html

¹⁰⁷ "¿Crees que se debe legislar sobre la gestación subrogada?", *EL PAÍS*, 16 de febrero de 2017. <https://elpais.com/encuestas/html/2017/02/16/1487251336.html>

- ENCUESTA Nº3¹⁰⁸



¹⁰⁸ RUIZ, R., “El 60% apoya la maternidad subrogada sólo en casos excepcionales”, *LA RAZÓN*, 5 de marzo de 2017. <https://www.larazon.es/sociedad/el-60-apoya-la-maternidad-subrogada-solo-en-casos-excepcionales-DH14645868/>