



Universidad
Zaragoza

Trabajo Fin de Grado

La gestación subrogada en España. La SAP
Palma de Mallorca del 27 de abril de 2021.

*Surrogacy in Spain. The SAP Palma de Mallorca on April
27,2021.*

Autora

Elena Ramos Motilva

Directora

Marina Pérez Monge

Facultad de Derecho

2021-2022

ÍNDICE

I. INTRODUCCIÓN.....	1
II. CONCEPTO	2
III. CARACTERIZACIÓN DEL CONTRATO.....	3
IV. MODALIDADES.....	5
1. Gestación subrogada por vínculo genético.....	5
1.1 Gestación subrogada tradicional o parcial.....	5
1.2 Gestación subrogada gestacional, per se o plena.....	5
2. Gestación subrogada por motivos económicos	6
2.1 Gestación subrogada altruista.....	6
2.2 Gestación subrogada comercial o lucrativa.....	7
3. Gestación subrogada intrafamiliar y extrafamiliar	7
4. Gestación subrogada en base al momento de atribución legal de paternidad a favor de los comitentes	8
5. Gestación subrogada desde el punto de vista territorial.....	9
6. Gestación subrogada “social”	9
V. CAUSAS	10
VI. REGULACIÓN DE LA GESTACIÓN SUBROGADA EN ESPAÑA	11
1. Antecedentes legislativos	11
2. Nulidad de pleno derecho de la gestación subrogada.....	11
VII. LA INTERVENCIÓN DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO.....	14
1. Planteamiento introductorio	14
2. Instrucción de 5 de octubre de 2010 de la dirección general de los registros y del notariado	16
3. Instrucciones de 14 y 18 de febrero de 2019 de la Dirección General de los Registros y del Notariado	18
VIII. SAP Palma de Mallorca de 27 de abril de 2021	19
1. Antecedentes de hecho	19
2. Fundamentos jurídicos.....	20
IX. JURISPRUENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO	24
1. STS de 6 de febrero de 2014	24
2. STS de 31 de marzo de 2022	26

X. DIFERENCIAS ENTRE LO QUE ESTABLECE LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO Y LA SAP DE PALMA DE MALLORCA DE 27 DE ABRIL DE 2021	28
XI. CONCLUSIONES	29
XII. BIBLIOGRAFÍA	31

LISTADO DE ABREVIATURAS

AP	Audiencia Provincial
CC	Código Civil
CE	Constitución Española
DGRN	Dirección General de los Registros y del Notariado
LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil
LTRHA	Ley 14/2006 de 26 de Mayo de Técnicas de Reproducción Humana Asistida
MF	Ministerio Fiscal
RRC	Reglamento del Registro Civil
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TRHA	Técnica de Reproducción Humana Asistida
TS	Tribunal Supremo

I. INTRODUCCIÓN

Con el paso del tiempo la forma de crear una familia ha ido cambiando, surgiendo nuevas posibilidades además de la gestación tradicional y de la adopción. A día de hoy existen diferentes Técnicas de Reproducción Humana Asistida (en adelante, TRHA) como son: fecundación in vitro o inseminación artificial entre otras.

En el presente trabajo vamos a centrarnos en la gestación subrogada o por sustitución que es la que presenta mayor controversia en todo el mundo por lo cual muchos países están en contra de su legalización, otros no la regulan y algunos la permiten, con mayor o menor amplitud. El principal motivo del recelo de muchos países a la legalización de esta práctica proviene de que puede suponer una vulneración de la dignidad de la mujer, de los derechos humanos, de la ética y de la moral.

El uso de esta técnica de reproducción ha puesto en tela de juicio el principio *mater semper certa est*, puesto que la determinación de la filiación materna ya no se efectúa siempre como resultado del hecho biológico del parto, aunque este criterio sea el predominante en aquellos ordenamientos jurídicos, como el español, que prohíben la gestación subrogada expresamente.

Jurídicamente, la referencia a la maternidad subrogada la encontramos en el artículo 10 de la Ley 14/2006 de 26 de Mayo de Técnicas de Reproducción Humana Asistida (en lo sucesivo LTRHA). En España se considera nulo de pleno derecho cualquier contrato donde se convenga la gestación y la filiación de un menor. Así pues el Código Civil español es claro en determinar que la madre del nacido es la que lo da a luz y no la que aporta el óvulo.

A lo largo del presente trabajo vamos a analizar que es la gestación subrogada así como las distintas modalidades que hay. Del mismo modo analizaremos cuales son las principales causas que llevan a las parejas o a las personas a recurrir a esta TRHA. Finalmente, veremos la Instrucción de 5 de octubre de 2010 de la Dirección General de los Registros y del Notariado así como las Instrucciones del 14 y 18 de febrero de 2019 de la DGRN.

Otra de las cuestiones que vamos a estudiar en el presente trabajo es la SAP de Palma de Mallorca de 27 de abril de 2021 que falló de una manera contraria a lo que se establece en la jurisprudencia del TS. Esto nos va a permitir comparar y ver los diferentes argumentos jurídicos que se usan en un caso u otro para poder fallar de una manera contraria.

El motivo por el que he escogido este tema para realizar mi trabajo de fin de grado es porque me parece un tema muy interesante que apenas conozco y que considero que elaborar mi trabajo de fin de grado sobre el mismo me puede ayudar a conocerlo y profundizar en él. Además, leyendo documentación relativa al tema he podido ver que hay posturas muy diferentes por lo que me parece interesante indagar en ellas y adquirir una opinión propia acerca del tema tras un estudio intensivo del mismo.

II. CONCEPTO

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

Esta definición se encuentra desactualizada pues el autor solo concibe la gestación por sustitución concebida a través de la inseminación artificial y en la que la gestante aporta sus gametos. Los comitentes tienen que ser una pareja heterosexual casada. Además, debe ser infértil y el hombre debe aportar su material genético, previendo, para la transferencia de la filiación inicialmente reconocida en la gestante, distinta solución para el hombre al que reconoce directamente como padre, que para la mujer, a la que demanda una adopción.

Como hemos dicho la definición que aporta Coleman no está actualizada en muchos aspectos, si bien ante la falta de legislación o prohibición legal, en distintos países se recurre a los mecanismos descritos por dicho autor a los efectos de determinar la filiación a favor de los comitentes.

Con el tiempo han ido surgiendo definiciones más modernas, en las que, a diferencia de esta primera, no se distingue el método o la técnica que provoca el embarazo y en las que se contempla la posibilidad de que la gestante aporte o no sus gametos. También son más amplias a la hora de definir quién puede ser el comitente.

Si acudimos a la doctrina encontramos diferentes maneras de definir esta situación jurídica, podemos encontrarla definida como «el contrato de maternidad subrogada, en sentido amplio, como 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)»².

Otra de las definiciones que podemos encontrar establece que la gestación por sustitución es un «contrato de una mujer con una pareja unida en matrimonio, inseminándose artificialmente con el semen del esposo de aquella otra mujer, para

¹ COLEMAN, P. "Surrogate motherhood: analysis of the problems and suggestions for solutions". *Tennessee Law Review*, 50, 1982, pp. 71-118, en p. 75.

² PÉREZ MONGE, M. "Cuestiones actuales de la maternidad subrogada en España"; *Revista de Derecho Privado*. 2010. p. 42.

concebir, gestar y dar a luz o alumbrar un niño a cuya custodia renuncia para que sea adoptado por la esposa de aquel con cuyo semen fue inseminada»³.

Para Farnós Amorós es un «acuerdo por el que una mujer, la madre subrogada, “madre de alquiler” o “madre portadora”, acepta someterse a las técnicas de reproducción asistida (TRA) para llevar a cabo la gestación a favor de un individuo o pareja comitente, también llamados “padres intencionales”, a quienes se compromete a entregar el niño o niños que puedan nacer»⁴.

Si atendemos a las diferentes definiciones que hemos dado, podemos ver que en todas ellas hay elementos comunes a la hora de definir la gestación subrogada. En primer lugar, el contrato a que hace referencia la maternidad subrogada responde a un acuerdo de voluntades que se plasma generalmente en un documento atípico, que puede ser oneroso o gratuito, que se asemeja de cierto modo a un contrato de arrendamiento. A través de este contrato una mujer asume la gestación con el compromiso de entregar al nacido a los comitentes, bien sean sujetos individuales o una pareja, matrimonial o no, que aportan o no sus gametos.

Siguiendo con las definiciones, podemos distinguir como intervinientes en el contrato de maternidad subrogada por un lado a los comitentes que pueden ser una mujer o un hombre, o una pareja heterosexual u homosexual que hacen una aportación parcial o incluso total de gametos. Por otro lado, encontramos a la madre gestante ya realice una aportación de material genético o no y por último, la institución médica que realiza el procedimiento o la TRHA.

III. CARACTERIZACIÓN DEL CONTRATO

Los contratos de maternidad subrogada suelen ser dos: en primer lugar, el celebrado entre los denominados padres de intención y la agencia intermediaria, siempre y cuando se acuda a la misma. Cabe intuir que esto ocurrirá con frecuencia debido a la complejidad y la diversidad de aspectos que confluyen en estos casos: como puede ser la normativa en materia aplicable en los distintos países, el idioma del país extranjero al que se acuda, la localización de las candidatas a madres gestantes o la búsqueda de un centro sanitario. En segundo lugar, el contrato que se dará en todo caso, que es el suscrito entre los padres de intención y la madre gestante (estos contratos suelen llevarse a cabo en un país extranjero donde la práctica de la gestación subrogada está admitida)⁵.

³ COLEMAN, P “Surrogate Motherhood: Analysis of the problems and suggestions for solutions”, *Tennessee law Review*, 1982, pp. 71 y 75, y NOEL P. KEANE y DENNIS L, BREO: the surrogate mother, “Everest House”, 1981, p. 12, citados por GARCÍA PÉREZ, CARMEN L., en COBACHO GÓMEZ, JOSÉ ANTONIO (Director), “Comentarios a la Ley 14/ 2006 de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida”; Editorial Aranzadi, S.A., Navarra, 2007, p. 363

⁴ FARNÓS AMORÓS, E. “Inscripción en España de la Filiación derivada del acceso a la maternidad subrogada en California”. *Revista Para el Análisis del Derecho*, Barcelona, 2010, pp. 4-5.

⁵ SÁNCHEZ JORDÁN, E. “La necesaria doble aproximación a la gestación subrogada. En particular, de los olvidados contratos de gestación por sustitución”. *Revista para el Análisis del Derecho*, 2020, pp. 121-124.

Estos contratos dan lugar a una serie de deberes y obligaciones a que se someten las partes con los citados contratos, y vamos a ver también las características principales de este tipo de acuerdos.

En primer lugar, las **partes** del acuerdo son como ya hemos adelantado por un lado la gestante y por el otro los futuros padres y por el otro lado, en el segundo contrato, los padres intencionales y la agencia mediadora.

En segundo lugar, la **forma**. El contrato de gestación va a ser ejecutado por escrito y ante notario con el fin de garantizar los derechos legales y las responsabilidades de las partes. Este acuerdo se tiene que ejecutar y notariar antes de la transferencia de embriones. Es responsabilidad del notario cerciorarse de que las partes están debidamente informadas a la hora de firmar el acuerdo, que se firma de manera voluntaria y en ausencia de cualquier tipo de coacción.

En tercer lugar, las **funciones de la gestante sustituta**. La gestante se compromete a cumplir todas las instrucciones dadas por el médico, a no realizar actividades peligrosas durante el embarazo y dar información del embarazo a los padres intencionales. La gestante firma su acuerdo requerido para el certificado de nacimiento en una oficina del Registro Civil indicando su consentimiento para registrar a los padres genéticos como los padres del niño que ella va a entregar, de conformidad, con el acuerdo de gestación subrogada. La madre gestante así como su marido (si lo tuviera) se comprometen a no intentar ponerse en contacto con el niño posteriormente al nacimiento, sin la previa aprobación de los padres genéticos por escrito.

En cuarto lugar, los **deberes de los padres genéticos**. Los padres intencionales al suscribir el acuerdo de gestación subrogada, aceptan la custodia de los niños nacidos de conformidad con el citado acuerdo sin importar el género, número, salud, condición física etc. Estos quedan obligados también al pago de los gastos reales y las remuneraciones a la gestante tal y como este establecido en el acuerdo.

En lo que respecta a los gastos reales, los padres tienen que compensar los gastos de subsistencia por comidas, ropa de maternidad, pérdida de salarios, transporte, medicinas etc.

En cuanto a las remuneraciones, los padres están obligados a la remuneración de la gestante sustituta cuyo valor se determinará conforme a lo acordado por las partes y no incluye los gastos reales de la gestante durante el embarazo y el parto. En el caso de que la gestante con el consentimiento médico y de las partes se sometiera a un aborto, o bien sufriera un aborto involuntario tendrá derecho al importe de los gastos devengados correspondientes a la duración del embarazo, la remuneración no se le pagará y le puede ser ofrecida una pequeña compensación.

En lo que respecta al contrato entre la agencia mediadora y los padres intencionales (en caso de darse), los **deberes de la parte comitente** serían: (i) el pago a la agencia de unos honorarios por la prestación del servicio ofrecido; (ii) abrir una “cuenta de fideicomiso del cliente” en la que se comprometen a depositar los fondos necesarios para cubrir una serie de gastos como sería el seguro sanitario de la gestante, coste de la gestante etc.

En relación con la **empresa intermediaria**, esta se encargará de proporcionar la coordinación y los servicios administrativos pertinentes para prestar la asistencia necesaria a los padres intencionados durante el proceso de gestación subrogada, lo que se concreta en: (i) ayudar a los padres intencionales a elegir una gestante; y (ii) prestar apoyo administrativo a la relación entre la gestante y los futuros padres

Por último, la **terminación del acuerdo**. La terminación anticipada del acuerdo puede darse antes de que la gestante quede embarazada (cuando esta no ha podido quedar embarazada o bien a discreción y con la aprobación de todas las partes). La gestante tiene derecho a desistir del contrato sólo antes de la transferencia del embrión en su cuerpo. Si el contrato se termina de manera anticipada, los padres intencionales son responsables de los costes y gastos en que haya incurrido la gestante hasta la fecha. Ahora bien, en caso de incumplimiento de contrato, la sustituta tendrá que restituir todos los gastos que le hayan pagado los padres intencionales debido al incumplimiento de alguna de las partes sustanciales del acuerdo (aborto, conducta peligrosa, ignorar las instrucciones del médico etc.). Por ende, si la sustituta rompe el acuerdo, pierde su derecho a remuneración alguna⁶.

IV. MODALIDADES

En la doctrina se distinguen dos modalidades principales dentro de la gestación por sustitución: la tradicional y la gestacional⁷. Además, atendiendo a otros criterios como el económico, entre otros, podemos encontrar otras clasificaciones que vamos a poder ver en este apartado. Cabe advertir que ninguna de estas modalidades es admisible en nuestro país pues como ya hemos adelantado, la gestación por subrogación está prohibida en España.

1. Gestación subrogada por vínculo genético

1.1 Gestación subrogada tradicional o parcial

En este tipo de gestación encontramos que «la gestante tiene una relación biológica y genética con el recién nacido pues es la gestante la que aporta los óvulos para llevar a cabo la fecundación. Por ende, la gestante compartirá la mitad de la carga genética con el nacido y la otra mitad de la carga genética provendrá del padre quien podrá reclamar sus derechos paterno filiales, siempre y cuando sea él quien aporte el esperma. Si nos encontráramos ante el caso de que el esperma proviniera de un donante no existiría vinculación genética por parte de ninguno de los comitentes lo cual nos llevaría a una mayor problemática a nivel jurídico. Por tanto, como hemos dicho en esta modalidad la

⁶ Asociación de Gestación Asistida Reproductiva. Disponible en: <https://www.agar-asociacion.org/gestacion-subrogada/contrato>. Fecha de consulta (14/03/2022).

⁷ Parte de la doctrina también denomina a estas variantes como gestación por sustitución “plena” o “total”, frente a gestación por sustitución “parcial”, dependiendo de si nos encontramos ante la modalidad tradicional o gestacional.

gestante no solo será la persona que lleve a cabo el embarazo, sino que, además aportará sus óvulos, creando así un vínculo genético con el recién nacido»⁸.

1.2 Gestación subrogada gestacional, *per se* o plena

En esta modalidad, nos encontramos ante una situación en la que «la gestante no tiene una relación genética directa con el nacido, puesto que no es ella quien aporta sus óvulos, sino que proceden de la propia madre intencional o de una donante que aporta sus óvulos. En este supuesto, se deberá recurrir necesariamente a las técnicas de fecundación extra corpóreas. En este caso, se considera que este tipo de gestación conlleva una problemática ética menor puesto que la gestante no presenta ningún vínculo genético con el nacido y sólo se limita a llevar el embarazo y a entregar al recién nacido a los comitentes una vez nazca. En este tipo de gestación podemos encontrarlos:

- Que ambos progenitores aporten sus propios gametos. Estaríamos en este caso ante una pareja heterosexual.
- Solo la madre intencional aporta sus óvulos y los gametos del padre provienen de un donante.
- Al contrario que en el caso anterior, el padre aporta su espermia y se fecunda con el óvulo procedente de una donante.
- Ninguno de los comitentes aporta sus gametos y por ende, se recurre a donantes. En este caso ninguno de los padres intencionales tiene una relación genética con el recién nacido.
- Por último, que se recurra a la técnica de la embriodonación que está permitida por el artículo 11.4 LTRHA. En este caso, se transfiere al útero de la gestante embriones sobrantes óptimos de parejas anónimas que siguieron un ciclo de fecundación in vitro y consiguieron el embarazo»⁹.

En la gestación subrogada por vínculo genético, resulta mucho más favorable que bien o uno de los comitentes o ambos proporcionen sus propios gametos para la fecundación, puesto que les resultará más fácil lograr u obtener la determinación legal de la filiación del recién nacido.

⁸ Gest life surrogacy. Disponible en: <https://www.gestlifesurrogacy.com>. Fecha de consulta (13/03/22).

⁹ REGALADO TORRES, MD. “Efectos, consecuencias y regulación de la maternidad subrogada”. *Revista Multidisciplinar de Estudios de Género*. Vol. 2, nº 2, 2017, p.15.

2. Gestación subrogada por motivos económicos

En función de que la gestación se realice de modo altruista o conlleve una compensación económica encontramos la gestación subrogada altruista y la gestación subrogada comercial o lucrativa.

2.1 Gestación subrogada altruista

En el caso de los acuerdos de naturaleza gratuita, la gestante actúa con una finalidad completamente altruista, sin obtener beneficio económico alguno por su labor de gestación y posterior entrega del niño tras el parto, por mediar algún tipo de lazo afectivo, de amistad o de parentesco con los padres intencionales. En esta modalidad, sí cabe, no obstante, la posibilidad de abonar a la gestante los gastos necesarios en que hubiera podido incurrir derivados del proceso de gestación, parto y puerperio, como es el caso de los honorarios médicos, farmacéuticos, de asesoramiento jurídico, alimento, ropa entre otros, los cuales deberán estar expresamente permitidos y concretados en el ordenamiento jurídico de que se trate.

A la hora de la verdad, es muy difícil controlar la naturaleza gratuita del acuerdo. Los desequilibrios sociales o económicos que pueden existir entre las partes, la concurrencia o no de un acuerdo informado así como la posibilidad de efectuar pagos en la sombra pueden resultar de difícil control tanto para el legislador como para los Tribunales, los cuales se preocupan más por los aspectos burocráticos del proceso que por la existencia de un acuerdo de carácter altruista¹⁰.

2.2 Gestación subrogada comercial o lucrativa

En cuanto a los acuerdos de gestación por sustitución onerosos, entre las cláusulas del contrato se encontrará prevista a favor de la gestante algún tipo de contraprestación económica bien sea en dinero o en especie, que percibirá por parte de los padres intencionales a cambio de llevar a cabo la gestación, parto y entrega del niño. Si además la gestante aporta sus óvulos para el proceso, se podrá establecer en el contrato el pago de la cantidad correspondiente por la donación de sus gametos.

Resulta necesario regular y controlar la legalidad de las contraprestaciones económicas que pueden mediar en el proceso, puesto que un uso descontrolado de las mismas puede dar lugar a abusos, explotación o incluso tráfico de mujeres gestantes que se encuentren en situaciones económicas o sociales vulnerables.

Así viene establecido en el “Informe sobre el concepto de explotación en el Protocolo de las Naciones Unidas contra la trata de personas”, emitido por la Oficina de las Naciones Unidas contra la droga y el delito en el año 2015, que establece con respecto a

¹⁰ Gest life surrogacy. Disponible en: <https://www.gestlifesurrogacy.com>. Fecha de consulta (13/03/22).

la gestación subrogatoria lucrativa que puede implicar el tráfico de mujeres, principalmente para gestar pero también con la finalidad de extraerle los óvulos¹¹.

3. Gestación subrogada intrafamiliar y extrafamiliar

Dentro de los tipos de maternidad subrogada, en función del vínculo de la gestante con los padres intencionales encontramos la gestación subrogada intrafamiliar y la gestación extra familiar.

En el caso de la gestación subrogada extra familiar, la gestante es una persona externa a la familia de los padres intencionales. Por tanto, en este tipo de gestación no existe ningún tipo de relación familiar entre la gestante y los padres intencionales.

Mientras que en el segundo caso, en el de la gestación intrafamiliar estamos ante un supuesto en el que la madre, hermana o cualquier otra persona con vínculo familiar con los padres intencionales decide ser su gestante.

La elección de un tipo u otro de maternidad subrogada es condicionada por las leyes del país en el que se lleva a cabo la maternidad subrogada así como por las leyes de filiación.

La modalidad de gestación intrafamiliar resulta compleja y hay que plantearse hasta qué punto es ético, puesto que en función de la relación genética de los participantes en la gestación subrogada podría darse el incesto. En esta modalidad, se necesita un pacto de subrogación dentro de una misma familia¹².

4. Gestación subrogada en base al momento de atribución legal de paternidad a favor de los comitentes

En aquellos países en que es legal recurrir a la gestación por sustitución, en función del momento en que se materializa la filiación a favor de los comitentes, «hay que distinguir entre aquellos en los que la paternidad se atribuye con efectos ex- ante, es decir, se considerará a los comitentes padres del niño desde el momento mismo del nacimiento, como es el caso de Sudáfrica, Grecia o California, entre otros, frente a aquellos países en donde los efectos de atribución de la filiación se producen ex – post facto, como es el caso de Reino Unido o Israel en donde hasta que no transcurre un periodo determinado tras el parto, la gestante no renuncia a sus derechos paterno-filiales con respecto al nacido.

En aquellos países en donde los efectos se producen ex - ante, se regula un proceso de “pre- aprobación” de los acuerdos de gestación por sustitución, en los que los comitentes y la gestante deben presentar su acuerdo ante un organismo (bien sea un juez, tribunal o comité) con el fin de que lo apruebe antes de proceder con el tratamiento

¹¹ “El concepto de la explotación en el protocolo contra la trata de personas”. Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, 2015. p. 112.

¹² Gest life surrogacy. Disponible en: <https://www.gestlifesurrogacy.com>. Fecha de consulta (13/03/22).

médico. Estos organismos deben verificar el cumplimiento de las condiciones previstas en la legislación. En estos casos, los comitentes se convierten en los padres legales del niño inmediatamente después del nacimiento, de la misma forma que los padres biológicos (excepción a la regla *mater Semper certa est*).

En el segundo caso, la regulación hace referencia a poner en marcha un procedimiento para que los comitentes obtengan la paternidad legal del niño nacido como resultado de un acuerdo de gestación por sustitución *ex post facto*. El objetivo aquí se centra en la determinación de la filiación tras el parto»¹³.

Este segundo sistema protege más a la madre gestante pues no pone en peligro su derecho a adoptar decisiones autónomas con respecto al embarazo, conserva la regla tradicional del establecimiento de la maternidad (*mater semper certa est*), y protege el derecho de la gestante a un cambio de parecer. Esto sin embargo, da lugar a cierta ambigüedad pues implica que la gestante es también madre, lo que se enfrenta con la filosofía de la figura de la gestación por sustitución.

El primer sistema es más radical. Resulta más protector frente a incertidumbres jurídicas y los cambios de parecer debido a que el sistema requiere que el acuerdo sea aprobado antes de la concepción y prevé que todas las partes involucradas estén de acuerdo desde el principio. Si bien es cierto que no puede evitar las futuras controversias que puedan surgir por completo, si es cierto que las disminuye y las hace más fáciles de tratar. A pesar de ello, es objeto de críticas puesto que se cuestiona si la renuncia temprana de la gestante puede ser en realidad verdaderamente consentida.

5. Gestación subrogada desde el punto de vista territorial

En esta modalidad podemos diferenciar las personas o parejas que suscriben un contrato con nacional de gestación subrogada, es decir, con una gestante del mismo país que los comitentes¹⁴, de aquellos otros en los que lo suscriben con una gestante de diferente país, esto es, en los que dichas personas o parejas se desplazan al extranjero para realizar la gestación subrogada¹⁵.

En el primer caso, cuando la gestación se produce dentro de las fronteras de un país, no concurre elemento de extranjería y es aplicable únicamente el *ius fori*¹⁶ por no existir conflicto de leyes. Tanto los efectos jurídicos como la competencia judicial en caso de controversia vendrán determinados por la legislación nacional interna del Estado de que se trate, la cual determinará la licitud o ilicitud del acuerdo así como su alcance, efectividad y sanciones aplicables, en su caso.

Ahora bien, si la gestación se produce en el extranjero el acuerdo desplegará sus efectos más allá de las fronteras de un único país y por tanto resultarán de aplicación las

¹³ LAMM, E., “Gestación por sustitución. Realidad y Derecho. Ni maternidad subrogada, ni alquiler de vientres”. *Revista para el Análisis del Derecho*, Barcelona, 2012, pp. 13-15.

¹⁴ En este caso estaremos ante una gestación por sustitución nacional o interna, la cual no es posible jurídicamente en España.

¹⁵ Hablaremos entonces de gestación por sustitución transnacional, trasfronteriza o internacional.

¹⁶ Locución latina propia del Derecho internacional privado que significa "que será aplicable la ley de la nacionalidad del juez que conoce del asunto" es decir, la ley de su Estado.

normas de Derecho internacional privado correspondientes, las cuales permiten en la mayoría de países la inscripción del menor si se han cumplido los requisitos legales establecidos en el país extranjero, apelando al interés superior del menor y en base a las normas sobre reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales extranjeras.

6. Gestación subrogada “social”

Por último, nos encontramos la gestación por sustitución “social”, modalidad en la que el motivo por el que se acude a la gestación no se debe a la imposibilidad de gestar por motivos de esterilidad de la comitente sino que se debe a otros motivos. Motivos como pueden ser los estéticos, evitar las dolencias propias del embarazo o no dañar sus carreras profesionales.

Se trata de mujeres fértiles y sanas, capaces de llevar a cabo el embarazo pero que recurren a la opción de la gestación por sustitución de manera que es otra mujer la que soporta las molestias y los cambios que se producen en el cuerpo durante y como consecuencia del embarazo.

Socialmente no está bien vista esta modalidad de gestación por sustitución puesto que se considera que la finalidad de acudir a esta TRHA se basa en motivos meramente estéticos o carreras profesionales de las madres intencionales. Pero es cierto, que desde el punto de vista profesional la motivación de las comitentes puede no ser caprichosa.

Está constatado que en muchas empresas se ofrecen incentivos a los trabajadores para diferir el momento de su acceso a la maternidad, en lugar de proponer medidas de conciliación de modo que muchas mujeres pueden llegar a plantearse como única alternativa para ser madres la gestación subrogada como sería el caso de las deportistas profesionales o determinadas profesionales del mundo de la moda donde se otorga especial importancia al aspecto físico.

Una vez vistas las diferentes modalidades de gestación subrogada, cabe indicar que a la hora de optar por dicha técnica hay que analizar en qué lugar se quiere realizar, ya que no todos los países en los que está legalizada tienen la misma regulación ni ética, por lo que, puede que haya países en los que solo se acepte la gestación subrogada por vínculo genético tradicional y está prohibida la gestacional o a la inversa.

Como ya hemos indicado en España, no se acepta ninguna de las modalidades puesto que se encuentra prohibida tal y como establece el artículo 10 LTRHA. El artículo 10 de la citada ley establece: “ *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*”. Por tanto, en él se declara inequívocamente la nulidad de los contratos en los que se convenga la gestación por sustitución.

V. CAUSAS

Los motivos por los que una persona o una pareja decide acudir a la gestación por sustitución son variados. Algunas de las causas son:

1. La esterilidad o infertilidad: la esterilidad o infertilidad hace referencia a la incapacidad que tiene una pareja para reproducirse, es decir, para conseguir un embarazo para poder tener hijos.
2. Causas estéticas: la mujer no desea quedarse embarazada por los cambios que sufriría su cuerpo pero si quiere tener un hijo propio y es por ello que prefiere acudir a las TRHA.
3. Embarazo de riesgo: en caso de que el embarazo suponga algún riesgo para la madre por diferentes motivos y se ponga en peligro la vida de la mujer o del futuro hijo.
4. Casos en los que el embarazo puede presentar riesgos debido a la edad de la mujer.
5. Solteros que desean formar una familia, es decir, hombres que quieren tener un hijos sin esperar a tener pareja.

VI. REGULACIÓN DE LA GESTACIÓN SUBROGADA EN ESPAÑA

1. Antecedentes legislativos

La solución a los problemas de esterilidad de las parejas llegó en la década de los 70 con las técnicas de reproducción humana asistida y con ella las primeras leyes reguladoras de la materia.

Encontramos, no obstante, antecedentes legislativos que ya abogan por el veto de la gestación subrogada en nuestro Derecho, comenzando con el “Informe Palacios” aprobado en marzo de 1986 en el Congreso de los Diputados, el cual preveía ya expresamente tanto la prohibición de la gestación de sustitución en cualquier circunstancia, como la sanción a quien la practicara.

Posteriormente, la primera ley que reguló esta materia en el ámbito de nuestro entorno cultural fue la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre técnicas de reproducción asistida. Esta ley ya asumía en su artículo 10 la negativa a aceptar en nuestro ordenamiento el contrato de gestación por sustitución, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero. Sin embargo, con el avance de las TRHA fue necesaria la aparición de nuevas leyes como la Ley 45/2003, de 21 de noviembre, parcialmente modificadora de la Ley 35/1988.

La ley 14/2006, de 26 de mayo, de Técnicas de Reproducción Humana Asistida viene a derogar las anteriores leyes y regula estas técnicas acorde con “el estado de la ciencia y la práctica clínica”. Lo que se pretende con esta ley es subsanar los problemas que habían surgido con la legislación anterior, si bien, no se modifica lo relativo a la gestación subrogada¹⁷.

2. Nulidad de pleno derecho de la gestación subrogada

La ley que regula actualmente la gestación subrogada es como ya hemos visto la ley 14/2006, de 26 de mayo, de Técnicas de Reproducción Humana Asistida (LTRHA).

Antes que nada, cabe citar el propio artículo 10 LTRHA:

“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”¹⁸.

Como se establece en el artículo 10.1 de la citada ley, el contrato llamado de “gestación por sustitución” por el que se acuerda la gestación, es nulo de pleno derecho, tanto en la derogada ley 35/1988 como en la vigente 14/2006.

En su apartado dos, este artículo viene a decir que la filiación de los hijos nacidos mediante gestación por sustitución será la determinada por el parto, es decir, que será la madre que da a luz, la madre legal del nacido, aunque no medie relación biológica alguna. Por tanto, de los tres posibles criterios de determinación de la filiación que son el genético, el gestacional y el intencional, nuestro legislador ha optado por el gestacional.

Por último, en el tercer apartado se establece la posibilidad de que el padre biológico reclame la paternidad con posibilidad de que dicha acción produzca efectos entre las partes. Es decir, el derecho español, a través del artículo 10.3 LTRHA permite que los niños no se queden sin una filiación biológica paterna establecida. Ahora bien, el establecimiento no es automático o inmediato puesto que requiere reclamar la paternidad acudiendo a los tribunales, siguiendo la acción las normas legales. Estas acciones a las que hacemos referencia son las generales de la determinación legal de la filiación, reguladas en los artículos 764 y siguientes de la LEC que veremos más adelante.

Una vez analizado este artículo 10, vamos a explicar los argumentos sobre los que se fundamenta la nulidad del contrato (en caso de realizarse) que son argumentos legales

¹⁷ LLEDÓ YAGÜE, F. “Gestación subrogada. Principales cuestiones civiles, penales, registrales y médicas. Su evolución y consideración (1988-2019)”. Editorial DYKINSON, 2019, Madrid, pp 29-74.

¹⁸ “BOE, núm. 126, de 27 de mayo de 2006”.

que descansan sobre consideraciones de claro componente ético. El contrato está viciado de nulidad por los siguientes motivos:

- **Ausencia de los requisitos esenciales de los contratos: ilicitud del objeto y de la causa.**

1. Causa: el contrato es nulo en razón a que su causa es ilícita pues se opone a las leyes y a la moral, tal y como se establece en el artículo 1275 CC: “Los contratos sin causa, o con causa ilícita, no producen efecto alguno. Es ilícita la causa cuando se opone a las leyes o a la moral”. En este sentido, la maternidad subrogada es contraria a lo dispuesto en el artículo 10.1 LTRHA, y por ende el contrato será nulo.
2. Objeto: en virtud del artículo 1271 CC, puesto que el gestado como persona, no es objeto de contrato, no puede ser objeto de una obligación en el comercio. En el contrato de gestación subrogada, la obligación de la mujer gestante no se limita a gestar, sino que además debe entregar al nacido a los comitentes y renunciar a su filiación materna. Por ende, el contrato de gestación subrogada se encuentra dentro de los supuestos contrarios de que trata la norma, pues el vientre de una mujer se encuentra fuera del comercio de los hombres¹⁹.

- **La dignidad humana**

Este tipo de prácticas son consideradas contrarias a la dignidad de la mujer gestante, en una doble vertiente: por un lado, porque la transacción se proyecta sobre su propio cuerpo y por otro lado, porque es un medio de explotación y por ende, de un abuso de la mujer, que en la mayoría de casos llega hasta este supuesto debido a su situación de pobreza y de necesidad.

Ahora bien, la dignidad humana ha de ser entendida también desde el punto de vista de la óptica de la persona y no solo desde la perspectiva de la mujer, puesto que en todo ello se advierte una mercantilización, ya no solo del menor sino también del origen mismo del propio ser humano.

En conclusión, estos acuerdos “cosifican” a la persona, que es tenida como instrumento (mujer gestante) y también objeto mismo del contrato (*nasciturus*), siendo así que la persona ha de ser siempre sujeto de relaciones jurídicas y no objeto de las mismas²⁰.

- **La desigualdad**

Otro de los obstáculos que impiden la admisión de la maternidad subrogada es la consistente en la desigualdad entre personas o parejas, por motivos económicos. Quienes

¹⁹ GARCÍA PÉREZ C,L. “Comentarios a la Ley 14/2006”. Aranzadi, 2007, pp. 353-394.

²⁰ CARDONA GUASCH, O. “Gestación subrogada. Principales cuestiones civiles, penales, registrales y médicas: su evolución y consideración”. Editorial Dykinson, Madrid, 2019, pp. 237-245.

pueden ser padres y madres por medio de estas TRHA es porque desembolsan grandes cantidades de dinero, por ende, la posibilidad de tener un hijo solo está al alcance de aquellos que tienen un importante patrimonio²¹ o se endeudan para poder acceder a la gestación subrogada.

La sanción prevista para estos casos es la regulada en el artículo 6.3 CC que es la nulidad de pleno derecho, consecuencia de ser actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas, además de oponerse a la dignidad de la persona, valor que integra el orden público²².

VII. LA INTERVENCIÓN DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO

1. Planteamiento introductorio

La actividad de gestar para otro está permitida en algunos Estados, en algunos con una regulación onerosa, donde la gestante obtiene un lucro y en otros con una regulación de naturaleza “altruista”, aunque siempre media una compensación económica.

En el caso de Europa, son pocos los países que han regulado la gestación subrogada siguiendo los Principios del Comité de Expertos del Consejo de Europa de 1987²³. Ahora bien, como esta práctica está prohibida en España, los ciudadanos españoles recurren a la gestación subrogada en los países en los que si se permite, lo cual ha dado lugar a la necesidad de dar respuesta a los casos “extranjeros”, es decir, a los niños que han nacido por gestación subrogada en otro país.

El contrato de gestación por sustitución, produce una colisión respecto al interés superior del menor. El principal problema proviene de la filiación puesto que en los Estados donde sus normas no admiten la gestación subrogada (que son la mayoría) existen problemas para la inscripción de la filiación de los hijos nacidos fruto de esta TRHA.

Tal y como ocurre en derecho español y en otros derechos, como ya hemos adelantado el artículo 10.2 LTRHA establece que la filiación de los hijos nacidos por gestación por sustitución queda determinada por el parto. Cuando los padres comitentes, que han acudido a países donde la legislación permite esta técnica y una vez que tienen al nacido pretenden inscribir su filiación en España, donde no se permite esta técnica, es cuando ha tenido que intervenir el Estado. Es por esto que la DGRN ha dictado Instrucciones para la consecución de este fin, puesto que el Tribunal Europeo se ha encontrado con la disyuntiva de evaluar el interés del menor. Lo que se está violando son las normas internas de un país y no deberían surgir derechos derivados de las ilegalidades.

²¹ Ídem. p. 245.

²² LASARTE ÁLVAREZ, C & JIMENEZ MUÑOZ, FJ. “El reto de la gestación subrogada: luces y sombras”. Editorial Dykinson, Madrid, 2021, p.160.

²³ Específicamente con los Principios 14 y 15.

El primer caso que puso de manifiesto la problemática que genera el hecho de que los españoles recurran a la gestación por sustitución en el extranjero fue el de un matrimonio homosexual español, que acudió a la gestación por sustitución en California. La pareja no pudo inscribir a los nacidos en el Registro Consular de España en el Estado de California, tras solicitarlo con fecha de 7 de noviembre de 2008. Con fecha de 10 de noviembre de 2008, el encargado del Registro Civil consular dictó auto denegando la inscripción, alegando que el contrato era nulo de pleno derecho y que debía considerarse madre legal de los niños a la gestante. Así mismo, se indicaba que era imposible que los dos varones fueran los padres de los niños, por ser necesaria para la procreación la concurrencia de una mujer que aporte sus óvulos y que lleve a cabo la gestación. No se cumplían por tanto, dos de los requisitos establecidos en el art 23 de la Ley del Registro Civil (LRC): el de conformidad con la ley española y el de realidad del hecho inscrito.

Ante el auto denegando la inscripción, el matrimonio recurrió a la Dirección General de Registros y del Notariado (DGRN), que mediante la resolución de la DGRN de 18 de febrero de 2009²⁴ estimó el recurso interpuesto por el matrimonio contra la negativa del encargado del Registro Consular español en Los Ángeles. Los argumentos en los que se basó la DGRN fueron²⁵:

- Como la filiación ya había sido determinada en otro país, la DGRN consideró que no resultaba de aplicación el artículo 10 LTRHA, pues no se trataba en este caso de determinar una filiación sino del acceso al Registro español de una filiación ya determinada. La certificación registral extranjera constituye una “decisión” adoptada por las autoridades extranjeras y en cuya virtud se constata el nacimiento y filiación del nacido.
- En segundo lugar, la DGRN consideró que inscribir en el Registro Civil español el nacimiento y la filiación de los nacidos en California a favor de dos varones no constituía una vulneración del orden público internacional español puesto que en Derecho español se permite que la filiación de un hijo conste en el Registro Civil a favor de dos mujeres, que por ende, son del mismo sexo (art 7.3 LTRHA). Por tanto, el no admitir la filiación de los nacidos en favor de dos hombres supondría una discriminación por razón del sexo lo cual a su vez está prohibido por la Constitución española (CE) en su artículo 14.
- En tercer lugar, el argumento más relevante al que hace mención esta resolución es al interés superior de los menores, que pretende evitar su falta de filiación cuando ya se encontraban en territorio español. En esta resolución se afirma que el interés superior del menor se traduce en el derecho a una “identidad única” lo cual supone tener una filiación única válida en varios países y no una filiación en un país y otra distinta en otro país. La inscripción de la certificación registral

²⁴ “BOE núm. 60, de 10 de marzo de 2008”.

²⁵LAMM, E. “Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres”. *Revista para el Análisis del Derecho*, Barcelona, 2012, pp. 78- 82.

californiana en el Registro Civil español es el modo más efectivo para cumplir el derecho de estos niños a su identidad única por encima de las fronteras estatales.

Esta resolución de 2009 fue impugnada en el Juzgado de Primera Instancia número 15 de Valencia. A resultas de la sentencia de 15 de septiembre de 2010 en la que se anulaba la inscripción, se publicó la Instrucción de 5 de octubre de 2010 que vamos a analizar a continuación.

Es preciso indicar, antes de analizar la citada Instrucción que la normativa registral española en esta materia, ha ido adaptándose a las novedades legislativas, jurisprudenciales y doctrinales, siendo la Instrucción de 5 de octubre de 2010 y la Instrucción de 18 de febrero de 2019, las que marcan los límites del derecho y muestran la actividad normativa de la DGRN, regulando materias sustantivas que contienen unos criterios que pueden servir de base al legislador, y en estos momentos, infringiendo el principio de legalidad, fijan las bases a las autoridades registrales para reconocer o no determinada resolución extranjera, con el fin de que tenga eficacia registral en España.

2. Instrucción de 5 de octubre de 2010 de la Dirección General de los Registros y del Notariado

Ante la complejidad de la situación que presentaba la gestación subrogada internacional en España, así como la aparición de nuevos casos solicitando la inscripción de nacimientos en los registros consulares, la DGRN reaccionó de nuevo con la Instrucción de 5 de octubre de 2010 sobre el régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución²⁶, mediante la cual se fijan una serie de directrices para la calificación de los Encargados del Registro Civil en relación con las solicitudes de inscripción de nacimiento formuladas por ciudadanos españoles, de los menores nacidos en el extranjero como consecuencia del uso de técnicas de gestación por sustitución.

La finalidad que perseguía esta resolución era proteger el interés superior del menor así como otros intereses para lo cual resultaba necesario determinar los criterios para el acceso al Registro Civil español de los nacidos en el extranjero mediante la gestación subrogada. Igualmente, mediante la instrucción se busca dar solución a los recursos interpuestos por ciudadanos españoles contra resoluciones de los encargados de los Registros Civiles consulares españoles, denegando la inscripción de niños nacidos mediante contratos de gestación subrogada, en aquellos países donde esta TRHA es legal. Se trata por tanto de establecer un marco de protección que permita el acceso al Registro Civil español de los nacidos en el extranjero mediante esta técnica y que garantice que la voluntad de la gestante es libre, que no estamos ante un caso de tráfico de menores y que no se imposibilita que el niño conozca su origen biológico.

Esta Instrucción de 5 de octubre de 2010 se dictó al amparo de lo dispuesto en el artículo 9 de la Ley del Registro Civil vigente (la de 1957) y es de obligado cumplimiento

²⁶ “BOE núm. 243, de 7 de octubre de 2010”.

para todos los encargados de los Registros Civiles. A falta de legislación específica, los criterios que han de aplicarse en los Registros Civiles son los de dicha instrucción.

La Instrucción de 2010 supuso un vuelco al método que hasta entonces se seguía en la doctrina, al exigir una resolución judicial como elemento necesario para el acceso al Registro de la inscripción registral extranjera. De este modo, para poder inscribir a los menores se exige como requisito previo la presentación ante el encargado del Registro Civil de una resolución judicial por un tribunal competente extranjero.

Esta resolución judicial extranjera deberá ser objeto de exequátur²⁷ según el procedimiento contemplado en la LEC. Para proceder a la inscripción se deberá presentar ante el Registro Civil español la solicitud de inscripción y el auto judicial que ponga fin al mencionado procedimiento de exequátur. Ahora bien, si la resolución es consecuencia de un expediente análogo a nuestra jurisdicción voluntaria, el encargado del Registro Civil controlará incidentalmente si la Resolución puede ser reconocida en España.

En dicho control incidental el encargado del Registro Civil español constatará cuestiones tales como: “a) la regularidad y autenticidad formal de la resolución judicial extranjera y de cualesquiera otros documentos que se hubieran presentado; b) que el Tribunal de origen hubiera basado su competencia judicial internacional en criterios equivalentes a los contemplados en la legislación española ; c) que se hubiesen garantizado los derechos procesales de las partes, en particular, de la madre gestante; d) que no se ha producido una vulneración del interés superior del menor y de los derechos de la madre gestante. Especialmente, se deberá verificar que el consentimiento de la madre gestante se ha obtenido de forma libre y voluntaria, sin incurrir en error, dolo o violencia y que tiene capacidad natural suficiente; e) que la resolución judicial es firme y que los consentimientos prestados son irrevocables, o bien, si estuvieran sujetos a un plazo de revocabilidad conforma a la legislación extranjera aplicable, que este hubiera transcurrido, sin que quien tenga reconocida la facultad de revocación, la hubiera ejercitado”²⁸.

La segunda directriz que vino a establecer esta resolución fue que en ningún caso se admitirá como título apto para la inscripción del nacimiento y filiación del nacido, una certificación registral extranjera o la simple declaración acompañada de certificación médica relativa al nacimiento del menor en la que no conste la identidad de la madre gestante.

La Instrucción de 5 de octubre de 2010 exige más requisitos que la resolución de 2009. No sirve meramente una certificación registral extranjera de un país en el que se admita la gestación subrogada, tiene que haber una resolución judicial que compruebe el consentimiento de la madre gestante, que compruebe que no hay mercantilización, que compruebe que el consentimiento se ha prestado de manera libre y voluntaria y que garantice la no revocabilidad. La sentencia lo tiene que establecer para producir una estabilidad del menor en la familia de los padres comitentes.

²⁷ 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.

²⁸ “BOE núm. 243, de 7 de octubre de 2010”.

La Instrucción ha sido objeto de numerosas críticas por parte de la doctrina española, a pesar de haber permitido regularizar la situación de algunos niños y otros efectos. Lo cual no reafirma sino la necesidad de que la gestación subrogada sea debidamente regulada.

Citando a Farnós: “si en último término se pretenden otorgar efectos jurídicos a la gestación por sustitución, la respuesta debe venir exclusivamente del legislador, a través de una reforma del artículo 10 LTRHA que regularizara los contratos de gestación por sustitución celebrados cumpliendo las garantías mínimas que el legislador considere necesarias de acuerdo con los principios de nuestro ordenamiento”²⁹.

Del mismo modo, Pérez Monge sostiene que es el legislador quien debe limitar la práctica, o bien regularla antes de permitirla en fraude de ley, a fin de evitar esta discordancia entre la dicción legal y la realidad³⁰.

Por otro lado, lo que se critica es que se considera que esta instrucción es inconstitucional porque atenta contra el principio fundamental de igualdad de todos los españoles ante la ley recogido en el artículo 14 CE. Además de esto se le critica por fomentar el turismo reproductivo, se afirma que “con la IDGRN se ha abierto una vía irregular para dar respuesta a conductas prohibidas en el ordenamiento jurídico español, lo que puede acabar fomentando el desplazamiento de parejas españolas hacia países que permiten la maternidad subrogada”³¹.

Finalmente se sostiene que la exigencia de una resolución judicial extranjera sobre filiación de los nacidos tras gestación es una exigencia contraria a la ley por diversos motivos:

- Podría resultar discriminatoria por razón de filiación.
- Esta exigencia obliga a los promotores de la inscripción a «judicializar», ante tribunales de un país extranjero, el nacimiento de los menores.
- Esta exigencia resulta de imposible aplicación cuando en el Estado extranjero en cuestión no existen procedimientos judiciales para acreditar la filiación de los menores nacidos mediante gestación por sustitución.

En conclusión, la solución que han dado las autoridades españolas a este problema ha sido favorecer la continuidad jurídica en la filiación válidamente determinada en el extranjero, desde la perspectiva del interés superior del menor. Es por ello, por lo que se ha conseguido una aceptación *de facto* de una situación jurídica que *de iure* no está permitida, pues se están reconociendo en España decisiones extranjeras por las que se determina la filiación de un menor a favor de sus padres comitentes con el único control del orden público internacional. Esto plantea una problemática de inseguridad jurídica,

²⁹ LAMM, E. “Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres”. *Revista para el Análisis del Derecho*, Barcelona, 2012, p.89.

³⁰ PEREZ MONGE, M. “Cuestiones actuales de la maternidad subrogada en España: regulación versus realidad”. *Revista de Derecho Privado*, vol. 94, 2010, , pp.41-64.

³¹ FARNÓS AMORÓS, E. “Acceso a la reproducción asistida por parejas del mismo sexo en España: estado de la cuestión, propuestas y retos”. *Revista de Derecho de Familia*, 2011, pp. 153-181.

debido al diferente modo en el que los tribunales nacionales y el TEDH aprecian la compatibilidad con el orden público de las decisiones extranjeras en este ámbito³².

3. Instrucciones de 14 y 18 de febrero de 2019 de la Dirección General de los Registros y del Notariado

En el año 2019 la DGRN publicó dos resoluciones, una del 14 de febrero de 2019 y la segunda del 19 de febrero de 2019. La Instrucción de 14 de febrero fue derogada por la Instrucción de 18 de febrero de 2019 sobre actualización del régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución.

En la Instrucción de 18 de febrero de 2019 se establece que “queda sin efecto la Instrucción de 14 de febrero de 2019 de la DGRN” y que “las solicitudes de inscripción en el Registro Civil consular de la filiación de menores nacidos con posterioridad a la publicación de esta Instrucción, no serán estimadas salvo que exista una sentencia de las autoridades judiciales del país correspondiente que sea firme y dotada de exequatur, u objeto del debido control incidental cuando proceda, de conformidad con la Instrucción de 5 de octubre de 2010”³³. Por tanto, en la Instrucción de 18 de febrero se dice que continúan en vigor los procedimientos recogidos en la resolución de 5 de octubre de 2010.

Se vuelve por tanto al sistema de 2010, que pretende coordinar el interés del menor y el de la madre gestante, exigiendo como ya hemos mencionado sentencia dotada de exequatur o un expediente de jurisdicción voluntaria³⁴ por el encargado del Registro Civil.

Si no concurren estos requisitos, el encargado del Registro Civil ha de comunicarlo al Ministerio Fiscal (art 124 RRC).

El solicitante podrá obtener, si procede, de las autoridades locales el pasaporte y permisos del menor para viajar a España. Una vez en España, a fin de asegurar que se cumplen todas las garantías con el necesario rigor probatorio, se deberá iniciar el correspondiente expediente para la inscripción de la filiación, con intervención del Ministerio Fiscal, o interponer las acciones judiciales de reclamación de dicha filiación.

VIII. SAP Palma de Mallorca de 27 de abril de 2021

A continuación, vamos a analizar la SAP de Palma de Mallorca de 27 de abril de 2021, puesto que es una sentencia de falló de manera diferente a lo que venía estableciendo el TS hasta el momento pues aceptó la solicitud de inscripción de filiación

³² LASÁRTE ÁLVAREZ, C. “El reto de la gestación subrogada: luces y sombras”. Editorial Dykinson, Madrid, 2021, p. 78.

³³ Instrucción 18 de febrero de 2019 de DGRN. “BOE núm. 45, de 21 de febrero de 2019”.

³⁴ Artículo 1.2º de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria: “se consideran expedientes de la jurisdicción voluntaria a los efectos de esta Ley todos aquellos que requieran la intervención de un órgano jurisdiccional para la tutela de derechos e intereses en materia de Derecho Civil y Mercantil, sin que exista controversia que deba suscitarse en un proceso contencioso”.

de una madre comitente respecto a un menor concebido mediante gestación subrogada sin aportación de material genético por parte de la misma.

1. Antecedentes de hecho

En primer lugar, D. Hortensia (madre intencional) interpone demanda contra D. Rosendo (madre gestante) que se encuentra en situación procesal de rebeldía, siendo esta estimada por el Juzgado de Primera Instancia nº1. En dicho proceso se dicta sentencia determinando la filiación materna de la menor Rosario a favor de Hortensia.

Rosario nació como fruto de un proceso de gestación subrogada en Moscú, sin aportación de material genético por parte de la demandante, D. Hortensia, pues los donantes de gametos fueron anónimos.

Contra dicha sentencia, el Ministerio Fiscal (en adelante, MF) interpuso recurso de apelación, siendo la parte demandada D. Hortensia³⁵.

2. Fundamentos jurídicos

PRIMERO.- “Se aceptan los que sustentan la resolución apelada en cuanto no se opongan a los que siguen”³⁶.

SEGUNDO.- “El juez estima la demanda con base en la Instrucción DGRN de 5 de octubre de 2010, en conjunción con el art 96.2.d) Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil³⁷, considerando posible y procedente una aplicación atenuada del orden público español de acuerdo con el principio de preservación del superior interés del menor, cuya filiación ha sido válidamente determinada por un ordenamiento extranjero, a pesar de que la maternidad subrogada este prohibida en España por el artículo 10.1 LTRHA”³⁸.

Al recurrir la sentencia el MF y tras admitir como probado que la menor nació en Moscú en 2015 a través de un proceso de gestación subrogada, afirma que nada se establece en la demanda sobre el hecho de que la niña hubiese sido engendrada mediante técnicas de reproducción humana asistida pero sin la concurrencia de material genético de la actora. La Sra. Hortensia manifestó ante el funcionario público consular que los donantes de las células germinales reproductivas femeninas y masculinas son anónimas y por ende, esta carece de vinculación biológica con Rosario, requisito que considera el recurrente ineludible para el ordenamiento jurídico de la Federación Rusa. Concluye el MF que de conformidad con el artículo 10.1 y 10.2 LTRHA, en relación con los arts. 113 y 131 CC, no es posible reconocer en este caso la filiación por posesión de estado, sin que

³⁵ SAP IB 660/2021.

³⁶ SAP de Palma de Mallorca de 27 de abril de 2021. Fundamento jurídico primero.

³⁷ Artículo 96.2.d): “Que la inscripción de la resolución no resulta manifiestamente incompatible con el orden público español”.

³⁸ SAP de Palma de Mallorca de 27 de abril de 2021, Fundamento jurídico segundo, punto 1.

la decisión contraria resulte justificada en orden a salvaguardar el superior interés del menor.

“La representación procesal de D. Hortensia impugna la sentencia basándose en que el Ministerio Fiscal no denunció en primera instancia el contenido de la documentación pública aportada y que no entiende como el órgano apelante dude de las conclusiones del Tribunal de San Petersburgo, el cual indica que tanto la gestación subrogada como el certificado de nacimiento de la niña respetan la legislación de su país”³⁹.

CUARTO.- Centrándonos en lo que atiende al ordenamiento español, el tribunal se basa en la sentencia de Pleno de su Sala nº 835/2013, de 6 de febrero de 2014. En la misma, el alto tribunal acepta que las relaciones familiares no dependen exclusivamente del hecho biológico y señala la adopción y el consentimiento a la fecundación con contribución de donante, prestado por el cónyuge o conviviente de la mujer que se somete a reproducción asistida, como determinantes de la filiación.

“En cuanto a la posible vulneración del superior interés del menor, en nuestro caso de Rosario, el TS establece que el principio de superior interés del menor es un concepto jurídico indeterminado cuya aplicación ha de hacerse teniendo en cuenta los valores que la sociedad asume como propios, contenidos tanto en las reglas legales como en los principios inspiradores de la propia legislación nacional. Este principio es útil para interpretar y aplicar la Ley, pero no para contravenir lo expresamente previsto en la norma”⁴⁰.

El TS reconoce en la citada sentencia que el no reconocimiento de la filiación establecida en la inscripción registral puede suponer un perjuicio para la posición jurídica del menor, aunque admite que el reconocer una filiación contraria a la ley también le perjudica pues atenta contra su dignidad y lo convierte en objeto de tráfico mercantil.

Por ende, “es necesario, realizar una ponderación de la que resulte la solución que menos perjudique al menor, empleando criterios establecidos en el ordenamiento jurídico. Para ello, se tiene en consideración que el artículo 8 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, ha considerado que allí donde está establecida la **existencia de una relación de familia con un niño**, el Estado debe **actuar con el fin de permitir** que este vínculo se **desarrolle** y otorgar la necesaria protección jurídica que haga posible la integración del niño en su familia”⁴¹.

Destaca el Tribunal Supremo⁴² que existen en nuestro ordenamiento jurídico instituciones que permiten tal protección, como son la reclamación de paternidad del padre biológico (artículo 10.3 LTRHA) aunque en nuestro caso es inoperante, puesto que Rosario dispone de material genético masculino de donante anónimo. Y también, se hace referencia a la adopción y el acogimiento familiar. Establece también el TS que la

³⁹ SAP de Palma de Mallorca de 27 de abril de 2021, Fundamento jurídico segundo, punto 3.

⁴⁰ SAP de Palma de Mallorca de 27 de abril de 2021, Fundamento jurídico cuarto, punto 4.

⁴¹ SAP de Palma de Mallorca de 27 de abril de 2021, Fundamento jurídico cuarto, punto 7 y STS de 6 de febrero de 2014, Fundamento jurídico quinto, punto 11.

⁴² En Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014.

denegación de reconocimiento de la certificación registral afectará únicamente a la filiación establecida en ella, pero no al resto de su contenido⁴³.

En resumen, la jurisprudencia del TS si bien establece la nulidad de pleno derecho del contrato de gestación subrogada en nuestro ordenamiento, admite que en cumplimiento del principio superior del interés del menor debe protegerse el núcleo familiar en el que se encuentra integrado, siempre que sea adecuado para el niño y no suponga para él peligro alguno, y ello a través de los cauces previstos en el ordenamiento, como son la reclamación de la filiación por el padre biológico, la adopción y el acogimiento familiar.

QUINTO.- Establece la jurisprudencia del TEDH que un niño nacido en el extranjero a través de un acuerdo de gestación subrogada y concebido utilizando los gametos del padre comitente y de una tercera donante, en la que la relación jurídica paterno-filial con el padre comitente ha sido reconocida, el derecho del niño al respeto de su vida privada (artículo 8 Convenio), exige que la legislación nacional prevea la posibilidad de reconocer una relación jurídica paterno-filial con la madre comitente, designada en el certificado de nacimiento legalmente establecidos en el extranjero como “madre legítima”.

“Este derecho, no exige que el reconocimiento adopte la forma de inscripción en el registro de nacimientos, si no que pueden utilizarse otros medios como la adopción del niño por la madre comitente, siempre que se garantice que pueda ser aplicado con prontitud y eficacia, de conformidad con el interés superior del menor”⁴⁴.

Dos son los factores que respaldan esta decisión:

1. La preservación del superior interés del menor

La falta de reconocimiento de una relación jurídica entre un niño nacido a través de un acuerdo de gestación subrogada y la madre comitente tiene efectos negativos en la vida privada del menor y lo coloca en una situación de inseguridad jurídica en cuanto a su identidad en la sociedad. El tribunal europeo identifica riesgos tales como que se niegue el acceso a la nacionalidad de la madre comitente o que tenga dificultades para permanecer en el país de residencia de la madre comitente entre otros.

Establece el tribunal, que el interés superior del niño supone también identificar jurídicamente a las personas responsables de su educación y de coadyuvar que el menor crezca en un entorno estable. Por ello, considera que la imposibilidad de obtener el reconocimiento de la relación entre ese menor y la madre comitente es incompatible con el interés superior del menor.

2. Alcance del margen de discrecionalidad del que disponen los Estados contratantes de acuerdo al artículo 8 del Convenio

Sobre la discrecionalidad de los Estados, establece el tribunal europeo que cuando se trata de una relación paterno-filial, el margen permitido al Estado es normalmente

⁴³ Esto con el fin de dar cumplimiento al artículo 7 de la Convención Sobre los Derechos del Niño donde se establece que el niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre y a adquirir una nacionalidad.

⁴⁴ SAP de Palma de Mallorca de 27 de abril de 2021, Fundamento jurídico quinto, punto 2.

limitado, pero permanece en el ámbito decisorio de cada Estado la elección de los medios que permitirán reconocer la relación jurídica entre el menor y los progenitores comitentes.

Dependiendo de las circunstancias de cada caso, medios como la adopción pueden servir y produce efectos similares al registro de los datos de los nacimientos en el extranjero. La adopción puede servir siempre que las condiciones que la regulen sean adecuadas y el procedimiento permita tomar rápidamente una decisión, de modo que el menor no se encuentre durante un largo periodo en una situación de inseguridad jurídica.

SEXTO.- En el Fundamento de Derecho Sexto se afirma que es el propio artículo 10 LTRHA el que establece la nulidad del contrato de gestación subrogada si bien, si tenemos que atender a las circunstancias específicas para proteger el superior interés del menor, en este caso Rosario, y si dicho interés se concreta en la protección del ámbito familiar en el que se encuentra integrada la menor hay que concluir que el hecho de que la filiación venga determinada por el parto y que por ende Rosario sea hija de Dña. Rosendo, no conlleva beneficio alguno para Rosario y lesionaría la L.O 8/2015, de 22 de julio.

Todos los datos que se tienen invitan a pensar que Rosario ha estado siempre, desde su nacimiento en 2015, con Dña. Hortensia y su familia y no se dan elementos que lleven a pensar que la menor se encuentra en ese ámbito familiar en situación de riesgo.

Denegar la relación entre D. Hortensia y Rosario supondría por tanto, colocar a la menor en una situación jurídica imposible, plena de inseguridad e incertidumbre y sin visos de pronta resolución, resultando incompatible con el superior interés del menor.

El Tribunal Supremo señala que aunque la protección del menor nacido mediante gestación subrogada no puede darse con respaldo en el contrato, si se puede conseguir según las previsiones legales y convenios de aplicación en España, con especial atención a la interpretación que hace el TEDH sobre el artículo 8 del Convenio que establece que ante una relación familiar con un menor el Estado actuará teniendo que permitir que ese vínculo se desarrolle, proporcionando la protección jurídica adecuada que posibilite la integración del menor con su familia.

El problema que surge en este caso concreto, es que no existe padre biológico de Rosario que sea pareja de la actora y que por tanto pudiese reclamar la filiación, adoptando a la niña D. Hortensia. Tampoco puede acudir al expediente de adopción pues no se cumplen los requisitos establecidos en el artículo 175.1 CC⁴⁵, pues la diferencia de edad entre ambas es de 47 años.

Cabe reiterar que el TEDH ha indicado que donde hay una relación familiar establecida con un menor, el Estado tiene que **permitir que ese vínculo se desarrolle**.

SÉPTIMO.- En cuanto a la posesión de estado, “el TS determina que se requieren hechos específicos, conformando una apariencia de filiación creada por el ejercicio constante de sus potestades y deberes, es decir, una apariencia de una relación de filiación manifestada por la posesión de estado de filiación. Es necesario que consten hechos públicos repetidos y encadenados de los que dimanen el goce público de una relación de

⁴⁵ Artículo 175.1 CC: “En todo caso, la diferencia de edad entre adoptante y adoptado será de, al menos, dieciséis años y no podrá ser superior a 45 años”.

filiación”⁴⁶. El TS considera que tiene que concurrir el “tractatus”, esto es, actos de la progenitora que hagan creíble la situación posesoria (actos de atención y asistencia a la hija) y la “fama” entendida como notoriedad de la naturaleza del fenómeno posesorio, es preciso por tanto que concurra una exteriorización constante de la relación de estado.

En el caso concreto, se incorpora el alta en la guardería de Rosario, así como el alta de la niña en el Sistema Nacional de Salud. También está demostrado el empadronamiento de Rosario en el domicilio de Doña Hortensia. Son actos por tanto que persiguen la educación de la niña, la protección de su salud y su acogimiento permanente en un hogar familiar sin embargo no sirven por sí solos para obtener la filiación de acuerdo al artículo 131 CC.

OCTAVO.- Una vez visto todos los elementos en que se basa la resolución, y dado que en este supuesto no es posible acogerse a las vías sugeridas por la STS de 6 de febrero de 2014, procede dar lugar a la inscripción pretendida, atendiendo al principio de superior interés de la niña, que pasa por preservar la situación familiar en la que vive desde su nacimiento, coadyuvando en ello también la posesión de estado que favorece a la actora.

De este modo se elimina la incertidumbre jurídica actual, principio que cuenta con una mayor concreción desde la entrada en vigor de la LO 8/2015, de 22 de julio. Esta ley permite abordar este caso desde una perspectiva que complementa el criterio de la STS de 6 de febrero de 2014, que no pudo tener en cuenta dicho texto normativo. El artículo 2.1 de la citada ley establece de forma imperativa la consideración de forma primordial del interés superior del menor. Hay que tener en consideración que esta ley tiene rango de orgánica, a la que no puede oponerse la aplicación del artículo 10 LTRHA.

Si se quiere por tanto priorizar la permanencia de la menor en el ámbito de su familia actual, y no lo podemos hacer a través de las instituciones que señala el TS, solo queda dar lugar a la inscripción instada, complementada por la concurrencia de la posesión de estado.

Puede entenderse respetado el artículo 10 LTRHA que entendemos debe ser completado con la doctrina que establece el TS en la Sentencia de 6 de febrero de 2014 en cuanto que establece vías alternativas para establecer la filiación que aquí son inaplicables. Por tanto, el citado precepto es aplicable cuando puede hacerse uso de alguna de estas vías pero no en caso contrario, ya que lo primordial es atender a las circunstancias concretas del menor y proteger el ámbito familiar y sus relaciones familiares existentes.

En consecuencia, se rechaza el recurso de apelación.

IX. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

Hasta el día de hoy, el Tribunal Supremo solo se ha pronunciado en dos ocasiones sobre los efectos jurídicos que puede desplegar en España el recurso a la gestación subrogada.

Sobre el tratamiento que debe darse al reconocimiento de decisiones extranjeras sobre filiación a favor de los padres, el TS expuso su parecer en la **Sentencia de 6 de febrero**

⁴⁶ SAP de Palma de Mallorca de 27 de abril de 2021, Fundamento jurídico séptimo, punto 1.

de 2014. Se trata de un supuesto en el que un matrimonio homosexual lleva a cabo un contrato de gestación subrogada en EEUU y fruto del cual nacen gemelos, cuya inscripción pretenden reconocer en España.

A lo largo del análisis de la SAP de Palma de Mallorca se hace referencia a dicha sentencia, pues el tribunal de Palma basaba su respuesta jurídica en la misma pero con la diferencia de que de manera novedosa, el tribunal de Palma de Mallorca admite la solicitud de inscripción en el registro de la filiación a favor de la madre comitente.

1. STS de 6 de febrero de 2014

Vamos a ver de manera resumida cual es la postura del TS en la Sentencia de 6 de febrero de 2014. El objeto de *litis* fue analizado por el TS desde tres puntos de vista⁴⁷.

En primer lugar, el respeto al **orden público internacional español** en el reconocimiento de decisiones extranjeras y su contravención por los convenios de subrogación uterina. El TS establece que el problema planteado se basa en “reconocimiento de actos jurídicos válidos según el Derecho extranjero”⁴⁸. Señala que existe una decisión de una autoridad administrativa, adoptada conforme al Derecho del Estado de California, que inscribe el nacimiento de los niños y determina a su favor una filiación. Por ende, “lo que debe resolverse es única y exclusivamente si esa decisión de una autoridad extranjera puede ser reconocida y, en consecuencia, desplegar sus efectos en el sistema jurídico español”. El TS dice al respecto que el Registro Civil exige que el control previo al reconocimiento en España de la decisión de la autoridad administrativa encargada del Registro Civil de California no puede quedar restringida a aspectos formales, si no que ha de extenderse a la cuestión de fondo: que no haya duda ni de la realidad del hecho, ni de su legalidad conforme a la Ley española⁴⁹. Con esta premisa, el TS entiende que no puede admitirse la creación de una “ciudadanía censitaria” en la que sólo quienes tengan elevados recursos puedan establecer relaciones paterno filiales vedadas a la mayoría de la población, lo cual fue expresamente tenido en cuenta por el legislador español al ponderar los intereses en juego y redactar el artículo 10 LTRHA con el texto vigente⁵⁰. Por lo tanto, la filiación cuya inscripción se pretende resulta incompatible con el orden público español, entendido este como el sistema de derechos y libertades individuales garantizado en la Constitución y en los Convenios Internacionales de Derechos humanos ratificados por España.

En segundo lugar, la inexistencia de **discriminación por razón de sexo u orientación sexual** en la denegación de la inscripción de filiación. En la sentencia el TS tampoco acepta que haya una discriminación por razón de sexo en perjuicio del matrimonio de varones, se desestima por tanto el argumento que invocaba la aplicación analógica de la aceptación de la inscripción de filiación a favor de dos mujeres cuando una de ellas se somete a un tratamiento de reproducción asistida y la otra es su cónyuge.

⁴⁷ GODOY VÁZQUEZ, O. “La gestación subrogada en la jurisprudencia del TEDH, TJUE y Tribunal Supremo”. Anuario de la Facultad de Derecho de la UEX, nº 34, 2018, pp. 114- 116.

⁴⁸ STS de 6 de febrero de 2014, Fundamento jurídico tercero, punto 2.

⁴⁹ STS de 6 de febrero de 2014, Fundamento jurídico tercero, punto 3.

⁵⁰ STS de 6 de febrero de 2014, Fundamento jurídico tercero, punto 6.

En percepción del TS ambos supuestos son diferentes, dado que en el supuesto enjuiciado ninguno de los integrantes del matrimonio ha llevado a cabo la gestación. La denegación de la inscripción procede no por el sexo de los solicitantes, sino porque la filiación que se pretende trae causa de una gestación por sustitución contratada legalmente en California pero prohibida por el ordenamiento español, y por ello “la respuesta jurídica sería la misma tanto si los solicitantes fueran dos hombres, dos mujeres, un matrimonio heterosexual, una pareja de hecho heterosexual o una persona sola, sea hombre o mujer”⁵¹.

En tercer lugar, la cuestión relativa al **interés superior del menor**. Entiende el TS que “el interés superior del menor es un concepto jurídico indeterminado que introduce el legislador para ampliar los márgenes de la ponderación judicial” y que en casos como este tiene la consideración de “concepto esencialmente controvertido”, al expresar un criterio normativo sobre el que no existe unanimidad social⁵². De este modo, no se puede invocar el superior interés del menor indiscriminadamente, ni permite al juez llegar a cualquier resultado en detrimento de otros bienes jurídicos protegidos⁵³. La concreción del interés superior del menor debe hacerse tomando en consideración los valores asumidos por la sociedad como propios, contenidos tanto en las reglas legales como en los principios que inspiran la legislación nacional y las convenciones internacionales, no solo los puntos de vista del juez. Del mismo modo, este principio sirve para interpretar y aplicar la Ley y subsanar sus lagunas, pero no para ir en contra de lo que está previsto expresamente en la norma; y debe ponderarse con los demás bienes jurídicos concurrentes, como son en el caso que nos ocupa, garantizar el respeto a la dignidad e integridad moral de la mujer gestante, evitar la explotación del estado de necesidad en que puedan encontrarse mujeres jóvenes en situación de pobreza, e impedir la mercantilización de la gestación y de la filiación. La protección del interés superior de los menores “no puede fundarse en la existencia de un contrato de gestación por sustitución y una filiación determinada a favor de los padres intencionales conforme a la legislación de California, sino que habrá de partir, de ser ciertos tales datos, de la ruptura de todo vínculo de los menores con la mujer que les dio a luz, la existencia actual de un núcleo familiar formado por los menores y los recurrentes, y la paternidad biológica de alguno de ellos respecto de tales menores”.

En lo que respecta a la posible violación de los derechos de los niños, el TS establece que el no reconocimiento de la filiación establecida en la certificación del Estado de California puede suponer un perjuicio para la posición jurídica de los menores, pero, del mismo modo establecer una filiación contraviniendo los criterios previstos en la Ley para su determinación también supone un perjuicio para ellos: “la mercantilización que conlleva determinar una filiación a favor del que encarga una gestación atenta claramente contra la dignidad del menor, que queda convertido en objeto de comercio”⁵⁴.

En la citada sentencia se establece que los menores tiene derecho a una identidad única que se debe respetar por encima de las fronteras estatales pero que, en el caso que estamos analizando, los menores no tienen vinculación alguna con California pues lo

⁵¹ STS de 6 de febrero de 2014, Fundamento jurídico cuarto, punto 2.

⁵² STS de 6 de febrero de 2014, Fundamento jurídico quinto, punto 3.

⁵³ STS de 6 de febrero de 2014, Fundamento jurídico quinto, punto 6.

⁵⁴ STS de 6 de febrero de 2014, Fundamento jurídico quinto, punto 8.

único que los relaciona es que su nacimiento en Estados Unidos se produjo solo porque es un país donde es posible concertar la maternidad subrogada con la consiguiente determinación de la filiación a favor de los recurrentes, práctica prohibida en España. Este es el motivo por el que no existe un riesgo real de vulneración de una identidad única⁵⁵.

A juicio del TS, tampoco se vulnera su derecho al respeto de su vida privada y familiar, pues el recurso de casación que se desestima no pretendía que se adoptase una decisión sobre la integración de los menores en la familia constituida por los recurrentes, puesto que ya existía. Y si lo que se pretendía era la constitución de una filiación, los recurrentes pueden acudir a los mecanismos contemplados por el Derecho español como es el artículo 10.3 LTRHA, a través del cual el varón de la pareja que fuese progenitor biológico podría reclamar su paternidad y acreditada la renuncia de la madre subrogada, el cónyuge del progenitor biológico podría acudir al acogimiento familiar o a la adopción para formalizar la plena integración de los menores en la familia.

2. STS de 31 de marzo de 2022

De modo muy reciente, el Tribunal Supremo ha vuelto a pronunciarse respecto a este tema. Vamos a ver cuáles son las principales novedades que introduce la Sentencia de 31 de marzo de 2022.

El Pleno de la Sala Primera ha resuelto en esta sentencia un recurso de casación interpuesto por el MF contra una sentencia que había declarado la filiación materna respecto de una persona que no es la madre biológica de un niño nacido por gestación subrogada, sin aportar material genético propio, que fue llevada a cabo en México mediante un contrato en el que intervino una agencia mediadora.

El Tribunal Supremo se ha pronunciado sobre la gestación subrogada en la citada sentencia de manera unánime con dos mensajes: que se trata de una práctica que viola la CE, leyes nacionales y convenios internacionales y que la solución ante los hechos consumados ha de ser la adopción.

Afirman los magistrados que dicha TRHA “entraña un daño al interés superior del menor y una explotación de la mujer que son inaceptables”. Ambos son tratados como meros objetos, no como personas dotadas de dignidad propia de su condición de seres humanos y los derechos fundamentales inherentes a esa dignidad.

Pese a los convenios internacionales y las disposiciones legales que declaran la nulidad de pleno derecho de esta práctica, la realidad es que las agencias de mediación actúan y se publicitan libremente en España⁵⁶, y que el niño nacido en el extranjero fruto de una gestación subrogada entra en España y acaba integrado de manera estable en un núcleo familiar de facto, con situaciones de inseguridad jurídica⁵⁷.

Lo que establece en esta sentencia el TS es que la satisfacción del superior interés del menor en este caso conduce a que el reconocimiento de la relación de filiación a la madre

⁵⁵ STS de 6 de febrero de 2014. Fundamento jurídico quinto, punto 9.

⁵⁶ STS de 31 de marzo de 2022, Fundamento jurídico cuarto, punto 6.

⁵⁷ STS de 31 de marzo de 2022, Fundamento jurídico cuarto, punto 7.

comitente debe obtenerse por la vía de la adopción⁵⁸. Esta solución satisface el superior interés del menor como exige el TEDH pero a la vez intenta salvaguardar los derechos fundamentales que el citado Tribunal también ha considerado dignos de protección, como los derechos de las madres gestantes y de los niños en general. Estos derechos resultarían lesionados de manera grave si se facilitara la actuación de las agencias de mediación porque estas pudieran asegurar a sus potenciales clientes el reconocimiento casi automático en España de la filiación resultante del contrato de gestación subrogada⁵⁹.

Por tanto, lo que el TS hace en esta sentencia es denegar la inscripción de filiación que había autorizado la Audiencia de Madrid basándose en que la mujer que solicitaba la inscripción llevaba tiempo ejerciendo las obligaciones que corresponden a la madre, lo que encontraba cobertura en la figura llamada filiación por posesión de estado que recoge el CC. El Tribunal Supremo rechaza esa opción y recoge la de la adopción, con una tramitación más compleja. “Cuando quien solicita el reconocimiento de la relación de filiación es la madre comitente, la vía por la que debe obtenerse la determinación de la filiación es la adopción” concluye dicho Tribunal.

Además, los magistrados añaden que en el caso concreto, la integración del menor en la familia durante un tiempo permitirá que la adopción, si se valora como beneficiosa para el menor, se tramite con celeridad. Cuando concluya esa tramitación se podrá inscribir al menor en el Registro Civil.

A modo de resumen, podemos decir que en la sentencia de 2014 el TS rechazó la inscripción en el registro civil con unas duras críticas a esa forma de filiación. En ese caso se intentó la inscripción del menor mediante la convalidación de lo ya acordado en el Registro de California, lo cual fue rechazado por el TS. En el segundo caso que hemos analizado, se buscaba la inscripción en el Registro por otro camino, el de la propia legislación española. En concreto, la filiación por posesión de estado del CC⁶⁰. Opción que también ha sido rechazada por el TS, si bien en esta segunda sentencia la Sala Civil ha añadido que la vía para resolver el asunto debe ser la adopción.

X. DIFERENCIAS ENTRE LO QUE ESTABLECE LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO Y LA SAP DE PALMA DE MALLORCA DE 27 DE ABRIL DE 2021

Lo pionero de la sentencia Balear es que se permite inscribir como hija a una niña gestada mediante maternidad subrogada. En esta sentencia, la Audiencia de Palma antepone el interés de la menor a la ilegalidad que supone la maternidad subrogada en España, pues como ya hemos comentado anteriormente la niña fue gestada en Rusia con gametos de donantes anónimos y la madre de alquiler se encuentra en situación procesal de rebeldía.

⁵⁸ STS de 31 de marzo de 2022, Fundamento jurídico cuarto, punto 10.

⁵⁹ STS de 31 de marzo de 2022, Fundamento jurídico cuarto, punto 14.

⁶⁰ Recogido en el artículo 131 CC.

En la sentencia de la AP de Palma se avala el derecho de la niña de ser reconocida legal y civilmente como hija de una mujer residente en Ibiza. Como sabemos, la técnica de la gestación subrogada vulnera la LTRHA y por ende, el contrato es nulo de pleno derecho. Si bien, la AP de Palma valora como máxima prioridad proteger “el derecho de la niña al desarrollo de una vida en un entorno familiar adecuado, que es el que tiene desde su nacimiento”. La niña desarrolla su vida con la mujer española que recurrió a la maternidad subrogada en el año 2014.

Los jueces valoran el correcto desarrollo de la menor en el ámbito de su familia actual y la importancia que tiene el establecimiento de la filiación para su seguridad jurídica y su estabilidad. Solo de este modo, remarcan, podrá seguir “desarrollándose con plena tranquilidad en todos los aspectos de su vida”.

Esto lo contraponen al hecho de que la madre biológica se encuentre en situación de rebeldía y además el material genético masculino y femenino con el que se llevó a cabo la gestación es de donantes anónimos. A lo que hay que sumar que la madre biológica ni siquiera tuvo intervención en los Tribunales de San Petersburgo y por ende no se reivindicó como madre de la niña. No existen tampoco indicios de que haya tenido algún tipo de relación con ella desde que nació.

Por todo esto, el Tribunal consideró que el reconocimiento materno-filial con la madre comitente era la mejor forma de preservar los derechos de la niña, cuya situación no puede encuadrarse dentro de la figura de la adopción al superar la diferencia de 45 años entre madre adoptiva e hija que marca la ley. Una cosa que recalca el Tribunal Supremo en su reciente sentencia del 31 de marzo de 2022 es: “La cuestión de la diferencia de edad entre el menor y la madre comitente no se revela como un obstáculo excesivo, habida cuenta de que la diferencia máxima de 45 años entre adoptante y adoptado prevista en la normativa reguladora de la adopción no tiene un carácter absoluto (art. 176.2.3.º en relación al 237, ambos del Código Civil), tanto más cuando los hechos fijados por la Audiencia Provincial revelan la integración del menor en el núcleo familiar y los cuidados de que es objeto desde hace varios años”. Lo cual hace pensar que si esta sentencia de la AP de Palma llegará al TS este sería uno de los aspectos en que se incidiría. Recalcando que la vía para reconocer la filiación es la adopción y no la inscripción. De todos modos, esto es una mera conjetura basada en la línea seguida por el tribunal, que estaría por ver.

En consecuencia y en contra del criterio establecido por el TS, la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca reconoce el derecho a que se reconozca legalmente la filiación de la niña y la maternidad de la mujer que recurrió a esta TRHA en el extranjero pese a la nulidad del contrato por el que fue posible. Ese reconocimiento tiene efectos civiles que los jueces consideran imprescindibles para el correcto desarrollo de la niña.

A modo de conclusión, es previsible que esta sentencia de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca desemboque en el TS por recurso del Ministerio Fiscal, tribunal que recientemente ha vuelto a recalcar en sentencia de 31 de marzo de 2022 que el modo de reconocer la filiación debido a la maternidad subrogada es la adopción, lo cual nos lleva a pesar que el TS estimará el recurso y seguirá la misma línea que ha seguido hasta ahora.

XI. CONCLUSIONES

Una vez hemos analizado todo lo relacionado con la maternidad subrogada y hemos analizado tanto la SAP de Palma de Mallorca como la jurisprudencia del TS, vamos a remarcar a modo de conclusión los aspectos más importantes que hemos abordado.

- Lo primero a lo que llegamos en claro es que la maternidad subrogada es un tema sobre el que no existe un consenso, lo hemos podido ver claramente con la SAP de Palma de Mallorca en la que se permitía la inscripción de la filiación derivada de maternidad subrogada mientras que la jurisprudencia del TS establece que esa vía no es la que hay que seguir, sino la adopción.
- Lo segundo, es que, acudiendo a estas técnicas de reproducción humana asistida en el extranjero, probablemente los padres comitentes conseguirán la filiación de los menores en España. Como hemos podido ver, la LTRHA deja la puerta abierta a distintos modos de conseguir la filiación y además la propia jurisprudencia del TS establece que el Estado tiene que actuar para permitir conservar el vínculo familiar que existe entre el menor y los padres comitentes.

Por ende, el no reconocimiento de la gestación subrogada en España ha desembocado en una conducta de tolerancia hacia su práctica en el extranjero y por tanto mientras existan “paraísos reproductivos” como sería Ucrania, seguirán naciendo hijos cuyos padres se han marchado para cumplir su deseo de ser padres, a pesar de que el gobierno lo desaconseja.

- La jurisprudencia del TS ha recalado en su reciente sentencia de 31 de marzo de 2022 que la gestación subrogada es una práctica que viola la CE, leyes nacionales y convenios internacionales y establece que “cuando quien solicita el reconocimiento de la relación de filiación es la madre comitente, la vía por la que debe obtenerse la determinación de la filiación es la adopción”. De esta manera, se niega la vía de la inscripción de la filiación que se dio en la SAP de Palma de Mallorca anteriormente analizada.
- La SAP de Palma de Mallorca, la cual resuelve un supuesto en el que una mujer recurre a la gestación subrogada con gametos masculinos y femeninos procedentes de donantes anónimos, fue una sentencia novedosa pues permitió la inscripción de la filiación de una menor nacida mediante gestación subrogada, a pesar de que la línea que seguía el TS era optar por la adopción.
- Es evidente que la legislación española no es efectiva y la inexistencia de regulación por parte del Estado da lugar a una discriminación de las parejas o personas que por razones económicas no pueden acudir a los países donde sí está permitida la maternidad subrogada. El regular esta materia, es una cuestión de seguridad jurídica para los niños nacidos mediante esta técnica de reproducción, ya que de otra manera la filiación puede demorarse años.

- Respecto al futuro de la gestación subrogada, como hemos dicho la regulación respecto al tema es escaso y parece que no va a cambiar en un futuro próximo. La doctrina y la jurisprudencia establecen que hay que ponderar el interés del menor y la dignidad de la madre gestante, lo cual no es tarea fácil. La seguridad jurídica sería mayor si una norma fijase donde está ese equilibrio. Por ello, debería regularse la materia tanto en Derecho de Familia interno como en Internacional Privado.

Es una cuestión de tiempo que se termine codificando la gestación subrogatoria, como se hizo con otros temas controversiales como el aborto o el matrimonio entre personas del mismo sexo. Por lo que sería conveniente que se aprobara lo antes posible, para poder así gozar de seguridad jurídica en estas situaciones y para ello, es preciso una regulación clara y concisa sobre los términos del contrato, el consentimiento, las acciones de filiación y la inscripción en el Registro Civil de los menores gestados.

XII. BIBLIOGRAFÍA

- ANDREU MARTÍNEZ, B. “Una nueva vuelta de tuerca en la inscripción de menores nacidos mediante gestación subrogada en el extranjero: la instrucción de la DGRN de 18 de febrero de 2019” en *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2019, pp. 64-85.
- FARNÓS AMORÓS, E. “Inscripción en España de la Filiación derivada del acceso a la maternidad subrogada en California” en *Revista para el Análisis del Derecho*, 2010.
- GODOY VÁZQUEZ, O (2018). “La gestación subrogada en la jurisprudencia del TEDH, TJUE y Tribunal Supremo” en *Anuario de la Facultad de Derecho de la UEx*, nº 34, 2018, pp. 114-116.
- LAMM, E. “Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres” en *Revista para el Análisis del Derecho*, Barcelona, 2012.
- LASARTE ÁLVAREZ, C & JIMÉNEZ MUÑOZ, FJ. *El reto de la gestación subrogada: luces y sombras*. Editorial Dykinson, Madrid, 2021.
- LLEDÓ YAGÜE, F & FERRER VANRRELL, MP & BENITEZ ORTUZAR, I & OCHOA MARIETA, C & MONJE BALMASEDA, O. *Gestación subrogada: principales cuestiones civiles, penales, registrales y médicas. Su evolución y consideración (1988-2019)*. Editorial Dykinson, Madrid, 2019.
- REGALADO TORRES, M.^a D. “Efectos, consecuencias y regulación de la maternidad subrogada” en *Revista Multidisciplinar de Estudios de Género*, Vol.2, 2016, pp. 10-34.
- PÉREZ MONGE, M (2002). *La filiación derivada de técnicas de reproducción asistida*. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 2002.
- PÉREZ MONGE, M. “Cuestiones actuales de la maternidad subrogada en España: regulación versus realidad” en *Revista de Derecho Privado*, 2010.
- SÁNCHEZ JORDÁN, E. “La necesaria doble aproximación a la gestación subrogada. En particular, de los olvidados contratos de gestación por sustitución” en *Revista para el Análisis del Derecho*, 2020, pp. 121- 124.

LEGISLACIÓN

Constitución Española de 1978

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

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

Ley 45/2003, de 21 de noviembre, por la que se modifica la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre Técnicas de Reproducción Asistida.

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