



*MÁSTER UNIVERSITARIO EN ACCESO A LA ABOGACÍA Y LA PROCURA
POR LA UNIVERSIDAD DE CANTABRIA (EN COLABORACIÓN CON EL
ILUSTRE COLEGIO DE ABOGADOS DE CANTABRIA)*

TRABAJO FIN DE MÁSTER

CURSO ACADÉMICO 2023-2024

**LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN EN EL
ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL: ANÁLISIS
DOCTRINAL, JURISPRUDENCIAL Y DE DERECHO
COMPARADO**

**GESTATION BY SUBSTITUTION IN THE SPANISH LEGAL SYSTEM:
DOCTRINAL, JURISPRUDENTIAL AND COMPARATIVE LAW ANALYSIS**

AUTORA

ISABEL VICENTE DE LA TORRE

DIRECTORA

LAURA FERNANDEZ ECHEGARAY

AGRADECIMIENTOS

En una palabra “gracias” a todas las personas que han hecho posible el avance que supone en mí este trabajo.

A mi directora Laura, por estar conmigo desde el día uno hasta el último, ser la mejor tutora y guiarme en todo momento a ser una mejor versión de mí.

A Paula y Mayte, por enseñarme la paz, la serenidad y el amor incondicional.

A mis abuelos, por ser en todo momento mi apoyo.

A mi hermana Beatriz, por ser tú y no otra la que me empuja a seguir, por saber que juntas siempre podremos, y por tener tu mano en los peores y mejores momentos.

A Jesús e Irene, por confiar en mí, cuando yo no lo hacía.

A Aarón, porque sin pedirte que te quedes, prometes nunca irte.

Y a mí, por estar aquí, por conseguir terminar lo que una vez entendí que siempre sería para mí.

ÍNDICE

RESUMEN.....	6
1. INTRODUCCIÓN.....	7
2. CONCEPTO.....	8
3. TIPOS DE GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN.....	10
4. LA GESTACIÓN EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL.....	13
4.1 Ley 14/2006, de 26 de mayo sobre técnicas de reproducción humana asistida. Consideraciones generales.....	13
4.2 Regulación legislativa de la gestación por sustitución en el ordenamiento jurídico español.....	16
4.3 Situación de la gestación por sustitución en el ordenamiento jurídico español.....	18
a) Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 18 de febrero de 2009.....	18
b) 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.....	21
c) Sentencia del Tribunal Supremo, de 6 de febrero de 2014.....	23
d) ¿Cómo influye en la jurisprudencia española la doctrina del TEDH de 26 de junio de 2014? Auto del Tribunal Supremo de 2 de febrero de 2015.....	29
e) Instrucción de 14 de febrero de 2019 sobre actualización del régimen registral de los nacidos mediante gestación por sustitución.....	33
f) Sentencia del Tribunal Supremo 277/2022, de 31 de marzo.....	33
5. BREVE ESTUDIO DE DERECHO COMPARADO.....	38
5.1 Países que no permiten la gestación subrogada.....	39
a) Francia.....	39
b) Alemania.....	42
c) Italia.....	43
5.2 Países que permiten la gestación subrogada de forma gratuita y comercial....	45
a) Ucrania.....	45

b) México.....	47
c) Estados Unidos.....	50
5.3 Países que permiten la gestación subrogada de forma gratuita.....	52
a) Reino Unido.....	52
6. POSICIONES FAVORABLES Y CONTRARIAS EN RELACIÓN CON LA GESTACIÓN SUBROGADA.....	54
6.1 Posición contraria a la gestación subrogada.....	55
a) Ilícitud de la gestación subrogada.....	56
b) Comercialización de los seres humanos.....	56
c) Principio de la autonomía de la voluntad.....	59
6.2 Posición a favor de la gestación subrogada.....	59
7. PROPUESTAS Y PROPOSICIONES DE LEY.....	60
7.1 Proyecto de Ley del Grupo Parlamentario de Ciudadanos (2017-2019).....	61
7.2 Proposición de ley de gestación por sustitución de la Asociación para la gestación subrogada en España.....	65
7.3 Informe del Comité de Bioética de España sobre los Aspectos Éticos y Jurídicos de la maternidad subrogada.....	66
8. JURISPRUDENCIA DESTACADA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS.....	67
8.1 Sentencia Mennesson v. Francia y Labasse V. Francia, ambas del 26 de junio de 2014.....	67
8.2 Sentencia Caso Valdís Fjolindistottir y otros v. Islandia de 18 de mayo de 2021.....	69
8.3 Sentencia D.B. y otros c. Suiza de 22 de noviembre de 2022.....	71
8.4 Sentencia Asunto C. Contra Italia de 31 de agosto de 2023.....	72
9. CONCLUSIONES.....	7
10. BIBLIOGRAFÍA.....	79
11. JURISPRUDENCIA	84
12. LEGISLACIÓN.....	85

RESUMEN.

En este trabajo vamos a realizar un análisis de la gestación por sustitución. Su primer apartado comienza con una exposición acerca de sus numerosas definiciones y sigue con los diferentes tipos de gestación por sustitución que existen en función de diferentes factores.

Después analizaremos cómo se regula la gestación por sustitución en los diferentes países. En este apartado hemos diferenciado aquellos países que la prohíben, aquellos que la permiten de forma gratuita y comercial y aquellos que la permiten sólo de forma gratuita.

Seguidamente llevaremos a cabo un breve estudio de la doctrina a favor y en contra de las técnicas de reproducción humana asistida en el que surgirán factores como la comercialización de los seres humanos y el principio de la voluntad de la mujer.

Todo continua con un análisis de las proposiciones de ley que ha habido en el panorama normativo español, finalizando con la exposición de diferentes sentencias del TEDH sobre estas técnicas.

Palabras clave: Gestación, Sustitución, Subrogación, Sentencia, Jurisprudencia.

ABSTRACT.

In this work, we will conduct an analysis of surrogacy. Its first section begins with an exposition regarding its numerous definitions and continues with the different types of surrogacy based on various factors.

Next, we will analyze how surrogacy is regulated in different countries. In this section, we have divided countries into those that prohibit it, those that allow it for free and commercial purposes, and those that permit it only for free.

Following this, we will carry out a brief study of the doctrine in favor and against assisted human reproduction techniques, where factors such as the commercialization of human beings and the principle of a woman's will emerge.

Everything continues with an analysis of the proposed laws that have been present in the Spanish regulatory framework, concluding with the exposition of different judgments from the European Court of Human Rights (ECHR) regarding these techniques.

Key Words: Gestation, Substitution, Surrogacy, Sentence, Legal Precedent.

1. INTRODUCCIÓN.

La gestación subrogada, también denominada gestación por sustitución, constituye uno de los supuestos más controvertidos para el mundo jurídico actualmente. Ésta, junto con los innumerables avances médicos y tecnológicos ha supuesto para el legislador una cuestión de suma importancia a abordar en la medida en que con ella entran en juego tres figuras a tratar: la mujer gestante, el comitente o comitentes y el menor concebido.

A través de la gestación por sustitución, una mujer decide gestar un niño que posteriormente al parto será entregado a un tercero o terceros que lo criarán como propio. Esta práctica ha conseguido asentarse legalmente en numerosos países como Estados Unidos, Ucrania y México, donde la contemplan desde un carácter tanto comercial como gratuito y, otros, como Reino Unido, que admiten desde un ámbito más altruista. Sin embargo, existen otros ordenamientos, como es el caso de nuestro país, en los que no ha conseguido instalarse puesto que, para los mismos, es radicalmente nula y contraviene principios tan esenciales como el derecho a la dignidad y la integridad física y provoca, en la mayor parte de las ocasiones, la explotación de mujeres que se encuentran en situaciones de necesidad y a las que nuestro ordenamiento pretende proteger.

Aun con todo, España guarda una solución legislativa para este tipo de situaciones que, aunque alberguen un carácter de nulidad, en la práctica se realizan.

Esa disparidad de legislaciones internacionales, junto al hecho de que en España no esté permitida, hace que aumente el denominado “turismo reproductivo”, conocido como el fenómeno por el que ciudadanos de países no permisivos acuden a otros que sí la permiten para poder alcanzar su deseo de ser padres.

Todo ello hace que la práctica de tales técnicas, que habitualmente se llevan a cabo por medio de contratos, coloque al legislador en una posición complicada a la hora de determinar qué intereses se deben proteger de forma primaria, ante qué tipo de gestación por sustitución se encuentra, en qué país se origina o qué solución resulta más adecuada establecer.

El presente trabajo acompaña al lector en una visión jurídica y actual de la gestación subrogada, queriendo que éste pueda obtener una comprensión más detallada, minuciosa

y absoluta de qué es la gestación por sustitución, cómo ha evolucionado, en qué principios se asienta, qué países la permiten y qué problemas morales, éticos y jurídicos presenta.

2. CONCEPTO

Como punto de partida, debemos indicar que la figura de la gestación por sustitución se encuadra en el marco de la medicina y que, con el transcurso del tiempo, ha pasado por distintas fases gracias al avance de la ciencia. Todo ello ha provocado la posibilidad de que una mujer pueda gestar un hijo para una tercera persona.

Una de las primeras definiciones existentes fue la de Coleman, que estableció que *“la maternidad subrogada es una aplicación novel de la técnica de la inseminación artificial que resulta del nacimiento de una criatura con un nexo biológico unilateral a la pareja infértil. La gestante es una mujer fértil que conviene que, mediante contrato, se la insemine artificialmente con el semen de un hombre casado con otra mujer, gestar el niño y darla a luz. Una vez nacido el niño, la gestante o suplente renuncia a su custodia a favor del padre biológico y, además, termina todos sus derechos de la filiación sobre el niño para que la esposa del hombre cuyo semen fue inseminada la adopte”*¹.

Es evidente que el concepto dado por Coleman se encuentra lejos de lo que actualmente puede entenderse como tal. Este lo percibía desde un contexto en el que la pareja interviniente se concibe únicamente como heterosexual e infértil, aplicándose exclusivamente a través de un proceso de inseminación artificial.

Por su parte, Gómez Sánchez establece *“se llama maternidad subrogada, gestación por sustitución o alquiler de útero el acto reproductor que genera el nacimiento de un niño gestado por una mujer sujeta a un pacto o compromiso mediante el cual debe ceder todos los derechos sobre el recién nacido en favor de otra mujer que figurará como madre de éste”*².

Como podemos observar, estas definiciones se encuadran en el marco de una pareja heterosexual sin prever la posibilidad de que intervenga una pareja homosexual o de que el comitente sea solamente una persona.

¹ SARASOL, C Y RAMÓN, F.: *La Gestación Subrogada: Aspectos Éticos y Jurídicos en el Derecho español, Jurídicas* CUC, 2021, pp. 323–366. Disponible en: <http://dx.doi.org/10.17981/juridcuc.17.1.2021.12>

² GÓMEZ SÁNCHEZ.: *Él derecho a la reproducción humana*, Marcial Pons, Madrid, 1994, p.136.

Díaz Romero, entiende que “*la gestación por sustitución se realiza a través de un contrato, oneroso o gratuito, a través del cual una mujer consiente en llevar a cabo gestación, mediante técnicas de reproducción asistida, aportando o no también su óvulo, con el compromiso de entregar el nacido a los comitentes, que pueden ser sujetos individuales o una pareja, matrimonial no, que pueden aportar o no sus gametos*”³.

Esta definición es más actual ya que observamos la posibilidad de que el comitente pueda ser un sujeto individual o una pareja, que mantengan o no matrimonio y que aporten o no sus gametos. A su vez, no se hace mención alguna al término hombre-mujer.

En relación con la terminología, hay que indicar que la gestación por sustitución también ha sido conocida tradicionalmente como “maternidad subrogada” e, incluso, a lo largo del tiempo ha atendido a diferentes acepciones como son; gestación subrogada, alquiler de útero, madres suplentes o portadoras, entre otras. De igual forma, en el Derecho comparado tampoco existe un concepto único de esta figura.

En cuanto a la diversidad de denominaciones debemos poner de manifiesto que, desde nuestro punto de vista, la expresión “maternidad subrogada”, no resulta correcta si atendemos a lo siguiente: en primer lugar, en cuanto al término “maternidad” debemos expresar su inadecuación a la realidad jurídica (que no médica o biológica) puesto que la mujer gestante no es madre.

El concepto de maternidad atiende a un proceso que comienza antes de la fecundación del óvulo y se extiende hasta mucho después del nacimiento del hijo. Por ello creemos más adecuado utilizar el término “gestación” en lugar de “maternidad”, puesto que estamos ante una cesión de un útero con el objetivo de poder gestar el embrión genético de otro⁴.

Por otro lado, la RAE entiende el término *subrogar* como “sustituir”⁴. Si atendiésemos a ello, deberíamos asumir como cierto el hecho de que la madre gestante sea quien aporte tanto la capacidad de gestación como el material genético. En realidad, esto no ocurre en todos los casos y es por ello por lo que de una forma más adecuada se viene utilizando el término “sustitución”.

³ DÍAZ ROMERO, R.: *La gestación por sustitución en nuestro ordenamiento jurídico*, Diario La Ley, núm. 7527, Sección Doctrina, 14 de diciembre de 2010, pp.1-15.

⁴ Real Academia Española, *Diccionario de la lengua española*, 23 ed.

Por último, debemos dejar claro que la maternidad subrogada no es una técnica de reproducción humana asistida que guarde semejanza con la fecundación in vitro. Existen sectores doctrinales que pretenden su equiparación, pero lo cierto es que éstas no guardan relación. En la fecundación in vitro existe una mujer que pretende ser madre y por ello se somete a un tratamiento de fertilidad, en cambio, en la gestación subrogada, la posición de madre gestante no la ocupa la que pretende tener un hijo, sino una persona ajena a la persona o personas solicitantes. Valero Heredia lo describe como una cuestión relativa a derechos fundamentales ⁵.

3. TIPOS DE GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN

En la gestación subrogada existen varias tipologías según el aporte genético de la mujer gestante al niño. Por un lado, encontramos la tradicional⁶, en la que la mujer gestante mantiene la relación genética y biológica con el concebido. Esto significa que en estos casos la gestante aportará su material genético para la fecundación.

Hay que tener en cuenta que en estos casos puede ocurrir que el padre comitente sea el aportante del material genético o que provenga de un donante.

Por otro lado, existe la gestación subrogada de tipo gestacional, caracterizada porque la mujer gestante sólo cede su capacidad de gestación, pero no sus óvulos, siendo éstos aportados bien por la mujer comitente, bien por una donante de óvulos⁷.

Dentro de este tipo de gestación derivan tres subtipos:

- La implantación de un embrión que procede de la aportación genética de dos personas donantes y, por tanto, ninguna de las partes intencionales tiene vinculación genética con el niño.

⁵ VALERO HEREDIA, A.: *La maternidad subrogada, un asunto de derechos fundamentales*, Teoría y Realidad Constitucional, núm. 43, 2019, pp. 421-440.

⁶ FERNANDEZ ECHEGARAY, L.: “Una propuesta legislativa para la regulación de la gestación por sustitución en España”, *Rev. Boliviana de Derecho*, núm. 35, enero 2023, pp. 354-385.

⁷ LAMM, E.: *Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada ni vientres de alquiler*, Colección de Bioética Cátedra UNESCO de Bioética de la Universidad de Barcelona, 2013, p. 28.

- La implantación de un embrión que procede de la aportación genética de un donante y, bien de la madre o del padre intencional. En este caso, por tanto, existe vinculación genética entre uno solo de los comitentes y el niño
- La implantación de un embrión que procede de la aportación genética de ambos padres intencionales.

No hay duda de que en la práctica el modelo de gestación subrogada más utilizado es de tipo gestacional y no tradicional. A través de esta fórmula la madre intencional puede aportar sus gametos y así ser la madre genética⁸. Al hilo de esta afirmación, Farnós Amorós entiende que *“a pesar de las mayores cargas físicas, emocionales y económicas que conlleva la fertilización in vitro frente a la inseminación artificial, la mayor incidencia práctica de la gestación por sustitución gestacional se explica porque permite establecer un vínculo genético entre el nacido y la madre comitente. Por otro lado, la inexistencia de vínculo genético entre el nacido y la gestante conlleva en algunos ordenamientos la vista del nacido con otros ojos”*⁹.

En conclusión, los tipos de gestación subrogada, dependiendo de quién sea aportante de gametos, pueden generar las siguientes situaciones:

- En primer lugar, que ambos comitentes aporten su material genético y tras un proceso de fecundación in vitro se implante del embrión en el útero de la gestante.
- En segundo lugar, que uno solo de los comitentes sea aportante de material genético y el otro gameto proceda bien de un donante de esperma o de una donante de óvulos_
- En tercer lugar, que el material genético no proceda de ninguno de los comitentes, recurriéndose a la donación de óvulos y a la donación de esperma.

⁸ ABÁSULO BARANDIKA, I.: “La gestación por sustitución y las mujeres gestantes. Aspectos jurídicos y éticos”, *Revista de Relaciones Laborales Lan Harremanak*, Edición núm. 41, junio de 2019, p. 5.

⁹ LLEDÓ YAGUE, E.: *El alquiler de úteros y el problema de las madres sustitutas o por encargo*, Ponencia presentada al II Congreso Mundial Vasco, en Vitoria (28-ix a 2-x-1987). En: *La filiación a finales del siglo XX. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana*, Trivium, Madrid, 1988, p. 336.

- En cuarto lugar, que la mujer gestante sea la aportante del material genético, dando lugar a una gestación subrogada de tipo tradicional.

Con independencia de lo anterior, también podemos clasificar la tipología de la gestación en función de su carácter económico:

Por un lado, nos encontramos con la gestación subrogada altruista en la que inicialmente el procedimiento se realiza sin ánimo de lucro. Sin embargo, como veremos más adelante, existen ordenamientos jurídicos que permiten que, aunque la práctica sea altruista la gestante reciba una compensación por las “molestias” derivadas, esto es, gastos farmacéuticos, médicos, de desplazamiento, etc...

El primer contrato de gestación por sustitución lucrativa documentado se sitúa en Estados Unidos, en 1975. El letrado Noel Keane intervino en el acuerdo pactado entre una pareja heterosexual y una madre gestante, quien, además de llevar a cabo la gestación, aportó su material genético¹⁰.

Por otro lado, tenemos la gestación subrogada de tipo comercial. En este caso, la mujer gestante no tiene exclusivamente la voluntad de ayudar a un tercero a tener un hijo, sino que, además, va a obtener una contraprestación económica de manos de la parte comitente.

Otra de las diferencias existentes en los modelos de gestación subrogada se refiere al momento en el que legalmente se va a transferir o a lograr la filiación oficial del niño a los padres comitentes. Esto puede darse con antelación o con posterioridad al parto, dependiendo de cuándo los órganos competentes -y la legislación aplicable al procedimiento- marcan que en el certificado de nacimiento del menor se refleje como padres a los comitentes.

Uno de los motivos por los que en algunas legislaciones la atribución de la filiación a favor de los comitentes se produce con posterioridad al nacimiento descansa en otorgar a la mujer gestante un periodo de arrepentimiento.

¹⁰ VILAR GONZÁKEZ, S.: *La gestación subrogada en España y en el derecho comparado*, Wolters Kluwer, España, 2018, p. 78.

4. LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL

4.1 Ley 14/2006, de 26 de mayo sobre técnicas de reproducción humana asistida: Consideraciones generales.

En España, la ley actualmente vigente en esta materia es la 14/2006, de 26 de mayo sobre técnicas de reproducción humana asistida. Su estructura se reparte en ocho capítulos y un apartado final de disposiciones adicionales.

Haciendo un análisis general de su regulación, podemos comenzar señalando que, en su artículo 3, se recogen las condiciones personales de la aplicación de las técnicas, estableciendo que “ *Las técnicas de reproducción asistida se realizarán solamente cuando haya posibilidades razonables de éxito, no supongan riesgo grave para la salud, física o psíquica, de la mujer o la posible descendencia y previa aceptación libre y consciente de su aplicación por parte de la mujer, que deberá haber sido anterior y debidamente informada de sus posibilidades de éxito, así como de sus riesgos y de las condiciones de dicha aplicación*”.

Asimismo, añade que el consentimiento de la mujer receptora se llevará a cabo por medio de la realización de un formulario de consentimiento informado, así como que sólo podrán transferirse un número máximo de tres preembriones en cada mujer en cada ciclo reproductivo. La mujer que recibe dichas técnicas podrá suspender su aplicación en cualquier momento anterior a la transferencia.

En cuanto a las donaciones de gametos permitidas en España, la Ley aboga por el anonimato del donante. De esta forma, en su artículo 5.5 señala que la donación “*será anónima y deberá garantizarse la confidencialidad de los datos de identidad de los donantes por los bancos de gametos, así como, en su caso, por los registros de donantes y de actividad de los centros que se constituyan*”.

En cuanto a la identidad de los donantes establece que “*Los hijos nacidos tienen derecho por sí o por sus representantes legales a obtener información general de los donantes que no incluya su identidad. Igual derecho corresponde a las receptoras de los gametos y de los preembriones*”, concluyendo con que sólo podrá relevarse su identidad en

situaciones extraordinarias que supongan un peligro para la vida o salud del hijo o cuando proceda por medio de las Leyes procesales penales.

Analizando este precepto, creemos conveniente destacar importantes diferencias en relación con lo establecido en el Código Civil que, en su artículo 180 ¹¹, establece que las personas adoptadas, una vez alcanzada la mayoría de edad o en su minoría por medio de sus representantes legales, tienen derecho a conocer datos acerca de sus orígenes biológicos.

En cuanto a las receptoras de estas técnicas, el artículo 6 establece que *“Toda mujer mayor de 18 años y con plena capacidad de obrar podrá ser receptora o usuaria de las técnicas reguladas en esta Ley, siempre que haya prestado su consentimiento escrito a su utilización de manera libre, consciente y expresa”*. Como vemos, destaca el dato de que la Ley 14/2006 no menciona un límite de la edad de las usuarias, por lo que se está admitiendo de forma tácita una maternidad tardía.

Asimismo, el precepto precisa del consentimiento del cónyuge si la mujer estuviese casada para la realización de estas prácticas e incluye que la receptora puede serlo con independencia de su estado civil y orientación sexual. Esto sienta el precedente de la práctica de estas técnicas por parte de madres solteras o parejas homosexuales de mujeres ¹².

En relación con la determinación de la filiación homosexual hemos de mencionar que, tras la aprobación de la Ley 13/2005, de 1 de julio que sienta la regulación del matrimonio entre personas del mismo sexo en España ¹³, la ley 14/2006 contempla requisitos idénticos tanto para parejas heterosexuales como para parejas homosexuales femeninas. De esta

¹¹ BOE núm. 206, de 26 de julio de 1889. Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil. Disponible en: [Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil. \(boe.es\)](http://boe.es) Artículo 180.6: *Las personas adoptadas, alcanzada la mayoría de edad o durante su minoría de edad a través de sus representantes legales, tendrán derecho a conocer los datos sobre sus orígenes biológicos. Las Entidades Públicas, previa notificación a las personas afectadas, prestarán a través de sus servicios especializados el asesoramiento y la ayuda que precisen para hacer efectivo este derecho.*

¹² GERMÁN ZURRIARÁIN, R.: *Técnicas de reproducción humana asistida: Determinación legal de la filiación y usuarias en el derecho comparado*, Cuadernos de Bioética, Universidad de la Rioja, 2011 p. 206.

¹³ BOE núm. 157, 2 de julio 2005. Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código civil en materia de derecho a contraer matrimonio. Disponible en: [BOE-A-2005-11364 Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio.](http://boe.es)

manera, en su artículo 7.3 recoge que cuando la mujer estuviere casada con otra mujer se puede determinar a favor de ésta la filiación del hijo nacido de su cónyuge, de acuerdo con lo establecido en la Ley de Registro Civil.

En cuanto a la filiación de los menores nacidos a través de estas técnicas reproductivas, el artículo 7.1 se establece que se regular atendiendo a las leyes civiles, haciendo una remisión al sistema establecido en el Código Civil. Asimismo, el artículo 8.1 proclama la imposibilidad por parte de la mujer progenitora y el marido de impugnar la filiación matrimonial del hijo nacido una vez presten su consentimiento formal, previo y expreso.

A tal fin, el artículo 8.2 se establece que *“Se considera escrito indubitado a los efectos previstos en el apartado 8 del artículo 44 de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil el documento extendido ante el centro o servicio autorizado en el que se refleje el consentimiento a la fecundación con contribución de donante prestado por varón no casado con anterioridad a la utilización de las técnicas. Queda a salvo la reclamación judicial de paternidad”*. Por tanto, como se puede observar, admite la determinación de una filiación no matrimonial como consecuencia de la práctica de estas técnicas siempre que el varón no casado haya prestado con anterioridad a las mismas su consentimiento. En este caso, nos encontramos que el consentimiento prestado por el varón no casado constituye un requisito indispensable para que se lleve a cabo el expediente correspondiente de determinación legal de filiación ¹⁴.

En base a lo comentado debemos mencionar las diferencias existentes en relación con si el varón está casado o no, o si se encuentra en una fecundación homóloga o heteróloga:

- En una fecundación homóloga, si no hay consentimiento del varón casado el menor concebido es hijo biológico suyo.
- En una fecundación homóloga, si no hay consentimiento del varón no casado el menor concebido no es considerado como hijo suyo.

¹⁴ LANZAROT, A.I.B.: “Análisis de la nueva Ley 14/2006, de 16 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida. Una primera aproximación a su contenido”, *Revista de la Escuela de Medicina Legal*, enero 2007, p. 54.

- En una fecundación heteróloga, si no hay consentimiento del varón casado el hijo concebido será considerado como propio. En este caso el varón puede impugnar la paternidad. En este caso si hay consentimiento no se puede impugnar.
- En una fecundación heteróloga, si no hay consentimiento del varón no casado el hijo concebido no será considerado como suyo.

4.2 Regulación legislativa de la gestación por sustitución en el ordenamiento jurídico español.

Una vez analizadas las características generales de esta Ley, vamos a centrarnos en su artículo 10, dedicado a la figura de la gestación por sustitución:

1. *Será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna en favor del contratante o de un tercero.*
2. *La filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto.*
3. *Queda a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales* ¹⁵.

De la propia redacción observamos un claro rechazo por estos acuerdos, sancionándolos con la nulidad absoluta o de pleno derecho. En conclusión, la Ley aboga por la inexistencia de cualquier efecto que derive de estos contratos.

Dicho todo lo anterior, teniendo en cuenta que la gestación subrogada es una técnica no permitida en España, nos planteamos la siguiente cuestión: ¿Qué ocurre cuando un ciudadano o una pareja española recurre a esta técnica para tener un hijo?

En este sentido, vemos que la ley determina de forma clara quién será la madre de ese niño. El artículo 10.2 LTRHA establece literalmente que la filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto. En definitiva, madre es quien pare y, por tanto, la madre en nuestro ordenamiento jurídico será la gestante.

¹⁵ BOE núm. 126, de 27 de mayo de 2006. Ley 14/2006, de 26 de mayo sobre técnicas de reproducción humana asistida. Disponible en [BOE-A-2006-9292 Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida.](#)

Asimismo, la ley da cobertura a la situación legal de paternidad de ese menor en la medida en que establece que queda a salvo la posible acción de reclamación de paternidad respecto del padre biológico. En este sentido, una vez que ese niño es reconocido legalmente como hijo de la mujer gestante (art. 10.2), el padre biológico podrá interponer una acción judicial de reclamación de paternidad. Para ello, se deben seguir las normas generales de dicha acción, que no resulta ser precisamente ni inmediata, ni fácil ni rápida.

En conclusión, en caso de celebrarse un acuerdo de gestación subrogada en España, la legislación española determinará como madre a la mujer que alumbró al hijo, y padre a quien sea reconocido como tal después de acudir a la vía judicial para reclamar la filiación biológica del niño.

A pesar de su prohibición civil, hay que indicar que el Código Penal (CP) no tipifica estos acuerdos como delito. Sin embargo, podría darse el supuesto recogido en el artículo 220 CP correspondiente al delito de suposición de un parto en los casos en los que una comitente se atribuya la maternidad real del hijo alumbrado por la gestante. Por otro lado, podría darse el delito tipificado en el artículo 221 CP cuando mediase además una contraprestación económica por el niño¹⁶.

Tras lo expuesto, debemos plantearnos otra cuestión. Si bien puede existir responsabilidad tanto penal como civil en relación con las partes intervinientes en estos acuerdos (gestante y comitentes) ¿en qué posición quedan los intermediarios?

¹⁶ BOE núm. 281, de 24 de noviembre de 1995. Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. *Artículo 221: 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 la patria potestad, tutela, curatela o guarda por tiempo de cuatro a 10 años.* Disponible en [BOE-A-1995-25444 Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal](#).

En este sentido, Martínez Pereda Rodríguez y Massigoge Benegiu¹⁷ establecen que no puede entenderse una responsabilidad única, igual y exclusiva de la pareja y la gestante que intervienen en el contrato, sin la de los facultativos que la aplican.

4.3 Situación de la gestación por sustitución en el ordenamiento jurídico español: el “caso Valencia”

Como hemos dicho, en España el contrato de gestación por sustitución es nulo de pleno derecho. Esto trae como consecuencia que ciudadanos españoles deseosos de ser padres decidan acudir a otro país para cumplir su deseo. Esta situación es la que genera el fenómeno llamado “turismo reproductivo”.

El turismo reproductivo consiste en que ciudadanos de países en los que se encuentra prohibida la gestación por sustitución se desplazan a otros países permisivos con el objetivo de acceder a esta técnica, o incluso, casos de ciudadanos de países permisivos que se trasladan a otros con mejores garantías, costes o celeridad en el proceso¹⁸.

- a) Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 18 de febrero de 2009.

El conocido ya como “caso Valencia” es un referente jurisprudencial en la materia al tratarse del primer asunto que generó una sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo. Parte de un supuesto en el que un matrimonio homosexual, casado desde octubre de 2005, realizó en California esta técnica, obteniendo una pareja de gemelos¹⁹.

En este caso, en el certificado de nacimiento de los gemelos expedido en California figuraba la existencia de los dos padres, pero no ocurrió lo mismo en la inscripción en el Registro Consular de España California, en el que se consideró que el contrato establecido entre los padres y la gestante era nulo de pleno derecho y, en consecuencia, para ser legal, debía inscribirse a la mujer gestante como madre de los gemelos.

¹⁷ MARTINEZ PEREDA RODRIGUEZ, J.M. MASSIGOGUE BENEGIU, J.M.: *La maternidad portadora, subrogada o de encargo en el derecho español*, Dykinson, 1994 p. 144.

¹⁸ FERNANDEZ ECHEGARAY, L.: *Una propuesta legislativa para la regulación de la gestación por sustitución en España*, Rev. Boliviana de Derecho, núm. 35, enero 2023, pp. 354-385.

¹⁹ LAMM, E.: *Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada ni vientres de alquiler*, Colección de Bioética Cátedra UNESCO de Bioética de la Universidad de Barcelona, 2013, Ob. Cit., p. 79.

Ante el auto denegatorio de la inscripción y el subsiguiente recurso interpuesto por el matrimonio, la Dirección General de los Registros y del Notariado (DGRN), en su Resolución de 18 de febrero de 2009, estimaba el recurso interpuesto y revocaba el auto apelado²⁰.

En esta Resolución se establecían una serie de cuestiones relevantes. La Dirección General de los Registros y del Notariado distinguió entre solicitud de declaración de filiación y la solicitud de inscripción por presentación de certificación registral extranjera. Establece el marco de aplicación diciendo que no se encontraban ante un supuesto de “derecho aplicable”, puesto que no se trataba de un caso en el que la inscripción del nacimiento fuese por declaración. Por consiguiente, estableció que se trataba de una cuestión de “validez extraterritorial de decisiones extranjeras” en la medida en que la inscripción de los gemelos se realizó por medio de la presentación de una certificación registral en la que constaba su nacimiento y filiación y esta certificación, a ojos del legislador, es una “decisión extranjera” y por ende un título válido que debe inscribirse.

Ante ello, la DGRN establece que el legislador prevé un mecanismo recogido en el art. 81 del Reglamento del Registro Civil en el que se contemplan una serie de exigencias legales que el certificado registral extranjero debe cumplir. Este control de legalidad está compuesto por varios requisitos:

- a. Que la certificación registral extranjera sea un documento público, es decir, un documento autorizado por una autorización extranjera.
- b. Que la certificación haya sido elaborada y adoptada por una autoridad registral extranjera que lleve a cabo funciones equivalentes a las de las autoridades registrales españolas.
- c. Que su contenido esté sometido a un control de legalidad.

En segundo lugar, la RDGRN estableció que la certificación registral extranjera no vulneraba el orden público internacional. A tal efecto, indicó que “*la incorporación de esta certificación registral extranjera al orden público español no daña los intereses*

²⁰ BOE núm. 60, de 10 de marzo de 2008. También disponible en: LAMM, E: *Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada ni vientres de alquiler*, Colección de Bioética Cátedra UNESCO de Bioética de la Universidad de Barcelona, 2013, Ob. Cit., p. 79.

generales, eso es, no perjudica la estructura jurídica básica del Derecho español y por ello, tampoco lesiona la organización moral y jurídica general”²¹.

En tercer lugar, señalaba como argumento ineludible el interés superior del menor, entendiendo que la certificación debe comprenderse adoptada en la medida en que el menor debe mantener una “identidad única” y que, de denegarse la misma en España, los menores dispondrían de una filiación en California y otra en España.

En cuarto lugar, la DRGN afirmó que la filiación en el Derecho español no se determina por medio de la vinculación genética, por lo que no existe ningún impedimento desde una perspectiva jurídica para la inscripción de la certificación extranjera en el Registro Civil español, aun reconociéndose por medio de ésta una filiación a favor de dos varones.

Por último, recogía de forma rotunda que los interesados en ningún momento cometieron “fraude de ley”, alegando diversas situaciones en las que sí se hubiera cometido.

Tras esta Resolución de la DGRN de 18 de febrero de 2009, el Estado Español se encontraba ante la necesidad de regular una realidad existente.

Así, una vez más, la Dirección General de los Registros y Notariado (DGRN) estableció, en su Instrucción de 5 de octubre de 2010, una serie de pasos a seguir con el fin de inscribir en el Registro Civil español el nacimiento de los menores concebidos en el extranjero por medio de estas técnicas, puesto que entendía que existía “*una necesidad de fijar criterios claros de acceso al Registro Civil*”, teniendo en cuenta el interés superior del menor y el de la madre gestante ²².

Procedemos a analizar la misma.

²¹ BOE núm. 45, de 21 de febrero de 2019. 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. Disponible en: [BOE-A-2019-2367 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.](#)

²² BOE núm. 243, de 7 de octubre de 2010. 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. Disponible en: [BOE-A-2010-15317 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.](#)

- b) 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.

Esta resolución ha sido objeto de críticas intensas por parte de nuestra doctrina, y algunos autores sostienen que muestra "carencias jurídicas en el ámbito del derecho internacional privado dignas de elogio"²³. A pesar de esto, la Dirección General de los Registros y del Notariado no cambia su posición anterior, como se reflejó en la Resolución de 18 de febrero de 2009, donde se mantiene la posibilidad de inscribir en el Registro Civil español a los niños nacidos en el extranjero mediante gestación por sustitución. Sin embargo, introduce un nuevo requisito, estableciendo que al menos uno de los solicitantes debe ser español. La razón principal aducida es la protección del interés del menor, facilitando la comunidad transfronteriza de una relación de filiación declarada por un tribunal extranjero.

Una de las críticas fundamentales que recibió esta Instrucción fue que se asentaba sobre un fraude de ley, en la medida en que se permitía la inscripción de la filiación de unos menores nacidos en el extranjero por medio de un contrato de gestación por sustitución no permitido en España.

La DGRN estableció como "requisito previo necesario" para la inscripción del nacimiento en el Registro Civil español la presentación de una resolución judicial dictada por un órgano judicial competente en el extranjero²⁴. Esta resolución judicial se exige con el fin de garantizar que tanto los intereses del menor, como los intereses de la madre gestante, han sido tenidos en cuenta y, por tanto, no han sido vulnerados. Además, se pretende controlar que la gestante tiene plena capacidad jurídica y de obrar y que ha prestado consentimiento pleno, sin ningún tipo de engaño, violencia o coacción.

Asimismo, la DGRN estableció la obligación de instar el exequátur de la resolución extranjera ante los Juzgados de Primera Instancia, salvo que fuese aplicable un Convenio

²³ GARCÍA ALGUACIL, M.J.: *¿Incoherencia legislativa o despropósito judicial?*, Aranzadi civil-mercantil, Vol. 2. Núm. 3, junio 2014, pp. 79-110.

²⁴ JIMENEZ MARTINEZ, M. V.: *La inscripción de la filiación derivada de la gestación por sustitución. Problemas actuales*, Anuario Facultad de Derecho-Universidad de Alcalá, 2012, pp. 365-380.

Internacional, es decir, se debía llevar a cabo la presentación ante el Registro Civil Español de:

- La solicitud de inscripción
- El auto judicial que finaliza el procedimiento de exequátur

Con posterioridad a esta Instrucción fue aprobada la Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil que estableció, en su Disposición Adicional Primera, que tendrían la consideración de normas especiales en materia de cooperación jurídica internacional en materia civil y mercantil “*las normas de Derecho Internacional privado contenidas en la Ley de Jurisdicción Voluntaria*”²⁵.

Ante ello, acudimos a la Ley de Jurisdicción Voluntaria que, en su artículo 11, establece que “*Las resoluciones definitivas extranjeras de jurisdicción voluntaria emanadas de un órgano judicial podrán ser inscritas en los registros públicos españoles: a) Previa superación del trámite de exequátur o de reconocimiento incidental en España. Hasta entonces sólo podrán ser objeto de anotación preventiva. b) Por el Encargado del registro correspondiente, siempre que verifique la concurrencia de los requisitos exigidos para ello*”²⁶. Nos encontramos, por tanto, ante dos vías paralelas para la inscripción en el Registro Civil del nacimiento del menor. Una de ellas deberá superar el trámite de exequatur, y la otra, la verificación del reconocimiento registral del nacimiento del menor por el Encargado del Registro. Esta última posibilidad también se contempla en el artículo 12.2 del mismo Cuerpo legal que dice que “*El órgano judicial español o el Encargado del registro público competente lo será también para otorgar, de modo incidental, el reconocimiento en España de los actos de jurisdicción voluntaria acordados por las autoridades extranjeras. No será necesario recurrir a ningún procedimiento específico previo*”.

La Instrucción de 5 de octubre de 2010 concluye que el Encargado deberá verificar la existencia de los siguientes requisitos:

²⁵ BOE núm. 182, de 31 de julio de 2015. Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil. Disponible en: [BOE-A-2015-8564 Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil.](#)

²⁶ BOE núm. 158 de 3 de julio de 2015. Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria. Disponible en: [BOE-A-2015-7391 Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria.](#)

a) *La regularidad y autenticidad formal» de la resolución «judicial extranjera» y de cualesquiera otros documentos que se hubieran presentado.*

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

c) *Que se hubiesen garantizado los «derechos procesales de las partes», en particular, de la madre gestante.*

d) *Que no se ha producido una vulneración del interés superior del menor y de los derechos de la madre gestante». En especial, deberá verificar que el consentimiento de esta última se ha obtenido de forma libre y voluntaria, sin incurrir en error, dolo o violencia y que tiene capacidad natural suficiente.*

e) *Que la resolución judicial es «firme» y que los consentimientos prestados son irrevocables, o bien, si estuvieran sujetos a un «plazo de revocabilidad» conforme a la legislación extranjera aplicable, que éste hubiera transcurrido, sin que quien tenga reconocida facultad de revocación la hubiera ejercitado²⁷.*

c) Sentencia del Tribunal Supremo núm. 835/2013, de 6 de febrero de 2014.

Posteriormente, la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014²⁸ supuso la confirmación de la anulación de la Resolución General de los Registros y del Notariado de 18 de febrero de 2009²⁹ en la que, como hemos mencionado anteriormente, se acordó

²⁷ DÍAZ FRAILE, J.M.: “La gestación por sustitución ante el Registro Civil Español. Evolución de la doctrina de la DGRN y de la jurisprudencia española y europea”, *Revista de Derecho Civil*, Vol. VI, núm. 1, enero-marzo, 2019, pp. 53-131.

²⁸ DURÁN AYAGO, A.: Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil Pleno, 835/2013, de 6 de febrero de 2014 (ROJ: STS 247/2014): Gestación por sustitución: problemas en la determinación de la filiación en España. *AIS: Ars Iuris Salmanticensis*, 2(2), pp. 277-279. <https://revistas.usal.es/cuatro/index.php/ais/article/view/12784>

²⁹ BOE núm. 45, de 21 de febrero de 2019. 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. Disponible en: [BOE-A-2019-2367 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.](https://www.boe.es/boe-2019-2367)

la inscripción de los dos menores nacidos en California por medio de un contrato de gestación por sustitución a favor de los padres comitentes.

Hay que recalcar que esta sentencia supuso en nuestro país un referente jurídico y, en consecuencia, merece ser analizada.

- Antecedentes

Una vez el RDGRN se posicionó a favor de la inscripción de los menores en el Registro Civil Consular de los Ángeles, el Ministerio Fiscal, el 28 de enero de 2010, interpuso demanda, entendiendo que dicha resolución vulneraba la legislación contenida en el ordenamiento jurídico español solicitando que se declarara contraria al orden público internacional³⁰.

Esto fue resuelto por el Juzgado de Primera Instancia de Valencia núm. 15 a través de la Sentencia 193/2010 de 15 de septiembre³¹ donde estimó la demanda interpuesta por el Ministerio Fiscal. Esto provocaba dejar sin efecto la inscripción de los gemelos en favor de los padres comitentes. Posteriormente, los comitentes recurrieron en apelación ante la Audiencia Provincial de Valencia quien desestima nuevamente el recurso interpuesto³².

Sin embargo, los comitentes volvieron a intentarlo e interpusieron recurso de casación ante el Tribunal Supremo, el cual fue resuelto a través de la presente Sentencia.

- Fundamentos de Derecho.

El Tribunal Supremo, establece en el Fundamento Segundo que el recurso de casación se articula sobre la infracción del artículo 14 de la Constitución Española por vulnerar el

³⁰ HEREDIA CERVANTES, I.: *La Dirección General de los Registros y del Notariado ante la gestación por sustitución*, Anuario de Derecho Civil, Vol. 66, núm. 2, 2013, pp. 687-715.

³¹ Sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Valencia 193/2010, de 15 de septiembre. <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/2b87b8759abe7729/20101223>

³² Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 10ª, núm.º 826/2011, de 23 de noviembre de 2011, Rec. 949/2011. <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/edc03e532b970773/20111209>

principio de igualdad en relación con el derecho a una identidad única de los menores, y con el interés superior del menor ³³.

El Tribunal basa su decisión en los siguientes argumentos:

A) Existe una vulneración al orden público internacional; el Tribunal afirma que la técnica jurídica utilizada no ha sido la del conflicto de leyes, sino la de reconocimiento. Y la forma en la que se ha llevado a cabo el reconocimiento del título extranjero, es decir, la certificación registral del Estado de California ha sido la establecida en el artículo 85 del Reglamento del Registro Civil, en relación con los requisitos que se exigen del artículo 23 LRC.

Estas normas exigen que, para reconocer una certificación extranjera expedida por un Registro extranjero, la certificación del nacimiento deba ser auténtica, regular y que presente unas garantías paralelas a las exigidas para la inscripción por el ordenamiento jurídico español. Sin embargo, entiende que no estén en absoluta conformidad las decisiones extranjeras con las exigencias de la Ley española, aunque sí que deben guardar *“respeto a las normas, principios y valores que encarna el orden público internacional español”*. Aquí el TS establece un límite en el reconocimiento de las decisiones extranjeras por el ordenamiento jurídico español: el orden público internacional.

Admite que la decisión por parte del Registro Civil de California de atribuir la condición de padres a la pareja que celebró un contrato de gestación por sustitución supone una vulneración del orden público internacional puesto que dicha decisión es incompatible con las principales normas españolas que regulan las relaciones familiares, y que a su vez están inspiradas en los valores de la dignidad, la integridad moral y la protección a los menores.

El Tribunal finaliza entendiendo que, si bien es cierto que no puede decirse que los comitentes hayan utilizado una norma de conflicto para evitar una ley española, sí que hay indicios de que han “huido” de la misma, poniendo en manos de las autoridades californianas la determinación de la filiación de los menores por ser el Estado de California permisivo con los contratos de gestación.

³³ Artículo 14 Constitución Española: *“Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”*.

Por último, el Tribunal establece que, aunque la ley española declara nulo el contrato de gestación por sustitución, aporta una solución a estas situaciones, estableciendo que la filiación materna quedará determinada por el parto y que existe la posibilidad de llevar a cabo la acción de reclamación de paternidad por parte del padre biológico.

B) No existe una discriminación por razón de sexo u orientación sexual. Afirma que no existe discriminación puesto que la causa de denegación se encuentra en la forma de llevar a cabo la determinación de la filiación de los menores.

C) El interés superior del menor.

Por último, se pronuncia en relación con el *principio del interés superior del menor*. Respecto al que dice que, si bien es cierto que es un principio primordial, no deja de ser un concepto jurídico indeterminado que, en este caso, supone un “concepto esencialmente controvertido”³⁴.

Establece que la invocación de manera indiscriminada de este concepto jurídico indeterminado serviría para hacer tabla rasa de la vulneración de los demás bienes jurídicos protegidos que conforman el ordenamiento jurídico nacional e internacional. Por lo tanto, resolver en favor de la petición de los comitentes significaría que personas que mantienen una buena posición económica consigan la filiación por cualquier medio de un menor proveniente de familias desestructuradas o entornos más problemáticos, siendo todo ello justificable en pro del “interés superior del menor”, al encontrarse éste en una familia con mejores condiciones.

El Tribunal establece que el principio del interés superior del menor no debe ser utilizado de cualquier forma, pudiendo el juez obtener cualquier resultado, sino que debe hacerse para interpretar y aplicar la ley, colmando sus lagunas. Admite que, aunque el interés superior del menor es un principio “primordial” debe ser tenido en cuenta junto con otros bienes jurídicos a proteger como son la dignidad e integridad moral de la mujer gestante,

³⁴ El Tribunal Supremo define los “conceptos esencialmente controvertidos” como cláusulas que expresan un criterio normativo sobre el que no existe un criterio social unánime en la medida en que personas representantes de diferentes sectores pueden entender de manera diferente el contenido específico de este criterio.

la posibilidad de evitar el comercio de la gestación por sustitución o de la explotación de las mujeres gestantes que se encuentran en estados de necesidad.

En cuanto al derecho a una identidad única, los recurrentes entendían que el menor debía tener este derecho que debía respetarse por encima de las fronteras estatales. Aquí el Tribunal estableció que no existe ningún tipo de vulneración de este derecho puesto que no existe como tal una vinculación efectiva con dos Estados (en este caso España y EE. UU.) en la medida en que a EE. UU. los comitentes sólo acudieron para poder celebrar el contrato de gestación por sustitución.

En relación con el derecho al respeto a la vida privada y familiar, establecido en el art 8 Del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos y de las Libertades Fundamentales, el Tribunal entiende que denegar el reconocimiento de la filiación de los menores supone una injerencia en el ámbito de la vida familiar, pero la entiende justificada de acuerdo con la Sentencia de 28 de junio de 2007 del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (caso Wagner y J.M.W.L contra Luxemburgo) en el que se puso de manifiesto que la injerencia del derecho al respeto de la vida privada y familiar está justificada cuando:

- Esté prevista en la Ley, pues la misma exige que en el reconocimiento de decisiones extranjeras se respete el orden público internacional
- Que sea necesaria en una sociedad democrática en la medida en que protege el interés superior del menor tal y como es entendido por el ordenamiento jurídico, así como otros bienes jurídicos de trascendencia constitucional como son la dignidad e integridad moral de la mujer gestante, el tratar de evitar la explotación de las mujeres gestantes.

La última cuestión abordada por el Tribunal Supremo fue la situación de desprotección en la que pudiesen encontrarse los menores. En este sentido, citaba al TEDH en su interpretación del artículo 8 del Convenio, diciendo que *“ha considerado que allí donde está establecida la existencia de una relación de familia con un niño, el Estado debe actuar con el fin de permitir que este vínculo se desarrolle y otorgar protección jurídica que haga posible la integración del niño en su familia”*³⁵. En este sentido, el TS afirma

³⁵ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil Pleno, 835/2013, de 6 de febrero de 2014 (ROJ: STS 247/2014). <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/bac2bad54153bf37/20140214>

que, si las relaciones familiares con los menores han sido “de facto”, la solución que se lleve a cabo debe partir de ese dato, permitiendo el desarrollo y protección de tales relaciones.

Posteriormente indica que la denegación del reconocimiento de la certificación registral de California debe afectar exclusivamente a la filiación y no a su contenido, de acuerdo con el artículo 7.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño que establece que el menor debe ser inscrito inmediatamente después de su nacimiento, teniendo derecho a un nombre y a la adquisición de una nacionalidad.

Finalmente, el Tribunal instaba al Ministerio Fiscal para que, con las funciones que le atribuye su Estatuto Orgánico, llevara a cabo las acciones correspondientes en la determinación de la filiación de los menores, teniendo en cuenta la efectiva integración de estos en un núcleo familiar “de facto”.

En este punto debemos dejar claro la gran incoherencia normativa que mantiene el ordenamiento jurídico español al respecto. Resulta imperativo destacar que más allá de la decisión adversa emitida por la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, la falta de coherencia se vuelve aún más evidente al comprobar como su Sala Cuarta -de lo Social- con ocasión de la resolución de dos recursos de casación planteados, falló a favor de otorgar la prestación por maternidad y paternidad a los comitentes a pesar de ser padres de niños concebidos mediante gestación por sustitución fuera de nuestras fronteras (SSTS de 16 de noviembre de 2016 y 25 de octubre de 2016).

El fallo se basó en la interpretación de que las prestaciones de seguridad social están destinadas a la atención de los menores, considerándolo como el aspecto predominante. El Tribunal Supremo señaló la ausencia de indicios de conducta fraudulenta por parte de los demandantes a pesar de recurrir a la gestación por sustitución. Las prohibiciones relacionadas con el contrato de maternidad subrogada o el registro de los menores se excluyen del problema central, que se centra en la concesión de la prestación por maternidad según la legislación española. El TS insistió en que las prestaciones por maternidad también abarcan situaciones de adopción y acogimiento.

Actualmente, no hay ambigüedad interpretativa ya que la jurisprudencia social se ha consolidado claramente en apoyo a los españoles que han tenido hijos mediante gestación por sustitución en el extranjero³⁶.

d) ¿Cómo influye en la jurisprudencia española la doctrina del TEDH de 26 de junio de 2014? Auto del Tribunal Supremo de 2 de febrero de 2015.

Nos referimos a las sentencias falladas por el TEDH en los casos *Menneson y Labasse* contra Francia, de 26 de junio de 2014, las cuales tuvieron una incidencia relevante en la doctrina, jurisprudencia y realidad jurídica española.

De igual forma, hay que mencionar la Opinión Consultiva emitida al respecto en relación con citados asuntos. Se trata de un mecanismo que autoriza a las autoridades nacionales a que soliciten del TEDH opiniones no vinculantes acerca de los derechos y libertades del CEDH. Así, esta vía fue utilizada por la Corte de Casación francesa que en 2018 llevó a cabo una consulta precisamente en relación con el reconocimiento de los menores nacidos por medio de la gestación por sustitución. Aquí el Tribunal estableció que de acuerdo con el artículo 8 CEDH los Estados deben brindar la opción de reconocer legalmente la relación entre los menores y la madre comitente designada en el certificado de nacimiento. Consideró que el derecho al respeto de la intimidad del niño demanda que la legislación nacional contemple la posibilidad de establecer un vínculo de filiación entre el niño y la madre de intención designada en el certificado extranjero como madre legal³⁷.

De igual forma, hay que mencionar que ya en el año 2012, ante una realidad en aumento de estas prácticas, la Oficina de la Conferencia de Derecho Internacional Privado de la Haya llevó a cabo un Documento Preliminar en el que sentaba sobre la mesa la necesidad de establecer un instrumento internacional que alentase a la cooperación para regular esta situación entre todas las autoridades estableciendo también la posibilidad de establecer normas de Derecho Internacional Privado “armónicas” con la filiación de los contratos

³⁶ FERNANDEZ ECHEGARAY, L.: “Una propuesta legislativa para la regulación de la gestación por sustitución en España”, *Rev. Boliviana de Derecho*, núm. 35, enero 2023, pp. 354-385.

³⁷ FERNANDEZ ECHEGARAY, L.: *Gestación por sustitución. Españoles atrapados en Ucrania*, Revista de Derecho UNED, núm. 26, 2020, Ob. Cit., p. 169.

de gestación por sustitución³⁸. Posteriormente, el Consejo llevó a cabo una serie de conclusiones en las que ordenaba a la Oficina Permanente la realización de cuestionarios con el objetivo de obtener información sobre el alcance de las cuestiones de Derecho Internacional Privado en relación con la gestación subrogada. Esta Oficina Permanente continúa actualmente trabajando en ello plasmando los diferentes puntos de vista de los distintos Estados que, hasta el momento, no han alcanzado acuerdo homogéneo.

No hay duda de que en España la influencia de la jurisprudencia emitida el 26 de junio de 2014 por el TEDH (contra Francia) dio pie al posterior Auto del TS, de 2 febrero de 2015³⁹. En esta Resolución el Tribunal se centró en resolver si, cómo afirmaban los recurrentes, se había vulnerado, por medio de la Sentencia del 6 de febrero de 2014, el derecho a la tutela judicial efectiva, el derecho a la igualdad y el derecho a la intimidad familiar. De igual forma, se plasmaron una serie de importantes diferencias respecto de Francia y España que alejaban la identidad de los supuestos.

En primer lugar, los comitentes entendieron que se estaba vulnerando su derecho a la tutela judicial efectiva en la medida en que en la citada sentencia de 6 de febrero estaba basando sus actuaciones en hechos (la existencia del contrato de gestación) que no estaban probados. Aquí el Tribunal estableció que los propios recurrentes habían admitido durante el proceso la existencia de este contrato por lo que no existía vulneración alguna de tal derecho.

En segundo lugar, los promotores del incidente planteaban que se había vulnerado el derecho a la igualdad, puesto que se había discriminado a los menores por razón de su nacimiento y, de este modo, se vulneraba la interdicción de discriminación de los hijos por razón de la distinta clase de filiación. En este caso el Tribunal alegaba que el legislador español tiene un margen de libertad para atribuir o no la filiación, aunque siempre está presente el deber de no discriminar. De ello no deriva la obligación de los poderes

³⁸ GONZÁLEZ GERPE, D: *Gestación Subrogada: aspectos psico-sociales*, en TRIVIÑO CABALLERO. R: *Cuestiones abiertas sobre la gestación subrogada*, Ilemata Revista Internacional de Éticas Aplicadas, núm. 28, 2018, pp. 21-40.

³⁹ Auto del TS, de 2 febrero de 2015. Ponente, Rafael Sarazá Jimena. <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/acbe691a198cb5c4/20150213>

públicos de otorgar el reconocimiento de filiación a relaciones jurídicas que no están reconocidas en el ordenamiento jurídico español.

Asimismo, se planteaba la vulneración del derecho a no ser discriminado por razón de su orientación sexual. Aquí nuevamente el Tribunal establecía que la decisión adoptada no versaba sobre el sexo u orientación sexual de los integrantes, sino en la forma de llevar a cabo el reconocimiento de la filiación de unos menores nacidos en el extranjero por medio de un contrato de gestación por sustitución no permitido en España.

En tercer lugar, los recurrentes entendían vulnerado su derecho a la intimidad familiar e invocaban la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 1 de abril de 2010, caso S.H y otros contra Austria. En este sentido el Tribunal alegó que en esa sentencia se hacía referencia a una cuestión totalmente diferente y añadía que el derecho a formar una familia no tiene un carácter ilimitado y no incluye la posibilidad de establecer la filiación por medios que no están contemplados en el ordenamiento jurídico español.

Es importante destacar que en este Auto el Tribunal Supremo estableció una similitud entre su sentencia y la emitida por el Tribunal de Casación francés puesto que ambas denegaban la inscripción de los nacimientos cuando se establece la filiación de los menores en favor de los padres en el Registro Civil.

A pesar de esto, lo cierto es que también se atisba unas cuantas diferencias:

En cuanto al reconocimiento o el establecimiento de paternidad del padre biológico respecto de los menores, el Tribunal de Casación francés entendió que no existe posibilidad alguna de que se reconozca la relación de filiación entre el menor y los comitentes, ni por medio del reconocimiento de decisiones judiciales extranjeras, ni por medio de demanda de paternidad de padre biológico.

Por su parte, el ordenamiento jurídico español prevé la posibilidad de reclamación de paternidad por parte del padre biológico que, si existe un núcleo familiar “de facto”, se protege legalmente por medio de la adopción o un acogimiento familiar en el caso de que los menores se encuentren, por rechazo de la madre gestante, en una situación de desamparo.

En relación con la adquisición de la nacionalidad francesa y la condición de heredero, el Tribunal Supremo mencionaba que se acordó que lo único que se debía anular fuese la filiación de los menores durante el tiempo en el que se determinara la filiación de los

menores por medio de cualquiera de las vías reconocidas. Por lo que, una vez se reconoce la filiación, los menores adquieren la nacionalidad y heredan como hijos. Además, en la existencia de fraude, el Tribunal de Casación francés establecía que no se puede invocar, existiendo fraude, ni el interés superior del menor ni el derecho a la vida privada del mismo. Sin embargo, el ordenamiento jurídico español optaba por la consideración en todo momento del interés superior del menor evitando en todo momento su desprotección.

El Tribunal alegó que la sentencia no pretendía denegar la inscripción de la filiación de los menores para empujarles a dar un rodeo y cumplir una serie de trámites para llegar al mismo sitio, sino determinar *“la relación de filiación, esencial para establecer la identidad del menor; según las normas de orden público del ordenamiento español actualmente vigentes”*.

En relación con el derecho a la vida privada de los menores el Tribunal afirmó de forma rotunda que su sentencia facilitaba que se pudiera establecer adecuadamente la identidad de los menores a través del reconocimiento de la relación biológica con el padre y la formalización de las relaciones existentes, en caso de que existiera un núcleo familiar "de facto" entre los solicitantes y los menores, como parece ser el caso. No solo facilitaba este proceso, sino que instaba al Ministerio Fiscal a que tomase las medidas necesarias para proteger a los menores en este sentido.

El Tribunal Supremo terminaba admitiendo ser conocedor de la existencia de un debate social respecto a estas prácticas y sus posibles reformas legislativas, afirmando que no es lógico imputar la violación de los derechos de los menores a un Tribunal que cumple con la protección de sus derechos según la legislación vigente y que se atiene a las exigencias establecidas en la Constitución, los Tratados sobre derechos humanos ratificados por España y la jurisprudencia del TEDH.

Hay que poner de manifiesto que, años después, la DGRN volvió a intentarlo y dictó la Instrucción de 14 de febrero de 2019⁴⁰. A pesar de no haber logrado subsistir vamos a hacer un breve comentario sobre ella.

- e) Instrucción de 14 de febrero de 2019 sobre actualización del régimen registral de los nacidos mediante gestación por sustitución.

⁴⁰ Instrucción de 14 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.

La DGRN intentó asentar nuevamente lo ya establecido en la Instrucción del 5 de octubre de 2010 pero añadiendo mecanismos adicionales nuevos en relación con la determinación de la filiación. Así, para aquellos casos en los que mediante ley extranjera -y según el artículo 9.4 CC- se establezca un contrato de gestación por sustitución a favor de una mujer distinta de la gestante, ésta presente algún tipo de prueba que acredite vínculo genético con el menor, y conste la negativa de la gestante a hacerse cargo del niño, le será aplicable lo dispuesto para los varones en el artículo 10.3 LTRHA ⁴¹.

Finalmente, solo cuatro días después, se dictó la Instrucción DGRN, de 18 de febrero de 2019 sobre Actualización del Régimen Registral de los nacidos mediante gestación por sustitución ⁴² que se limitaba a dejar sin efecto la anterior.

Actualmente, por tanto, la normativa aplicable a la materia sigue siendo la Instrucción DGRN, de 5 de octubre de 2010.

Posteriormente, el Tribunal Supremo se ha vuelto a pronunciar recientemente sobre estas cuestiones a través de la Sentencia de 31 de marzo de 2022 que pasamos a analizar.

f) Sentencia del Tribunal Supremo 277/2022, de 31 de marzo.

Esta Sentencia tiene su origen en el caso de una ciudadana española que, en 2014, a través de una agencia especializada en las prácticas de gestación por sustitución, llevó a cabo un contrato con una mujer mejicana⁴³ en el que se acordaban las siguientes cláusulas:

- La mujer gestante debe someterse a cuantos exámenes sean necesarios.

⁴¹ ANDREU MARTINEZ, M.B.: *Una nueva vuelta de tuerca en la inscripción de menores nacidos mediante gestación subrogada en el extranjero: La instrucción de la DGRN de 18 de febrero de 2019*, Actualidad Jurídica Iberoamericana, núm. 10, junio 2019, p. 73.

⁴² Instrucción de 18 de febrero de 2019, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre actualización del régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución BOE núm. 45, de 21 de febrero de 2019. [BOE-A-2019-2367 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.](#)

⁴³ JIMENEZ MANCHA, J.C.: *“Comentario de la Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de marzo de 2022. Denegación de la filiación de la madre de intención nacido por procedimiento de gestación por sustitución.* [.https://www.boe.es/biblioteca_juridica/comentarios_sentencias_unificacion_doctrina_civil_y_mercantil/abrir_pdf.php?id=COM-D-2022-11.](https://www.boe.es/biblioteca_juridica/comentarios_sentencias_unificacion_doctrina_civil_y_mercantil/abrir_pdf.php?id=COM-D-2022-11)

- Una vez celebrados los exámenes y con el cumplimiento de aptitud se llevarían a cabo las transferencias embrionarias que fueran necesarias hasta la concepción del menor.
- La mujer gestante se compromete a llevar a cabo medidas conductuales relativas a su salud tales como: no fumar tabaco u otras sustancias, no beber alcohol ni tampoco mantener relaciones sexuales.
- La mujer gestante acepta someterse a pruebas diagnósticas previas al nacimiento con el fin de cumplir con los estándares evolutivos marcados.
- La mujer gestante acepta no llevar a cabo cambio de domicilio una vez alcanza el mes sexto de embarazo con el fin de evitar alguna lesión al feto.
- Las partes acuerdan la no paralización del procedimiento salvo que un médico especializado lo estableciese.
- La mujer gestante se compromete a llevar a cabo el parto en el hospital elegido por la madre comitente siendo entregado el menor inmediatamente después del parto a la mujer solicitante emitiéndose por parte del hospital un certificado en el que constase como madre legal la mujer comitente.

Una vez de vuelta a España en compañía del menor, la comitente intentó la inscripción del niño en el Registro Civil sin resultado. Esto provocó que, en 2018, el abuelo y padre de la comitente, interpusiese frente a ella una demanda de determinación de filiación por posesión de estado, del artículo 113CC⁴⁴, solicitando que se declarase a la mujer como madre del menor.

La primera sentencia, de fecha 19 de febrero, emitida por el Juzgado de Primera Instancia núm. 77 de Madrid⁴⁵, se denegó la filiación sin perjuicio de que la mujer comitente pudiese instar tramitación de expediente de guarda del menor ante la Dirección General de la Familia y el Menor.

⁴⁴ Artículo 131 CC: Cualquier persona con interés legítimo tiene acción para que se declare la filiación manifestada por la constante posesión de estado. Se exceptúan el supuesto en que la filiación que se reclame contradiga otra legalmente determinada.

⁴⁵ Juicio verbal de filiación, Autos núm. 1748.

Posteriormente se recurrió en apelación, invocándose la posesión de estado como título de atribución de la maternidad sin que exista una relación biológica. La AP de Madrid estimó el recurso puesto que entendía que la mujer gozaba una posición económica estable, pudiendo por tanto atender en todo momento las necesidades del menor y, además, al no ser posible la figura jurídica de la adopción al no existir padre biológico identificado, y no poder acudir a la vía de acogimiento familiar, el menor se encontraba en una situación de incertidumbre salvable por medio del reconocimiento de filiación de la demandada.

Más tarde, el Ministerio Fiscal planteó el recurso de casación por interés casacional de acuerdo con el artículo 477.2.3 y 3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil⁴⁶, entendiendo que la sentencia vulneraba el artículo 131 CC en el que se basaba la demanda interpuesta por el abuelo. El Ministerio Fiscal invocaba los mismos argumentos jurídicos que fueron considerados en la sentencia 835/2013, de 6 de febrero de 2014. Entendía que lo establecido por la Audiencia Provincial impedía que se investigara sobre la paternidad del menor y, por ende, el derecho de éste a conocer su identidad biológica. También puso sobre la mesa la posibilidad de que el menor fuera acogido por la madre de intención.

Posteriormente, el demandante falleció y fue su esposa y sucesora mortis causa la que solicitó la desestimación del recurso, siendo impugnado simultáneamente por la comitente. El Tribunal Supremo estimó el recurso, casando la sentencia de la Audiencia Provincial y confirmando la del Juzgado.

El Tribunal Supremo, en su estimación del recurso del Ministerio Fiscal, entiende:

- Que el querer reconocer una filiación ya determinada por una autoridad extranjera mediante un contrato de gestación por sustitución no es más que una situación contraria al orden público español⁴⁷.

⁴⁶ Artículo 477.2.3: *Se considerará que un recurso presenta interés casacional cuando la resolución recurrida se oponga a doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo o resuelva puntos y cuestiones sobre los que exista jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales o aplique normas sobre las que no existiese doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo. Cuando se trate de recursos de casación de los que deba conocer un Tribunal Superior de Justicia, se entenderá que existe interés casacional cuando la sentencia recurrida se oponga a doctrina jurisprudencial, o no exista doctrina del Tribunal Superior de Justicia sobre normas de Derecho especial de la Comunidad Autónoma correspondiente, o resuelva puntos y cuestiones sobre los que exista jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales.*

⁴⁷ NOTICIAS ONU. Mirada Global Historias Humanas: “La gestación subrogada puede convertir a los niños en mercancías”. 6 marzo 2018. Disponible en: <https://www.bing.com/ck/a?!&&p>.

- Que no solamente con el reconocimiento de la filiación se vulnera el artículo 10 de la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida, sino que se están vulnerando derechos fundamentales reconocidos en la CE española y en los convenios internacionales sobre derechos humanos de los que el Estado Español forma parte.
- Sienta sobre la mesa la prohibición de la venta de niños establecida en el artículo 1 del Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño.
- Entiende que existe una vulneración de los derechos de la madre gestante y del menor concebido, basándose en el Informe de la Relatora Especial de la ONU, Maud de Boer-Buquicchio, que entiende que *“la gestación subrogada comercial, que se practica de forma frecuente en algunos países, equivale a la venta de niños”*.
- Establece de forma rotunda que, en relación con la mujer gestante y con el menor, existe una instrumentalización, siendo éstos tratados como objetos sin dignidad propia en la medida en que sobre la madre gestante pesa la obligación de renunciar al menor previamente al parto y entregarlo, someterse a tratamientos lesivos para su salud, renunciar a su derecho a la intimidad y confidencialidad médica siendo sometida en cada fase del parto a más restricciones tales como la propia movilidad física residencial o en sus hábitos de vida.
- El Tribunal consideró que una persona que se somete a este trato se encuentra en una situación económica y social vulnerable.
- También entiende que al menor se le coloca en una posición de objeto en el contrato suscrito entre las partes.
- Menciona al Comité de Bioética de España de 2017 en el que se establece que: *“el deseo de una persona de tener un hijo, por muy noble que sea, no puede realizarse a costa de los derechos de otras personas”*⁴⁸.

⁴⁸ COMITÉ DE BIOÉTICA DE ESPAÑA. *Informe del Comité de Bioética de España sobre los aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada*. Madrid, 19 de mayo de 2017. p 83.

- Establece que existe un atentado al principio de dignidad humana establecido expresamente en el apartado 155 de la resolución del Parlamento Europeo de 17 de diciembre de 2015⁴⁹.
- Afirma que el contrato de gestación subrogada puede dar lugar a un delito establecido en el artículo 221.1 del Código Penal cuando se hayan evitado los procedimientos que resultan aplicables a la guardia, acogimiento o adopción.
- Afirma que la realidad actual es que, aunque existe normativa internacional y nacional que prohíbe tales prácticas, las agencias intermediarias actúan con plena libertad en el Estado Español.

El Tribunal, en definitiva, concluye que, partiendo del principio del interés superior del menor, debe atenderse a un reconocimiento de la relación de filiación de la madre comitente por medio de la adopción. Con ello considera que existe una protección a los derechos fundamentales citados, tanto de las madres gestantes como de los menores concebidos, puesto que defiende que si se diese competencia a las agencias intermediarias para asegurar a esas madres comitentes el reconocimiento automático de la filiación de los menores, estaríamos ante una grave vulneración de los derechos mencionados siendo los menores objeto de mercancía ⁵⁰.

En conclusión, tras analizar detenidamente el contenido expuesto en este apartado, podemos observar que la situación legal de la gestación por sustitución en España presenta una profunda incoherencia normativa.

⁴⁹ El 17 de diciembre de 2015 el Parlamento Europeo aprobó por Resolución el Informe Anual sobre Derechos Humanos y Democracia en el mundo 2014 y las políticas de la Unión Europea sobre esta materia (2015/2229-INI). En el capítulo de los derechos de las mujeres y las niñas, el artículo 115 expresa: “(...) el Parlamento Europeo *“condena la práctica de la subrogación, que socava la dignidad humana de la mujer dado que su cuerpo y sus funciones reproductivas son usadas como un “commodity”; considera que la práctica de la subrogación gestacional que involucra la explotación reproductiva y el uso del cuerpo humano para ganancias financieras o de otro orden, en particular en el caso de las mujeres vulnerables en los países en desarrollo, debe ser prohibida y tratada como un asunto de urgencia en los instrumentos internacionales de derechos humanos”*”.

⁵⁰ Sentencia del Tribunal Supremo núm. 277/2022, Sala Primera de lo Civil, de 31 de marzo de 2022. <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/0e6219d460d65731/20220405>

Por un lado, la Dirección General de los Registros y del Notariado, junto con la Sala Cuarta de lo Social del Tribunal Supremo, se muestran defensores de las inscripciones de los menores nacidos en el extranjero por medio de los contratos de gestación por sustitución y, sin embargo, por otro lado, la Sala Primera de lo Civil del mismo Tribunal mantiene una postura radicalmente opuesta.

Nos encontramos por tanto ante una disparidad jurídica normativa que necesita de una regulación legal, eficiente y unánime para que puedan obtenerse resultados efectivos, unánimes, paralelos y acordes a una única regulación que permita respetar a todas y cada una de las partes intervinientes, evitando en todo momento los frecuentes abusos, explotaciones, situaciones de desprotección y derechos vulnerados.

Una realidad que planteamos en este trabajo es que la gestación subrogada existe y que, ante ella, no cabe otra solución que su propia regulación.

5. BREVE ESTUDIO DE DERECHO COMPARADO.

En este apartado procederemos a la realización de un breve estudio del fenómeno de la gestación por sustitución en los diferentes países que, como veremos, son dispares y que nos permite distinguir entre:

- Países que no la permiten.
- Países que la permiten de forma altruista o no lucrativa.
- Países que la permiten tanto de manera comercial como de forma no lucrativa.

5.1. Países que no permiten la gestación subrogada.

a) Francia.

En el ordenamiento jurídico francés la gestación por sustitución se encuentra absolutamente prohibida. Una de las manifestaciones más tempranas la encontramos en el *Comité Consultatif National D Etique* de Francia que entiende que dicha técnica traería una serie de consecuencias desfavorables para la mujer, tanto en su aspecto material como en su aspecto psicológico, pudiendo derivar en objetivos comerciales y siendo considerados como víctimas tanto la mujer gestante como los menores concebidos⁵¹.

⁵¹ LAMM, E.: *Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*, Ob. Cit., p. 118

Posteriormente, el mismo Organismo ha lanzado más manifestaciones. Concretamente, en fecha 24 de noviembre de 2005, así como en mayo de 2010, dictaminó que los menores concebidos por medio de la gestación por sustitución pueden llegar a tener secuelas psicológicas derivadas de la misma ⁵².

En este país la prohibición de esta técnica se encuentra enmarcada tanto en la vía del Derecho civil como en Derecho penal. Por un lado, el Código Civil francés, su art.16.7 establece la nulidad del convenio o contrato por el que se acuerde la gestación por cuenta de otro⁵³. Por otro lado, el Código Penal, en su artículo 227, plantea la pena de prisión y de multa para aquellos que sean considerados intermediarios y la mujer que geste, y otras penas para aquellos que provoquen alteración del estado civil del niño a través de simulación o engaño⁵⁴.

El Código Penal también señala penas de prisión y de multa para aquellos sujetos que lleven a cabo técnicas de reproducción humana asistida con finalidades distintas a las establecidas en la normativa de la salud pública⁵⁵.

Aún con todo, al igual que ocurre en otros países, la gestación por sustitución se ha venido realizando también por comitentes franceses.

Es entonces cuando, una vez nacido el menor, los comitentes pretenden su posterior inscripción en el Registro Francés. Es aquí cuando el Ministerio de Justicia, en el año 2013, dictó la *Circulaire du 25 janvier, 2013, relative à la délivrance des certificats de nationalité française –convention de mère porteuse– Etat civil étranger*".⁵⁶ Este documento establecía la concesión de certificados de nacionalidad de aquellos niños concebidos fuera de Francia, siempre y cuando cumpliesen con los requisitos del artículo 47 del Código Civil.

Este precepto establece literalmente que "*Las actas del estado civil de franceses y extranjeros expedidas en países extranjeros y redactadas de acuerdo con las modalidades acostumbradas en el país en cuestión serán fehacientes, salvo cuando, a la vista de otras*

⁵² Ibidem, pp. 119.

⁵³ Artículo 16.7, Código Francés, de 21 de marzo de 1804.

⁵⁴ Art. 227, Código Penal Francés, de 25 de septiembre - 6 de octubre de 1791.

⁵⁵ Art. 511, Código Penal Francés, de 25 de septiembre-6 de octubre de 1791

⁵⁶ [Circulaire du 25 janvier 2013 relative à la délivrance des certificats de nationalité française – convention de mère porteuse - Etat civil étranger. | Ministère de la justice](#)

actas o documentos poseídos, datos externos, o elementos derivados de la propia acta, se establezca, cuando proceda tras efectuar todas las verificaciones convenientes, que dicha acta es irregular o falsa, o que los hechos declarados en ella no se corresponden con la realidad”.

Aquí nos encontramos con un pleno reconocimiento del certificado de nacionalidad de un Estado extranjero siempre y cuando cumpla con los requisitos legalmente establecidos.

Mas tarde cuestionaremos dicho punto en la medida en que no todos los países pueden expedir dichas actas, o ser éstas reconocidas, causando una importante inseguridad jurídica. En este aspecto, existen además otra serie de requisitos añadidos que hay que cumplir; por un lado, el comitente debe tener nacionalidad francesa y, por otro, el padre debe ser el aportante genético⁵⁷.

En opinión de Lamm, *“el CNF, una forma de prueba extrajudicial de nacionalidad francesa es un documento administrativo. No controla ni el establecimiento de la partida de nacimiento ni la filiación resultante del niño, sino que facilita la emisión de un certificado de identidad francés cuando la filiación con un ciudadano francés no se ha establecido suficientemente”*⁵⁸.

Al hilo de lo comentado, se observa como la jurisprudencia francesa es clara estableciendo la nulidad de la gestación por sustitución. Sin embargo, en el año 2014, el Estado Francés fue condenado por medio de dos sentencias ya citadas del TEDH- casos de Menneson y Labasse- al negar Francia la inscripción de dos menores concebidas y nacidas en EE. UU. En ambos casos, se trataba de matrimonios heterosexuales de nacionalidad francesa que, ante la prohibición del Estado Francés de la práctica de gestación por sustitución, decidieron acudir a EE. UU para celebrar el correspondiente contrato. En el momento de pretender la inscripción de los menores en Francia se les denegó el acceso al Registro Civil al entenderse que se estaba vulnerando el orden público internacional francés.

Posteriormente, Francia fue condenada por el TEDH al entender prioritariamente que esa negativa vulneraba el interés superior del menor, concretamente. El artículo 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos establece que *“toda persona tiene derecho*

⁵⁷ LAMM, E.: *Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*, Ob. Cit., p. 12

⁵⁸ *Ibidem*, p. 124.

*al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia". 2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás*⁵⁹.

En definitiva, en base a este artículo, el TEDH entiende que denegándose su inscripción se está privando al menor del derecho que tiene a ser respetado en su vida privada, pudiendo verse afectado por la indeterminación de su identidad filial.

Es cierto que el TEDH también reconoce el derecho de cualquier Estado a la libre regulación de la gestación por sustitución, pero, establece que, si bien dicha libertad es un derecho estatal, la denegación de la filiación de un menor en relación con su acreditado padre es biológico supone un exceso en la valoración por parte del Estado Francés.

Con posterioridad a este fallo, Francia estableció el reconocimiento de filiación paterna ante supuestos de gestación por sustitución, a través de la Sentencia de 3 de julio de 2015⁶⁰, reconociéndola bajo el requisito del componente biológico.

Como vemos, una vez más encontramos un ejemplo de situación jurídica prohibida en la que la consecuencia final va a ser la creación de un mecanismo jurídico a través del cual se pueda llegar a permitir la regularización de unos menores concebidos por medio de esta técnica, necesitados de la protección del Estado en que se pretende su inscripción.

b) Alemania.

Alemania es otro de los países en los que su ordenamiento jurídico prohíbe de forma absoluta la gestación por sustitución, y lo hace en la Ley 745/90 de 13 de diciembre de 1990, de Protección del Embrión.

En dicha ley se establece que:

⁵⁹ Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales (CEDH), BOE núm. 234, de 10 de octubre de 1979.

⁶⁰ Disponible en *Code Civil*. <<https://www.legifrance.gouv.fr>>

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

1) *Procediera a transferir a una mujer el óvulo de otra;*

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

6) *Extrajera de una mujer un embrión antes de su implantación en el útero con vistas a transferirlo a otra mujer o utilizarlo con un fin distinto al de su protección.*

7) *Fecundara artificialmente o transfiriera un embrión a una mujer dispuesta a entregar el niño a terceros tras su nacimiento.*

Sin embargo, como ha ocurrido con el Estado Francés, en Alemania, en diciembre de 2014, el Tribunal Federal de Justicia reconoció la paternidad de una pareja homosexual sobre el menor concebido en California, teniendo dicha decisión como base el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos - y la decisión adoptada por el TEDH en los casos de Menesson y Labasse-. Una vez más se daba primacía el interés superior del menor. Aún con todo, hay que mencionar que el propio Tribunal Federal afirmó que no hubiera llegado al mismo resultado, es decir, el reconocimiento de filiación, en caso de que la gestante hubiese aportado también el material genético o hubiese habido conflicto entre gestante y comitentes con motivo de la custodia ⁶¹.

c) Italia.

Italia se encuentra junto a España, Francia y Alemania, entre los países que no permiten la gestación por sustitución, prohibiéndola de forma absoluta.

La Ley núm. 40, de 19 de febrero de 2004 sobre “normas en materia de procreación médica asistida”⁶² establece que la reproducción asistida es una “*práctica destinada a promover la solución de los problemas reproductivos derivados de la esterilidad o infertilidad humana (...) si no existen otros métodos efectivos para eliminar la causa*”

⁶¹ LAMM, E.: “Parámetros jurisprudenciales en los casos de gestación por sustitución internacional. Los lineamientos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y sus repercusiones en el contexto global”. *Rev. Bioética y Derecho*, núm. 37, Barcelona, 2016.

⁶² BOE número. 45, de 24 febrero de 2004.

En principio, la Ley Italiana únicamente permite la utilización de gametos de la pareja, no aceptando la donación. También establece límites al permitir exclusivamente las TRHS a parejas de distinto sexo que se encuentren en una relación estable de matrimonio o a uniones de hecho que sean mayores de edad y sean fértiles⁶³. Lo cierto es que la jurisprudencia ha minimizado esta prohibición al entenderla inconstitucional⁶⁴.

Es en su artículo 5 es donde establece todas aquellas personas excluidas de forma legal de dicha práctica: parejas homosexuales, madres solteras, viudas, y a las “madres-abuelas”⁴⁴. Según esta ley, la reproducción asistida es la “*práctica destinada a promover la solución de los problemas reproductivos derivados de la esterilidad o infertilidad humana...si no existen otros métodos efectivos para eliminar la causa*”. Esta Norma permite de forma única la utilización de gametos de la pareja, no permitiendo la donación. También establece límites permitiendo exclusivamente dicha práctica a parejas de distinto sexo que se encuentren en una relación estable de matrimonio o a uniones de hecho que sean mayores de edad y sean fértiles ⁶⁵.

Asimismo, solamente se encuentra permitida la fecundación in vitro cuando es la madre la que es fecundada con gametos de su cónyuge, por lo cual, se encuentra prohibida la práctica por medio de donación de un tercero o la utilización de una madre gestante ajena a la pareja.

El procedimiento a seguir se encuentra establecido en su artículo 6.3, y ambos cónyuges deben realizar un escrito de forma conjunta y presentarlo ante el médico responsable del Centro en el que se vaya a realizar tal práctica dónde presenten su consentimiento ⁶⁶.

Georgia Meloni, actual presidenta del Consejo de Ministros de Italia, aprobó en el Parlamento la denominada “Ley Varchi” que establece la gestación subrogada como “delito universal”, anunciando penas de cárcel de tres meses a dos años y multas de hasta un millón de euros para aquellos que practiquen la gestación por sustitución.

⁶³ ZURRIARÁN, R. G.: *Técnicas de reproducción humana asistida: determinación legal de la filiación y usuarias en el derecho comparado*, Cuadernos de Bioética, Vol. 22, núm. 75, 2011, pp. 201-214.

⁶⁴ El 9 de abril de 2015 la *Corte Costituzionale* italiana, con el fallo núm. 162 de 2014 ha declarado la ilegitimidad constitucional de la prohibición de la fecundación heteróloga para las parejas heterosexuales declaradas infértiles. Disponible en: CORN, E: La reproducción humana asistida en Italia. Presente y futuro después de la derogación de la prohibición de fecundación heteróloga. *Revista Bioética y derecho* núm. 35. Barcelona (2015). En: <https://dx.doi.org/10.1344/rbd2015.35.14278>

⁶⁶ *Ibidem*, p. 203.

La gestación subrogada deviene ilegal en Italia desde 2004, pero desde la modificación del artículo 12, se castigará penalmente a aquel que acuda al extranjero con el objetivo de obtener un niño gestado por otra mujer con o sin ánimo de lucro⁶⁷.

A pesar de lo anterior, hay que poner de manifiesto que, en fecha de 31 de agosto de 2023, el TEDH ha condenado al Estado italiano por denegar la nacionalidad a un menor nacido a través de las técnicas de reproducción humana asistida y que se encontraba en el país italiano por un periodo ya de cuatro años. Esto será comentado más tarde.

Por lo establecido, se observa como los ordenamientos jurídicos de Francia, Alemania e Italia se muestran prohibitivos respecto a la gestación por sustitución. Sin embargo, tal y como se ha relatado, todos ellos, ante la existencia del menor concebido se encuentra un principio imperante al que se debe de atender, el interés superior del menor, por el cual se debe dar cabida “legal” a la existencia de tales prácticas y por ello, una regulación que permita el reconocimiento de la paternidad de menores que tienen ante todo derecho a ser reconocidos y a mantener un derecho a una vida privada y familiar.

5.2 Países que permiten la gestación por sustitución de forma comercial.

a) Ucrania.

Ucrania es uno de los países más propicios en cuanto a la práctica de la gestación por sustitución recogido principalmente en el Código de Familia de Ucrania.

En el artículo 281 del Código Civil ucraniano, en su apartado: “Derecho a la vida”, se establece literalmente que: *“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”*.

También, en el artículo 123 del Código de Familia de Ucrania denominado “El establecimiento de filiación materna y paterna en el caso de la procreación medicamente asistida e Implantación Ovum”, nos encontramos tal práctica, estableciendo dicho precepto que:

⁶⁷ Observatorio de Bioética Instituto Ciencias de la Vida. Universidad Católica de Valencia. 5 de septiembre de 2023, BIOÉTICA PRESS. Disponible en: [Italia considera “delito universal” la gestación subrogada - Observatorio de Bioética, UCV \(observatoriobioetica.org\)](https://www.observatoriobioetica.org/)

1. Si la mujer es fertilizada por técnicas de procreación artificial con el consentimiento escrito de su marido, éste está registrado como el padre del hijo nacido de su esposa.
2. Si un óvulo concebido por los cónyuges se implanta a otra mujer, los esposos serán los padres del niño.
3. Cada vez que un óvulo concebido por el marido con otra mujer se implanta a su mujer, el niño es considerado de estar afiliados a los cónyuges⁶⁸.

Por lo establecido en el precepto se observa como en Ucrania los padres del menor concebido serán en todo caso los cónyuges que acudieron a las distintas vías de la gestación, tanto por medio de la fertilización de la mujer a través de reproducción asistida con el consentimiento de su marido, como por la implantación del óvulo concebido por los cónyuges a otra mujer como por medio de la implantación a la mujer-cónyuge del óvulo concebido por su marido y otra mujer.

En el apartado 2 de dicho artículo se establece un hecho clave, y es que, para que los comitentes puedan ser padres legales, resulta indispensable que uno de ellos aporte el material genético.

Debemos recalcar que a partir de la entrada en vigor de la Ley número 3760-VI el 20 de septiembre de 2011, se eliminó cualquier interpretación que permitiera la gestación por sustitución en Ucrania para parejas que no fueran heterosexuales. La modificación del artículo 123.2 del Código de Familia de Ucrania consistió en agregar, inmediatamente después de la palabra "cónyuges", un paréntesis que especifica literalmente "hombre y mujer". Con esta modificación, se buscó evitar cualquier interpretación que permitiera la gestación por sustitución para parejas homosexuales provenientes de lugares donde este tipo de matrimonio está permitido⁶⁹.

En el mismo Código, el artículo 139 afirma la prohibición respecto de la madre gestante de reclamar la maternidad del menor una vez nacido.

⁶⁸ Art. 139 Código de Familia de Ucrania: “*Determinación de la filiación en España cuando se emplea la gestación por sustitución como técnica de reproducción humana asistida*”

⁶⁹ FERNANDEZ ECHEGARAY, L.: “Gestación por sustitución: españoles atrapados en Ucrania”. Ob. Cit., p, 178.

Esta práctica la encontramos también regulada en el Reglamento de Registro Civil de Ucrania, en concreto en el párrafo II de la Sección 1 del Capítulo III, que establece que *“En el caso de que un niño dado a luz por la mujer a la que se implantó un embrión humano concebido por los cónyuges por medio de técnicas de reproducción humana asistida, el registro del nacimiento se realizará a favor de los cónyuges que han dado su consentimiento para su implante”*⁷⁰. En este Reglamento se establece como los padres deben otorgar consentimiento ante notario para que la inscripción del menor a su favor adquiera validez. Ello implica que, en el caso de que la madre gestante exprese negativa a otorgar su consentimiento, los cónyuges deberán acudir a los tribunales⁷¹.

En la gestación por sustitución permitida en Ucrania, a pesar de ser percibida como “permisiva y amplia” por muchos sectores de la doctrina, existen diferentes requisitos sujetos a la técnica, tales como la opción exclusiva a parejas heterosexuales, siendo esta opción para parejas homosexuales un imposible. Se exige que los padres hayan contraído matrimonio y que al menos uno de los cónyuges sea el que aporte el material genético.

Además del requisito de género, existen otros, tales como:

- A) Los comitentes no pueden tener capacidad para concebir o llevar un embarazo a término.
- B) La gestación por sustitución tradicional no se admite, es decir, la mujer gestante no va a aportar su material genético.
- C) La gestante debe ser mayor de edad, mantener una buena salud física y psíquica siendo las clínicas las que seleccionan a las madres gestantes asegurándose de que cumplen con estos requisitos.
- D) La mujer gestante debe haber sido madre, al menos una vez antes de un hijo sano.
- E) La gestante debe prestar su consentimiento ante notario por escrito.

Todo ello, como hemos dicho, se realiza generalmente por medio de “agencias mediadoras” que tienen su sede física en despachos de abogados encargados de llevar a

⁷⁰ Párrafo 11 de la sección 1 del capítulo III del Reglamento de Registro Civil de Ucrania aprobado por la Orden del Ministerio de Justicia de Ucrania, del 18 de octubre 2000, núm. 52/5

⁷¹ LAMM, E.: *Gestación por sustitución: ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*, Ob. Cit., pág. 174.

cabo todos los trámites, siendo éstos el intermediario entre los clientes y las clínicas situadas en Ucrania obteniendo un beneficio económico por todo ello⁷².

Actualmente, Ucrania se encuentra en pleno trámite del Proyecto de Ley núm. 8625 de 18 de julio de 2018, por el cual mantiene la intención de acabar con la gestación por sustitución para ciudadanos extranjeros, teniendo únicamente acceso a ella nacionales o residentes de forma permanente⁷³. Todo ello deriva de la llegada masiva de ciudadanos extranjeros a Ucrania propiciado fundamentalmente por los bajos costes ofertados en comparación, por ejemplo, con EE.UU.

b) México

México es uno de los países que conforman América Latina y que permiten la gestación por sustitución. Está formado por treinta y dos estados siendo solamente tres los que reconocen la gestación subrogada como una práctica legal⁷⁴: Tabasco, Coahuila y Sinaloa.

En el presente apartado mencionaremos a Tabasco como Estado referencial de dicha práctica.

En el artículo 92 del Código Civil para el Estado de Tabasco denominado “deber de reconocer al hijo” se menciona la gestación subrogada estableciendo que *“En el caso de los hijos nacidos como resultado de la participación de una madre gestante sustituta, se presumirá la maternidad de la madre contratante que la presenta, ya que este hecho implica su aceptación. En los casos en los que participe una madre subrogada, deberá estarse a lo ordenado para la adopción plena. Se entiende por madre gestante sustituta, la mujer que lleva el embarazo a término y proporciona el componente para la gestación, más no el componente genético. Por el contrario, la madre subrogada provee ambos: el material genético y el gestante para la reproducción. Se considera madre contratante a la mujer que convenga en utilizar los servicios de la madre gestante sustituta o de la madre subrogada, según sea el caso, salvo el caso de que se trate de un hijo nacido de una madre gestante sustituta, cuando el hijo nazca de una mujer casada que viva con su*

⁷² FERNANDEZ ECHEGARAY, L.: “Gestación por sustitución: españoles atrapados en Ucrania”. Ob. Cit., p, 179.

⁷³ Ibidem, p.180.

⁷⁴ CANTORAL DOMINGUEZ, K.: “Gestación subrogada en México: Su proyección en las relaciones privadas internacionales”, *Revista Castellano-Manchega de Ciencias Sociales*, núm. 25, 2019, pp. 163-177.

esposo, el Oficial del Registro Civil no podrá asentar como padre a otro que no sea el mismo marido, excepto que éste haya desconocido al hijo y exista sentencia ejecutoria que así lo declare”⁷⁵.

De este precepto se deducen una serie de cuestiones relevantes:

En primer lugar, la división terminológica que realiza el Código en relación con la aportación o no del material genético. Por un lado, se refiere a dos tipos de “madres”; primero menciona a la “madre gestante sustituta”, siendo aquella que lleva consigo al embrión hasta el parto, pero sin aportar su material genética y, seguidamente, hace referencia la “madre subrogada” que lleva consigo al embrión, aportando además su material genético. Y por último menciona a la “madre contratante”, siendo aquella la que contrata los servicios de uno de los dos tipos de “madres” existentes para la práctica.

En segundo lugar, el procedimiento a seguir en función de si es madre gestante sustituta o madre subrogada.

- Si es madre gestante sustituta, se presume la maternidad de la madre contratante.
- Si es madre subrogada se debe llevar a cabo el procedimiento establecido para la adopción plena.

Esta adopción plena se encuentra en el artículo 399 del mismo Código estableciendo una serie de requisitos para su constitución tales como:

- Que los adoptantes sean un varón y una mujer casados entre sí o que vivan públicamente como marido y mujer, sin tener ningún impedimento para contraer matrimonio entre sí;
- Los adoptantes deben tener como mínimo cinco años de vivir como marido y mujer;
- Que el menor a adoptar no tenga más de cinco años, se trate de un niño abandonado o de padres desconocidos, o sea pupilo en casa de cuna o instituciones similares, o sea producto de un embarazo logrado como consecuencia del empleo de inseminación artificial o fertilización in vitro con la participación de una madre sustituta que haya convenido con los presuntos padres darlo en adopción.

⁷⁵ Código Civil para el Estado de Tabasco.

- Que los adoptantes tengan medios bastantes para proveer a la formación y educación integral del adoptado; y
- La adopción debe fundarse sobre justos motivos y presentar siempre ventajas para el adoptado.

Por lo que establece dicho artículo, en México tampoco tiene cabida la práctica de las técnicas de reproducción humana asistida por parte de parejas homosexuales. Sin embargo, en fecha de 5 de junio de 2021, la Suprema Corte de Justicia de la Nación avaló la gestación subrogada gratuita y onerosa eliminando las disposiciones de Tabasco que prohibían el acceso a parejas homosexuales y extranjeras.

El Presidente de la Corte ordenó que era prioritario regular la materia de gestación subrogada y que se debía incluir la prohibición de la venta de menores entendiendo de forma paralela una posible remuneración económica por parte de las madres gestantes pues en sus propias palabras afirmó que *“la prohibición absoluta de los contratos onerosos en la maternidad subrogada puede llevar a su práctica clandestina”*⁷⁶.

Asimismo, la Corte acordó eliminar la prohibición del Código Civil de Tabasco sobre el acceso de estas prácticas por parte de las personas extranjeras.

Si bien el Código es claro en cuanto a qué tipo de madres gestantes deben existir para tales prácticas y los procedimientos a seguir en función de una u otra, no se mencionan ni en este ni en ningún panorama normativo del Estado los requisitos a seguir para un acuerdo de gestación.

c) Estados Unidos.

En Estados Unidos nos encontramos con una evolución legislativa y jurisprudencial que exige tener que dividir sus Estados federados en la medida en que unos permiten dicha práctica y otros no.

Existen aquellos que la prohíben de forma expresa como son Arizona y Columbia., otros que la prohíben cuando la práctica se realiza de forma remunerada, como son Nueva York y Nebraska y los que permiten la práctica en su modalidad remunerada y en su forma

⁷⁶ VÁZQUEZ BARAJAS, J.M.: “Maternidad subrogada en México: regulación, problemática y reconocimiento como un derecho humano”, *Revista jurídica*, 2020. Disponible: <https://doi.org/10.22201/ijj.24487902e.2019.15.15207>.

altruista, y Estados en los que no se dice nada al respecto, ni por medio de ley ni por medio de la vía jurisprudencial.

Entre los Estados que permiten la gestación por sustitución en su modalidad remunerada y en su forma altruista tenemos al Estado de Illinois y al Estado de California.

En el Estado de Illinois nos encontramos con la práctica de tales técnicas está sujeta a un número de restricciones mucho menor en comparación con otros Estados. Éste permite el acceso a tales técnicas a parejas casadas y no casadas e incluso a personas solas.

Illinois exige que al menos uno de los comitentes aporte su material genético y la madre gestante

- Debe tener al menos 21 años, siendo ésta la edad mínima con la que se puede celebrar un contrato de gestación.
- Debe haber sido madre por lo menos una vez anteriormente.
- Debe superar el examen médico previsto.
- Debe haber contratado un seguro de salud.
- No puede aportar su material genético ⁷⁷.

El Estado de California, por su parte, fue uno de los primeros en decidir que las intenciones de los padres comitentes tendrían un valor preferente a las de la madre gestante ⁷⁸. Asimismo, permite el acceso a las técnicas con flexibilidad en la medida en que no limita su acceso por orientación sexual, nacionalidad o matrimonio pudiendo acceder a ella tanto parejas homosexuales, como nacionales de diferentes países como personas no casadas o solas.

En la ley del Estado ⁷⁹ no se establece ningún requisito a cumplir por parte de las madres gestantes. Una vez se celebra el contrato de gestación por sustitución, los comitentes deben instar el procedimiento judicial regulado en la sección 7630 (f) del California

⁷⁷ ÁVILA HERNANDEZ, C.J.: *La maternidad subrogada en el Derecho comparado*, Cuadernos de Dereito Actual, 2017, pp. 313-334.

⁷⁸ VILAR GONZALEZ, S.: *La gestación subrogada en España y en el derecho comparado*, 2020, Ob. Cit., p. 358.

⁷⁹ California Family Law Sections 7960-7962 (2013)

Family Code. Este procedimiento pretende determinar la filiación del nacido a favor de los comitentes a partir de una sentencia denominada *pre-birth judgement*.⁸⁰

Todo ello se inicia durante el segundo trimestre de embarazo de la mujer gestante en el que, mediante sentencia, se ordena al hospital que de forma posterior al parto se establezca el nombre de los padres en el certificado de nacimiento del menor⁸¹. Éste a su vez debe ser inscrito en la Oficina Estatal de los Registros Vitales en los diez días posteriores al parto y debe presentarse con la “*pre-birth judgement*”. Determinada la filiación a favor de los comitentes ya concurren todos los requisitos de la Instrucción del 5 de octubre de 2010 para que la filiación del menor pueda ser inscrita en el Registro Civil español al poder presentar los padres certificación judicial extranjera que tiene su origen en un procedimiento análogo a uno español de la jurisdicción voluntaria.

5.3 Países que permiten la gestación por sustitución de forma gratuita.

a) Reino Unido.

En Reino Unido la gestación por sustitución está permitida, pero de forma gratuita y por motivos médicos. Está prohibida cualquier actividad que requiera de un acuerdo económico de gestación, siendo sancionable desde un punto de vista penal respecto a la creación de establecimientos comerciales destinados a estas prácticas⁸².

Esta prohibición, desde un punto de vista económico, se debe a la publicación de la denominada *Surrogacy Arrangements Acts*. Esta norma prohíbe tanto la negociación, como la oferta o convenio, así como la recopilación de información relacionada con dicha técnica y todo aquello que tenga que ver con la comercialización o publicidad de esta.

En la elaboración de esta norma se incluyeron recomendaciones del “*Informe Warnock*” en el que se basó fundamentalmente la presente ley⁸³.

⁸⁰ LAMM, E.: *Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*, Ob. Cit., p. 191.

⁸¹ *Ibidem*, p. 192.

⁸² Seminario. TEDH y la gestación por sustitución. 2021. España. Universidad de Salamanca.

⁸³ IGAREDA GONZALEZ, N.: *La gestación por sustitución en el Reino Unido: una oportunidad para el debate de su regulación en España*. Ediciones Complutense, 2020, p. 890.

Este Comité mantuvo en todo momento una visión negativa de la gestación subrogada considerando ésta un “comercio” de menores con una madre gestante delincuente, y esto lo establecen afirmando que “*No prevemos que esta legislación haga que los individuos entre en acuerdos de gestación por sustitución sean susceptibles de enjuiciamiento penal, ya que nos preocupa evitar que los niños nazcan de madres estigmatizadas de criminales*”⁸⁴.

Por tanto, el propósito de esta ley enmarcaba una protección clara a los menores concebidos y a las madres gestantes. Lady Warnock, filósofa y presidenta del Comité, una vez elaborado el informe afirmó públicamente la brusquedad con la que lo habían llevado a cabo⁸⁵.

La determinación de la filiación en Reino Unido se lleva a cabo por medio del parto, es decir, en favor de la mujer, independientemente de que haya aportado o no su material genético⁸⁶.

Que la mujer esté casada o no es relevante para el procedimiento a seguir:

- Si la mujer está casada, se reconoce como padre legal del niño a su marido salvo en el caso de que éste consiga probar que no dio su consentimiento a tal práctica. En este caso, para que la filiación pueda estar determinada en favor de los comitentes es necesario el transcurso de un plazo de seis semanas para que la gestante decida si entrega al menor o no.

La filiación en este caso se transfiere por medio de una *parental order*. Si finalmente la madre decide transferir la filiación nos encontramos ante dos actas, la primera en la que consta la madre que da a luz y la segunda constituida a favor de los cónyuges.

- Si la mujer no está casada, la determinación de la filiación sigue siendo en su favor por medio del padre, pero, en este caso, al no estar unida la misma por vínculo legal a ningún hombre se reconoce como padre legal al hombre que otorgó el material genético que permitió la técnica.

Este procedimiento requiere de la realización de dos formularios:

⁸⁴ Ibidem, p. 890.

⁸⁵ Ibidem, p. 190.

⁸⁶ LAMM, E.: *Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*. Ob. Cit., p.131.

- a. El comitente llevará a cabo el formulario “SPP” en el que se reflejará su consentimiento para ser reconocido como padre del menor.
- b. La madre gestante llevará a cabo el formulario “SWP” en el que deberá prestar su consentimiento para que el comitente que no aportó su material genético pueda ser reconocido legalmente como padre del menor.

Es característico cuanto menos el periodo de seis semanas concedido a la mujer gestante para que pueda decidir después del parto si transferir este derecho legal a ser padre a los comitentes, o no. Esto hace que el modelo inglés, bajo mi punto de vista, sea uno de los ordenamientos más permisivos y garantistas respecto de los derechos de la madre gestante.

En cuanto a la concesión de la orden parental a los comitentes, ésta está sujeta a una serie de requisitos contemplados en el artículo 54 de la HFEA⁸⁷.

Este artículo establece que, para la concesión de la filiación del menor en favor de los comitentes es necesario que uno de ellos aporte el material genético, estando éste en una relación heterosexual que constituya una unión civil o que al menos esté viviendo como pareja en una relación familiar de duración. Asimismo, exige que uno de los dos esté domiciliado en el Reino Unido. Otro de los requisitos del procedimiento es que el Tribunal competente, verifique, entre otras cosas, que en el procedimiento no se ha llevado ningún tipo de indemnización.

Una vez finalizado, si se cumplen todos los requisitos legalmente expuestos, se emite un certificado que reconoce a los comitentes como padres legales y sustituye el anterior.

Además, en la Sección 10.3 de la norma *Surrogacy Arrangement Acts* 1985 se establece la prohibición de la utilización de cualquier tipo de intermediario o publicidad para la protección del carácter altruista de la práctica. Sin embargo, sí que existen asociaciones sin ánimo de lucro que llevan a cabo trámites en la gestación tales como la puesta en contacto de las partes y el acompañamiento de estas ⁸⁸.

Aunque Reino Unido mantiene una práctica “altruista”, ha sido objeto de numerosas críticas en relación con los requisitos que exige. Por un lado, la exigencia de que uno de

⁸⁷ *Human Fertilisation and Embryology Authority*

⁸⁸ Seminario. TEDH y la gestación por sustitución. 2021. España. Universidad de Salamanca.

los comitentes deba aportar el material genético ha sido considerado discriminatorio respecto a parejas en la que los dos son infértiles y no pueden aportarlo ⁸⁹.

Por otro lado, se cuestiona el requisito de que los padres comitentes deban ser una pareja, siendo ello discriminatorio para las personas solteras.

6. POSICIONES FAVORABLES Y CONTRARIAS EN RELACIÓN CON LA GESTACIÓN SUBROGADA.

La gestación subrogada, como hemos expuesto, no deja de ser una técnica de reproducción humana asistida que se viene realizando en diferentes países permisivos.

Las causas por las que se acude a tales técnicas son diversas, desde cuestiones médicas (única forma de acudir a las mismas en países como Reino Unido) hasta la esterilidad o motivos sociales, personales y de diferente índole.

Si bien es cierto, que como hemos dicho, encontramos países que la permiten y otros que la prohíben, existen consecuentemente argumentos a favor y en contra de esta figura reproductiva.

6.1 Posición contraria a la gestación subrogada.

En este apartado analizaremos qué opiniones existen en relación con la práctica de la gestación por sustitución. No hay duda de que genera en la sociedad un debate ético, moral y jurídico en la medida en que, si bien es cierto que científicamente resulta posible, ¿es éticamente aceptable?

A priori debemos dejar plantearnos una cuestión primaria y relacionada de forma obvia con el concepto de gestación subrogada: ¿existe el derecho a tener descendencia?

Lo cierto es que no se reconoce como tal de forma expresa en el ordenamiento jurídico español y tampoco se ve reflejado en el panorama normativo internacional. A pesar de esto, podemos entender que deriva de otros derechos como son:

- El derecho a fundar una familia establecido en diferentes normas internacionales como en el artículo 16 de la Declaración Universal de Derechos Humanos o el

⁸⁹ IGAREDA GONZALEZ, N.: *La gestación por sustitución en el Reino Unido: una oportunidad para el debate de su regulación en España*, Ediciones Complutense, 2020, Ob. Cit., p. 892.

artículo 12 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, así como en el artículo 23.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos ⁹⁰.

- El derecho a procrear como derivación del derecho a la libertad como valor superior del ordenamiento jurídico (art 1.1 CE), el derecho a la dignidad humana y el libre desarrollo de la personalidad (art 10.1 CE) y la vida y la integridad física y moral (art 15 CE).
- El derecho establecido en el artículo 6.1 de la Ley 14/2006 que afirma que cualquier mujer mayor de dieciocho años puede utilizar la gestación subrogada siempre y cuando se cumplan los requisitos establecidos en la ley.

Sin embargo y pese a la “derivación” que puede existir de estos derechos al propio derecho de tener descendencia, podemos concluir que no existe como tal y que, en el caso de existir, sería objeto de límites legislativos y jurisprudenciales por cuanto puede atentar a derechos tan fundamentales como el derecho a la dignidad humana contenido en la CE.

En palabras de González, “deseo que pueda ser totalmente comprensible, si cruzan la línea que los separa de la dignidad de las personas, dejan de tener espacio en el mundo del derecho”⁹¹.

Dicho lo cual, vamos a analizar tres puntos clave de aquellos que se posicionan en contra de estas prácticas.

a) La ilicitud de la gestación subrogada.

En cuanto a la ilicitud de la gestación subrogada, el Comité de Bioética de España entiende que debe sentarse sobre dos bases ideológicas o de pensamiento:

La primera, sobre la idea de que la mujer gestante en el momento en el que presta su cuerpo para gestar a un niño está prestando su consentimiento simultáneamente para que un tercero ajeno la reduzca a la condición de instrumento. En esta idea la Comisión entiende que si bien es cierto que una vez que prestas un servicio a cambio de una retribución estás consintiendo una “instrumentalización”, solamente en el caso

⁹⁰ SARASOL, C Y RAMÓN, F.: *La Gestación Subrogada: Aspectos Éticos y Jurídicos en el Derecho español*, Jurídicas CUC, 2021, pp. 323–366.

⁹¹ CASTELLANOS, J.: “Análisis de la maternidad subrogada como nueva tecnología en el ámbito biomédico y jurídico-filosófico: avance técnico, retroceso humano. *Revista sobre la infancia y la adolescencia*, núm. 17, 2019, pp. 62-80.

de que las condiciones fuesen abusivas podría tratarse de una instrumentalización de la mujer gestante.

La segunda, sobre el pensamiento de que no existe ningún escenario en el que la gestación por sustitución pudiese tener unas condiciones que no fuesen las de explotación o que no propicien ésta.

b) La comercialización de los seres humanos.

El criterio de comercialización de seres humanos no resulta irrelevante por cuanto ha sido mencionado en reiteradas ocasiones por la doctrina y la jurisprudencia, siendo vinculada la misma al aspecto económico. Debemos volver a mencionar en este caso la STS, de 6 de febrero de 2014, en la que los comitentes y solicitantes afirmaban la vulneración del interés superior del menor al no haberse concedido la inscripción en el Registro Civil español de filiación de los menores nacidos en California a favor de la pareja homosexual recurrente. Ésta deniega la inscripción por varios motivos siendo uno de ellos el que exponemos a continuación:

Asimismo, la aceptación de tales argumentos debería llevar a admitir la determinación de la filiación a favor de personas de países desarrollados, en buena situación económica, que hubieran conseguido les fuera entregado un niño procedente de familias desestructuradas o de entornos problemáticos de zonas depauperadas, cualquiera que hubiera sido el medio por el que lo hubieran conseguido, puesto que el interés superior del menor justificaría su integración en una familia en buena posición y que estuviera interesada en él.

La invocación indiscriminada del "interés del menor" serviría de este modo para hacer tabla rasa de cualquier vulneración de los demás bienes jurídicos tomados en consideración por el ordenamiento jurídico nacional e internacional que se hubiera producido para situar al menor en el ámbito de esas personas acomodadas⁹².

Dicha sentencia establece de forma clara una comercialización de los menores mediando compensación económica en favor de personas adineradas y en perjuicio de aquellas que no lo son.

⁹² Tribunal Supremo. Sala de lo Civil. STS 247/2014. Núm. REC. 853/2013, 6 de febrero de 2014. Rafael Saraza Jimena.

Asimismo, la reciente STS ya comentada núm. 1153/2022, de 31 de marzo, reafirma nuevamente la nulidad de los contratos de gestación subrogada. El Tribunal establece que *tanto la madre gestante como el niño a gestar son tratados como meros objetos, no como personas dotadas de la dignidad propia de su condición de seres humanos y de los derechos fundamentales inherentes a esa dignidad. La madre gestante se obliga desde el principio a entregar al niño que va a gestar y renuncia antes del parto, incluso antes de la concepción, a cualquier derecho derivado de su maternidad. Se obliga a someterse a tratamientos médicos que ponen en riesgo su salud y que entrañan riesgos adicionales a las gestaciones resultantes de una relación sexual (...)*⁹³.

Existen numerosos sectores doctrinales que condenan esta visión de “comercio y trata” de la gestación subrogada. Por su parte, Nuño afirma que existe una clara demanda por parte de los padres comitentes y una oferta de madres embarazadas por medio de intermediarios existiendo además una evolución de “turismo reproductivo” en los países subdesarrollados en los que, al existir un coste menor, existe un incremento del beneficio del cliente desde un punto de vista económico⁹⁴. Asimismo, y en palabras de Guerra Palmero nos encontraríamos ante una trata de mujeres con una finalidad explotadora y reproductiva⁹⁵.

Existe un documento en el que se establece una propuesta de bases generales para la regulación en España de la gestación por sustitución del Grupo de Ética y Buena Práctica Clínica de la Sociedad Española de Fertilidad (SEF). En este, se afirma que *No puede haber pago de un precio a la gestante, sino una compensación económica por las molestias, que incluya desde luego los gastos médicos relacionados con el embarazo que no tenga cubiertos. Tiene que ser la Administración pública quien fije unas bases homogéneas para determinar la compensación a la gestante, con preferencia a través de órganos o comisiones en las que se integren algunas personas con formación en*

⁹³ Tribunal Supremo. Sala de lo Civil. STS 1153/2022. Núm. REC 907/2021. 31 de marzo de 2022. Rafael Saraza Jimena.

⁹⁴ NUÑO, L.: “Una nueva cláusula del Contrato Sexual: vientres de alquiler”, *Revista de Filosofía Moral y Política*, núm. 55, 2016, pp. 683–700. Disponible en: <https://doi.org/10.3989/isegoria.2016.055.15>

⁹⁵ GUERRA PALMERO, M.J.: “Contra la llamada gestación subrogada. Derechos humanos y justicia global versus bioética neoliberal”. *Revista Gaceta Sanitaria*, noviembre 2020, pp. 535–538. Disponible en: <https://dx.doi.org/10.1016/j.gaceta.2017.05.009>

*bioética*⁹⁶. Este Grupo se posiciona junto con lo establecido en el Convenio sobre derechos humanos y biomedicina (Convenio de Oviedo de 1997) en el que se afirma que el cuerpo humano y sus partes no deben actuar como fuentes de lucro.

El Grupo de Ética, en su propuesta, deja claro como el hecho de que se abogue por una compensación económica por las “molestias” en nada tiene que ver con el ánimo de lucro de la práctica, y por tanto, esta compensación es compatible con la idea de gratuidad en la medida en que en la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida se admite que exista una compensación económica en la donación de gametos y embriones consistiendo la misma en compensar molestias físicas, gastos de desplazamiento y laborales no suponiendo en ningún caso un incentivo económico.

Dicho esto, nos encontramos ante la problemática de saber distinguir cuándo nos encontramos ante una compensación “por las molestias” y una verdadera retribución económica.

En este caso la Ley de reproducción humana concede al Ministerio de Sanidad y Consumo, previo informe de la Comisión Nacional de Reproducción Humana asistida, la competencia para fijar periódicamente las condiciones que garanticen el respecto al carácter gratuito de la donación.

Al hilo de lo comentado podemos ver como en vía doctrinal y jurisprudencial existe una opinión de comercialización de los menores concebidos y una explotación de las madres gestantes.

c) Principio de la autonomía de la voluntad.

El principio de la autonomía de la voluntad es el poder de las personas para que, con su manifestación de voluntad y en el ámbito de libertad que les confiere el ordenamiento jurídico, puedan darse normas para sí mismas con el fin de regular sus intereses ⁹⁷.

⁹⁶ Grupo de Ética y Buena Práctica Clínica de la SEF: “*Propuesta de bases generales para la regulación en España de la gestación por sustitución*”, abril, 2016.

⁹⁷ TORRES VÁZQUEZ, A.: *Acto Jurídico*, Mosrightg Jurídica E.I.R.L, Tomo I, 2021.

En base a ello afirmamos que la autonomía de la voluntad es la toma de decisiones tomadas desde la libertad por parte de la persona en la elección de opciones, en base a sus intereses y de acuerdo con lo establecido en el ordenamiento jurídico.

El principio de la autonomía de la voluntad se muestra unido al derecho a la libertad personal. En la gestación por sustitución debemos cuestionarnos hasta dónde llega la libertad de una mujer que decide someterse a tales prácticas. Esta cuestión se ha planteado⁹⁸ y, en opinión mayoritaria de la doctrina, la libertad puede encontrarse condicionada a la necesidad, siendo indispensable tener en cuenta qué posición ocupa cada parte en el mercado.

6.2 Posición a favor de la gestación subrogada.

Existe una línea argumental a favor de la gestación subrogada, entendiendo ésta como lícita tanto en su práctica comercial como gratuita, siempre y cuando se excluya la explotación de la mujer gestante.

Asimismo, posiciones a favor de esta práctica entienden que no existe realmente ningún impedimento ético o moral si una mujer decide gestar a cambio de una retribución. En estos casos, se ha planteado la posición-conducta del paciente-trabajador, consistiendo ello en que una mujer que decide gestar es una trabajadora, puesto que ha recibido un “encargo” y, por ende, adopta la posición de trabajadora con derechos y, a su vez, una vez pasa a formar parte del mundo médico, también se convierte en paciente⁹⁹. De igual forma se ha abogado porque exista un pago “regulado” en una normativa legal internacional.

Al hilo de lo comentado, debemos plantearnos, ¿Qué entienden los partidarios, por “principio de autonomía de la voluntad”?

El Comité de Bioética de España en esta cuestión realiza una división de partidarios:

En primer lugar, los defensores de la gestación subrogada entienden el consentimiento como un elemento esencial para determinar la filiación en favor de otro: éstos, según el Comité, consideran, contra todo pronóstico, la voluntad de la gestante como fundamental

⁹⁸ MARREDES, A.: “La gestación subrogada en el marco de la Constitución española”, *Revista de Derecho Público*, Vol. 65, núm. 1, 2017, p. 219.

⁹⁹ ORTEGA LOZANO, R.: “Gestación subrogada en aspectos éticos”, Ilemata, *Revista Internacional de Éticas Aplicadas*, núm. 28, 2018, pp. 63-74.

en la medida en que entienden que para el menor concebido y en pro del interés de éste, no es bueno que mantenga la concepción de un procedimiento en el que la madre gestante no ha prestado su consentimiento y los padres comitentes no han participado en el proceso. Asimismo, consideran que la práctica de la gestación no debe entenderse o ser una imposición para la mujer gestante sino como el modo idóneo de proveer al niño¹⁰⁰.

En segundo lugar, tenemos a los defensores de la soberanía de la voluntad reproductiva. Según el Comité, éstos culpan de alguna manera a la biología puesto que consideran que es la que impone límites arbitrarios, teniendo el ser humano como víctima que debe sortearlos a través de la tecnología. Desde este punto de vista, entienden que, en un futuro, si la tecnología pudiese evitar obligatoriamente que la gestación del menor tuviese lugar en el útero de la mujer, se eliminarían en gran parte todos los problemas que derivan de estas prácticas provocando con todo ello un aumento de opciones reproductivas de los humanos sin tener que recurrir a las mismas.

7. PROPUESTAS Y PROPOSICIONES DE LEY.

En este apartado analizaremos las propuestas y proposiciones de ley que se han llevado a cabo en España en materia de gestación por sustitución.

En 2013, el letrado Joan Cerdá llevó a cabo una propuesta de la Ley de Subrogación para la Gestación Subrogada, para la Asociación de Gestación Subrogada en España.

En esta propuesta de ley establecía aspectos clave en la regulación de esta figura:

- La gestación subrogada debe ser la última opción, posterior al agotamiento o de ser incompatible con las otras posibilidades de tener hijos.
- La mujer gestante debe ser mayor de dieciocho años, tener un hijo anterior y unas buenas condiciones psicológicas y físicas estando por último inscrita en el Registro Nacional del Embarazo Suplente.
- Es altruista.
- La otra parte puede ser una persona sola o una pareja.

¹⁰⁰ Ibidem, pp.63-74.

- Si se da alguna de las causas de la LO 2/2010¹⁰¹, la mujer gestante puede dar por terminado el procedimiento, devolviendo en consecuencia la retribución económica.
- Tras el nacimiento el menor pasa a ser cargo de los comitentes debiendo ser inscrito en el Registro Civil.

Posteriormente, el Grupo Parlamentario Ciudadanos llevó a cabo un Proyecto de Ley 145-1 (2017) que regulaba el derecho a la gestación por sustitución.

7.1 Proyecto de Ley del Grupo Parlamentario de Ciudadanos (2017-2019).

En este Proyecto de Ley se partió de la idea de que la gestación subrogada constituía una realidad imperante en el Estado Español y sus países vecinos. Ello se refleja en su exposición de motivos estableciendo que: *“se ve con la misma naturalidad que otras expresiones de los cambios de percepciones sociales ante instituciones ligadas a nuevos modelos familiares, que tienen como denominador la variedad con la que las personas quieren expresar su propia concepción de las relaciones familiares y asumir la condición de progenitores”*¹⁰².

El objetivo principal de la proposición fue la de hacer posible la inscripción en el Registro Civil del Estado español la filiación de un menor declarada por un Tribunal extranjero.

En dicha propuesta debemos concretar los puntos clave:

- a) La madre gestante, en el marco de la maternidad subrogada, no puede aportar material genético propio (artículo 3.b) sin establecer vínculo de filiación con el menor concebido.
- b) La madre gestante debe cumplir con una serie de requisitos tales como ser mayor de 25 años y haber sido madre, al menos, de un hijo sano con anterioridad, así como disponer de una situación socioeconómica, así como familiar, adecuadas.

¹⁰¹ BOE núm. 55. De 4 de marzo de 2010. Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo. Disponible en: [BOE-A-2010-3514 Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo.](#)

¹⁰² Boletín Oficial del Consejo del Poder Judicial, 8 de septiembre de 2017. Proposición de ley reguladora del derecho a la gestación por sustitución presentada por el Grupo Parlamentario Ciudadanos. Disponible en: [122/000117 Proposición de Ley reguladora del derecho a la gestación por subrogación. \(congreso.es\)](#)

- c) El progenitor o progenitores deben agotar o resultar incompatibles con las técnicas de reproducción humana asistida.
- d) La mujer gestante tampoco podrá tener vínculo de consanguinidad con los progenitores.
- e) La gestación subrogada no podrá llevarse a cabo con ánimo de lucro, sin perjuicio de que la madre gestante sea beneficiaria de una compensación.
- f) Formalizar ante Notario el contrato de gestación subrogada.

En primer lugar, respecto a que *“la mujer gestante no puede aportar su material genético junto con la prohibición de que ésta mantenga un vínculo de consanguinidad con los progenitores y de filiación con el menor supone”*, he de decir que, bajo mi punto de vista, la clave está en la perspectiva defensiva que quiso mantener esta propuesta de ley, consistente en querer proteger al menor y la relación con los padres comitentes de futuros problemas jurídicos, morales y psicológicos que pudiesen derivarse de la “relación” de la mujer gestante con el menor. Esto ha sido expresado en numerosas ocasiones en el sector doctrinal en referencia a las prácticas llevadas a cabo en países como EE. UU. en los que sí que se practica una gestación “intrafamiliar” y que, en ocasiones ha provocado un problema de vínculo entre la mujer gestante y los progenitores comitentes¹⁰³.

En segundo lugar, en cuanto a los requisitos establecidos respecto a la mujer gestante, recordemos que debe ser mayor de 25 años, mantener capacidad jurídica y de obrar plena, gozar de un buen estado de salud psicofísico y mental, no haber sido gestante más de una vez en un procedimiento de gestación por sustitución con anterioridad, y haber tenido con anterioridad, al menos un hijo sano.

En este punto es relevante la obligatoriedad, por un lado, de que no haya sido madre gestante más de una vez anteriormente y, por otro, que haya sido madre al menos de un hijo sano. Esto tiene su razón de ser en la posibilidad de que la gestante una vez de a luz no quiera entregar al menor por mantener con él un vínculo afectivo.

En tercer lugar, respecto de los requisitos establecidos para con los padres comitentes, se afirman dos exigencias: una primera, en la que toda persona que quiera ser padre debe haber agotado o ser incompatible con las técnicas de reproducción humana asistida, y una

¹⁰³ GUZMÁN, APARASI MIRALLES, Á.: *Aproximación a la problemática ética y jurídica de la maternidad subrogada*, Cuadernos de Bioética, XXIII, 2012, p. 260.

segunda, en la que el padre que decide participar en estas técnicas debe aportar su propio material genético. La obligación de que los padres comitentes agoten o sean incompatibles con las técnicas deviene, según Casabona, de querer evitar situaciones en la que se plasme una desigualdad entre las mujeres gestantes y aquellas solicitantes de estas técnicas ¹⁰⁴. Ello puede vincularse a la cuestión económica que hemos tratado en este trabajo, entendiendo que la Propuesta de Ley trata de impedir una explotación de estas gestantes desde la perspectiva económica, evitando en todo momento el beneficio de uno por el perjuicio de otro.

Al hilo de lo comentado y en relación con la perspectiva económica, otro de los requisitos, exigidos a la mujer gestante, es que mantenga una relación económica adecuada. La Propuesta de Ley mantiene que no exista en ningún momento alusión a una explotación de la gestante por tener condiciones económicas menores a las que pudiesen tener los padres comitentes, actuando estos en su beneficio.

En otro sentido, otra exigencia es que los padres comitentes aporten su propio material genético. Esto sigue la misma línea mantenida anteriormente para evitar posibles confrontaciones jurídicas, morales o psicológicas en la relación entre el menor y los progenitores.

Seguidamente, la Propuesta de ley tiene un Capítulo III denominado “Fecundación, parto y filiación” en el que se establecen puntos a tratar tales como:

- La transferencia embrionaria y el parto de la mujer gestante por subrogación en el que se establece cómo la transferencia se llevará a cabo una vez se cumplan todos los requisitos exigidos y cómo los progenitores subrogantes deben hacerse cargo del menor una vez producido el parto
- La determinación legal de la filiación:

En este apartado es relevante:

- a) Que, una vez llevada a cabo la formalización del contrato ante Notario y la transferencia embrionaria los padres subrogantes no podrán impugnar el acuerdo.

¹⁰⁴ CASABONA, C.M.: *El Derecho y la Bioética ante los límites de la vida humana*, Centro de Estudios Ramón Aureces (CEURA), 1994, p. 220.

- b) Que, son los progenitores subrogantes los que tienen la obligación de inscribir al menor teniendo para ello copia auténtica de contrato de gestación por subrogación que servirá como documento oficial al efecto
- c) Que la revelación de la mujer gestante no implica en ningún caso la determinación legal de la filiación.
 - Premoriencia de uno de los progenitores subrogantes en el que:
 - a) Por un lado, no puede determinarse la filiación a favor de uno de los progenitores subrogantes si éste ha fallecido salvo en el caso de que, la transferencia embrionaria al útero de la mujer ya se hubiese producido con anterioridad del fallecimiento.
 - b) Por otro lado, si el progenitor fallecido ha prestado su consentimiento con anterioridad al contrato y ha aportado su material genético, se podrá utilizar en los doce meses posteriores a su fallecimiento.
 - Fallecimiento de los progenitores subrogantes durante la gestación

Posteriormente, en el Capítulo IV se establece la creación del Registro Nacional de gestación por sustitución.

En su artículo 15.1 se establece que éste consiste en *“el registro administrativo en el que se inscribirán las mujeres que deseen ser gestantes por subrogación y cumplan los requisitos establecidos en esta Ley. Igualmente se inscribirá, en los términos que se establezcan reglamentariamente, los progenitores subrogantes”*. Y en su punto 2: *En el Registro también se inscribirán, en una sección específica, los contratos de gestación por subrogación que se formalicen”*.

En todo lo comentado entendemos que dicha Propuesta guarda una posición de igualdad entre las partes, exigiendo a la gestante en todo momento mantener una posición económica adecuada para con los progenitores subrogantes. Así, en todo momento se salvaguarda la relación futura de los progenitores subrogantes con el menor respetando, por tanto, el principio del interés superior del menor.

Hemos de mencionar que en fecha 14 de abril de 2023, Ciudadanos insistió en llevar a cabo la misma propuesta.

7.2 Proposición de ley de gestación por sustitución de la Asociación para la gestación subrogada en España.

Esta proposición de ley elaborada por la Asociación para la gestación subrogada en España en 2013 ¹⁰⁵destaca los siguiente:

En cuanto a la mujer gestante:

- a. No puede aportar su material genético ni establecer vínculo de filiación con el menor
- b. Debe haber residido en España durante al menos dos años antes de la formalización del contrato
- c. Debe mantener una posición económica estable
- d. Tener más de 18 años
- e. Buen estado de salud física y psicológica
- f. Haber tenido con anterioridad al menos un hijo sano

Como podemos ver se guardan plenas semejanzas con la propuesta llevada a cabo por el Grupo Parlamentario Ciudadanos. Sin embargo, una de las diferencias más destacadas es que en esta propuesta no se prohibía de ningún modo una posible relación entre los padres subrogantes y la gestante.

En cuanto a los padres subrogantes se les exige:

- a. Ser españoles o haber residido en España durante al menos dos años antes de la formalización del contrato
- b. Ser incompatibles o haber agotado otras técnicas de reproducción humana asistida

Asimismo, se establece la *prohibición de que la práctica de la gestación tenga un carácter comercial imponiendo así la perspectiva altruista* a las técnicas de gestación pudiendo establecerse una compensación en todo caso por las “molestias”.

El contrato debe formalizarse ante Notario debiendo, con carácter previo, ser la mujer gestante inscrita en el Registro de gestación por subrogación regulado en la misma propuesta. Asimismo, también se regulan supuestos como la determinación de la filiación del menor concebido a través de estas prácticas y la premoriencia de los progenitores subrogantes.

¹⁰⁵ URRUELA MORA, A.: “El derecho y la bioética ante el fenómeno de la maternidad subrogada”, *Revista Derecho y salud*, Vol. 29, núm. 1, enero-junio 2019, p. 135.

7.3 Informe del Comité de Bioética de España sobre los Aspectos Éticos y Jurídicos de la maternidad subrogada.

Este Informe, como ya se ha dicho en el presente trabajo, formula una crítica negativa hacia la maternidad subrogada¹⁰⁶. Por un lado, se opone a estas prácticas sosteniendo que todo contrato de gestación subrogada conforma una explotación para la mujer gestante y un daño a los intereses superiores del menor y por otro lado entiende que las propuestas de regulación legal son deficientes en la tutela de la dignidad y los derechos de la mujer gestante y el menor concebido.

Tras esta crítica, realizan una exposición de argumentos a favor de una “verdadera prohibición” de la gestación por sustitución y el cumplimiento del objetivo de la normativa española. Y aboga por:

- *Principio de mínima intervención*: en base a este principio establece la realidad de que, aunque esta práctica se encuentre actualmente prohibida por el ordenamiento jurídico español sí que se practica provocando el denominado “turismo reproductivo”. Esto, según el Comité, debe constituir una sanción, principalmente para las agencias que hacen posible que esta actividad se lleve a cabo,
- *Prohibición universal de la maternidad subrogada internacional*: entienden que las diversas consecuencias que ha tenido la realización de estas prácticas llevan consecuentemente al Estado Español a defender la idea de prohibir a nivel internacional la maternidad subrogada.
- *Transición segura*: si bien entienden que deben prohibirse estas técnicas, manifiestan una preocupación clara con respecto a los menores que se encuentran al nacer o en su proceso por los padres solicitantes, entendiendo por el Comité que en estos casos deba estarse a lo establecido por la doctrina fijada por el Tribunal Supremo¹⁰⁷.

¹⁰⁶ GIL MEMBRADO, C. : “Informe del Comité de bioética de España sobre los aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada”, 2019. Disponible en: Gutiérrez, A, Lledó Yagüe, F.: Gestación subrogada: “Principales cuestiones civiles, penales, registrales y médicas: su evolución y consideración”, *Revista de Derecho, Empresa y Sociedad (REDS)*, núm. 15, Dykinson, 2019.

¹⁰⁷ COMITÉ DE BIOÉTICA DE ESPAÑA.: *Informe del Comité de Bioética de España sobre los aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada*, Madrid, 19 de mayo de 2017, p 86.

En el Informe se incluye minuciosamente un voto particular emitido por Romeo Casabona, vocal del Comité de Bioética de España.

Casabona parte de que, aunque la gestación por sustitución sea contractualmente nula en España, sí se practica por los españoles por lo que entiende que la posición del Comité, y sus consiguientes recomendaciones para hacer de la ley una normativa de imperativo cumplimiento, no es del todo aconsejable puesto que, si no se lleva a cabo una acción por parte de los poderes públicos, adoptando medidas legales necesarias para terminar de forma radical con estas prácticas seguiremos aceptando la posición vulnerable en la que se encuentra el Estado Español respecto de los ciudadanos españoles que acuden a los países extranjeros.

Asimismo, el autor entiende que en un futuro debería permitirse la gestación por sustitución ante situaciones excepcionales, siempre y cuando se protejan primeramente los intereses del menor, de las madres gestantes y por último, de los padres comitentes.

8. JURISPRUDENCIA DESTACADA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS.

El TEDH ha establecido su propia doctrina en relación con la filiación de los menores concebidos por medio de la gestación por sustitución.

Entre las sentencias más relevantes, destacamos:

8.1 Sentencia Mennesson v. Francia y Labasse V. Francia, ambas del 26 de junio de 2014.

En estas dos resoluciones nos encontramos con hechos similares; matrimonios franceses que recurren a las técnicas de gestación por sustitución en EE.UU., en los que los padres aportan el material genético, siendo denegada la inscripción de la filiación de los menores en el Registro Civil de Francia.

Con esta sentencia, el TEDH estableció que el derecho a la vida familiar contemplada en el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos da prioridad a la necesidad de tener una familia, entendida como vínculos familiares “de hecho”. La clave en última instancia es la existencia de una relación concreta entre las partes involucradas.

En este sentido, el Tribunal sostiene que, aunque es posible que Francia pretendiera desalentar a sus ciudadanos de recurrir a la maternidad subrogada en países extranjeros

que la permiten, la falta de reconocimiento por parte de la ley francesa del vínculo de filiación entre los menores concebidos y los padres de intención no afecta solo a estos últimos, sino también a los menores.

Esto se debe a que el derecho al respeto de la vida privada de los menores, que incluye el derecho a establecer los detalles de su propia identidad, incluida la filiación, se ve significativamente afectado. Por lo tanto, surge una cuestión grave de compatibilidad entre esta situación y el principio del interés superior del menor, cuyo respeto debe regir cualquier decisión que afecte a los menores.

Por todo ello, finalmente apostó por un equilibrio de intereses entre esos Estados y el de los individuos, teniendo siempre presente el “interés superior del menor”¹⁰⁸ y condenando a Francia a reconocer el vínculo de filiación de los menores y al abono de una indemnización a cada uno de los hijos.

Este fallo del TEDH supuso un duro revés para el Tribunal Supremo Español en la medida en que la sentencia del 6 de febrero de 2014 era totalmente opuesta. Por ello, en fecha de 11 de julio de 2014, el Ministerio de Justicia español emitió una Circular en la que comunicaba a los Registros Consulares su obligación de inscribir estos nacimientos con la correspondiente filiación ¹⁰⁹.

Como hemos visto, lo anterior finalmente decayó tras pronunciarse de nuevo el TS a través del citado Auto de 2 de febrero de 2015.

8.2 Sentencia Caso Valdís Fjolindistottir y otros v. Islandia de 18 de mayo de 2021.

Esta sentencia resuelve una demanda interpuesta al no reconocer las autoridades nacionales la filiación de un menor derivada de un contrato de gestación por sustitución.

Las demandantes eran dos mujeres casadas que contrataron los servicios de una agencia de gestación por sustitución en California, firmando un acuerdo en el que ambas serían las madres legales del menor concebido mediante gestación por sustitución.

¹⁰⁸ FERNANDEZ ECHEGARAY, L.: “Gestación por sustitución. Españoles atrapados en Ucrania”, *Revista de Derecho UNED*, núm. 26, 2020, Ob. Cit., p. 167.

¹⁰⁹ DE MIGUEL ASENSIO, P.: *El reconocimiento en España de los nacidos mediante gestación por sustitución tras las sentencias de Mennesson y Labasse del TEDH*. Disponible en: [Pedro de Miguel Asensio: El reconocimiento en España de la filiación de nacidos mediante gestación por sustitución tras las sentencias Mennesson y Labasse del TEDH](#)

El menor fue concebido en California, en febrero de 2013, por medio de la fertilización in vitro con gametos donantes, sin guardar relación biológica con ninguna de las dos comitentes. Tras el nacimiento, las mujeres obtienen el certificado de nacimiento y pasaporte del menor.

Una vez regresan a Islandia llevan a cabo la solicitud de inscripción del menor basándose en el derecho de los nacionales islandeses nacidos en países extranjeros e indicando, junto con el certificado de nacimiento estadounidense, la condición de nacimiento de este por medio de contrato de gestación por sustitución.

Las autoridades registrales de Islandia, ante la solicitud de inscripción de la filiación del menor, deciden denegarla con la consecuencia de que el menor no puede adquirir el derecho a la nacionalidad islandesa de acuerdo con la Ley núm. 100/1952 sobre ciudadanía islandesa¹¹⁰.

El menor, a partir de ese momento, obtuvo la consideración de menor extranjero no acompañado en Islandia, siendo asumida su custodia por el Comité de protección de menores del municipio de los solicitantes y nombrándosele una tutora que le acogería temporalmente. Hasta entonces había convivido en régimen de acogimiento familiar con las comitentes.

El Ministerio del Interior, una vez las solicitantes apelan la decisión, en fecha de 27 de marzo de 2014, vino a confirmar lo declarado, basándose en la Ley del Estado Islandés que establece que madre es aquella que da a luz¹¹¹. Consecuentemente la pareja recurre en instancia judicial solicitando la anulación de la decisión del Ministerio del Interior. Ante la demanda, la Corte Distrital de Reykjavik consideró que el reconocimiento de las comitentes como madres legales del menor provocaría un vacío legal.

¹¹⁰ CARRASCOSA GONDÁLEZ, J.: *Gestación por sustitución en California: el caso islandés* (STEDH 18 mayo 2021, Valdís Fjölfnisdóttir). El Tribunal Europeo de Derechos Humanos siempre en favor del interés del menor, 14 febrero 2022. Disponible en: [Gestación por sustitución en California: el caso islandés \(STEDH 18 mayo 2021, Valdís Fjölfnisdóttir\). El Tribunal Europeo de Derechos Humanos siempre en favor del interés del menor | \(accursio.com\)](#)

¹¹¹ SERDÁN, F.: *Nueva decisión del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre la maternidad subrogada*, 28 de junio de 2021. Disponible en: [Nueva decisión del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre maternidad subrogada - Centro de Bioética, Persona y Familia \(centrodebioetica.org\)](#)

Sin embargo, entendió que negar el registro del menor afectaba al derecho a la vida privada del mismo, pero consideró que dicha interferencia estaba “justificada” en la medida en que con la prohibición a tales prácticas por el Estado Islandés se protegían los derechos de las mujeres gestantes y de los menores. Paralelamente se reconoce la nacionalidad islandesa al menor.

Posteriormente la pareja solicitante apeló a la Suprema Corte de Islandia siendo ésta en su resolución paralela y acorde con la de la Corte, sosteniendo como diferencia la Suprema Corte que no existió entre las solicitantes y el menor una vida familiar por lo que, consecuentemente, no había ninguna interferencia en la misma.

Todo ello fue llevado ante el propio TEDH que estableció, en unas breves líneas, lo siguiente.

Para entender si existe o no vulneración del derecho a la vida familiar es necesario examinar la calidad de los vínculos, el papel que desempeñan los demandantes con respecto al menor y la duración de la convivencia. En este sentido, el TEDH entendió que las decisiones de las autoridades islandesas no afectaron de forma negativa a la relación de familia entre las comitentes y el menor. Todo lo contrario, puesto que el menor convivió con las demandantes en régimen de acogimiento familiar hasta su divorcio en mayo de 2015 y posteriormente se llevó a cabo un acuerdo de acogimiento en el que el menor convivía unos años con una, y otros años con la otra.

En cuanto al orden público internacional, el TEDH estableció que la cláusula de orden público internacional no puede ser utilizada de manera sistemática en un Estado que forma parte del CEDH para rechazar los efectos legales de la filiación de un menor, la cual ha sido legalmente establecida en el extranjero. Añadió que admitir la filiación de un menor en dicha condición suponía una medida esencial para salvaguardar y fomentar el interés superior del menor.

Sin embargo, el TEDH, consideró finalmente que no se había producido una vulneración al derecho al respeto de la vida familiar ya que Islandia había actuado conforme a su derecho interno y había adoptado medidas para asegurar que las comitentes y el menor pudieran continuar con la vida familiar, a pesar de no haberse reconocido el vínculo

parental. En consecuencia, el TEDH determinó que no era imprescindible el reconocimiento de un vínculo parental formal en este caso¹¹².

8.3 Sentencia D.B. y otros c. Suiza de 22 de noviembre de 2022.

En este caso nos encontramos con una pareja homosexual que realiza un contrato de gestación subrogada en EE. UU. Una vez reconocida la relación paternofilial del menor en favor de los comitentes solicitan, en 2011, el reconocimiento de la sentencia extranjera junto con el certificado del nacimiento del menor para su correspondiente inscripción en el Registro Civil. Las autoridades suizas autorizan el reconocimiento, pero sólo respecto del comitente que aportó su material genético.

Al agotarse los recursos nacionales los comitentes interponen demanda ante el TEDH alegando que se estaba vulnerando el derecho de cada uno de ellos al respecto a la vida privada y familiar y que, además, el menor era víctima de discriminación por razón del artículo 14 CEDH. En este caso, el TEDH estableció que el reconocimiento sólo a uno de ellos de las autoridades suizas radicaba en que en el momento en el que el menor nace, el derecho interno suizo sólo reconoce la adopción para las parejas casadas, quedando excluidas las uniones civiles. En consecuencia, el comitente que no aportó el material genético quedaba excluido del reconocimiento en favor del menor¹¹³. Sin embargo, a partir del 1 de enero de 2018 se logró la posibilidad de que un menor pudiese ser adoptado por una pareja civil.

Aquí, el TEDH estableció que, durante ese periodo de siete años y ocho meses, las autoridades suizas tampoco habían previsto ningún mecanismo adicional para que el menor fuese reconocido a favor del otro comitente, por lo que se había producido una vulneración del derecho al respeto a la vida privada y familiar.

Por otro lado, el TEDH entendió que no se había cometido ninguna vulneración del derecho al respeto a la vida privada de la pareja puesto que éstos eran concedores de que en Suiza la gestación subrogada no se permitía y aun así acudieron a California tratando

¹¹² GARAYOVA, L.: “La evolución de la maternidad subrogada transfronteriza en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Revista de Derecho Civil*, núm. 5, 2023, p. 269.

¹¹³ BOUAZZA ARIÑO, OMAR.: “Notas de jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Revista de administración pública*, núm. 220, 2023, pp. 341-360.

de reconocer la relación paternofilial entre el comitente que no aportó el material genético y el menor por medio de la vía de los hechos consumados.

Por lo expuesto, podemos afirmar como la posición del TEDH es de sumo respeto al principio del interés superior del menor, estableciendo que, aunque cada país tiene el derecho a regular la gestación por sustitución de la forma que considere conveniente, deben respetarse los derechos fundamentales de los menores concebidos y, por ende, debe establecerse un equilibrio de intereses que proteja en definitiva al menor concebido.

8.4 Sentencia Asunto C. Contra Italia de 31 de agosto de 2023.

Por medio de la presente sentencia, el TEDH ha condenado al Estado italiano por denegar la nacionalidad a un menor nacido a través de las técnicas de reproducción humana asistida y que se encontraba en el país italiano por un periodo ya de cuatro años.

En 2018 una pareja heterosexual celebra en Ucrania un contrato de gestación por sustitución en el que el comitente masculino aporta su material genético. La menor es concebida en agosto de 2019 y los comitentes intentan su inscripción en Italia, siendo todos los intentos ante los tribunales nacionales fallidos puesto que se consideraba que se estaba vulnerando el orden público internacional. Posteriormente la pareja acude al TEDH, en septiembre de 2021, alegándose una vulneración del artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

El TEDH en este caso estableció que, si bien es cierto que existe una libertad por parte de los diferentes estados de regular la gestación por sustitución, en este supuesto existía una vulneración del derecho a la vida privada del menor. Fundamentó su decisión en que el menor se encontraba en una situación de desprotección e inseguridad jurídica al no haber sido Italia capaz de establecer un equilibrio entre los intereses de los comitentes y el derecho interno.

El TEDH hizo hincapié en la importancia de reconocer una relación paterno-filial para determinar la identidad del menor en la sociedad, tratando con ello de evitar la situación en la que se encontraba puesto que había mantenido durante años la condición de apátrida.

En la sentencia se menciona encarecidamente que, si bien es cierto que existe libertad por parte de los diferentes países para la regulación de la gestación por sustitución con su correspondiente admisión o prohibición, tienen la obligación de conceder una solución que permita respetar el interés superior del menor.

También critica a los tribunales por no haber llevado ninguna acción que permitiese un equilibrio entre los intereses de los solicitantes y la normativa aplicable. Estableció que los procesos de toma de decisiones deben llevarse a cabo sin un exceso de formalismo dando en todo momento preferencia, prioridad y clara importancia al interés superior del menor¹¹⁴.

9. CONCLUSIONES

En el presente trabajo se ha abordado la materia de la gestación por sustitución. A modo de conclusión detallaré qué problemas considero que generan estas prácticas, sus correspondientes soluciones y la opinión crítica y personal que merece la misma.

En primer lugar, el punto clave del que parte la gestación subrogada descansa en el alto porcentaje de infertilidad existente, que afecta a una gran parte de la población. Antes, las parejas o personas infértiles acudían a la figura jurídica de la adopción como único mecanismo para colmar el deseo de ser padres. Actualmente y gracias al avance de la ciencia estas parejas pueden, por medio de la gestación subrogada, lograr un hijo que incluso tenga su material genético.

La gestación subrogada ocupa un ámbito complejo y controvertido que afecta a numerosos aspectos éticos, legales y sociales y, aunque ha existido a lo largo de la historia, la controversia respecto a la misma se ha intensificado en el siglo XXI debido a los avances de la tecnología en las técnicas de reproducción humana asistida.

La gestación por sustitución implica que una mujer lleve a cabo un embarazo y dé a luz un niño con la voluntad de entregarlo a una pareja o persona incapaz de concebir por diferentes motivos. Gracias a esto, se convierte en padre o padres del menor. Existen distintas maneras de llevar a cabo la gestación por sustitución siendo la gestacional la más deseada por cuanto implica que la madre gestante no aporte su material genético, por ende, no tenga vínculo biológico con el menor.

Sin embargo, aunque la gestación por sustitución puede ser considerada una vía de acceso para aquellas personas o parejas infértiles que buscan ser padres, estas técnicas han conllevado un sinnúmero de controversias éticas, legales y sociales.

¹¹⁴ GARAYOVA, L.: “La evolución de la maternidad subrogada transfronteriza en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Revista de Derecho Civil*, núm. 5, 2023, Ob. Cit., 259-277.

En el aspecto social, su opinión doctrinal más crítica centra la controversia en tres puntos clave;

1.- La comercialización e instrumentalización de los seres humanos: se viene considerando que el hecho de que una mujer dé a luz a un ser humano para entregárselo a otro, mediando una compensación económica, convierte al menor en un objeto susceptible de comercio;

2.- El principio de la autonomía de la voluntad de la mujer gestante: un sector de la doctrina considera que estas prácticas afectan en una proporción mayor a mujeres que se encuentran en situaciones de necesidad, siendo empujadas a practicar la gestación subrogada para sufragar de algún modo la situación precaria en la que se encuentran, provocando un aprovechamiento por parte de personas que ostentan un nivel económico mayor.

3.- Los derechos de los menores concebidos: este es el debate central tanto en la doctrina como en la jurisprudencia por cuanto se considera que, ante todo, éstos deben ser protegidos de forma suprema.

4.- La regulación legal de la gestación por sustitución: siendo ésta tan dispar al darse tratamiento es diferente en cada país provoca el fenómeno del turismo reproductivo.

En el aspecto jurídico, tal y como se ha descrito, existen países que no la permiten, países que la permiten de forma comercial, y países que la permiten únicamente en su modalidad altruista. En un principio, que cada país tenga una forma de regular una materia no debería conllevar un conflicto, pero, en el ámbito de la maternidad subrogada sí lo supone.

Este problema deviene principalmente de aquellos ciudadanos que residen en países en los que la gestación subrogada no está permitida y deciden acudir a los que sí la permiten, llevando a cabo los contratos de gestación por sustitución para, posteriormente volver a su país residencial e inscribir al menor concebido.

En el presente trabajo se han expuesto numerosos ejemplos de la posición defendida por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que es al que recurren en última instancia aquellas parejas a las que se les deniegan el reconocimiento de filiación del menor en todas las demás instancias. El TEDH es firme en la defensa de los derechos fundamentales de los intervinientes y ha abogado en numerosas ocasiones por la condena a los diferentes países que no los respetan. Asimismo, y como se contempla en el trabajo expuesto, el

TEDH defiende de forma prioritaria el interés del menor, estableciendo en cada una de sus sentencias que debe respetarse, protegerse y finalmente entender que la situación del menor no puede quedar desprotegida frente a la aplicación del derecho interno de un país que no permite la gestación subrogada. En consecuencia, debe hacerse un equilibrio entre los intereses de los intervinientes y los del derecho interno del país en juego.

En el ordenamiento jurídico español existe una incoherencia normativa y una disparidad de opiniones relevante cuanto menos. Por un lado, en la sentencia del 6 de febrero de 2014, el Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, viene a justificar la denegación de la inscripción de la filiación de los menores nacidos en el extranjero. Afirma que sí que existe una injerencia en el derecho a la vida privada y familiar, pero que se encuentra “justificada”. Sin embargo, por otro lado, la Sala Cuarta del mismo Tribunal, en asuntos de reconocimiento de prestaciones de seguridad social, ha fallado a favor de otorgárselas a los comitentes, padres de niños concebidos mediante gestación por sustitución fuera de España. Esta Sala fundamentó su decisión alegando que las prestaciones de paternidad o maternidad están destinadas a la atención de los menores, considerándolo como el aspecto predominante y que nada tenía que ver con ese asunto la legalidad o no de la gestación por sustitución. Junto con la jurisdicción social se encuentra la Dirección General de los Registros y del Notariado que defiende la necesidad de inscribir a los menores concebidos por medio de estas prácticas.

Como vemos, la jurisdicción social aboga por la protección el interés superior del menor frente a la “vulneración justificada” que defiende la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo. Esta diversidad de decisiones coloca a los intervinientes, fundamentalmente al menor concebido, en una situación de desprotección.

Por lo expuesto, vemos como los principales conflictos en el ámbito jurídico surgen de esta disparidad de legislaciones y decisiones jurisprudenciales. La cuestión que debemos plantearnos ahora es qué hacer para evitar tales perjuicios.

En el Informe del Comité de Bioética de España sobre los Aspectos Éticos y Jurídicos de la maternidad subrogada se sentaron tres argumentos a favor de una “verdadera prohibición”, estableciendo que;

a) debía imponerse una sanción frente a los que acudiesen a tales técnicas por cuanto en el ordenamiento español están prohibidas,

b) que debía defenderse la idea de prohibir a nivel internacional la maternidad subrogada
c) y que con todo ello debían establecerse una serie de garantías destinadas a la protección de los menores ya concebidos y aún no reconocidos en los países de destino.

En este Informe hubo un voto particular con el que me muestro relativamente conforme. Romeo Casabona consideró que hacer de la ley española de técnicas de reproducción humana asistida una ley de imperativo cumplimiento no era del todo aconsejable ya que, aunque se hiciese, si no se llevaba a cabo una acción por parte de los poderes públicos para poner fin de forma radical a estas prácticas, seguiríamos en la posición de aceptar la realidad existente.

Sin embargo, la posición del Comité de Bioética, y de Romeo Casabona, que abogan por la prohibición de estas técnicas no coincide al completo con la opinión que personalmente mantengo, puesto que considero que la solución más idónea para los problemas que presentan estas técnicas no es la prohibición, sino su regulación legislativa.

En este sentido, concuerdo con lo que establece Fernández Echegaray en el trabajo titulado “Una propuesta legislativa para la regulación de la gestación por sustitución en España”. La autora expone la realidad en la que viven diariamente los ciudadanos españoles que recurren a la gestación subrogada a los que sí se les reconoce finalmente la filiación del menor, aunque no sea de forma directa sino llevando a cabo todo un rodeo por el ordenamiento. Con ello me refiero a que, al no estar permitida la gestación por sustitución, la LTRHA insta a interponer la acción de reclamación de paternidad por parte de uno de los comitentes y alienta a la adopción por parte del otro comitente. Esto, sin ninguna duda, comporta una aceptación tácita de la figura de la gestación por sustitución.

Por lo que, según Fernández Echegaray, opinión que comparto, lo idóneo, correcto y obvio es tratar esta figura jurídica desde la regulación legal permisiva. Al permitirlo, considero que deben asentarse una serie de premisas que garanticen los derechos de los intervinientes.

En primer lugar, veo idóneo que se establezca la exigencia de una serie de requisitos tanto para la gestante como para los comitentes.

En cuanto a la gestante, debe mantener una capacidad plena, ser mayor de edad y en mi opinión, acreditar madurez suficiente para someterse a tales prácticas siendo preceptivo para ello un certificado psicológico que lo avale. Junto con ello, considero relevante,

como se ha establecido en las numerosas propuestas legislativas que se han presentado a lo largo de estos años, que la gestante haya sido madre con anterioridad de al menos un menor nacido sano. Esto deviene, tanto de la protección del futuro vínculo entre el menor y los comitentes como de la afección que puede suponer el dar a luz a un “primer” bebé y, por tanto, tal exigencia supone una protección para todos los intervinientes. Asimismo, la gestante debe acreditar de forma segura tener plena capacidad económica y no encontrarse en situaciones precarias o de necesidad. Con ello pretende evitarse una situación de indefensión en la que se puede encontrar la gestante y ser empujada por ello a tales prácticas.

Finalmente, el último requisito exigible debe ser el número al que una mujer se someta a estas prácticas, siendo dos el número máximo.

En cuanto a los comitentes, deben implantarse los requisitos “comúnmente” exigibles tales como capacidad, mayoría de edad y no ser susceptible de exclusión el estar en pareja o mantener un vínculo matrimonial, ni tampoco la orientación sexual que mantengan. Y a estos requisitos añadir la aportación de un documento médico que establezca un seguimiento psicológico de al menos un mes que acredite que los comitentes son aptos para tales prácticas (en cuanto a madurez, capacidad de decisión...).

Finalmente, y en cumplimiento de los requisitos expuestos, debe acreditarse fehacientemente que los comitentes son realmente infértiles por medio de justificación médica. Este requisito debe ser exigible por cuanto debe evitarse a toda cosa que la figura de la gestación por sustitución sea objeto de comercio, en el que las personas que ocupen una posición económica superior aprovechen sus recursos en detrimento de los que se encuentran en situaciones de necesidad.

Una vez cumplidos todos y cada uno de los requisitos considero que el procedimiento debe iniciarse y ser acompañado hasta su finalización, de un conjunto de facultativos médicos que acompañen a la gestante en todo lo relativo al embarazo y su salud y por otro lado a los comitentes.

El procedimiento que seguir debe iniciarse por medio de la celebración de una reunión en la que el juez establezca de forma clara el carácter gratuito de la práctica mediando simplemente una compensación por aquellos gastos en los que pudiese derivar la gestante debido a su situación (tales como ecografías, tratamientos médicos recetados...) y compruebe el consentimiento libre y capaz de todos los intervinientes.

Una vez el nacimiento se produzca, existirá un periodo de tres semanas en las que la gestante decidirá si finalmente entrega al menor o no. En el caso de que el resultado fuese la negativa de la gestante, los comitentes podrán ejercer reclamación de las cantidades compensadas, siempre justificadas, a la gestante, que se comprometerá en la reunión previamente celebrada, a devolver las cantidades en concepto de compensación por el embarazo.

Con relación a la partida y certificación del nacimiento del menor, ésta será expedida tras el nacimiento y en favor de los comitentes. En ella no se reflejará ningún dato relativo a la gestante, pero sí que existirá el derecho del menor de conocer su origen biológico siempre y cuando exista consentimiento por sus representantes legales si éste fuese menor o por él mismo alcanzada la mayoría de edad.

Por último, considero necesario la creación en España de un Registro en el que se plasmen todos y cada uno de los nacimientos de los menores concebidos por estas técnicas, propiciando un mayor control de estas.

Esta propuesta se ha basado en el Proyecto de Ley del Grupo Parlamentario Ciudadanos de 2023 y la llevada a cabo por Laura Fernández Echeagaray en su obra anteriormente citada, junto con algún mecanismo adicional aportado por mi parte.

10. BIBLIOGRAFÍA.

- ABÁSULO BARANDIKA, I.: “La gestación por sustitución y las mujeres gestantes. Aspectos jurídicos y éticos”, *Revista de Relaciones Laborales Lan Harremanak*, Edición núm. 41, junio de 2019.
- ANDREU MARTINEZ, M.B.: *Una nueva vuelta de tuerca en la inscripción de menores nacidos mediante gestación subrogada en el extranjero: La instrucción de la DGRN de 18 de febrero de 2019*, Actualidad Jurídica Iberoamericana, núm. 10, junio 2019.
- ÁVILA HERNANDEZ, C.J.: *La maternidad subrogada en el Derecho comparado*, Cuadernos de Derecho Actual, 2017.

- BOUAZZA ARIÑO, OMAR.: “Notas de jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Revista de administración pública*, núm. 220, 2023.
- CANTORAL DOMINGUEZ, K.: “Gestación subrogada en México: Su proyección en las relaciones privadas internacionales”, *Revista Castellano - Manchega de Ciencias Sociales*, núm. 25, 2019.
- CARRASCOSA GONDÁLEZ, J.: *Gestación por sustitución en California: el caso islandés* (STEDH 18 mayo 2021, Valdís Fjölnisdóttir). El Tribunal Europeo de Derechos Humanos siempre en favor del interés del menor, 14 febrero 2022.
- CASABONA, C.M.: *El Derecho y la Bioética ante los límites de la vida humana*, Centro de Estudios Ramón Aureces (CEURA), 1994.
- DE MIGUEL ASENSIO, P.: *El reconocimiento en España de los nacidos mediante gestación por sustitución tras las sentencias de Menneson y Labasse del TEDH*.
- DÍAZ FRAILE, J.M.: “La gestación por sustitución ante el Registro Civil Español. Evolución de la doctrina de la DGRN y de la jurisprudencia española y europea”, *Revista de Derecho Civil*, Vol. VI, núm. 1, enero-marzo, 2019.
- DÍAZ ROMERO, R.: *La gestación por sustitución en nuestro ordenamiento jurídico*, Diario La Ley, núm. 7527, Sección Doctrina, 14 de diciembre de 2010.
- DURÁN AYAGO, A.: Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil Pleno, 835/2013, de 6 de febrero de 2014 (ROJ: STS 247/2014): Gestación por sustitución: problemas en la determinación de la filiación en España. *AIS: Ars Iuris Salmanticensis*.
- FERNANDEZ ECHEGARAY, L.: *Una propuesta legislativa para la regulación de la gestación por sustitución en España*, Rev. Boliviana de Derecho, núm. 35, enero 2023.

- FERNANDEZ ECHEGARAY, L.: “Una propuesta legislativa para la regulación de la gestación por sustitución en España”, *Rev. Boliviana de Derecho*, núm. 35, enero 2023.
- GARAYOVA, L.: “La evolución de la maternidad subrogada transfronteriza en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Revista de Derecho Civil*, núm. 5, 2023.
- GARCÍA ALGUACIL, M.J.: *¿Incoherencia legislativa o despropósito judicial?*, Aranzadi civil-mercantil, Vol. 2. Núm. 3, junio 2014.
- GERMÁN ZURRIARÁIN, R.: *Técnicas de reproducción humana asistida: Determinación legal de la filiación y usuarias en el derecho comparado*, Cuadernos de Bioética, Universidad de la Rioja, 2011.
- GIL MEMBRADO, C.: “Informe del Comité de bioética de España sobre los aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada”. Disponible en: Gutiérrez, A, Lledó Yagüe, F.: *Gestación subrogada: “Principales cuestiones civiles, penales, registrales y médicas: su evolución y consideración”*, *Revista de Derecho, Empresa y Sociedad (REDS)*, núm. 15, Dykinson, 2019.
- GÓMEZ SÁNCHEZ, Y.: *El derecho a la reproducción humana*, Marcial Pons, Madrid, 1994.
- GONZÁLEZ GERPE, D: *Gestación Subrogada: aspectos psico-sociales*, en TRIVIÑO CABALLERO. R: “Cuestiones abiertas sobre la gestación subrogada”, *Ilemata, Revista Internacional de Éticas Aplicadas*, núm. 28, 2018.
- Grupo de Ética y Buena Práctica Clínica de la SEF: “*Propuesta de bases generales para la regulación en España de la gestación por sustitución*”, abril, 2016.

- GUERRA PALMERO, M.J.: “Contra la llamada gestación subrogada. Derechos humanos y justicia global versus bioética neoliberal”. *Revista Gaceta Sanitaria*, noviembre 2020.
- GUZMÁN, APARASI MIRALLES, Á.: *Aproximación a la problemática ética y jurídica de la maternidad subrogada*, Cuadernos de Bioética, XXIII, 2012, p. 260.
- HEREDIA CERVANTES, I.: *La Dirección General de los Registros y del Notariado ante la gestación por sustitución*, Anuario de derecho civil, Vol. 66, núm. 2, 2013.
- IGAREDA GONZALEZ, N.: *La gestación por sustitución en el Reino Unido: una oportunidad para el debate de su regulación en España*. Ediciones Complutense, 2020.
- JIMENEZ MANCHA, J.C.: “Comentario de la Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de marzo de 2022. Denegación de la filiación de la madre de intención nacido por procedimiento de gestación por sustitución”. Disponible: https://www.boe.es/biblioteca_juridica/comentarios_sentencias_unificacion_doctrina_civil_y_mercantil/abrir_pdf.php?id=COM-D-2022-11.
- JIMENEZ MARTINEZ, M. V.: *La inscripción de la filiación derivada de la gestación por sustitución. Problemas actuales*, Anuario Facultad de Derecho-Universidad de Alcalá, 2012.
- LAMM, E.: “Parámetros jurisprudenciales en los casos de gestación por sustitución internacional. Los lineamientos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y sus repercusiones en el contexto global”. *Rev. Bioética y Derecho*, núm. 37, Barcelona, 2016.

- LAMM, E.: *Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada ni vientres de alquiler*, Colección de Bioética Cátedra UNESCO de Bioética de la Universidad de Barcelona, 2013.
- LANZAROT, A.I.B.: “Análisis de la nueva Ley 14/2006, de 16 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida. Una primera aproximación a su contenido”, *Revista de la Escuela de Medicina Legal*, enero 2007.
- LLEDÓ YAGUE, E.: *El alquiler de úteros y el problema de las madres sustitutas o por encargo*, Ponencia presentada al II Congreso Mundial Vasco, en Vitoria (28-ix a 2-x-1987). En: *La filiación a finales del siglo xx. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana*, Trivium, Madrid, 1988.
- MARREDES, A.: “La gestación subrogada en el marco de la Constitución española”, *Revista de Derecho Público*, Vol. 65, núm. 1.
- MARTINEZ PEREDA RODRIGUEZ, J.M. MASSIGOGUE BENEGIU, J.M.: *La maternidad portadora, subrogada o de encargo en el derecho español*, Dykinson, 1994.
- NUÑO, L.: “Una nueva cláusula del Contrato Sexual: vientres de alquiler”, *Revista de Filosofía Moral y Política*, núm. 55, 2016.
- ORTEGA LOZANO, R.: “Gestación subrogada en aspectos éticos”. Ilemata, *Revista Internacional de Éticas Aplicadas*, núm. 28, 2018.
- SARASOL, C Y RAMÓN, F.: *La Gestación Subrogada: Aspectos Éticos y Jurídicos en el Derecho español*, *Jurídicas CUC*, 2021, pp. 323–366. Disponible en: <http://dx.doi.org/10.17981/juridcuc.17.1.2021.12>
- SERDÁN, F.: *Nueva decisión del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre la maternidad subrogada*, 28 de junio de 2021.

- TORRES VÁZQUEZ, A.: *Acto Jurídico*. Tomo I. Mosright Jurídica E.I.R.L. 2021.
- URRUELA MORA, A.: “El derecho y la bioética ante el fenómeno de la maternidad subrogada”, *Revista Derecho y salud*, Vol. 29, enero-junio 2019.
- VALERO HEREDIA, A.: *La maternidad subrogada, un asunto de derechos fundamentales*, Teoría y Realidad Constitucional, núm. 43, 2019.
- VÁZQUEZ BARAJAS, J.M.: “Maternidad subrogada en México: regulación, problemática y reconocimiento como un derecho humano”, *Revista jurídica*, 2020.
- VILAR GONZÁKEZ, S.: *La gestación subrogada en España y en el derecho comparado*, Wolters Kluwer España, 2018.
- ZURRIARÁN, R. G.: *Técnicas de reproducción humana asistida: determinación legal de la filiación y usuarias en el derecho comparado*, Cuadernos de Bioética, Vol. 22, núm. 75, 2011.

11. JURISPRUDENCIA

- Auto 2 febrero de 2015. Tribunal Supremo. Sala Primera de lo Civil. Sección 10 de la Audiencia Provincial de Valencia. Rafael Sarazá Jimena.
- Instrucción de 14 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.
- 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.

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia Sección 10ª, núm. 826/2011, de 23 de noviembre de 2011, Rec. 949/2011. Carlos Esparza Oclina.
- Sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Valencia 193/2010 de 15 de septiembre.
- Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil Pleno, núm. 835/2013, de 6 de febrero de 2014 (ROJ: STS 247/2014).
- Sentencia del Tribunal Supremo. Sala de lo Civil. STS 1153/2022. Núm. Rec. 907/2021. 31 de marzo de 2022. Rafael Saraza Jimena.

12. LEGISLACIÓN.

- BOE núm. 126, de 27 de mayo de 2006. Ley 14/2006, de 26 de mayo sobre técnicas de reproducción humana asistida. Disponible en [BOE-A-2006-9292 Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida.](#)
- BOE núm. 157, 2 de julio 2005. Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código civil en materia de derecho a contraer matrimonio. Disponible en: [BOE-A-2005-11364 Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio.](#)
- BOE núm. 158 de 3 de julio de 2015. Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria. Disponible en: [BOE-A-2015-7391 Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria.](#)
- BOE núm. 206, de 26 de julio de 1889. Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil. Disponible en: [Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil. \(boe.es\)](#)

- BOE núm. 243, de 7 de octubre de 2010. 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. Disponible en: [BOE-A-2010-15317 Instrucción de 5 de octubre de 2010, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución.](#)
- BOE núm. 45, de 21 de febrero de 2019. Disponible en: [BOE-A-2019-2367 Instrucción de 18 de febrero de 2019, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre actualización del régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución.](#)
- BOE núm. 45, de 21 de febrero de 2019. 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. Disponible en: [BOE-A-2019-2367 Instrucción de 18 de febrero de 2019, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre actualización del régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución.](#)
- BOE núm. 45, de 21 de febrero de 2019. 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. Disponible en: [BOE-A-2019-2367 Instrucción de 18 de febrero de 2019, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre actualización del régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución.](#)
- BOE núm. 182, de 31 de julio de 2015. Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil. Disponible en: [BOE-A-2015-](#)

[8564 Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil.](#)

- Boletín Oficial del Consejo del Poder Judicial, 8 de septiembre de 2017.
Proposición de ley reguladora del derecho a la gestación por sustitución
presentada por el Grupo Parlamentario Ciudadanos
