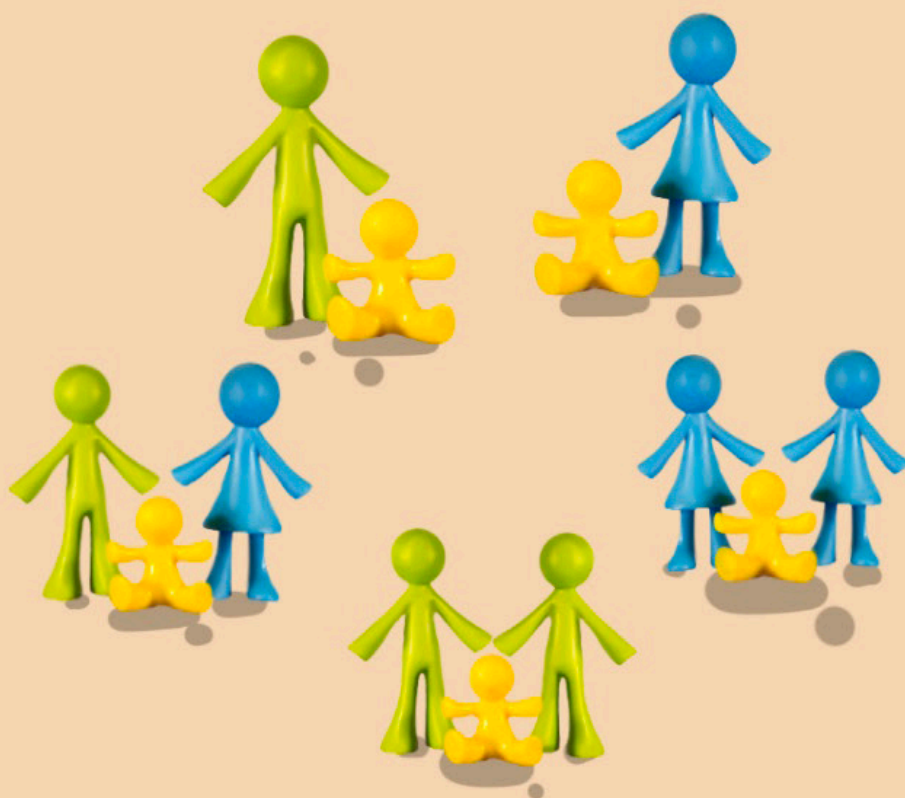


MARÍA JOSÉ CABEZUDO BAJO  
(Directora)



# **DISTINTOS ENFOQUES DE LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN COMO TÉCNICA DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA**



*Dykinson, S.L.*



**DISTINTOS ENFOQUES DE LA  
GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN  
COMO TÉCNICA DE REPRODUCCIÓN  
HUMANA ASISTIDA**



MARÍA JOSÉ CABEZUDO BAJO  
(*Directora*)

**DISTINTOS ENFOQUES DE LA  
GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN  
COMO TÉCNICA DE REPRODUCCIÓN  
HUMANA ASISTIDA**

AUTORES:

MARÍA JOSÉ CABEZUDO BAJO  
PILAR BENAVENTE MOREDA  
ÁNGEL CORREDOR AGULLÓ  
ANTONIA DURÁN AYAGO  
PEDRO FUENTES CASTRO  
INMACULADA GARCÍA PRESAS  
DAVID GONZÁLEZ GERPE  
NANCY ANNE KONVALINKA  
LUKAS ROMERO WENZ  
VICENTE BELLVER CAPELLA  
TAYSA SCHIOCCHET  
ANA CAROLINA PEDROSA MASSARO  
PAULO RAMÓN SUÁREZ XAVIER  
PEDRO A. TALAVERA FERNÁNDEZ  
ANTONIO JOSÉ VELA SÁNCHEZ

No está permitida la reproducción total o parcial de este libro, ni su incorporación a un sistema informático, ni su transmisión en cualquier forma o por cualquier medio, sea este electrónico, mecánico, por fotocopia, por grabación u otros métodos, sin el permiso previo y por escrito del editor. La infracción de los derechos mencionados puede ser constitutiva de delito contra la propiedad intelectual (art. 270 y siguientes del Código Penal).

Diríjase a Cedro (Centro Español de Derechos Reprográficos) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra. Puede contactar con Cedro a través de la web [www.conlicencia.com](http://www.conlicencia.com) o por teléfono en el 917021970/932720407.

Este trabajo se ha realizado en el marco del proyecto de investigación titulado «Avances en la regulación española sobre la gestación por sustitución conforme al Derecho comparado» – IMIENS 2019-004 y financiado por el IMI-ENS (Instituto Mixto de Investigación-Escuela Nacional de Sanidad).

Este libro ha sido sometido a evaluación por parte de nuestro Consejo Editorial  
Para mayor información, véase [www.dykinson.com/quienes\\_somos](http://www.dykinson.com/quienes_somos)

© Copyright by  
Los autores  
Madrid, 2023

Editorial DYKINSON, S.L. Meléndez Valdés, 61 - 28015 Madrid  
Teléfono (+34) 91 544 28 46 - (+34) 91 544 28 69  
e-mail: [info@dykinson.com](mailto:info@dykinson.com)  
<http://www.dykinson.es>  
<http://www.dykinson.com>

ISBN: 978-84-1122-817-6  
Depósito Legal: M-35153-2023  
DOI: 10.14679/2480

ISBN electrónico: **978-84-1170-989-7**

*Maquetación:*  
[german.balaguer@gmail.com](mailto:german.balaguer@gmail.com)

# ÍNDICE

<b>INTRODUCCIÓN Y AGRADECIMIENTOS.....</b>	<b>15</b>
--	-----------

MARÍA JOSÉ CABEZUDO BAJO

<b>LA NECESIDAD DE REGULAR LA GESTACIÓN SUBROGADA: RELEVANCIA DEL CONTRATO DE GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN ENTRE LA PERSONA GESTANTE Y LOS PADRES DE INTENCIÓN PARA LA PROTECCIÓN DE LOS INTERESES EN JUEGO .....</b>	<b>21</b>
--	-----------

PILAR BENAVENTE MOREDA

I. INTRODUCCIÓN. GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN E INTERESES EN JUEGO. NECESIDAD DE REGULACIÓN.....	22
II. PROBLEMÁTICA DE LA RELACIÓN CONTRACTUAL Y ACUERDO DE VOLUNTADES EN LA GESTACIÓN SUBROGADA .....	26
1. Un primer escalón: Sobre la validez o invalidez ab initio de un contrato cuyo objeto es la subrogación de la gestación de un menor y su entrega a los comitentes. Objeto y la causa del contrato. El caso español.....	30
A) Normativa interna. El artículo 10 de la LTRHA. Nulidad del contrato de Gestación por sustitución.....	34
B) La solución a los supuestos de Gestación por sustitución con elemento internacional: Posicionamiento contradictorio entre la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública del Ministerio de Justicia (antes DGRN) y el TS .....	39
2. Un segundo escalón: Un contrato válido ante un posible consentimiento inválido. Capacidad de la persona gestante para consentir. Derecho de arrepentimiento o irrevocabilidad del consentimiento .....	51
3. Tercer escalón. La forma de paliar la vulneración de los derechos fundamentales de la mujer gestante y del interés superior del menor a través de una regulación contractual protectora .....	60
A) La situación en los ordenamientos que no han legislado sobre GS .....	62
B) Las recomendaciones de los Organismos Internacionales .....	66
C) La esencia de los 18 Principios de Verona de 2021 como indicativos de algunos requisitos que serían esenciales para el pleno reconocimiento del contrato de gestación por sustitución .....	69
III. REFLEXIONES FINALES.....	77

<b>PROPUESTA DE UN MODELO DE <i>SURROGACY</i> JURÍDICAMENTE SEGURO .....</b>	<b>81</b>
MARÍA JOSÉ CABEZUDO BAJO .....	

I. CONCEPTO DE MODELO DE GESTACION POR SUSTITUCIÓN JURÍDICAMENTE SEGURO .....	81
II. ELEMENTOS ESENCIALES .....	83
1. Surrogacy en el marco de la Jurisdicción .....	83
2. Concepto amplio de <i>IPs</i> y su evaluación psicológica previa.....	85
3. Idoneidad de la mujer gestante y probabilidad de éxito de la TRHA .....	90
4. Consentimiento informado de la mujer gestante .....	95
5. Distinción entre entidades realizadoras y entidades facilitadoras de la <i>surrogacy</i> y, en su caso, de la donación .....	96
A) Justificación.....	96
B) La “realización” de la <i>surrogacy</i> y, en su caso, de la donación de gametos o embriones en centros y servicios sanitarios y por personal sanitario .....	98
C) La “facilitación” de la <i>surrogacy</i> y, en su caso, de la donación de gametos y embriones en empresas privadas o agencias y por personal no sanitario .....	99
a) Recepción y aceptación de las solicitudes de los candidatos a mujer gestante y donante .....	100
b) Tratamiento del perfil de la mujer gestante y de los donantes en sus bases de datos y el <i>matching</i> libre, personal y recíproco .....	102
c) Gestión de la posterior relación entre los <i>IPs</i> y la mujer gestante ....	104
6. Carácter contractual de la <i>surrogacy</i> .....	105
7. Imposible revocación de la filiación acordada en el contrato de <i>surrogacy</i> ....	109
8. <i>Surrogacy</i> compensada económicamente.....	111
9. Carácter contractual de la donación eventual de gametos: libertad en el anonimato y elección personal de los <i>IPs</i> .....	116
10. Filiación mediante sentencia dictada antes del nacimiento del menor.....	118
11. Procedimiento judicial no contradictorio .....	122
12. Filiación por naturaleza en favor de los <i>IPs</i> .....	123
13. Interés superior del menor: confidencialidad y transmisión de sus orígenes	125
III. CONCLUSIONES .....	126
AGRADECIMIENTOS .....	127

<b>LAS BIOECONOMÍAS, EL DERECHO Y LA MATERNIDAD SUBROGADA ..</b>	<b>129</b>
ÁNGEL CORREDOR AGULLÓ .....	

I. INTRODUCCIÓN .....	129
A) El término bioeconomía .....	129
B) Falta de consenso en la terminología .....	130
II. DE LOS DESEOS A LAS NECESIDADES VITALES .....	131
A) Alternativa para satisfacer los deseos .....	131
B) La maternidad subrogada no es una necesidad, sino un deseo .....	132



III. ¿ANTE QUÉ TIPO DE CONTRATO NOS ENCONTRAMOS?:	
¿COMPRAVENTA, DEPÓSITO, OBRA, LABORAL, SERVICIOS...?	133
A) Contrato de depósito	133
B) ¿Contrato de compraventa de niño@s o contrato de prestación de servicios?	134
IV. EL ARGUMENTO DE COACCIÓN Y EL DE CORRUPCIÓN	135
A) Argumento de coacción	136
B) ¿Obligación de medios o de resultado?	137
C) Argumento de corrupción	138
V. MODALIDADES DE ORGANIZACIÓN ECONÓMICA O MODELOS DE MERCADO	138
A) ¿Son los mercados de maternidad subrogada perniciosos?	138
B) Clasificaciones	139
C) El tratamiento de la mujer y del/ de la menor como un producto del mercado	140
D) El mercado y el supuesto derecho a un hijo o una hija	141
E) Agencias de intermediación	142
F) El supuesto altruismo	143
G) La transparencia	144
H) La adopción de niño@s necesitad@s de padres y de madres	144
I) Consecuencias económicas	145
VI. CONCLUSIONES FINALES	145
VII. FUENTES DE INFORMACIÓN	146

## **EL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS Y EL RECONOCIMIENTO DE LA FILIACIÓN DE LOS NIÑOS NACIDOS POR GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN..... 149**

ANTONIA DURÁN AYAGO

I. PROEMIO: DE DÓNDE VENIMOS, ADÓNDE VAMOS	149
II. JURISPRUDENCIA DEL TEDH	152
1. Notas preliminares	152
2. Asuntos resueltos	155
a. Asuntos Mennesson contra Francia, de 26 de junio de 2014 y Labasse contra Francia, de 26 de junio de 2014. Mención a los asuntos Foulon et Bouvet contra Francia, 21 de octubre de 2016 y Laborie contra Francia, de 19 de enero de 2017	155
b. Asunto D. y otros contra Bélgica, de 8 de julio de 2014	158
c. Asunto Paradiso y Campanelli contra Italia, de 24 de enero de 2017	159
d. Asunto C. y E. contra Francia, de 19 de noviembre de 2019 y Asunto D. contra Francia, de 16 de julio de 2020	161
e. Asunto Valdís Fjólnisdóttir y otros contra Islandia, de 18 de mayo de 2021	162
f. Schlittner-Hay contra Polonia, de 16 de noviembre de 2021	163
g. Opinión consultiva relativa al reconocimiento en la legislación nacional de una relación legal entre la madre comitente y el hijo nacido	

a través de gestación por sustitución (solicitada por el Tribunal de Casación en Francia) .....	164
h. A.M. contra Noruega, de 24 de junio de 2022 .....	164
i. A.L. contra Francia, de 7 de julio de 2022 .....	165
j. DB y otros contra Suiza, de 22 de noviembre de 2022 .....	166
k. KK y otros contra Dinamarca, de 6 de diciembre de 2022 .....	166
III. TENDENCIAS QUE MARCAN EL CAMINO .....	166
IV. LA AYUDA ADYACENTE: EL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA Y LA SENTENCIA “PANCHAREVO” Y EL AUTO RZECZNIK .....	167
V. ESBOZO DE CONCLUSIONES.....	172

## **MEDICINA REPRODUCTIVA: GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN EN EL MARCO DE LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA.... 175**

PEDRO FUENTES CASTRO

I. DEFINICIONES .....	175
II. CLASIFICACIÓN.....	177
1. Técnicas Reproductivas .....	177
2. Gestación por Sustitución .....	180
III. INDICACIONES .....	181
IV. CONTRAINDICACIONES .....	182
V. REQUISITOS DE LA PERSONA GESTANTE .....	182
VI. REQUISITOS DE LOS PADRES/MADRES INTENCIONALES .....	185
VII. CONSEJERÍA PSICOEDUCATIVA .....	187
VIII. TRANSFERENCIA EMBRIONARIA.....	188
IX. SITUACIÓN DE LA MEDICINA REPRODUCTIVA EN EUROPA .....	190
X. COROLARIO.....	191
BIBLIOGRAFÍA .....	192

## **LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN EN EL DERECHO COMPARADO ¿ES NECESARIO REGULARLA EN ESPAÑA?..... 195**

INMACULADA GARCÍA PRESAS

I. INTRODUCCIÓN.....	195
II. CUESTIONES A VALORAR SOBRE LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN .....	197
1. Concepto de gestación por sustitución.....	197
2. Gestación por sustitución altruista y comercial.....	198
3. Posicionamientos en contra y a favor de la gestación por sustitución .....	200
A) En contra .....	200
B) A favor .....	202
III. CONTEXTO INTERNACIONAL DE LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN .....	204
1. Países que deberían servir de inspiración a España si, en el futuro, se regula la gestación por sustitución .....	206

2. Países a los que frecuentemente acuden los españoles para someterse a la gestación por sustitución.....	207
IV. GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN EN ESPAÑA .....	209
1. Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida .....	209
2. Discrepancias entre el Tribunal Supremo y la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública.....	211
3. Proposición de Ley de 2017 .....	212
4. Proposición de Ley de 2019 .....	213
V. FUTURO DE LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN EN ESPAÑA: PROPUESTA DE REGULACIÓN .....	214
1. Requisitos de la gestante .....	214
2. Requisitos de la parte comitente.....	215
3. Carácter no lucrativo .....	216
4. Intervención de la autoridad judicial.....	216
VI. REFLEXIONES FINALES.....	217
VII. BIBLIOGRAFÍA.....	219

## **LA MUJER GESTANTE, LOS PADRES DE INTENCIÓN Y EL PAPEL DE LAS AGENCIAS FACILITADORAS DE LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN Y LA DONACIÓN .....**

DAVID GONZÁLEZ GERPE

1. INTRODUCCIÓN.....	223
2. FAMILIAS QUE RECURREN A GESTACIÓN SUBROGADA.....	225
3. EL PROCESO .....	227
4. EL MATCHING.....	230
5. ASESORAMIENTO COUNSELING .....	231
6. LA MUJER GESTANTE.....	233
1. Características que debe reunir una mujer gestante .....	233
2. Evaluación psicológica de la mujer gestante.....	234
3. Criterios de selección o exclusión de la mujer gestante .....	236
A. Criterios de selección .....	236
B. Criterios de exclusión .....	237
7. LOS PADRES DE INTENCIÓN .....	238
1. Evaluación psicológica de los padres de intención .....	238
2. Criterios de exclusión de los padres de intención.....	240
8. AGENCIAS, CLÍNICAS Y CONSULTORAS.....	240
BIBLIOGRAFÍA .....	242

## **LA RESPONSABILIDAD MUTUA EN LA RELACIÓN ENTRE LOS PADRES INTENCIONALES Y LAS GESTANTES POR SUSTITUCIÓN .....**

NANCY ANNE KONVALINKA

I. INTRODUCCIÓN.....	243
II. OBJETIVOS.....	244

III. ESTADO DE LA CUESTIÓN.....	244
IV. MARCO TEÓRICO.....	246
V. METODOLOGÍA Y TRABAJO DE CAMPO.....	247
VI. ANÁLISIS DE LOS DATOS PRODUCIDOS.....	248
1. Adquisición de gametos donados versus el proceso de gestación por sustitución.....	250
2. Padres y madres intencionales en España, con subrogación en Ucrania.....	252
3. Padres y madres intencionales y gestantes en los Estados Unidos.....	253
4. Agencias que fomentan la construcción de una relación.....	254
VII. CONCLUSIONES.....	258
VIII. AGRADECIMIENTOS.....	259
IX. BIBLIOGRAPHIC REFERENCES.....	259

### **GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN: PRESUPUESTOS ANTROPOLÓGICOS Y POSIBILIDADES REGULATORIAS.....**

LUKAS ROMERO WENZ Y VICENTE BELLVER CAPELLA

I. INTRODUCCIÓN: POR QUÉ LA ÚNICA FORMA DE HABLAR DE MATERNIDAD SUBROGADA ES NO HABLAR DE ELLA.....	261
II. ONÁN, KONRAD, TELÉMACO Y EDIPO: QUÉ SIGNIFICA “NACER” (RECORRIDO ANTROPOLÓGICO-FILOSÓFICO).....	264
1. Onán, o el falso dilema de la maternidad biológica y la cultural.....	265
2. Konrad, o la paradoja del hijo “engendrado y no producido”.....	267
A. La historia de Konrad.....	267
B. El niño “engendrado, y no producido”.....	268
3. Edipo y Telémaco, o por qué el hijo es a la vez menor y mayor que su padre.....	270
III. ANÁLISIS CRÍTICO DE UNA PROPUESTA REGULATORIA QUE NO FUE, PERO QUE PODRÍA SER.....	273
1. La maternidad subrogada como derecho y contrato.....	274
2. Sobre la compensación a la gestante.....	276
3. Sobre los requisitos para la gestante y la determinación de la filiación.....	279
4. Sobre el anonimato acerca de los orígenes biológicos del niño.....	280
5. Otros aspectos criticables de la PL.....	282
IV. ALGUNAS PROPUESTAS Y CONCLUSIONES.....	284

### **PANORAMA REGULATORIO DE LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN EN BRASIL: DERECHO AL ANONIMATO VERSUS CONOCIMIENTO DE SUS ORÍGENES.....**

TAYSA SCHIOCCHET Y ANA CAROLINA PEDROSA MASSARO

1. INTRODUCCIÓN.....	289
2. CONDICIONES Y PRÁCTICAS SOCIALES PREVIAS AL ACTUAL DEBATE LEGISLATIVO BRASILEÑO.....	292

3. TRATAMIENTO LEGAL Y DEONTOLÓGICO DE LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN EN BRASIL .....	294
3.1. El vacío legal sobre la AHR y la gestación por sustitución .....	294
3.2. Marcos infralegales de la gestación por sustitución en los poderes ejecutivo y judicial de Brasil.....	296
4. DERECHOS FUNDAMENTALES EN CONTROVERSA: EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO EN CONOCER SU ORIGEN FRENTE AL DERECHO AL ANONIMATO DE LOS DONANTES/CEDENTES.....	300
5. CONCLUSIÓN .....	304
6. REFERENCIAS.....	305

<b>BREVES NOTAS SOBRE LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN DESDE LA PERSPECTIVA DE LA JURISPRUDENCIA BRASILEÑA .....</b>	<b>309</b>
PAULO RAMÓN SUÁREZ XAVIER	

INTRODUCCIÓN .....	309
I. LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN EN BRASIL .....	310
II. ASPECTOS RELATIVOS A LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN EN LA JURISPRUDENCIA DE BRASIL .....	313
2.1. La paternidad socioafectiva .....	314
III. GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN Y PERSPECTIVA GARANTISTA....	317
IV. A GUISA DE CONCLUSIONES.....	319

<b>¿PUEDE SUBROGARSE LA MATERNIDAD? LA DISCUTIBLE PRIMACÍA DE LA VOLUNTAD SOBRE LA BIOLOGÍA EN LOS CONTRATOS DE GESTACIÓN .....</b>	<b>321</b>
PEDRO A. TALAVERA FERNÁNDEZ	

I. EL DIVORCIO ENTRE EL DERECHO Y LA PRECEPCIÓN SOCIAL...	321
II. LA DECONSTRUCCIÓN SEMÁNTICA DEL PROCESO PROCREATIVO HUMANO.....	325
III. LA DISOCIACIÓN ENTRE MATERNIDAD Y GESTACIÓN.....	329
IV. LA DECONSTRUCCIÓN JURÍDICA DE LA MATERNIDAD CONTRA EL PRINCIPIO <i>MATER SEMPER CERTA EST</i> .....	332
4.1. La imprudente disociación entre lo biológico y lo genético en la TRHA ....	332
4.2. La incoherente disociación entre lo biológico y lo intencional en las TRHA .....	333
V. LA AGONÍA DEL PRINCIPIO <i>MATER SEMPER CERTA EST</i> .....	339
VI. CONCLUSIONES.....	340

<b>EL DERECHO A LA IDENTIDAD EN EL CONVENIO DE GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN .....</b>	<b>343</b>
ANTONIO JOSÉ VELA SÁNCHEZ	

I. PRELIMINAR .....	343
---------------------	-----

1. Aproximación al llamado derecho a la identidad de las personas.....	343
2. Referencia a la tutela jurídica esencial de este fundamental derecho a la identidad .....	346
II. LAS CONSIDERACIONES PRINCIPALES DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS SOBRE EL DERECHO A LA IDENTIDAD EN EL CONVENIO GESTACIONAL .....	347
1. La ineludible conexión entre el derecho a la identidad y el derecho a la vida privada o familiar .....	348
A) La posición de las Sentencias Mennesson contra Francia y Labassee contra Francia.....	348
B) La confirmación de la anterior doctrina por la Sentencia Paradiso y Campanelli contra Italia .....	350
C) El aclaratorio Dictamen del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 10 de abril de 2019.....	351
2. El derecho del nacido mediante convenio gestacional a conocer a la mujer gestante o sus orígenes biológicos .....	352
III. LA POSTURA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PORTUGUÉS EN ESTA SEDE.....	353
1. Las consecuencias de la nulidad del convenio de gestación por sustitución en el derecho a la identidad del nacido .....	353
2. Derecho a la identidad y anonimato de la mujer gestante en el convenio gestacional .....	355

# LA NECESIDAD DE REGULAR LA GESTACIÓN SUBROGADA: RELEVANCIA DEL CONTRATO DE GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN ENTRE LA PERSONA GESTANTE Y LOS PADRES DE INTENCIÓN PARA LA PROTECCIÓN DE LOS INTERESES EN JUEGO<sup>1</sup>

PILAR BENAVENTE MOREDA  
*Universidad Autónoma de Madrid*

DOI: 10.14679/2481

El TS español se ha pronunciado en sentencias de 6 de febrero de 2014 y 31 de marzo de 2022 sobre dos procesos de Gestación subrogada concertados por españoles, en países permisivos de esta práctica. Los supuestos fácticos de ambas son diferentes, así como el origen de las reclamaciones, pero en ambas se invoca por el TS la aplicación directa del artículo 10 LTRHA, pese a tratarse de acuerdos de subrogación transfronterizos. El TS considera nulo de pleno derecho el acuerdo de gestación subrogada por ser contrario al orden público español del que forma parte el citado precepto. Dichos acuerdos contravienen los derechos de los nacidos y los de la mujer gestante, a los que se cosifican y mercantilizan a través del uso de la citada práctica reproductiva. Sin embargo, la nulidad del acuerdo no impide la producción de efectos filiatorios en relación con el progenitor biológico e incluso respecto de quien no lo es y pese a todo no se evita, sin embargo, la vulneración de los derechos de gestantes y menores existiendo una clara discriminación para estos últimos respecto del resto de los niños. La única forma realista de romper con el círculo que conduce a la posible vulneración de tales derechos, no se encuentra en la declaración de nulidad del contrato, que “per se” no tiene por qué serlo, sino en el establecimiento de una regulación que controle lo que a través de la nulidad se trata de sancionar sin resultados positivos. Pretendemos señalar cuáles serían los elementos que, bajo una legislación permisiva conducirían a una mayor protección de las partes implicadas, tomando como referentes no sólo las respuestas ofrecidas en el ámbito internacional de la mano de la Conferencia de la Haya sobre Derecho Internacional Privado, sino también de los denominados “Principios de Verona” para la protección de los niños nacidos por Gestación Subrogada, de 2021.

<sup>1</sup> Este trabajo constituye el contenido de la conferencia presentada en las Primeras Jornadas Internacionales sobre Gestación por sustitución como técnica de reproducción humana asistida. Modelos existentes y regulación española, celebradas los días 28 y 29 de abril de 2022, organizadas por el Proyecto de investigación “Avances en la regulación española de la gestación por sustitución conforme al Derecho comparado”. IMIENS-2019-004, dirigido por la profesora María José Cabezedo Bajo. Igualmente, el trabajo se desarrolla dentro del ámbito del Proyecto de Investigación “*Hacia una revisión del principio de solidaridad familiar: Análisis de su alcance y límites actuales y futuros* (PID 2019-104226GB-I00).

Quiero agradecer además a los profesores del Seminario permanente de Profesores celebrado el día 9 de noviembre de 2022, en la Universidad Adolfo Ibáñez, de Santiago de Chile, donde fue presentado para debate el borrador del trabajo que ahora se presenta. En dicha sesión fue contraponente la profesora Fabiola Latrohp, de la Universidad de Chile. A todos ellos les agradezco sus observaciones y comentarios que han contribuido de manera esencial a la mejora del texto y la elaboración final del mismo. Mi especial agradecimiento a la profesora Susana Espada Mallorquín que me invitó a exponer mi trabajo en dicho seminario.

## I. INTRODUCCIÓN. GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN E INTERESES EN JUEGO. NECESIDAD DE REGULACIÓN

El Tribunal Supremo español se ha pronunciado en sus sentencias de 6 de febrero de 2014<sup>2</sup> y 31 de marzo de 2022<sup>3</sup> sobre la validez o invalidez de sendos acuerdos de Gestación subrogada concertados en países o estados permisivos de esta práctica, en concreto en California (EE. UU.) y Tabasco (México) respectivamente.

En ambas sentencias se invoca, junto con otros argumentos, la aplicación del artículo 10 LTRHA, que declara nulo el contrato de gestación subrogada. Ambas sentencias parten de supuestos fácticos diferentes y planteamientos jurídicos distintos, pero tienen un claro elemento en común –la existencia de un proceso de gestación subrogada realizado en el extranjero con resultado del nacimiento de uno o varios menores–.

El TS considera, en ambos casos, nulo de pleno derecho el acuerdo de gestación subrogada, por ser contrario al orden público español del que forma parte el propio artículo 10 de la LTRHA. Dichos acuerdos contravienen, se señala, los derechos de los nacidos, así como los derechos de la mujer gestante, a los que se cosifican y mercantilizan a través del uso de la citada práctica reproductiva. Nada habría tenido que justificarse más allá de la inclusión del artículo 10 citado dentro del orden público español para considerar el contrato nulo: lo dice la ley. Se entiende por tanto que la razón de la nulidad arranca de la esencia del objeto y causa del contrato o acuerdo de voluntades. Ello con independencia de que se trataba en ambos casos de procesos de gestación subrogada transnacionales y, por tanto, sobre todo en el primer caso, no era aplicable el derecho español, sino que debía resolverse sobre la ejecución de una decisión de país extranjero.

Sin embargo, no todos los ordenamientos jurídicos, permisivos o no de la gestación subrogada, consideran nulo este tipo de contratos *ab initio* sino por causas sobrevenidas derivadas por ejemplo de las condiciones que contractualmente se fijan entre las partes, bien porque así se establezca legalmente, bien porque ante ausencia de regulación, la eficacia del contrato dependa precisamente de las condiciones que se pacten entre las partes. Tampoco de la argumentación y posición del TS y de la práctica real dentro del ordenamiento jurídico español se puede llegar a pensar que pese a tal calificación *prima facie*, los efectos prácticos son los de una auténtica nulidad contractual de carácter absoluto como sería la derivada de la ausencia de causa u objeto legal.

En cualquier caso, no debemos olvidar que en todos los supuestos de nulidad contractual (que debemos observar considerando si esta deriva de ilicitud de la causa, ausencia de objeto, falta de consentimiento o vicio en el mismo) deberíamos someternos a las disposiciones generales aplicables a la validez o invalidez de los negocios jurídicos y las consecuencias derivadas de la razón que justifica la sanción civil en que consiste la nulidad.

---

<sup>2</sup> Roj: STS 247/2014 - ECLI:ES:TS: 2014:247.

<sup>3</sup> Roj: STS 1153/2022 - ECLI:ES:TS: 2022:1153.



A raíz de tal valoración, el presente trabajo analiza la Gestación por sustitución desde una perspectiva en la que, atendiendo a los intereses en juego en el proceso, nos centramos en los elementos y contenido que, ante una posible y necesaria regulación futura más completa<sup>4</sup>, deberían ser esenciales para la protección de dichos intereses y en su caso, constituir la esencia de la relación contractual entablada entre la gestante y los padres de intención o de los criterios para otorgar la correspondiente autorización judicial fruto del acuerdo de voluntades entre ellos. Ello es así porque creemos firmemente que con la regulación existente en el ordenamiento español no se consigue realmente el efecto protector pretendido<sup>5</sup>.

En definitiva, se trata de analizar el tipo de relación existente o que debería existir entre los comitentes o progenitores de intención y la persona gestante, así como las condiciones que deberían rodear el proceso completo para la protección integral de las partes<sup>6</sup>.

---

<sup>4</sup> Resulta interesante el reciente estudio presentado por RODRÍGUEZ-JAUME, M.J.; GONZÁLEZ-RÍO, M. J. y CABALLERO PÉREZ, P. (2023), «La opinión pública española sobre la gestación por sustitución». *Revista Española de Investigaciones Sociológicas*, 182: 119-138. (doi: 10.5477/cis/reis.182.119). Los resultados del estudio muestran que el 58 % de la población considera que en España se debería aprobar una ley regulatoria y el 53 % la aceptaría para sí mismo en el caso de vivir la experiencia de la infertilidad. El colectivo homosexual, en relación con el heterosexual, tendría un 280 % y un 270 % más de probabilidades de, respectivamente, aceptar para sí mismo la GS y estar a favor de una ley específica.

Es interesante este análisis sociológico porque ello nos da una medida significativa de quiénes recurren al uso de la GS en el extranjero, lo que en nuestro caso dará una información sesgada de la realidad que mostraría un país con una regulación permisiva con mayor o menor número de limitaciones. Resultan igualmente interesantes las reflexiones finales que los autores hacen en su trabajo sobre la aceptación de la GS atendiendo a los perfiles de población estudiados: “*La aceptación de la GS como técnica de reproducción asistida estaría más asociada con las características sociodemográficas del grupo poblacional que se encuentra en una etapa de su biografía en donde el proyecto de tener hijas e hijos está por alcanzar, pues no tienen hijos ni pareja y se encuentran en edad reproductiva. Por su parte, la aceptación de una legislación específica de la GS en España quedaría más explicada por las variables de naturaleza ideológica y cultural. Su mayor aceptación la explicaría, principalmente, no ser religioso, situarse más a la izquierda del espectro político y adscribirse a una ideología de maternidad/paternidad no centrada en los hijos y a una ideología de familia igualitaria*” (ob.cit. p. 134).

<sup>5</sup> Aunque hago referencia en este trabajo a determinados aspectos esenciales en relación con la gestación subrogada en España, tanto en su regulación interna en la LTRHA como a nivel transfronterizo, no voy a abordar dicho contenido de forma completa por haber sido objeto de estudio en otros trabajos anteriores (“Registro y filiación en parejas LGTBI”. En MATÍA PORTILLA, F. J., ELVIRA PERALES, A. y ARROYO GIL, A. (Dir): *La protección de los Derechos Fundamentales de las personas LGTBI*. Tirant lo Blanch, Valencia 2019, pg. 313-375; igualmente “El interés superior de los menores nacidos a partir de un contrato de Gestación por sustitución”. *Revista General de Derecho Constitucional* N.º 31 (enero 2020).

<sup>6</sup> Esto es algo que cobra fuerza entre parte de la doctrina al considerar que, tras la evolución histórica de los supuestos de gestación subrogada transfronteriza, poco ha contribuido realmente a la protección de los intereses en juego con una norma interna que declara la nulidad y que no se aplica sino como referente en los procesos internacionales, por lo que se aboga, criterio que comparto, por regular el proceso de gestación subrogada, con mayor o menor amplitud o partiendo de un “piso mínimo protector” que permita precisamente dar protección a los derechos e intereses preponderantes. En este sentido FARNÓS AMORÓS, E., “Entre prohibir o permitir, ¿Qué es más feminista? Un análisis de la gestación por sustitución desde la perspectiva de las mujeres gestantes” En *Mujeres y Derechos, Una discusión jurídica sobre reproducción, sexualidad y género*, Cátedra Estudios Iberoamericanos Jesús de Polanco- Marcial Pons Madrid, 2020, pg.95 a 127. La autora analiza los aspectos clave que tendrían que fijarse en una regulación garantista de los derechos de la mujer gestante, abogando “por un marco regulatorio coherente con el sistema de donación

Sobre todos los condicionantes que pesan en el debate sobre la gestación subrogada sigue siendo decisivo poner encima de la mesa como objeto esencial de la discusión los diferentes intereses en juego que aquí se contraponen<sup>7</sup>:

- *La autonomía y derechos de las mujeres gestantes* y su derecho a decidir sobre su propio cuerpo haciéndolo compatible con un proyecto de vida futura de un niño que no culmina con el acuerdo de voluntades de las partes, sino que afecta al proceso mismo de gestación, sin que ello pueda implicar limitaciones a sus derechos y su capacidad de decidir.

---

de órganos y gametos humanos que rige en el ordenamiento español y con un modelo de paternidad y maternidad “colaborativo” que permita visibilizar a las mujeres gestantes y otorgarles un rol en el proyecto reproductivo que han contribuido a crear” (pg. 97); Manuel ATIENZA por su parte, ha venido señalando desde sus primeras publicaciones sobre la materia que la gestación per se no tiene por qué vulnerar ni los derechos de la mujer gestante ni los de los nacidos y que solo a través de una regulación previa que controle tales aspectos se puede conseguir tal protección (“Sobre la gestación por sustitución. Otra vuelta de tuerca” – *Rev Bio y Der.* 2022; 56: 107-124 DOI 10.1344/rbd2022.56.40721), pg. 109 o PINO ÁVILA por su parte, al hilo del análisis de la jurisprudencia del TS en sus últimas decisiones, en consonancia con la jurisprudencia del TEDH que:” Esta doctrina jurisprudencial pretende proteger los derechos de la madre gestante y el interés superior del menor; sin embargo, una protección eficaz de ambos solo puede venir desde un convenio de derecho internacional privado que regule los requisitos para el reconocimiento de la filiación por parte de aquellos Estados que niegan validez a los contratos de gestación por sustitución, de manera que los derechos humanos y el interés superior del menor sean garantizados” PINO ÁVILA. A, “Filiación, gestación por sustitución y derecho internacional privado: la STS 277/2022 a la luz de la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos” *Rev Bio y Der.* 2023; 57: 335-350 DOI 10.1344/rbd2023.57.41013

<sup>7</sup> La protección de estos intereses resulta la esencia del modelo de subrogación propuesto por CABEZUDO BAJO, quien apostando por la defensa de la diversidad familiar dentro de un marco de libertad individual y social, considera que cualquier sistema regulatorio debería cumplir tres condiciones esenciales: la primera, que se asegure el respeto de los derechos y obligaciones de las partes implicadas, la segunda, que se garantice un adecuado equilibrio entre los derechos y obligaciones de todas ellas y, la tercera, que considere previa a las otras dos, que el sistema teórico de GS que propone asegure el acceso de esta TRHA a cualquier sujeto que tenga problemas de esterilidad/infertilidad estructural y que pudieran solucionarse si fuera usuario de la GS.

La clave del modelo propuesto por la autora, se basaría en una GS altruista, que se desarrolle en el marco de la Jurisdicción, estableciéndose la filiación por sentencia judicial. Por otro lado, los denominados IPs (Intenden parents) pueden serlo cualquier sujeto que acredite infertilidad/esterilidad estructural, con independencia de cualquier otra condición personal; así mismo, la mujer gestante ha de reunir el requisito de idoneidad, lo que ayudará en mayor medida a la probabilidad de éxito de la TRHA (cumplimiento de determinados requisitos médicos, psicológicos y socioeconómicos, añadiendo además como esencial que ha de recibir una información completa de las actuaciones, proceso, riesgos y consecuencias, debiendo en todo caso manifestarse el consentimiento informado por parte de la misma. Igualmente es exigible en su propuesta la celebración de un contrato entre las partes, vinculable, exigible y ejecutable, previo a la transferencia del embrión, cuya esencia es la transferencia de la filiación a los IPs y la renuncia de la mujer gestante a la maternidad. Esencial igualmente según la autora es la irrevocabilidad de los consentimientos una vez que se ha producido la transferencia del embrión (que como veremos en este trabajo, es uno de los temas complejos en la evolución de los que hemos denominado “escalones” regulatorios de la GS) (CABEZUDO BAJO, M.J (2021)., *Desarrollo de un modelo de Gestación por sustitución o Surrogacy en el marco de la jurisdicción*. COMARES (Granada) (Vid págs. 40 a 97 en las que se desarrolla la propuesta de regulación).

- *La necesaria e irrenunciable protección de los nacidos como consecuencia de un proceso de gestación por sustitución*, destinatarios de los mismos derechos que cualquier niño con independencia del origen de su generación: nacionalidad, protección social y determinación de la filiación, entre otros. Cuando el niño ya ha nacido fruto de un proceso de gestación subrogada, debe otorgársele la misma protección y los mismos derechos que al resto de los nacidos, con independencia del origen de la generación. Y esto es precisamente lo que, constituyendo uno de los objetos fundamentales de este trabajo, no es protegido de manera adecuada ni por el legislador ni por el operador jurídico<sup>8</sup>.
- Por último, debe mencionarse (aunque desde mi punto de vista el nivel de protección tenga un alcance diferente al de los intereses de la mujer gestante y los menores nacidos), *la necesaria protección de los comitentes o padres de intención*. Ello reconduce el tema a la cuestión que irremediablemente se plantea sobre la existencia o no de un derecho a ser padre, al derecho a la constitución de una familia y a la protección social de la misma, así como, por qué no, a la protección de los derechos que en su favor dimanen del contrato mismo de GS.<sup>9</sup>

<sup>8</sup> Hablamos del interés superior del menor entendido tal y como aparece reflejado en el artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del niño de 20 de noviembre de 1989, que reconoce que en su párrafo 1 que: 1. “En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”. Tal referencia en el texto inglés de la propuesta habla no de interés “superior” comparativamente con el de otros u otros de forma jerárquica, sino que se refiere al “the best interest” considerado como lo que sea mejor para el menor, no necesariamente que su interés se encuentre por encima del de otro u otros.

Por ello hay que entender, como así lo viene haciendo la jurisprudencia, que una vez que se ha producido el nacimiento de un niño, habrá que atender a aquello que sea la mejor solución para los intereses de este. Aunque ciertamente la idea del interés superior del menor para el TS español no puede servir para aplicar medidas que contravengan directamente las normas (Así en STS 11 de julio de 2022 en relación con un supuesto de atribución de doble maternidad no matrimonial (ECLI: ECLI:ES:TS: 2022:3002; RJ 2022\3820), se establece: “...La determinación del mayor beneficio para el menor, al tratarse de la valoración de una calificación jurídica, puede ser, en definitiva, objeto de una revisión en casación (sentencias 384/2005, de 23 de mayo (RJ 2005, 4139), 614/2009, de 28 de septiembre (RJ 2009, 7257) ). La interdicción del nuevo examen de la prueba en casación se mantiene, y solo cuando se haya decidido sin tener en cuenta dicho interés, podrá esta sala examinar las circunstancias más adecuadas para dicha protección. Resulta oportuno traer a colación esta doctrina por lo siguiente. El interés del menor no es causa que permita al juez atribuir una filiación. Es el legislador quien, al establecer el sistema de determinación de la filiación y de las acciones de impugnación y reclamación de la filiación, debe valorar en abstracto el interés superior del menor junto a los demás intereses presentes (la libertad de procreación, el derecho a conocer los propios orígenes, la certeza de las relaciones, la estabilidad del hijo). (FD.5º5).

Dentro de la doctrina igualmente y en relación con la atribución de la filiación derivada de Gestación subrogada a los comitentes lo manifiesta por ejemplo NANCLARES VALLE que considera que si bien no cabe acudir al concreto interés superior del menor ni para atribuir la paternidad obviando lo medios legales de determinación previstos, ni para atribuir eficacia civil en España a certificaciones o resoluciones extranjeras, el interés superior del menor forma parte del orden público y no se puede contraponer a él. (NANCLARES VALLE, J., “El interés superior del menor en la gestación por sustitución” *RGDC* 31(2020) pg. 1-48).

<sup>9</sup> Para un análisis completo del denominado derecho a tener hijos o fundar una familia vid DÍAZ CREGO, M, “La posición de los comitentes en el debate en torno a la gestación por sustitución: a vueltas con el supuesto derecho a tener hijos”, *Revista General de Derecho Constitucional* 31 (2020). La autora tras referirse

## II. PROBLEMÁTICA DE LA RELACIÓN CONTRACTUAL Y ACUERDO DE VOLUNTADES EN LA GESTACIÓN SUBROGADA

Uno de los elementos esenciales del debate sobre la gestación subrogada se encuentra en la naturaleza, alcance y contenido de la relación contractual que se entable entre la persona gestante y los comitentes o progenitores de intención. La importancia del contenido y alcance de los acuerdos resulta esencial para garantizar la protección de los intereses en juego en el proceso de gestación subrogada y para determinar, desde mi punto de vista, la validez o no del proceso.

No pretendo tanto calificar el tipo de contrato en el que nos encontramos, como visualizar el valor real de esa relación, sus requisitos y exigencias, para determinar si el negocio entre comitente/s y gestante es válido. Relación que en el caso español es considerada como nula *per se*, sin dar pie a que sea el contenido y alcance del pacto el que la defina, pero con efectos o consecuencias que no sólo fija el propio artículo 10.3 de la LTRHA, sino que ha ido desarrollando la propia jurisprudencia del TS al hilo de los procesos de gestación llevada a cabo en el extranjero y su divergencia con la posición de la DGSJFP. Pero la ley dice poco más. Esto, nadie lo puede negar, constituye una obvia y evidente fuente de incertidumbre y desprotección.

Ciertamente la situación y consecuencias son diferentes cuando se trata de hacer una valoración de la GS *en abstracto* y atendiendo exclusivamente al texto de la LTRHA (aparentemente resulta claro en el contenido de su artículo 10) que en aquellos casos

---

a la posición mantenida por el TEDH respecto de la inclusión en el artículo 8 CEDH de la obligación positiva de los Estados del respeto a la decisión de ser o no madre/padre (con referencia al caso V.C. c. Eslovaquia de 8 de noviembre de 2011), se plantea si una de esas obligaciones positivas es precisamente la de autorizar la gestación por sustitución y, en su caso, en qué circunstancias y en qué condiciones. Hasta la fecha, apunta, el TEDH no ha dado respuesta a tal pregunta, invocando el amplio margen de apreciación de los Estados para decidir sobre la autorización de la gestación subrogada, aunque adicionalmente habría que pensar que se llega a la conclusión *contraria, esto es, a la negación de la existencia de una obligación positiva de autorizar la gestación por sustitución, especialmente en su versión comercial*" (p. 19).

*De lege ferenda*, la autora subraya que aunque el legislador no tenga la obligación positiva de permitir el acceso a la gestación subrogada, ante una eventual regulación de la misma y aun partiendo de que los intereses esenciales a proteger serían los de la mujer gestante y los hijos, sin embargo en relación con los comitentes debería prestarse atención a dos aspectos esenciales, relacionados con los requisitos de acceso que se les imponen y con las garantías del cumplimiento del contrato: se refiere por un lado a los condicionantes que los estados establecen en relación con la orientación sexual, condición médica o lugar de residencia de los comitentes y si ello podría entenderse que vulneraría el artículo 14 CE que reconoce el derecho a la igualdad y a no ser discriminado. En relación con las garantías del cumplimiento del contrato los modelos existentes dentro del derecho comparado son muy dispares, desde los que establecen la vinculación y ejecutabilidad de los consentimientos prestados, a aquellos que postergan la ejecutabilidad y exigibilidad al momento posterior al nacimiento y consentimiento de la gestante a la atribución de la filiación a los comitentes. Ciertamente los modelos señalados en primer lugar son los que otorgan mayores garantías a los comitentes. Es precisamente el tema de la irrevocabilidad del consentimiento de la gestante el que aparecía en todas las proposiciones de ley presentadas en España. La autora en todo caso se postula en pro de una regulación en que, entre la protección de los intereses de los comitentes y la posición de la gestante decidida por la revocación del consentimiento, prevaleciera ésta última con unos efectos correlativos en cuanto a la determinación de la filiación del o los nacidos.

en los que ya se ha producido el nacimiento de un niño. Esto es algo que ya se ha dicho sobradamente.

Cuando ya se ha producido el nacimiento, fruto de un acuerdo de Gestación subrogada en un país permisivo, al que recurren comitentes de un país que prohíbe o declara nulo el contrato, se trastoca de manera absoluta todo el sistema de determinación de la filiación del nacido discriminándole de forma evidente, o en su caso, creando un trato desigual respecto de otros supuestos filiatorios. Es lo que está ocurriendo en España.

Lo anterior nos conduce necesariamente a indagar en las respuestas ofrecidas en el ámbito internacional de la mano de la Conferencia de la Haya sobre Derecho Internacional Privado, así como a través de los denominados Principios de Verona para la protección de los niños nacidos por Gestación Subrogada, de 2021.

La Conferencia de la Haya sobre Derecho Internacional Privado trata de dar respuesta a los procesos de gestación subrogada internacionales mientras que, en los Principios de Verona, se trata de analizar la relación contractual que da paso a tal proceso, de la mano de propuestas que avanzan en la protección no solo de los derechos de la persona gestante sino también y básicamente de los nacidos fruto de tal práctica.

Se trata aquí de profundizar en el alcance de la relación contractual y en su caso, de los aspectos y contenido que rodean al contrato, si partimos de que el contrato de GS no tiene por qué ser considerado nulo *per se*. Determinar qué debe contener un contrato o acuerdo de subrogación y qué no debería ser objeto de este, por contravenir los intereses y derechos más esenciales de la mujer gestante, a la larga contribuirá a proteger de manera efectiva esos intereses de la gestante y del menor.

Para ello tomamos como esencia el contenido de los dieciocho Principios de Verona adoptados en febrero de 2021 para la protección de los derechos de los nacidos por Gestación subrogada. Si bien en los mismos la esencia se encuentra en la necesaria protección de los niños, atendiendo a su superior interés, sin embargo, su desarrollo aborda otros aspectos que van más allá de la protección del menor extendiéndose a la protección de los intereses de la mujer gestante. ¿Puede determinarse la filiación del nacido fruto de la autonomía de la voluntad de la mujer gestante que decide, no sólo renunciar a la maternidad sino vincularse con un proceso de gestación sometido a condiciones determinadas? En su caso, ¿debe tratarse de un consentimiento irrevocable una vez que se constate el cumplimiento de las máximas garantías en el proceso de formación de la voluntad? ¿En el supuesto en el que se planteara la revocabilidad del consentimiento por el arrepentimiento de la gestante, debemos recurrir a los remedios previstos con carácter general ante cualquier supuesto de incumplimiento contractual?

Igualmente, como acabamos de apuntar, que sea altruista o comercial le imprime trascendencia al debate y al mismo tiempo la vincula con lo que para algunos autores y normativas recientes situaría la figura dentro de los márgenes del ámbito puramente familiar, algo que ha permitido a legisladores como el cubano, hablar por primera vez en

un texto legal de “Gestación Solidaria” frente a la denominación tradicional<sup>10</sup>. Si bien creo que aun hablando de altruismo no debe excluirse en modo alguno el abono de los gastos esenciales y la reparación de los perjuicios ocasionados a la gestante como consecuencia del proceso de gestación y parto.

Para analizar la relación entre gestante y comitentes, para tratar de ofrecer una propuesta que responda a la protección de todos los intereses en juego nos moveremos en una “virtual” e imaginaria existencia de tres escalones diferentes que constituyen la traslación a este especial ámbito del Derecho de Familia, de los requisitos para la validez de un negocio jurídico, acudiendo por tanto a las reglas generales del mismo. Ello no resulta en absoluto ajeno a la esencia de los negocios jurídicos de Derecho de Familia en tanto en cuanto forma parte de figuras propias del mismo como el matrimonio, las capitulaciones matrimoniales o pactos vinculados con la economía doméstica. La idea clave es que, solo superados legalmente los tres escalones podría llegarse potencialmente a una verdadera protección de los intereses en juego.

Si tomamos como referencia el negocio más típico del Derecho de Familia, el matrimonio, sabemos que se trata de un negocio jurídico del que analizamos la esencia de su constitución apoyada en los mismos elementos que son la base de cualquier contrato: por un lado la capacidad y el consentimiento (arts. 45 ss. CC) cuya ausencia determinan de forma diferente la nulidad/anulabilidad del contrato (convalidable en determinadas circunstancias y por tanto no radicalmente nulo) (*primer y segundo escalón- art 45-48*

<sup>10</sup> Resulta interesante el planteamiento de DE MONTALVO JÄÄSKELÄINEN al abordar el tema de la Gestación por sustitución desde la perspectiva de su incidencia en el núcleo esencial de la familia como institución garantizada constitucionalmente a través del artículo 39 CE. Para el autor, en caso de llegarse a dar una regulación sobre el tema tendría esencialmente un carácter altruista, y se desarrollaría casi exclusivamente en el ámbito familiar, como en el marco de las donaciones de órganos, lo que supondría una alteración de los roles biológicos (DE MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, F., “Una reflexión sobre la oportunidad de regular la maternidad subrogada desde la perspectiva de la familia como institución garantizada constitucionalmente”. En *Derecho y Salud*, Vol.27 (2017) Extraordinario Congreso 2017/ Ponencias., pp. 26 a 47( disponible en: <http://www.ajs.es/revista-derecho-y-salud/una-reflexion-sobre-la-oportunidad-de-regular-la-maternidad-subrogada-desde-la-perspectiva-de-la-familia-como-institucion-garantizada-constitucionalmente>).

Por su parte, el Código de Familia de Cuba (Ley 156/2022-GOC 2022- 819-087-) cuya aprobación fue ratificada por referéndum popular celebrado el día 25 de septiembre de 2022, con un apoyo de un 66,87%, recoge precisamente en su artículo 130 la Gestación Solidaria como opción altruista y exclusivamente permitida entre personas unidas por vínculos familiares o afectivamente cercanos. Se trata de una opción que ya recogiera la legislación de Uruguay al permitir en su artículo 25 la posibilidad de que se practique por parte de la mujer cuyo útero no pueda gestar su embarazo debido a enfermedades genéticas o adquiridas, quien podrá acordar con un familiar suyo de segundo grado de consanguinidad, o de su pareja en su caso, la implantación y gestación del embrión propio, excluyendo por tanto igualmente la subrogación tradicional (Ley N° 19167 reguladora de las Técnicas de Reproducción humana asistida (Publicación: 29/11/2013 Registro Nacional de Leyes y Decretos: Tomo: 2, Semestre: 2 Año: 2013, Página: 2088; *Reglamentada por: Decreto N° 84/015 de 27/02/2015, Decreto N° 311/014 de 30/10/2014*).

Como veremos, el criterio que han seguido las diferentes propuestas de regulación en el caso español, incluida la última Proposición de Ley presentada por el Grupo Parlamentario de Ciudadanos en el Congreso, tampoco excluye expresamente la existencia de relación de parentesco, aunque sí, por razones obvias, la subordinación económica derivada de una relación laboral o de prestación de servicios (BOCG-Congreso de los Diputados, 16 de julio de 2019, n°46.1 pg.1).

CC); por otro lado la esfera de las relaciones personales y patrimoniales cuyo contenido, desarrollo y validez viene condicionada en lo persona y en lo patrimonial por la existencia de aquellas reglas que imperiosamente deben respetarse como contenido esencial e indeclinable de la esencia del matrimonio constitucional (art.14 y 32 CE y 1328 CC) (*tercer escalón*).

Traslademos esos tres escalones al negocio jurídico por el que se conviene la Gestación subrogada que además se reproducen en los diferentes ordenamientos jurídicos a los que aludiré<sup>11</sup> y de forma paradigmática en el caso de la legislación portuguesa, que es una de las que reconoce la legalidad de la GS, después de un arduo proceso de modificaciones legales derivadas de sendas declaraciones de inconstitucionalidad de su norma reguladora.

*En el primer escalón* (el del reconocimiento legal, o no, de la GS o su falta de regulación) se sitúa el ordenamiento jurídico español, al declarar en el artículo 10 LTRHA la nulidad del contrato de GS con o sin precio. El legislador español sí regula la GS, pero al declarar nulo el contrato impide seguir indagando en el resto de los escalones.

Ello, en todo caso nos permite preguntarnos y ahondar en la razón que justifica por qué el legislador considere nula tal relación contractual que da pie en esencia a mantener que la maternidad viene determinada por el parto y no por la genética, la voluntad o cualquier otro negocio como la adopción. Ante ello nos preguntamos: ¿qué convierte en nulo el contrato de gestación subrogada? ¿Qué hace que el legislador considere nulo tal contrato?

*Un segundo escalón*, vinculado con la existencia o no de consentimiento y si el mismo puede prestarse o no válidamente por las partes y en esencia por parte de la persona gestante (en el que se sitúan textos legales como el portugués que considera válido en esencia –causa y objeto válido– pero nulo si el consentimiento que se presta por parte de la mujer no es revocable); y por último, *un tercer escalón* en el que solo tiene sentido situarse si se dan por cubiertos y válidos los dos primeros que nos conducen en esencia al contenido de la relación contractual.

Conviene tener en cuenta además que existen previamente dos planos del debate, derivados de los dos polos en los que nos podemos encontrar: 1. Qué requisitos exigiríamos a la relación contractual entablada entre gestante y comitentes para la validez de un posible futuro contrato y 2. Qué requisitos deberíamos asumir y considerar como aceptables jurídica y éticamente para considerar como válido un acuerdo de gestación

<sup>11</sup> La referencia a los diferentes ordenamientos jurídicos hace relevante diferenciar entre quienes prohíben la práctica o consideran nulo el contrato o entre quienes lo permiten legalmente con condicionantes vinculados con los elementos esenciales del contrato o negocio jurídico (limitación del objeto, causa, requisitos del consentimiento y/o condiciones específicas dentro del clausulado de la relación contractual). Relevante igualmente resulta en esencia aludir a aquellos ordenamientos en que no se regula (aunque existiera previsión inicial de hacerlo) como es el caso del ordenamiento argentino o chileno, porque es en ellos donde se ha desarrollado a través de la jurisprudencia un amplio margen de criterios normativos que permiten adentrarnos de forma concreta en la esencia de los tres escalones del negocio jurídico que nace entre la persona gestante y los padres de intención o comitentes. Sin perjuicio de que el recurso a la solución práctica de la jurisprudencia también es fuente de incertidumbres y desigualdades que se deben remediar legalmente.

subrogada celebrado en un país permisivo de esta práctica, en el entorno de otro país como es el caso de España, en que el contrato, a nivel de legislación interna (art.10 LTRHA) es considerado como nulo sin entrar en más especificaciones. La cuestión no es baladí, porque ello nos llevaría hacia unos márgenes, que van más allá del posicionamiento que al respecto tiene el Tribunal Supremo español en relación con los procesos de Gestación Subrogada transfronterizos.

### **1. Un primer escalón: Sobre la validez o invalidez ab initio de un contrato cuyo objeto es la subrogación de la gestación de un menor y su entrega a los comitentes. Objeto y la causa del contrato. El caso español**

Como ya se señaló, ubicaríamos dentro del “primer escalón” a aquellos ordenamientos, como el español, en los que “ab initio” se prohíbe, se declara nulo o incluso se sanciona penalmente la gestación subrogada. Ello, como veremos, nos situaría ante la necesidad de analizar la lógica que conduce a ese posicionamiento que hace innecesario para el legislador ampliar la regulación y condiciones de una práctica que considera ilegal. Más allá, como veremos, de las consecuencias previstas para su incumplimiento. Anticipo que, desde mi particular punto de vista, ni el contrato tiene por qué ser nulo per se, ni la solución a que ello conduce garantiza, como se está evidenciando, la protección de los intereses en juego.

Nos interesa poner de manifiesto, para entender la realidad de los ordenamientos que se sitúan en este primer escalón, cual sea la razón intrínseca de la declaración de nulidad del acuerdo de gestación, en tanto en cuanto se trata de una sanción civil que arranca por tanto del cuidadoso análisis de las exigencias de validez de una relación contractual.

Si nos atenemos a lo dispuesto en el artículo 1261 del CC español, sabemos que no hay contrato sino cuando concurren el consentimiento de los contratantes, objeto cierto que sea materia del contrato y causa de la obligación que se establezca. Por tanto, como base de cualquier relación contractual, en la que se apoyara la idea del acuerdo de voluntades para comenzar un proceso de Gestación subrogada, el objeto y la causa, así como el consentimiento de las partes constituyen la esencia de su validez como contrato. No pueden ser objeto del contrato las cosas que se encuentren fuera del comercio de los hombres (art.1271 CC) y no producirán efecto alguno aquellos contratos sin causa o con causa ilícita, existiendo esta última cuando se opone a las leyes o a la moral (art.1275 CC). Igualmente, si nos atenemos al artículo 1255 CC los contratantes pueden establecer todo tipo de pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarias a las leyes, a la moral y al orden público<sup>12</sup>.

---

<sup>12</sup> A los requisitos de validez de los contratos se alude expresamente en la STS de Puerto Rico, de 12 de julio de 2022 para justificar la validez ab initio de los contratos de gestación subrogada (la posición opuesta a la del ordenamiento español) (<https://dts.poderjudicial.pr/ts/2022/2022tspr95.pdf>). El TS resuelve sobre el reconocimiento de maternidad intencional frente a la maternidad biológica y genética y lo hace en base al CC de Puerto Rico de 1930, aplicable a los hechos y que carecía de regulación sobre la materia, aunque se venía reconociendo jurisprudencialmente la validez de la subrogación gestacional (pero no la tradicional como era el caso) posibilidad que se recoge expresamente –la subrogación sustituta– ahora en el vigente CC



En la específica relación que se entabla entre la persona gestante y el o los comitentes, rigen las reglas propias de cualquier relación contractual, al margen de la especialidad y especificidad de esta concreta relación y las dudas que puedan plantearse sobre la aplicación de sus reglas sobre incumplimiento, cumplimiento defectuoso o cualesquiera otras que venimos aplicando, sea cual fuere el ordenamiento jurídico de turno, a las relaciones obligatorias.

Aparte de la especialidad propia en que consiste esta concreta relación, debe tenerse en cuenta que su esencia viene determinada por un acuerdo en el que lo que se produce es una alteración entre lo biológico, lo genético y lo volitivo o intencional (que teóricamente se presumían juntos en un proceso de gestación por naturaleza) cuantitativamente superior al que se viene admitiendo progresivamente en los procesos de filiación derivada del uso de TRHA, en el proceso de nacimiento de un niño y de determinación consecuente de su filiación<sup>13</sup>. Y señalo cuantitativamente superior porque sin embargo resulta legal la

---

de Puerto Rico de 2020 (Ley Núm. 55 de 1 de junio de 2020) (Disponible en <https://bvvirtualogp.pr.gov/ogp/Bvirtual/leyesreferencia/PDF/55-2020.pdf>). En el supuesto sobre el que resuelve el TS, el matrimonio de los comitentes, portorriqueños residentes en Florida, ante la imposibilidad de procrear de forma natural, acuerdan con la hermana de vínculo sencillo de la esposa, la gestación de un hijo para ellos. Ofreció esta última someterse a un procedimiento de reproducción asistida de maternidad subrogada tradicional, es decir, mediante la fecundación de sus propios óvulos con gametos del comitente. Todas las partes prestan su consentimiento en los diferentes momentos del proceso, incluido el cónyuge de la gestante.

El apoyo legal para dar entrada al reconocimiento y validez a los acuerdos de gestación subrogada se encontraba, como así plasma detalladamente la STS (Opinión de Conformidad de la Jueza presidenta Oronoz Rodríguez- Ap. B, pg.8), en las normas generales sobre validez de los contratos utilizado por la doctrina al efecto. Así se ha de entender que los Acuerdos de maternidad subrogada son contratos como cualquier otro, pero con sus particularidades, que una vez cumplan los requisitos para su validez, son vinculantes entre las partes. Se recurre por tanto a la teoría general de los contratos de Puerto Rico y por ende a las normas que los regulaban dentro de su Código Civil (artículos 1401, 1206, 1207, 1213, 1044 y 1230) entendiendo que el acuerdo existe desde que las partes consienten en obligarse y que el contrato nace cuando existe consentimiento, objeto y causa. Una vez que así ocurre y se cumplen esas condiciones esenciales de validez, estos son obligatorios y tienen fuerza de ley entre las partes contratantes; siendo doctrina firme en el derecho contractual que los contratantes pueden establecer entre ellos los pactos, cláusulas y condiciones que estimen convenientes, siempre que no contravengan las leyes, la moral o el orden público. Para el TS de Puerto Rico el acuerdo de maternidad subrogada, aun antes de la nueva regulación prevista en el CC de 2020, tenía ya cabida dentro del ordenamiento jurídico, con causa y objeto lícitos y no se consideraba contrario al orden público. Vid., BENAVENTE MOREDA, P., “Gestación subrogada tradicional en Puerto Rico. El reconocimiento de la madre intencional como fuente de determinación filial (STS PR. de 12.7.2022) –CC-2020-0157– *Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*. AbeledoPerrot, Buenos Aires, 2023-III.

<sup>13</sup> Dentro de las Proposiciones de Ley reguladoras del derecho a la Gestación por Subrogación de 8 de septiembre de 2017 (BOCG-Congreso de los Diputados- serie B. n.º 145-1- 8.9.2017) y la de 3 de julio de 2019 reguladora del Derecho a la Gestación por Sustitución, presentadas en el Congreso de los Diputados por el Partido de Ciudadanos en el Congreso (BOCG-Congreso de los Diputados- serie B. n.º 46-1- 19.7.2019) se da una definición concreta de la GS (Por Subrogación en la primera Proposición, por Sustitución en la segunda –art.3 de ambas–) como “la gestación que se lleva a cabo cuando una mujer acepta ser la gestante mediante cualquiera de las técnicas de reproducción asistida contempladas por la ley y dar a luz al hijo o hijos de otra persona o personas, los progenitores subrogantes” (art. 3 Prop. Ley de 2017) o como la “gestación que se lleva a cabo cuando una mujer acepta donar su capacidad de gestar mediante cualquiera de las técnicas de reproducción asistida contempladas por la ley y dar a luz al hijo o hijos de otra persona o personas, los progenitores subrogantes” (art.3 Prop. Ley de 3 de julio de 2019). Obsérvese que en la última Proposición de Ley presentada en 2019 se introduce la consideración de la actuación de la mujer gestante como una *donación de la capacidad de gestar* lo que la sitúa en un ámbito

donación de óvulos, de útero o cualquier parte del cuerpo de la mujer que cumpla la legalidad estricta vinculada a los procesos de donación en vida; nadie duda de la legitimación de la mujer para renunciar a la maternidad de su hijo y darlo en adopción y nadie duda de la legitimidad de la mujer para decidir interrumpir su embarazo (por muy discutible que pueda ser cada una de dichas decisiones). Sin embargo, el punto de inflexión en la valoración negativa de la gestación subrogada se encuentra en la disociación absoluta entre lo genético y lo biológico, en pro de la priorización de la vinculación genética (cuando la comitente aporta su material genético, sus óvulos) o una relación nacida de lo volitivo (cuando la vinculación con el nacido nace de la voluntad procreacional).

Creo que el contrato de Gestación subrogada no es, per se y ab initio, nulo, sino que ha de irse más allá, en la medida en que se establezcan condicionantes de conducta, limitaciones, en su caso, del ejercicio de derechos o asunción de obligaciones a lo largo del periodo de embarazo o incluso mucho más allá del mismo que supongan verdaderas restricciones de derechos. Limitaciones que, si llegamos a considerar la existencia de un válido contrato en función de la causa y el objeto del mismo, no implican necesariamente que su contenido concreto y sus cláusulas puedan ser válidas en tanto que pudieran limitar los derechos de la mujer o persona gestante, así como del menor que nacerá o ya haya nacido, sobre todo si se tiene en cuenta que se pueden limitar poderes de actuación y ejercicio de derechos que se prolongan más allá de un momento preciso de cumplimiento (pactos sobre alimentación, conductas sexuales, limitaciones físicas, actividades físicas y cuidados médicos entre otros muchos...)<sup>14</sup>.

específico que hasta ahora no se había explicitado: la donación como figura recurrente que permitiría establecer un tratamiento próximo al establecido dentro del ámbito de la Legislación de donación de órganos pero sin constituir realmente una donación de tal tipo, en la medida en que lo que se dona no es un órgano concreto, sino la capacidad para gestar, que no se agota con el acto de disposición gratuito realizado.

La esencia de “lo contractual” en el debate adquiere relevancia desde el momento en que se pretende definir el proceso y resultado de la Gestación subrogada como negocio, acto o contrato en el que existe un acuerdo de voluntades por los que una mujer, se dice, gesta en favor de otro u otros el hijo de aquel o aquellos o, como también se ha dicho, se acuerda ceder el hijo nacido de su vientre a otro u otros de manera altruista o comercial, con aporte de su propio material genético, sus óvulos, o no. La definición no es inocente a efectos de, en su caso, poder llegar a una valoración completa de la validez del contrato que se celebra entre las partes, al margen, como veremos, del clausulado conforme a derecho o no que el mismo pueda tener.

Diferentes tintes adquieren la “relación contractual” sobre cuya validez y contenido hablamos, si su alcance es ceder la capacidad reproductiva del “hijo de otros” que aportan su propio material genético o parcialmente el de donantes, que a partir de un contrato de “cesión del propio hijo”, que lo es desde el momento en que la fecundación o tan solo la gestación (se trate de fecundación in vitro o no) se produce en el seno de la mujer gestante.

Se hace imprescindible, creo, hablar de tales elementos “del contrato”, en tanto en cuanto sobre todos los condicionantes anteriormente mencionados sobrevuelan como objeto esencial de la discusión, los tres elementos esenciales que constituyen la clave de esta. Me refiero básicamente a los intereses en juego que son valorados como esencia del debate ya mencionados sobradamente en el trabajo: *La autonomía y derechos de las mujeres gestantes y la necesaria e irrenunciable protección de los nacidos como consecuencia de un proceso de Gestación por sustitución*, así como *los derechos de los padres comitentes*. Ello reconduce el tema a la cuestión que irremediablemente se plantea sobre la existencia o no de un derecho a ser padre, a tener hijos al mismo nivel o en otra esfera diferente al derecho fundamental reconocido a la constitución de una familia y a la protección social de la misma.

<sup>14</sup> En este sentido vid MÚRTULA LAFUENTE, V. (2022). Los efectos del contrato de gestación por sustitución en el Derecho comparado y en las propuestas de regulación en España: en torno al consentimiento de la mujer gestante y su revocabilidad. Cuadernos de Derecho Privado, 2, p. 136.

Como ya se viene indicando sobradamente, el legislador español se ha situado conscientemente en el que denominamos “primer escalón”. La declaración de nulidad del contrato de gestación por sustitución cercena toda posibilidad de construir el andamiaje que permita llegar a una regulación protectora de los intereses que entran en juego y que ya se han mencionado. Sin embargo, no se puede obviar el hecho de que la justificación y razón de ser de tal regulación, de tal nulidad, se ha ido construyendo progresivamente de la mano de la interpretación jurisprudencial y de la reconstrucción argumentativa sobradamente reflejada de la mano del pronunciamiento del TS. La posición es clara, ni un paso a discutir de condiciones ni diferentes circunstancias porque ab initio, sea altruista o comercial deviene ineficaz. La madre siempre será la gestante (aunque ni genética ni volitivamente lo sea o lo quiera ser) y el padre biológico (o progenitor no gestante) en su caso podrá ejercitar la reclamación de la paternidad, conforme a las reglas generales<sup>15</sup>. Por otro lado, todo ello sería irreprochable como adecuada medida de defensa de los intereses de la persona gestante y del niño nacido, si el alcance de las soluciones fueran realmente efectivas para proteger los intereses que son la base y esencia para declarar dicha nulidad “ab initio”. Lo cierto es que la realidad es otra muy diferente.

La terca realidad, sin embargo, de la mano de los procesos de gestación subrogada transfronterizos, a los que nos referimos aquí igualmente, ha puesto de manifiesto que con la norma sustantiva prevista en la LTRHA, no se garantizan en absoluto ni la protección de los derechos de las mujeres gestantes, ni de los nacidos como consecuencia del mismo (aunque se trate de gestantes de países extranjeros) y lo que es peor, no se evita el recurso a tales procesos fruto de los cuales se está evidenciando una clara, evidente e innegable discriminación de los nacidos como consecuencia de los mismos, por más que los tribunales pretendan paliar tal discriminación a través del recurso a otras vías de determinación de la filiación, como la adopción o la posesión de estado. Y lo que es peor, no contamos con instrumentos, con ese “piso mínimo” (normativa reguladora de las condiciones, exigencias, requisitos o elementos esenciales) que permita marcar dónde se encuentran los límites de permisividad precisamente atendiendo o tomando

---

<sup>15</sup> Esto es lo que ocurre en el supuesto de hecho planteado en la reciente STS de 16 de mayo de 2023 (ROJ:STS 1958/2023).

En ella se resuelve sobre la doble acción para que se declare la paternidad respecto de los dos hijos biológicos de quien fuera su pareja, así como la paternidad de su expareja respecto de los dos hijos biológicos del propio demandante. La acción se entabló sobre la base de la existencia de posesión de estado, con apoyo en el artículo 131 del CC y en el interés superior de los menores por infracción del artículo 3.1. de la Convención de NU, artículo 2.3 de la LOPJM de 1996 y artículo 8 del CEDH.

Con independencia de la argumentación del TS para rechazar, no tanto la existencia de la posesión de estado, sino que esta pudiera servir para atribuir la paternidad solicitada en tanto en cuanto no existió acuerdo de voluntades para atribuir esa doble paternidad, por lo que no puede hablarse de paternidad voluntaria o intencional, el TS admite sin problemas la validez de la paternidad atribuida a los progenitores biológicos en tanto en cuanto la filiación ya fue reconocida en virtud del contrato de gestación subrogada celebrado en el extranjero e inscrita en el registro civil.

(Esta sentencia es posterior a la entrega del trabajo y se introduce en proceso de corrección de pruebas con una mención muy limitada).

en consideración qué vulnera y qué no los derechos de las mujeres y de los menores si ya han nacido.

Veamos brevemente cual ha sido el desarrollo legal y jurisprudencial en el ordenamiento español, sobre lo que específicamente ya he tratado en otros trabajos anteriores.

*A) Normativa interna. El artículo 10 de la LTRHA. Nulidad del contrato de Gestación por sustitución*

El ordenamiento español sí regula la Gestación subrogada y lo hace a nivel interno y para los procesos a los que le sea aplicable, por un lado, en el artículo 10 de la LTRHA y por otro, en las reglas generales sobre determinación y reclamación de la filiación previstas en el CC o la legislación aplicable “conforme a las reglas generales” en lo que se refiere a la determinación de la filiación paterna en su caso.

El artículo 10 LTRHA establece la nulidad del 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. La filiación en tales casos vendrá determinada por el parto, sin perjuicio de permitir el ejercicio de la correspondiente acción de reclamación de paternidad respecto del padre biológico conforme a las reglas generales.

¿Que justifica tal nulidad? El legislador (de la mano de la interpretación jurisprudencial) parece encontrar su justificación en la causa y/o el objeto del contrato, entendiendo que la mercantilización del cuerpo de la mujer y del niño como “res extracomercium” o contrario al orden público hacen *per se* y *ab initio* nulos de pleno derecho tales contratos. Se oficializa la nulidad porque se oficializa, entiendo, la ilicitud de la causa, sin excepciones, y la existencia de un objeto ilícito, también sin género alguno de dudas, como ya vimos anteriormente. No obstante, aunque en los momentos actuales resulta claro cuál es para el legislador y su intérprete la razón de la nulidad del contrato no siempre ha tenido tal claridad desde el principio, ya que en la primera Proposición de Ley de 1987 se hablaba de prohibición de la Gestación subrogada, en la misma línea que el uso de la fecundación para mujeres solas, para posteriormente pasar a la nulidad actual<sup>16</sup>.

<sup>16</sup> Creo conveniente hacer algunas reflexiones sobre la fórmula que utiliza el legislador español para enfrentarse a la legalidad o no de la gestación subrogada. Y para ello debe hacerse, brevemente, análisis retrospectivo de cómo se ha llegado a la actual regulación del artículo 10 LTRHA de 2006. Esto es importante, porque, como vamos a ver, aun partiendo de una regulación contraria a la Gestación subrogada, se ha pasado a la nulidad desde una referencia expresa que luego desaparece, a “la prohibición de la gestación subrogada” en la Proposición de Ley 122/000062 de Técnicas de Reproducción Asistida, de 9.5.1987 (BOCG 74-1), presentada por el Grupo Socialista que constituye el punto de arranque de la LTRA de 1988. En la D.A 2ª, cuyo contenido desaparecería posteriormente, se prohíbe la utilización de las TRA para la gestación subrogada, en los siguientes términos: “1. Se prohíbe la utilización de las técnicas de Reproducción Asistida para la gestación de sustitución. 2. Serán objeto de sanción administrativa, civil o penal, según la responsabilidad sancionable contraída con sus actuaciones, las personas que de un modo u otro participen en un acuerdo de gestación de sustitución, así como las agencias o instituciones que las propicien, los Equipos biomédicos que las realicen y los Centros o Servicios donde éstos actúen con tal finalidad. 3. Si pese a ello se realiza la gestación de sustitución y hubiere descendencia,

Por su parte, Ley Orgánica de 28 de febrero de 2023, por la que se modifica la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, ahondarían más en la causa de la nulidad del contrato y en la existencia de una prohibición de su celebración. Se justifica en ella la nulidad contractual y la prohibición de este tipo de contratos en la existencia, sin ningún tipo de excepción, de violencia contra la mujer, dejando claro con ello que la autonomía de la voluntad jamás podrá tener entrada en esta práctica<sup>17</sup>. El hecho de tener reflejo el tema en una ley sobre salud sexual y reproductiva plasma legalmente lo que la jurisprudencia ha venido señalando<sup>18</sup>. Sin embargo, no era esta la percepción y valoración de la GS ni en sus

---

*la madre legal será la gestante, y los hijos serán registrados como sin padre. Los jueces valorarán las circunstancias de la madre y la posible solicitud de paternidad”.*

La EM de la Proposición de Ley de 1988 (III) realiza alguna valoración respecto de la GS como posible aplicación de esta técnica de RA, como *práctica aun no demandada en nuestra nación que junto con la gestación realizada por mujer sola lleva a interrogarse si existe un derecho a la procreación, si es un derecho absoluto y si debe satisfacerse por encima de conflictos entre las partes considerados insalvables, de extracción ética o porque chocan contra el bien común que el Estado debe proteger. Son sin duda, se señala, dos aplicaciones de las TRA en las que las divergencias de opinión serán más marcadas, y cuya valoración jurídica resulta dificultosa, no sólo en nuestra Nación ()*. Las claves de ambas opciones nos sitúan en 1987 ante el derecho a la procreación y los márgenes de la autonomía de la voluntad en el ámbito de los negocios jurídicos del derecho de Familia. Posteriormente, sin embargo, estos aspectos “insalvables” dejarían de serlo para el caso de la gestación realizada por mujeres solas al admitir las enmiendas 355 y 356 presentada por el Grupo parlamentario socialista que introduce un nuevo párrafo al apartado III de la EM incorporando el derecho de la mujer a fundar su propia familia señalando que la ley debería eliminar cualquier límite que socave la voluntad de procrear (Informe de la Ponencia a la Proposición de Ley 122/000062 sobre Técnicas de Reproducción Asistida (BOCG 13.5.1988- n.74-9). Igualmente, en el informe de la Ponencia de mayo de 1988 tras aceptar las enmiendas 383 y 384 del Grupo Parlamentario Socialista se incorpora a la DA 2ª la consideración como nulo del contrato, con o sin precio, por el que se convenga la GS, pero se mantiene en cuanto a la filiación la exclusión de la filiación paterna que queda sometida a la valoración por parte de los tribunales. Será en el Senado donde, tras admitir todas las enmiendas presentadas por el Grupo Parlamentario Socialista, se introduce un artículo 9 bis – enmienda 116, que se justifica simplemente por una mejor colocación sistemática en el texto (que en el texto de la Ley pasará a ser el art.10) que le confiere una regulación que ha permanecido invariable e indiscutida hasta el vigente art.10 de 2006 (Informe de la Ponencia a la proposición de Ley sobre Técnicas de reproducción asistida de 14.9.1988-BOCG-Senado Nº203 (e)- (Vid, igualmente las enmiendas presentadas en el Senado- BOCG-Senado-22.6.1988-nº203(d). La LTRHA de 2006 se limita a trasladar el texto y contenido de la de 1988 sin mencionar absolutamente nada al respecto en su exposición de motivos.

<sup>17</sup> Al respecto ya se había pronunciado la doctrina con anterioridad y se reitera al hilo de la STS de 31.3.2022. En tal sentido vid. Ángeles LARA AGUADO, “Violencia contra la mujer extranjera y trata desde la perspectiva de género”, en Juana María GIL RUIZ (ed.), *El Convenio de Estambul como marco de Derecho antisubordinador*, Dykinson, Madrid, 2018, pp. 101-133, esp. pp. 110-111. Igualmente, en su comentario a la citada sentencia del TS (CCJC 120/2022).

<sup>18</sup> En la EM de la LO 1/2023, de 28 de febrero por la que se modifica la LO 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo(BOE 1.3.2023), se recoge la consideración de la GS como un supuesto de violencia contra la mujer: “*Por último, en línea con lo dispuesto por el Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica, hecho en Estambul el 11 de mayo de 2011 (Convenio de Estambul), es preciso ampliar el enfoque desde el que se abordan ciertas formas de violencia contra las mujeres en el ámbito de los derechos sexuales y reproductivos, como son el aborto forzado y la esterilización forzada, incluida la anticoncepción forzada, para actuar no solo desde un prisma penal, ya contemplado en nuestro ordenamiento, sino con una perspectiva integral y contextualizada desde el enfoque de género. Del mismo modo, como Estado, debemos reafirmar el compromiso de respuesta frente a vulneraciones graves de los derechos reproductivos que constituyen manifestaciones graves de la violencia contra las mujeres, como la gestación por subrogación. Estas prácticas, si bien ya resultan ilegales en España, donde la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre*

comienzos y ni siquiera muchos años después cuando se propuso en 2014 la frustrada regulación dentro del art.44 de la LRC de 2011 de un párrafo que trasladaba la solución de la resolución de la DGRN de 2010 respecto de la inscripción de los nacimientos en procesos de GS en el extranjero.

No obstante, dentro de la LO de 2023 no se incluyen sanciones administrativas o penales para las partes contratantes, más allá del establecimiento de prevenciones a la ilegalidad de la gestación subrogada a través de campañas institucionales, así como las posibles acciones y sanciones previstas conforme a la Ley General de Publicidad frente a la publicidad que promueva las prácticas comerciales para la Gestación por sustitución. La sanción es, la inexistencia de efectos del acto nulo.

Parece evidente por ello, que, aunque ahora se hable de la existencia de prohibición tal y como un sector defiende expresamente o como ha llegado a apuntar el propio TS en sus sentencias de 6 de febrero de 2014 (RJ/2014/833) y 31 de marzo de 2022 (RJ 2022\1190) <sup>19</sup> nos encontramos ante un contrato nulo y por tanto ineficaz “ab initio” <sup>20</sup>.

---

*técnicas de reproducción humana asistida, considera nulo el contrato por el que se convenga la gestación y expresa que la filiación será determinada por el parto, se siguen produciendo, amparándose en una regulación internacional diversa, ante lo cual se ha de reconocer normativamente esta práctica como una forma grave de violencia reproductiva, y tomar medidas en el ámbito de la prevención y de la persecución”. (EM II. Último párrafo).*

<sup>19</sup> La posición, contraria a la prohibición de la gestación subrogada, es reiterada desde 2006 por Manuel Atienza que vuelve a pronunciarse sobre la necesidad de que el legislador aborde la regulación de la gestación subrogada con ocasión de valorar la reciente sentencia del TS de 2022 (ATIENZA, M, Sobre la gestación por sustitución. Otra vuelta de tuerca - Manuel Atienza Rev Bio y Der. 2022; 56: 107-124 DOI 10.1344/rbd2022.56.40721).

<sup>20</sup> Resultan sin embargo interesantes al respecto algunas decisiones en que parece ser otra la valoración de la relación contractual, al menos en lo que vincula a un tercero, como es pudiera ser la empresa mediadora en el proceso de Gestación subrogada. Así, la *SAP de Barcelona, sección 1ª, nº 10/2019, de 15 de enero de 2019, rec.185/2018* (ECLI: ES: APB: 2019:74; JUR/2019/25547), en la que se resuelve sobre el incumplimiento de un contrato entre dos parejas comitentes respecto de la empresa SUBROGALIA, SL, con la que los demandantes habían concertado respectivamente un paquete completo destinado a la gestación de un menor en el extranjero, concretamente en México, a través de un proceso de Gestación por sustitución. En ambos casos tanto en Instancia como en la resolución de la Audiencia, se procede a la resolución del contrato celebrado, por incumplimiento de la empresa, considerando que dicho contrato, lejos de tratarse de un contrato de servicio de asesoramiento sobre el proceso de GS se trataba realmente de un contrato de obra en el que el contratista había asumido una obligación de resultado, la ejecución de la obra en los términos pactados. En ambos casos el resultado pactado era el nacimiento de un niño, comprometiéndose a devolver los honorarios pactados si no se lograba tal fin, como así ocurrió efectivamente. Sin entrar en el debate sobre el contenido concreto del supuesto, es evidente que, lejos de considerar prohibido el contrato de Gestación por sustitución, la Audiencia lo da por válido, lo resuelve por incumplimiento y obliga a indemnizar a la empresa encargada de obtener los resultados pactados, aunque no proceda finalmente la condena en costas. Lo cierto en todo caso, es que los planteamientos y solución adoptada por la citada jurisprudencia parece hacer caso omiso de lo dispuesto expresamente en el artículo 10 LTRHA en tanto en cuanto, aun considerando que no se regula en él una prohibición de la Gestación por sustitución, sí se prevé la nulidad del contrato, que es sobre lo que hipotéticamente tendría que haber resuelto la Audiencia.

En el mismo sentido la *SAP Zaragoza de 15 de febrero de 2019 (JUR 2019/185867)*, en que se resuelve un caso semejante al planteado más arriba, precisamente contra la misma empresa, SUBROGALIA, SL, solicitando igualmente la resolución del contrato de obra celebrado con la misma para llevar a cabo una Gestación Subrogada. En esta ocasión se centra también el debate en la consideración de los comitentes contratantes como consumidores, frente a la empresa demandada. Se condena a la empresa a la devolución de los honorarios

Fruto de dicha ineficacia resulta que la madre sería quien haya dado a luz al niño y el padre, en su caso, quien hubiera aportado su material genético para la procreación, dejando abierta la puerta a la determinación de la paternidad conforme a las reglas generales (el precepto habla de que queda abierta la posible acción de reclamación de la paternidad, pero no establece que pueda determinarse extrajudicialmente conforme a las reglas generales)<sup>21</sup>.

Así pues, aun en el supuesto en el que al amparo de la LTRHA, se produjera una gestación en la que la gestante hubiera convenido previamente la subrogación de la gestación y la cesión del nacido al aportante del esperma, a una pareja de comitentes o a una mujer sola (ya se trate por tanto de una fecundación homóloga por aporte de material genético del varón, o de una fecundación completamente heteróloga ante la ausencia de material genético de ambos), la filiación materna se corresponderá con la determinada por el parto y la paterna, en caso de estar casada la mujer gestante sería atribuida, en principio y por presunción de paternidad, a su cónyuge por aplicación del artículo 116 CC<sup>22</sup>.

---

abonados al no obtener el resultado pretendido. Vid. en este sentido GALVEZ CRIADO, A, ¿Sigue siendo nulo en España el contrato de gestación subrogada? Una duda razonable. *Diario La Ley*, N° 9444, 2019.

<sup>21</sup> Lo que sin embargo se contradice claramente con la solución a la que llega el TS en la última de las sentencias citada, de 31 de marzo de 2022, en tanto en cuanto aun partiendo de dichos postulados permite llegar por vía de la adopción a la mujer comitente que sin aporte de material genético alguno será considerada como madre a través del proceso de adopción del menor. Obviamente no se resuelve sobre la adopción, porque entre otras cosas, no era objeto del procedimiento, pero apunta hacia ella como posible solución de protección de los intereses del menor.

<sup>22</sup> Se ha apuntado, desde mi punto de vista de manera errónea, que la Ley 4/2023, de 28 de febrero, para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI legaliza de facto las gestaciones subrogadas. El hecho de que la Ley 4/2023 no haya modificado ni la redacción ni la técnica de la LTRH podría conducir a entender que al referirse el artículo 10 LTRHA a “la mujer” y a “la filiación materna” dejaría abierta la posibilidad a la admisión de que, ante una rectificación registral del sexo de la mujer, pudiera entenderse que, convertida en hombre y “progenitor gestante” no le fuera aplicable la regla de dicho precepto pudiendo en tal caso celebrarse el contrato de GS. El párrafo 2 del citado precepto parece cercenar sin embargo tal posibilidad en tanto en cuanto, hablemos de mujer u hombre, la filiación de los hijos vendría determinada por el parto. Se trata, parece evidente, de un efecto perverso de la omisión, relevante, de rectificación de la Ley Trans, respecto de la LTRHA que en su momento me hizo saltar la duda sobre el tema pero que descarto (por mucho que sea partidaria del reconocimiento de la GS como técnica de RA). La descarto básicamente y esencialmente porque aun dando un rodeo a la norma, se llegaría a la misma solución anulatoria si de la argumentación que hemos venido señalando, se sigue estimando que lo que hace nulo el contrato es el hecho de la mercantilización del cuerpo de la mujer gestante, que no puede consentir un acto dispositivo de tal relevancia, no tanto por el hecho de ser mujer (quien hasta 2007, con denominación jurídica de tal, era la única con capacidad de gestar en tanto en cuanto es el momento en que se permite serlo sin cirugía de reasignación, aunque desde la vigencia de la Ley 3/2007 ya podían hacerlo los hombres trans que no hubieran completado la cirugía citada) sino por el hecho de disponer de su capacidad reproductora y de gestación. Admitir que la nulidad –si se predica con los argumentos que viene haciéndose en defensa de la nulidad del contrato– deriva en este caso del hecho de ser mujer (como más débil e incapaz mental que el hombre) es un grave error de cálculo y de valoración y realizar una interpretación torticera de la norma. Lo que justificaría la nulidad es la mercantilización del cuerpo de quien gesta y da a luz, sea cual fuere el sexo/género legal de la misma.

Este argumento se señaló formalmente (quizás resaltando la deficiente técnica legislativa utilizada en la ley) por el profesor DE LORA en su comparecencia en las Jornada “En torno a la Ley Trans: Comparecen los Expertos” celebradas en el Congreso el 16/12/2022, cuando aún no se había aprobado la Ley Trans. Haber tenido en cuenta su observación no habría estado de más para que el Parlamento introdujera las rectificaciones correspondientes en la LTRHA, cuya ausencia afecta igualmente a otros aspectos en materia

No obstante, conforme se acaba de indicar y se desprende del artículo 10.3 LTRHA, la nulidad de dicho contrato no implicaría la ausencia de efectos filiatorios en relación con el comitente aportante del esperma, que podría ejercitar las acciones correspondientes para reclamar la paternidad. Ciertamente queda excluida cualquier vinculación filiatoria respecto de la hipotética progenitora comitente que hubiera aportado sus óvulos a la fecundación, por mucho que se tratara de la madre genética.

Con esa claridad meridiana que parece desprenderse del tenor del artículo 10 LTRHA, sin embargo, sigue sin quedar garantizada la protección del menor nacido fruto de tal práctica ni, en su caso, dicha norma es objeto de aplicación real en los únicos casos en los que se ha llegado a invocar<sup>23</sup> y que traen causa en un proceso de gestación llevado a cabo fuera de España.

Coincido por ello con un sector amplio de la doctrina que considera que debería darse una regulación completa a la gestación subrogada porque la prohibición “per se” no está justificada y el nivel de protección de la persona gestante y de los niños sería muy superior a la realidad que ahora vivimos con una regulación más completa<sup>24</sup>.

Tampoco creo que se garanticen mucho más esa protección a través de la prohibición dispuesta la Ley Orgánica 1/2023, citada anteriormente, con independencia de que deje claro de forma tajante de que se trata sin excepción de un supuesto de violencia contra la mujer como ya se ha indicado. La evidencia de lo que se acaba de indicar se produce

---

de determinación de la filiación. Procedería en todo caso, como se utiliza por otro lado en el presente trabajo, hablar de la persona gestante. (<https://app.congreso.es/AudiovisualCongreso/audiovisualdetallado?codSesion=714&codOrgano=499&fechaSesion=16/12/2022&mp4=mp4&idLegislaturaElegida=14&ci=716798C>) (consulta 20.2.2023).

Ahora que resurge públicamente el debate a nivel social sobre la GS, de la mano de la reciente maternidad por gestación subrogada de la conocida actriz y presentadora española, Ana García Obregón, con 68 años, dada a conocer por la revista HOLA <https://www.hola.com/actualidad/20230328344134/ana-obregon-madre-nina-nacida-gestacion-subrogada-miami/> (consulta 28.3.2023), vuelve a resonar la voz de la posible legalización de la GS por la puerta trasera con los argumentos del profesor DE LORA, a los que se refiere Marcos ONDARRA en su artículo: Una laguna en la ‘ley trans’ legaliza la gestación subrogada si la mujer se declara hombre” publicado en “TheObjective” (31.3.2023) (<https://theobjective.com/espana/2023-03-31/laguna-ley-trans-gestacion-subrogada/>) (consultado 31.3.2023).

<sup>23</sup> A salvo de aquellos supuestos en los que se ha celebrado el contrato con una empresa intermediaria a través de la cual se gestionaba el proceso de gestación subrogada, como consecuencia de cuya intervención se han planteado acciones de reclamación frente a la mismo, como ya hemos visto, ante el incumplimiento de los acuerdos existentes para culminar con el proceso de gestación subrogada. Es en ellos en puridad donde cobraría sentido el párrafo primero del citado precepto.

<sup>24</sup> Creo que ahora más que nunca adquieren relevancia las palabras que desde 2006 viene pronunciando el profesor y filósofo Manuel Atienza al señalar que: *“En resumen, en lugar de prohibirla, lo que habría que hacer es regular ese tipo de práctica de manera cuidadosa. La ley española la regula, pero de forma tan expeditiva, tan tosca, que probablemente va a producir efectos muy pocos deseables: no impedirá que se recurra a la gestación por sustitución, pero puede hacer de ella una práctica elitista y que suponga algunos riesgos adicionales a los que, de suyo, conlleva”* Estas afirmaciones que realizaba en *El Notario del siglo XX*, nº 9, septiembre-octubre 2006 hoy cobran si cabe más sentido; se publicó también en Manuel Atienza, *Bioética, Derecho y argumentación*, 2da ed. Palestra, Lima, 2010, se repiten en una de sus últimas publicaciones de 2022: *Sobre la gestación por sustitución. Otra vuelta de tuerca* – Rev Bio y Der. 2022; 56: 107-124 DOI 10.1344/rbd2022.56.40721, p. 109.



al adentrarse en el pronunciamiento y los efectos de la STS de 30 de marzo de 2022 que tendremos ocasión de comentar a continuación.

En este primer escalón del debate, por tanto, donde se parte de la nulidad del contrato vinculado con la ilicitud de la causa y la existencia de un objeto fuera del comercio de los hombres es por tanto donde se ubicaría la legislación y jurisprudencia española con la salvedad, que evidentemente crea una clara situación discriminatoria, de la posición mantenida a partir de la Instrucción de la DGRN de 2010 a que aludiremos a continuación en la que en los supuestos de GS transfronteriza no entra en liza la validez del contrato de Gestación sino en la forma de proceder para el reconocimiento de la resolución o certificación extranjera por la que se declara la filiación del nacido, de forma que, postula el reconocimiento de las filiaciones que vengan determinadas tras una decisión judicial extranjera o de la correspondiente resolución acordada en proceso paralelo al del jurisdicción voluntaria española.

*B) La solución a los supuestos de Gestación por sustitución con elemento internacional: Posicionamiento contradictorio entre la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública del Ministerio de Justicia (antes DGRN) y el TS<sup>25</sup>*

Al analizar la evolución jurisprudencial producida en relación con los supuestos de GS transnacionales, es donde constatamos la existencia de una mayor contradicción en las soluciones adoptadas y donde en esencia debe erigirse por encima de cualquier otro interés, el de los nacidos como consecuencia de tal proceso. Es quizás aquí también donde uno se replantea necesariamente la necesidad de reformar la normativa interna española para hacerla garante de un sistema de protección no discriminatorio y donde comenzamos a pensar en la necesidad de centrarnos en los requisitos y condiciones contractuales que, controlados legalmente y sometidos a valoración de la autoridad judicial podrían hacer compatibles la protección de los intereses en juego y la legalidad de la figura<sup>26</sup>.

<sup>25</sup> Como ya hemos señalado anteriormente, esta materia se ha analizado en otros trabajos de manera detallada, aun sin entrar en la más reciente STS de 31 de marzo de 2022 que ahora analizamos. Igualmente, por su carácter detallado, completo y actualizado se recomienda la lectura al respecto de MÚRTULA LAFUENTE, V. (2022), “Los efectos del contrato de gestación por sustitución en el Derecho comparado y en las propuestas de regulación en España: en torno al consentimiento de la mujer gestante y su revocabilidad”. Ob. cit. La autora, de manera contundente y razonada considera que existen razones más que suficientes para abrir un debate jurídico sobre las condiciones bajo las que podría regularse la gestación por sustitución en España. Comparto completamente el diagnóstico y propuesta y añado que hemos de estar preparados para, de los errores y contradicciones llegar a una regulación convincente, protectora y no discriminatoria.

<sup>26</sup> Resulta absolutamente ilógico abogar, como veremos, como lo hace el TS en su sentencia de 31 de marzo de 2022 por la ilegalidad de la figura atendiendo al clausulado de un contrato, absolutamente contrario a los intereses de la gestante y del menor (contrato que se reproduce íntegramente en los fundamentos de la sentencia), para terminar considerando que existe un problema de orden público por vulneración de, entre otros, el artículo 10 LTRHA, que declara la nulidad del citado contrato y para terminar aceptando la posibilidad de la adopción por quien vulneró al contratar dichos principios y dicha normativa, por quien, además, ninguna vinculación genética ni biológica mantenía con el menor. Habría sobrado “pasar de escalón”

Es evidente que existe una contradicción de planteamientos entre la DGSJFP y el TS<sup>27</sup>, e incluso en el seno de la propia DG. Nos movemos en los márgenes de las resoluciones extranjeras que reconocen la paternidad de los padres de intención, siguiendo la estela de la Instrucción de la DG dictada en 2010, hasta la aplicación más estricta del artículo 10 LTRHA sancionando la nulidad del contrato de Gestación subrogada por contrario al Orden Público derivado de la mercantilización de la mujer gestante y de los nacidos por esta práctica, permitiendo no obstante, en la última decisión del TS de 2022 el acceso a la paternidad de quienes no aportaron su material genético a través de la adopción aunque no se cumplan necesariamente los requisitos de la legalidad interna para ello<sup>28</sup>.

---

en tanto en cuanto ya el primero, en el que se encuentra el ordenamiento español sanciona con la nulidad la celebración del contrato de GS.

Ciertamente, al Tribunal Supremo no le queda más remedio, atendiendo al “interés superior del menor” (The best interest, no el “superior” jerárquicamente -Agradecimiento a la profesora Verónica Undurraga, de la Universidad Adolfo Ibáñez que me lo resaltó en sus aproximaciones al trabajo que ahora se presenta-) que resolver evitando que el menor pudiera quedar desatendido o desprotegido, vulnerándose con ello la doctrina del TEDH emitida al respecto desde los casos *Menneson y Labassee contra Francia de 26 de junio 2014* (JUR\2014\176908 y JUR\2014\176905. Y ello pese a que dicha doctrina aboga por la adopción de una solución que atienda ese interés superior del menor en los casos de fecundación homóloga o parcialmente homóloga. Es evidente que estas soluciones no resuelven de forma adecuada conforme a ese “superior interés del menor”.

<sup>27</sup> Y dentro del propio TS, el diferente abordaje y tratamiento entre la Salas primera(civil) y tercera(social) en lo que, no tanto al reconocimiento como a la protección de los derechos de los hijos se refiere.

<sup>28</sup> En este sentido resulta muy interesante la posición mantenida por FARNOS AMORÓS que, con ocasión del análisis de la STS de 31.3.2022 aboga, en consonancia con el pronunciamiento del TEDH en dos recientes sentencias de mayo de 2021 y marzo de 2022 (Casos *Valdis Fjölfnisdóttir y otros c. Islandia*, resuelto por STEDH de 18 de mayo de 2021- ECLI: CE: ECHR:2021:0518JUD007155217- y *A. M. c. Noruega*, de 24 de marzo de 2022- ECLI: CE: ECHR:2022:0324JUD003025418) por mantener una posición más ecléctica en relación con la solución que han de adoptar los estados para fijar la vinculación del progenitor de intención que no aportó material genético en el proceso de gestación subrogada transfronterizo, de forma que pueda inadmitirse, en consonancia con la legislación del país de origen de los comitentes, el recurso a la adopción si esta medida no es legalmente posible dentro de dicha legislación, lo que es admitido por el TEDH en ambas sentencias, sometiéndose en este punto al margen de apreciación de los estados (La gestación por sustitución de nuevo ante el Tribunal Supremo: La STS, 1.ª (Pleno), de 31 de marzo de 2022, como ejemplo de la encrucijada actual, *ADC*, tomo LXXV, 2022, fasc. III (julio-septiembre), pp. 449-482.

Si bien esta postura me parece adecuada en el sentir de la propia autora, ello conduce a afirmar que podría llegarse a la adopción por otras vías diferentes a las propuestas, derivadas de una situación de guarda de hecho del menor, si ello atiende al interés superior del este, sin embargo, siguiendo la línea que marcan ordenamientos como el argentino, yo me decantaría en estos casos por sugerir para nuestro ordenamiento una aproximación a los criterios de determinación de la filiación por reconocimiento de la socioafectividad, que puede ir en paralelo con la posesión de estado pero que supone algo más que la mera voluntad procreacional. Nos encontramos lejos de ese campo, pero creo que la vía podría ser esta. La evidencia de lo que se acaba de señalar se pone de manifiesto en la, hasta ahora, última decisión del TS en relación con el tratamiento de la Gestación subrogada en la sentencia de 16 de mayo de 2023 (STS 1958/2023-ECLI:ES:2023:1958), donde como ya hemos señalado, el TS desestima la doble reclamación de determinación de paternidad por posesión de estado, ex.art. 131 CC destinada a atribuir al demandante la paternidad de los hijos biológicos de su pareja durante mas de 20 años y a su pareja la de sus propios hijos biológicos. Se descarta la aplicación de posesión de estado ante la ausencia de intención y voluntad inicial de “copaternidad” así como la socioafectividad, ajena a la esencia de determinación de filiación en nuestro ordenamiento jurídico. Ciertamente no es esto lo que se solicitó, pero podría haberse hecho algún guiño en este sentido.

La DG, dentro de los vaivenes derivados de una diversidad de resoluciones contradictorias, ha mantenido la admisión de la inscripción de la filiación de los nacidos fruto de un proceso de Gestación subrogada en aquellos casos en los que la misma había sido determinada a través de una decisión judicial en proceso contradictorio o, en su caso en proceso análogo al de jurisdicción voluntaria español; no así en los caso en los que la justificación venía de la mano de un mero certificado de nacimiento. Por lo que se refiere al Tribunal Supremo (Sala Primera), su posición está claramente definida en las dos sentencias que venimos citando a lo largo del presente trabajo: la nulidad del contrato de Gestación subrogada por contravenir claramente el orden público nacional, representado no solo por el propio artículo 10 LTRHA sino por contravenir los derechos de la mujer gestante y de los nacidos como consecuencia del proceso, a los que se considera, mercantilizan. Por lo que se refiere a la posición de la Sala tercera del Tribunal Supremo, como quizás no podría ser de otra forma, viene reconociendo el derecho de los progenitores de intención a los derechos sociales derivados de la paternidad relativos a las prestaciones por maternidad/paternidad, al margen totalmente de la valoración sobre la causa que la determine<sup>29</sup>.

Conviene tener en cuenta el origen fáctico que da lugar al pronunciamiento tanto de la DGRN en 2010 como del Tribunal Supremo en 2014: El reconocimiento de la decisión extranjera que determina la filiación de los nacidos o la determinación misma de ésta e inscripción en el Registro Civil español de los nacidos ya, como consecuencia de un proceso de Gestación subrogada llevado a cabo en un país (EEUU, Ucrania o México) donde la legislación permite tales contratos con eficacia filiatoria para los progenitores comitentes. En todos los supuestos, salvo el recogido en la STS de 31 de marzo de 2022, existía aporte de material genético por parte de uno de los comitentes. Afecta y se refiere tanto situaciones en las que los comitentes eran matrimonio/pareja del mismo sexo como heterosexual o a una mujer sola en el último caso.

Por lo que se refiere a la posición mantenida por la DGRN partimos aquí de *la Instrucción de 5 de octubre de 2010* (BOE de 7.1.0.2010)<sup>30</sup>.

Esta Instrucción de 5 de octubre de 2010 se dicta con la finalidad de «establecer los criterios que determinen las condiciones de acceso al Registro Civil Español de los nacidos en el extranjero mediante estas técnicas de reproducción asistida».

Conforme a la misma, para atribuir la filiación a los nacidos en el extranjero mediante Gestación por sustitución *debe existir una previa resolución judicial*, dictada por Tribunal

<sup>29</sup> Dentro de las más recientes decisiones la STS (Sala de lo social, scc. 1ª) nº997/2022, de 21 de diciembre (JUR 2023/26712). Se aplica y desarrolla la doctrina (incidental) del Pleno de la STS 985/2020, de 21 de julio.

<sup>30</sup> Toda la evolución histórica del tema se puede consultar, evolutivamente, en trabajos que desarrollé anteriormente: “La filiación de los hijos de parejas, casadas o unidas de hecho, del mismo sexo. La situación legal y jurisprudencial actual” *A.D.C.* LXIV, 2011, fasc. I, pp. 75-124; “Registro y filiación en parejas LGTBI”. En MATÍÁ PORTILLA, F. J., ELVIRA PERALES, A. y ARROYO GIL, A. (Dir): *La protección de los Derechos Fundamentales de las personas LGTBI*. Tirant lo Blanch, Valencia 2019, pg.313-375 y “El interés superior de los menores nacidos a partir de un contrato de Gestación por sustitución”. *Revista General de Derecho Constitucional* Nº 31 (enero 2020).

competente en la que se determine la filiación del nacido (Directriz primera 1). Por otro lado, salvo que resulte aplicable un Convenio Internacional, *la resolución judicial extranjera deberá, siempre según la citada Instrucción, ser objeto de exequátur*, según el procedimiento contemplado, en ese momento, en la hoy derogada LEC de 1881<sup>31</sup>. Para inscribir el nacimiento en el Registro será necesaria la presentación de la solicitud de inscripción y el auto judicial que ponga fin al procedimiento de *exequátur* (Directriz primera 2).

No obstante, *en el caso de que la resolución judicial extranjera tuviera su origen en un procedimiento judicial análogo a uno español de jurisdicción voluntaria, el encargado del Registro Civil controlará incidentalmente*, como requisito previo a su inscripción, si tal resolución puede ser reconocida en España (Directriz primera 3). *En ningún caso se admitirá como título apto para la inscripción del nacimiento y la filiación del nacido, una certificación registral extranjera, o la simple declaración, acompañada de certificación médica*, relativa al nacimiento del menor en la que no conste la identidad de la madre gestante (Directriz segunda).

La DGRN, por tanto, abre una vía para proceder a la inscripción de las filiaciones derivadas de un contrato de GS celebrado en el extranjero por progenitores españoles. Puerta que parece cerrarse posteriormente con la STS de 6 de febrero de 2014 pero que hoy en día se sigue aplicando, marcándose más la contradicción entre ambos órganos<sup>32</sup>.

Debemos referirnos igualmente a dos nuevas Instrucciones de la DGRN, de 2019, emitidas con una diferencia de cuatro días y claramente contradictorias entre sí. Ambas se

<sup>31</sup> Hoy la referencia ha de hacerse a los arts. 41 a 61 (Título V: “Del reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales y documentos públicos extranjeros, del procedimiento de exequátur y de la inscripción en Registros públicos”) de la *Ley 29/2015, de 30 de julio, de Cooperación jurídica internacional en materia civil* (BOE, 31.7.2015, nº 182, scc I, pg.65906/ RCL/2015/1200). Conforme a su D. derogatoria única 1, quedan derogados los arts.951 a 958 LEC 1881, por los que seguía regulándose hasta ahora el procedimiento de exequatur.

<sup>32</sup> Como consecuencia de las posiciones claramente contradictorias mantenidas entre la DGRN y el TS en esta materia, se ha venido produciendo una situación cuanto menos preocupante en las diferentes resoluciones dictadas tras la Instrucción de la DGRN de 2010 y una vez firme la STS de febrero de 2014. Así, inicialmente la DGRN a partir de dicha Instrucción comienza a admitir, siguiendo los dictados de ésta, la inscripción de los nacimientos producidos en el extranjero que tuvieran origen en una resolución judicial de autoridad extranjera, sin necesidad de exigir el exequatur, si se habían basado en un procedimiento equiparable al de Jurisdicción Voluntaria previsto por la LEC de 1881 (Tal es el caso de las RRDGRN 3 de mayo 2011(JUR 2012/107637), 6 de mayo 2011(JUR/2012/110698 y 147776), 9 de junio de 2011(JUR/2012/151437, 151438 y 151439), 23 de septiembre 2011(JUR 2012/168313 y 168314), 12 diciembre 2011(JUR 2012/307190), 22 de diciembre 2011 (JUR 2012/4307191)).

No se admitía sin embargo la inscripción en aquellos casos en los que la determinación de la filiación viniera de la mano de un mero certificado de nacimiento expedido en el extranjero ((RRDGRN 23 de septiembre 2011 (JUR 2012/168312), 27 de junio 2011 (JUR 2012/151441), 6 de mayo 2011 (JUR 2012/114782), 19 diciembre 2014 (RJ 2015/ 256866 y 259979).

Con la solución adoptada por la STS de 6 de febrero de 2014 se paralizaron momentáneamente las inscripciones, hasta que el conflicto entre DGRN y TS se agudiza de nuevo tras la *Circular/Informe emitido por la DGRN de 11 de julio de 2014* por el que se ordenaba a los Registros la inscripción de los nacimientos, siguiendo las directrices de la Instrucción de la DGRN de 2010, sin que, se apunta, la STS de 6 de febrero de 2014 constituya obstáculo alguno para la procedencia de dichas inscripciones. De hecho, con posterioridad a dicho Informe se reitera la posición permisiva de la DGRN en resoluciones como las de 19 diciembre 2014 (RJ 2015/5079; JUR 2015/256852 y 256807) y 16 de enero de 2015 (JUR 2015/259893) entre otras.

producen a raíz del problema ocasionado como consecuencia del nacimiento en Ucrania, por medio de Gestación por sustitución, de numerosos niños de familias españolas que habían recurrido a dicho proceso al amparo de la legislación permisiva de aquel país (antes de que se iniciara la guerra en enero de 2022). Ambas se producen como consecuencia de la negativa a las inscripciones de los nacimientos en el Consulado y la imposibilidad del retorno de las familias con los menores a España.

La primera de ellas es la *Instrucción de 14 de febrero de 2019 sobre “Actualización del Régimen registral de la Filiación de los nacidos mediante Gestación por Sustitución”*<sup>33</sup>. Esta Instrucción, que inmediatamente fue rectificada como ya se ha indicado, evidenció de manera palpable la colisión entre los dictados del TS y la posición de la DGRN considerando que debería existir una mayor protección del interés superior del menor, entendiendo que el TS no desconocía la primacía de dicho interés, pero sí negaba su condición de valor absoluto.

Tras un minucioso estudio de la situación de origen, en dicha Instrucción se estableció la posibilidad de inscripción de los nacidos en dicho país, no sólo cuando la filiación se hubiera determinado como consecuencia de una decisión judicial sino también en los casos en los que tenga su origen en una certificación de nacimiento en la que conste la identidad de la madre gestante y constando en todo caso la filiación del menor respecto de un progenitor español conforme a la LRC<sup>34</sup>.

La segunda *Instrucción, de 18 de febrero de 2019* (BOE nº 45 de 21.2.2019), anula la Instrucción anterior y retoma el contenido y vigencia de la IDGRN de 2010 y en tal sentido: a) deja sin efecto la RDGR de 14.2.2019, a todos los efectos, incluso derogatorios en relación con los nacidos con posterioridad a la entrada en vigor de la propia instrucción (21.2.2019)<sup>35</sup>; b) Desestima las solicitudes de inscripción en el Registro Civil consular

<sup>33</sup> Ministerio de Justicia. DGRN. Consultado en <https://www.elindependiente.com/wp-content/uploads/2019/07/instrucci%C3%B3n-14-febrero-2019.pdf>

<sup>34</sup> Así, en primer lugar, se admite la inscripción de los nacidos en el extranjero por GS, presentando la solicitud de inscripción junto con resolución judicial dictada por tribunal competente, siguiendo en este punto los dictados de la Instrucción de 2010 ya mencionada. En segundo lugar, e igualmente con criterio semejante a la Instrucción de 2010 se fija la inadmisión como título de inscripción de mera certificación registral extranjera o declaración acompañada de certificación médica en la que no constase la identidad de la gestante. Debía por ello constar la filiación del padre (que se venía acreditando mediante la prueba de ADN) y quedar acreditada la maternidad biológica de la gestante, siendo en tal caso posible la inscripción por la certificación si constaba también la filiación materna. Para hacer constar la paternidad del cónyuge o pareja del comitente genitor biológico se recurriría a la adopción.

Por último, en aquellos casos en los que la legislación extranjera no determinase la maternidad para la mujer gestante sino para mujer distinta de la gestante (comitente) se establecía la necesidad de buscar solución que evitase la situación de abandono del nacido, fundamentalmente tomando en consideración la existencia de vínculo con la comitente si aportó su óvulo a la fecundación, aplicando en tal caso el criterio del artículo 10.3 LTRHA (Directrices primera y segunda de la Instrucción de 14 de febrero de 2019, pp. 16 a 20).

<sup>35</sup> Según ANDREU MARTÍNEZ, para los nacidos con anterioridad a tal fecha la situación no es tan clara, considerando que “podrían aplicarse los criterios que “en la práctica” se venían utilizando para dicha inscripción y que habían sido recogidos en la Instrucción de 14 de febrero. De hecho... (), el apartado 1 de la Instrucción de 18 de febrero deja sin efecto la previa de 14 de febrero, para “los niños que hayan nacido mediante este procedimiento con posterioridad a la fecha de la publicación en el «Boletín Oficial del Estado» de la presente Instrucción”, por lo que habrá que entender que aquella se podría aplicar a los ya nacidos anteriormente. La redacción utilizada es imprecisa y reiterativa (se dice que “queda sin efecto”, “a todos los efectos, incluso derogatorios”) y parece claro

posteriores a su entrada en vigor, salvo que se apoyen en sentencia firme dotada de exequatur u objeto de control incidental conforme a la IDGRN DE 2010 y c) Establece la posible obtención del pasaporte y permiso de los menores para viajar a España a fin de iniciar procedimiento de inscripción de filiación.

En definitiva, no solo existe una contradicción entre las posiciones del TS y la DGRN, sino que la propia DGRN entra en contradicción consigo misma, fruto evidente de un claro desacuerdo con el Gobierno de España que se puso de manifiesto de forma clara en un comunicado del Ministerio de Asuntos Exteriores, Unión Europea y Cooperación español, emitido desde el Servicio de Prensa de la Moncloa el día 17 de febrero, previo a la Instrucción que acabamos de mencionar<sup>36</sup>.

Por lo que se refiere a la postura mantenida por el Tribunal Supremo, debemos volver sobre la *STS de 6 de febrero de 2014*, en la que no se reconoce la eficacia de la decisión adoptada en California y desestima la inscripción de los nacimientos producidos allí mediante GS en el que los comitentes eran una pareja de varones, por vulnerar el Orden Público internacional dado que considera que el contrato de Gestación por sustitución se encuentra prohibido expresamente en el artículo 10 de la LTRHA de 2006. Tal vulneración se produce además porque se mercantiliza la gestación y se produce una cosificación de la mujer gestante y del hijo nacido como consecuencia de este. Las normas contenidas en el artículo 10 LTRHA, señala el TS, integran también el OP internacional español en lo que respecta a la filiación que en ella se determina<sup>37</sup>.

---

*que se quiere resaltar en ese apartado primero la pérdida de eficacia de la Instrucción de 14 de febrero, pero se establece la irretroactividad de la Instrucción de 18 de febrero” (ANDREÚ MARTÍNEZ, Belén., “Una nueva vuelta de tuerca en la inscripción de menores nacidos mediante Gestación Subrogada en el extranjero: La Instrucción de la DGRN de 18 de febrero de 2019”. *Actualidad Jurídica Iberoamericana* n° 10 bis. Junio 2019, pp.78-79). <http://www.revista-aji.com/wp-content/uploads/2019/06/64-85.pdf>*

<sup>36</sup> En dicho comunicado, el Ministerio: “( ) recuerda que los cónsules y encargados de los Asuntos Consulares están sujetos, como responsables de los Registros Civiles Consulares, al contenido de las Instrucciones de dicha Dirección General, a la normativa sobre Registro Civil y a la Ley 14/2006 de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, sin dejar de dar solución a las situaciones de hecho que se hayan creado, atendiendo al interés superior del menor.

*En el caso concreto de Ucrania, la Embajada de España en Kiev está realizando gestiones con las autoridades ucranianas para estudiar las alternativas existentes, y atenderá de manera individualizada a las familias españolas que se encuentran en el país para informarles sobre la legislación vigente y las posibilidades legales y para ayudarles a buscar la mejor solución posible en estrecho contacto con el Ministerio de Justicia.*

En todo caso, el Gobierno tiene la obligación de preservar y proteger los derechos de las madres biológicas involucradas en este proceso, independientemente de su nacionalidad, así como de proteger el interés superior del menor.

*A la vista de esta situación, el Ministerio de Asuntos Exteriores, Unión Europea y Cooperación sigue desaconsejando el inicio de cualquier proceso de gestación subrogada, recomendación que este Ministerio lleva haciendo desde hace años* <http://www.lamoncloa.gob.es/serviciosdeprensa/notasprensa/exteriores/Paginas/2019/170219gestacion-subrogada.aspx> (Fecha de consulta: 28.4.2019).

<sup>37</sup> Tres meses después de que el TS español se pronunciara anulando la inscripción registral de la filiación de los menores nacidos en California, el TEDH (scc. 5ª) se pronuncia directamente sobre dos supuestos similares al resuelto por el TS, en las *Sentencias Menneson y Labassee contra Francia de 26 de junio 2014* (JUR\2014\176908 y JUR\2014\176905 respectivamente). El TEDH condena a Francia por vulneración del artículo 8 del CEDH, por violación del derecho a la vida privada y familiar de los menores, nacidos en California y Minnesota respectivamente. Tal condena se produce por considerar que el Estado francés había negado la inscripción de

los menores como hijos de las correspondientes parejas subrogantes, como consecuencia de la prohibición en el ordenamiento francés del contrato de Gestación subrogada, con la ausencia absoluta de efectos incluso respecto del progenitor que hubiera, en su caso, aportado su propio material genético.

Inmediatamente después del pronunciamiento del TEDH en ambas sentencias, consideradas aparentemente contradictorias con el pronunciamiento del TS español, se interpone en representación de los progenitores subrogantes españoles, incidente de nulidad contra la STS de 6 de febrero de 2014 por considerarla contraria a la doctrina que se desprende de las decisiones de Estrasburgo. El resultado, el *Auto del TS de 2 febrero 2015 (RJ 2015/141)* que desestima la pretensión de nulidad, considerando que frente a los casos resueltos por el TEDH, en los que el interés superior del menor quedaba efectivamente desprotegido al no permitir por vía alguna la determinación de la paternidad, ni siquiera al comitente aportante del esperma, no ocurría lo mismo en el caso español al respaldo de la legislación española protectora de los intereses de los menores por otras vías a los que los comitentes podían acudir para determinar la paternidad. El TS entiende por tanto que no existe en nuestro caso la pretendida vulneración del artículo 8 del Convenio (aludiendo con ello a la posibilidad prevista en el artículo 10.3 LTRHA que lo permite, así como a la recomendación realizada por el TS al Ministerio Fiscal de adoptar las medidas necesarias para determinar la paternidad).

Posteriormente se volvió a pronunciar el TEDH en los casos *Foulon y Bouvet vs Francia* de 21 de julio de 2016 (TEDH 2016/61) y *Laboie vs Francia* de 19 de enero de 2017 (JUR/2017/14349). En ellos, el TEDH, vuelve a condenar a Francia por violación del artículo 8 del CEDH (vida familiar de los menores) ya que si bien tras las sentencias de 2014 se produce un cambio en la doctrina jurisprudencial francesa, permitiendo, en sendas sentencias de 3 de julio de 2015 la determinación de la filiación por reconocimiento o posesión de estado respecto del progenitor que aportó el material genético, sin embargo el Tribunal considera que la fórmula utilizada por el Gobierno francés que permite el recurso a tales vías, como hipotéticas, no resuelven ni extraen ninguna conclusión en cuanto a la admisibilidad o a la fundamentación de las demandas. Por ello el Tribunal, considerando las circunstancias del asunto, no observa ninguna razón para concluir algo diferente que en los asuntos *Mennesson y Labassee*. Así concluye en consecuencia que no ha habido violación del artículo 8 del Convenio respecto al derecho de los demandantes al respeto de su vida familiar, pero que sí ha habido violación de esta disposición con respecto al derecho de los demandantes segunda, cuarto y quinto respecto a su vida privada (los menores).

Obligado en este punto (por la trascendencia que creo tiene respecto de las soluciones adoptadas por el TS español) es referirnos igualmente a la posición mantenida por el TEDH en su primera respuesta a la *Consulta realizada por la Corte de Casación francesa, de 10 de abril de 2019*, en relación con la forma en que ha de procederse respecto de las inscripción en el registro de los niños nacidos como consecuencia de un proceso de Gestación subrogada practicado en el extranjero, en relación con la madre de intención (consulta derivada fundamentalmente del pronunciamiento del propio TEDH en los casos *Mennesson y Labassee* recién citados). En este sentido el TEDH siguiendo el criterio del respeto al “margen de apreciación de los Estados” resuelve indicando que “*Les Etats n'ont pas l'obligation de procéder à la transcription de l'acte de naissance d'un enfant né d'une GPA à l'étranger pour établir son lien de filiation avec la mère d'intention, l'adoption pouvant être une modalité de reconnaissance de ce lien* » por lo que se evidencia la no obligatoriedad de transcribir el acta de nacimiento del nacido tal y como se practicó en el lugar de nacimiento.

Si bien (creemos que ello es trascendente a los efectos que se dirán, al afectar al contenido de los dos pronunciamientos de la DGRN de febrero de 2019 y por tanto anteriores al posicionamiento de Estrasburgo), termina señalándose que : « *Il importe cependant que les modalités prévues par le droit interne garantissent l'effectivité et la célérité de leur mise en oeuvre, conformément à l'intérêt supérieur de l'enfant* » Ello pone de manifiesto que cualquier sistema de inscripción del nacido deberá garantizar, en atención al interés superior del menor, la efectividad y celeridad en la inscripción. Algo que por otro lado, no se predica desde luego en los procedimientos de adopción seguidos conforme a la vigente legislación española. (Vid. Avis consultatif P-16-2018-001-Pdf- CEDH 132 (2019) 10.04.2019)( [https://www.echr.coe.int/Documents/Press\\_Q\\_A\\_Advisory\\_opinion\\_ENG.PDF](https://www.echr.coe.int/Documents/Press_Q_A_Advisory_opinion_ENG.PDF); [https://hudoc.echr.coe.int/eng-press#{"itemid":\["003-6380685-8364782"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng-press#{)]

Analiza FARNÓS AMORÓS la más reciente jurisprudencia del TEDH en los casos *Valdis Fjölfnisdóttir y otros c. Islandia* (2021) y *A.M. c. Noruega* (2022) evidenciando que limitar el reconocimiento de efectos de estos acuerdos a los casos en que existen vínculos genéticos entre los nacidos y los progenitores comitentes, no

El TS vuelve a pronunciarse sobre el contrato de gestación subrogada celebrado en el extranjero, en su Sentencia de 31 de marzo de 2022. En ella es ponente el mismo magistrado que lo fue en la sentencia de 2014 y el pronunciamiento mantiene la fundamentación de dicha sentencia. Si bien conviene tener en cuenta que el supuesto era absolutamente diferente al que se planteara en ese momento. Las circunstancias de las que arrancan ambas sentencias eran totalmente diferentes, en cuanto a los sujetos implicados, al carácter de la fecundación (absolutamente heteróloga en este último caso) y al *petitum* de la reclamación inicial, aunque la fundamentación coincidiera.

Su punto de partida se encuentra en la demanda de maternidad por posesión de estado (ex art.131 CC) presentada por el padre de la mujer comitente que, en un proceso de fecundación totalmente heterólogo, contrató una gestación subrogada en Tabasco (México) de cuyo proceso nació un niño que fue trasladado a España como hijo de la comitente conforme a la legislación mexicana pero no conforme a la española.

Ha de tenerse en cuenta en cualquier caso, que pese a la fecha en la que resuelve nuestro TS, 2022, el proceso de Gestación subrogada llevado a cabo en México, y el nacimiento del niño en 2015, permiten afirmar que el proceso de determinación de la maternidad estaba sometido al CC del Estado de Tabasco de 9 de abril de 1997, anterior por tanto a la reforma que se produce en 2016 en la que se introduce una regulación mucho más rigurosa y protectora de derechos que la que fuera aplicable al nacimiento del menor, como se puede visualizar al leer el clausulado contractual<sup>38</sup>. El entonces aplicable

---

es coherente con el interés superior de los menores que resultan de los mismos, en especial cuando su adopción ya no es posible (FARNÓS AMORÓS, E; El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la relevancia del vínculo genético: una revisión de la jurisprudencia sobre gestación por sustitución transfronteriza – Esther Farnós Amorós – *Rev Bio y Der.* 2022; 56: 29-54 DOI 10.1344/rbd2022.56.40620

<sup>38</sup> Resulta relevante para el desarrollo posterior del trabajo que se presenta tener en cuenta el contenido del contrato suscrito entre la comitente española y la mujer gestante, celebrado en México y aportado por el propio demandante en su reclamación y que consta literalmente en la sentencia del TS a cuya lectura me remito. En él se evidencian en este caso, de forma clara, manifiestas vulneraciones de los derechos no solo del menor sino de la propia mujer gestante. Lo que nos permitirá analizarlo en consonancia con las propuestas Internacionales derivadas del Convenio de la Haya y los trabajos que se desempeñan en ella por el grupo de expertos desde 2016 así como en los Principios de Verona de 2021.

Sobre el particular y el contenido de esta sentencia vid MÚRTULA LAFUENTE, V. (2022), Los efectos del contrato de gestación por sustitución en el Derecho comparado y en las propuestas de regulación en España: en torno al consentimiento de la mujer gestante y su revocabilidad. *Cuadernos de Derecho Privado*, 2, pp. 137 y 138, Igualmente analiza la sentencia FARNÓS AMORÓS, “La STS, 1.ª (Pleno), de 31 de marzo de 2022, como ejemplo de la encrucijada actual”, *ADC*, tomo LXXV, 2022, fasc. III (julio-septiembre), pp. 1281-1281. La autora, en este caso abogaba por una solución más imaginativa que conduciría a la asunción de la tutela (que ya se estaba llevando a cabo de hecho) con posterior adopción del menor, solución que aun no respondiendo a lo establecido por la Opinión Consultiva del TEDH de 10 de abril de 2019, tampoco esta resultaría aplicable al caso, al no existir vínculo biológico alguno con el menor. Aunque ciertamente esta medida (como la de la adopción igualmente, apunto yo) dejaría al menor en una situación de mayor desprotección respecto de cualquier otro menor; Vid igualmente NAVARRO MICHEL M, La filiación derivada de gestación por sustitución: posesión de estado e interés del menor, orden público y derechos fundamentales. *Revista de Bioética y Derecho. Perspectivas bioéticas* *Rev Bio y Der.* 2022; 56 [www.bioeticayderecho.ub](http://www.bioeticayderecho.ub)



artículo 92 del Código Civil de Tabasco<sup>39</sup>, regulaba la gestación subrogada (aporte de óvulos de la gestante) y la gestación sustituta (aporte de óvulos de la madre comitente o de una tercera) siendo esta última la que según se indica se produjo y conforme a la cual se atribuía la maternidad presuntamente a la comitente. Ninguna regulación adicional existía de control al respecto<sup>40</sup>.

<sup>39</sup> El artículo 92 del Código Civil del Estado de Tabasco, hasta 2016, regulaba mínimamente la gestación subrogada, siendo posible (como ahora) una gestación subrogada tradicional —con aporte de material genético de la gestante y obligación de adopción plena por parte de los comitentes, o una gestación sustituta— en que la gestante no aportaba su material genético, pudiendo ser de la mujer comitente o de donante —en cuyo caso lo que se establecía es la presunción de maternidad de la contratante dado su consentimiento.

Como ha señalado Fernando SOSA PASTRANA, al analizar la actual regulación de la Gestación subrogada, concebida originalmente como alternativa a las parejas que no pudieran procrear por la vía tradicional, la falta de regulación específica dejaba el contrato suficientemente abierto como para que cualquier persona lo celebrara. Esto cambió de manera clara en la década de 2010, al restringir la India y Tailandia las posibilidades de acceso a la Gestación subrogada a los extranjeros y las parejas del mismo sexo, por lo que se comenzó a viajar a Tabasco masivamente para la realización de estos procedimientos. Es por ello por lo que la legislatura tabasqueña modificó la legislación en 2016 para desincentivar el turismo reproductivo (SOSA PASTRANA, F., *La Gestación por subrogación en México* en ESPEJO YAKSIC, N; FENTON-GLYNN C; LATHROP GÓMEZ, F y SCHERPE, Jens M. *La Gestación por subrogación en América Latina*. Suprema Corte de Justicia de la Nación-Centro de Estudios Constitucionales- SCJN- CFL Cambridge Family Law. Mexico 2022; pp. 252-253).

El Código Civil para el Estado de Tabasco (Periódico oficial del Estado de Tabasco de 9 abril de 1997) cuya última reforma se produce mediante Decreto 286 de fecha 22 de febrero de 2021, publicado en el Periódico Oficial del Estado número 8189 Septo “C” de fecha 27 de febrero de 2021, mediante el cual se reforma el artículo 54, fracción II, y se adiciona al artículo 48, un segundo párrafo, actualmente regula la GS en los artículos 380 bis a 380 bis 7. Adicionada P.O. 7654 de fecha 13-enero-2016 que dan un contenido más amplio y protector de los derechos de la mujer gestante. <https://congresotabasco.gob.mx/wp/wp-content/uploads/2019/11/Codigo-Civil-para-el-Estado-de-Tabasco-1.pdf>

Al respecto vid SOSA PASTRANA, F, *La Gestación por subrogación en México*, En ESPEJO YAKSIC, N; FENTON-GLYNN C; LATHROP GÓMEZ, F y SCHERPE, Jens M. *La Gestación por subrogación en América Latina*. Suprema Corte de Justicia de la Nación-Centro de Estudios Constitucionales- SCJN- CFL Cambridge Family Law. Mexico 2022, pp. 247-276.

<sup>40</sup> Los HECHOS de los que trae causa la STS citada son los siguientes: El padre de una mujer que había recurrido a un proceso de Gestación subrogada en Tabasco (México) presentó demanda de declaración de paternidad contra su hija por posesión de estado, como parte interesada conforme al artículo 131 CC. La comitente celebró un contrato por el que se subrogaba la gestación absolutamente heteróloga respecto de ella en su favor, conforme a la normativa permisiva aplicable en el estado de Tabasco. La comitente se había trasladado a España con el menor sin que constara oficialmente la maternidad del niño, pero conviviendo con ella durante dos años, anteriores a la interposición de la demanda por el “abuelo” y ejerciendo de facto de modo real y efectivo como madre del menor.

El JPI de Madrid dictó sentencia el 19 de febrero de 2019, desestimando la demanda si bien señaló que la comitente podría instar ante la Dirección general de la familia y el menor de la comunidad de Madrid la tramitación de la guarda y acogimiento familiar previo a la adopción del menor y declarada la adopción proceder a su inscripción en el Registro. Recurrida dicha sentencia, la AP de Madrid, en sentencia de 1 de diciembre de 2020 (rollo 1274/2019) estimó el recurso interpuesto reconociendo la maternidad de la comitente por posesión de estado conforme a lo dispuesto en el artículo 131 CC. El Ministerio Fiscal interpuso el recurso de casación contra la citada sentencia apoyado en la infracción del citado precepto en relación con el artículo 10 de la LTRHA al haberse estimado en apelación la maternidad respecto de una persona que ni es madre biológica ni hizo aporte de material genético propio.

El TS invoca de nuevo el artículo 10 LTRHA como argumento de peso para su decisión y por tanto la nulidad del contrato, acompañado de un recorrido milimétrico por el contenido del contrato celebrado entre las partes y así evidenciar que se produjo una vulneración de los derechos de la mujer gestante y del menor, convirtiéndolos a ambos en mercancía objeto de comercio. Pero curiosamente convierte, creo, la norma contenida en dicho precepto en papel mojado, porque al final termina atribuyendo la posibilidad de determinar la maternidad a través del proceso de adopción.

Se evidencia, además, desde mi punto de vista, que, cuanto más se manifiesta el desacuerdo con los procesos de gestación subrogada por parte de los tribunales, más se yerra en la decisión que se adopta y ello está creando un entramado de respuestas que en poco contribuyen a dar claridad al tema e igualdad de trato a los menores nacidos de tal práctica (que considero el interés más digno de protección, por encima de cualquier otro, una vez que se ha producido un nacimiento)<sup>41</sup>.

Cuando el TS, en esta última decisión, rechaza la existencia de posesión de estado por parte de la mujer comitente y la aplicación de esta doctrina al supuesto de la gestación subrogada <sup>42</sup>, se llega al absurdo de abrir la vía de la adopción por parte de la comitente,

<sup>41</sup> Debemos seguir insistiendo en el hecho de que, una vez que ha nacido un niño fruto de un proceso de Gestación subrogada, en el que, como en el caso que nos ocupa se evidencia que los derechos de la gestante además, han sido vulnerados –en tanto en cuanto celebró un contrato cuyo contenido y clausulado evidenciaban, desde la óptica del legislador español, una vulneración de sus derechos– de nada sirve invocar las consecuencias que derivan del art.10 –porque de facto ni se aplica realmente dicho precepto, ni los derechos de la que fuera gestante quedan protegidos a posteriori con tal solución salomónica, ni lo que es peor, se protege el interés superior del menor.

Creo sinceramente que la doctrina, correcta a mi entender, emanada del TEDH a partir de las *Sentencias Menneson y Labassee contra Francia de 26 de junio 2014* (JUR\2014\176908 y JUR\2014\176905 y en su primera respuesta a la *Consulta realizada por la Corte de Casación francesa, de 10 de abril de 2019* emitida por el propio Tribunal interpretando la forma en que ha de procederse para proteger los intereses de los nacidos fruto de un proceso de GS, obligan al estado español a pronunciarse en el sentido que lo hace el TS en su sentencia de 2022, lo que no le vinculó de la misma forma en 2014 ni en el Auto de 2015. En esencia, por dos motivos esenciales: primero porque cuando en 2015 el TS considera válida su respuesta en la sentencia de 2014, pese al pronunciamiento del TEDH, aun no se había pronunciado de nuevo el TEDH aclarando que la medida que adoptaran los estados debería tener la rapidez y eficacia necesaria para no suponer un perjuicio al interés superior de los nacidos, lo que podría bien producirse a través de la adopción. En segundo lugar y más importante, porque el TS español en 2022 da un paso más, forzado, creo, por el mandato del TEDH, al reconocer como vía válida la adopción cuando la fecundación había sido totalmente heteróloga y como comitentes tan solo figuraba la mujer a cuyo favor se solicita la maternidad por posesión de estado, supuesto no contemplado en la posición del TEDH.

<sup>42</sup> Posición con la que coincidimos en tanto en cuanto ya manifestamos en su momento el desatino del TS al aplicar una norma –la del 131 CC– a supuestos nunca pensados para ella como fueron precisamente los planteados en las sentencias de diciembre de 2013 y enero de 2014 en sendos supuestos de determinación de la doble maternidad matrimonial y no matrimonial de la pareja/cónyuge de la mujer gestante en supuestos en los que no se cumplían los requisitos exigidos por el artículo 7.3 LTRHA. Posteriormente se invocaría su aplicación en los casos de gestación subrogada en la denominada jurisprudencia menor para determinar la maternidad/paternidad del cónyuge o pareja de hecho de quien hizo aporte de su material genético y sortear así el recurso al proceso de adopción. Vid al respecto los atinados argumentos de NAVARRO MICHEL M, La filiación derivada de gestación por sustitución: posesión de estado e interés del menor, orden público y derechos fundamentales. Revista de Bioética y Derecho. Perspectivas bioéticas Rev Bio y Der. 2022; 56 [www.](http://www.)

en beneficio del menor, precisamente tomando en consideración esa convivencia con el mismo que se había mantenido desde su nacimiento en México y posteriormente con su traslado a España (esto es, en consideración al interés superior del menor y, no nos olvidemos, a las exigencias derivadas de la posición mantenida al respeto por el TEDH sobre la materia). Por otro lado, se opta por ofrecer como opción la adopción por quien, por un lado, técnicamente no cumplía los requisitos legales para ello por razón de edad y por otro, no los cumpliría tampoco posiblemente si nos atenemos al propio relato de hechos al haber participado en un proceso contractual que, según el propio TS, vulneraba flagrantemente los derechos de la mujer gestante<sup>43</sup>. Pero, además, se da paso a la adopción para quien no se encuentra tampoco en las circunstancias previstas ex. artículo 10.3 LTRHA. A saber, ni aportó material genético, ni es pareja o cónyuge de la persona que lo hizo, que es el recurso que se está admitiendo para permitir la doble paternidad de quienes conjuntamente recurrieron al proceso de gestación. Se llegó en esta sentencia ejemplarizante a admitir que se debe respetar, como no podría ser de otra forma, los dictados del TEDH en la exigencia de la necesaria protección del menor nacido<sup>44</sup>.

Creo que con ello se vulneran, la norma del artículo 10.3 LTRHA, la prevista en el artículo 175.1 CC y previsiblemente del 172.2 en relación con las medidas de protección que han de adoptarse en situación de desamparo o riesgo de un menor<sup>45</sup>. Además, el hecho

---

bioeticayderecho.ub., pg. 11 y 12. La autora deja claro algo que es evidente, que la posesión de estado no constituye una forma de determinación de la filiación, es una situación de hecho o apariencia de una relación familiar, constante y pública, es un medio de acreditación subsidiaria que sirve para demostrar la filiación ya determinada y se aporta para demostrarla en el proceso judicial. Y precisamente en relación con la sentencia que comentamos, se señala que en el proceso judicial no podría quedar determinada la filiación por posesión de estado si queda demostrado (como es el caso) que la realidad biológica es otra. En este sentido coincidimos y así lo hace la mayoría de la doctrina, en que el TS hace una aplicación correcta del concepto de posesión de estado.

Dicho lo anterior, sin embargo, no podemos olvidar que fue el propio Tribunal Supremo el que abrió la vía para ello. No puede ahora quejarse de sus propios actos. Ciertamente esta vía se abrió, como destaca la propia NAVARRO MICHEL, para supuestos de determinación de una doble maternidad y no en un proceso de gestación subrogada, como medida de reforzar el consentimiento prestado por la mujer no gestante, para el uso de las técnicas de reproducción asistida. Lo cierto, sin embargo, es que, en ambos casos, se partía de una valoración “contra legem” en la que, según se acaba de indicar, se partía del conocimiento de que la realidad biológica era otra diferente.

<sup>43</sup> Lo que técnicamente podría haber sido considerado en un proceso de adopción ordinario a la declaración de “no idoneidad” de la adoptante. Se justifica sin embargo esta idoneidad a través de otro tipo de pruebas como la existencia de un trabajo estable por parte de la comitente y la posibilidad de satisfacer las necesidades educativas y de atención del menor. Quienes avalan esta decisión desde la doctrina precisamente se acogen entre otras cuestiones, al hecho de que la adopción es la opción señalada por el TEDH en su dictamen de 10 de abril de 2019 (En tal sentido NAVARRO MICHEL, ob.cit pg.25).

<sup>44</sup> Analiza el contenido de esta sentencia Ángeles Lara Aguado (CCJC 120/2022. Ed. civitas 2022) (consulta online). Para la autora, el TS en esta sentencia “debe tolerar la producción en la admisión en el foro de ciertos efectos en los contratos celebrados en el extranjero para salvaguardar el interés superior del menor”, <https://insignis.aranzadigital.es/maf/app/document?psguid=&docguid=I712ce970598311ed8e789c084a7e151e#>.

<sup>45</sup> LARA AGUADO considera sin embargo que “con independencia del escaso juego que ha atribuido el Tribunal Supremo a la vía de la posesión de estado, la adopción del menor por parte de la comitente no debe considerarse una opción descartable, habida cuenta de que permitiría controlar la idoneidad de la madre de intención

de tomar en consideración la esencia que justifica la nulidad contractual (la vulneración de los derechos de la mujer gestante), la sanción no hace recuperar esos derechos perdidos o claramente vulnerados de la gestante, ni por otro lado le otorga al recién nacido una protección igualitaria a la del resto de los menores.

El TS en esta última sentencia no entra en el contenido mismo del contrato, en su clausulado, para rechazar la validez del mismo: el contrato es nulo por ilicitud del objeto y la causa (insisto, por establecerse así “ex lege” aunque se justifique tal forma de legislar por tales argumentos) y por ello no habría sido necesario ni siquiera entrar en el debate sobre el contenido, alcance y esencia del contrato celebrado entre las partes<sup>46</sup>, porque se arranca de la nulidad de cualquier contrato en que el objeto sea (según entendamos esa esencia) la gestación de un niño con renuncia de la filiación materna a favor del contratante o de un tercero, en tanto en cuanto la maternidad viene determinada por el parto, no por el material genético que se utilice. Obviamente el punto de partida del que arranca el Alto Tribunal es claro: El contrato es nulo “ab initio”, por su propio objeto y causa: la entrega de un menor de manos de la mujer gestante que da a luz al mismo, aunque se habla de “contrato por el que se convenga la gestación...”. La esencia para legislador y autoridad judicial son ambas cosas: la convención sobre el proceso de gestación de la mujer (lo que determinaría la mercantilización de su cuerpo sobre el que imperativamente se impone que la mujer no puede decidir, aunque si lo pueda hacer para decidir sobre la posibilidad de abortar o la decisión de dar en adopción a su hijo) y la convención sobre la entrega del nacido fruto del proceso cuando, siendo la madre del mismo (la filiación se determina por el parto), hace entrega de este a los comitentes (lo que conduce a la mercantilización del nacido por entender que se produce una venta o donación del propio hijo, con independencia de que en absoluto el material genético pertenezca a la mujer gestante, en tanto en cuanto es el parto, como se indica, el que determina la maternidad). Prima la relación biológica y el parto sobre la genética, que por otro lado en el caso tampoco existía con la comitente.

La insuficiencia e insatisfacción que deriva de la jurisprudencia indicada nos lleva a seguir insistiendo en la necesidad de una regulación más completa y adecuada de la Ges-

---

para seguir haciéndose cargo del niño y apreciar así la satisfacción del interés superior del menor, completándose así todas las piezas del puzzle y encajando el difícil equilibrio del respeto a todos los derechos e intereses en juego”. Si bien la autora argumenta en contra de la aplicación de la posesión de estado en este caso aun concurriendo los criterios para su existencia, no son estos los argumentos que esgrime el TS para descartarla invocándose precisamente el mayor control que supone recurrir a la adopción (que por otro lado está prevista para los casos de la mujer comitente (referida obviamente al cónyuge comitente no aportante del material genético cuando se ha determinado previamente la paternidad biológica respecto del otro por lo que lo que se hace es recurrir a la adopción del hijo de su cónyuge que por otro lado no requiere declaración de idoneidad legalmente). El argumento de la autora (que no del TS) es que lo que da origen a la posesión de estado es un acto nulo y contrario a nuestro orden público, por lo que no se atribuyen efectos a una posesión de estado que cristaliza a través de un acto nulo de pleno derecho. Ob.cit. CCJC 210/2022. Vid sobre el tema igualmente QUICIOS MOLINA, S., “Doble maternidad y acciones de filiación: conceptos de voluntad de ser madres, posesión de estado e interés superior del menor. Comentario a la STS, de 27 de enero de 2022 (RJ 2022, 576) BIB 2022\3358(CCJC 210/2022).

<sup>46</sup> Aunque resulta obvio que la decisión tiene en cuenta de forma muy decisiva dicho contenido, que de haber sido otro más protector y respetuoso con los derechos del menor y la gestante habría, creo, influido también de alguna forma en la decisión final adoptada por el TS.

tación subrogada, que tome en consideración precisamente esos intereses en juego a los que se hace referencia al principio del trabajo y con ello a buscar y delimitar los criterios que habrían de regir un adecuado acuerdo de voluntades entre la persona gestante y los progenitores de intención<sup>47</sup>.

## 2. Un segundo escalón: Un contrato válido ante un posible consentimiento inválido. Capacidad de la persona gestante para consentir. Derecho de arrepentimiento o irrevocabilidad del consentimiento

Si dando un paso más partimos de que el negocio por el que se convenga la gestación subrogada no tiene que ser nulo “per se”, sino en tanto en cuanto los condicionantes a los que se sometan las partes puedan determinar el claro perjuicio a los derechos de la gestante

---

<sup>47</sup> El paradigma regulatorio comercializado de la Gestación subrogada lo constituye, sin duda, la legislación de California sobre la materia (arts.7960 a 7962 Código de Familia de California, *(el art. 7960 fue modificado por Stats. 2019, Ch. 115, Sec. 107. (AB 1817) Efectivo el 1 de enero de 2020; 7961 fue modificado por Stats. 2015, Ch. 91, Sec. 4. (AB 1049) Efectivo el 1 de enero de 2016 y 7962 por Stats. 2019, Ch. 115, Sec. 108. (AB 1817) Efectivo el 1 de enero de 2020)*. <https://law.justia.com/codes/california/2022/code-fam/division-12/part-7/section-7962/> (consulta 7.3.2023). Las versiones vigentes del Código de Familia señalado, en la época de la que datan los hechos que dan lugar a la STS español de 2014 que venimos comentando no se regulaba la posibilidad prevista en el actual artículo 7962 de pronunciamiento judicial que se acoge desde 2013 (*Modificado el primer precepto por Stats. 2012, Ch. 466, Sec. 2. Efectivo el 1 de enero de 2013; el segundo agregado por Stats. 2010, Ch. 138, Sec. 1. A partir del 1 de enero de 2011 y el tercero por Stats. 2012, Ch. 466, Sec. 3. A partir del 1 de enero de 2013*). Es en 2013 por tanto cuando se establece e introduce un procedimiento judicial que no estaba previsto en la época en la que se producen los hechos que determinan el nacimiento de los menores que llega al pronunciamiento del TS en 2014.

California es uno de los lugares de mayor turismo internacional en materia de Gestación subrogada por lo que no puede omitirse alguna referencia necesaria al contenido de su regulación. Con independencia de que pueda resultar absolutamente contrario a los postulados que se predicen de la maternidad, gestación y filiación dentro de los ordenamientos de nuestro entorno, lo cierto es que el Código Civil de California establece una regulación absolutamente permisiva y contractualizada de la gestación subrogada, permitiendo no sólo los supuestos de gestación altruista sino también los comerciales.

Para UBEDA DE TORRES, la regulación californiana da respuesta, tanto desde la perspectiva de la mujer gestante, los menores nacidos y los padres de intención, a los intereses de todos estableciendo una apuesta clara por garantizar la seguridad jurídica de la filiación del menor y reconocer la parentalidad sobre la base de la intención de concebir, sin que la relación genética u otros factores que pudieran alterar dicho reconocimiento tengan mucha cabida en la regulación existente. Hay además una atención particular prestada a la relación contractual a través de toda una serie de garantías procesales, guardando silencio acerca de la posible compensación económica que pueda pagarse al realizar el acuerdo o de otros aspectos sustantivos, como el interés superior del menor. Lo cierto es que, desde la perspectiva de los comitentes que acuden desde países que prohíben, declaran nulo o simplemente no regulan el tema, se crea un conflicto que traslada a estos ordenamientos el problema, aun sin resolver de manera convincente y garantista, de determinación de la filiación de los nacidos, así como de vulneración del orden público en algunos casos como el español. Vid UBEDA DE TORRES, Amaya (Letrada del Comité Europeo de Derechos Sociales), Un análisis de la legislación de California sobre la Gestación por sustitución, RGDC nº 31 (2020).

Resulta interesante al respecto la propuesta realizada por CABEZUDO BAJO, que propone y desarrolla un “modelo teórico de *Surrogacy* jurídicamente seguro” que tiene como referencia los modelos de subrogación previstos por la Legislación de California y Nevada. CABEZUDO BAJO, M.J (2021)., Desarrollo de un modelo de Gestación por sustitución o Surrogacy en el marco de la jurisdicción. COMARES (Granada).

y del niño por nacer, en tanto en cuanto no se considere ni prohibido ni nulo como por el contrario ocurre en el caso español, cabría igualmente llegar a cuestionarse la validez del contrato por ausencia del consentimiento válidamente prestado por las partes y en concreto por el de la gestante, así como el alcance y valor que a tales efectos puede tener.

En este momento nos centramos ya, en esencia, no tanto en el objeto o la causa del contrato, sino en el valor y alcance del consentimiento como elemento esencial de cualquier relación contractual. Sin embargo, la exigencia de un tipo, forma o condicionante determinado al consentimiento, partiendo de un negocio válido “per se” permitiría cribar en el caso concreto la situación concreta de la gestante y las circunstancias en las que consiente.

Se trata en este momento de dar respuesta a los límites que pudiera tener la autonomía de la voluntad de la gestante para consentir la gestación por otros y si, objetivamente podemos hablar de la existencia de una capacidad para consentir que venga moldeada en su caso por la posible existencia de elementos sociales o circunstanciales que pueden concurrir al consentir y si, en su caso, es válido el consentimiento prestado de forma irrevocable, si cabe, en definitiva, el derecho de arrepentimiento y en su caso con qué consecuencias, si es que las tiene que tener.

Es precisamente en esta línea en la que nos movemos en este trabajo, donde la clave y razón de ser de los “tres escalones” de los que hablamos se encuentra en la idea de que, como señala ATIENZA, al que nuevamente recurrimos<sup>48</sup>, “per se” el negocio no tiene que atentar a derechos de la mujer o del menor si se cumplen unas condiciones y se dan unas circunstancias determinadas que sólo van a ser posibles si permitimos llegar a una regulación que controle esos elementos y circunstancias que puedan provocar la nulidad

---

<sup>48</sup> Para el autor la gestación subrogada no va contra la dignidad de la mujer gestante para lo que considera necesario tener en cuenta tres aspectos diferentes: en primer lugar que tal principio, interpretado en el sentido kantiano no prohíbe tratar al ser humano como instrumento, sino tratarle exclusivamente de esa manera; el segundo aspecto es que el principio de dignidad humana, señala, no coincide con el de autonomía, entendido en el sentido liberal clásico por lo que para respetar la dignidad de la mujer no basta con asegurar que ha consentido plenamente todas las condiciones establecidas contractualmente sino que se necesita también que esas condiciones no supongan en sí mismas un trato indigno y eso es algo que puede suceder, pero que no tiene por qué suceder y de ahí la importancia de regular cuidadosamente esta práctica; finalmente entiende que las exigencias de la dignidad humana no pueden ser completamente satisfechas por el Derecho (ATIENZA, M.; Sobre la gestación por sustitución. Otra vuelta de tuerca - Manuel Atienza Rev Bio y Der. 2022; 56: 107-124 DOI 10.1344/rbd2022.56.40721, pp. 119-120).

Cierto que, como apunta FARNÓS AMORÓS, el tema de la libertad de la mujer para gestar por otros no es un tema pacífico que incluso ha creado una división dentro del feminismo, al entender tan atendible el derecho de la mujer a disponer de su propio cuerpo como quienes mantienen lo contrario. La autora mantiene igualmente que la Gestación subrogada “per se” no trata a las mujeres gestantes como objeto, como por otro lado mantiene nuestro TS. La autonomía, señala Farnós, encuentra su expresión más común en el consentimiento informado, que se cuestiona sin embargo en los casos en los que la mujer se presta a gestar por otros o decide abortar. Por ello la esencia y condición previa para toda regulación sobre la materia será que las partes hayan contado con una información y asesoramiento completo que permita valorar el alcance del procedimiento desde todos los puntos de vista (FARNÓS AMORÓS, E. (2020) “Entre prohibir y permitir...” ob.cit, pp. 105-106).

del contrato. Lo que es diferente totalmente que partir de una nulidad ab initio, que presume ese trato indigno y no permite, sin justificación clara y evidente, la entrada de la autonomía de la voluntad de la mujer o persona gestante tratando a la mujer como incapaz de resolver dentro de esos márgenes sobre su propia identidad a disponer de su propio cuerpo que es lo que, entiendo, podría estar vulnerando realmente su dignidad y sus derechos fundamentales<sup>49</sup>.

Conforme a lo indicado creo que resulta esencial en este momento traer a colación la posición que mantiene de manera magistral ÁLVAREZ MEDINA sobre la autonomía de las personas, la capacidad de autonomía analizada en conjunción con otros valores, como una capacidad relacional que exige una valoración subjetiva del contexto en el que se ha de consentir y que rodea a la persona para hacerlo<sup>50</sup>. Obviamente, apunto yo personalmente,

---

<sup>49</sup> Lo que en parte diferencia ostensiblemente la figura respecto de los procesos de adopción. La vinculación y compromiso temporal, antes de que se produzca el nacimiento y la gestación, respecto de una serie de conductas o compromisos, hasta después del nacimiento del niño, pueden hacer tambalear la estabilidad de los derechos de la gestante con prioritaria protección mientras no se ha producido el nacimiento. Esto, desde mis primeros acercamientos a la figura constituye uno de los elementos de mayor resistencia y antagonismo con la gestación subrogada, con cuya necesaria regulación y reconocimiento estoy, sin embargo, de acuerdo.

Es evidente, como primera reflexión, que con un sistema de regulación que “se para” en el primer escalón del que hablamos aquí, ni resuelve los problemas de la gestación subrogada transnacional, ni permite proteger a las mujeres gestantes con las que se celebran tales contratos ni tampoco permite, desde mi punto de vista afirmar con la rotundidad que se hace al declarar nulo el contrato, que se estén vulnerando los derechos de las mujeres gestantes y que se esté mercantilizando su cuerpo. No es así en todos los casos y lo sería menos si tiene una regulación lo suficientemente protectora y desarrollada como para paliar algunos de los problemas que precisamente puedan conducir a la desprotección de la parte más débil. Sólo con una legislación que de paso a los siguientes “escalones” nos podremos permitir descubrir y evitar esas vulneraciones al establecer los márgenes del consentimiento que haya de prestarse o los del clausulado de los acuerdos que se vayan a adoptar. Estos últimos escalones y sus contenidos y regulación son, estoy convencida, los que permiten determinar si se ha mercantilizado el cuerpo de la mujer o el del niño.

<sup>50</sup> ÁLVAREZ MEDINA, S. (2018), *La autonomía de las personas. Una capacidad relacional*. El Derecho y la Justicia. CEPC; ID (2020). Las piezas de la sexualidad. Género, consentimiento e intimidad. En *Mujeres y derechos. Una discusión jurídica sobre reproducción, sexualidad y género* (Pilar Benavente Moreda (Coord.). Cátedra de Estudios Iberoamericanos Jesús de Polanco. Marcial Pons, pp. 265-315.

Álvarez Medina estudia la capacidad de autonomía (2018) y analiza las condiciones del ejercicio de esta destacando en este punto las reflexiones realizadas en torno a la racionalidad e independencia como condiciones establecidas por la teoría liberal clásica para el ejercicio de la autonomía. Y así se afirma que decir que una persona es autónoma es decir que puede ordenar de cierto modo sus preferencias, lo que supone que lo hace precisamente atendiendo a las condiciones mencionadas (racionalidad e independencia). Aparte de tales condiciones, apunta, la decisión solo será autónoma en la medida que no niegue las condiciones para su ejercicio (por ejemplo, sometiéndose por entero a los designios de otro, perdiendo en tal momento su racionalidad e independencia para decisiones ulteriores. (pp.32-33). Me parece en todo caso relevante la disertación de la autora sobre el alcance de la decisión autónoma respecto de decisiones triviales o trascendentes como la de decidir precisamente en el ejercicio de la autonomía la facultad de futuro de perderla (pg.33).

Precisamente centrada en las que denomina “condiciones relevantes” dedica la segunda parte de su trabajo a este aspecto que considero importante abordar en relación con el caso concreto de la Gestación subrogada: la autonomía relacional (pg.42 ss) donde se analiza de manera, nuevamente magistral, el modo en que las opciones del sujeto se perfilan, se construyen y perciben, centrándose precisamente en el entorno contextual y de relaciones, que sirven de trasfondo para la construcción de las opciones que la persona tiene antes si (opciones relacionales): llega así al punto que nos interesa en relación con la gestación subrogada: el umbral de autonomía o cómo se configuran los límites entre los sujetos autónomos y no autónomos. Hablaríamos

este planteamiento nos lleva necesariamente a pensar que “per se” no existe una falta de capacidad de la mujer para consentir que determine una ausencia de consentimiento por vulneración de sus derechos fundamentales. La nulidad *ab initio* es una cuestión de política legislativa, creo<sup>51</sup>, que no toma en cuenta esa capacidad de autonomía “relacional”.

Este planteamiento que considera que la Gestación subrogada supone en todo caso una explotación de la mujer y un atentado a su dignidad, es cuestionado por sectores relevantes que, en buena lógica, quizás más protectora de la mujer y de su dignidad, consideran que no siempre ni en cualquier circunstancia se vulneran los derechos de la mujer y que este debate ha de centrarse más en el aspecto regulatorio de la práctica que en la práctica mismas, como venimos señalando<sup>52</sup>.

---

aquí del contexto relacional de las mujeres precisamente en el entorno de adoptar la decisión de gestar para otros y/ o someterse a determinadas condiciones que superen este umbral de autonomía del que habla Álvarez Medina. Analizada la autonomía relacional desde la perspectiva de género (en concreto el contexto de género) (pg.57 ss), existen desde las posturas feministas dos elementos que condicionan el entramado socio-cultural y por tanto las opciones que las mujeres tienen para sí: el patriarcado y los roles de género que se construyen en torno a la estructura patriarcal. Es esencial tomar en cuenta el estudio de Álvarez Medina cuando precisamente descende a analizar la autonomía reproductiva de la mujer (pg 100) donde especifica la necesidad de analizar las decisiones reproductivas en el contexto en el que son tomadas, es decir, tener en cuenta el entramado de relaciones y significados que intervienen en la construcción de las opciones reproductivas.

Ante lo señalado, personalmente considero que, por el hecho de que el contexto en la toma de decisión sea más complejo, no debería permitirse excluir de forma radical las opciones de prestar libremente el consentimiento.

<sup>51</sup> Resulta interesante analizar al respecto el trabajo presentado por MIGUEL PÉREZ-MONEO en la RGDC nº 31(2020) en el que se analiza la Gestación por sustitución en el debate político español. Se presentan aquí los diferentes posicionamientos existentes sobre la Gestación subrogada que se expusieron en una mesa redonda organizada en mayo de 2018, a la que acudieron cuatro de las formaciones políticas con representación en el Congreso de los Diputados, defendiendo tres posturas diferenciadas: la necesidad de regular la figura y, por lo tanto, la oportunidad de la propuesta legislativa; la imperatividad de prohibir la gestación por sustitución, por ser contraria a la dignidad de las mujeres; la importancia de que se inscriba la filiación de los menores nacidos por gestación por subrogación en el extranjero y que, sin embargo, puede verse en peligro de proseguir el debate parlamentario. Como se puede observar, a fecha de hoy, cuando cerramos este trabajo, el posicionamiento que prevalece es el segundo de los presentados y que, también a estas alturas, sigue sin dar respuesta adecuada para que se defiendan de manera adecuada los invocados derechos prevalentes de los menores y las personas gestantes. Una evidencia de lo que se indica como “foto instantánea” de este momento es el posicionamiento y debate abierto en las redes y los medios de comunicación como consecuencia de la reciente maternidad subrogada de la actriz y presentadora, Ana García Obregón el 20 de marzo del presente año en Florida, aderezado al mismo tiempo por el hecho de haberse utilizado para ello el esperma congelado de su hijo, fallecido hace tres años (<https://www.hola.com/actualidad/20230404344346/ana-obregon-presenta-ana-sandra-hija-aless-lequio/>) (5.4.2023).

<sup>52</sup> En tal sentido igualmente DE LORA DEL TORO, P., (2019) “Lo sexual es político y jurídico”, Alianza Editorial, pg 150-156. Para DE LORA, la autonomía procreativa de las mujeres que ampara su decisión soberana de interrumpir el embarazo una vez que el embrión está implantado, debería permitir igualmente su decisión de gestar para terceros, siempre que haya suficientes garantías de que su consentimiento a hacerlo ha sido genuinamente informado. El autor analiza con detalle y absoluta lógica expositiva las razones y justificaciones y contradicciones que están en la mesa del debate y en las que se entra por parte de los detractores de la Gestación subrogada ante argumentos permisivos de la doble maternidad como derecho frente a la posición de los comitentes en una gestación subrogada como mero deseo inoponible a la protección de la mujer gestante. Creo de gran interés analizar estos argumentos que en todo caso en este momento sin



Ciertamente, aunque comparta la afirmación anterior, ello no implica que, si existe una ausencia o imposibilidad de prestar el consentimiento válido, ello conduciría a la ineficacia contractual derivada del requisito de capacidad más que de la ausencia de objeto y causa ilícita de este, aunque directamente vinculado con ello. Si tal consentimiento vincula a la gestante desde el momento previo a la gestación y no como en el caso de la adopción, con posibilidad de arrepentimiento ello podría afectar directamente a la validez del contrato pudiendo influir, como de hecho lo hace en la validez de todo el acuerdo de voluntades<sup>53</sup>.

En este segundo escalón, en el que partiendo de un negocio válido “per se” éste podría invalidarse ante un consentimiento inválido, podríamos situar de manera ejemplificativa al Derecho Portugués en su regulación sobre la Gestación subrogada en la Ley de Procreación Médicamente Asistida de 2006. Ello es así tras el planteamiento seguido por el Tribunal Constitucional al declarar la inconstitucionalidad de, entre otros, el artículo 8. 7 y 8 de la ley portuguesa desde su reforma en 2016<sup>54</sup>, en *Sentencias 225/2018 (Diário da República, 1.ª série – N.º 87 – 7 de maio de 2018)*<sup>55</sup> y *nº465/2019, de 18 de setembro (Diário da República 1ª, serie Nº201, 10 outubro 2019)*<sup>56</sup> como consecuencia de las cuales se consideró inconstitucional no admitir la revocación del consentimiento de la gestante hasta la entrega del niño a los comitentes, por vulnerar el derecho al desarrollo de la personalidad de la mujer, en consonancia con el principio de dignidad humana y el derecho a constituir una familia como resultado de una restricción excesiva sobre ellos<sup>57</sup>.

embargo se alejan en parte de la argumentación que justifica traer a colación las reflexiones del profesor DE LORA.

<sup>53</sup> En este sentido MURTULA LA FUENTE que apunta que las propuestas que configuran el consentimiento de la gestante como irrevocable podrían ser contrarias a la dignidad y autonomía personal de la mujer que está dispuesta a gestar por otros, atendiendo a las recomendaciones y principios formulados desde distintos organismos internacionales (Múrtula Lafuente, V. (2022). Los efectos del contrato de gestación por sustitución en el Derecho comparado y en las propuestas de regulación en España: en torno al consentimiento de la mujer gestante y su revocabilidad. *Cuadernos de Derecho Privado*, 2, pp. 134-190.

<sup>54</sup> Decreto nº 27/XIII Regula o acesso à gestação de substituição, procedendo à terceira alteração à Lei n.º 32/2006, de 26 de julho (procriação medicamente assistida). (<https://app.parlamento.pt/webutils/docs/doc.pdf?path=6148523063446f764c324679626d56304c334e706447567a4c31684a53556c4d5a5763765247396a6457316c626e52766330466a64476c32615752685a47565159584a735957316c626e52686369396c4e5755785a474d344e6930784d444e6c4c54526d597a51744f574d334d5330334e6d466c4e32497a4d574a694f474d755a47396a&fich=e5e1dc86-103e-4fc4-9c71-76ae7b31bb8c.doc&Inline=true>

<sup>55</sup> STC portugués Sentencia 225/2018 del Tribunal Constitucional portugués (Diário da República n.º 87/2018, Série I de 2018-05-07. Disponible: <https://dre.pt/application/file/a/115227161>).

Sobre el contenido de la sentencia vid LAZCOZ MORATINOS, Guillermo. “Acerca de la constitucionalidad, o no, de la maternidad subrogada: Sentencia 225/2018 del Tribunal Constitucional portugués”. Dilemata, año 10 (2018), nº 28, 137-151. Igualmente GIMARAES, Raquel “As particularidades do regime do contrato de gestaÇao de substituaçao no direito portugues e o Acordao do Tribunal Constitucional Nº225/2018”. Revista de Bioética y Derecho. Perspectivas bioéticas. Nº 48, 2º semestre 2018.

<sup>56</sup> Disponible en <https://files.dre.pt/1s/2019/10/20100/0011700137.pdf> (15.2.2023).

<sup>57</sup> Para un completo análisis del proceso legal y político seguido en Portugal desde 2006 hasta la vigente legislación de Procreación médicamente asistida en la que se incorpora la gestación subrogada, de 2021, aún pendiente de desarrollo reglamentario vid. MARIA DO CÉU PATRÃO NEVES.; Legal initiative for Gestational Surrogacy in Portugal: an overview of the legal, regulatory, and ethical issues– Rev Bio y Der. 2022; 56: 55-74 DOI 10.1344/rbd2022.56.39614. Vid igualmente, desde una perspectiva crítica con la

Conforme al artículo 8.1 de Ley 32/2006 citada (conforme a la reforma producida por Ley 17/2016), la mujer gestante debía renunciar antes del nacimiento del menor, obligándose a entregarlo a los progenitores comitentes tras el parto<sup>58</sup>. Planteaba el TC el carácter ambiguo de la regulación del artículo 8.1 en su parte final en la medida en que de la redacción del resto del precepto en general podría deducirse que siempre la paternidad y las facultades vinculadas con el menor que iba a nacer corresponderían a los padres de intención, por lo que a nada se podía renunciar si se partía de que en ningún momento tenía la condición de progenitora y madre antes (N.8).

Es, precisamente esa “renuncia antes del nacimiento del menor”, entre otras cuestiones, la que motivó el recurso de inconstitucionalidad. Y en todo caso, para el TC portugués el contrato de Gestación subrogada sería un contrato válido (y así se argumenta manteniendo que la mujer gestante puede prestar válidamente el consentimiento y su objeto no implica la mercantilización ni del menor ni de la gestante) pero en el que el consentimiento prestado de forma irrevocable por la mujer gestante determinaría esa limitación en la formación de la voluntad que provoca la inconstitucionalidad de la norma por vulneración del principio de la dignidad humana.

Estos pronunciamientos provocaron el cambio legislativo de la materia a través de la Ley nº90/2021, de 16 de diciembre<sup>59</sup>, que altera el régimen aplicable a la gestación de sustitución, modificando la Ley nº 32/2006 reguladora de la Procreación médicamente asistida. El nuevo artículo 8.10) incluye el carácter revocable del consentimiento prestado por la gestante y la existencia de un plazo de 20 días posterior al parto para arrepentirse y

---

legislación portuguesa, tenido en cuenta la inseguridad jurídica creada tras los sucesivos pronunciamientos del TC, GÓMEZ FERNÁNDEZ, Itziar, “Incertidumbres y algunas certezas sobre la Gestación subrogada en Portugal: descripción normativa y respuestas jurisprudenciales”, *Revista General de Derecho Constitucional* 31 (2020). Para la autora, tras analizar las dos decisiones del TC Portugués (antes de la nueva regulación legal de 2021), los tres grandes problemas de la norma se llamaban consentimiento, contratación y anonimato, siendo abordado el tercero de los problemas por la Ley 48/2019, de 8 de julio, relativa al régimen de confidencialidad de las técnicas de reproducción asistida y los problemas del consentimiento y la contratación, pese a los intentos de una regulación adecuada a través de un nuevo proyecto de Ley – Decreto 383/XIII), han seguido pendientes de resolución al volverse a declarar la inconstitucionalidad de la norma con el nuevo pronunciamiento del TC, n. 465/2019 citado(ob.cit.p.30-31). Como mencionamos en el trabajo, se ha tenido que legislar nuevamente para dar respuesta a tales cuestiones, en la vigente Ley de 2021 a la que se alude más adelante.

<sup>58</sup> Al respecto establecía el artículo 8.1 en su redacción de 2016: “*Entende-se por «gestação de substituição» qualquer situação em que a mulher se disponha a suportar uma gravidez por conta de outrem e a entregar a criança após o parto, renunciando aos poderes e deveres próprios da maternidade*”.

<sup>59</sup> Ley n.º 90/2021, de 16 de diciembre, Altera o regime jurídico aplicável à gestação de substituição, alterando a Lei n.º 32/2006, de 26 de julho, que regula a procriação medicamente assistida *Publicação: Diário da República n.º 242/2021, Série I de 2021-12-16*, páginas 13 – 16. Emissor: Assembleia da República. Data de Publicação: 2021-12-16. Sobre la regulación de la Gestación subrogada en Portugal vid. Maria Patrão Neves (Grupo Europeo de Ética) “Legal initiative for Gestational Surrogacy in Portugal: an overview of the legal, regulatory, and ethical issues”. *Revista de Bioética y Derecho. Perspectivas bioéticas. Rev Bio y Der.* 2022; 56, “Gestación por sustitución, con ocasión de la nueva sentencia del TS español de 31 de marzo de 2022”, pg. 55. [www.bioeticayderecho.ub.edu](http://www.bioeticayderecho.ub.edu)

no entregar al bebe (hasta el momento de la inscripción del hijo nacido en el Registro)<sup>60</sup>. Se establece igualmente una regulación “de mínimos” en cuanto al contenido del clausulado del contrato de gestación dando una cobertura completa a los tres escalones reguladores de la materia (art.8.13) que responden básicamente como veremos posteriormente, a los postulados de exigencia previstos en los 18 Principios de Verona a los que nos referiremos finalmente en este trabajo. Junto con ello se establecen los requisitos exigibles a la mujer gestante y los comitentes, así como la autorización previa del Consejo Nacional de Procreación médicamente Asistida<sup>61</sup>.

<sup>60</sup> El retraso en el momento de prestar el consentimiento, apunta MARIA DO CÉU PATRÃO NEVES, plantea nuevos problemas, en tanto en cuanto no queda delimitado ni determinado quién asumen los cuidados y la guarda y atención del recién nacido, apuntando que parece que no deba ser la mujer gestante en tanto en cuanto la propia ley se encarga de no promover el vínculo afectivo entre esta y el recién nacido. Además, la propia ley mantiene que la paternidad les corresponde a los comitentes. El reconocimiento de tal periodo de revocación del consentimiento añade incertidumbre a la paternidad hasta el momento del registro del nacido, aunque uno de ellos sea en todo caso progenitor biológico del nacido y esto sigue siendo objeto de gran controversia (ob.cit pg.70-71). Apunta MÚRTULA LAFUENTE igualmente, la contradicción que puede darse entre la existencia de un plazo de 20 días para revocar el consentimiento después del alumbramiento y el plazo del que dispone la mujer que ha dado a luz para renunciar a los derechos derivados de la filiación en orden a su adopción, que es de seis semanas. Ello, apunta, quizás responda al hecho de seguir considerando que los hijos nacidos de tal proceso son hijos de los padres de intención, pese a lo dispuesto en el artículo 1796 CC portugués que determina la filiación materna por el hecho del nacimiento (MÚRTULA LAFUENTE (2022) ob.cit, pp 157-158).

<sup>61</sup> El artículo 8, tras la modificación que se produce en 2021, queda redactado como sigue:

1 – [...].

2 – *A celebração de negócios jurídicos de gestação de substituição só é admissível a título excecional e com natureza gratuita, nos casos de ausência de útero, de lesão ou de doença deste órgão ou outra situação clínica que impeça de forma absoluta e definitiva a gravidez da mulher.*

3 – *A gestante de substituição deve ser, preferencialmente, uma mulher que já tenha sido mãe, sem prejuízo das concretas circunstâncias do caso o poderem impedir.*

4 – (Anterior n.º 3.)

5 – *A celebração de negócios jurídicos de gestação de substituição carece de autorização prévia do Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida, entidade que supervisiona todo o processo, a qual é sempre antecedida de audição da Ordem dos Médicos e da Ordem dos Psicólogos e apenas pode ser concedida nas situações previstas no n.º 2 e desde que observadas as disposições contratuais previstas no n.º 13.*

6 – *O pedido de autorização prévia para a celebração de contratos de gestação de substituição é apresentado através de formulário disponível no sítio eletrónico do Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida, que cria o respetivo modelo, subscrito conjuntamente pelos beneficiários e pela gestante de substituição, devendo ser acompanhado da seguinte documentação:*

a) *Identificação dos beneficiários e da gestante de substituição;*

b) *Aceitação das condições previstas no contrato de gestação de substituição por parte dos beneficiários e da gestante de substituição;*

c) *Documentação médica, com origem no centro de PMA no qual as técnicas de PMA necessárias à concretização da gestação de substituição serão efetuadas, destinada a comprovar que estão preenchidas as condições previstas nos n.os 2 e 4;*

d) *Declaração do diretor do centro de PMA no qual as técnicas de PMA necessárias à concretização da gestação de substituição serão efetuadas, aceitando a concretização nesse centro dos tratamentos a realizar.*

7 – (Anterior n.º 5.)

8 – (Anterior n.º 6.)

9 – *Sem prejuízo do disposto no número seguinte, a criança que nascer através do recurso à gestação de substituição é tida como filha dos respetivos beneficiários.*

He aquí, con el ejemplo de la legislación de Portugal, el segundo nivel de debate, que afecta al válido consentimiento contractual, sobre *el alcance de la autonomía de la mujer gestante para prestar el consentimiento*, lo que engarza directamente con la cuestión planteada inicialmente: en qué medida afecta o no al valor y alcance del consentimiento su carácter irrevocable y en qué medida ello puede convertir de facto el negocio en inválido, pero no de manera originaria, sino por la pérdida de valor que el consentimiento pudiera tener al ser irrevocable. En tal caso la nulidad devendría por entender que el consentimiento deja de ser libre al no poder alterar su sentido con las alteraciones propias que pueden originarse a lo largo del largo proceso de gestación y ello supone que la validez del consentimiento va a depender del alcance de este, lo que vincula el tema con su revocabilidad o irrevocabilidad. La gratuidad y la revocabilidad del consentimiento le otorgan, según señala el TS, libertad a la decisión de la mujer gestante. En tal caso cobra si cabe más sentido la exclusión de la

---

10 – No tocante à validade e eficácia do consentimento das partes é aplicável à gestação de substituição, com as devidas adaptações, o disposto no artigo 14.º, com exceção do previsto no seu n.º 4 sobre o consentimento livremente revogável, sendo que nos casos de gestação de substituição o mesmo pode acontecer, por vontade da gestante, até ao registo da criança nascida.

11 – Os direitos e os deveres previstos nos artigos 12.º e 13.º são aplicáveis, com as devidas adaptações, aos beneficiários dos contratos de gestação de substituição, sendo os direitos e os deveres da gestante de substituição os que se encontram previstos nos artigos 13.º -A e 13.º -B.

12 – (Revogado).

13 – A celebração de negócios jurídicos de gestação de substituição é feita através de contrato escrito, estabelecido livremente entre as partes, supervisionado pelo Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida, onde constam, obrigatoriamente, entre outras, cláusulas tendo por objeto:

a) As obrigações da gestante de substituição no que respeita ao cumprimento das orientações médicas do obstetra que segue a gravidez e da realização dos exames e atos terapêuticos por este considerados indispensáveis ao correto acompanhamento clínico da gravidez, tendo em vista assegurar a evolução normal da gravidez e o bem-estar da criança;

b) Os direitos da gestante de substituição na participação nas decisões referentes à escolha do obstetra que segue a gravidez, do tipo de parto e do local onde o mesmo terá lugar;

c) O direito da gestante de substituição a um acompanhamento psicológico antes, durante e após o parto;

d) As obrigações e os direitos da gestante de substituição, tais como a possibilidade de recusa de se submeter a exames de diagnóstico, como a amniocentese, ou a possibilidade de realizar viagens em determinados meios de transporte ou fora do país no terceiro trimestre de gestação;

e) A prestação de informação completa e adequada sobre as técnicas clínicas e os seus potenciais riscos para a saúde;

f) A prestação de informação ao casal beneficiário e à gestante de substituição sobre o significado e as consequências da influência do estilo de vida da gestante no desenvolvimento embrionário e fetal;

g) As disposições a observar sobre quaisquer intercorrências de saúde ocorridas na gestação, quer a nível fetal, quer a nível da gestante de substituição;

h) As disposições a observar em caso de eventual interrupção voluntária da gravidez em conformidade com a legislação em vigor;

i) A possibilidade de denúncia do contrato por qualquer das partes, no caso de se vir a verificar um determinado número de tentativas de gravidez falhadas e em que termos tal denúncia pode ter lugar;

j) Os termos de revogação do consentimento ou do contrato em conformidade com a presente lei;

k) A gratuidade do negócio jurídico e a ausência de qualquer tipo de imposição, pagamento ou doação por parte do casal beneficiário a favor da gestante de substituição por causa da gestação da criança, para além do valor correspondente às despesas decorrentes do acompanhamento de saúde efetivamente prestado, incluindo em transportes;

l) Os subsistemas ou seguros de saúde que podem estar associados ao objeto de contrato;

m) A forma de resolução de conflitos a adotar pelas partes em caso de eventual divergência sobre a interpretação ou execução do negócio jurídico.

14 – O contrato referido no número anterior não pode impor à gestante de substituição normas que atentem contra os seus direitos, nomeadamente os expressos no artigo 13.º -A.

“subrogación tradicional” en la que la gestante aporte su propio óvulo al proceso, en tanto en cuanto quizás, de hacerlo, debería venir precedido de un proceso de donación de este en favor de los comitentes pese a ser ella la persona gestante<sup>62</sup>.

No se nos escapa en todo caso que la solución sobre la revocabilidad del consentimiento de la gestante, afecta de una forma decisiva a la estructura y configuración que de la Gestación subrogada se desprendería en la legislación portugués, en tanto se pasa, de un sistema en el que, como ocurre por ejemplo en la legislación ucraniana, en ningún momento se llegaba a considerar “madre” a la gestante, ya que en el momento del nacimiento ya se había producido la renuncia con ese carácter irrevocable, a otro en el que el arrepentimiento alcanza al periodo posterior al nacimiento por lo que en ese momento la maternidad sigue correspondiendo condicionada, a la mujer gestante, aunque ciertamente, sin embargo, conforme al artículo 8.9 de la Ley, sin perjuicio de la revocabilidad del consentimiento, los nacidos a través del recurso a la gestación subrogada se consideran a todos los efectos como hijos de los respectivos beneficiarios<sup>63</sup>.

La postura que mantiene por tanto el legislador portugués situaría como ejemplo a este país dentro de este “segundo escalón” en el que reconoce la validez de los contratos de GS, pero desciende al análisis de aquellas cuestiones que harían un contrato nulo derivado de la desprotección del derecho de la gestante al libre desarrollo de su personalidad al establecer limitaciones a su capacidad de autodeterminación.

Ciertamente resaltamos el valor del consentimiento de la mujer dentro de este segundo escalón de la relación contractual en la medida en que la irrevocabilidad, en el caso del derecho portugués venía marcada imperativamente por el texto legal, de tal suerte que el propio artículo 8, fijaba en su último apartado la alegadidad de cualquier formato de subrogación diferente de la establecida en el cuerpo del citado precepto. Pero igualmente puede formar parte de los pactos fijados en el contrato de gestación subrogada celebrados entre la mujer gestante y los comitentes, dejando el cumplimiento de tal requisito a la autonomía de la voluntad de las partes.

<sup>62</sup> Criterio que se establece precisamente en el proceso de gestación subrogada resuelto en la STS de Puerto Rico de 13 de julio de 2022 en la que se reconoce el derecho a la maternidad de la comitente/madre intencional en un supuesto de Gestación subrogada tradicional solidaria (la gestante, hermana de la comitente, aportó sus propios óvulos para lo cual prestó previamente el consentimiento informado de donación de estos y renuncia al menor que pudiera nacer del proceso de gestación).

<sup>63</sup> Apunta MURTULA LAFUENTE que el sistema anglosajón que atribuye la filiación del niño después del parto da mayor autonomía a la gestante en su toma de decisiones y mantiene el principio de larga tradición romana de que la madre legal es la que da a luz al bebé, aunque deje en un segundo plano a la voluntad procreacional plasmada en el contrato o incluso al principio de la verdad biológica cuando haya vinculación genética con los padres comitentes. Este, apunta, es el sistema recomendado desde los distintos organismos internacionales en el caso de que se quisiera regular la materia (MURTULA LAFUENTE, ob cit. p. 173).

Sin embargo, este sistema chocaría frontalmente con la filosofía del tipo de Gestación subrogada por la que están abogando algunos ordenamientos jurídicos con planteamientos lógicos y serios y en los que la figura queda absolutamente fuera de la idea de mercantilización de la gestante y del propio nacido. Me refiero a los ordenamientos como el cubano, al que ya hemos hecho referencia, en los que se regula la “Gestación solidaria” frente a la subrogación tradicional (vid. Nota 10).

Ello nos conduce específicamente a analizar el tercer escalón de la relación contractual en el que como podemos presumir de la voluntad que subyace en los denominados Principios de Verona de 2021, se parte de un negocio jurídico válido y eficaz en el que lo determinante de su reconocimiento pleno se encuentre en el contenido del clausulado del mismo.

### **3. Tercer escalón. La forma de paliar la vulneración de los derechos fundamentales de la mujer gestante y del interés superior del menor a través de una regulación contractual protectora**

En este tercer escalón, en el que partimos de la existencia de un contrato válido entre las partes, nos centramos en el contenido esencial de los pactos que los vinculan, que deberán, con carácter general, respetar la esencia de lo dispuesto en el artículo 1255 CC. Es en este punto en el que nos dirigimos al análisis del contenido desarrollado por en la Conferencia de la Haya sobre Derecho Internacional Privado y esencial y básicamente a los ya mencionados Principios de Verona de 2021.

Cuando nos situamos en este tercer escalón, hemos de contemplar la relación contractual entre comitentes y gestante desde una triple perseppectiva. Por un lado, desde la que ha de contemplar el proceso cuando ya se ha producido el nacimiento y resulta esencial proteger los intereses del nacido (referido más bien a los casos de gestaciones transnacionales a las que se refieren en esencia las recomendaciones emanadas de la Conferencia de la Haya); por otro lado desde la necesaria existencia de unas “reglas de piso mínimo” de las que se debería partir para tratar de establecer criterios uniformes de debate hacia una regulación uniforme en la medida de lo posible sobre los procesos de Gestación subrogada<sup>64</sup>, y, por último, atendiendo a la realidad fáctica de aquellos ordenamientos en los que, admitiéndose la gestación subrogada como técnica de reproducción humana asistida o bien, no habiéndose prohibido expresamente, ya se está produciendo bien legalmente o bien como sistema de funcionamiento “de facto” un reconocimiento de cuestiones relevantes que deberían servir de modelo o base para establecer los condicionantes de la relación protectora<sup>65</sup>.

---

<sup>64</sup> En este punto he de agradecer las observaciones realizadas por quien fue contraponente en el Seminario de profesores de la Facultad de Derecho de la Universidad Adolfo Ibáñez de Chile, en el que presenté parcialmente los resultados de esta investigación, la profesora Fabiola Latrohp, de la Universidad de Chile quien sugirió esta idea del “piso mínimo” en la regulación de la materia. Resulta interesante precisamente este planteamiento de manos de quien ha coordinado y editado un magnífico monográfico que de seguro será un referente en la materia sobre “La Gestación por subrogación en América Latina editado el Centro de Estudios Constitucionales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México (julio 2022) Ref: ESPEJO YAKSIC, N; FENTON-GLYNN, C; LATRHROO GÓMEZ, F y SCHERPE J.M. (editores) “La Gestación por subrogación en América Latina” - Derecho y Familias. Suprema Corte de Justicia de la Nación, Centro de Estudios Constitucionales - SCJN-. CFL -Cambrigde Family Law (2022).

<sup>65</sup> Me parece esencial el análisis exhaustivo que hace MÚRTULA LAFUENTE en relación con los requisitos y condicionantes que forman parte de forma generalizada en las diferentes propuestas que se han ido presentando en España para su regulación, así como en los diferentes ordenamientos jurídicos. Coincide en la idea de que como elemento común de la mayoría de las propuestas está, por un lado, la gratuidad y

## La posibilidad de reconocer un acuerdo de voluntades sobre el que las partes se hayan

por otro la irrevocabilidad del consentimiento de las partes en el contrato, tanto de comitentes como de la gestante (MÚRTULA LAFUENTE, ob.cit, pg.173 ss). Responde tal planteamiento a la idea de la que hablamos en el presente trabajo de la existencia de un “piso mínimo normativo” que permita marcar los límites de la relación contractual abarcando en la medida de lo posible la protección de todos los intereses en juego.

Es el caso igualmente de las proposiciones de Ley presentadas reiteradamente en España, de las que cabría citar por su carácter más completo y próximo temporalmente la presentada por el Grupo Parlamentario de Ciudadanos en el Congreso de los Diputados el 16 de julio de 2019 (BOCG -CONGRESO DE LOS DIPUTADOS- N°46-1 XIII Legislatura). Conforme a la citada propuesta se tocaban precisamente los aspectos que acabamos de mencionar: la existencia de una reglas de mínimos que constituirían el punto de partida para la válida celebración de un contrato de gestación subrogada (arts.4 –requisitos básicos vinculados con las circunstancias de gestante y comitentes– altruismo (art.5); gestación heteróloga sin aporte de material genético (art 6) y exigencia de requisitos mínimos de la relación que venían de mano de los requisitos de la mujer gestante (art.7) y progenitores subrogantes (art.8).

La proposición de Ley igualmente los requisitos mínimos del contrato de gestación subrogada (art.9) avalado previamente por la autoridad judicial con tramitación sometida al proceso de Jurisdicción Voluntaria y con un contenido mínimo que marca el propio art.9.2 a 7 del citado texto. En todo caso, frente a la legislación portuguesa, que situaba el cierre en el segundo escalón en cuanto a la posible revocación del consentimiento, la proposición de ley que comentamos regulaba como irrevocable tal consentimiento. Se establecía al respecto en la propuesta de regulación del citado artículo 9: “2. *El contrato de gestación por sustitución contendrá, como mínimo, las siguientes determinaciones: a) Identidad de las partes intervinientes. b) Consentimiento informado, libre, expreso e irrevocable de las partes intervinientes. c) Los conceptos por los cuales la mujer podrá percibir una compensación económica, conforme a lo establecido en el artículo 5.2 de la presente Ley, y forma y modo de percepción de esta. d) Técnicas de reproducción humana asistida que se emplearán. e) Información sobre el seguro al que hace referencia el artículo 5.5 de la presente Ley. f) Forma, modo y responsables médicos del seguimiento del proceso de gestación. g) Previsión del lugar del parto y de las circunstancias en las que el o los progenitores subrogantes se harán cargo del hijo o hijos. h) Designación de tutor, de acuerdo con lo previsto en el artículo 223 del Código Civil. 3. Al contrato se le deberá anexar de manera obligatoria y como requisito de validez el certificado expedido por el Registro Nacional de Gestación por sustitución, con una antigüedad máxima de un mes, en el que se hace constar que la mujer interviniente se haya inscrito tras haber superado los exámenes correspondientes. Igualmente, en los términos que establezca el Reglamento, se anexará el certificado para la acreditación del cumplimiento por el progenitor o progenitores subrogantes de los requisitos establecidos en esta Ley. 4. El contrato válidamente formalizado en los términos de esta Ley, será objeto de inscripción en el Registro Nacional de Gestación por sustitución, en los términos que se establezcan reglamentariamente. 5. El Gobierno, a iniciativa de los Ministerios de Justicia y de Sanidad, Consumo y Bienestar Social aprobará, con el asesoramiento adecuado en los ámbitos, en particular, jurídico y médico, el modelo de contrato de gestación por sustitución. 6. No está permitida la celebración de contratos de gestación por sustitución cuando exista una relación de subordinación económica, de naturaleza laboral o de prestación de servicios entre las partes implicadas. 7. La mujer gestante deberá recibir asesoría legal que garantice la comprensión de todo el proceso y sus implicaciones. Esta asesoría será independiente de la del progenitor o progenitores subrogantes.*”

Creo que es igualmente importante tener en cuenta el Informe presentado en 2016 por la Comisión Gubernamental para la reevaluación de la paternidad en Países Bajos. Este informe puede servir de referencia para analizar aquellas cuestiones sobre las que deberían pronunciarse los legisladores y de esta forma dar mayor cobertura y protección a los derechos de las personas gestantes y los niños nacidos como consecuencia de los procesos de gestación subrogada. Su análisis en paralelo con los Principios de Verona que comentamos aquí igualmente puede ser un referente de estudio que proporcione bases de una legislación más completa en la materia. (Child and parents in de 21st century - Report of the cgoberntment committee on ther reassessment of parenthood- Ed. Xeron/OPT, The Hague- (Se trata del Informe presentado el 7 de diciembre de 2016 por la Comisión Gubernamental para la reevaluación de la paternidad (Staatscommissie Herijking ouderschap). Infomre denominado “Niño y padres en el siglo XXI, AL Ministro de Seguridad y Justicia Van der Steur (ISBN 978-90-821527-6-0) (Consultar en

pronunciado, con un clausulado en el que se tengan en cuenta los derechos de las partes implicadas y, en esencia, de la gestante y de los niños por nacer o ya nacidos entiendo que es esencial y a ello solo llegaremos con apoyo en una regulación amplia y completa que establezca los límites más allá de los cuales se produce una auténtica vulneración de los derechos de la gestante y de los menores, incluyendo igualmente los derechos y obligaciones de los comitentes o progenitores intencionales.

#### A) *La situación en los ordenamientos que no han legislado sobre GS*

Resulta interesante llegados a este punto hacer alguna referencia a la situación fáctica de algunos ordenamientos, como el argentino o el chileno, a modo de ejemplo, en los que no existe una regulación, ni permisiva ni prohibitiva de la Gestación Subrogada, por más que en algún momento existiera o siga existiendo algún proyecto regulatorio de la misma (en el caso de Argentina<sup>66</sup>). El vacío legislativo está permitiendo, con la inseguridad que ello implica, la admisión por vía jurisprudencial de diferentes supuestos de gestación subrogada, en la mayoría de los casos de carácter solidario y altruista.

La ausencia de regulación específica en *Argentina* ha permitido que la jurisprudencia haya venido reconociendo la filiación de los nacidos de procesos de gestación subrogada, que en la mayoría de los casos han accedido al reconocimiento de la filiación de los padres comitentes tras la declaración de inconstitucionalidad del artículo 562 CC y C en cuanto atribuye la maternidad a la mujer gestante, en pro de la atribución por voluntad procreacional. De hecho ya en las XXV Jornadas nacionales de Derecho Civil celebradas en Bahía Blanca en 2015 en la Comisión de Familia se sostuvo por unanimidad que “aun sin ley, al no estar prohibida, se entiende que la gestación por sustitución está permitida”<sup>67</sup>. En todos los casos referidos se tienen en cuenta el interés superior del menor y los derechos de la mujer gestante que en la mayoría de los casos se trata de una amiga o pariente directa de los comitentes, aproximándose la figura a los supuestos de gestación subrogada solidaria

---

commission-for-reassessment-of-parenthood-central-role-for-best-interests-and-rights-of-the-child (ultima consulta 8.4.2023).

Resulta interesante este Informe que refleja las razones que el Comité gubernamental esgrimía en este momento para abogar por una mejor regulación de la gestación subrogada en la ley holandesa frente a la ausencia de marco regulatorio claro que favorecería a la mayor protección de los intereses de las gestantes y sobre todo de los niños. Una regulación clara proporciona protección y certeza al niño, a la gestante y las demás personas interesadas. Esta es para el Comité de Gobierno la razón principal para recomendar la introducción de una regulación legal para los arreglos de subrogación, con una regulación asociada para las condiciones que deben imponerse para el reconocimiento de la posición legal de los niños nacidos en el extranjero de una madre subrogada.

<sup>66</sup> Sobre el desarrollo y contenido de los diferentes Proyectos de Ley vid de forma detallada RODRIGUEZ ITURBURU, M., La Gestación por subrogación en Argentina, En ESPEJO YAKSIC, N; FENTON-GLYNN C; LATHROP GÓMEZ, F y SCHERPE, Jens M. La Gestación por subrogación en América Latina. Suprema Corte de Justicia de la Nación-Centro de Estudios Constitucionales- SCJN- CFL Cambridge Family Law. Mexico 2022, pg. 9 A 16.

<sup>67</sup> Así aparece en las Conclusiones de tal Comisión de Familia: <http://jndcbahia blanca2015.com/wp-content/uploads/2015/10/CONCLUSIONES-06.pdf> (consulta 13.3.2023).



recogida en el recién aprobado Código de familia cubano al que ya me referí anteriormente<sup>68</sup>. En todo caso, de forma algo parecida a lo ocurrido en España en relación con el

<sup>68</sup> Vid en relación con Argentina el completo trabajo llevado a cabo por Federico NOTRICA y Patricio J. CURTI, Capítulo VI. Gestación por sustitución. En *Técnicas de Reproducción humana asistida*. Tomo II, (Marisa Herrera- Dir.) Rubinzal- Culzoni Editores- 2018. pg-9-142. Los autores recogen de manera exhaustiva los supuestos en los que ya se reconocía judicialmente, antes de la entrada en vigor del Código Civil y Comercial de la Nación (1 de agosto de 2015). Son seis fallos de 2013 a 2015 y hasta 19 en total una vez ya en vigor el CC y C de la Nación (ob.cit pg 36 y ss) y recogidos hasta el mes de mayo de 2018. Obviamente el reconocimiento posterior hasta la fecha, supera con creces estas cifras.

La GS se encontraba regulada en el Proyecto de Reforma y Unificación del CC y Comercial presentado en 2012, en su artículo 562, que posteriormente no fue incluido en el texto definitivamente aprobado. En dicho precepto, la esencia de la GS giraba sobre el consentimiento previo, informado y libre de todas las partes, el carácter judicial del proceso de homologación de la filiación así determinada, que solo se produciría si se había actuado atendiendo al interés superior del niño por nacer, la capacidad de la gestante, la imposibilidad de concebir o llevar a término el embarazo por los comitentes, la gratuidad del proceso así como la no aportación de gametos por la gestante, que tenía limitado a dos los procesos de gestación por sustitución y debía haber dado a luz al menos un hijo propio. La autorización judicial aparecía como preceptiva. Como se observa, los criterios “de piso mínimo” coinciden con los establecidos en muchos de los ordenamientos permisivos. Lo cierto es que, tal y como apuntan los autores, el desarrollo jurisprudencial nacional argentino, ante la ausencia de regulación, ha quedado sujeto a la discrecionalidad judicial, que ha venido subsanando el vacío regulatorio, lo que hace preciso legislar para evitar la vulneración de los derechos de las personas intervinientes. Sin entrar aquí en las vías a través de las cuales se ha permitido el reconocimiento de la filiación en tales casos (donde sigue existiendo una norma en el CC y C de la Nación que sigue estableciendo que la filiación materna viene determinada por el parto –art.562 CC y C– que ha sido declarada inconstitucional por los tribunales de aplicación de estas, tal y como aun de forma excepcional, es posible en el ordenamiento argentino), nos interesa resaltar la casuística fáctica de los supuestos de reconocimiento.

Los procesos que se analizan arrancan, por un lado de *impugnaciones cuando ya ha nacido el niño*, de la mano de la madre genética frente a la gestante, impugnando la maternidad para que quedara determinada a su favor, resolviéndose a favor de los comitentes/progenitores por voluntad procreacional acompañada de la existencia de vínculo genético con el nacido ( sobre tal base se resuelven hasta 7 procesos de reclamación filiatoria siendo el primero de ellos el de la Cámara de Gualguaychú de 14 de abril de 2010). En tales procesos, señalan los autores, se hace hincapié en el valor del acuerdo existente entre las partes intervinientes que resultaba válido atendiendo a los intereses de todas las partes y especialmente al menor, tomando en consideración el valor de la autonomía de la voluntad. Resulta igualmente relevante indicar que, en el resto de los fallos resueltos, la solución favorable se apoyaba en dos elementos esenciales, el interés superior del niño nacido, así como la coincidencia de la voluntad procreacional de los comitentes con las pruebas de ADN de estos con el menor (existencia por tanto de aporte de material genético) (ob.cit, pg. 97). Resulta igualmente relevante destacar que, en la mayoría de los fallos resueltos, la gestación se había producido de manos de amigas desinteresadas de la pareja comitente en el marco de proyectos de gestación homoparentales (con aporte de esperma de uno de ellos y óvulo de donante). Figurando la maternidad a nombre de las mujeres gestantes y la paternidad del varón aportante del esperma, la acción se entabla para impugnar judicialmente la maternidad reclamando la determinación filial a favor de los dos varones.

Se recogen igualmente los supuestos en los que *el proceso judicial se inicia durante el embarazo* (pg. 116), referidos a dos fallos del Departamento de Lomas de Zamora (Buenos Aires)- JF n° 7 de Lomas de Zamora, 30.12.2015 (H.M. y otros/as/ Medidas precautorias y JF n° 7 de Lomas de Zamora, 30.11.2016 (B.D.J y otros/as/ Materia a categorizar (nota 181). En el primero de los fallos la gestante se ofrece a hacerlo, de forma desinteresada y altruista, con el material genético de la comitente, que era su hermana. El proceso se entabla durante el embarazo, para permitir la inscripción del niño, tras su nacimiento, a nombre de la comitente y la entablan ambas hermanas. En el segundo fallo, de 2016, se solicitaba autorización judicial, por un matrimonio y la madre de la esposa, embarazada “para su hija”, con la misma finalidad de inscripción tras el nacimiento a nombre de los miembros del matrimonio (pg. 120). Igualmente mencionan los autores

sistema de inscripción en el registro civil, de los nacimientos producidos en el extranjero (en el caso español), en Argentina y en concreto en la ciudad autónoma de Buenos Aires (pero no para las demás provincias) existe la posibilidad de inscribir directamente a los nacidos fruto de un proceso de GS, sin reclamación judicial, en los supuestos de gestación solidaria, denominados de alta complejidad realizada en el país, sin necesidad de emplazar como progenitor/a a la persona gestante que carece de voluntad procreacional y declarar la inconstitucionalidad de la norma que impida o vulnere el derecho a la identidad de niños y niñas<sup>69</sup>.

*los supuestos en los que ha mediado autorización judicial previa* (pg. 121) aludiendo a cuatro casos en los que se solicitaba la autorización judicial para la transferencia embrionaria al centro médico, al útero de la persona que llevaría adelante la gestación. Uno se dio en Rosario, otro en San Carlos de Bariloche, otro en General San Martín- Buenos Aires- y el último en Viedma. En la sentencia de 2.12.2014 (TFam.nº7 de Rosario) se pedía autorización judicial para que los embriones de una pareja heterosexual (cuya mujer estaba imposibilitada para gestar por cuestiones medicas) fueran gestados por otra mujer. La sentencia dio lugar a la petición, apoyándose entre otros argumentos en el carácter altruista de la gestación así como el carácter previo de la autorización judicial que permitiría el cumplimiento de las mayores garantías en el proceso, la discriminación e inseguridad que de no admitirlo a nivel interno producen los procesos de gestación en el extranjero, para posteriormente reconocer la filiación en el país de origen así como, finalmente, el valor y relevancia de la voluntad procreacional a los efectos de atribución de la filiación. En el segundo supuesto (JFam nº 9 de San Carlos de Bariloche, 29.12.2015), los hechos son coincidentes con los anteriores con la salvedad de que la mujer gestante era cónyuge del hermano de la comitente (cuñada de la madre intencional) y donde prestaron el consentimiento todas las partes, así como el cónyuge e hijos de la gestante. En el caso resuelto por la Sentencia del JF.n.3 de General San Martín (Buenos Aires) de 22.8.2016, el supuesto, igual que los anteriores, nos sitúa ante una gestante hermana del marido de la pareja solicitante, utilizando igualmente material genético de la pareja y donde nuevamente se produce la declaración de inconstitucionalidad del artículo 562 CC y C. En este último caso y aunque se rechazó la solicitud por considerar que el tema era estrictamente médico, consideró la GS como una TRHA, permitida en tanto en cuanto no existe regulación al respecto. Por último, en la S. del JFam nº 5 de Viedma, de 7.7.2017, la solicitud se planteó por una pareja de varones que mantenían una unión convivencial de más de 14 años, quienes la presentaron junto con la mujer gestante, amiga de ambos, que lo haría con esperma de uno de ellos y óvulos de donante. La solicitud fue admitida sobre la base, entre otras cuestiones, del derecho a constituir una familia previsto en la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y la Convención Americana de Derechos Humanos, con independencia de la orientación sexual de los solicitantes. Para ello se tuvo en cuenta además la Ley 26.485 de Protección Integral de las mujeres en apoyo del derecho de la gestante a decidir sobre su vida reproductiva, número de embarazos y cuándo tenerlos (NOTRICA y CURTI, ob. cit. pp. 94 a 130).

Vid igualmente Larisa G. MORRIS, Alicia N. SILVA y Janette D. SILVA., La Gestación por sustitución como negocio y/o como gesto solidario. La posición de la jurisprudencia argentina ante el vacío legal. Revista de Derecho de Familia nº89 DOCTRINA (GROSMAN, C., KEMELMAJER DE CARLUCCI, A., HERRERA, M- Dir). Abeledo Perrot. Buenos Aires (Argentina), pg. 131 ss. Mas recientemente se ha vuelto a plantear la inconstitucionalidad del artículo 562 en más de 70 resoluciones judiciales en las que se reconoce al amparo del citado precepto la filiación derivada de procesos de gestación subrogada, al amparo de la voluntad procreacional (Vid en tal sentido HERRERA, M., el Comentario al art.562 CC y C argentino en Código Civil y Comercial de la Nación comentado. Libro II, artículos 401 a 723, ed. Actualizada 2022(Marisa HERRERA, Gustavo CAMELO y Sebastián Picasso- Dir.) SAIJ-IN 5239.pdfFOJUS. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, pg. 290 (<http://www.saij.gob.ar/>).

Vid igualmente RODRIGUEZ ITURBURU, M., La Gestación por subrogación en Argentina, ob.cit., pp. 27 a 31 donde la autora hace un breve, pero muy detallado estudio de la evolución de la jurisprudencia en los últimos años.

<sup>69</sup> Ello en virtud de una Disposición, la nº 93/DGRC/17, del 13.10.2017 que así lo estableció, modificada posteriormente por las Disposiciones 103/2017 y 122/2020 (Disposición nº 93/DGRC/17 de

Igualmente y ante la falta de regulación al respecto, en 2017, la Comisión Asesora de Técnicas de Reproducción Humana Asistida (CATRHA) elaboró una Guía de Buenas prácticas sobre Gestación por Sustitución, en la que, según analiza RODRIGUEZ ITURBURU, se sentaron las pautas mínimas de abordaje para los casos que llegaban a centros de reproducción, siguiendo al respecto no solo los criterios marcados en el Anteproyecto de Ley del CC y C, que no prosperó, así como los antecedentes jurisprudenciales y los diferentes proyectos de Ley que se han ido redactando. Se refiere la autora igualmente a la Guía de Buenas prácticas para la Evaluación, el Asesoramiento y el Acompañamiento Psicológico, elaborada por el Equipo de psicología y Musicoterapia de Concebir, para el acompañamiento en los procesos de GS sobre las directrices y recomendaciones de los países que la regulan<sup>70</sup>.

En el caso de *Chile* no existe tampoco una regulación sobre Gestación subrogada, pero sí se encuentran reguladas administrativamente las TRA en la Ley 20418 de 18 de enero de 2010<sup>71</sup> y su Reglamento –Decreto 49, de 28.3.2013–<sup>72</sup> que fijan normas sobre información, orientación y prestaciones en materia de regulación de la fertilidad, pero que no aluden más que a temas de tratamiento de infertilidad y no directamente a la TRA. En cuanto al Código Civil, se refiere exclusivamente al tema en su artículo 182 para referirse a los efectos filiatorios del sometimiento a la reproducción asistida heteróloga. El artículo 183 por su parte establece que la maternidad queda determinada legalmente por el parto, cuando el nacimiento y las identidades del hijo y de la mujer que lo ha dado a luz constan en las partidas del Registro Civil. En los demás casos la maternidad se determina por reconocimiento o sentencia firme en juicio de filiación, según lo disponen los artículos siguientes. No existen normas sobre donación de esperma, óvulos o embriones. Como analiza FABIOLA LATTHROP, el debate sobre la posible regulación de la GS en Chile

---

13 de octubre – Boletín Oficial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires- n° 5239- 24.10.2017) ([https://documentosboletinoficial.buenosaires.gob.ar/publico/ck\\_PE-DIS-MGOBGC-DGRC-93-17-5239.pdf](https://documentosboletinoficial.buenosaires.gob.ar/publico/ck_PE-DIS-MGOBGC-DGRC-93-17-5239.pdf)) (consulta 14.3.2023); Disposición n° 103/DGRC/17, de 26 de octubre (– Boletín Oficial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires- n° 5247- 3.11.2017) (<https://boletinoficial.buenosaires.gob.ar/normativaba/norma/385510>) (consulta 14.3.2023) y Disposición n° 122/DGRC/2020, de 30 de abril (Boletín Oficial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires n1 5865- 8.5.202) ( <https://boletinoficial.buenosaires.gob.ar/normativaba/norma/517484>) (consulta 14.3.2023).

Vid al respecto RODRIGUEZ ITURBURU, M., La Gestación por subrogación en Argentina, ...ob.cit pg. 16 y 17.

<sup>70</sup> RODRIGUEZ ITURBURU, M., La Gestación por subrogación en Argentina, En ESPEJO YAKSIC, N; FENTON-GLYNN C; LATHROP GÓMEZ, F y SCHERPE, Jens M. La Gestación por subrogación en América Latina. Suprema Corte de Justicia de la Nación-Centro de Estudios Constitucionales- SCJN-CFL Cambridge Family Law. Mexico 2022, pg. 21 a 26. La autora analiza minuciosamente las condiciones que deberían desarrollarse y los criterios para ser gestante y comitente, decantándose por la existencia de vinculación personal/familiar entre ellos. Se analizan igualmente las exigencias del proceso, en la etapa de preautorización judicial, autorización y post-autorización. Igualmente se aborda en el trabajo el papel que desarrollan los psicólogos en el proceso de asesoramiento y acompañamiento a la gestante.

<sup>71</sup> Publicada el 28.1.2010- Biblioteca del Congreso Nacional de Chile (consultar en <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=1010482> - consulta 5.4.2023).

<sup>72</sup> Fecha Publicación: 28-MAR-2013 | Fecha Promulgación: 07-OCT-2011 Tipo Versión: Última Versión De: 25-SEP-2015 Ultima Modificación: 25-SEP-2015 Decreto 62 Url Corta: <https://bcn.cl/2erty>

surgió con fuerza (como suele ser habitual por otro lado) a raíz de la judicialización en 2018 del nacimiento de dos niñas mediante GS. Las discusiones respecto de su admisión y regulación y/o prohibición reproducen los argumentos utilizados en el resto de los ordenamientos, aunque ya desde 1996 existe, apunta, literatura abogando por la regulación de esta técnica de RA.

Chile, al igual que Argentina, ha llegado a la admisión de la Gestación subrogada por vía jurisprudencial de la mano de cuatro supuestos reconocidos por los Tribunales de Familia, competentes en materia de acciones de filiación, en causas sobre impugnación de la maternidad y reclamación de esta. Se trata de supuestos que podrían encajar en procesos de GS solidaria, en las que existía, en tres de ellas una relación de amistad o parentesco entre gestante y comitente, sin mediar precio entre ellas y vinculados todos ellos con problemas de fertilidad de las mujeres comitentes y sin aporte de gametos femeninos por parte de la gestante (SJF 2º Santiago de 8.1.2018/ SJF 2º Santiago de 3.12.2018 y SJF 2º Santiago de 21.7.2021) y, en el cuarto supuesto referido a un proceso de GS cuya gestante no pertenecía al entorno familiar, pero que accedió igualmente a la gestación de forma gratuita para ayudar a la pareja con problemas no de infertilidad sino de incompatibilidad de RH (SJF 4º Santiago de 1.10.2019) <sup>73</sup>.

### B) *Las recomendaciones de los Organismos Internacionales*<sup>74</sup>

Pese al rechazo a la Gestación Subrogada en Europa por parte de los organismos internacionales<sup>75</sup>, lo cierto es que se trata de afrontar y dar respuesta a la situación de

<sup>73</sup> Vid LATHROP, F, La Gestación por subrogación en Chile, En ESPEJO YAKSIC, N; FENTON-GLYNN C; LATHROP GÓMEZ, F y SCHERPE, Jens M. La Gestación por subrogación en América Latina. Suprema Corte de Justicia de la Nación-Centro de Estudios Constitucionales- SCJN- CFL Cambrigde Family Law. Mexico 2022, pg. 85 a 120.

<sup>74</sup> Sobre el particular, vid MURTULA LA FUENTE, ob.cit pp 148 ss. que analiza igualmente la trascendencia de los denominados Principios de Verona a los que aludimos posteriormente.

<sup>75</sup> En 2016 Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa rechaza la Propuesta de Recomendación para adoptar directrices para garantizar los derechos de los niños respecto a los acuerdos de subrogación (167 votos: 83 en contra, 77 a favor, 7 abstenciones). Fuentes: Votación: <http://assembly.coe.int/nw/xml/Votes/DB-VotesResults-EN.asp?VoteID=36186&DocID=16001&MemberID=>

Proyecto: <http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-en.asp?fileid=23015&lang=en>

Igualmente, el Parlamento Europeo había condenado la práctica de la Gestación Subrogada en diciembre de 2015, en la Resolución sobre informe anual de los derechos humanos y democracia en el mundo (2014) y política de la UE: (obs.115). La condena se produce considerando que se trata de una práctica *contraria a la dignidad humana de la mujer, ya que su cuerpo y sus funciones reproductivas se utilizan como una materia prima; estima que debe prohibirse esta práctica, que implica la explotación de las funciones reproductivas y la utilización del cuerpo con fines financieros y de otro tipo; en particular en el caso de las mujeres vulnerables en los países en desarrollo, y pide que se examine con carácter de urgencia el marco de los instrumentos de los derechos humanos.*

Sin embargo el propio Parlamento presenta en 2016 la Propuesta de Resolución B8-0694/2016, sobre los riesgos de la Gestación Subrogada para los derechos de las mujeres y los niños, conforme a la cual, aun partiendo del rechazo de la Gestación Subrogada, atiende a la existencia de países en los que está permitida legalmente por lo que pide a la Comisión que defina una protección jurídica a nivel de la Unión para los individuos, actuales y futuros, nacidos mediante la gestación subrogada, así como que verifique que la normativa sobre la gestación subrogada vigente en los Estados miembros en los que está admitida dicha práctica, es compatible

los procesos de Gestación Subrogada transnacionales en los que ya se ha producido el nacimiento de un niño, cuyo interés ha de ser protegido por encima de todo, sobre todo teniendo en cuenta la diferente regulación que sobre la materia existe a nivel europeo y lo que ello implica ante la proliferación de acuerdos de gestación subrogada transfronteriza<sup>76</sup>.

En este sentido no resulta contradictorio en absoluto, creo, condenar la Gestación subrogada genéricamente y llevar a cabo un proceso destinado a buscar soluciones a nivel europeo en atención, precisamente, a los derechos de los nacidos por gestación subrogada. Ello se está produciendo, aunque muy lentamente, a través de las recomendaciones realizadas por la Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado, que viene reuniendo a su grupo de expertos desde 2016, en relación con la necesidad de proteger a los menores ya nacidos fruto de un proceso de Gestación Subrogada transfronteriza<sup>77</sup>. El

---

con la legislación de la Unión en materia de protección de los derechos de los niños y de las mujeres ([https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/B-8-2016-0694\\_ES.html](https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/B-8-2016-0694_ES.html)) consulta 30.10.2022).

Igualmente creo interesante resaltar la existencia de una Propuesta presentada por la Comisión Europea el 7 de diciembre de 2022 (COM(2022) 695 final/2022/0402 (CNS) para un “*Reglamento del Consejo sobre jurisdicción, ley aplicable, reconocimiento de resoluciones y aceptación de documentos públicos en materia de paternidad y sobre la creación de un Certificado Europeo de Paternidad*” cuyo objetivo es reforzar la protección de los derechos fundamentales y otros derechos de los niños en situaciones transfronterizas, incluido su derecho a la identidad, a la no discriminación y a la vida privada y familiar. Se subraya que los derechos de los niños son universales y que el interés superior de ellos debe ser considerado primordial en todas las acciones relacionadas con los niños. (Consultado en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A52022PC0695>) (última consulta 8.4.2023).

<sup>76</sup> Creo al respecto muy interesante el análisis que realiza Lara REDONDO SACEDA (Gestación por sustitución y reconocimiento de la filiación en Europa: reflexiones a la luz del Convenio Europeo de Derechos Humanos; RGDC nº 31 (2020). La autora presenta, por un lado, las diferentes formas de reconocimiento de la filiación en Europa (Países Bajos, Alemania, Finlandia, Ucrania e Irlanda), para adentrarse posteriormente en el estudio del reconocimiento de la filiación en el CEDH y el posicionamiento del TEDH. Tras su estudio, se reflexiona sobre la necesidad de establecer un régimen jurídico concreto y específico para estas situaciones, ya que, aunque a nivel europeo parece existir un cierto consenso en relación con la determinación de la maternidad por el parto, aunque sin embargo en las situaciones como las de los acuerdos de gestación subrogada las condiciones tradicionales del alumbramiento y maternidad no son aplicables. Ante la falta de consenso en los supuestos de gestación subrogada transfronteriza se hace necesario, para la autora, abordar esta materia desde una perspectiva más internacional y sobre todo consensuada (Ob cit. pg 24-25). Esto precisamente es lo que trata de paliarse a través de los esfuerzos que la Conferencia de la Haya de DIP está haciendo desde hace décadas.

<sup>77</sup> Conferencia de la HAYA sobre Derecho Internacional Privado <https://www.hcch.net/fr/projects/legislative-projects/parentage-surrogacy> (a 2.3.2023). Sobre el particular es esencial la consulta de los trabajos de Antonia DURÁN AYAGO, y en concreto, el relativo a “Los trabajos en el seno de la conferencia de la Haya de derecho internacional privado sobre gestación por sustitución, RGDC 31(2020). La autora expone de manera exhaustiva los diferentes hitos que desde 2010 ha venido realizando la Conferencia de la Haya de D.I.P. La autora manifestaba en ese momento su optimismo sobre el desarrollo de los trabajos de la Conferencia de la Haya puesto que la determinación de esta sobre la decisión de elaborar un instrumento que garantice la previsibilidad, seguridad y continuidad de la filiación en situaciones transfronterizas es indiscutible. Ello es así, pese a que, como se señala, el camino esté siendo largo y tortuoso, pero del que se desprende la propuesta de elaboración de dos textos normativos (como ya se concreta, apunto yo, en el último Informe de noviembre de 2022), un instrumento de DIPr. que regule, en principio, el reconocimiento de decisiones judiciales extranjeras relacionadas con la filiación en general y un Protocolo separado que haga lo propio con la filiación derivada de acuerdos internacionales de gestación por sustitución (p. 46).

último informe emitido hasta la fecha es el de 1 de noviembre de 2022 fruto de las reuniones mantenidas entre los días 17 y 21 de octubre de 2022 y después de un cierto receso de las actuaciones de la Conferencia como consecuencia de las restricciones derivadas de la pandemia de Covid-19<sup>78</sup>.

En este último Informe se presentan las bases esenciales que los Estados miembros deberían respetar en atención al interés superior (el mejor interés) del o para el menor ya nacido: Los posibles Acuerdos sobre la filiación (Ap.3), entre ellos las reglas aplicables a la determinación de la filiación establecida por decisión judicial, señalando los criterios para la existencia de tal reconocimiento (criterios, motivos de desestimación o reconocimientos parciales) (AP.3.2.1); determinación de los encargados de la competencia directa, ley aplicable y formulario recomendado adjunto a la decisión judicial (Ap. 3.2.2 a 3.2.4); las reglas aplicables ante supuestos de determinación extrajudicial de la filiación; las relativas a la filiación consignada en documento público o la combinación de reglas aplicables a la filiación determinada judicialmente o mediante documento público. Igualmente se incorpora un protocolo sobre la posible filiación resultante derivada de un acuerdo de Gestación subrogada internacional (Ap.4).

El Informe incorpora en su Anexo I una Compilación de 17 Conclusiones adoptadas por la Comisión a lo largo del documento, que considero esenciales en el abordaje de una regulación sobre la Gestación subrogada desde el plano esencial del proceso cuando ya se ha producido el nacimiento y afecta a las gestaciones transfronterizas. En ellas se avala claramente la necesidad de establecer un Protocolo que garantice el reconocimiento de la filiación derivada de procesos de GS, cumpliendo una garantías y salvaguardas que garanticen los derechos de los afectados<sup>79</sup>.

<sup>78</sup> HCCH, CAGP 2023, MARS 2023. Doc. Prel. N°1. <https://assets.hcch.net/docs/476ac8f0-c9da-42b4-8f60-2592c1b2a05f.pdf> (consultado 2.3.2023). Hague Conference on Private International Law Conférence de La Haye de droit international privé secretariat@hcch.net www.hcch.net Regional Office for Asia and the Pacific (ROAP) Bureau régional pour l'Asie et le Pacifique (BRAP) Regional Office for Latin America and the Caribbean (ROLAC) Bureau régional pour l'Amérique latine et les Caraïbes (BRALC): Rapport final: Faisabilité d'un ou de plusieurs instruments de droit international privé sur la filiation.

<sup>79</sup> Quiero destacar aquí la relevancia de la conclusión 14 (como lo tienen también en resto de ellas) dentro de los planteamientos regulatorios que se plasman en este trabajo para el caso español. Conforme a la misma se señala (la traducción no literal es personal) que dentro de un protocolo adecuado deberían contenerse esencialmente el tipo de garantías y normas a incluir (condiciones para el reconocimiento, motivos de desestimación y obligaciones generales) así como la forma de incluirlas (de manera uniforme incluidas directamente en un protocolo o específicas de cada Estado incluidas indirectamente en un protocolo). El establecimiento de tales garantías constituye un desafío, pero constituyen la mejor garantía de protección de los derechos humanos de los menores y personas afectadas. Gran parte de los expertos consideraban que lo adecuado sería que cada Estado estableciera esas garantías porque ello le daría a los Estados la libertad de decidir si el marco legal de otro Estado parte es suficiente para hacer cumplir un protocolo con ese Estado.

Ciertamente, España regula la GS, la LTRHA declara nulo el contrato, ya lo hemos visto sobradamente. Pero sobra volver a decir que esta regulación es insuficiente para proteger los intereses de las partes afectadas, que es lo que hasta la saciedad se repite por los defensores de la prohibición regulatoria y por el propio TS en sus decisiones. Con una regulación que se para en el "primer escalón" se hace impensable ir más allá en el establecimiento de salvaguardas o garantías como las que refleja esta conclusión dentro del último Informe emitido por la Conferencia de la Haya sobre DIP. Esas salvaguardas son las que de manera confusa

Igualmente, la Asamblea General de Naciones Unidas en *el Informe de la Relatora Especial sobre la venta y la explotación sexual de niños, incluidos la prostitución infantil, la utilización de niños en la pornografía y demás material que muestre abusos sexuales de niños*, de 15 de enero de 2018 propone a todos los Estados que, si desarrollan normas que articulen estos contratos, lo hagan a la luz de la normativa de los derechos humanos internacionales<sup>80</sup>. La Asamblea aboga igualmente por el carácter altruista y no comercial de los contratos, en el entendimiento de que la subrogación comercial convierte a los niños en artículos de consumo, debiendo prohibirse la venta de niños (pfo.23) y explota a las madres de alquiler, siguiendo en este sentido el criterio de la Conferencia de la Haya Derecho Internacional Privado, en su informe preliminar de 2014 (“A preliminary report on the issues arising from international surrogacy arrangements”) (pfo.20). Igualmente se recomienda que la mujer gestante mantenga la potestad sobre los nacidos hasta el momento del parto, que se declare la idoneidad de los comitentes y que se pongan todos los medios necesarios para que se preserve el derecho a la identidad de los nacidos atendiendo a la protección esencial de su derecho a conocer sus orígenes<sup>81</sup>.

C) *La esencia de los 18 Principios de Verona de 2021 como indicativos de algunos requisitos que serían esenciales para el pleno reconocimiento del contrato de gestación por sustitución*

Sobre las premisas anteriores resulta esencial hacer referencia a los denominados “Dieciocho principios de Verona”, publicados en 2021 que, en esencia, deben destacarse

---

e incompleta ha venido desarrollando la DGRN (actualmente Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública - DGSJFP) a partir de su resolución de octubre de 2010 dando respuesta en alguna medida a los postulados que se recogen precisamente en el Informe de noviembre de 2022 que venimos comentando. Esas salvaguardas deberían precisamente incluirse en una legislación que regule de forma completa los diferentes “escalones” a los que aludimos aquí, porque sólo a través de esa regulación amplia y delimitadora se podrá garantizar lo que ahora no se está haciendo, por mucho que se quiera pensar que con los pronunciamientos del TS se están garantizando derechos de los menores nacidos o de las mujeres gestantes que los dan a luz.

<sup>80</sup> Informe de la Relatora Especial sobre la venta y la explotación sexual de niños, incluidos la prostitución infantil, la utilización de niños en la pornografía y demás material que muestre abusos sexuales de niños <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G18/007/74/PDF/G1800774.pdf?OpenElement> (fecha de consulta: 29.10.2022).

<sup>81</sup> En todo caso ahora la Comisión Europea propone que todos los países europeos reconozcan de manera igualitaria la filiación de los hijos de parejas LGTBI. De hecho, Bruselas plantea la creación de un “certificado europeo de parentalidad” que facilite trámites administrativos a las familias cuando se muden a otro país europeo. La Comisión Europea propone que todos los países de la UE reconozcan la filiación de hijos de parejas LGTBI | Sociedad | EL PAÍS ([elpais.com](https://elpais.com))(consultado el 7.12.2022). Vid concretamente: <https://eapil.org/2022/12/07/european-commission-proposal-for-a-regulation-on-private-international-law-rules-relating-to-parenthood/> (fecha de consulta 7.12.2022).

como representativos de los aspectos esenciales que un contrato de Gestación subrogada deberían contener para respetar y garantizar los derechos de la mujer gestante y los intereses de los menores, nacidos o por nacer <sup>82</sup>.

Desde 2013 el ISS (Servicio social Internacional) pidió una regulación internacional urgente de acuerdos sobre GS, lanzando una propuesta en 2016 para redactar un conjunto de Principios para guiar la política y la legislación, apoyado por la relatora especial de Naciones Unidas sobre la venta y explotación sexual de niños en 2018 (UN Doc. A/HRC/37/60). Se trataba con ello se sentar las bases para crear un consenso mundial para la protección efectiva de los derechos humanos de los niños, ante la ausencia de regulación o deficiente regulación en la materia que conforme se expone en los propios Principios, conduce a violaciones de derechos, esencialmente de los niños, habiéndose agravado el problema con la expansión de la GS.

La esencia de estos principios se encuentra en identificar las áreas más problemática y formular requisitos de procedimiento y salvaguardia para garantizar la protección de los derechos de los niños nacidos por GS. Y su finalidad era servir de herramienta para

---

<sup>82</sup> Principles for the protection of the rights of the child born through surrogacy (Verona principles) (*Maud de Boer-Buquicchio, UN Special Rapporteur on the sale and sexual exploitation of children (2012-2020). Wanchai Roujanavong, Thailand representative to ASEAN Commission on the promotion and protection of the rights of women and children (2017 – 2022). Rosa Maria Ortiz, CRC Committee member (2003-2010) and Inter-American commission on human rights (2012-2015) Publicados por la Secretaría general del Servicio Social Internacional (ISS). VeronaPrinciples\_25February2021.pdf (iss-ssi.org) (29.10.2022).*

Cabe señalar que desde determinados sectores feministas se ha planteado un llamamiento para condenar el Proyecto de Protocolo de la Conferencia de la Haya y los Principios de Verona, por considerar que pretenden fomentar la gestación subrogada transfronteriza (Así la Comisión para la investigación de la comisión de malos tratos para mujeres- <https://malostratos.org/llamamiento-para-condenar-el-proyecto-de-protocolo-de-la-conferencia-de-la-haya-y-los-principios-de-verona-que-pretenden-fomentar-la-gestacion-subrogada-transfronteriza/>- noticia 24 junio 2022. (consulta 29.10.2022). Igualmente, crítica es la Coalición Internacional para la abolición de la Gestación subrogada (<http://abolition-ms.org/es/nuestras-acciones/una-critica-feminista-a-los-principios-de-verona/>)

En función de ello piden, por el contrario, a los Estados:

1. Desaprobar el protocolo sobre la filiación en el contexto de la maternidad subrogada que se presentará en 2023 a los 85 Estados miembros de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado;
2. Ignorar los Principios de Verona como guía para ayudarles en su labor legislativa;
3. Mejorar su legislación para tratar la maternidad subrogada como un delito de violencia contra las mujeres, ya sea perpetrado dentro o fuera de su territorio, sobre la base del artículo 3 del Convenio de Estambul;
4. Comprometerse a incluir una perspectiva feminista (basada en el artículo 6 del Convenio de Estambul) en la aplicación y evaluación de los convenios que ratifiquen, y a promover y aplicar políticas de igualdad de género que reconozcan que determinados tipos de violencia afectan de forma desproporcionada y exclusiva a las mujeres;
5. Combatir este tipo de delito que afecta tanto a los niños y niñas como a las mujeres, reforzando la colaboración transnacional para acabar con la explotación reproductiva;
6. Promover el proyecto feminista de la convención internacional por la abolición de la maternidad de sustitución, propuesto por CIAMS (Coalición Internacional por la Abolición de la Maternidad de Sustitución).
7. Contribuir a la inclusión de la maternidad de sustitución como una forma de violencia contra las mujeres, similar a la trata, en las legislaciones nacionales y en las convenciones internacionales, como el Convenio de Estambul.



identificar las respuestas legislativas apropiadas al nuevo desafío de los derechos de los niños. Por ello, independientemente de la postura permisiva o prohibitiva que tengan los Estados, deben crearse salvaguardas para garantizar los derechos de los niños. En este sentido se redactan tales principios, destinado a la reflexión más allá de las emociones y los puntos de vista preconcebidos.

Sobre la línea indicada, apuntamos algunos de los aspectos que tendría que contener necesariamente cualquier relación contractual entre comitentes y mujer gestante y que deberían asumirse tanto por los países que legislan positivamente el proceso como aquellos que lo prohíben en aras de esa protección de los intereses superiores en juego. Obvio es señalar que, si partimos de la nulidad del contrato en el primer o segundo escalón analizados, sobraría técnicamente la referencia a las condiciones a respetar.

Por ello me parece esencial tomar en consideración estos principios como instrumento legislativo por parte de cualquier Estado que llegue a legislar positivamente sobre la materia, tanto en cuanto al contenido que ha de cubrir cualquier tipo de contrato como las medidas que deben guiar legalmente la actuación del poder legislativo. Estaríamos hablando en definitiva de establecer “un piso mínimo” que sirva de referente regulatorio y del establecimiento de pautas o guías de actuación en la elaboración del clausulado de los contratos o acuerdos de GS. A ellos nos referimos brevemente a continuación.

#### **a) Principios relacionados con la protección del interés superior del menor**

1. *Protección de la dignidad humana independientemente de las circunstancias de su nacimiento*, lo que implica la prohibición de los acuerdos de subrogación que promuevan o constituyan tráfico y explotación de niños. Como garantía de ellos se propone la necesaria supervisión por parte de la intervención judicial o de las autoridades competentes al efecto.
  - ✓ Se pone de manifiesto el impacto en los derechos humanos de los niños cuando los acuerdos de gestación tengan carácter comercial o cuando no haya relación genética con uno o ambos progenitores.
  - ✓ Se pone de manifiesto que no existe el derecho a tener un niño otorgado por las leyes internacionales (P.1).
2. *El niño como titular independiente de derechos* (P.2).
  - ✓ Los estados deben garantizar que todo niño nacido de GS pueda reclamar y beneficiarse de todos los derechos previstos en la Convención sobre derechos del niño durante toda su infancia y otros instrumentos internacionales en igualdad con el resto de los niños (especial atención al registro de nacimiento y a la identidad: nombre, nacionalidad y relaciones familiares en especial).
  - ✓ Se pone de manifiesto el derecho posterior al nacimiento a ser representado de manera independiente por un tutor legal u otra autoridad competente/ Derecho a protección social.

3. *Derechos de los niños a no ser discriminados* (P.3).

- ✓ Los estados deben adoptar las medidas necesarias para evitar tal discriminación por razón de su nacimiento o circunstancias de este, especialmente:
  - a. Tanto si se permite o no la GS.
  - b. Si el menor se ha registrado o no.
  - c. Si se ha establecido la filiación legal o no.
  - d. Si se ha determinado o no su nacionalidad.
  - e. Estado de salud o discapacidad.
  - f. Si ha sido víctima de venta, tráfico o explotación.
  - g. Sea cual sea la situación de la gestante o los futuros padres.

4. *Derecho del niño a la salud* (P.4).

Los estados que permiten la GS deben asegurar la existencia de requisitos y normas reglamentarias para garantizar la utilización de material reproductivo del padre o padres de intención, detección de enfermedades o trastornos genéticos e información a los progenitores y mujer gestante, incluida la existencia de un seguro de salud disponible para los nacidos por GS. Deberán adoptarse en los acuerdos de gestación criterios para valorar la idoneidad de los padres de intención y su preparación para la adopción de medidas médicas adecuadas incluso en los nacimientos de niños con necesidades especiales o discapacidad. Ello alcanza a la atención médica prenatal y postnatal sin coste alguno para la mujer gestante.

5. *Actuación atendiendo siempre al interés superior del niño* (P.6).

- Ello constituye la base de todas las actuaciones y decisiones, incluidos los acuerdos previos a la gestación.
- Se pone de manifiesto la necesidad de actuación por parte de la autoridad competente del Estado del nacimiento en relación con la filiación, responsabilidades parentales u otras medidas de protección del niño cuando no han existido acuerdos previos/ cuando la gestante, conforme a las leyes nacionales es la madre y ha de producirse la transferencia de la paternidad legal/ cuando existe conflicto entre las partes o cuando se dan circunstancias sobrevenidas que impidan (no se puede o no se quiere) atender al niño, o indicios de tráfico o venta del niño. Ello implica la necesidad de existencia de control por el estado de destino cuando la legislación no permite el acuerdo de GS.
- Tener en cuenta tal interés supone valorar:

- a. Las intenciones de las partes.
  - b. Los vínculos genéticos del niño con cada una de las partes.
  - c. Las relaciones familiares.
  - d. La idoneidad y capacidad de las partes y valor de la unidad familiar.
  - e. Los deseos y sentimientos comprobables del niño, características, necesidades físicas y de salud mental.
  - f. La transparencia y función de los intermediarios.
6. *Determinación de la filiación, parentesco legal y responsabilidades parentales* (P.10).
- ✓ Asistencia de los Estados para garantizar las responsabilidades de los padres de intención.
  - ✓ Diferente tratamiento entre los Estados que permiten la GS en relación con estos aspectos: *Los que no la permiten, pero se ven afectados deben garantizar la existencia de un marco legal para que rija la paternidad y responsabilidad de los progenitores en relación con los niños nacidos de GS: garantizar la existencia de uno o más padres legales al nacer.*
  - ✓ En cuanto a la determinación legal de la filiación de los nacidos, a) cuando la madres sustituta sea la madre legal por ministerio de la ley: necesidad de existencia de mecanismo legal que lo permita posterior al nacimiento/ determinación legal de la paternidad y responsabilidad parental posterior; b) cuando la madre sustituta no lo sea por ministerio de la ley: se debe proporcionar procedimiento expedito entre el que se encuentra que el Estado de destino garantice atribuir la paternidad y responsabilidad parental solo si la gestante presta su consentimiento y así se considera atendiendo al posterior interés superior de los nacidos.
  - ✓ *Transferencia de la paternidad legal: de forma urgente por autoridad competente en el Estado del nacimiento ante la ausencia de acuerdos previos, el conflicto de intereses entre las partes, existencia de imprevistos (no se quiere o no se puede cuidar al niño) o existen informes posteriores negativos.*
  - ✓ *Actuación de las autoridades competentes para determinar los supuestos de responsabilidad parental sobre los niños incluso en el periodo inmediatamente posterior al nacimiento.*
7. *Derecho a la Identidad y al acceso al conocimiento de los orígenes* (P.11).
- ✓ Derecho del nacido a su identidad (nombre, nacionalidad y familia) y con ello a preservar su identidad.
  - ✓ Derecho de acceso a la información concerniente a su identidad.

- ✓ La información sobre la madre sustituta dependerá de su aceptación a dar cuenta de ello a los nacidos.
- ✓ Se deben alentar los acuerdos de subrogación abierta para garantizar los derechos a la identidad y acceso a los orígenes de los nacidos. Los Estados han de fomentarlo y garantizar la conservación de toda la información a través de un sistema adecuado de registro.

8. *Notificación del nacimiento, inscripción registral y certificación de nacimiento* (P.12).

- Al margen de las circunstancias de nacimiento del niño, este debe ser rápidamente notificado y registrado por la autoridad del país de nacimiento (incluido el padre extranjero o desconocido). Debe existir información completa registrada acorde con la ley de protección de datos.
- Obligación de emitir certificado de nacimiento.
- Derecho a la privacidad (en relación con los datos completos registrados).

9. *Prevención de la apatridia* (P.13).

- ✓ Todos los niños tienen derecho a una nacionalidad. Los Estados deben impedir la apatridia como parte del derecho a la identidad, con independencia de las circunstancias de nacimiento.
- ✓ Para evitar la apatridia: a) Si la filiación legal es establecida por un Estado, este debe aplicar sus disposiciones en las mismas condiciones que cualquier otro niño, b) en caso contrario se alienta a los progenitores a brindar la asistencia necesaria para garantizar que el niño la obtenga, c) los estados deben otorgar la nacionalidad a un niño nacido en su territorio, d) los estados de que sea nacional la madre sustituta deben otorgar dicha nacionalidad aunque otros estados relacionados con la GS deberían considerar la concesión discrecional de la nacionalidad al niño; e) *Los Estados han de garantizar una visa de permanencia en el estado de nacimiento para permanecer en él o viajar desde el hasta que se determine la nacionalidad.*

10. *Prevención y prohibición de la venta, explotación y tráfico de niños* (P.14).

- Los estados deben prohibir los acuerdos de subrogación que supongan venta o tráfico de niños. ¿Se puede separar el pago por los servicios del pago por la transferencia del menor...? Esta es una cuestión que debe ser objeto de estudio por el legislador en sus regulaciones.
- Trascendencia del derecho de la gestante a revocar el consentimiento posterior al nacimiento para transferir la filiación, así como de la necesidad de ausencia de vinculación genética con el niño. No aceptación de los acuerdos de Gestación Subrogada tradicional.

**b) Derechos de la mujer gestante relacionados con las garantías en a) la adopción del acuerdo, b) con el proceso de gestación (lo más preocupante) y c) con el nacimiento y periodo posterior). El Valor, alcance y contenido de los consentimientos (P. 7, 8 y 9)**

1. Consentimiento de la mujer gestante.

- ✓ Debe estar en disposición de tomar decisiones independientes, informadas y libres, en cuanto a los aspectos legales, sociales, financieros y médicos (debe garantizarse que lo anterior ocurra).
- ✓ Existencia de un consentimiento médico absolutamente informado con los asesoramiento e información completa para que sea absolutamente libre sobre todas las consecuencias, efectos y complicaciones posibles/ Control sobre su propio cuerpo/ condiciones del parto y circunstancias de este.
- ✓ Debe existir información completa relativa a los acuerdos con la clínica o agencia que facilite el procedimiento (acuerdos financieros, selección y conocimiento de los padres de intención, información detallada durante todo el proceso/ transferencia de la filiación legal).

2. Consentimiento de los padres de intención o comitentes.

- ✓ Libre, formal y registrado, consciente y sin coacciones. Debe extenderse a todo el proceso y aspectos legales, médicos, sociales o económicos.
- ✓ Evaluación de su capacidad e idoneidad.
- ✓ Posibilidad de conocer a la madre sustituta.

3. Consentimiento de los donantes del material genético.

- ✓ Consentimiento informado y libre de todos los asuntos vinculados, escrito y registrado en el idioma del donante.
- ✓ Requisitos del donante (edad, capacidad cognitiva para la toma de decisiones).
- ✓ Información transparente de todos los aspectos del proceso.

**c) Medidas preventivas: protección previa a la gestación subrogada (P.5)**

- ✓ Debe existir un marco claro y previo para los acuerdos previos al momento de llevar a cabo el proceso de fecundación de la mujer gestante, que promueva preventivamente el respeto de los derechos de los niños (exámenes previos, consentimiento informado etc..) proporcionados por profesionales independientes.
- ✓ En los Estados que permitan la subrogación, todos los arreglos deben ser gratuitos para la mujer gestante y correr a cargo de los futuros padres si no están cubiertos de otra manera.

- ✓ *Necesidad de existencia de previsiones legales concretas* destinadas a minimizar los riesgos del desacuerdo (asesoramiento legal independiente para la mujer gestante, verificación de antecedentes penales de futuros padres y mujeres gestantes, registro de las intenciones de ambas partes incluyendo reconocimiento de la gama de posibles resultados adversos y toma de decisiones durante el acuerdo así como la existencia de consentimiento por parte de los proveedores del material reproductivo).
- ✓ *Previsión de atención ante los problemas Psico-Sociales:* Evaluación idoneidad psico-social y asesoramiento de apoyo por parte de profesionales independientes cualificados que evalúen la situación de las partes, la falta de coerción y explotación, la comprensión de los acuerdos legales y financieros, antecedentes de las partes, situación y consentimiento de la pareja e hijos de la gestante y previsiones de relación entre gestante y progenitores.
- ✓ *En relación con la idoneidad de los padres, se sugiere para su determinación* la toma en consideración de antecedentes de estos, previsión de actuación ante situaciones imprevistas, salud mental y física, estabilidad de las relaciones y sistema de apoyo en el hogar, capacidad económica para el desarrollo emocional y social del niño, información sobre los orígenes del niño y expectativas de relación futuras con la mujer gestante y comprensión del marco legal.
- ✓ Intervención de autoridad judicial –o la competente– del estado del nacimiento cuando no ha habido acuerdos previos.

**d) Cuestiones relacionadas con las circunstancias de ejecución del contrato y prestaciones de las partes, así como de intervención de organismos mediadores y garantías en el cumplimiento de las condiciones. Compromisos entre los Estados**

1. *Transparencia en las gestiones económicas* (P.15).

- ✓ Los Estados deben tomar medidas para evitar ganancias financieras en relación con la GS.
- ✓ Los Estados que permitan la GS deben exigir transparencia y rendición de cuentas de las transacciones (cuentas escritas que identifique honorarios por cada prestación, puestas a disposición de las autoridades o tribunales).
- ✓ Los intermediarios no deben recibir retribuciones irrazonablemente altas.

2. *Situación de los intermediarios* (P.16).

- En los Estados donde se permite la GS deben estar autorizados y regulados y sometidos a evaluación y valoración periódica.
- Deben establecerse criterios para autorizar la actuación de los intermediarios: probidad financiera y administrativa, competencias relevantes, legalidad de los

acuerdos contractuales y sometimiento a estándares éticos de sus operaciones, así como capacitación adecuada.

- Prohibición a los intermediarios de publicitar sus servicios donde los mismos estén prohibidos por ley.

### 3. *Responder ante desarrollos inesperados en los acuerdos de subrogación.*

- ✓ Necesidad de garantía del funcionamiento de los sistemas de protección infantil ante acontecimientos repentinos e inesperados: conflicto respecto de los acuerdos/ imposibilidad querida o forzada de atención al menor/ aparición de prácticas ilícitas en el proceso/situaciones de emergencia y cambios sociales, políticos y legales.
- ✓ La mayor vulnerabilidad de los menores exige actuación inmediata de la autoridad/ activación de medidas inmediatas que garanticen el bienestar del niño/ fomento servicios de mediación/ dictar ordenes de tutela ante la inacción de padres o madre sustituta conforme a directrices ONU.
- ✓ Actuación ante prácticas ilícitas de carácter inmediato.

### 4. *Cooperación entre los Estados, regiones y autoridades locales.*

- ✓ Obligación de los Estados de proporcionar información sobre las leyes y disposiciones relacionadas con la GS.
- ✓ Disuadir las prácticas contrarias a los objetivos de estos principios.
- ✓ La GS debería permitirse en los acuerdos Internacionales, cuando se garantice la paternidad legal de al menos uno de los padres, la adquisición de la nacionalidad y el disfrute pleno de los derechos de los niños.
- ✓ Se alienta a los Estados a celebrar instrumentos bilaterales o multilaterales relacionados con la G.S, la adhesión al convenio de la Haya sobre jurisdicción, ley aplicable, reconocimiento y ejecución y cooperación en materia de responsabilidad parental y medidas para la protección de los niños de 19.10.1996.

## III. REFLEXIONES FINALES

Tras analizar la regulación de la Gestación subrogada y la situación actual en España donde se establece la nulidad del contrato de Gestación subrogada, con o sin precio, por lo que la maternidad viene determinada por el parto y tras analizar el desarrollo que jurisprudencialmente ha tenido, consideramos que es necesario dar una regulación más completa de la materia para llegar a proteger efectivamente los intereses en juego, especialmente los de la persona gestante y los de los niños nacidos como consecuencia de tal proceso —en esencia los nacidos a través de una gestación subrogada transfronteriza—.

Para acometer este estudio y llegar a la concusión anterior hemos partido del análisis de la relación que se entabla en un proceso de gestación subrogada a la luz de la normativa general aplicable a los negocios jurídicos, en tanto en cuanto el propio legislador en el artículo 10 de la LTRHA parte precisamente de su aplicación, al sancionar con la nulidad el contrato por el que se convenga la misma. Todo negocio, todo contrato requiere para su validez de causa, objeto cierto y acuerdo de voluntad de las partes, del consentimiento libremente prestado por las partes. Por otro lado, las partes pueden pactar y establecer todo tipo de cláusulas y condiciones que no sean contrarios a la ley, la moral o el orden público. Partiendo de lo indicado hemos realizado un estudio del cumplimiento de tales exigencias trasladado al negocio jurídico por el que se convenga una gestación subrogada, creando de manera ficticia la existencia de tres escalones distintos donde encajar los elementos esenciales de la relación contractual, situando comparativamente diferentes ordenamientos jurídicos que normativamente se ubicarían en uno u otro de los escalones. Estos van desde la prohibición o declaración de nulidad *ex lege* de la gestación subrogada —*primer escalón*— tal y como prevé el ordenamiento español, a la admisión de la validez del acuerdo de voluntades de las partes que “*per se*” no tiene que ser nulo, sino que se haga depender del cumplimiento de los requisitos para la prestación de un válido consentimiento —*segundo escalón*— donde se situaría por ejemplo el ordenamiento portugués (se hace depender la validez del contrato de cómo se preste el consentimiento-revocable o no, sobre negocio gratuito o comercial en cuanto esto puede afectar a la autonomía de la persona gestante). Constituye *el tercer escalón* el que considero el ámbito regulatorio más garantista de los derechos de las partes en el proceso (gestante, niño/a nacido o por nacer y comitentes) donde partiendo de la validez del negocio sobre la existencia de un “*piso mínimo*” regulatorio, lo que modula la protección de los derechos de las partes es el clausulado, los pactos y las condiciones que se establezcan por las partes.

Situados en el ámbito antes descrito, sirven de guía a nivel interno e internacional los criterios que viene fijando la Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado cuyo último informe emitido en noviembre de 2022 marca las condiciones que deberían respetar los diferentes ordenamientos jurídicos para dar respuesta a los supuestos de gestación subrogada transfronteriza. En estos casos el interés prevalente a proteger será y es el del niño ya nacido, que se eleva por encima de los otros, tal y como ha dejado claro el TEDH pese a pronunciarse en contra de los acuerdos de gestación subrogada. Igualmente han de tenerse en cuenta los Principios de Verona de 2021, no por su fuerza vinculante, que no la tienen, sino por el alcance que pueden tener como “*hoja de ruta*” de lo que deben tener en cuenta las partes al convenir un proceso de gestación subrogada.

Hemos de concluir igualmente que no procede dar un tratamiento idéntico a todos los supuestos en los que se conviene la gestación subrogada. La evidencia de esas diferencias se ha puesto de manifiesto en este trabajo, al hilo de la casuística planteada ante los tribunales y la admitida por los diferentes ordenamientos jurídicos. Son variadas y diferentes las circunstancias que pueden y deben influir para valorar y reconocer su eficacia, desde la gratuidad frente a la comercialización, el carácter homólogo o heterólogo de la fecundación que se produzca (subrogación tradicional o gestacional), hasta los supuestos de gestación



subrogada solidaria que, aunque más minoritarios constituyen curiosamente un referente a tener en cuenta en ordenamientos donde aún no existiendo prohibición ni regulación, ha sido la salida natural de los procesos de gestación subrogada (sirva de ejemplo los casos resueltos en países como Argentina, Chile o Puerto Rico antes de su regulación en el CC de 2020). Igualmente consideramos esencial que exista un control judicial o de autoridad que ratifique el alcance de los acuerdos de la misma forma que se requiere esta intervención en los procesos de familia donde la contraposición de intereses en juego afecta a personas que puedan quedar más desprotegidas. En todo caso solo estableciendo una regulación “de tercer escalón” será posible garantizar la protección de los derechos de las personas gestantes, menores y comitentes o padres de intención. Solamente a través de esa labor de elaboración y revisión de la regulación de forma completa en la materia se podrá conseguir una protección que en estos momentos es insatisfactoria y claramente deficiente.

La única forma realista de romper con el círculo que conduce a la posible vulneración de los derechos de la mujer gestante y de los nacidos, no se encuentra en la declaración de nulidad o prohibición del contrato, que no siempre lo tiene que ser, sino en establecer una regulación que controle precisamente lo que a través de la nulidad se trata de sancionar sin resultados positivos, a lo que parece, hasta la fecha. Por ello en este trabajo se ha tratado de señalar cuáles serían los elementos que, bajo una legislación permisiva, conducirían a la protección que precisamente se pretende conseguir, sobre todo teniendo en cuenta dos realidades que en este momento no se pueden soslayar: Una, que seguirán existiendo países que permite abiertamente esta práctica, a veces con control real y con medidas de protección garantistas y otras sin tales medidas protectoras. La segunda realidad viene de la mano del TEDH y precisamente como consecuencia de esos procesos de gestación subrogada llevados a cabo en países permisivos donde la posición del TEDH no puede ser más clara: los menores nacidos como consecuencia de estos procesos han de ser objeto de protección a través del reconocimiento de filiación respecto de los progenitores biológicos o a través de la adopción o cualquier otra medida que suponga la protección de los intereses de los nacidos y su no discriminación respecto de los demás. Sigamos debatiendo sobre ello, porque la herida sigue abierta y con la negación siguen sin protegerse los derechos de las partes implicadas.