



TRABAJO FIN DE GRADO

GRADO EN DERECHO

CURSO ACADÉMICO 2023 / 2024

LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN

“GESTATIONAL SURROGACY”

AUTORA: SARA FERNÁNDEZ RUIZ

DIRECTORA: LAURA FERNÁNDEZ ECHEGARAY

RESUMEN

La gestación subrogada, también conocida como maternidad subrogada, puede definirse como el proceso en el que una mujer, conocida como madre gestante, lleva y da a luz a un niño para otra persona o pareja que será el padre del niño tras el nacimiento. Este tema es altamente controvertido debido a las implicaciones éticas, morales y jurídicas que conlleva. Se trata de una práctica que suscita una indudable complejidad a nivel internacional por un lado debido al componente altamente internacional de esta práctica y el turismo reproductivo que se lleva a cabo y, por otro lado, la ausencia de un instrumento que armonice las legislaciones de los diferentes países. Con la gestación subrogada se pone en tela de juicio el principio de *mater semper certa est* y existen multitud de reflexiones y posiciones de diversos autores que se estudiarán más adelante.

Palabras clave: gestación subrogada, turismo reproductivo, mater semper certa est.

ABSTRACT

Surrogacy, also known as surrogate motherhood, is a process in which a woman, known as the surrogate mother, carries and gives birth to a child for another person or couple who will become the child's parent(s) after birth. This topic is highly controversial due to the ethical, moral, and legal implications it entails. Surrogacy presents undeniable international complexity due to the highly international nature of this practice and the reproductive tourism it involves, as well as the absence of a harmonizing instrument for the legislation of different countries. Surrogacy challenges the principle of *mater semper certa est*, and there are numerous reflections and positions from various authors that will be examined later.

Keywords: surrogacy, reproductive tourism, mater semper certa est.

ÍNDICE

1.LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN: CONCEPTO, TIPOS Y RAZONES	6
1.1 Delimitación conceptual y naturaleza jurídica	6
1.2 Modalidades de la gestación por sustitución.....	9
1.3 Motivos, implicaciones éticas y diferentes posturas en torno a la gestación subrogada.....	11
1.3.1 Argumentos a favor de la gestación subrogada	12
1.3.2 Argumentos en contra de la gestación subrogada	13
2. JURISPRUDENCIA DESTACADA DEL TRIBUNAL SUPREMO.....	17
2.1. La STS 835/2013, de 6 de febrero de 2014	17
2.2 La STS 1153/2022 de 31 de marzo de 2022	23
3. BREVE REFERENCIA A LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN EN DERECHO COMPARADO Y SENTENCIAS DESTACADAS DEL TEDH.....	26
3.1 Países donde está prohibida la gestación subrogada: Alemania.....	26
3.2. Países donde está permitida la modalidad altruista: Canadá y Reino Unido	27
3.3. Países donde está permitida la modalidad comercial: Ucrania.....	29
3.4 Últimos pronunciamientos del TEDH sobre la gestación por sustitución	32
3.4.1 El caso de Francia.....	32
3.4.2 El caso de Islandia	33
3.4.2 El caso de Suiza.....	34
3.4.3 El caso de Dinamarca	35
3.4.4 El caso de Italia	36
4.CONCLUSIONES.....	39
5.BIBLIOGRAFÍA	41
6. LEGISLACIÓN	43
7. WEBGRAFÍA.....	43

INTRODUCCIÓN

En la actualidad, las técnicas de la reproducción humana asistida (TRHA) han evolucionado considerablemente con respecto a algunos años atrás. Esta evolución ha sido motivada por la creciente demanda de estas técnicas, tanto

por el aumento de la esterilidad en parejas heterosexuales¹, como por la aparición de nuevos modelos de familia - monoparentales u homosexuales- y su incipiente deseo de ser padres. La legislación española y europea han ido adaptándose durante los últimos tiempos a este incremento de la demanda de las técnicas de reproducción humana asistida. En este contexto, la gestación por sustitución se encuentra entre los temas más controvertidos actualmente, no solo por los problemas morales, éticos y jurídicos que suscita, sino porque es una materia objeto de muy diversa regulación en los diferentes Estados.

La gestación subrogada no solo no se encuentra entre una de las técnicas permitidas por la Ley 14/2006, de 26 de mayo de Técnicas de Reproducción Humana asistida (LTRHA)², sino que está expresamente prohibida en el apartado primero del artículo 10³. Esta Ley recoge dos tipos de técnicas de reproducción humana asistida, dependiendo de la procedencia de los gametos utilizados en el ciclo reproductivo. Por un lado, las técnicas homólogas, en las que el material genético procede de ambos miembros de la pareja y, por otro, las técnicas heterólogas, en las que el material genético procede de un tercero ajeno a la pareja. De este último tipo de técnicas es donde surge precisamente el problema en el que se encuadra la gestación por sustitución.

Desde sus inicios, la mencionada Ley 14/2006 de Técnicas de Reproducción Humana asistida ha sufrido numerosas modificaciones hasta llegar a la última, en el año 2015.

Lo cierto es que, en nuestro país, la necesidad de abordar la regulación de este tipo de técnicas se materializó de manera temprana, en la Ley 35/1988, de 22 de noviembre⁴, sobre técnicas de reproducción asistida (LTRA). Uno de los problemas más importantes que generó esta norma fue que, dado que el legislador había optado por regular únicamente una lista cerrada de las técnicas

¹ De acuerdo con la Organización Mundial de la Salud (OMS) los datos disponibles indican que entre 48 millones de parejas y 186 millones de personas tienen infertilidad en todo el mundo.

² BOE núm. 126, de 26 de mayo de 2006.

³ Artículo 10.1 LTRHA *“Será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero”.*

⁴ BOE núm. 282, de 24 de noviembre de 1988.

permitidas, se impedía que en la práctica las clínicas pudieran aplicar nuevos procedimientos reproductivos que iban surgiendo. Otra de las situaciones que generó su imperfecta regulación se dio en relación con el destino de los preembriones crioconservados tras la finalización de un ciclo reproductivo. Todo lo anterior, desembocó en la Ley 45/2003, de 21 de noviembre⁵, que solo dio una solución parcial a esta exigencia.

Actualmente, la Ley 14/2006 de Técnicas de Reproducción Humana Asistida sigue un criterio abierto a la hora de enumerar las técnicas de reproducción humana asistida, permitiendo a la autoridad sanitaria competente autorizar la aplicación de una técnica novedosa, previo informe de la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida.

Como hemos avanzado, en España no se permiten los contratos que tengan como objeto la cesión de la capacidad de gestar. Los motivos por los que esta práctica no está permitida son los numerosos bienes jurídicos en juego, tales como los derechos de la madre gestante, los derechos del niño nacido, los derechos de los padres comitentes y, por supuesto, la ética, ya que resulta difícil deslindar cuándo las mujeres gestantes realizan esta práctica de modo altruista o por verdadera necesidad económica.

Además de las cuestiones éticas que entran en juego a la hora de permitir o prohibir esta práctica también se suscitan problemas jurídicos como pueden ser la regulación en una o ambas de sus modalidades (altruista o comercial), la determinación de la filiación derivada de la gestación subrogada o el polémico turismo reproductivo que conlleva el posterior problema de la inscripción en el Registro Civil español de los niños nacidos mediante esta técnica en el extranjero. Todas estas cuestiones no hay duda de que deben abordarse atendiendo al interés superior del menor, que en ningún caso puede verse menoscabado.

Con este trabajo se busca realizar un estudio de la figura de la gestación por sustitución, desde su concepto y naturaleza jurídica a través de la legislación

⁵ BOE núm. 280, de 22 de noviembre de 2003.

vigente, la doctrina de autores expertos en la materia y la jurisprudencia del TS y TEDH. Además, se abordarán las diversas modalidades e implicaciones éticas y una breve referencia a la diferencia en cuanto a su regulación en los diferentes países.

1.LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN: CONCEPTO, TIPOS Y RAZONES

1.1 Delimitación conceptual y naturaleza jurídica

La gestación subrogada, también conocida como gestación por sustitución, es el proceso mediante el cual, habiendo mediado previo contrato oneroso o gratuito con otra persona o pareja, una mujer, que carece de la intención de ser madre, lleva a cabo un embarazo con el objeto de dar a luz a un niño que posteriormente va a ser entregado a los padres comitentes⁶.

Una de las primeras definiciones fue la de Coleman (1982)⁷ para quien la gestación subrogada solo era posible mediante la aportación de óvulos de la mujer gestante y mediante la técnica de inseminación artificial, usando el material genético del hombre comitente. Una vez que el niño ha nacido, la gestante renuncia a su custodia a favor del padre biológico y, su esposa, finalmente adoptará a ese niño.

Como podemos observar, esta definición ha evolucionado y, actualmente, esta práctica se puede llevar a cabo mediante la aportación de material genético por parte de ambos miembros de la pareja comitente, siendo en este caso la mujer gestante la encargada de llevar a cabo el embarazo, pero sin aportación de sus óvulos. Sin embargo, también es posible llevar a cabo esta práctica con la aportación de material genético por parte de uno solo de los miembros de la pareja o, incluso, mediante la fecundación del óvulo de la mujer gestante con el espermatozoide de un donante.

⁶ También conocidos como padres intencionales, son las personas individuales o pareja que acuden a la gestación subrogada buscando tener un hijo. Los padres comitentes pueden recurrir a la gestación subrogada por diversos motivos, desde esterilidad de cualquiera de los miembros de la pareja hasta la imposibilidad material de las parejas homosexuales.

⁷ LAMM. E: *Gestación por sustitución: Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*, Universidad de Barcelona, Barcelona, 2017, pág. 22.

Sobre la naturaleza jurídica de dicho contrato, la Propuesta de Resolución del Parlamento Europeo (B8-0694/2016), de 15 de abril de 2016, sobre la gestación subrogada como un riesgo para los derechos de las mujeres y de los niños⁸, pide a la Comisión Europea que verifique, en los países donde está permitida esta práctica, que es compatible con la legislación de la Unión en materia de protección de los derechos de los niños y de las mujeres. Como señalan numerosos autores, la figura de la gestación subrogada se intenta subsumir indebidamente en el contrato de arrendamiento de obra o arrendamiento de servicios, pese a no cumplir todos los requisitos de estas modalidades contractuales. También en su Informe Anual de Derechos Humanos y Democracia en el Mundo (2014)⁹, condenó la práctica de la gestación por sustitución, declarándola contraria al derecho a la dignidad de la mujer.

En este punto nuestra legislación¹⁰ es tajante al establecer que será nulo de pleno derecho cualquier contrato que tenga como objeto la gestación por parte de una mujer a favor de terceros ya sea de modo oneroso o lucrativo. Sin embargo, como señala CID VÁZQUEZ, las resoluciones de la jurisprudencia no son firmes, motivo por el cual numerosos españoles acuden a países extranjeros con el objeto de encontrar una mujer gestante y posteriormente inscribir en España como propios a los nacidos mediante esta técnica¹¹.

El artículo 10 de la Constitución Española de 1978 (CE)¹² recoge la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad como dos derechos fundamentales que deben estar garantizados por el orden público: *“La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social”*.

⁸ Disponible en: https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/B-8-2016-0694_ES.html

⁹ Disponible en: <https://www.consilium.europa.eu/es/press/press-releases/2015/06/22/fac-human-rights-report/>

¹⁰ Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de reproducción humana asistida, art. 10.

¹¹ CID VÁZQUEZ, MT: *Maternidad subrogada, La nueva esclavitud del siglo XXI*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, pág. 26.

¹² BOE núm. 311, de 29 de diciembre de 1978.

Además, la dignidad de la persona también está reconocida en su artículo 1, párrafo primero, como uno de los valores fundamentales que deben estar garantizados por el poder público: *“España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político”*.

En consonancia con la relevancia constitucional de la dignidad de la persona, resulta lógico el rechazo a la práctica de la gestación subrogada en nuestro país.

Una de las razones por las que con más asiduidad se rechaza este tipo de acuerdos descansa en entender que su nulidad se debe a su objeto. Para esta vertiente, la capacidad de gestar constituye una materia *res extra commercium* (art. 1.271 CC)¹³ al tratarse de una facultad personal e intransmisible de la mujer.

Por otro lado, desde una perspectiva criminal, hay que indicar que el art. 221 de nuestro Código Penal¹⁴ establece que: *1. “Los que, mediando compensación económica, entreguen a otra persona un hijo, descendiente o cualquier menor, aunque no concurra relación de filiación o parentesco, eludiendo los procedimientos legales de la guarda, acogimiento o adopción, con la finalidad de establecer una relación análoga a la de filiación, serán castigados con las penas de prisión de uno a cinco años y de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de patria potestad por tiempo de cuatro a diez años. 2. Con la misma pena serán castigados la persona que lo reciba y el intermediario, aunque la entrega del menor se hubiese efectuado en país extranjero”*.

Sin embargo, el anterior artículo se refiere a la entrega de hijos propios, no pudiéndose aplicar analógicamente a la gestación por sustitución. Debemos destacar que los contratos de gestación subrogada son nulos desde un punto de vista civil, pero, sin embargo, no se encuentran penados en nuestro Código Penal.

¹³ Artículo 1271 CC: *“Pueden ser objeto de contrato todas las cosas que no están fuera del comercio de los hombres, aun las futuras”*.

¹⁴ BOE núm. 281, de 23 de noviembre de 1995.

1.2 Modalidades de la gestación por sustitución

Para entender la gestación subrogada, tradicionalmente se ha venido haciendo una doble clasificación, atendiendo a dos criterios; la relación de la madre gestante con el niño, por un lado, y la existencia de contraprestación económica por otro.

En cuanto a la relación de la madre gestante con el niño¹⁵, la doctrina ha venido distinguiendo dos modalidades: la tradicional y la gestacional.

La gestación por sustitución tradicional se caracteriza por la aportación del material genético por parte de la propia mujer (que no madre) gestante, proviniendo el semen, bien del hombre comitente, bien de un donante de gametos. Normalmente, en este último caso, se recurre a la técnica de la inseminación artificial (IA), aunque ello no obsta que se puedan seguir otros métodos.

Como vemos, lo que sucede en esta modalidad es que la madre comitente carece de vínculo genético alguno con el niño que va a criar. Es por ello por lo que, a no ser que la madre comitente sufra problemas de esterilidad, no suele resultar la opción más atractiva para los comitentes.

Por otro lado, existe la gestación por sustitución de tipo gestacional. Esta se caracteriza por la ausencia de aportación de material genético por parte de la mujer gestante, limitándose el objeto del contrato a la propia gestación del niño. El material genético en estos casos será aportado, bien por la madre comitente, bien por una donante, en su caso. Esta modalidad de gestación subrogada se llega a cabo a través de la fecundación in vitro (FIV).

Existe una amplia casuística en esta modalidad de gestación por sustitución:

- Si se trata de parejas heterosexuales que no están afectadas por problemas de esterilidad, puede ser que ambos comitentes aporten sus gametos.

¹⁵ LAMM. E: *Gestación por sustitución: Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*, Ob. Cit, pág.27.

- Si se trata de parejas homosexuales, o parejas heterosexuales con problemas de esterilidad de alguno de sus miembros, el abanico de posibilidades es más amplio. Existe la posibilidad de recurrir a un donante de semen con el que se fecunde el óvulo de la comitente - o recurrir a una donante de óvulos que se fecunda con el semen del comitente- o, incluso, recurrir a donante tanto de semen como de óvulos.

En la práctica, la tendencia al alza es recurrir a este tipo de gestación gestacional, ya que, desde una perspectiva biológica, a pesar de que la madre comitente no sea la mujer que gesta al niño, esta modalidad permite establecer un vínculo genético entre la madre de intención y el niño nacido. La razón por la que esta opción es cada vez más común descansa en las menores posibilidades de que lleguen a producirse problemas legales en relación con la filiación del niño.

Con independencia de lo anterior, atendiendo a la existencia o no de contraprestación económica en el contrato¹⁶, podemos también hablar de otros tipos de gestación subrogada: altruista o lucrativa.

La altruista es la que tiene lugar cuando no media contraprestación económica entre la mujer gestante y los padres comitentes. Ello no obsta para que los padres de intención se hagan cargo de los gastos médicos propios del embarazo y posparto. Por otro lado, la gestación subrogada lucrativa, es aquella en la que la mujer gestante se compromete a llevar a término el embarazo, a cambio de una contraprestación (mejor que compensación) económica por parte de los comitentes, que sufrague, entre otros, los gastos médicos y legales.

¹⁶ La elección de la modalidad altruista o lucrativa queda condicionada por el ordenamiento jurídico de cada país. Cabe resaltar que numerosos países que regulan esta práctica la contemplan tanto en modalidad altruista como gratuita.

1.3 Motivos, implicaciones éticas y diferentes posturas en torno a la gestación subrogada

Existen múltiples razones por las que una pareja o persona individual recurren a este método. El motivo más común en relación con las parejas heterosexuales descansa en la infertilidad de alguno de sus miembros, o en el hecho de haber probado con anterioridad otros métodos de reproducción humana asistida sin éxito. Por otro lado, las parejas homosexuales masculinas recurren a este método ya que es el único que les permite tener una vinculación genética con su hijo.

La gestación por sustitución, indudablemente, se trata de uno de los temas más polémicos en la actualidad. Alberga una práctica en la que concurren numerosos bienes jurídicos que, sin duda, hay que garantizar. Ello hace que sea un tema muy complejo. En este punto conviene mencionar el Comité de Bioética, creado por la Ley 14/2007, de 3 de julio, de Investigación Biomédica¹⁷. Se trata de un órgano colegiado adscrito al Ministerio de Sanidad, de carácter consultivo, encargado de la emisión de informes, propuestas y recomendaciones sobre las implicaciones éticas de la biomedicina y ciencias de la salud. El Informe relativo a la maternidad subrogada emitido en el año 2017 arroja una extensa información sobre este debate. Concretamente, la parte II de este trabajo, desarrolla los aspectos éticos de la maternidad subrogada, interesante en este punto.

Analizando las cuestiones morales que afectan a ambas partes del contrato¹⁸, nos encontramos, en primer lugar, con la cuestión relativa a la mujer gestante. El Informe expone el problema de dilucidar hasta qué punto puede considerarse que la mujer gestante es libre o, por el contrario, se ve avocada a esa solución por encontrarse en una situación de necesidad económica. Además, se plantea la ilicitud de la práctica por considerarse una instrumentalización del cuerpo de

¹⁷ BOE núm. 159, de 4 de julio de 2007.

¹⁸ Disponible en: <https://docta.ucm.es/rest/api/core/bitstreams/768b3cb3-9fcf-4a9b-96c6-08bc21289f07/content>

la mujer, poniéndose al servicio de otra pareja para cumplir su deseo de ser padres.

En cuanto al punto de vista del niño nacido mediante gestación subrogada, se alude a que la gestación es el modo idóneo para dotar al niño nacido de unos orígenes y de una vinculación interpersonal desde los primeros momentos de su vida. El Comité sostiene la importancia de que la gestación no debe ser relativizada ya que se trata de un proceso procreativo cuyo final es dar vida a un ser humano. El niño no está libre de las consecuencias de nacer mediante esta técnica, ya que le pueden afectar tanto a nivel clínico como a nivel psíquico. Por último, en palabras de TUDELA CUENCA¹⁹ *“La cosificación hacia el hijo que supone el proceso, dado que se trata de utilizarlo como medio para satisfacer un deseo de los padres comitentes, resulta éticamente inaceptable”*.

Una vez visto lo anterior, vamos a analizar las siguientes cuestiones:

1.3.1 Argumentos a favor de la gestación subrogada

Quienes están a favor de la gestación subrogada defienden mayoritariamente su modalidad altruista y consideran que la mujer gestante debe tomar la decisión de forma libre e informada, previo asesoramiento. Es decir, se defiende una gestación subrogada garantista. Se propone que, además de contar con un informe médico, se compruebe en qué situación económica se halla la mujer, para descartar que realice esta práctica por pura necesidad. Se aluden a ciertos criterios de exclusión como las adicciones, los trastornos psicológicos o mentales o que existan evidencias de coacción económica²⁰. Por tanto, para poder decir que la gestación subrogada es altruista, ha de haber existido un proceso de información previo hacia la mujer gestante que garantice su libertad desde el inicio del proceso. Parte de esta doctrina apela a la libertad reproductiva de la mujer y a su derecho de servirse libremente de su cuerpo²¹. Contradicen el

¹⁹ TUDELA CUENCA, J: *Maternidad subrogada, La nueva esclavitud del siglo XXI*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, pág. 82.

²⁰ ORTEGA LOZANO, R: “Gestación subrogada: aspectos éticos”, *Revista Internacional de Éticas Aplicadas*, núm. 28, 2018, págs. 63- 74.

²¹ LAMM, E: “Gestación por sustitución: realidad y derecho”, *Universitat Pompeu Fabra, Indret*, págs. 1-49.

argumento de la explotación, alegando que, tratándose de un acto voluntario y libre, no estamos hablando de explotación, a pesar de que ese acto involucre el cuerpo de la mujer.

Autores como VELA SÁNCHEZ hacen una crítica del mencionado informe del Comité de Bioética,²² considerando que ignora fehacientemente la creciente demanda de acuerdos de gestación subrogada celebrados por ciudadanos españoles. Este autor insiste en la necesidad de adentrarnos en nuestro ordenamiento, dejando a un lado las prohibiciones que carecen de fundamento. Además, considera que la manera de reducir los perjuicios para ambas partes descansa en una regulación en nuestro ordenamiento. Se defiende la gestación subrogada y su legalización con apoyo en el artículo 10 de la Constitución Española²³ que regula el derecho al libre desarrollo de la personalidad, y donde entiende que se encuentra recogido el deseo de ser progenitor.

1.3.2 Argumentos en contra de la gestación subrogada

En España, a través de diversos colectivos, la gestación subrogada es un tema altamente criticado, tanto desde el punto de vista conservador, como desde puntos de vista feministas o filosóficos.

Autores como BALAGUER CALLEJÓN, abordan el tema de la gestación subrogada aportando argumentos desde un punto de vista iusfeminista²⁴. Esta jurista evidencia la colisión de los intereses existentes entre un mercado, que cada vez tiene menos límites y pretende que todo sea objeto de mercantilización, y el Estado social de Derecho, que debe de garantizar los derechos y la dignidad de todos los sujetos. La autora incorpora una reflexión muy interesante señalando literalmente que *“nada indica que el deseo de ser padres haga necesariamente buenos padres”*, es decir, se plantea hasta qué punto el fin de ser padres justifica los medios para conseguirlo. Además, cabe reflexionar sobre

²² VELA SÁNCHEZ, A. J.: “¿En serio? Yo alucino con el Comité”, *Diario La Ley*, núm. 9035, 2017.

²³ VELA SÁNCHEZ, A. J.: *La maternidad subrogada: estudio ante un reto normativo*, Editorial Comares, Granada, 2012, pág. 67.

²⁴ BALAGUER CALLEJÓN, ML: *Hij@s del mercado. La maternidad subrogada en un Estado Social*, Cátedra, Madrid, 2017, págs. 21- 170.

la tensión dialéctica entre la dignidad de la mujer y la mercantilización de su cuerpo.

Consideraciones similares aporta la filósofa CAMPS CERVERA, aludiendo a la necesaria distinción de la contratación de una persona para el desempeño de un trabajo y la “compra” de un embarazo²⁵. Postula que durante los nueve meses de la gestación la mujer deja de ser libre para decidir sobre cualquier circunstancia que ocurra en el embarazo.

En este sentido, nuestra legislación es clara. Recientemente la LO 1/2023, de 28 de febrero²⁶ que modifica la LO 2/2010 de 3 de marzo²⁷, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, ha recogido la gestación por sustitución entre una de las formas de violencia existente en el ámbito de la salud sexual y reproductiva de la mujer. Con esta ley se refuerza la consideración de violencia de la gestación subrogada, además de la nulidad de pleno derecho de esta práctica establecida en la ley 14/2006 de 26 de mayo sobre RHA.

Autores como BOSCH VALERO añaden que esta es una norma que contribuye al avance en la lucha contra la discriminación de la mujer²⁸.

2. LA DETERMINACIÓN DE LA FILIACIÓN DERIVADA DE LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN

La Ley 14/2006 sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida regula en su artículo 7 la filiación de los hijos nacidos mediante técnicas de reproducción humana asistida²⁹. Sin embargo, nada dispone sobre la gestación subrogada

²⁵ Disponible en: <https://babygest.com/es/entrevista-a-victoria-camps/>

²⁶ BOE núm. 51, de 28 de febrero de 2023.

²⁷ BOE núm. 55, de 4 de marzo de 2010

²⁸ BOSCH VALERO, JA: El aborto en España, Aranzadi, Navarra, 2023.

²⁹ Artículo 7 LTRHA “1. La filiación de los nacidos con las técnicas de reproducción asistida se regulará por las Leyes civiles, a salvo de las especificaciones establecidas en los tres siguientes artículos. 2. En ningún caso, la inscripción en el Registro Civil reflejará datos de los que se pueda inferir el carácter de la generación. 3. 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”.

transfronteriza, dado que, como se ha mencionado, es una práctica no permitida. Surge entonces el problema de determinar la filiación de estos niños nacidos por esta técnica en el extranjero, puesto que, aunque no se encuentre admitida en nuestro país es una realidad necesaria que estos menores han de ser inscritos en el Registro Civil.

Es evidente que el niño nacido mediante un contrato de gestación subrogada, al igual que cualquier otro menor, es sujeto de derechos. En esta materia, dada la importancia jurisprudencial adquirida, es de obligado cumplimiento mencionar el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos³⁰ (CEDH) que consagra el derecho al respeto a la vida privada y familiar (*“Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia”*).

Asimismo, la Constitución Española recoge en su artículo 18 el derecho a la intimidad personal y familiar: *“Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen”*.

Como veremos más adelante, y atendiendo a las resoluciones emitidas por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), el derecho a la vida privada y familiar se relaciona íntimamente con el derecho a la identidad y con el derecho a poseer una filiación determinada³¹.

De esta manera, opinamos que, si el niño nacido mediante esta técnica no goza de una única filiación, o no es inscrito en el Registro Civil, el Estado estaría vulnerando el artículo 8 del CEDH y, en consecuencia, se le debería condenar al pago de una indemnización, además de tener la obligación de utilizar los mecanismos del ordenamiento jurídico para determinar la filiación del menor³².

³⁰ Disponible en: https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/convention_spa

³¹ CASTELLANOS RUIZ, M. J.: “Gestación por sustitución”, *Cuadernos de derecho transnacional* Vol. 13, núm. 2, 2021, págs. 971-1002.

³² 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, págs. 147-174.

La Ley 14/2006 de Técnicas de Reproducción Humana Asistida³³, en su artículo 10, dispone literalmente lo siguiente:

1. *“La filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto.*
2. *Queda a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales”.*

Analizando la experiencia jurídica de la aplicación jurisprudencial de este precepto, concluimos que, en nuestro ordenamiento jurídico el reconocimiento de la filiación puede realizarse, respecto al padre biológico, mediante el ejercicio de la acción de paternidad. Sin embargo, cuando quien solicita la filiación es la madre comitente, la vía para la determinación de la filiación es la adopción³⁴. Esta argumentación deriva de la más reciente jurisprudencia de nuestro alto Tribunal, así lo ha declarado, como veremos más adelante, en la reciente STS 1153/2022, de 31 de marzo de 2022³⁵.

Además, de igual forma, el Dictamen del Tribunal Europeo de Derechos Humanos³⁶, de 10 de abril de 2019, acepta como mecanismo para velar por el interés superior del menor la adopción del menor por parte de la madre comitente, en la medida en que el procedimiento nacional garantice la agilidad del procedimiento y se actúe conforme al interés superior del menor.

La utilización de la adopción nos hace plantearnos la cuestión relativa a la diferencia de edad entre la mujer comitente y el menor. Teniendo en cuenta que en nuestro ordenamiento jurídico la diferencia máxima de edad de 45 años entre adoptante y adoptado no tiene un carácter absoluto y se flexibiliza en algunos supuestos – adopción de hermanos o menores con discapacidad-, la falta de

³³ BOE núm. 126, de 27 de mayo de 2006.

³⁴ CASTELLANOS RUIZ, MJ “La filiación adoptiva, vía legal para la gestación por sustitución”, *Cuadernos de derecho transnacional* Vol. 14, núm. 2, 2022, págs. 1034- 1052.

³⁵ Disponible en: <https://vlex.es/vid/899711887>

³⁶Disponible en:

https://www.mjusticia.gob.es/es/ArealInternacional/TribunalEuropeo/Documents/1292429190384_Dictamen_de_10_de_abril_de_2019_en_relacion_con_el_reconocimiento_en_el_Derecho_interno_de_una_rela.PDF

cumplimiento de este requisito no se revela como un impedimento absoluto³⁷. Esta solución, entiende el Tribunal Supremo, satisface el interés superior del menor a la par que garantiza otros derechos fundamentales igualmente dignos de protección como son los derechos de las madres gestantes (y como exige el Tribunal Europeo de Derechos Humanos). Estos derechos³⁸ se verían gravemente dañados si se facilitase la actuación de las agencias de intermediación porque estas podrían asegurar a sus clientes potenciales el reconocimiento casi de manera automática en España de la filiación derivada de la gestación subrogada, aunque ello supusiese la vulneración de los derechos de las madres gestantes y de los propios niños, tratados como meras mercancías y sin hacer la pertinente comprobación de idoneidad de los padres comitentes para ejercer la patria potestad del niño.

2. JURISPRUDENCIA DESTACADA DEL TRIBUNAL SUPREMO

2.1. La STS 835/2013, de 6 de febrero de 2014

El problema de la inscripción registral de los niños nacidos mediante esta técnica puede tener mayor o menor magnitud dependiendo del país donde se haya producido la gestación subrogada. No existe una igualdad de tratamiento en cuanto al acceso registral respecto a todos los países.

Antes de adentrarnos en el análisis de esta importante sentencia, debemos indicar que el punto de partida del conflicto debe situarse en el artículo 4 de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil, en virtud del cual *“Tienen acceso al Registro Civil los hechos y actos que se refieren a la identidad, estado civil y demás circunstancias de la persona”* y menciona en segundo lugar la filiación. Por lo que de acuerdo con nuestra ley interna resulta imprescindible que la filiación acceda al Registro Civil. Por su parte, la Dirección General de los

³⁷ LARA AGUADO, A.: “La encrucijada entre el derecho a la identidad personal de los menores nacidos por contratos de gestación por sustitución y el respeto a los derechos fundamentales. Comentario a la STS (Sala de lo Civil) 277/2022, de 31 de marzo de 2022”, *Revista Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 120/2022, Parte Sentencias, Resoluciones, Comentarios, 2022.

³⁸ PÉREZ CASTRO, T.: “La filiación de los nacidos mediante gestación subrogada o por sustitución”, *Revista jurídica Colex*, núm. 25, 2022, págs. 22 y 23.

Registros y del Notariado (DGRN), en fecha 8 de febrero de 2009, ya dictó una Resolución en la que se ordenaba la inscripción en el Registro Civil de los nacidos como consecuencia de la gestación subrogada fuera de nuestras fronteras. No obstante, la inscripción registral derivada de esta resolución fue recurrida en sede judicial.

Posteriormente y atendiendo a la necesidad de dotar de la máxima protección jurídica al interés superior del menor y a los demás intereses en juego, la DGRN dictó la Instrucción de 5 de octubre de 2010³⁹. Este texto legal aborda tres cuestiones fundamentales. En primer lugar, los instrumentos necesarios para que la filiación tenga acceso al Registro Civil Español, así como el aspecto fundamental de que la inscripción Registral en ningún caso debe notar de apariencia de legalidad a los casos de tráfico internacional de menores. Por último, pretende garantizar la exigencia de que el menor pueda conocer sus orígenes biológicos, derecho garantizado en el artículo 7 de la Convención sobre los Derechos del Niño⁴⁰ de 20 de diciembre de 1989: *“1. El niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos”*.

La Ley del Registro Civil, en su artículo 9, ordena la inscripción de los hechos y actos que hayan tenido lugar fuera de España, cuando dicha inscripción sea exigida por el Derecho español. Una vez más nuestro ordenamiento jurídico deja clara la exigencia de inscripción en el Registro Civil. La Instrucción de 5 de octubre de 2010 de la DGRN establece las directrices para llevar a cabo dicha inscripción en aras a dotar al sistema de la seguridad jurídica deseada.

El requisito previo establecido en la Instrucción es la presentación ante el Encargado del Registro Civil español de una resolución judicial dictada por el tribunal competente del país en el que se ha llevado a cabo el acuerdo de gestación subrogada. Se establece por tanto la prohibición de realizar la inscripción por comparecencia, mediante certificado médico, o mediante

³⁹ BOE núm. 243, de 7 de octubre de 2010.

⁴⁰ BOE núm. 313, de 31 de diciembre de 1990.

certificación extranjera registral, estableciéndose en su lugar la necesidad de presentar sentencia extranjera. Esto, sin duda, garantiza que se cumpla la protección del menor y de la madre gestante, además de poder comprobar si se han cumplido las exigencias de perfección y contenido del contrato de acuerdo con el ordenamiento jurídico del país donde se ha producido dicho contrato. Este requisito también obedece al ejercicio de acciones procesales para la determinación de la filiación paterna, por lo que es lógico que se necesite una resolución judicial. Además, de esta manera se permite comprobar la inexistencia de simulación en el contrato de gestación subrogada, encubriendo casos de tráfico internacional de menores.

El control que debe realizar el Encargado del Registro Civil comprende las siguientes verificaciones:

- Se debe hacer un control de la regularidad formal de la resolución judicial, debe estar legalizada, apostillada y traducida.
- La competencia judicial del Tribunal que dictó la resolución.
- Garantizar que en esa sentencia se han preservado los derechos procesales de las partes, en particular los de la madre gestante, que debió prestar consentimiento libre, sin mediar dolo, violencia o intimidación.
- La resolución judicial ha de ser firme y los consentimientos irrevocables.

En relación con el reconocimiento de la resolución que determina la filiación, si esta deriva de un procedimiento equiparable al español de jurisdicción voluntaria, la inscripción no requiere *exequatur* de la resolución, bastando con un reconocimiento incidental. Por el contrario, si se detecta que el procedimiento ha sido contencioso, se denegará la inscripción en tanto en cuanto no haya obtenido *exequatur*⁴¹.

Para ejemplificar esta cuestión, conviene hacer referencia al conocido como “Asunto Valencia”, caso protagonista de la sentencia del TS que estamos analizando en este apartado, la cual ha adquirido gran repercusión en España.

⁴¹ El término *exequatur* hace referencia al mecanismo que convierte la resolución extranjera en título ejecutivo, es la declaración de ejecutividad.

El asunto versa sobre el nacimiento de dos gemelos en el año 2008 en San Diego (Estados Unidos). En este caso los padres comitentes fueron una pareja homosexual de españoles, y la “madre”, una mujer gestante norteamericana que no aportó sus óvulos, al ser estos aportados por una donante. En este asunto llamó la atención que ambos miembros de la pareja comitente aportaron material genético, por lo que alegaban la paternidad biológica de ambos.

Cuando tuvo lugar el nacimiento de los niños, los padres comitentes acudieron al Registro Civil Consular de España en los Ángeles con el objeto de inscribir la filiación. El Consulado denegó la inscripción ya que en el certificado de nacimiento americano únicamente constaba la doble filiación paterna, no mencionándose a la madre, dato que no puede omitirse a tenor de la legislación española. Finalmente, y tras el correspondiente recurso por parte de los comitentes, la DGRN ordenó la inscripción de la filiación en el Registro Civil Español con el fundamento de que la resolución se había dictado de acuerdo con la legislación vigente en California, además de que no se había producido una vulneración del orden público internacional ya que en el Derecho español está permitida la doble filiación materna y paterna. De conformidad con el interés superior del menor, era recomendable practicar la inscripción de la filiación.

El Ministerio fiscal interpuso demanda de juicio ordinario ante el Juzgado de Primera Instancia de Valencia, que atendió a sus pretensiones y dejó sin efecto la inscripción. Esta sentencia fue recurrida en apelación ante la Audiencia Provincial de Valencia, donde se confirmó la anterior sentencia.

El asunto finalmente llegó al Tribunal Supremo, que dictó la sentencia 835/2013⁴², de 6 de febrero de 2014. El TS se pronunció en un sentido de defensa del orden público internacional, que se había visto vulnerado ya que los comitentes se desplazaron a California con el objeto de realizar esta práctica prohibida en España. La solución que se dio al caso para causar el menor perjuicio de los menores fue que el aportante de material genético ejercitara la

⁴² Recurso de Casación núm. 245/2012, (RJ/2014/736).

acción de reclamación de paternidad y su cónyuge llevase a cabo la adopción posteriormente⁴³.

Esta sentencia adquirió una enorme importancia al ser la primera que emitía el Alto Tribunal sobre esta materia y en la que confirmaba la cancelación de la inscripción de los menores en el Registro Civil Consular de España en la ciudad de Los Ángeles, apoyada en una certificación registral de California⁴⁴.

Entre sus argumentos, consideró que la inscripción era contraria al orden público español (artículo 12.3 CC): *“nuestro ordenamiento jurídico y en el de la mayoría de los países con ordenamientos basados en similares principios y valores, no se acepta que la generalización de la adopción, incluso internacional, y los avances en las técnicas de reproducción humana asistida vulneren la dignidad de la mujer gestante y del niño, mercantilizando la gestación y la filiación, ‘cosificando’ a la mujer gestante y al niño, permitiendo a determinados intermediarios realizar negocio con ellos, posibilitando la explotación del estado de necesidad en que se encuentran mujeres jóvenes en situación de pobreza y creando una especie de ‘ciudadanía censitaria’ en la que solo quienes disponen de elevados recursos económicos pueden establecer relaciones paterno-filiales vedadas a la mayoría de la población”*⁴⁵.

El Tribunal centró fundamentalmente sus argumentos en torno a tres ejes:

1- La dignidad

El TS deja clara su postura sobre la vulneración de la dignidad que la gestación subrogada, tanto respecto a la madre como por supuesto del menor, que son tratados como bienes objeto de comercio al alcance de terceros⁴⁶.

2- El interés superior del menor

⁴³ FERNÁNDEZ ECHEGARAY, L.: “Gestación por sustitución: españoles atrapados en Ucrania”, *Revista de Derecho UNED*, núm. 26, 2020, págs. 177- 190.

⁴⁴ Disponible en: <https://vlex.es/vid/filiacion-reconocimiento-extranjero-494106606>.

⁴⁵ DE VERDA Y BEAMONTE, JR.: “Maternidad subrogada: la nueva esclavitud del siglo XXI”, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, pág. 369.

⁴⁶ CALVO CARAVACA, A.L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: “Comentario de la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014 (247/2014)”, *Dykinson SL*, 2014-6, págs. 396-410.

Es fundamental tener en cuenta el interés superior del menor que, para el TS, es primordial de acuerdo con el art. 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño⁴⁷:

1. *“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.*

2. *Los Estados Parte se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas.*

3. *Los Estados Parte se asegurarán de que las instituciones, servicios y establecimientos encargados del cuidado o la protección de los niños cumplan las normas establecidas por las autoridades competentes, especialmente en materia de seguridad, sanidad, número y competencia de su personal, así como en relación con la existencia de una supervisión adecuada”.*

Además, cabe recordar que conforme al artículo 10.3 de la Ley 14/2006 es posible que el padre comitente que sea el aportante biológico ejerza la acción de reclamación de paternidad y, posteriormente su cónyuge lo adopte sin necesidad de declaración administrativa de paternidad (art 176.2º.2 CC), así como la posibilidad de constituir un acogimiento a favor de los comitentes si la madre gestante no se ocupa del niño y este se encuentra en situación de desamparo.

3- El *Bad Forum shopping*

El *Bad Forum Shopping* es un término que hace referencia al fraude de ley existente en estos casos en los que los padres comitentes se amparan en una legislación de un país extranjero para realizar esta práctica. En nuestro Código

⁴⁷ Disponible en: <https://www.un.org/es/events/childrenday/pdf/derechos.pdf>

Civil dicho fraude de ley aparece reflejado en el artículo 12.4 que señala que “Se considerará como fraude de ley la utilización de una norma de conflicto con el fin de eludir una ley imperativa española”.

En relación con el citado artículo, a su vez, el Código Civil establece en su artículo 6 la consecuencia inmediata para el fraude de ley: “4. Los actos realizados al amparo del texto de una norma que persigan un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, o contrario a él, se considerarán ejecutados en fraude de ley y no impedirán la debida aplicación de la norma que se hubiere tratado de eludir”.

El TS establece que con el reconocimiento de los documentos extranjeros de filiación del niño con los padres comitentes, lo que se está haciendo es incentivar este fenómeno. Las parejas acuden a un país donde está permitida esta práctica, a sabiendas de que en su Estado ese contrato sería nulo.

2.2 La STS 1153/2022 de 31 de marzo de 2022

Este supuesto trata de una mujer española, de más de 45 años, que firmó un contrato de gestación por sustitución con una mujer mexicana a través de una agencia y atendiendo a la legislación de Tabasco (México). Mediante este contrato la ciudadana mexicana se comprometió a la gestación de gametos, ambos aportados por terceros ajenos al contrato y, en consecuencia, sin aportación de material genético por parte de la madre de intención. Una vez finalizado el embarazo la mujer se comprometía a renunciar a los derechos de custodia del niño y a entregárselo inmediatamente a la madre comitente, obligándose además a facilitar los trámites necesarios para que la mujer española fuese la madre legal del menor.

Como consecuencia de este procedimiento, nació el niño, que fue trasladado inmediatamente a España. La madre de intención instó la inscripción del menor en el Registro Civil español pero dicha inscripción fue denegada por lo que el niño estaba bajo la guarda y custodia de dicha mujer, pero sin filiación determinada y manteniendo la nacionalidad mejicana. Ante esta situación, el padre de la mujer comitente – abuelo del menor- interpuso demanda de

determinación de la filiación por posesión de estado para que se determinase legalmente la filiación materna, de acuerdo con el artículo 131 CC que dispone que *“cualquier persona con interés legítimo tiene interés para que se declare la filiación manifestada por la constante posesión de estado.”*

La solución en primera instancia, dada mediante la sentencia 21/2019, de 19 de febrero, del Juzgado de 1ª instancia de Madrid, desestimó la demanda, denegando dicha demanda de determinación de la filiación quedando abierta la vía de la adopción.

En cuanto a la STS 1153/ 2022⁴⁸, se deniega la filiación a favor de la madre de intención del niño nacido por gestación por sustitución. En este caso, en el Estado mexicano de Tabasco la legislación sufrió un importante cambio en 2016, tras recurrir la madre comitente a esta técnica. Si bien la mujer comitente era la madre del menor, siendo este hecho acreditado por resolución judicial, su filiación no pudo ser reconocida en España de acuerdo con la Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado⁴⁹ de 5 de octubre de 2010, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución ya que exige como requisito para inscribir la filiación la existencia de un padre comitente que aporte material genético. Al haber accedido la madre comitente sin pareja, la filiación materna solo se podía determinar por el parto (art 10.2 LTRHA), lo cual impedía el reconocimiento de la resolución mexicana en España donde se reconocía como madre a la madre de intención.

Además, había que tener en cuenta un factor determinante: la edad de la madre comitente. En el momento del nacimiento del niño tenía 46 años, lo cual era un impedimento *ab initio* para iniciar un procedimiento de adopción del menor. Esto es así de acuerdo con el artículo 176.2. 3º CC, que establece que la diferencia de edad entre el adoptante y el menor no puede ser superior a 45 años y que será necesaria la propuesta previa de la Entidad Pública que le declare idóneo para ejercer la patria potestad en cuatro casos, entre los que se encuentra el

⁴⁸ Disponible en: <https://www.poderjudicial.es/search/openDocument/0e6219d460d65731>

⁴⁹ BOE núm. 243, de 7 de octubre de 2010.

hecho de llevar más de un año en guarda con fines de adopción o haber estado bajo tutela del adoptante por el mismo tiempo⁵⁰.

La sentencia se desarrolla en torno a dos líneas argumentales establecidas por el TS:

- La gestación por sustitución comercial y los derechos humanos:

En relación con la ya citada sentencia de 6 de febrero de 2014, reitera que la pretensión de reconocer la filiación derivada de un contrato de gestación por sustitución comercial vulnera el orden público español. El TS concluye que *“tanto la madre gestante como el niño a gestar son tratados como meros objetos, no como personas dotadas de dignidad propia de su condición de seres humanos y de los derechos fundamentales inherentes a esa dignidad”*.

Además, en esta misma línea, añade que el niño concebido mediante esta técnica se cosifica, pues es tratado como un mero objeto de un contrato. El futuro niño es privado del derecho a conocer sus orígenes biológicos.

- La determinación de la filiación y el interés superior del menor:

El TS reitera que la determinación de la filiación del menor se efectuará de acuerdo con el artículo 10.3 LTRHA, según el cual la filiación se determinará respecto del padre biológico comitente y la madre comitente obtendrá la filiación mediante la adopción⁵¹. En el presente caso, el TS realizó una controvertida interpretación de la regulación de la adopción, considerando la diferencia máxima de edad como un obstáculo relativo, invocando el artículo 237 CC y entendiendo que la madre comitente había actuado como guardadora de hecho, de conformidad con la excepción del artículo 176.2. 3º (*“Llevar más de un año*

⁵⁰ FARNÓS AMORÓS.E: “La gestación por sustitución de nuevo ante el Tribunal Supremo: la STS, 1.a (Pleno), de 31 de marzo de 2022, como ejemplo de la encrucijada actual”, *Anuario de la facultad de Derecho civil de la Universidad Pompeu Fabra*, núm. 75, 2022, págs.1281- 1314.

⁵¹ Disponible en:

https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-C-2022-30128101314

en guarda con fines de adopción o haber estado bajo tutela del adoptante por el mismo tiempo”). Por tanto, para el TS la situación en la que se encuentra el menor es protegible y la vía que ha encontrado para determinar su filiación sin necesidad de propuesta previa de una Entidad Pública es la mencionada.

Este caso da lugar a la reflexión, entendiéndose que, para hacer prevalecer el interés superior del menor en estos controvertidos y complejos casos, hay que flexibilizar en cierta medida determinados requisitos, para conseguir esta máxima⁵².

3. BREVE REFERENCIA A LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN EN DERECHO COMPARADO Y SENTENCIAS DESTACADAS DEL TEDH

Los diversos problemas generados por la gestación subrogada son provocados por diversos factores. La prohibición de esta práctica en España, unida a la falta de armonización legislativa a nivel internacional, da lugar a que diversas personas o parejas españolas acudan a otros países donde la gestación subrogada está regulada. A esta práctica, tal y como ya anunciamos, se le conoce como *Bad Forum Shopping*⁵³. Actualmente, no existe ningún instrumento internacional relativo a gestación subrogada. Cada país aborda esta cuestión libremente, bien permitiéndolo, ya sea de manera altruista o comercial, bien prohibiéndolo. Está en marcha la Conferencia de Derecho Internacional Privado de La Haya de 2012⁵⁴ que va sacando informes periodos y busca unificar criterios y solventar problemas respecto a esta cuestión.

En este punto vamos a analizar algunos ejemplos de legislaciones que abordan de muy distinta forma esta técnica:

3.1 Países donde está prohibida la gestación subrogada: Alemania

⁵² MÚRTULA LAFUENTE, V.: “A vueltas con la gestación por sustitución y la filiación de los menores nacidos por este procedimiento. Algunas reflexiones tras la STS, 1.ª (Pleno), de 31 de marzo de 2022”, *Derecho Privado y Constitución*, núm. 42, 2023, págs. 87-137.

⁵³ El *Bad Forum Shopping* consiste en acudir a un Estado donde la práctica de la gestación subrogada está regulada y permitida con la finalidad de eludir las normas del foro. Estos ciudadanos buscan el reconocimiento de efectos de esa relación jurídica en el país de origen donde está prohibido.

⁵⁴ BOE núm. 77, de 30 de marzo de 2012.

En Alemania, al igual que en nuestro país, la gestación por sustitución está prohibida. La Ley 745/90⁵⁵ de 13 de diciembre de 1990 de Protección del Embrión en su primer artículo sobre utilización abusiva de las técnicas de reproducción hace una enumeración bastante exhaustiva de las conductas que conllevan sanción y se refiere expresamente a la gestación subrogada en el punto segundo: “1. Será sancionado con una pena privativa de la libertad de hasta tres años o de una multa quien: Fecundara artificialmente un ovuló con fines distintos que los de iniciar un embarazo en la mujer de quien proviene el ovulo”.

El Tribunal Supremo alemán, al igual que ocurre en España, solo reconoce legalmente como madre de un niño a la mujer que da a luz, independientemente de si el material genético fecundado ha sido de la madre de intención. Además, deja claro que la única vía para que la madre de intención sea reconocida como tal es iniciar un proceso de adopción.

3.2. Países donde está permitida la modalidad altruista: Canadá y Reino Unido

En Canadá la gestación por sustitución está permitida, (salvo Quebec) La Ley de Reproducción Humana Asistida del año 2004 (“*Assisted Human Reproduction Act*”) permite esta práctica en su modalidad altruista en su artículo 6: “*Ninguna persona deberá pagar, ofrecerá o anunciará que va a pagar contraprestación a la mujer gestante*”⁵⁶.

Es decir, en el momento en que la mujer gestante reciba una contraprestación económica por gestar un embrión, esta práctica pasaría a estar prohibida y el contrato se consideraría nulo. No obstante, la modalidad altruista no implica la ausencia de cualquier compensación económica, pues se contempla que los padres comitentes se ocupen de sufragar los gastos propios del embarazo, de asistencia médica, ropa o gastos de desplazamiento para las visitas médicas.

⁵⁵ Disponible en:

[https://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con5_uibd.nsf/0A365E8D55169B5B0525830C0057CC31/\\$FILE/ley_Alemana.pdf](https://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con5_uibd.nsf/0A365E8D55169B5B0525830C0057CC31/$FILE/ley_Alemana.pdf)

⁵⁶ Disponible en: <https://laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/a-13.4/page-1.html#h-6052>

Los requisitos de legalidad de la gestación subrogada son extensos y encaminados sobre todo a asegurar ese altruismo; está prohibido remunerar la gestión de un servicio de gestación subrogada, así como recurrir al uso de la publicidad para anunciar este servicio. Tampoco están permitidas las agencias de gestación subrogada, así como la compraventa de esperma, óvulos o embriones y la edad mínima de la mujer gestante será de 21 años. Puede acceder a la gestación subrogada cualquier modelo de familia, sin tener en cuenta su condición sexual o estado civil.

Canadá es uno de los pocos países que exige obtener una sentencia judicial a favor de los padres comitentes antes del nacimiento del niño. Posteriormente esto tendrá que reconocerse en el país de origen de los padres de intención en el caso de que sean extranjeros. Este requisito es sumamente importante puesto que, una sentencia de filiación dictada en un procedimiento judicial canadiense tendrá acceso al Registro Civil Español en virtud de los requisitos que en nuestro país exige la vigente Instrucción de 2010 de la Dirección General de Registros y del Notariado⁵⁷.

En el caso de Reino Unido, la Ley donde aparece regulada la gestación subrogada es la “*UK Surrogacy Act of 1985*”. Tal y como sucede con Canadá, la modalidad permitida es la altruista, pudiendo recibir exclusivamente la mujer gestante compensación económica por los gastos derivados de asistencia médica, traslados a las visitas médicas, ropa para maternidad e incluso compensación por la pérdida de días de trabajo, si hubiera.

El problema que surge en este país es que se considera a la mujer gestante como madre legal a todos los efectos de acuerdo con el principio *mater semper certa est*⁵⁸. En este punto nos encontramos con varios escenarios; si la mujer gestante está casada o en una relación civil, su marido o pareja de hecho será también considerado padre legal del niño. Por el contrario, si la mujer gestante está soltera, el niño no tendrá en principio padre legal.

⁵⁷ Disponible en: <https://babygest.com/es/canada/>

⁵⁸ PÉREZ NAVARRO, P.: “Mater semper certa est”, *Revista del Laboratorio Iberoamericano para el Estudio Sociohistórico de las Sexualidades*, núm. 1, 2019, págs. 49-67.

Si alguno de los padres de intención está vinculado con el menor genéticamente podrá iniciar un proceso de solicitud de paternidad en el plazo de 6 meses desde el nacimiento del niño. Si ninguno de los miembros de la pareja ha aportado material genético, la opción para adquirir la condición de madre o padre legal es acudir a la adopción⁵⁹.

3.3. Países donde está permitida la modalidad comercial: Ucrania

Ucrania ha sido durante muchos años uno de los destinos preferidos para muchos españoles que han recurrido a la gestación subrogada debido a que, por una parte, es mucho más económico que otros destinos y, por otra, por la facilidad que presentaba la inscripción de la filiación del hijo en el Registro Civil español. Cabe resaltar que el perfil de familias que recurren a este destino es de un nivel de poder adquisitivo medio.

Estos casos difieren de los anteriores puesto que no solo permite la modalidad de gestación subrogada altruista, sino también la comercial. De hecho, el artículo 281 del Código Civil ucraniano, bajo la rúbrica “Derecho a la vida”, recoge el derecho a recurrir a esta técnica⁶⁰. Además, se observa una peculiaridad en la legislación de este Estado que consiste en que el niño será considerado directamente hijo de los padres de intención que aportaron su material genético (artículo 123.2 del Código de Familia Ucraniano).

Los contratos de gestación por sustitución en este país se llevan a cabo mediante agencias mediadoras o despachos de abogados. Estas agencias se encargan de realizar los trámites burocráticos del proceso además de actuar como intermediarias entre los ciudadanos españoles y las clínicas ucranianas.

En el ordenamiento ucraniano se priva a la mujer gestante del derecho a reclamar la maternidad del niño nacido por gestación subrogada (artículo 139 del Código de Familia). No obstante, para garantizar la voluntad de la madre

⁵⁹ Disponible en: <https://babygest.com/es/reino-unido/>

⁶⁰ Artículo 281 del Código Civil Ucraniano “*Una mujer adulta o un hombre tiene derecho a ser curado por medio de las técnicas de reproducción asistida sujetas a las indicaciones médicas, en los términos y según el procedimiento prescrito por la ley*”.

gestante se exige que preste su consentimiento ante notario, previamente a la inscripción de la filiación del niño a favor de los padres legales.

Además de los anteriores, se exigen otros requisitos legales para celebrar válidamente un acuerdo de gestación subrogada⁶¹:

- La incapacidad de los cónyuges para concebir un hijo de manera natural o un grave riesgo para la salud o la vida de la mujer o para el desarrollo del niño. Este requisito deberá ser acreditado.
- La modalidad de gestación subrogada permitida es la gestacional, es decir, la mujer gestante no puede aportar material genético, sino que el óvulo deberá proceder de la madre de intención. Con este requisito lo que se busca es que la gestante no sea la madre genética del niño.
- Las mujeres gestantes deberán de superar unas entrevistas para valorar su idoneidad en cuanto a salud física y psíquica se refiere.
- La gestante ha debido tener anteriormente un hijo propio y sano. Este requisito garantiza que la mujer sabe lo que es enfrentarse a un embarazo, ya que tiene numerosas consecuencias emocionales.
- Es imprescindible que la madre gestante preste consentimiento escrito ante notario renunciando a la patria potestad, ya que como he mencionado anteriormente, cuando el niño nazca se inscribirá su filiación en el Registro Civil a favor de los padres comitentes.

El punto para reflexionar en este caso es la inscripción en el Registro Civil Español de la filiación derivada de la gestación subrogada en este país, donde el proceso no cuenta con intervención judicial. Como señala FERNÁNDEZ ECHEGARAY, esto es consecuencia de la mera aplicación del modelo de legislación ucraniano⁶². La condición para la inscripción en el Registro Civil es la existencia de vínculo genético entre el padre y el niño nacido y para acreditar este hecho basta con una certificación resultante de una prueba de ADN. En cuanto a la filiación materna, teniendo en cuenta el requisito de renuncia a la

⁶¹ FERNÁNDEZ ECHEGARAY, L.: "Gestación por sustitución: españoles atrapados en Ucrania", Ob. Cit, págs. 161-165.

⁶² FERNÁNDEZ ECHEGARAY, L.: "Gestación por sustitución: españoles atrapados en Ucrania", Ob. Cit, pág. 182.

patria potestad por parte de la gestante, la madre de intención deberá ya en España iniciar un procedimiento de adopción del menor.

Esta situación aparentemente sencilla cambió radicalmente en el año 2018, cuando se emitió por parte de la Embajada Española en Ucrania un comunicado alentando a los españoles a dejar de acudir a este destino. Lo que ocurrió es que se detectó una falta de transparencia en cuanto a la defensa de las garantías del proceso de subrogación. El problema radicó en aquellas familias que en el momento del cambio de criterio se encontraban en Ucrania en las últimas fases del procedimiento de gestación. La solución fue otorgar a esas familias un pasaporte ucraniano y, ya en España, se iniciaría un procedimiento de filiación a favor del padre biológico y el consiguiente procedimiento de adopción para determinar la filiación materna.

En este sentido, la DGRN propuso la Instrucción de 14 de febrero de 2019 sobre actualización del régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución⁶³. Esta instrucción contenía una regulación muy similar a la de la Instrucción de 5 de octubre de 2010 pero, sin embargo, fue revocada por orden del Gobierno y sustituida por la 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. Esta última establece como requisito la existencia de una sentencia firme y dotada de exequatur para inscribir la filiación de los menores nacidos mediante gestación por sustitución en el Registro Civil consular. Además, el Encargado del Registro Civil consular deberá suspender el procedimiento de inscripción con base en la ausencia de medios de prueba que se puedan apreciar. Dicha suspensión y demás circunstancias serán comunicadas de acuerdo con el artículo 124 del Reglamento del Registro Civil al Ministerio fiscal. Por último, tras este procedimiento el solicitante podrá obtener el pasaporte que habilite al menor a viajar a España, donde se deberá iniciar el expediente para la inscripción de la filiación, con intervención del Ministerio Fiscal.

⁶³ Disponible en:

https://e00elmundo.uecdn.es/documentos/2019/02/16/instruccion_gestacion.pdf

3.4 Últimos pronunciamientos del TEDH sobre la gestación por sustitución

En este apartado se va a realizar un breve análisis de las últimas sentencias del TEDH en materia de gestación subrogada en Francia, Islandia, Suiza e Italia.

3.4.1 El caso de Francia

El TEDH ha resuelto en los últimos años numerosos casos sobre el reconocimiento internacional de la filiación derivada de la gestación subrogada. Todos sus pronunciamientos se centran en la vulneración, o no, del artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH).

Como punto de partida, cabe mencionar dos sentencias de gran relevancia: el caso *Menesson* contra Francia (Rec. 65192/2011), *Labassee* contra Francia (Rec. 65941/2011).

Los casos *Menesson* y *Labassee* contra Francia⁶⁴

Esta sentencia versa sobre un matrimonio francés que debido a problemas de fertilidad acuden a la gestación subrogada en California, debido a la prohibición de esta práctica en su país de origen. La gestación se desarrolló mediante aportación de material genético por parte del padre comitente y la posterior fecundación del óvulo de la madre gestante.

Lo que ocurre es que el Tribunal Supremo del Estado de California decretó de manera previa que los padres comitentes serían los padres legales del futuro niño.

Finalmente, cuando culminó el embarazo, la mujer gestante dio a luz a dos gemelos. El problema se suscitó posteriormente, en relación con la prohibición de la gestación subrogada por el Derecho francés. Cuando los padres comitentes acudieron a inscribir a los menores en el consulado francés en California, se les denegó esa posibilidad.

⁶⁴Disponible en:

[https://hudoc.echr.coe.int/spa#{%22fulltext%22:\[%22Case%20of%20Menesson%22\],%22itemid%22:\[%22002-9781%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/spa#{%22fulltext%22:[%22Case%20of%20Menesson%22],%22itemid%22:[%22002-9781%22]})

Este asunto llegó ante el TEDH, que se pronunció aclarando la inequívoca paternidad del Sr. Mennesson (el padre comitente) que aportó el material genético. La gravedad de la situación en este caso residía en la imposibilidad de los menores de acceder a la nacionalidad francesa y, por consiguiente, poder vivir en Francia con los derechos propios de sus ciudadanos. Los padres comitentes expusieron que la negativa del Consulado francés a la inscripción suponía una intromisión de las autoridades estatales en su derecho a la vida privada y familiar. Por otro lado, el derecho a la identidad, en el que se encuentra incluida la filiación, forma parte del derecho a la vida privada. El pronunciamiento del TEDH fue claro: se había producido una violación del artículo 8 del CEDH.⁶⁵

En términos muy similares se pronunció el TEDH en el caso *Labasse* contra Francia donde se recalcó que era de absoluta necesidad distinguir entre el derecho de los matrimonios a su vida familiar y el derecho de respeto de la vida privada de los niños nacidos por esta técnica⁶⁶. En este caso el TEDH destacó que es una exigencia del derecho a la vida privada y familiar que se puedan establecer la identidad de los niños, algo que incluye por supuesto su filiación.

Francia fue condenada de nuevo por no reconocer la filiación derivada de la gestación por sustitución en los casos *Foulon & Bouvet* contra Francia⁶⁷ y *Laborie* contra Francia⁶⁸. Al igual que en los anteriores casos, se denegaron las inscripciones de los menores en el Registro Civil francés y el TEDH concluyó que no se había vulnerado el derecho a la vida privada de los padres comitentes, pero si el derecho a la vida privada de los menores (art. 8 CEDH).

3.4.2 El caso de Islandia

⁶⁵ DURÁN AYAGO, A. "Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso *Mennesson c. France* (n.o 65192/11) y caso *Labassee c. France* (n.o 65941/11), de 26 de junio de 2014", *Reseñas de jurisprudencia*, 2014, págs. 277-282.

⁶⁶ GODOY VÁZQUEZ, M. O.: "La gestación subrogada en la jurisprudencia del TEDH, TJUE y Tribunal Supremo", *Anuario de la facultad de Derecho de la Universidad de Extremadura*, núm. 34, 2018, pág. 121.

⁶⁷ Disponible en: [http://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:\[%22001-165462%22\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-165462%22]})

⁶⁸ Disponible en: [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:\[%22001-170369%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-170369%22]})

El TEDH, en su sentencia de 18 de mayo de 2021 (caso Valdís Fjölnisdóttir), se pronuncia sobre el reconocimiento de la filiación derivada de la gestación por sustitución. En este caso, un matrimonio de mujeres acudió a la gestación subrogada en Estados Unidos. La demanda tuvo lugar como consecuencia de la negativa de las autoridades islandesas a reconocer la filiación de un menor nacido en California mediante gestación subrogada, de tal modo que el menor no podía adquirir la nacionalidad islandesa. Lo que ocurrió fue que el menor fue considerado extranjero no acompañado, por lo que su custodia legal fue asumida por el Comité de protección de menores, que nombró una tutora legal y autorizó el acogimiento del menor a favor del matrimonio.

El recurso ante el TEDH se fundamentaba en la vulneración del derecho a la vida privada y familiar recogido en el artículo 8 del CEDH. El TEDH dictaminó que la negativa a reconocer la filiación de los menores a favor de las comitentes estaba justificada de acuerdo con el principio *mater semper certa est*. Además, se pronunció aclarando que la negativa a reconocer la filiación no había vulnerado el derecho a la vida privada y familiar de las demandantes ya que dicho derecho había quedado protegido con el acuerdo de acogida⁶⁹.

3.4.2 El caso de Suiza

En esta reciente sentencia, de 22 de noviembre de 2022, el TEDH resalta la prevalencia del interés superior del menor sobre la prohibición de acudir a la gestación subrogada. Los hechos se remontan al año 2010, cuando una pareja homosexual masculina suiza firmó un contrato de gestación subrogada en Estados Unidos. En este caso el material genético provenía de uno de los padres comitentes y el óvulo de una donante anónima. En California se reconocieron a los padres comitentes como padres legales del menor pero el problema radica en su vuelta a Suiza, donde solo se reconoce la filiación a favor del padre que aportó material genético.

⁶⁹ Disponible en: <https://www.legaltoday.com/practica-juridica/derecho-civil/familia/la-ultima-y-novedosa-decision-del-tribunal-europeo-de-derechos-humanos-sobre-la-maternidad-subrogada-2021-07-26/>

El rechazo a reconocer el vínculo de filiación se debía a que en Suiza hasta el año 2021 solo permitía adoptar a los matrimonios, que debían ser entre personas de sexo opuesto por lo que no se permitía adoptar niños a parejas homosexuales. El TEDH condenó a Suiza por no reconocer la filiación del menor a favor de los dos padres. A juicio del tribunal se vulneró el artículo 8 del CEDH que consagra el respeto a la vida privada y familiar de los tres demandantes⁷⁰.

3.4.3 El caso de Dinamarca

El 6 de diciembre de 2022, el TEDH dictó una sentencia contra Dinamarca. Los hechos se remontan al año 2013, cuando matrimonio danés acude a Ucrania con el objeto de celebrar un contrato de gestación por sustitución. Fruto de este proceso la madre subrogada da a luz en a dos gemelos en el citado país. Cabe mencionar que en este caso el miembro de la pareja que aportó material genético fue el marido. En febrero de 2014 la pareja se traslada a Dinamarca con los niños. El derecho danés no reconocía a la mujer como madre, por lo que los niños adquirieron la ciudadanía a través del padre, solicitando la mujer la adopción. Las autoridades administrativas rechazaron dicha solicitud debido a que se produjo el pago de una cantidad a la madre subrogada para obtener el consentimiento de la adopción.

El asunto llegó al TS de Dinamarca, que desestimó el recurso presentado por la madre de intención como consecuencia del pago a la clínica ucraniana para obtener el consentimiento de la madre gestante, lo cual vulnera el artículo 15 de la Ley de Adopción que establece *“No puede concederse la adopción si alguna de las personas obligadas a dar su consentimiento para la adopción paga o recibe remuneración o cualquier otro tipo de contraprestación, incluida la indemnización por lucro cesante. (...)”*

Finalmente, los demandantes deciden acudir al TEDH alegando que se había producido una vulneración de sus derechos recogidos en el artículo 8 CEDH. Por un lado, el derecho a tener una identidad de los hijos, y por otro lado el derecho

⁷⁰ Disponible en: <https://www.swissinfo.ch/spa/strasburgo-falla-a-favor-de-una-pareja-que-acudió-a-la-gestación-subrogada/48078232>

a la vida privada de la madre de intención, cuya relación materno- filial no fue reconocida.

El TEDH se pronunció declarando que se había producido una violación del derecho de la vida privada (artículo 8 CEDH) de los menores, que han quedado en una situación de inseguridad jurídica al no verse reconocida su relación materno- filial. En cuanto al derecho a la vida privada de la madre de intención, el TEDH considera que no se ha producido vulneración alguna ya que prevalece el interés público de controlar la gestación subrogada⁷¹.

3.4.4 El caso de Italia

El caso Paradiso y Campanelli contra Italia

En la mencionada sentencia, un matrimonio italiano acude, en los mismos términos que en el caso Mennesson y Labasse (Francia), por problemas de fertilidad a la gestación subrogada, en este caso en Rusia. En el país de origen, Italia, la gestación por sustitución está prohibida. El material genético en este caso no fue aportado por ninguno de los padres comitentes, sino que procedía de terceros ajenos al contrato de gestación. Teniendo en cuenta esta circunstancia, se produjo la inseminación, embarazo y posterior alumbramiento del niño.

Este caso dista del anterior en tanto que el niño nacido no presenta ningún vínculo genético con los padres de intención. A pesar de esta circunstancia las autoridades rusas reconocieron, sin presentar dificultad alguna, la filiación a favor de los padres comitentes. Cuando estos regresaron a su país, las autoridades consideraron que el certificado de filiación era falso puesto que el niño no presentaba vínculo genético alguno con los padres comitentes⁷². En base a ello, no reconocieron la filiación del menor. El matrimonio Paradiso-

⁷¹ BOUAZZA ARIÑO, O: “Notas de jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Revista de Administración Pública*, núm. 220, 2022, págs. 341-360.

⁷² FARNÓS AMORÓS, E. “El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la relevancia del vínculo genético: una revisión de la jurisprudencia sobre gestación por sustitución transfronteriza”, *Revista bioética de Derecho*, 2022, pág. 29-54.

Campanelli acudió al TEDH, argumentando que dicha denegación suponía una vulneración de su derecho a la vida privada y familiar.

Las autoridades italianas acordaron la entrada del menor a un centro tutelado para poner fin a esa situación ilegal. Esta medida fue acordada apoyándose en el fundamento de que el matrimonio había acudido a Rusia a sabiendas de que en Italia esta técnica estaba prohibida, pudiendo así burlar la normativa de la adopción internacional y basándose en la idea del orden público internacional.

El TEDH en su resolución indica que la excepción de orden público internacional no justifica el uso de cualquier medio para garantizarlo, sino que debe haber una equilibrada ponderación de los intereses en juego, sobre todo del interés superior del menor y, por tanto, la decisión de separación de los padres del niño solo encontraría justificación en el caso de un peligro inminente para el niño. Por consiguiente, declaró que las autoridades italianas habían decretado una medida desproporcionada separando a los padres del niño y finalmente concluye que se había excedido el margen de apreciación otorgado por el artículo 8 del CEDH.⁷³

Resulta interesante destacar que en esta sentencia el TEDH alude a que la primera ilegalidad surgida fue el *Bad Forum Shopping* que ejercieron los padres de intención ya que, tanto el interés público, como el interés superior del menor deben prevalecer sobre el deseo de ser padres⁷⁴.

En el año 2017, la Gran Sala del TEDH se volvió a pronunciar sobre el caso dos años después de que la Sala 2ª dictase su primera resolución. El TEDH ha dado fin a la controversia considerando por mayoría que no existía violación del artículo 8 CEDH ya que el vínculo familiar era débil y considerado ilegal por las autoridades italianas. Por lo tanto, el Gobierno italiano tenía derecho a retirar la custodia del menor al matrimonio y su actuación estuvo enfocada a proteger el derecho a la identidad del menor.

⁷³ Disponible en:

https://www.echr.coe.int/d/press_q_a_paradiso_and_campanelli_eng?p_l_back_url=%2Fsearch%3Fq%3DParadiso%2B%2BCampanelli%2Bvs%2BItaly%26folder%3D839313

⁷⁴ GODOY VÁZQUEZ, M. O.: “La gestación subrogada en la jurisprudencia del TEDH, TJUE y Tribunal Supremo”, *Anuario de la facultad de Derecho de la Universidad de Extremadura*, núm. 34, 2018, págs. 111-131.

La sentencia más reciente fue dictada por el TEDH en fecha de 31 de agosto de 2023, contra Italia. En este caso los padres de intención acudieron a Ucrania para realizar el procedimiento de gestación subrogada, a partir de los gametos del padre de intención y los óvulos de una donante. A su regreso a Italia, la pareja se enfrentó a negativas para inscribir la filiación del menor en el Registro Civil italiano con lo que la niña fue considerada apátrida. Como resultado se produjo un estado de incertidumbre prolongada sobre su identidad.

La pareja recurre en numerosas ocasiones ante los tribunales italianos, pero estos no reconocen el vínculo familiar con la menor. La demanda llega hasta el TEDH que resuelve considerando que Italia debería haber reconocido la paternidad del padre biológico, ya que aportó material genético, quedando para la madre comitente abierta la vía de la adopción de la menor. El TEDH recuerda en esta sentencia la exigencia establecida por el artículo 8 del CEDH de reconocer el vínculo del niño nacido mediante esta técnica y los padres de intención a pesar de que la gestación subrogada esté prohibida ya que se debe garantizar el respeto a la vida privada y familiar. Como consecuencia de esta sentencia, se condenó a Italia al pago de 15000 euros por daños morales a la niña y casi 10000 euros por costas judiciales⁷⁵.

Conviene en este caso mencionar que el Gobierno italiano ha aprobado recientemente como delito universal la gestación subrogada, estando penado con pena de prisión, desde tres meses hasta dos años, y multa de 600.000 a un millón de euros. Como consecuencia de esta calificación como delito universal, los ciudadanos italianos que recurran a esta técnica serán procesados a su regreso al país como si el delito se hubiese producido en Italia⁷⁶.

⁷⁵ Disponible en: <https://www.pagina12.com.ar/585177-un-tribunal-europeo-condeno-a-italia-por-no-reconocer-a-una-#:~:text=El%20Tribunal%20Europeo%20de%20Derechos,9.536%20euros%20por%20costas%20judiciales>.

⁷⁶ Disponible en: <https://www.abc.es/sociedad/parlamento-italiano-aprueba-delito-universal-gestacion-subrogada-20230727092606-nt.html?ref=https%3A%2F%2Fwww.abc.es%2Fsociedad%2Fparlamento-italiano-aprueba-delito-universal-gestacion-subrogada-20230727092606-nt.html>

4.CONCLUSIONES

La gestación por sustitución es actualmente de uno de los temas más controvertidos a nivel internacional debido a los problemas ético-morales y jurídicos que suscita. Como hemos visto, en España se trata de una práctica prohibida, nula de pleno derecho de acuerdo con los artículos 1271- 1275 CC. También está prohibida en el artículo 10 de la LTRHA y se considera incluso en la reciente LO 1/2023, de 28 de febrero de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, una de las formas de violencia en el ámbito de la salud sexual y reproductiva de las mujeres.

Lo cierto es que existen infinidad de posturas en torno a este tema. Existe un sector más conservador e incluso feminista que está en contra de esta práctica y de su legalización en España. Considero que el hecho de legalizar esta práctica supondría facilitar el camino a la posible trata de niño/as y mujeres que traería consigo. Otro sector más liberal aboga por su regulación en su modalidad altruista. Sin embargo, no debemos olvidar el reto que supondría su regulación, aún en esta modalidad, pues se trata de un tema delicado en tanto en cuanto se deben garantizar los derechos de todas las partes.

El primer problema que subyace a la gestación subrogada es el interés superior del menor. Como hemos visto en los numerosos pronunciamientos judiciales al respecto, se trata de un bien jurídico que debe salvaguardarse, aunque se trate de una práctica prohibida, el menor nacido tiene el derecho a tener una identidad (artículo 8 CEDH). Teniendo en cuenta la situación en España y en los diversos países es indudable la necesidad de crear un instrumento a nivel internacional que permita el reconocimiento y registro de la filiación del menor nacido mediante esta práctica. En mi opinión, aunque se trate de una práctica prohibida, los nacidos por esta técnica deben ver garantizado su derecho a tener una identidad que no debe verse menoscabado por inobservancia de la ley o la irresponsabilidad de los padres comitentes. El TEDH en los numerosos pronunciamientos en torno a la gestación subrogada ha ponderado los intereses en juego, entrando a valorar la proporcionalidad entre las negativas a la inscripción de la filiación de los menores y el respeto al ordenamiento jurídico.

Pues bien, pese a que dicha negativa tenga una base jurídica suficientemente sólida se debe garantizar en todo caso el derecho a la vida privada y familiar de los niños.

Otro de los grandes problemas que suscita la gestación por sustitución es garantizar los derechos de las madres gestantes. No cabe duda de que habrá mujeres que llevarán a cabo la gestación por puro altruismo, pero, sin embargo, en la mayoría de los casos existen motivaciones económicas que llevan a esas mujeres a recurrir a este medio para conseguir dinero por lo que es difícil garantizar sus derechos. En mi opinión con la gestación subrogada se minimizan aspectos muy relevantes que sufre la mujer gestante, como pueden ser los riesgos físicos y emocionales que supone el embarazo. Además, resulta clave analizar las motivaciones de estas mujeres para poder entender el problema además de garantizar que en el contrato no se produce ningún vicio del consentimiento. Por este motivo, la mayoría de los países regulan la gestación subrogada en su modalidad altruista, lo cual simplifica, relativamente, el problema.

Debemos recordar que no está garantizado en ningún instrumento jurídico el derecho a ser padres, pero sí el derecho de los niños a tener una familia. La regulación de la gestación subrogada supone abrir una vía que sería equiparable a reconocer este derecho a ser padres, ya que suelen recurrir a ella parejas que no pueden conseguirlo de manera natural o mediante otras técnicas de reproducción humana asistida. Indudablemente han cambiado los modelos de familia, dejando paso el modelo de familia tradicional a familias monoparentales u homosexuales. No obstante, existen otras vías a las que se puede recurrir que, pese a ser objeto de debate moral, no suscitan ningún problema jurídico, como la adopción o la fecundación in vitro (FIV). Actualmente la gestación subrogada y la adopción internacional tienen una relación inversa, nos encontramos con que el incremento de los casos de gestación subrogada trae como consecuencia una disminución de la adopción internacional. La diferencia entre ambos es que la adopción se fundamenta en el derecho de los niños a tener una familia, cosa muy distinta a lo que sucede con la gestación por sustitución.

A nivel internacional, como hemos observado a lo largo de este estudio no existe ningún tipo de instrumento que regule esta práctica, lo cual evidencia una clara

necesidad de armonización, al menos a nivel europeo. Esto contribuiría a solucionar el problema de ausencia de seguridad jurídica que existe actualmente. La Conferencia de la Haya es consciente de esta situación y está trabajando en crear un instrumento que permita, para aquellos países que lo ratifiquen, el reconocimiento automático de la filiación del menor.

5. BIBLIOGRAFÍA

- BALAGUER CALLEJÓN, ML: *Hij@s del mercado. La maternidad subrogada en un Estado Social*, Cátedra, Madrid, 2017.
- BOSCH VALERO, J.A: *El aborto en España*, Aranzadi, Navarra, 2023.
- BOUAZZA ARIÑO, O: “Notas de jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Revista de Administración Pública*, núm. 220, 2022.
- CALVO CARAVACA, A.L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. “Comentario de la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014 (247/2014)”, *Dykinson SL*, 2014.
- CASTELLANOS RUIZ, MJ: “Gestación por sustitución”, *Cuadernos de derecho transnacional Vol. 13*, núm. 2, 2021.
- CID VÁZQUEZ, MT: *Maternidad subrogada, la nueva esclavitud del siglo XXI*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2023.
- DURÁN AYAGO, A. “Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso *Menesson c. France* (n.o 65192/11) y caso *Labassee c. France* (n.o 65941/11), de 26 de junio de 2014”, *Reseñas de jurisprudencia*, 2014.
- FARNÓS AMORÓS.E: “La gestación por sustitución de nuevo ante el Tribunal Supremo: la STS, 1.a (Pleno), de 31 de marzo de 2022, como ejemplo de la encrucijada actual”, *Anuario de la facultad de Derecho civil de la Universidad Pompeu Fabra*, núm. 75, 2022.
- FARNÓS AMORÓS, E. “El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la relevancia del vínculo genético: una revisión de la jurisprudencia sobre gestación por sustitución transfronteriza”, *Revista bioética de Derecho*, 2022.
- FERNÁNDEZ ECHEGARAY, L.: “Gestación por sustitución: españoles atrapados en Ucrania”, *Revista de Derecho UNED*, núm. 26, 2020.

- GODOY VÁZQUEZ, M. O.: “La gestación subrogada en la jurisprudencia del TEDH, TJUE y Tribunal Supremo”, *Anuario de la facultad de Derecho de la Universidad de Extremadura*, núm 34, 2018.
- 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.
- LAMM, E: *Gestación por sustitución: ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*, Universidad de Barcelona, Barcelona, 2017.
- LAMM, E: “Gestación por sustitución: realidad y derecho”, Universitat Pompeu Fabra, Indret, 2012.
- LARAAGUADO, A.: “La encrucijada entre el derecho a la identidad personal de los menores nacidos por contratos de gestación por sustitución y el respeto a los derechos fundamentales Comentario a la STS (Sala de lo Civil) 277/2022, de 31 de marzo de 2022”, *Revista Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil* núm. 120/2022 parte Sentencias, Resoluciones, Comentarios, 2022.
- MÚRTULA LAFUENTE, V: “A vueltas con la gestación por sustitución y la filiación de los menores nacidos por este procedimiento. Algunas reflexiones tras la STS, 1.ª (Pleno), de 31 de marzo de 2022”, *Derecho Privado y Constitución*, núm. 42, 2023.
- ORTEGA LOZANO, R: “Gestación subrogada: aspectos éticos”. *Revista Internacional de Éticas Aplicadas*, núm. 28, 2018.
- PÉREZ CASTRO, T.: “La filiación de los nacidos mediante gestación subrogada o por sustitución”, *Revista jurídica Colex*, núm. 25, 2022.
- PÉREZ NAVARRO, P: “Mater sempre certa est”, *Revista del Laboratorio Iberoamericano para el Estudio Sociohistórico de las Sexualidades*, núm. 1, 2019.
- TUDELA CUENCA, J: *Maternidad subrogada, La nueva esclavitud del siglo XXI*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2023.
- VELA SÁNCHEZ, A. J.: “¿En serio? Yo alucino con el Comité “, *Diario La Ley*, núm. 9035, 2017.
- VELA SÁNCHEZ, A. J.: *La maternidad subrogada: estudio ante un reto normativo*, Editorial Comares, Granada, 2012.

6. LEGISLACIÓN

- Art 10, Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida.
- Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre Técnicas de Reproducción Asistida.
- Ley 45/2003, de 21 de noviembre, sobre Técnicas de Reproducción Asistida.
- Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil.
- Constitución Española de 29 de diciembre de 1978.
- Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.
- Ley 14/2007, de 3 de julio de 2007 de Investigación Biomédica.
- Ley Orgánica 1/2023, de 28 de febrero, por la que se modifica la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo.
- Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo.
- 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.
- Ley 20/2011, de 21 de julio del Registro Civil.
- Instrumento de Ratificación de la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989.
- 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.
- Enmiendas al Estatuto de la Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado, hecho en La Haya el 31 de octubre de 1951, adoptadas por la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado en su vigésima reunión celebrada en La Haya el 30 de junio de 2005 y Texto consolidado de dicho Estatuto.

7. WEBGRAFÍA

- Organización Mundial de la Salud (OMS). Disponible en https://www.who.int/es/health-topics/infertility#tab=tab_1

- Informe del Comité de Bioética de España sobre los aspectos jurídicos de la maternidad subrogada (2017). Disponible en <https://docta.ucm.es/rest/api/core/bitstreams/768b3cb3-9fcf-4a9b-96c6-08bc21289f07/content>
- Babygest. Entrevista a Victoria Camps. Disponible en <https://babygest.com/es/entrevista-a-victoria-camps/>
- Propuesta de Resolución (B8-0694/2016) del Parlamento Europeo sobre la gestación subrogada como un riesgo para los derechos de las mujeres y de los niños. Disponible en https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/B-8-2016-0694_ES.html
- Informe Anual del Parlamento Europeo de Derechos Humanos y Democracia en el Mundo (2014). Disponible en: <https://www.consilium.europa.eu/es/press/press-releases/2015/06/22/fac-human-rights-report/>
- Convenio Europea de Derechos Humanos. Disponible en https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/convention_spa
- Sentencia del Tribunal Supremo 1153/2022, de 31 de marzo de 2022. Disponible en: <https://vlex.es/vid/899711887>
- Dictamen del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 10 de abril de 2019. Disponible en [https://www.mjusticia.gob.es/es/AreaInternacional/TribunalEuropeo/Documents/1292429190384-Dictamen de 10 de abril de 2019 en relacion con el reconocimiento en el Derecho interno de una rela.PDF](https://www.mjusticia.gob.es/es/AreaInternacional/TribunalEuropeo/Documents/1292429190384-Dictamen%20de%2010%20de%20abril%20de%202019%20en%20relacion%20con%20el%20reconocimiento%20en%20el%20Derecho%20interno%20de%20una%20rela.PDF)
- Convención sobre los Derechos del Niño. Disponible en: <https://www.un.org/es/events/childrenday/pdf/derechos.pdf>
- Sentencia del Tribunal Supremo 835/2013, de 6 de febrero de 2014. Disponible en: <https://vlex.es/vid/filiacion-reconocimiento-extranjero-494106606>.
- Sentencia del Tribunal Supremo 1153/2022, de 31 de marzo de 2022. Disponible en: <https://www.poderjudicial.es/search/openDocument/0e6219d460d65731>
- La gestación por sustitución de nuevo ante el Tribunal Supremo: la STS, 1.a (Pleno), de 31 de marzo de 2022, como ejemplo de la encrucijada actual. Disponible en:

https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-C-2022-30128101314

- Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 26 de junio de 2014, Caso Mennesson contra Francia. Disponible en:

<https://hudoc.echr.coe.int/spa#%7B%22fulltext%22:%5B%22Case%20of%20Mennesson%22%5D,%22itemid%22:%5B%22002-9781%22%5D%7D>

- Questions and Answers on the Paradiso and Campanelli v. Italy Judgments.

Disponible en:

https://www.echr.coe.int/d/press_q_a_paradiso_and_campanelli_eng?p_l_back_url=%2Fsearch%3Fq%3DParadiso%2B%2BCampanelli%2Bvs%2BItaly%26folder%3D839313

- Ley Alemana 745/90 de 13 de diciembre de 1990 de Protección del Embrión.

Disponible en:

[https://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con5_uibd.nsf/0A365E8D55169B5B0525830C0057CC31/\\$FILE/ley_Alemana.pdf](https://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con5_uibd.nsf/0A365E8D55169B5B0525830C0057CC31/$FILE/ley_Alemana.pdf)

- Artículo 6 de la Ley de Reproducción Humana asistida de Canadá “Assisted Human Reproduction Act”. Disponible en: <https://laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/a-13.4/page-1.html#h-6052>

- Gestación subrogada en Canadá: legislación y precio. Disponible en: <https://babygest.com/es/canada/>

-La maternidad subrogada en Reino Unido: ¿qué dice la ley? Disponible en: <https://babygest.com/es/reino-unido/>

- Recurso de Casación núm. 245/2012, (RJ/2014/736). Disponible en: <https://vlex.es/vid/filiacion-reconocimiento-extranjero-494106606>

- Pronunciamiento del TEDH en su sentencia de 18 de mayo de 2021, el caso Valdís Fjölnisdóttir (Islandia). Disponible en:

<https://www.legaltoday.com/practica-juridica/derecho-civil/familia/la-ultima-y-novedosa-decision-del-tribunal-europeo-de-derechos-humanos-sobre-la-maternidad-subrogada-2021-07-26/>

- Pronunciamiento del TEDH contra Suiza de 22 de noviembre de 2022. Disponible en: <https://www.swissinfo.ch/spa/strasburgo-falla-a-favor-de-una-pareja-que-acudió-a-la-gestación-subrogada/48078232>

- Pronunciamento del TEDH contra Francia el 21 de julio de 2016, caso Foulon & Bouvet contra Francia. Disponible en:

<http://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-165462%22%5D%7D>

- Pronunciamento del TEDH contra Francia el 19 de enero de 2017, caso Laborie vs Francia. Disponible en:

<vhttps://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-170369%22%5D%7D>

- Pronunciamento del TEDH contra Italia el 31 de agosto de 2023. Disponible en: <https://www.pagina12.com.ar/585177-un-tribunal-europeo-condeno-a-italia-por-no-reconocer-a-una-#:~:text=El%20Tribunal%20Europeo%20de%20Derechos,9.536%20euros%20por%20costas%20judiciales>.

[por-no-reconocer-a-una-#:~:text=El%20Tribunal%20Europeo%20de%20Derechos,9.536%20euros%20por%20costas%20judiciales](https://www.pagina12.com.ar/585177-un-tribunal-europeo-condeno-a-italia-por-no-reconocer-a-una-#:~:text=El%20Tribunal%20Europeo%20de%20Derechos,9.536%20euros%20por%20costas%20judiciales).

[#:~:text=El%20Tribunal%20Europeo%20de%20Derechos,9.536%20euros%20por%20costas%20judiciales](https://www.pagina12.com.ar/585177-un-tribunal-europeo-condeno-a-italia-por-no-reconocer-a-una-#:~:text=El%20Tribunal%20Europeo%20de%20Derechos,9.536%20euros%20por%20costas%20judiciales).

- Italia aprueba como delito universal la gestación subrogada, con pena de hasta dos años de cárcel. Disponible en: <https://www.abc.es/sociedad/parlamento-italiano-aprueba-delito-universal-gestacion-subrogada-20230727092606-nt.html?ref=https%3A%2F%2Fwww.abc.es%2Fsociedad%2Fparlamento-italiano-aprueba-delito-universal-gestacion-subrogada-20230727092606-nt.html>

[italiano-aprueba-delito-universal-gestacion-subrogada-20230727092606-nt.html?ref=https%3A%2F%2Fwww.abc.es%2Fsociedad%2Fparlamento-italiano-aprueba-delito-universal-gestacion-subrogada-20230727092606-nt.html](https://www.abc.es/sociedad/parlamento-italiano-aprueba-delito-universal-gestacion-subrogada-20230727092606-nt.html?ref=https%3A%2F%2Fwww.abc.es%2Fsociedad%2Fparlamento-italiano-aprueba-delito-universal-gestacion-subrogada-20230727092606-nt.html)

[nt.html?ref=https%3A%2F%2Fwww.abc.es%2Fsociedad%2Fparlamento-italiano-aprueba-delito-universal-gestacion-subrogada-20230727092606-nt.html](https://www.abc.es/sociedad/parlamento-italiano-aprueba-delito-universal-gestacion-subrogada-20230727092606-nt.html?ref=https%3A%2F%2Fwww.abc.es%2Fsociedad%2Fparlamento-italiano-aprueba-delito-universal-gestacion-subrogada-20230727092606-nt.html)

[italiano-aprueba-delito-universal-gestacion-subrogada-20230727092606-nt.html](https://www.abc.es/sociedad/parlamento-italiano-aprueba-delito-universal-gestacion-subrogada-20230727092606-nt.html?ref=https%3A%2F%2Fwww.abc.es%2Fsociedad%2Fparlamento-italiano-aprueba-delito-universal-gestacion-subrogada-20230727092606-nt.html)