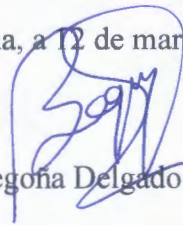


VISTO BUENO DE LA TUTORA DEL TRABAJO FIN DE MÁSTER

La Profesora BEGOÑA DELGADO CASTRO, como Tutora del Trabajo Fin de Máster titulado “LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN EN ESPAÑA DESDE LA ÓPTICA DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO”, realizado por DÑA NIEVES ARELI MEDINA GONZÁLEZ (DNI: 42418491-M) informa favorablemente el mismo, dado que reúne las condiciones necesarias para su defensa.

En cumplimiento de lo previsto en la Guía docente de la asignatura, se propone la calificación de 8,5 (NOTABLE), en atención a la profundidad del tema tratado, sistemática utilizada y consultas jurisprudenciales y bibliográficas realizadas.

En La Laguna, a 12 de marzo de 2020.



Fdo.: Begonia Delgado Castro



Facultad de Derecho
Universidad de La Laguna

Máster en Abogacía

Facultad de Derecho de la Universidad de La Laguna

Ilustre Colegio Abogados de Santa Cruz de Tenerife

Curso 2019/2020

Convocatoria: marzo

**LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN EN ESPAÑA
DESDE LA ÓPTICA DEL DERECHO INTERNACIONAL
PRIVADO**

Gestation by substitution from the perspective of private
international law in Spain.

Realizado por la alumna Nieves Areli Medina González

Tutorizado por la Profesora Dña. Begoña Delgado Castro

Departamento: Derecho Público y Privado Especial y Derecho de la Empresa

Área de conocimiento: Derecho Internacional Privado



RESUMEN

La gestación por sustitución es una técnica de reproducción asistida mediante la cual una mujer (gestante) lleva a cabo el proceso de gestación en su cuerpo, para, posteriormente entregar al niño o niña a una sola persona, hombre o mujer, o a una pareja, casada o no, homosexual o heterosexual, a cambio o no de contraprestación económica.

Esta técnica está en creciente auge ya que muchos individuos recurren a ella debido, por ejemplo, a que presentan problemas de infertilidad y, por tanto, son varios los países que han ido adaptando la legislación presente en los mismos para dar cabida a esta posibilidad.

Sin embargo, en España está prohibido y sancionado con la nulidad este tipo de contrato o convenio, dando lugar a una doble paradoja o contradicción; por un lado, ello no impide que españoles que desean tener descendencia recurran a esta técnica, dado lugar así al llamado “turismo reproductivo internacional” y, a su vez, a un hipotético supuesto de fraude de ley, y por otro, se ha generado una gran contradicción dado que a pesar de estar prohibida la gestación por sustitución en España se están llevando a cabo inscripciones de nacidos mediante la misma en el Registro Civil, lo que deja en evidencia la actual confrontación entre la Ley, la Dirección General de los Registros y del Notariado y los tribunales.

Palabras clave: gestación por sustitución, nulidad de pleno derecho, fraude de ley, interés superior del menor, orden público internacional.



ABSTRACT

Substitution gestation is an assisted reproduction technique whereby a woman (pregnant woman) carries out the gestation process in her body, to then deliver the child to a single person, man or woman, or a couple, married or not, homosexual or heterosexual, a change or not of economic consideration.

This technique is booming, as many individuals resort to it because they have infertility problems, and therefore, there are several countries that have adapted the legislation present in them to accommodate this possibility.

However, in Spain this type of contract or agreement is prohibited and sanctioned with nullity, giving rise to a double paradox or contradiction; on the one hand, this does not prevent Spaniards who wish to have recurring offspring to this technique, thus giving rise to the so-called “international reproductive tourism” and, in turn, a hypothetical assumption of law fraud, and on the other, a great contradiction given that despite the prohibition of pregnancy by replacement in Spain they are in exchange for registrations of those born through it in the Civil Registry, which evidences the real confrontation between the Law, the General Directorate of Registries and Notary and the courts.

Key words: gestation by substitution, nullity in law, fraud of law, best interests of the minor, international public order.



ÍNDICE

1. Introducción.....	pág. 5
2. Profundización en el concepto de gestación por sustitución y evolución histórica.....	pág. 9
2.1. Concepto de gestación por sustitución; estudio de su tipología y modalidades a nivel nacional e internacional.....	pág. 9
2.2. Evolución histórica nacional e internacional.....	pág. 13
3. Cuestiones sobre la nulidad del contrato de gestación por sustitución en España.....	pág. 20
4. Discordancia entre la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida, resoluciones la Dirección General de Registros y del Notariado y resoluciones de los Tribunales españoles e internacionales.....	pág. 24
4.1. Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida.....	pág. 24
4.2. Resoluciones de la Dirección General de Registros y del Notariado.....	pág. 26
4.3. Resoluciones de los Tribunales españoles e internacionales.....	pág. 36
4.4. Conclusiones sobre las diferentes posturas adoptadas sobre la gestación por sustitución.....	pág. 42



5. Posible existencia del derecho a la reproducción y posiciones políticas en España respecto a la gestación por sustitución.....	pág. 44
6. Reflexiones finales.....	pág. 50
7. Conclusiones.....	pág. 58
8. Bibliografía.....	pág. 61



1. INTRODUCCIÓN.

La gestación por sustitución¹ se concibe como una técnica de reproducción asistida en la que, a través de un acuerdo o contrato, oneroso o gratuito, una mujer se compromete a gestar un bebé para otra persona o pareja. La mujer que accede a gestar al bebé se denomina “*gestante*” y a la persona o pareja a la que se le entrega el mismo “*comitente*”. Esta técnica consiste en la creación de uno o más embriones mediante fecundación in vitro en un laboratorio, para, posteriormente, transferirlos al útero de la gestante.

De acuerdo con el criterio adoptado por Eleonora Lamm, siendo los términos con un uso más extendido para referirse a esta realidad “*gestación por sustitución*” y “*maternidad subrogada*”, en este trabajo nos referiremos a ella como gestación por sustitución debido a que el término “maternidad” es mucho más amplio que el de “gestación”, y, por lo tanto, engloba mayores actuaciones que las que realiza la mujer gestante, siendo, en este caso, su única función la de gestar al niño². Además de ser la terminología adoptada por la Ley sobre técnicas de reproducción humana asistida.

¹ Para referirse a este concepto se utiliza una gran variedad de expresiones, tales como maternidad subrogada, alquiler de útero, madre de alquiler, madre gestante, etc.

² “ser madre es un proceso que se inicia desde antes de la fecundación del óvulo por el espermatozoide (etapa de querer ser madre) y se prolonga por mucho tiempo después del advenimiento del hijo (etapa de tener que ser madre). LAMM, E., *Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*. Barcelona. Publicaciones y ediciones de la Universidad de Barcelona, 2013, págs. 25-26 <http://diposit.ub.edu/dspace/bitstream/2445/115984/1/9788447537730%20%28Creative%20Commons%29.pdf>



Este es un fenómeno que se remonta a varios años atrás, puesto que los primeros casos se sucedieron en los años 80³, en el Reino Unido⁴, teniendo lugar los de mayor divulgación mundial en los años 1980 y 1984⁵.

Sin embargo, a pesar de que es un tema tratado a lo largo de un extendido periodo de tiempo, cada vez está cobrando mayor relevancia alrededor de todo el mundo, pues el número de personas que escoge la gestación por sustitución dentro del amplio catálogo que ofrecen las técnicas de reproducción asistida se va incrementando, y ello es debido a diferentes motivos; el aumento de la infertilidad⁶, el incremento de nuevas formas de pareja homosexuales y monoparentales debido a la modernización del concepto de familia, el retraso en la edad del matrimonio y en consecuencia de la edad para tener hijos, etc.

³ Existe un caso todavía anterior, sucedido en 1976, en el que la gestante aportaba sus gametos, haciendo uso de la inseminación artificial. Fue a partir de la aparición de la inseminación in vitro (mediante la cual la gestante no aporta sus óvulos) en los años 80 cuando esta técnica fue mundialmente conocida. LAMM, E., op. cit., en nota 1, págs. 20-21.

⁴ CALVO CARAVACA, A. L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ J., (2015). “Gestación por sustitución y Derecho Internacional Privado. Más allá del Tribunal Supremo y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”. *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 7, (2), pág. 46. <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/2780/1558>

⁵ LAMM, E., (2012). “Gestación por sustitución: realidad y derecho”. *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*, (3), pág. 5, http://www.indret.com/pdf/909_es.pdf

⁶ “Aun cuando las estimaciones sobre su incidencia no son muy precisas y varían según la región geográfica, aproximadamente entre el 8,0 % y el 12,0 % de las parejas experimentan algún problema de este tipo durante su vida fértil, lo cual, extrapolado a la población mundial, representa entre 50 y 80 millones de personas. Incluso publicaciones más recientes citan cifras aún mayores y reconocen una tendencia general a la elevación de la incidencia de la infertilidad, que puede llegar al 20 %. Entre el 15,0 y el 20,0 % de los adultos saludables tienen problemas de fertilidad.” ROJAS QUINTANA, P.; MEDINA TÍO, D. M. y TORRES AJÁ, L., (2011). “Infertilidad”. *Revista Electrónica de las Ciencias Médicas en Cienfuegos*, Vol9 (4), pág. 341, <http://www.medisur.sld.cu/index.php/medisur/article/view/1692/753>



Correlativo al aumento de la demanda de esta técnica lo es el incremento de su grado de complejidad o conflictividad en diferentes ámbitos en los que tiene aplicación (moral, filosófico, jurídico, económico, etc.) y en diferentes países, como España, donde, por cuestiones internacionales, se presenta la paradoja de que, aunque esté prohibida la gestación por sustitución de acuerdo al art. 10 de la Ley 14/2006, de Técnicas de Reproducción Humana Asistida⁷ (LTRHA), existen casos en los que hay niños inscritos en el Registro Civil que han sido concebidos mediante esta técnica. Ello es resultado del coloquialmente denominado “*turismo reproductivo*”, el cual se produce cada vez con mayor frecuencia, ocasionando el desplazamiento de nacionales españoles a terceros países donde la gestación por sustitución está permitida con el objetivo de llevar a cabo uno de estos contratos, derivando en un acto que en España se cataloga como fraudulento. Algunos de los destinos más frecuentes para realizar esta práctica son Reino Unido, Holanda, Ucrania, Estados Unidos...⁸ Los Estados de nacimiento con mayor número de casos son Estados Unidos e India, seguidos luego por países como Tailandia, Ucrania, Rusia, Georgia y Canadá y, en menor medida, por Australia, China, Grecia, Israel, México, entre otros. Los Estados de recepción se localizan en los cinco continentes, algunos son: África del Sur, Alemania, Argentina, Australia, Bélgica, Brasil, Canadá, Chile, China, Colombia, Costa Rica, Egipto, Emiratos Árabes Unidos, Ecuador, España, Estados Unidos, Japón, México, Nepal,

⁷BOE núm. 126, de 27 de mayo de 2006. (LTRHA).

⁸ GARCÍA AMEZ, J. y MARTÍN AYALA, M., (2017). “Turismo reproductivo y maternidad subrogada”. *Extraordinario XXVI Congreso: Derechos sanitario y ciudadanía europea: los retos*. Vol27 (Extra 1), pág. 203. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6334695>



Nueva Zelanda, Países Bajos, Reino Unido, Senegal, Singapur, Suiza, Turquía, Uruguay, Venezuela...⁹

Por lo tanto, esta realidad presenta una doble problemática; por un lado, la comisión de este tipo de actos por nacionales españoles a pesar de ser una práctica prohibida y la cuestionable validez del contrato celebrado, como ya se ha expresado; y, por otro, la vida que surge, por cuyo interés y derechos debe velar el Ordenamiento Jurídico. De estos dos aspectos derivan varias cuestiones a las que se les debe dar respuesta: ¿Puede la gestante prestar un consentimiento verdaderamente informado? ¿Cuáles son los posibles efectos psicológicos en el niño? ¿Los acuerdos de gestación por sustitución deberían autorizarse sólo para parejas infértiles, o también por motivos de conveniencia? ¿Es éticamente correcto que se le pague una cantidad a la gestante? ¿Esto conduciría a la posible explotación de las mujeres? ¿Qué pasa cuando nadie quiere un recién nacido discapacitado? ¿Cómo deben resolverse los posibles conflictos de intereses entre las partes, en concreto los cambios de opinión de la gestante que, tras el parto, se niega a entregar al nacido a la pareja comitente?¹⁰.

Es precisamente el objeto de este trabajo adentrarse en algunas de estas cuestiones, concretamente en las que atañen al aspecto jurídico de la cuestión, y en el núcleo de la contradicción que se viene sucediendo en la actualidad de la sociedad española.

⁹ GONZALEZ MARTÍN, N. y ALBORNOZ M. M., (2016). “Aspectos transfronterizos de la gestación por sustitución”. *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*. (16), pág. 169. <https://dialnet-unirioja-es.accedys2.bbt.ull.es/servlet/articulo?codigo=5662102>

¹⁰ LAMM, E. op. cit. en nota 5, pág. 4, http://www.indret.com/pdf/909_es.pdf



2. PROFUNDIZACIÓN EN EL CONCEPTO DE GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN Y EVOLUCIÓN HISTÓRICA.

Para lograr entender el conflicto que se produce internamente en el Estado español, el cual será abordado en los próximos apartados de este trabajo, es necesario previamente comprender en profundidad el concepto de gestación subrogada desde un punto de vista general y, también, mediante la aproximación a las diferencias existentes entre algunos países, pues en ciertos casos no solo son muy notorias (incluso entre los países miembros de la Unión Europea), sino que además, existen Estados plurilegislativos¹¹.

2.1. Concepto de gestación por sustitución; estudio de su tipología y modalidades a nivel nacional e internacional.

Con el paso de los años, desde que surgió esta técnica de reproducción asistida, diversos autores han ido aportando sus definiciones. Aquí se plasmarán las que creemos más completas, actualizadas y acordes con la sociedad actual (ya que la definición ha ido ampliándose a medida que la noción de “familia” ha ido modernizándose), puesto que no se distingue el método o la técnica que da lugar al embarazo, se contempla la posibilidad de que la gestante aporte o no sus gametos y tiene un mayor catálogo de posibilidades en cuanto a quién puede ser comitente. En este sentido encontramos la definición de Pérez Monge, según el cual es “aquel contrato oneroso o gratuito, por el cual una mujer aporta únicamente la gestación, o también su óvulo, comprometiéndose a entregar el nacido a los comitentes (una persona o pareja, casada o no), que podrán aportar o no sus gametos; en este último caso, los gametos procederán de donante (masculino y/o femenino)” y la de Vela

¹¹ CALVO CARAVACA, A. L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ J., op. cit., en nota 4, pág. 48.



Sánchez, para quien la gestación por sustitución es un “fenómeno social, en pleno proceso de expansión, por el cual una mujer, mediante contraprestación o sin ella, se compromete a gestar un bebé para que otra u otras personas puedan ser padres, biológicos o no”¹².

De acuerdo con Eleonora Lamm de nuevo, sería preciso añadir que esta práctica se produce con el fin de que el niño gestado tenga vínculos jurídicos de filiación con el o los comitentes.

Podría pensarse que las definiciones que se han dado son válidas en cualquier parte del mundo, pues el concepto y la actividad realizada es la misma independientemente del territorio. Sin embargo, esto sería erróneo, puede variar de un país a otro dependiendo de lo permisivas o restrictivas que sea sus legislaciones al respecto y dar como resultado diferentes definiciones, todas ellas válidas en función del ámbito geográfico al que se refiera.

En este sentido se debe destacar que en el Derecho Comparado se encuentran tres posturas:

- **PROHIBICIÓN DE LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN**

En este grupo se encuentran países como Alemania, Francia, Italia, España, Suecia, Suiza o Austria, donde el contrato se cataloga como nulo.

- **ADMISIÓN DE LA MISMA BAJO EL CUMPLIMIENTO DE ALGUNAS RESTRICCIONES**

Aquí se encuentra Reino Unido, Canadá, Brasil, Israel, Grecia, México DF, Australia, Sudáfrica, Nueva Zelanda, etc. Como ejemplo de los requisitos de obligado cumplimiento que se exigen en alguno de estos países se puede destacar los siguientes:

¹² LAMM, E. op. cit., en nota 1, págs. 23-24.



los comitentes deben ser una pareja conformada por una mujer y un hombre, la comitente debe acreditar su infertilidad o incapacidad de llevar a cabo el proceso de gestación, los embriones deben haberse creado in vitro con óvulos de la madre comitente o de otra mujer y espermatozoides del padre comitente (Israel); las partes no pueden beneficiarse económicamente y la madre comitente no debe exceder de la edad de cincuenta años (Grecia).

En especial se puede destacar el caso de Reino Unido, donde se prohíbe la práctica comercial de la gestación por sustitución y el contrato, penalizando la actividad comercial (los intermediarios y la publicidad), pero admite la gestación por sustitución por benevolencia y sin intermediarios. La filiación se determina con respecto a la madre que da a luz y se transfiere a los padres intencionales si éstos lo solicitan ante los tribunales, pasado un período de reflexión de 6 semanas que se otorga a la gestante.

- ADMISIÓN AMPLIA

En este grupo destacan Georgia, Ucrania, India, Rusia y algunos Estados de los Estados Unidos, entre otros¹³.

En cuanto a su tipología o modalidades, se distinguen dos:

- GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN TRADICIONAL

Caracterizada porque la gestante, además de la gestación, aporta también sus gametos, pudiendo el semen provenir del comitente o de un donante (en este último caso, el o los comitentes no aportarían material genético).

¹³ LAMM, E., op. cit., en nota 5, págs. 11-17, http://www.indret.com/pdf/909_es.pdf



En esta modalidad, si existiese comitente mujer, esta carecería de vínculo genético con el niño.

- GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN GESTACIONAL

En esta variante la gestante aporta sólo la gestación, no sus óvulos, los cuales serán aportados por la comitente si la hubiere y pudiera hacerlo o por una donante.

Se pueden dar diferentes variantes; que ambos comitentes aporten sus gametos (parejas heterosexuales en los que la gestante gesta el embrión formado por material genético de los comitentes) o se puede recurrir a donante de óvulos con semen de comitente, a donante de semen con el que se fecunda el óvulo de la comitente, o a donación de semen y óvulo¹⁴.

Por tanto, se pueden dar diferentes variantes (teniendo cabida todas ellas en un mismo país o pudiendo darse solo alguna de las mismas en otros, como se ha aclarado anteriormente); que el material genético sea aportado en su totalidad por la pareja comitente, que esta no aporte nada de material genético (ovulo de la gestante y semen de donante), que solo exista un comitente o que en una pareja solo aporte material genético uno (si el material genético aportado es de hombre el ovulo podrá aportarlo la gestante o una donante y si el material genético es aportado por una mujer comitente el semen deberá aportarlo un donante), etc.¹⁵

¹⁴ LAMM, E., op. cit., en nota 1, págs. 27-28.

¹⁵ “El recurso a esta figura, comúnmente responderá a una imposibilidad, por razones médicas, de la mujer a tener descendencia. Puesto que si el problema de esterilidad es del varón y la mujer es completamente fecunda, la solución suele ser más sencilla, acudiendo a fórmulas como la inseminación artificial con espermatozoides donados”. MUÑOZ RODRIGO, G. (2019), “La filiación y la gestación por sustitución: a propósito de las instrucciones de la DGRN de 14 y 18 de febrero de 2019”. *Actualidad jurídica iberoamericana*. Extra 10,2, pág. 724. <http://www.revista-aji.com/wp-content/uploads/2019/06/722-735.pdf>



La tendencia en el Derecho Comparado se enfoca hacia la utilización de la gestación por sustitución gestacional¹⁶.

Tras el análisis de los tipos de gestación por sustitución existentes en diferentes partes del mundo, es sencillo llegar a la conclusión de que la carencia de una regulación uniforme sobre la materia es lo que da lugar a las controversias surgidas en el derecho internacional privado.

2.2. Evolución histórica nacional e internacional.

2.2.1. EVOLUCIÓN INTERNACIONAL.

No fue hasta los años 80 cuando se dio a conocer mundialmente esta figura, concretamente en 1984 con el caso “*Baby M.*” Se trataba de un matrimonio formado por un bioquímico y una pediatra, que, por imposibilidad de la mujer de quedarse embarazada, recurrieron a un contrato de gestación por sustitución en el que la gestante sería inseminada artificialmente con el semen del marido de la primera, renunciando la gestante a todos los derechos de filiación sobre la futura niña. Sin embargo, la gestante se negó a entregar la niña a la pareja comitente, así como tampoco renunció a la relación maternofilial, impidiéndole a la comitente llevar a cabo el proceso de adopción. Finalmente, el caso fue resuelto por el Tribunal Supremo de Nueva Jersey, quien determinó que el factor determinante era el bienestar y el interés superior de la niña, aunque el contrato de gestación por sustitución fuera ilícito, por lo que, tras

¹⁶ La jurisprudencia demuestra que las disputas y los problemas son más frecuentes en la gestación por sustitución tradicional. LAMM, E., op. cit., en nota 1, pág. 28.



varios peritajes, les concedió la custodia permanente a los comitentes, permitiéndole a la gestante un derecho de visita¹⁷.

Tras el conocimiento de esta técnica de reproducción asistida diferentes países fueron incluyendo en sus legislaciones normas que regularan este fenómeno, unos para prohibirla y otro para permitir y regular su empleo. Lo que queda reflejado con el paso de los años es que en Derecho Comparado los ordenamientos jurídicos están evolucionando, no solo regulando esta situación y legislando sobre ella, sino que lo hacen hacia la flexibilización de la gestación por sustitución.

Varios Estados han regulado esta técnica recientemente, como es el caso de Australia (2004), Queensland (2010), New South Wales (2010), Western Australia (2008), Victoria (2008), Canadá (2010), Columbia Británica (2011), Grecia (2002 y 2005), Sudáfrica (la ley entró en vigor en 2010).

En cuanto a la flexibilización de algunas legislaciones se pueden destacar algunos casos como Rusia, Reino Unido, Grecia, Israel, Brasil. Por ejemplo, la legislación que regulaba la gestación por subrogación en Rusia era del año 1993, la cual establecía que la figura del comitente debía ser un matrimonio. Sin embargo, en 2011 se aprobó la posibilidad de que también pudieran serlo personas solas o parejas no casadas¹⁸.

2.2.2. EVOLUCIÓN NACIONAL.

La evolución del Estado español se analizará con mayor profundidad.

Como primer acontecimiento legislativo se encuentra la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre técnicas de reproducción asistida, inspirada en el “Informe

¹⁷ LAMM, E., op. cit., en nota 1, págs. 20-22.

¹⁸ LAMM, E., op. cit., en nota 5, págs. 18-21, http://www.indret.com/pdf/909_es.pdf



Palacios”¹⁹. Con esta Ley España fue pionera en Europa en regular las técnicas de reproducción asistida, a la cual se la puede catalogar como progresista, puesto que, entre otros aspectos, reconoce el acceso a las técnicas por parte de mujeres solas o la posibilidad de la fecundación “*post mortem*”. Contemplaba la inseminación artificial, la fecundación in vitro, con transferencia de embriones, y la transferencia intratubárica de gametos (siempre y cuando estuviesen científica y clínicamente indicadas y se realizasen en centros y establecimientos sanitarios y científicos autorizados y acreditados, y por equipos especializados). Respecto a la figura de la gestación por sustitución, cabe destacar que en su artículo 10.1 establece lo siguiente: “*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*”, siguiendo la recomendación sobre ello que hacía el Informe Palacios, sin llegar a establecer ninguna sanción, salvo la nulidad.

Esta Ley fue modificada por la Ley 45/2003, de 21 de noviembre, que autorizó la utilización, con fines de investigación, de los preembriones que se encontraban crioconservados con anterioridad a su entrada en vigor, y limitó a tres el número máximo de preembriones que podían ser transferidos a la mujer en cada ciclo, reduciendo los riesgos que pudieran provenir de los partos múltiples.

Posteriormente se aprueba la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida, que deroga las anteriores y de la cual cabe destacar

¹⁹ “A iniciativa de algunos grupos parlamentarios, la Cámara de los Diputados mediante acuerdo de 2 de noviembre de 1984 crea una Comisión especial sobre fertilización extracorpórea, con la finalidad de aportar un estudio solvente sobre los complejos problemas que subyacen en esta importante innovación tecnológica y que sirviese como base a la hora de establecer un ulterior marco legal adecuado y necesario en la materia.”

VILAR GONZÁLEZ, SILVIA (2017). “Gestación por sustitución en España. Un estudio con apoyo en el Derecho Comparado y especial referencia a California (EEUU) y Portugal”. (Tesis doctoral) Universidad Jaume I, Castellón de la Plana, pág. 181 <https://www.tdx.cat/handle/10803/454675#page=1>



que permite la práctica provisional y tutelada como técnica experimental de cualquier técnica autorizada por la autoridad sanitaria correspondiente (acaba con la lista cerrada de supuestos permitidos de la anterior Ley), previo informe de la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida, y la actualización por el Gobierno, mediante real decreto, del anexo que contempla las técnicas de reproducción humana asistida para adaptarlo a los avances científicos y técnicos.

Esta Ley, en su artículo 10, prohíbe expresamente la gestación por sustitución, pues establece la nulidad de este tipo de contratos, ya sea de forma altruista o mediante contraprestación económica, independientemente de quién aporte el material genético o de quién contrate la gestación. Como resultado de ello, la filiación de los hijos nacidos por gestación por sustitución será la determinada por el parto, es decir, que la mujer que da a luz será la madre legalmente, con independencia de quién haya aportado el material biológico (salvo la posibilidad que tendría el padre biológico, en caso de haber aportado el semen, de ejercitar la acción de reclamación de la paternidad conforme a las reglas generales). En cuanto a la mujer comitente, incluso en el supuesto de que haya aportado su material genético, no podrá reclamar la maternidad, ya que se da prioridad a la maternidad de gestación²⁰.

²⁰ En este sentido el Informe elaborado por la Comisión Especial de Estudio de la Fecundación in Vitro y la Inseminación Artificial Humana de 1986 establece que *“ni por razones biológicas, ni por razones humanas tienen el mismo valor, y que de ambos es más importante el componente de gestación que el genético, pues la gestante lleva en su vientre al fruto durante nueve meses y lo protege fisiológica y psicológicamente, lo cual irá siempre a favor de la mujer portadora y en contra de la gestación de sustitución a favor de otros”*.



Cabe destacar que desde la Ley 35/1988, de 25 de noviembre, hasta la actual Ley 14/2006, de 26 de mayo, el artículo 10 ha permanecido con la misma redacción, por lo que no se ha experimentado ningún cambio en esta materia²¹.

A continuación, se dicta la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 18 febrero 2009²², por la que se permite la inscripción en el Registro Civil del nacimiento de dos menores nacidos mediante gestación por sustitución.

Posteriormente, en 2010 la Dirección General de los Registros y del Notariado vuelve a pronunciarse sobre el asunto y se publica la Instrucción de 5 de octubre de 2010 sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución, la cual flexibiliza el régimen legal establecido por la Ley, permitiendo la inscripción en el Registro Civil de los hijos nacidos mediante gestación por sustitución en los países cuya normativa la permita y siempre que se cumpliesen determinados requisitos que serán abordados en los próximos apartados de este trabajo. Por tanto, vemos que la intención de esta Instrucción ha sido aportar seguridad jurídica²³.

²¹ VILAR GONZÁLEZ, SILVIA (2017). “Gestación por sustitución en España. Un estudio con apoyo en el Derecho Comparado y especial referencia a California (EEUU) y Portugal”. (Tesis doctoral) Universidad Jaume I, Castellón de la Plana, pág. 181 <https://www.tdx.cat/handle/10803/454675#page=1>

²² En ella se resuelve el caso de dos menores nacidos en California mediante la técnica de la gestación por sustitución, considerando que podían tener acceso al Registro Civil español, sin necesidad de que hubiese una sentencia judicial sobre la filiación de esos menores.

²³ A pesar de que era una resolución altamente esperada, no satisface las necesidades sociales sobre la cuestión de la gestación por sustitución, pues lejos de ello, por lo general, ha sido bastante cuestionada debido a la presencia de varias incorrecciones jurídicas. CALVO CARAVACA, A. L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., (2011). “Notas críticas en torno a la Instrucción de la Dirección General de los Registro y del Notariado de 5 de octubre de 2010 sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución”. *Cuadernos de Derecho Transaccional*. Vol3, (1), pág. 248. <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/1077/395>

En esta cuestión se entrará con mayor profundidad en el siguiente punto.



Contra la citada Resolución de 18 de febrero de 2009 de la DGRN la Audiencia Provincial de Valencia, a instancias del Ministerio Fiscal, declara en sentencia de 23 de noviembre de 2011 que debería haberse aplicado el art. 10 de la Ley 14/2006 y que, por tanto, el contrato de gestación por sustitución era nulo de pleno derecho correspondiendo la filiación a la mujer que dio a luz.

En 2014 el Tribunal Supremo se pronuncia sobre el asunto como consecuencia de la interposición de recurso de casación contra la sentencia de 23 de octubre de 2011 dictada por la Audiencia Provincial de Valencia, y señala, a grosso modo, que la cuestión no puede resolverse únicamente mediante la aplicación del Derecho español (artículo 10 de la Ley 14/2006 y artículo 9.4 CC, según el cual, en la redacción entonces vigente, la filiación se rige por la Ley nacional del hijo), y que no son necesarios algunos de los requisitos que estableció la Instrucción de la DGRN de 2010, sino que lo único que se requiere es acreditar que la certificación registral extranjera no vulnera el orden público internacional español, entendiéndose el Tribunal Supremo que sí lo vulneraba y, por tanto, denegó los efectos jurídicos en España de dicha certificación registral extranjera.

Finalmente tuvo lugar un pronunciamiento del Tribunal Europeo de Derechos Humanos a través de tres resoluciones durante los años 2014 y 2015. A pesar de que en ninguna de estas sentencias se ve implicado el Estado español de forma directa, debido a la importancia del Derecho Internacional Privado en esta materia sí le son de aplicación indirectamente, pues el propio Tribunal determina que la certificación registral expedida por un Estado en la que se reconozca la filiación respecto de la parte comitente debe producir efectos en los Estados que sea parte del Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, hecho en Roma el 4 noviembre 1950. Ello es así, según el Tribunal, porque de esta forma se garantiza el derecho a la vida privada y familiar de dichos menores, además de que, en caso contrario, podrían vulnerarse otros derechos, como la sucesión en la herencia de los



padres o como la nacionalidad, al no quedar determinado su parentesco y su filiación. Por tanto, este Tribunal aclara que el reconocimiento de una resolución de un Estado donde se establezca la filiación a favor de los comitentes en otro Estado parte no vulneraría el orden público internacional de ese segundo Estado²⁴.

Así, en la actualidad España se encuentra en un punto en el que, a pesar de estar prohibida expresamente la gestación por sustitución, a los padres se les puede conceder el reconocimiento de la filiación cuando se ha realizado en el extranjero; reconocimiento que puede alcanzarse mediante la técnica del *exequatur*²⁵ o mediante la transcripción directa de la sentencia extranjera o del acto de nacimiento en el Registro Civil o por adopción.

A pesar de este pronunciamiento del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, son muchos los países que forman parte la Convención Europea de Derechos Humanos que siguen teniendo regulaciones contradictorias (o carecen totalmente de legislación sobre la materia), lo que conduce a una incertidumbre jurídica²⁶ y a situaciones de irregularidad y nulidad, en el caso de España, aspecto que será abarcado en el próximo apartado en mayor profundidad.

²⁴ CALVO CARAVACA, A. L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., op. cit., en nota 4, págs. 52-54.

²⁵ El *exequatur* es el conjunto de reglas conforme a las cuales el ordenamiento jurídico de un Estado verifica si una sentencia judicial emanada de un tribunal de otro Estado reúne o no los requisitos que permiten reconocimiento u homologación.

²⁶ FLOREZ RODRÍGUEZ, J., (2014). “Gestación por sustitución: más cerca de un estatuto jurídico común europeo”. *Revista de Derecho Privado*. 27, pág. 73.

<https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/view/3885/4179>



3. CUESTIONES SOBRE LA NULIDAD DEL CONTRATO DE GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN EN ESPAÑA.

El contrato de gestación subrogada en España, como se ha dicho anteriormente, es nulo de pleno derecho en la actualidad y, por tanto, el nacido a través de esta técnica será considerado hijo de la mujer gestante de acuerdo al *principio quod nullum est nullum effectum producit*, conforme con los artículos 10.1 y 10.2 de la Ley 14/2006.

La Ley no distingue entre si lo considera contrato de arrendamiento de obra (se pacta la entrega de un bebé) o de servicios (se pacta la gestación de un bebé), pero en cualquiera de los dos supuestos se considera un contrato nulo. La nulidad de este contrato tendrá lugar en cualquier modalidad que pudiera tener lugar, es decir, será contrato nulo ya se celebre mediante contraprestación o ya sea de forma gratuita, al igual que también lo será independientemente de que se recurra a la modalidad gestacional o a la tradicional.

Para la doctrina los motivos por los que se considera nulo de pleno derecho este contrato son los siguientes: nulidad de su objeto (artículo 1271 CC), contrariedad al principio de indisponibilidad del cuerpo humano por recaer sobre las facultades reproductivas y capacidad generativa de la gestante, por transgredir la indisponibilidad del estado civil de las personas por modificar las normas relativas a la filiación y anular la capacidad de la gestante de renunciar ni disponer de su condición de madre, y por ser un contrato sin causa o con causa ilícita, por ser contrario a la ley, a la moral y el orden público (artículo 1255 CC).

Al ser la nulidad imprescriptible, este contrato podrá impugnarse en cualquier momento, por cualquiera que se viese afectado por él, no estando las partes obligadas a cumplir lo pactado en él ni pudiendo exigirse las obligaciones a las que respectivamente se hubiesen comprometido. Ello da lugar a que, si la gestante se arrepintiese de renunciar a su maternidad, jurídicamente podría reclamar el niño y no



consentir la constitución de la filiación a favor de los comitentes, sin estos últimos poder exigirle la devolución de las cantidades que hubiesen percibido hasta ese momento, así como tampoco la gestante podría obligar a los comitentes a quedarse con el niño ni a exigirles la entrega de las sumas pendientes de pago.²⁷

Los autores que avalan el criterio seguido por la Ley (J.M. Espinar Vicente, C. Lasarte Álvarez, E. Farnós Amorós, etc.) alegan que ello debe mantenerse así con el objetivo de evitar el comercio sobre el cuerpo humano, sobre las personas y la explotación de la mujer gestante, puesto que el estado civil es indisponible por los particulares.

Algunos de los argumentos en los que se basan este grupo de autores son los siguientes:

1. Alegan que el documento judicial extranjero en el que consta la filiación de los hijos concebidos mediante gestación por subrogación en favor de los comitentes *“no es más que un mero soporte documental en el que constan hechos y que una vez ante el Registro Civil español, dicho documento registral extranjero debe ser calificado por el Encargado del Registro Civil español, que debe comprobar la realidad del hecho y la legalidad del mismo”*.
2. Defienden que la ley aplicable al conflicto no se determina a través del art. 9.4 del CC (norma de conflicto española que determina la Ley aplicable a la filiación en los procesos cognitivos), sino que debe recurrirse al artículo 10 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, debido a que se trata de una norma material imperativa, y, por tanto, debe aplicarse a los casos nacionales e internacionales que surjan ante los tribunales y autoridades españolas.

²⁷ VILAR GONZÁLEZ, SILVIA (2017). “Gestación por sustitución en España. Un estudio con apoyo en el Derecho Comparado y especial referencia a California (EEUU) y Portugal”. (Tesis doctoral) Universidad Jaume I, Castellón de la Plana, págs. 207-209 <https://www.tdx.cat/handle/10803/454675#page=1>



3. Exponen que se produce un fraude de ley al trasladarse los españoles al extranjero con el objetivo de eludir la aplicación del art. 10 Ley 14/2006, por lo que habría que sancionarse con la ineficacia de la filiación atribuida al menor en el extranjero y aplicarse el artículo 10 Ley 14/2006 al ser la norma legal que se trató de eludir, de acuerdo con el artículo 6.4 del CC²⁸.
4. Establecen la posibilidad de que puede dar lugar a la explotación y cosificación de la mujer, especialmente en situaciones de desequilibrio económico, debido a que conlleva a la utilización de las mujeres gestantes por las comitentes cuyo estado económico suele ser superior a las otras o, como consecuencia del turismo reproductivo, a la utilización de las mujeres de los países del tercer mundo por las mujeres de países del primer mundo. También pueden darse situaciones de abuso en sentido contrario, respecto de el o los comitentes que pudieran encontrarse en situaciones desesperadas por tener un hijo. Se argumenta que implica la manipulación del cuerpo de la mujer, como consecuencia de los distintos tratamientos a los que deberían someterse las mujeres para alcanzar el embarazo. Alegan que es discutible si las mujeres están eligiendo libremente, o si su voluntad está socialmente y económicamente influenciada²⁹.
5. De forma expresa el artículo 21 del Convenio para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina (en vigor desde el 1 de enero de 2000, Instrumento de ratificación publicado en el BOE núm. 251, de 20 de octubre de 1999) establece, bajo el título “Prohibición del lucro”, que el cuerpo humano y sus partes, como tales, no deberán ser objeto de lucro.

Por otro lado, se encuentran los autores que defienden que esta concepción está desactualizada, abogando por su derogación. Algunos defienden que la ley española

²⁸ CALVO CARAVACA, A. L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ J., op. cit., en nota 4, págs. 54-55.

²⁹ LAMM, E., op. cit., en nota 5, págs. 5-10, http://www.indret.com/pdf/909_es.pdf



no solo debería de reconocer la filiación de los nacidos como hijos de los comitentes, sino que, además, debería de legalizar este contrato.

Algunos de los argumentos alegados por este grupo de autores son los siguientes:

1. Señalan que existen normas legales específicas en Derecho Internacional Privado español que permiten trasladar al Registro Civil español la filiación de los nacidos en virtud de gestación por sustitución tal y como consta en la certificación registral extranjera (arts. 81 y 85 RRC)³⁰.
2. Recurren a la libertad reproductiva, a la libertad de procrear o no, elegir cuándo, con quién y cómo hacerlo, y al derecho de las gestantes a hacer un uso libre de su cuerpo.
3. Se sostiene que tratándose de un acuerdo voluntario y libre no hay explotación, ni aun interviniendo dinero. Determinan el argumento de la explotación como paternalista, subestimando la capacidad de consentir de la mujer³¹.

Por tanto, dada la divergencia de opiniones respecto a la materia, se hace preciso realizar un recorrido a lo largo de la Ley y las resoluciones que han tratado el problema para analizar los motivos en los que se basan; la Ley, las resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado y las sentencias de mayor relevancia españolas e internacionales, y así poder comprender el epicentro de la problemática de la gestación por sustitución y tratar de hallar la solución jurídica más adecuada.

³⁰ CALVO CARAVACA, A. L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ J., op. cit., en nota 4, pág. 63.

³¹ LAMM, E., op. cit., en nota 5, págs. 5-10, http://www.indret.com/pdf/909_es.pdf



4. DISCORDANCIA ENTRE LA LEY 14/2006, DE TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA, RESOLUCIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE REGISTRO Y DEL NOTARIADO Y RESOLUCIONES DE LOS TRIBUNALES ESPAÑOLES E INTERNACIONALES.

Para aclarar los puntos en los que estos aspectos no coinciden, dificultando la aplicación de esta materia en España, analizaremos cada uno de ellos por separado.

4.1.Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida.

Como ya se ha mencionado, esta Ley en su artículo 10 mantiene el criterio adoptado en su antecesora, estableciendo concretamente que *“1. Será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero. 2. La filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto. 3. Queda a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales.”*

Esta línea también va en coalición con el Informe del Comité Ad Hoc de Expertos en el Progreso de las Ciencias Biomédicas del Consejo de Europa de 1989, el cual recomienda que cuando se recurra a técnicas de reproducción asistida, sea considerada madre la figura de la mujer que da a luz, estableciendo a su vez la prohibición de la gestación por sustitución.

La Ley 14/2006 reconoce la existencia de la gestación por sustitución como una técnica de reproducción asistida, pero no profundiza en el concepto, pues únicamente define el contrato como aquel que tenga por objeto llevar a cabo la gestación por una mujer que deberá comprometerse a renunciar a la filiación del niño a favor de los



contratantes o de un tercero que estos designen. Dicha renuncia, dada la actual redacción de la Ley, podría entenderse como un consentimiento a la adopción prenatal, prohibido por el artículo 177.2 CC.

Respecto al segundo apartado del artículo, el mismo establece la filiación a favor de la gestante, es decir, que la condición de madre quedará determinada por el parto, de acuerdo con la máxima del Derecho Romano “*mater semper certa est*”, aunque deja la posibilidad en el tercer apartado de ejercer la acción de reclamación de paternidad respecto del padre biológico, de acuerdo con las reglas generales del Código Civil en sus artículos 131 y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en sus artículos 764 y siguientes. Esta acción se establece respecto al padre biológico, quedando excluida, por tanto, la mujer que hubiese aportado sus gametos, aunque sea esta la “madre genética” del niño.

Como curiosidad se puede destacar el contraste existente en esta Ley entre lo permisiva que es con la donación de gametos y preembriones y la nulidad de pleno derecho que aplica a la gestación por sustitución cuando la mujer comitente ha aportado sus gametos, ya que desde un punto de vista científico no existe diferencia, siendo el objetivo último de ambas técnicas de reproducción asistida la formación de una familia mediante la ayuda de otra persona, bien para aportar sus gametos o para llevar a cabo la gestación.

Respecto a las sanciones, esta Ley no establece sanciones administrativas para los intervinientes (comitentes, gestante, médicos, etc.), salvo la nulidad de pleno derecho del contrato. Sin embargo, en los artículos 24 a 28 se tipifican las infracciones que pudieran tener lugar en la materia de técnicas de reproducción humana asistida, las cuales se califican como leves, graves o muy graves dependiendo del riesgo y la trascendencia de la vulneración u omisión llevada a cabo. Será infracción leve “*el incumplimiento de cualquier obligación o la transgresión de cualquier prohibición establecida en esta ley, siempre que no se encuentre expresamente tipificada como*



infracción grave o muy grave”. Las conductas calificadas como graves o muy graves se encuentran en los apartados b) y c) del artículo 26.2, dentro de las cuales no se encuentra el acuerdo por el que se lleva a cabo la gestación subrogada, las actividades de intermediación en el proceso ni la publicidad comercial del servicio, por lo que únicamente podría incluirse dentro de las conductas leves, sancionable con una multa de hasta 1.000€. A pesar de ello, parte de la doctrina opina que debe ser sancionable como una infracción muy grave, de acuerdo con el artículo 26.2 c) 2ª porque implica la práctica de cualquier técnica no incluida en el anexo ni autorizada como técnica experimental, por lo que se sancionaría con una multa de entre 10.000€ hasta un 1.000.000€³².

En cuanto a la posibilidad de ser una conducta penalmente sancionable, brevemente reseñar que el Código Penal no tipifica la gestación por sustitución como delito, pero dicha actividad sí podría quedar encuadrada dentro del delito de suposición de parto, ocultación o entrega del hijo o compraventa de niños³³.

4.2.Resoluciones de la Dirección General de Registros y del Notariado.

A pesar de la existencia de un acta registral extranjera en la que consta la filiación de los nacidos en el extranjero a favor de los comitentes, las autoridades españolas

³² Ley 14/2006 de Técnicas de Reproducción Humana Asistida.

VILAR GONZÁLEZ, SILVIA (2017). “Gestación por sustitución en España. Un estudio con apoyo en el Derecho Comparado y especial referencia a California (EEUU) y Portugal”. (Tesis doctoral) Universidad Jaume I, Castellón de la Plana, págs. 191-214 <https://www.tdx.cat/handle/10803/454675#page=1>

³³ VILAR GONZÁLEZ, SILVIA (2017). “Gestación por sustitución en España. Un estudio con apoyo en el Derecho Comparado y especial referencia a California (EEUU) y Portugal”. (Tesis doctoral) Universidad Jaume I, Castellón de la Plana, págs. 215 <https://www.tdx.cat/handle/10803/454675#page=1>

LAMM, E., op. cit., en nota 1, pág. 72.



aplican recurrentemente la Ley material española (Ley 14/2006 analizada anteriormente), impidiendo la inscripción en el Registro Civil español de los nacidos mediante esta técnica como nacional español³⁴. En este apartado se procederá a analizar con mayor profundidad los casos registrales más relevantes que se han sucedido en España, así como también al estudio de los motivos en los que la Dirección General de los Registros y el Notariado se ha basado para resolverlos de la forma en la que lo ha hecho.

4.2.1 RESOLUCIÓN DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO DE 18 DE FEBRERO DE 2009³⁵.

Esta resolución resuelve la inscripción de dos menores nacidos el California mediante el método de gestación subrogada, la cual fue previamente denegada por el Consulado Español, y lo hace de forma afirmativa, es decir, consideró que la certificación registral presentada por los comitentes podía tener acceso al Registro Civil español sin requerir para ello sentencia judicial sobre la filiación de dichos menores, puesto que no alteraba el orden público internacional español.

La decisión se basó en la aplicación del artículo 81 del Reglamento de Registro Civil³⁶, pues argumentó que, aunque en España sea nulo de pleno derecho el contrato de gestación por sustitución con base en el artículo 10.1. de la Ley 14/2006, y que, aunque en España la filiación de los hijos nacidos por gestación por sustitución quede determinada por el parto, se alega que ese precepto no era de aplicación, pues lo que

³⁴ Esta situación puede conllevar que el menor sea considerado apátrida cuando el país extranjero de origen no le otorgue su nacionalidad debido a que considera que este es nacido de español y, por tanto, debe tener nacionalidad española.

³⁵ RESOLUCIÓN (1ª) de 18 de febrero de 2009, sobre inscripción de nacimiento acaecido en el extranjero.

³⁶ Art. 81 del Reglamento del Registro Civil: «*El documento auténtico, sea original o testimonio, sea judicial, administrativo o notarial, es título para inscribir el hecho del que da fe. También lo es el documento auténtico extranjero, con fuerza en España con arreglo a las leyes o a los tratados internacionales*».



realmente se discutía era si una determinada inscripción en virtud de certificación registral extranjera podía acceder al Registro Civil español. Por lo tanto, según el pensamiento de la DGRN, en este caso habría que resolver mediante la aplicación del artículo 81 del RRC debido a que la inscripción se solicita a través de la presentación de una certificación registral extranjera, y este precepto y no el artículo 10.1 de la Ley 14/2006 el que valora la validez de los documentos extranjeros, equiparándose a los documentos nacionales siempre que cumplan con determinados requisitos. Uno de los requisitos necesarios para permitir la inscripción en el Registro Civil más controvertido es el del respeto del orden público internacional, considerando la DGRN que este caso se respetaba.

Esta Resolución recibió el apoyo de algunos autores como Calvo Caravaca y Carrascosa González, mientras que otros argumentaban en su contra que a través de este método se reduce la cuestión a un estudio de la parte formal de la inscripción de la certificación extranjera, restándole importancia a la cuestión de fondo, es decir, a si dicha certificación vulnera el orden público internacional o no. También se critica que la resolución de la DGRN no debe basarse en el artículo 81 del RRC, sino en el 83 del mismo cuerpo legal, debido a que previa a la certificación registral extranjera hubo una resolución judicial, determinado el artículo 83 que para realizar la inscripción en España en virtud de una sentencia extranjera debe haber tenido lugar el exequátur.³⁷

³⁷ HEREDIA CERVANTES, I., La Dirección General de los Registros y del Notariado ante la gestación por sustitución, Anuario de Derecho Civil, Vol. 66, 2013, p. 8.
<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4549917>



4.2.2 INSTRUCCIÓN DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO DE 5 DE OCTUBRE DE 2010³⁸.

En ella se permitió la inscripción de estos menores en el Registro Civil español siempre que se presentara ante las autoridades españolas una sentencia o resolución judicial extranjera que acreditase dicha filiación, que dicha resolución haya sido objeto de exequátur, presentándose el auto final derivado de este junto a la resolución judicial, así como que, entre otros aspectos, la gestante renunciara mediante su libre consentimiento a su patria potestad y que el menor no hubiese sido objeto de comercio.

El objetivo de la DGRN con esta Resolución es la protección jurídica plena del menor y de las mujeres gestantes, así como controlar el cumplimiento de los requisitos de perfección y contenido del contrato a través del cual se lleva a cabo esta práctica.

La DGRN establece los siguientes puntos que deben cumplir los supuestos de gestación por sustitución que pretendan acceder al Registro Civil:

- *Resolución judicial extranjera que se pronuncie sobre la filiación:*

Se debe acreditar la filiación del menor en relación con el padre biológico, debiendo presentar, junto a la solicitud de inscripción de nacimiento, la resolución judicial dictada por Tribunal competente extranjero en la que se determine la filiación del nacido. Además, cabe destacar que la DGRN deja claro que no se admitirá como válida una certificación registral extranjera o la simple declaración, acompañada de certificación médica del nacimiento del menor en la que no conste la identidad de la gestante.

³⁸ BOE núm 243 de 7 octubre 2010.



- *Exequatur en España de la resolución judicial extranjera:*

La resolución judicial extranjera debe contar con el exequatur en España según los Convenios internacionales vigentes para España o a través del procedimiento contemplado entonces en el artículo 954 LEC³⁹, siendo necesario adjuntar a la solicitud de la inscripción el auto judicial definitivo expedido por autoridad judicial española que pone fin al exequatur.

- *Reconocimiento incidental:*

No es necesario el reconocimiento judicial por homologación previo a la inscripción registral cuando la resolución judicial extranjera haya derivado de un procedimiento análogo a uno de jurisdicción voluntaria.

En este supuesto el Encargado del Registro Civil debe controlar el cumplimiento de los siguientes supuestos: la regularidad y autenticidad formal de la resolución judicial extranjera y demás documentos presentados, que el Tribunal de origen hubiera basado su competencia judicial internacional en criterios equivalentes a los contenidos en la legislación española, que se hubiesen garantizado los derechos procesales de las partes y en especial de la gestante, que no se haya producido una vulneración del interés superior del menor y de los derechos de la gestante (el consentimiento se ha obtenido de forma libre y voluntaria, sin incurrir en error, dolo o violencia y con capacidad natural suficiente), y que la resolución judicial es firme y los consentimientos prestados son irrevocables, o si estuvieran sujetos a un plazo de

³⁹ En la actualidad se encuentra regulado en la Ley 29/2015, de 30 de julio, de Cooperación Jurídica Internacional en Materia Civil.



revocabilidad conforme a la legislación extranjera aplicable, que éste hubiera transcurrido sin que se hubiera ejercitado la revocación⁴⁰.

- *Decisión del Encargado del Registro Civil sobre la necesidad de exequatur por homologación judicial previa o de reconocimiento incidental registral:*

En el caso de que la resolución extranjera fuese dictada en un procedimiento jurisdiccional contencioso denegará la inscripción en el Registro civil español, pues dicha resolución requerirá un exequatur previo. Sin embargo, si la resolución extranjera proviene de un procedimiento de jurisdicción voluntaria el encargado controlará incidentalmente si la resolución puede ser reconocida en España, como requisito previo a su inscripción, tal y como se ha visto anteriormente. Será el encargado del Registro Civil el que constate si se trató de un procedimiento de jurisdicción voluntaria o contencioso y, a raíz de ahí, exigirá exequatur o no.

Esta Instrucción, según alegan Calvo Caravaca y Carrascosa González⁴¹, comete algunos errores, destacando resumidamente los siguientes:

- *La exigencia de una resolución judicial extranjera sobre filiación es contraria a la Ley:*

Ello se debe a que los arts. 81 y 85 del Reglamento del Registro Civil permiten la inscripción de un nacimiento en país extranjero mediante la presentación de un acta

⁴⁰Con ello se pretende acreditar, entre otras cosas, plena capacidad jurídica y de obrar de la gestante, la eficacia del consentimiento prestado por no haber incurrido en error sobre las consecuencias y alcance del mismo, inexistencia de engaño, violencia o coacción o la eventual previsión y/o posterior respeto a la facultad de revocación del consentimiento, etc.

CALVO CARAVACA, A. L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., op. cit., en nota 4, pág. 62.

⁴¹ En “*Gestación por sustitución y Derecho Internacional Privado. Más allá del Tribunal Supremo y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*”



regstral extranjera, sin requerir que se haya dictado una resolución judicial relativa a la gestación por sustitución.

- *La DGRN confunde “reconocimiento” y “exequatur”:*

Exige exequatur en el caso de que la resolución judicial extranjera se haya dictado en un procedimiento contencioso, siendo el exequatur necesario sólo en el supuesto de que la resolución extranjera contenga cuestiones ejecutables, mientras que en los supuestos de acciones declarativas (acciones declarativas de filiación) el exequatur es innecesario, pudiendo solicitarse su reconocimiento ante el juez de primera instancia competente o ante el mismo encargado del Registro Civil.

- *La lista de aspectos, que, según la DGRN, debe revisar el encargado del Registro Civil español cuando se le presenta una resolución judicial extranjera dictada en un proceso de jurisdicción voluntaria o similar está incompleta:*

No se incluye el orden público internacional.⁴²

4.2.3 INSTRUCCIÓN DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO DE 14 DE FEBRERO DE 2019.

En esta instrucción la DGRN sigue manteniendo la postura adoptada en la Resolución del 5 de octubre de 2010, es decir, avala la posibilidad de inscribir a los nacidos mediante gestación subrogada en el Registro Civil español. El motivo de esta nueva Instrucción es el de actualizar los requisitos exigidos para poder realizar la inscripción a la vista de las novedades normativas y jurisprudenciales que tuvieron lugar tras ella (sentencias del TEDH posteriormente explicadas). Además, quiso resolver supuestos que quedaron desamparados tras la Instrucción de 5 de octubre de

⁴² CALVO CARAVACA, A. L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., op. cit., en nota 4, págs. 61-66.



2010, en la que se requería la presentación de resolución judicial del tribunal del país donde tuvo lugar el nacimiento en el que se determine la filiación, pues solo dos países emiten esta resolución, Canadá y EEUU, por lo que era necesario dar respuesta a los supuestos de gestación por sustitución que han tenido lugar en otros países como Ucrania, la India, Rusia, etc.

Se establecen los siguientes requisitos:

- *Necesidad de aportar junto a la solicitud de inscripción la resolución judicial extranjera en la que se determine la filiación del nacido en los términos que establece la Instrucción de 5 de octubre de 2010.*

Recordemos que con ello hace referencia a la necesidad de que la resolución judicial extranjera fuese objeto de exequátur, salvo que dicha resolución extranjera fuese producto de un procedimiento de jurisdicción voluntaria de características análogas al de España, en cuyo caso será posible la inscripción mediante el previo reconocimiento incidental por parte del encargado del Registro Civil.

- *Necesaria constancia de la identidad de la mujer gestante en la certificación registral extranjera o en la declaración y certificación médica.*

En el supuesto de que conste la identidad de la gestante, siendo esta extranjera y habiéndose producido el nacimiento en el extranjero, aclara la DGRN que para practicar la inscripción de dicho nacimiento requiere que se acredite la filiación del menor respecto de un progenitor español, conforme al artículo 15 de la vigente Ley del Registro Civil de 1957, así como, a partir de su entrada en vigor, al art. 9 de la nueva Ley 20/2011, de 21 de julio, del 15/ Civil. Si el reconocimiento se hace mediante declaración del padre ante el Encargado del Registro Civil se requerirá el consentimiento expreso de la madre o del representante legal del menor. Si la madre gestante estuviese casada y fuese aplicable la presunción de paternidad matrimonial,



se exigirán igualmente el consentimiento del marido o cualesquiera otros requisitos impuestos, en su caso, por la legislación civil aplicable.

Añade que en todos los supuestos de reconocimiento de la filiación paterna de un niño nacido mediante esta técnica “deberá completarse mediante otros medios de prueba suficientes, a juicio del encargado del Registro Civil, para acreditar de forma indubitada la realidad de esa filiación paterna. Para ello, el medio preferente, por su sencillez, aunque no exclusivo, podrá ser la correspondiente prueba de ADN, que se habrá de realizar y acreditar con plenas garantías médicas y jurídicas, principalmente en materia de aseguramiento de la cadena de custodia, reconocimiento del centro que practique los análisis.”

En este caso se hará costar la filiación materna determinada por el parto y la paterna resultante de la sentencia o reconocimiento.

La Instrucción hace referencia también a la determinación de la filiación a favor de pareja o cónyuge comitente de aquel cuya filiación ha quedado inscrita, determinando que ello será posible mediante el procedimiento de adopción, necesitando el consentimiento de la gestante una vez hayan transcurrido 6 meses tras el parto.

En el supuesto de que la ley extranjera aplicable, conforme al artículo 9.4 del Código civil español, determine la maternidad únicamente a favor de una mujer distinta de la que ha gestado, por sí sola o bien estando unida a otra mujer en matrimonio o en pareja unida por análoga relación de afectividad a la conyugal, si la comitente acredita algún vínculo genético con el nacido mediante la aportación de su óvulo para la fecundación, será aplicable analógicamente lo previsto en el artículo 10.3 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, en los términos antes expresados respecto de la filiación paterna. Para ello será necesario que conste la negativa de la madre gestante a hacerse cargo del menor, y la inscripción



de la filiación en el Registro del país de la filiación respecto de la madre comitente. La DGRN para llegar a esta solución con el objetivo de evitar que el nacido quede desprotegido y desamparado recurre al siguiente razonamiento: el niño sería inscrito en el Registro Civil del país donde tuvo lugar el nacimiento, debiendo permanecer en ese país, pues sería el de su residencia y domicilio, por lo que, en consecuencia, el artículo 9.4 CC llevaría también la reconocimiento de dicha filiación ya que establece que “La determinación y el carácter de la filiación por naturaleza se regirán por la ley de la residencia habitual del hijo en el momento del establecimiento de la filiación”⁴³.

En conclusión, esta Instrucción intenta facilitar la inscripción de los menores nacidos mediante gestación por sustitución, diluyendo los inconvenientes con los que se pueden encontrar los comitentes al intentar inscribir el niño, haciendo, por tanto, cada vez más fácil que los españoles recurran a una figura que sigue siendo ilegal. Por ello, hay autores como Gonzalo Muñoz Rodrigo⁴⁴ que la tildan de ser totalmente contraria a la legalidad vigente en España, al igual que las anteriores, y ello seguirá siendo así mientras no se modifique el criterio seguido por la Ley española donde se determina que la maternidad será determinada por el parto.

Tal vez por esta esta flexibilización, esta Instrucción fue derogada 4 días después por la Dirección General del Registro y del Notariado⁴⁵, volviendo al régimen de la Instrucción de 5 de octubre de 2010, demostrando así la discordancia interna que existe en el Estado español sobre la gestación subrogada aun en la actualidad y a pesar de que las resoluciones del TEDH dilucidaron un poco el camino a seguir por los diferentes Estados ante esta situación.

⁴³ MUÑOZ RODRIGO, G. (2019), op. cit., págs. 728-733.

⁴⁴ MUÑOZ RODRIGO, G. (2019), op. cit., págs. 728-733.

⁴⁵ Instrucción de 18 de febrero de 2019, BOE núm. 45, de 21 de febrero.



4.3.Resoluciones de los Tribunales españoles e internacionales.

4.3.1 RESOLUCIONES DE LOS TRIBUNALES ESPAÑOLES:

En la sentencia de 6 de febrero de 2014 se manifiesta el alto Tribunal sobre el tratamiento que debe darse al reconocimiento de decisiones extranjeras sobre filiación a favor de los padres intencionales, proceso que fue iniciado por el Ministerio Fiscal, que, como ya se dijo anteriormente, recurrió una resolución de la DGRN por la que se inscribía a dos menores concebidos bajo la técnica de gestación por sustitución.

Para comenzar a ahondar en esta sentencia cabe destacar que su contenido fue desestimatorio con votos particulares de los magistrados Seijas Quintana, Ferrándiz Gabriel, Arroyo Fiestas y Sastre Papiol.

La Sentencia, en su fundamento jurídico tercero, se basa en el orden público internacional, el cual esgrimen los magistrados que está contenido en el art. 10 de la Ley 14/2006, no siendo posible que las partes comitentes aleguen o se fundamenten en el “interés superior del menor” para obtener un resultado contrario a una Ley.

Dicha sentencia, en el fundamento jurídico cuarto, también se manifiesta sobre la nula posibilidad de estar motivada por una discriminación por razón de sexo, y se hace necesario hacer esta argumentación en la misma puesto que los comitentes en este caso son dos varones, pudiendo llevar a confusión la resolución del TS, por lo que argumenta que se deniega la inscripción porque se ha originado por un contrato considerado nulo en España, entendiéndose que si la figura del comitente hubiese sido una pareja heterosexual o una sola persona habría resuelto de igual manera.

La propia sentencia, en el fundamento jurídico quinto, reconoce que la no inscripción de la filiación establecida en la certificación obtenida en el país extranjero



(en este caso California) puede conllevar un perjuicio jurídico para los menores, pero también considera que el establecimiento de la filiación en contra de la Ley también supone un perjuicio para ellos debido a que se convierten en objeto de comercio.

Algo importante a destacar es que la sentencia no niega la posibilidad de que la filiación de los menores se inscriba en el Registro, pero a través de las figuras de la adopción y acogimiento, permitiendo así que el nacido mediante la gestación subrogada obtenga la nacionalidad española, en caso de adopción, por lo que tampoco se vulnera el derecho al respeto de su vida privada y familiar.

En conclusión, esta sentencia determina que la discusión suscitada no puede resolverse aplicando de forma única el Derecho español (artículo 10 de la Ley 14/2006) ni el artículo 9.4 del CC, que determinaba que la filiación se establece por la Ley nacional del hijo, y que no hace falta sentencia o resolución judicial extranjera que acredite la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución. Según el TS, el único requisito necesario para poder llevar a cabo la inscripción en el Registro Civil es la acreditación de que la certificación registral extranjera no vulnera el orden público internacional español (entendiendo el tribunal que sí lo vulneraba).

En cuanto al voto particular, este alega que la situación no debió resolverse motivada por el art. 10 de la Ley 14/2006, sino que debió basarse en el orden público internacional conjugado con el interés superior del menor, pues desde la óptica del interés público internacional puede parecer que se priva al menor de una identidad y familia, concretamente dice: *“no hay orden público si en el caso se contraría el interés de un niño, una persona de carne y hueso, perfectamente individualizada”*. Sobre este concreto extremo, la Sentencia considera sin embargo que deben tenerse en cuenta también otros aspectos, como la legislación nacional y las convenciones internacionales, pudiendo el interés del menor servir para interpretar y valorar la aplicación de la ley, pero no para contradecirla. Con esta argumentación el TS



reconoce que, aunque el hecho de no reconocer la filiación del menor pueda provocar un perjuicio para el mismo, resulta necesaria la ponderación de los factores anteriormente señalados para dar con una solución que sea la menos perjudicial para los menores afectados por esta situación.

Esta Sentencia tuvo dos principales consecuencias: por un lado, la paralización de las inscripciones que se habían solicitado tras la Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010, y por el otro, una propuesta de reforma de la Ley del Registro Civil en el 13 de junio de 2014 en el Consejo de Ministros que restringiría el reconocimiento en España de la filiación en estos casos.⁴⁶ Por tanto, esta Sentencia planteó la cuestión de si la misma no solo anulaba la Instrucción de 2009, sino que también afectaba a la de 2010 y a su vigencia. Este extremo fue consultado a la DGRN por parte de la Dirección General de los Españoles en el Exterior y de Asuntos Consulares y contestada mediante Resolución de 11 de julio de 2014 en sentido favorable al mantenimiento de la vigencia de la citada Instrucción, con fundamento en las sentencias del TEDH explicadas a continuación como apoyo. La DGRN señaló que *“Estas sentencias no pueden ser desconocidas por el ordenamiento jurídico español. Las Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, incluso cuando España no es demandada, tienen el efecto interpretativo que deriva del artículo 10.2 de la Constitución, y que el Tribunal Constitucional viene reconociendo al acatar la doctrina expuesta en aquellas”*⁴⁷.

⁴⁶ STS (Pleno) de 6 de febrero de 2014 (ROJ 2014, 247).

GODOY VÁZQUEZ, M. O. (2018). “La gestación subrogada en la jurisprudencia del TEDH, TJUE Y Tribunal Supremo”. *Anuario de la Facultad de Derecho de la UEx*. Vol34, págs.113-117. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7044337>

⁴⁷ Instrucción de 14 de febrero de 2019 de la DGRN sobre la actualización del régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución, apartado VI. BOE núm. 45, de 21 de febrero de 2019. https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2019-2367



Por último, y para concluir con la jurisprudencia de los tribunales españoles, cabe resaltar que no en todos los supuestos acontecidos ha habido unanimidad en las sentencias dictadas por los órganos judiciales españoles, es decir, no todos los juzgados y tribunales se han posicionado igual que lo hicieron los anteriormente nombrados. En este sentido encontramos el Auto 285/2012, de 25 de junio de 2012, del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número 1 de Pozuelo de Alarcón, el cual, tras acudir una comitente a inscribir a los niños concebidos mediante gestación por sustitución al Registro Civil de España y haber obtenido una respuesta negativa, resuelve que debe procederse a la inscripción debido a que se cumple con el requisito de presentación ante el Registro de resolución judicial de Tribunal competente y al adjuntarse, junto a la solicitud de exequátur, copia autenticada y legalizada de la sentencia extranjera mediante la apostilla del Convenio de la Haya. En la resolución consideró que no es contrario al orden público la inscripción de los menores, al ser de mayor importancia la protección de los intereses de los mismos.⁴⁸

4.3.2 RESOLUCIONES DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS.

Este tribunal resolvió dos casos muy similares de forma idéntica, el de *Menesson y Labassee*, ambas inscripciones denegadas por el Estado francés⁴⁹.

Según el TEDH no existe consenso entre los Estados sobre la admisibilidad y regulación de la gestación subrogada y afecta a la filiación de los niños y, por tanto, a su identidad, por lo que alega que debe encontrarse un equilibrio entre estos intereses afectados, los intereses de los Estados (la protección de la salud y de los derechos y libertades de los individuos) y los de las partes del contrato de gestación por

⁴⁸ LAMM, E., op. cit., en nota 1, págs. 94-95.

⁴⁹ Sentencias TEDH de 26 de junio de 2014 (Secc. 5ª). Rec. 65192/2011 y Rec. 65941/2011 respectivamente.



sustitución. Además, determina que ese equilibrio debe hallarse teniendo en cuenta el interés superior del menor.

Las partes comitentes alegaban que la denegación de la inscripción vulneraba el interés del menor y vulneraba el derecho a su vida privada y familiar, mientras que el alegato del Estado francés se basaba en que la admisión de la inscripción equivaldría a aceptar tácitamente que el Derecho interno puede ser derogado por decisiones extranjeras.

Según el TEDH es necesario distinguir entre el derecho de los matrimonios demandantes a su vida familiar, y el derecho de los hijos nacidos artificialmente al respeto a su vida privada, pues negar la inscripción no impide el establecimiento de una vida familiar, pero sí es contrario al derecho a la vida privada, provocando que el Estado que deniega la inscripción de la filiación sobrepase el margen de apreciación que le está permitido, de acuerdo al artículo 8 del Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950 (CEDH).

Se debe destacar también otras ocasiones en las que el TEDH se pronunció en concordancia con el Estado⁵⁰. En este caso la pareja comitente convivió con el menor durante 6 meses y posteriormente fue dado en adopción a otra familia. El TEDH concluye que los Tribunales italianos se limitaron a aplicar la legislación italiana y que la medida adoptada no fue discrecional, sino basada en disposiciones de Derecho interno. Concluye que, la solución adoptada por las autoridades italianas era adecuada ante la ilegalidad de la conducta de los padres comitentes y la necesidad de adoptar medidas urgentes respecto del menor en situación de abandono de acuerdo con lo establecido en la legislación italiana sobre adopción y acogimiento. Esta decisión el tribunal la basa en que no había lazo biológico entre los padres comitentes y el niño,

⁵⁰ Sentencia de 24 de enero de 2017, TEDH, Gran Sala.



y en que el recién nacido había estado menos de seis meses con los comitentes, siendo tiempo insuficiente para crear una relación afectiva que pudiera suponer una vida familiar.

A modo de conclusión sobre las resoluciones del TEDH cabe destacar que el Tribunal determina que la certificación registral en la que se establece la filiación del menor a favor de los comitentes debe producir efectos jurídicos en un Estado parte del CEDH, y ello es porque solo de esta manera se puede garantizar el derecho a la vida privada de los menores⁵¹.

Vemos que el TEDH no se ha pronunciado sobre los contratos de gestación por sustitución, sino que se ha limitado a establecer que es una materia sobre la que no se ha llegado a consenso, por lo que los Estados conservan una amplia capacidad de decisión; y que no es su función sustituir los criterios de las autoridades nacionales por los suyos propios para determinar la política más apropiada para regular la gestación por sustitución⁵².

Para concluir este apartado cabe aclarar que, en un principio, con las sentencias de 2014 se podría pensar que el TEDH tenía como prioridad absoluta la protección del

⁵¹ Dado que las resoluciones del TEDH deben ser observadas por los Estados parte del CEDH (ya que así lo establece la CE en su artículo 10.2), sería lógico pensar que en España se resuelve la problemática con estas resoluciones del Tribunal Europeo, actuando según los criterios establecidos por el mismo, sin embargo, al TS se le plantea un incidente de nulidad a raíz de estas sentencias del TEDH, el cual resuelve en ATS 2 febrero 2015 que la STS 6 febrero 2014 no vulnera la doctrina establecida por el TEDH basándose en diferencias existentes entre Francia y España: mientras que en Francia no existen mecanismos para reconocer al menor como hijo propio, en España se dispone de la acción de reclamación de paternidad en el caso de que los comitentes tengan vínculo biológico. MUÑOZ RODRIGO, G. (2019), op. cit., pág. 727.

⁵² GODOY VÁZQUEZ, M. O. (2018). “La gestación subrogada en la jurisprudencia del TEDH, TJUE Y Tribunal Supremo”. *Anuario de la Facultad de Derecho de la UEx*. Vol34, págs.120-125. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7044337>



interés del menor sin excepción alguna. Sin embargo, con los casos resueltos en las sentencias de 2017 determina que se debe atender al caso concreto, prestando especial atención a la existencia o no de vínculo biológico entre el nacido y los comitentes⁵³.

4.4. Conclusiones sobre las diferentes posturas adoptadas sobre la gestación por subrogación.

Tras haber analizado la Ley vigente en España reguladora de esta materia y la opinión de la doctrina sobre la misma, así como las resoluciones de la DGRN y de los tribunales españoles e internacionales, se pueden destacar tres corrientes de pensamiento.

Por un lado, se encuentra la tesis que defiende que la filiación de los menores nacidos mediante la gestación subrogada debe quedar determinada por la ley española, es decir, el artículo 10.1 de la Ley 14/2006, siendo la madre del nacido la gestante, en cualquier caso. Esta corriente se apoya en que el documento registral extranjero en el que consta la filiación del nacido no es más que un documento en el que constan hechos y que una vez sea recibido por el registrador español se debe comprobar la realidad y legalidad del mismo. También argumentan que la norma española aplicable a la determinación de la filiación de los nacidos mediante esta técnica (el artículo 10 de la Ley 14/2006) es una norma imperativa aplicable tanto en casos nacionales como internacionales, sin aplicar la norma de conflicto española (artículo 9.4 CC). Por último, se basan en que en la generalidad de los casos se produce un fraude de ley

⁵³ DÍAZ FRAILE, J. M. (2019). “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*. Vol6, pág. 125. <https://nreg.es/ojs/index.php/RDC/article/view/401/329>



(artículo 6.4 CC), y que, por lo tanto, debe ser ineficaz dicha filiación y aplicarse el artículo 10 de la LTRHA⁵⁴.

Encontramos también la tesis que exige resolución judicial extranjera, comprobación de que la mujer ha dado su consentimiento libremente y que el menor no ha sido objeto de comercio. Según esta doctrina, mientras se cuente con tal resolución será posible la inscripción del nacimiento tal y como consta acreditada en el país extranjero. Esta es la tesis mantenida por la Instrucción de la DGRN de 2010.

Por último, encontramos la tesis que defiende que existen normas en el Derecho español que permiten la entrada al Registro Civil español de la filiación de los nacidos mediante la gestación subrogada tal y como consta en la certificación registral extranjera. Tales normas son los artículos 81 y 85 RRC. Esta fue la tesis defendida por la resolución de la RDGRN 18 febrero 2009, por la STS 6 febrero 2014 y por las STEDH 26 junio 2014 as. 65192/11 y STEDH 26 junio 2014 as. 65941/11.

Vemos que en este punto han coincidido la DGRN, el TS y el TEDH, pues ninguna ha defendido la aplicación directa del Derecho del Estado de destino ni se ha exigido que la filiación de los menores haya quedado fijada por resolución judicial y no registral extranjera, bastando para las tres instituciones, por tanto, la certificación registral extranjera. Sin embargo, existe un punto de discordia entre ellas, y es el orden público internacional, ya que el TS entiende que aceptar la filiación determinada en una certificación registral extranjera afecta al orden público internacional, mientras que la DGRN en la resolución de 2009 y el TEDH entienden que no.

En lo que respecta al conceto de “*orden público internacional español*” destacamos lo referenciado por Alfonso Luis Calvo Caravaca y Javier Carrascosa

⁵⁴ Esta tesis es defendida por J.M. Espinar Vicente, C. Lasarte Álvarez, E. Farnós Amorós, A.J. Vela Sánchez, etc. Sin embargo, no es seguida por la DGRN, TS ni TEDH.



González, creemos con acierto. El mismo dice *“El orden público internacional está compuesto por “principios” jurídicos esenciales del Estado de destino y no por las “normas” del Derecho del Estado de destino... Por ello, una mera diferencia de la legislación entre el Estado de origen de la resolución y el Estado de destino de la misma, no supone ni puede suponer una vulneración del orden público internacional de este último Estado. El orden público internacional sólo se activa en el caso de una contradicción intolerable entre, por un lado, el resultado de la introducción de una resolución extranjera en el orden jurídico del Estado de destino y por otro lado, los valores fundamentales del Derecho de dicho Estado de destino”*⁵⁵.

5. POSIBLE EXISTENCIA DEL DERECHO A LA REPRODUCCIÓN Y POSICIONES POLÍTICAS EN ESPAÑA RESPECTO A LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN.

Como ha quedado expuesto a lo largo de este trabajo, no solo existen divergencias respecto a la gestación subrogada entre distintos países, sino que, en un mismo país, como es el caso de España, conviven diferentes concepciones políticas acerca de esta realidad. Es interesante analizar esta figura desde una perspectiva política debido a que la legislación puede variar en función de los signos políticos con más fuerza en cada momento, y, por tanto, nos podemos hacer una idea sobre cómo podría ser el futuro de la gestación subrogada.

Es por ello que para ir finalizando este trabajo conviene aclarar el estado en el que se encuentra España en la actualidad respecto a este fenómeno y hacia dónde se dirigen los pensamientos políticos con mayor relevancia de forma breve, puesto que en función del mismo se producirá un cambio en la regulación de la gestación subrogada en un futuro o se mantendrá.

⁵⁵ CALVO CARAVACA, A. L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ J., op. cit., en nota 4, pág. 70.



- Partido Socialista Obrero Español (PSOE)

El Partido Socialista Obrero Español apoya la actual regulación de la gestación subrogada, es decir, aboga por la ilegalidad de este contrato. Sin embargo, dentro de los miembros del propio partido han existido posiciones encontradas respecto a esta materia⁵⁶.

- Unión Progreso y Democracia (UPyD)

Este partido muestra una posición claramente favorable hacia la licitud del contrato de gestación subrogada, ya que presentó una Proposición no de Ley el 15 de febrero de 2015 en la que se propone la derogación del artículo 10 de la Ley 14/2006 y sustituirlo por una regulación que permita llevar a cabo la gestación subrogada con plena validez jurídica siempre que se cumplan determinados requisitos, como que se realice de forma altruista, que la gestante tenga al menos 18 años y buen estado de salud, que preste su consentimiento de forma libre y que sea irrenunciable, y que únicamente se permita cuando los comitentes sean incompatibles con el resto de técnicas de reproducción asistida. Propone además la creación de un Registro Nacional de Gestación por Subrogación adscrito al Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, y la creación de una regulación común de la gestación por sustitución y de los acuerdos de subrogación transfronterizos en el marco de la Unión Europea.

⁵⁶ En el programa del PSOE encontramos el siguiente punto sobre gestación por sustitución:

“2.1.4. Contra los vientres de alquiler

Decimos NO a los vientres de alquiler. La explotación reproductiva está prohibida en nuestra legislación, en coherencia con las recomendaciones del Parlamento Europeo. Los vientres de alquiler socavan los derechos de las mujeres, especialmente de las más vulnerables, mercantilizando sus cuerpos y sus funciones reproductivas. Actuaremos frente a las agencias que ofrecen esta práctica, a sabiendas de que está prohibida en nuestro país.”

<https://www.psoe.es/media-content/2019/10/Ahora-progreso-programa-PSOE-10N-31102019.pdf>



Dicha propuesta fue rechazada por la Comisión de Justicia del Congreso de Diputados, por los votos del Partido Popular y el PSOE⁵⁷.

- Vox

Este partido se posiciona en contra de legalizar esta figura de forma rotunda, pues alega que ello supone comercializar con niños y cosificar a la mujer⁵⁸.

- Partido Popular (PP)

El Partido Popular muestra una postura claramente en contra de la legalización de la gestación por sustitución, aunque al igual que en el PSOE, existen divergencias internas⁵⁹.

- Podemos

Este partido se encuentra también dividido, pues no todos sus integrantes comparten la misma opinión. Aun así, Podemos se sitúa favorable al mantenimiento

⁵⁷ En su programa electoral determinan:

“Se articulará en el marco legislativo correspondiente la gestación subrogada, entendida como la técnica por la que una mujer acepta ser la gestante mediante cualquiera de las técnicas de reproducción asistida contempladas por la ley y dar a luz al hijo de otras personas o persona — progenitores subrogantes— como técnica reproductiva. Para ello, se derogará el artículo 10 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida.”

<https://www.upyd.es/propuestas/sanidad/#1492249166857-2200f2d3-f510>

⁵⁸ Establecen los siguiente en su programa electoral:

“80. Prohibición de los vientres de alquiler y toda actividad que cosifique y utilice como producto de compra venta a los seres humanos.”

https://www.voxespana.es/biblioteca/espana/2018m/gal_c2d72e181103013447.pdf

⁵⁹ No hay pronunciamientos respecto a esta materia en su programa electoral.

http://www.pp.es/sites/default/files/documentos/pp_programa_electoral_2019.pdf



de la actual regulación y ello es porque alega que sería muy complicado asegurar unas garantías mínimas que impidan la explotación de la mujer⁶⁰.

- Ciudadanos

En este partido existe unanimidad, logrando así haber presentado una proposición de ley ante el Congreso de los Diputados en junio de 2017. Apostaron por un contrato que recogiese una compensación económica para la gestante, pero limitada a los gastos que le suponga la gestación. Las posibles gestantes debería tener al menos 25 años y haber sido madre en alguna ocasión anterior, españolas o con nacionalidad española, y con una situación económica estable. Solo se podría haber adoptado la figura de gestante en un máximo de dos ocasiones y la misma no podría haber tenido vínculo familiar con los comitentes. En cuanto a los comitentes, establecían que debería haberlo intentado antes por el método de fecundación in vitro sin éxito, y debían encontrarse entre los 25 y 45 años con nacionalidad española.

Además, esta proposición contenía multas entre 1.000€ y 1.000.000€ para las posibles infracciones que se cometiesen.

Finalmente, no obtuvo suficiente apoyo por parte del resto de partidos políticos, decayendo por fin de legislatura⁶¹.

⁶⁰ No hay pronunciamientos respecto a esta materia en su programa electoral. https://podemos.info/wp-content/uploads/2019/10/Podemos_programa_generales_10N.pdf

⁶¹ Proposición de Ley reguladora del derecho a la gestación por subrogación. (122/000117) http://www.congreso.es/public_oficiales/L12/CONG/BOCG/B/BOCG-12-B-145-1.PDF

En su programa electoral establecen lo siguiente:

“Impulsaremos una Ley de Gestación Subrogada altruista y garantista para que las mujeres que no pueden concebir y las familias LGTBI puedan cumplir su sueño de formar una familia Nuestro modelo altruista de gestación por sustitución, similar al de Canadá y Reino Unido, garantizará los derechos de todas las personas intervinientes en el



El 3 de julio de 2019 se presentó una proposición de ley ante el Congreso para regular esta materia, con algunos cambios respecto a la anterior. En ella se contemplaba que la mujer gestante pueda tener relación de consanguinidad con los futuros padres⁶².

Se puede ver cómo está surgiendo un pensamiento político hacia la flexibilización de la gestación subrogada, el cual se inclina por regular su licitud bajo determinados requisitos que protejan los derechos de la mujer a no ser objeto de explotación ni de comercio y el interés superior del menor, sin dejar en el olvido el derecho a la reproducción y a la vida familiar, al igual que está ocurriendo en varios países de Europa que ya han comenzado el cambio.

Este debate entre la modificación o la permanencia de la actual regulación de la gestación por sustitución nos remite a otro más profundo; el conflicto entre derechos fundamentales que se ven implicados, como pueden ser el derecho a la vida, a la integridad física y moral, al libre desarrollo de la personalidad, a la igualdad, etc., y el posible derecho a la procreación o reproducción.

La gestación por sustitución podría presentarse como un remedio para garantizar el derecho a la igualdad y no discriminación, pues aseguraría el derecho a la reproducción a parejas homosexuales varones, hombres que quieran tener descendencia y formar una familia monoparental, mujeres estériles, etc. en igualdad de condiciones que aquellas personas que puedan reproducirse sin necesidad de acudir

proceso, en especial los de las mujeres gestantes y los de los menores nacidos mediante esta técnica de reproducción asistida.”

<https://www.ciudadanos-cs.org/programa-electoral>

⁶² Proposición de Ley reguladora del derecho a la gestación por sustitución. (122/000015).

http://www.congreso.es/portal/page/portal/Congreso/Congreso/Iniciativas?_piref73_2148295_73_1335437_1335437.next_page=/wc/servidorCGI&CMD=VERLST&BASE=IW13&FMT=INITXDSS.fmt&DOCS=1-1&DOCORDER=FIFO&OPDEF=ADJ&QUERY=%28122%2F000015*.NDOC.%29



a las técnicas de reproducción asistida, es decir, permitiéndoles tener descendencia con su mismo material genético.

El derecho a reproducirse es de construcción reciente, pues ha ido desarrollándose a medida que han avanzado las técnicas de reproducción asistida, por lo que se presenta la duda en la actualidad de si se trata de un nuevo derecho fundamental al que hay que proteger y garantizar a todos los ciudadanos, ya que ni en la Constitución Española ni en los tratados internacionales de los que forma parte España se hace referencia alguna al mismo⁶³.

Parte de la doctrina (Yolanda Gómez Sánchez a modo de ejemplo) afirma que existe el derecho a la reproducción y que se hace necesaria su protección constitucional debido a que está conectado con el derecho de libertad (artículo 17 CE), intimidad personal y familiar (artículo 18.1 CE), derecho a fundar la familia (artículo 12 CEDH) (Roma, 1950, CEDH), siendo todos ellos la base para que los ciudadanos tengan autodeterminación sobre su ámbito personal, impidiendo la injerencia del poder público⁶⁴.

En este sentido se pronuncia también Eleonora Lamm, la cual recuerda que los derechos reproductivos se consolidaron universalmente desde el año 1994, en la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo de Naciones Unidas,

⁶³ En la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, en el artículo 3 si se hace alguna referencia a la reproducción dentro del derecho a la integridad de la persona para establecer la prohibición de que el cuerpo humano o partes del mismo se conviertan en objeto de lucro y la prohibición de la clonación reproductora de seres humanos. Sin embargo, no hay pronunciamiento sobre las técnicas para garantizar la reproducción humana.

⁶⁴ REDONDO SACEDA, L. (2016). “Asimetría reproductiva: controversias entre el derecho a la reproducción y la gestación subrogada”. *Anuario Facultad de Derecho - Universidad de Alcalá IX*, (9), págs. 52-53.

https://ebuah.uah.es/dspace/bitstream/handle/10017/28857/asimetria_redondo_AFDUA_2016.pdf?sequence=1&isAllowed=y



donde se definió el término “salud reproductiva”⁶⁵ incluyéndose, según relata *“métodos, técnicas y servicios que contribuyen a la salud reproductiva, incluyendo las tecnologías diseñadas para tratar la infertilidad y para permitirles a las parejas infértiles tener hijos”*⁶⁶.

En el otro extremo encontramos opiniones que defienden que, aunque existe el derecho a la reproducción, este se refiere a la reproducción natural, no pudiendo exigírsele al Estado la regulación del acceso a las técnicas de reproducción asistida (Fernando Pantaleón, por ejemplo)⁶⁷.

6. REFLEXIONES FINALES.

Como ya se ha expresado y ha quedado plasmado a lo largo de este trabajo, la situación actual en España es totalmente contradictoria respecto a esta materia, pues por un lado encontramos la Ley y las resoluciones de los tribunales españoles, que alegan la nulidad del contrato de gestación por sustitución, mientras que en el otro extremo se haya la DGRN, la cual en diferentes resoluciones o instrucciones ha tratado de dar solución a los comitentes que han recurrido a esta técnica, permitiendo la inscripción de la filiación de los nacidos a favor de los mismos. Tras el análisis realizado, tanto a nivel nacional como internacional, creo con mayor acierto la posición que avala la flexibilización y, por tanto, legalización de esta materia en España, y ello con base en las siguientes consideraciones:

⁶⁵ “un estado general de bienestar físico, mental y social, y no de mera ausencia de enfermedades o dolencias, en todos los aspectos relacionados con el sistema reproductivo y sus funciones y procesos”.

⁶⁶ LAMM, E., op. cit., en nota 1, pág. 230.

⁶⁷ REDONDO SACEDA, L., op. cit. págs. 52-53.



En primer lugar, respecto a la Ley actual sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida, cabe destacar que, en mi opinión, no da un trato igual entre el hombre y la mujer, puesto que en su artículo 10.2 atribuye la maternidad a la mujer que da a luz, pero en el artículo 10.3 permite al hombre que haya aportado su material genético para hacer posible la gestación que reclame la paternidad del nacido. Sin embargo, en el caso de que una mujer comitente haya aportado también su material genético para dar lugar a la gestación, la Ley no le permite reclamar la filiación aun estando en iguales circunstancias que el hombre comitente, es decir, da un trato diferente entre hombre y mujer, aunque ambos hayan aportado su material genético. Además, como ha quedado expuesto en la evolución histórica de esta materia, España ha sido uno de los países pioneros en regular y permitir las técnicas de reproducción asistida a través de la Ley, mientras que la gestación por sustitución ha permanecido prohibida aunque tenga amplios parecidos en el procedimiento con otras técnicas, ya que no es el único método en el que se recurre a la aportación de material genético de otras personas (llegando incluso a remunerarse la aportación de dicho material), pero si es el único que está prohibido.

Seguidamente, al analizar las resoluciones de la DGRN, interpreto que ha tratado de adaptarse a los avances sociales, buscando diversas soluciones con el objetivo de permitir la inscripción de los nacidos mediante esta técnica y facilitarles este trámite a los comitentes. Estos argumentos de la DGRN, en mi opinión, no han sido del todo descabellados ya que se trata de proteger un interés superior (interés del menor) y la seguridad del tráfico internacional. Recordemos que en su resolución de 18 de febrero de 2009 alega que no es de aplicación el artículo 10 de la LTRHA, ya que no se trata de determinar la filiación de un nacido, sino de dilucidar si una certificación registral extranjera podía tener acceso al Registro Civil español, aspecto en el que es aplicable el artículo 81 del Reglamento del Registro Civil, estableciéndose en el mismo que dicho documento es título suficiente para proceder a la inscripción del hecho del que



da fe en España. Posteriormente, en la Instrucción de 5 de octubre de 2010, la DGRN establece una serie de requisitos que deben cumplir los casos de gestación por sustitución para realizar la inscripción de los mismo en el Registro Civil; resolución judicial extranjera que se pronuncie sobre la filiación en la que conste la identidad de la gestante, execuátur de la resolución extranjera o reconocimiento incidental por el encargado del Registro en caso de que se haya tramitado en un procedimiento de jurisdicción voluntaria (coincidiendo con Calvo Caravaca y Carrascosa González en que los errores más pronunciados de esta Instrucción son la necesidad de aportar execuátur, pues solo es exigible cuando se trata de una resolución con pronunciamientos ejecutables, no siendo este el caso, así como también la omisión del orden público internacional en la lista de aspectos que debe observar el encargado del Registro en caso de que se trate de un proceso de jurisdicción voluntaria, pues aunque no sea uno de los aspectos fundamentales en los que se debe basar la decisión sobre la determinación de la filiación no debe omitirse por completo).

Por último, en cuanto a los pronunciamientos de los tribunales españoles, en la sentencia de 6 de febrero de 2014 el TS ha dado una mayor protección al orden público internacional que al interés superior del menor, lo cual, creo totalmente desacertado. El argumento sobre la vulneración del orden público internacional es insuficiente puesto que existen normas de Derecho Internacional Privado que regulan el reconocimiento de decisiones extranjeras, como ya se ha indicado, las cuales creemos que deben aplicarse como base o como regla general, dejando, por tanto, el argumento de orden público internacional como una regla de carácter excepcional. Esta primacía de las normas de Derecho Internacional Privado en esta materia sobre el orden público internacional se debe a que el objetivo principal de este último es proteger o impedir la vulneración de principios fundamentales (no normas en concreto) establecidos en un Estado por medio de decisiones o resoluciones que han tenido lugar en otro Estado diferente, mientras que las normas de Derecho Internacional Privado avalan un interés



superior: la necesidad de que las resoluciones judiciales o de autoridades públicas circulen por diferentes Estados, aportando de esta manera seguridad en el tráfico jurídico a los sujetos que se ven afectados por ella, y más concretamente, aportando certeza, coherencia y estabilidad sobre el estado civil de las personas, independientemente del territorio en el que el individuo se encuentre.

Además, dado que el orden público internacional protege principios fundamentales y no normas en concreto, el orden público internacional español solo se vería vulnerado en un supuesto de gestación por sustitución donde haya intervenido el tráfico de menores, explotación de seres humanos, coacción, violencia, etc., por tanto, habría que estar al caso en concreto.

Respecto al interés superior del menor, destacar que es de primer orden que este cuente con un apoyo familiar donde sea querido, como es el caso de una familia creada mediante gestación por sustitución, donde el niño ha sido deseado. Ello debe prevalecer sobre el orden público internacional, asegurando que el niño cuente con la misma identidad y filiación que en el país de origen. Por tanto, entiendo el interés superior del menor de forma contraria, es decir, que, en estos casos, el interés del niño se estaría protegiendo si se admite en España la filiación del mismo respecto a los comitentes, mientras que en los supuestos donde haya intervenido coacción, intimidación, explotación, vicio en el consentimiento de la gestante, etc., sí habría vulneración del interés superior del menor, dado que permitir que individuos que han actuado bajo esos principios puedan ser figuras de referencia para el niño no sería lo más recomendable.

En este sentido, el propio TEDH aclaró ya en sentencia de 3 de mayo de 2011 que debido a la existencia del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos de 4 noviembre 1950, el orden público internacional queda en un segundo plano cuando afecta al derecho a una vida familiar, a la vida privada y a la identidad



del menor, recogidos en el artículo 8 del citado convenio, y que por tanto, solo mediante el reconocimiento y admisión de tal filiación quedarán protegidos tanto esos derechos como el interés superior del menor.

Sería lo más deseable que mediante la cooperación internacional se crease un cuerpo normativo aplicable a diferentes países que regule esta materia, como en el caso de la filiación adoptiva⁶⁸, por medio del cual se garantice una base legislativa común para los contratos de gestación por sustitución para todos los Estados implicados. Tal vez conlleva una mayor dificultad conseguir la cohesión internacional necesaria para la realización de dicho cuerpo normativo, por lo que, por el momento, se podría intentar en el plano nacional, dado que las resoluciones de los Tribunales internacionales, de forma indirecta, obligan a su modificación en los países en los que, como España, se considera nula esta figura.

A mi juicio, en esa futura regulación nacional⁶⁹, sería recomendable incluir como contenido o cláusulas básicas de este contrato, los siguientes puntos:

- Celebración del contrato mediante escritura pública ante notario para que este pueda comprobar la capacidad de obrar de las partes, la edad, o la ausencia de vicios en la prestación del consentimiento, así como el cumplimiento de cualesquiera otros requisitos que se pudiesen exigir legalmente para poder formalizar este contrato.
- Consentimiento libre y voluntario de la gestante, es decir, ausencia de dolo, error, violencia, intimidación, coacción, etc. La prestación del consentimiento debe producirse de forma previa a la inseminación de la gestante, de manera que la gestación se realice

⁶⁸ Convenio relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional, creado en La Haya el 29 mayo 1993.

⁶⁹ Eleonora Lamm elabora una propuesta de Ley sobre la gestación por sustitución en “Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres.” Págs. 301-309.



única y exclusivamente con base o teniendo por causa el contrato. El alcance de este consentimiento debe incluir la comprensión de las consecuencias de la prestación del mismo.

Se podría incluir también como requisito la prestación del consentimiento del cónyuge o pareja de hecho de la gestante, en el caso de que exista, debido a la posibilidad que tiene de reclamar la paternidad del niño e impugnar la filiación del mismo a favor de los comitentes, de acuerdo con los artículos 131 y siguientes del CC. Por tanto, sería recomendable incluir el consentimiento de la pareja de la gestante para evitar posibles conflictos.

- Irrevocabilidad del contrato garantizando seguridad a ambas partes contratantes y evitando posibles reclamaciones por gastos ocasionados o daños morales⁷⁰.
- Carácter gratuito o altruista del mismo, evitando así el trato de personas humanas como objeto de comercio. De este modo la gestante no percibiría contraprestación alguna por la cesión de su útero, quedado a salvo la posibilidad de compensación por los gastos que conlleva la gestación. Así, se lograría el acercamiento del objeto de este contrato al sentimiento de solidaridad, alejándose de un fin económico.
- Acreditación mediante certificación médica de la imposibilidad biológica de la mujer comitente de gestar o de hacerlos sin riesgo para su salud o la del niño, por lo que la posibilidad de celebrar este contrato quedaría reducida a aquellos supuestos a los que las Técnicas de Reproducción Humana Asistida permitidas actualmente en España no

⁷⁰ En el Ordenamiento Jurídico español encontramos contratos en el ámbito del Derecho de Familia que se caracterizan también por la irrevocabilidad del mismo, como es el contrato de adopción, de acuerdo con el artículo 180.1 del CC.



podiesen dar solución. Podría exigirse que dicha certificación medica sea expedida por dos profesionales sanitarios independientes.

- Exigencia de un mínimo de 25 años edad para las partes contratantes, al igual que ocurre en la adopción, debido a la madurez que requiere la paternidad o maternidad en este tipo de contratos.
- Inclusión de una cláusula que comprenda la posibilidad de deficiencias físicas o psíquicas del nacido, incluyendo la aceptación expresa de la parte comitente en caso de que se detectase alguna anomalía en el feto, evitando de este modo que se obligue a la gestante a abortar si los comitentes pudiesen resolver el contrato en caso de que tenga lugar este supuesto.
- Estudio del estado de salud de la mujer gestante acreditado mediante certificación médica para demostrar que no padece ninguna enfermedad genética, hereditaria, etc. que pudiese ser transmisible al feto, tal y como se exige en la LTRHA.
- La gestante debería de contar con un mínimo de un hijo propio debido a que facilita la comprensión del proceso de gestación por sustitución dado que ya sabría cuáles son las implicaciones de gestar y ser madre. Este requisito podría reducir la posibilidad de quebrantamiento de la obligación de entregar al nacido a la parte comitente.
- Inclusión de una cláusula que recoja la responsabilidad civil por daños y perjuicios causados por la negativa a entregar el nacido a la parte comitente.
- Posibilidad de interrumpir el embarazo de forma voluntaria por parte de la gestante cuando se constata que supone un riesgo para la vida o salud de la misma, así como



la inclusión de una cláusula que recoja una indemnización a favor de la parte comitente en caso de que la gestante decida abortar sin que exista grave peligro para su vida.

Por último, indudablemente la sociedad va cambiando y avanzando a medida que pasa el tiempo, por lo que el Derecho que la regula debe hacerlo con ella también, es decir, que el Derecho debe ser evolutivo y adaptarse a los cambios o nuevas realidades que vayan surgiendo en la sociedad, ciencia o tecnología, como ha ocurrido en diversos ámbitos del derecho de familia. Este es el caso de la gestación por sustitución, a la que debe adaptarse el Derecho, no bastando la simple prohibición de la misma, pues en una sociedad democrática y liberal las personas deberían disponer de plena libertad para decidir si tener descendencia o no y el modo de hacerlo mientras ello no suponga un daño o perjuicio claro para los intervinientes. Por tanto, ¿qué daño puede ocasionar tener hijos de una forma regulada, supervisada por organismos públicos sanitarios, con personas plenamente capaces y conscientes en cuanto a sus implicaciones?

Al igual que ocurre con otras técnicas de reproducción asistida reguladas y legalizadas por la LTRHA, no por el hecho de estar permitidas se obliga o coacciona a aquellos que no desean recurrir a ellas, pero si se admite que quien desee tener descendencia mediante alguno de esos métodos tenga plena libertad para tomar su decisión. Esta metodología es la que debería aplicarse en la gestación por sustitución, que solamente el individuo afectado sea el sujeto que deba tomar la decisión sobre si acudir a ella o no.



7. CONCLUSIONES.

PRIMERA.- A lo largo de este trabajo ha quedado en evidencia la diversidad de tratamiento que existe en torno a la figura de la gestación por sustitución en España. Así, al estar prohibida esta técnica dentro del propio territorio español no cabe recurrir a la misma. Sin embargo y precisamente por esta prohibición, los nacionales españoles, aun a sabiendas de la nulidad de este contrato, se trasladan a terceros países donde sí está permitida la gestación por sustitución para llevarla a cabo, pretendiendo posteriormente que en España se legalice la situación del menor concebido de esta manera y se le otorgue la nacionalidad española accediendo al Registro Civil. Este intento de omitir o eludir una ley prohibitiva española es la que ha llevado a España al actual panorama de confusión y desorden en torno a esta figura, dando lugar a la latente incongruencia entre instituciones como la Dirección General de los Registros y del Notariado, que obran en aras de fomentar, por un lado, la protección de la situación de los comitentes que han recurrido a esta técnica de reproducción asistida como método para formar una familia, y por otro, la evolución de la legislación en concordancia con el progreso ideológico de la sociedad sobre esta materia (ejemplo de este cambio de concepción social sobre la gestación por sustitución es el aumento de casos de la misma, tanto a nivel mundial como nacional, a pesar de su prohibición). En contra de esta postura que aboga por el cambio se encuentran los tribunales españoles, quienes secundan la actual redacción legislativa alegando que la maternidad queda determinada por el parto.

La posición adoptada por la DGRN ha quedado reflejada en sus Resoluciones e Instrucciones de 18 de febrero de 2009, 5 de octubre de 2010 y 14 de febrero de 2019, en las cuales se ha priorizado la protección del interés del menor, como interés superior en contraposición con el orden público internacional español, y la seguridad del tráfico jurídico, además de haber establecido diferentes requisitos que deben cumplir los supuestos de gestación por sustitución para facilitar su inscripción en el Registro Civil,



llegando incluso a la conclusión, en mi opinión acertada, de que en el propio Ordenamiento Jurídico español ya existen normas que permiten la transposición de los documentos extranjeros, como son los artículos 81 y 85 RRC. Mientras, los órganos judiciales españoles tratan de justificar que el orden público internacional español debe primar sobre el interés del menor, ya que se está cometiendo una ilegalidad por parte de los comitentes, no pudiendo por tanto aceptar España un acto que se cataloga como ilegal.

SEGUNDA.- Al respecto también se han pronunciado el TEDH en concordancia con la postura adoptada por la DGRN, sin embargo, España ha hecho caso omiso de estas resoluciones y, por tanto, de hacia donde se inclina el pensamiento internacional, sin proceder aun a la modificación legislativa, la cual es inminentemente necesaria, no solo por coordinar la Ley con el pensamiento de la sociedad española, sino también para evitar estas situaciones contradictorias que dificultan la vida familiar y que nacionales españoles cometan actos que cierta doctrina tacha de fraudulentos acudiendo a otros países para evitar la aplicación de una ley.

TERCERA.- Si bien es cierto que en España la regulación de las técnicas de reproducción asistida ha ido cambiando acorde a la evolución de la ciencia y la sociedad, siendo España uno de los países modelo y pionero en cuanto a esta materia, la regulación de la gestación por sustitución no se ha alterado o modificado, pese a la evidente carencia de profundidad de la Ley sobre este aspecto (debido a la carencia de regulación de los casos con elementos internacionales esencialmente). No obstante, se ha llegado a presentar una proposición de Ley en junio de 2017 ante el Congreso de los Diputados, con el objetivo de regular y legalizar la celebración de este contrato, aunque sin éxito. Ello es reflejo del cambio de parecer en la sociedad española, pues otros partidos políticos como UPyD, y otros donde sus integrantes se encuentran divididos entre las dos posturas.



CUARTA.- Como conclusión final cabe destacar que es de inminente necesidad la modificación de la regulación actual. En mi caso, me posiciono a favor de la legalización de los contratos de gestación por sustitución, pero en el supuesto de que se siga optando por su nulidad, es indiscutible que la regulación actual requiere una nueva redacción, con mayor amplitud, que recoja y desarrolle todos y cada uno de los supuestos que pudiesen acontecer si nacionales españoles continuasen recurriendo a esta técnica en otros países, bien para especificar que de cualquier manera estaría prohibida la inscripción en el Registro Civil de los nacidos, o bien para aclarar en qué casos estaría permitida la inscripción de los mismos y el procedimiento a seguir y en qué casos no. Esta es la travesía en la que debe adentrarse el Estado español mediante el trabajo del poder legislativo y el poder político para así lograr concluir con el limbo jurídico en el que se encuentra los españoles, aportando seguridad jurídica a sus actos, así como también protegiendo de forma eficaz, sin lugar a diferentes interpretaciones según la institución de la que se trate, los derechos de las partes intervinientes en este proceso.



8. BIBLIOGRAFÍA.

OBRAS GENERALES, MONOGRAFÍAS Y PUBLICACIONES EN REVISTAS

CALVO CARAVACA, ALFONSO LUIS y CARRASCOSA GONZÁLEZ, JAVIER “Gestación por sustitución y Derecho Internacional Privado. Más allá del Tribunal Supremo y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”. *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2015 Vol 7, (2), págs. 45-113. <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/2780/1558>

CALVO CARAVACA, ALFONSO LUIS y CARRASCOSA GONZÁLEZ, JAVIER (2011). “Notas críticas en torno a la Instrucción de la Dirección General de los Registro y del Notariado de 5 de octubre de 2010 sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución”. *Cuadernos de Derecho Transaccional*. Vol3, (1), págs. 247-262. <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/1077/395>

DÍAZ FRAILE, JUAN MARÍA (2019). “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*. Vol6, págs. 53-131. <https://nreg.es/ojs/index.php/RDC/article/view/401/329> pp. 53-131

FLORES RODRÍGUEZ, JESÚS (2014). “Gestación por sustitución: más cerca de un estatuto jurídico común europeo”. *Revista de Derecho Privado*. 27, págs. 71-89. <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/view/3885/4179>



GARCÍA AMEZ, JAVIER y MARTÍN AYALA, MARÍA (2017). “Turismo reproductivo y maternidad subrogada”. *Extraordinario XXVI Congreso: Derechos sanitario y ciudadanía europea: los retos*. Vol27 (Extra 1), págs. 200-208. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6334695>

GODOY VÁZQUEZ, MARÍA OLAYA (2018). “La gestación subrogada en la jurisprudencia del TEDH, TJUE Y Tribunal Supremo”. *Anuario de la Facultad de Derecho de la UEx*. Vol34, págs.111-131. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7044337>

HEREDIA CERVANTES, IVÁN. La Dirección General de los Registros y del Notariado ante la gestación por sustitución, *Anuario de Derecho Civil*, Vol.66, 2013, págs. 687-715. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4549917>

MUÑOZ RODRIGO, GONZALO (2019). “La filiación y la gestación por sustitución: a propósito de las instrucciones de la DGRN de 14 y 18 de febrero de 2019”. *Actualidad jurídica iberoamericana*. Extra 10,2, pág. 722-735. <http://www.revista-aji.com/wp-content/uploads/2019/06/722-735.pdf>

LAMM, ELEONORA (2012). Gestación por sustitución: realidad y derecho. *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*, (3), págs. 2-49. http://www.indret.com/pdf/909_es.pdf



LAMM, ELEONORA, *Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*. Barcelona. Publicaciones y ediciones de la Universidad de Barcelona, 2013,
<http://diposit.ub.edu/dspace/bitstream/2445/115984/1/9788447537730%20%28Creative%20Commons%29.pdf>

REDONDO SACEDA, LARA (2016). “Asimetría reproductiva: controversias entre el derecho a la reproducción y la gestación subrogada”. *Anuario Facultad de Derecho - Universidad de Alcalá IX*, N°9, págs. 44-68.
https://ebuah.uah.es/dspace/bitstream/handle/10017/28857/asimetria_redondo_AFD_UA_2016.pdf?sequence=1&isAllowed=y

ROJAS QUINTANA, PRÁXEDES; MEDINA TÍO, DULCE MARÍA y TORRES AJÁ, LIDIA (2011). “Infertilidad”. *Revista Electrónica de las Ciencias Médicas en Cienfuegos*, Vol9 (4), págs. 340-350.
<http://www.medisur.sld.cu/index.php/medisur/article/view/1692/753>

LEGISLACIÓN

Constitución Española, de 27 de diciembre de 1978.

Instrumento de Ratificación del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950.

Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre Técnicas de Reproducción Asistida.



Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida.

Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil.

Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil.

Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

RESOLUCIONES EN INSTRUCCIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO

Resolución Dirección General de los Registros y Notariados, de 18 de febrero de 2009.

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

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.



JURISPRUDENCIA

Sentencia del Juzgado de Primera Instancia n.º 15 de Valencia de 15 de septiembre de 2010.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 10ª, de 23 de noviembre de 2011.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 6 de febrero de 2014.

Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de 26 de junio de 2014.