

LA GESTACIÓN SUBROGADA: UNA PROBLEMÁTICA POR RESOLVER EN ESPAÑA

*SURROGACY: A PROBLEM TO BE SOLVED IN SPAIN*

CARLA PLA DÍAZ  
Graduada en Derecho  
Universitat de València

*RESUMEN: El art. 10 LTRHA se limita a declarar la nulidad de pleno derecho de los contratos por medio de los cuales se estipula la gestación subrogada, por lo que no ofrece soluciones a la problemática que, actualmente sigue produciendo dicha práctica. Por lo cual, debido a la insuficiente regulación de la gestación por sustitución, los tribunales y la DGSJFP se han visto obligados a ofrecer soluciones al respecto de forma casuística, lo que genera soluciones dispares y más controversias. En este trabajo se aborda dicha problemática y las consecuencias que se generan al respecto, así como la regulación de la gestación subrogada a nivel internacional como en España; además de una referencia a la inscripción de los menores fruto de dicho procedimiento de gestación en el Registro Civil español y al interés superior del menor.*

*PALABRAS CLAVE: gestación subrogada, contrato, nulidad, interés superior del menor, inscripción, Registro Civil.*

*ABSTRACT: Art. 10 LTRHA is limited to declaring the nullity of the contracts by means of which surrogacy is stipulated, so it does not offer solutions to the problems that currently continue to produce this practice. Therefore, due to the insufficient regulation of surrogacy, the courts and the DGSJFP have been forced to offer solutions in a casuistic way, which generates disparate solutions and more controversies. This study addresses this problem and the consequences that are generated in this regard, as well as the regulation of surrogacy at international level and in Spain; in addition to a reference to the registration of minors resulting from this procedure of gestation in the Spanish Civil Registry and the best interests of the child.*

*KEY WORDS: surrogacy, contract, nullity, best interests of the child, registration, Civil Registry.*

**SUMARIO:** I. CONSIDERACIONES PRELIMINARES. II NATURALEZA Y PROBLEMAS JURÍDICOS. III. LA GESTACIÓN SUBROGADA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL. 1. El art. 10 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida. 2. El interés superior del menor. 3. Aspectos éticos. IV. EL CONTRATO DE GESTACIÓN SUBROGADA. 1. Concepto, causa y objeto. 2. Sujetos. 3. Consentimiento y su revocación. 4. Gratuidad/onerosidad. 5. Efectos del contrato. V. ACCESO AL REGISTRO CIVIL ESPAÑOL DE LOS NACIDOS POR MEDIO DE LA GESTACIÓN SUBROGADA. 1. Doctrina de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública. A) Resolución de 18 de febrero de 2009. B) La Instrucción de 5 de octubre de 2010. C) Instrucción de 19 de febrero de 2019. 2. Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia núm. 949/2011 de 23 de noviembre. Caso San Diego (California). 3. La Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1ª, de 6 de febrero de 2014 y el Auto

del Tribunal Supremo núm. 335/2015 de 2 de febrero de 2015. 4. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos. A) Caso Mennesson y Labassee contra Francia. B) Caso Paradiso y Campanelli contra Italia. VI. CONCLUSIONES. VII. BIBLIOGRAFÍA. VIII. ANEXO DE LEYES Y JURISPRUDENCIA.

#### I. CONSIDERACIONES PRELIMINARES.

Según la Real Academia Española, el término “maternidad” proviene de materno y significa “estado de cualidad de madre” y “subrogar” implica sustituir o poner a alguien o algo en lugar de una persona o cosa. Por ello, la maternidad subrogada consiste en aquella situación en la que “una mujer gesta o lleva en su vientre a un niño para otra mujer con la intención de entregárselo después de que nazca”<sup>1</sup>.

En términos generales, la gestación subrogada se puede definir como el acuerdo en virtud de la cual una parte (que puede estar compuesta por una sola persona o una pareja, independientemente del sexo o vínculo existente entre los mismos) estipula con la otra (una mujer fértil) la gestación de los hijos futuros de la primera parte, siendo esto el objeto de dicho contrato. Con ello, el resultado del acuerdo varía en función del origen del material biológico, así como de la incidencia de terceros en la prestación de este<sup>2</sup>.

En esta línea doctrinal también se pronuncia la Audiencia Provincial de Valencia (Sección 10<sup>a</sup>), en su Sentencia de 23 de noviembre de 2011, donde señala que la gestación por sustitución “consiste en un contrato, oneroso o gratuito, a través del cual una mujer consiente en llevar a cabo la gestación, mediante técnicas de reproducción asistida, aportando o no también su óvulo, con el compromiso de entregar el nacido a los comitentes, que pueden ser una persona o una pareja, casada entre sí o no, que a su vez pueden aportar o no sus gametos”.

Por consiguiente, existe una gran variedad de términos utilizados para describir un mismo procedimiento. Entre otros: “gestación por subrogación”, “gestación subrogada”, “maternidad subrogada”, “gestación por sustitución”, “alquiler de útero”, “vientres de alquiler”, “madres suplentes”. Así, todos ellos actúan como sinónimos entre sí, implantándose en nuestra sociedad y consiguiendo adquirir cierta legitimidad social y jurídica<sup>3</sup>.

Por tanto, existen diferentes formas de realizar el proceso de gestación subrogada. No obstante, todas ellas tienen un mismo denominador en común: es la mujer quien, a solicitud

---

<sup>1</sup> CASADO, M. e IBÁÑEZ, M: “Reflexiones legales y éticas en torno a la maternidad subrogada”, en *Revista española de medicina legal*, 2013, núm. 40, pp. 59-62.

<sup>2</sup> VICANDI, A.: “El futuro de la maternidad subrogada en España entre el fraude de ley versus orden público internacional”, en *Gestación subrogada. Principales cuestiones civiles, penales, registrales y médicas. Su evolución y consideración (1988-2019)*, Dykinson S.L, Madrid, 2019, pp. 304-319.

<sup>3</sup> *Ibidem*.

de o de acuerdo con otra persona, asume quedar embarazada y dar a luz a un niño para la otra parte, que es quien desea tener hijos y ser reconocida como padre o madre del niño en cuestión. Sin embargo, no es necesario que se lleve a cabo mediante una técnica de reproducción humana asistida, sino que también cabe que la misma se produzca mediante el encuentro sexual. Así, dependiendo de la procedencia del óvulo y del espermatozoide, se pueden dar diferentes modalidades de gestación subrogada. Por una parte, en el caso del óvulo, éste puede proceder de tres mujeres diferentes: la que gesta el embrión, la que desea tener el hijo u otra distinta. En el caso del espermatozoide, éste puede proceder del varón que desea ser padre o de un donante<sup>4</sup>. Con ello, se pueden llevar a cabo tres situaciones en atención a la procedencia de los gametos:

Por un lado, podemos hablar de la gestación subrogada sin donación, la cual recibe el nombre de fecundación homóloga. Se produce cuando el material genético procede de las personas que desean tener el hijo. En este caso, quienes encargan la gestación comparten con el niño el material genético en su totalidad. Por otro lado, también se puede producir aquella situación en la que sea necesaria una donación parcial, bien sea del óvulo o del espermatozoide. La donación puede proceder de una persona anónima que ha decidido entregar sus gametos de forma gratuita o a cambio de una compensación; o, en el caso de los óvulos, de la mujer que va a llevar a cabo la gestación, convirtiéndose ésta en la madre biológica del nacido. Esta modalidad se denomina fecundación heteróloga. En último lugar, puede darse el caso en el que se necesite la donación tanto del óvulo como del espermatozoide (embrio-donación). En este supuesto, las personas que desean tener hijos no tienen relación genética alguna con el futuro niño<sup>5</sup>.

En consecuencia, en un mismo procedimiento de gestación subrogada, se pueden ver implicadas distintas personas entre las que se encuentran: la madre y padre biológicos (que son quienes aportan óvulos y espermatozoides); la mujer gestante (que es quien lleva a cabo el embarazo y el parto) y, por último, la persona o pareja que desean tener el niño.

Asimismo, la gestación subrogada también se puede clasificar en atención de la retribución económica que la mujer gestante recibe. Así, se puede diferenciar la gestación lucrativa de la altruista. El linde entre una y otra es confuso, puesto que, en el supuesto de la gestación altruista con carácter general, se suele incluir el pago de una especie de compensación por los gastos que el embarazo y el parto ocasionan y, además, por la pérdida de ingresos que la mujer experimenta durante ese tiempo. Otro criterio de clasificación es en base al lugar donde se encuentra la mujer gestante y las personas comitentes<sup>6</sup>. Aquí entra en juego el denominado turismo reproductivo. Éste consiste en la práctica en la que los pacientes que viajan desde sus países de origen a otros países para ahorrar en costes sanitarios recibiendo un tratamiento

---

<sup>4</sup> MARTÍNEZ, L.: *Gestación subrogada. Capitalismo, patriarcado y poder*, Pepitas, Logroño, 2019, pp. 14-15.

<sup>5</sup> Aquí podemos encontrarnos con la intervención de tres personas en el proceso de gestación: una primera mujer que es aquella que dona los óvulos, otra que aporta su útero y finalmente, un tercero que es quien aporta los espermatozoides.

<sup>6</sup> GARCÍA AMEZ, J. y MARTÍN AYALA, M.: “Turismo reproductivo y maternidad subrogada”, en *Extraordinario XXVI Congreso*, 2017, núm. 27, p. 202.

médico cubierto por el sistema sanitario de ese país o a costa de su aseguradora; o bien para acceder a un servicio que es ilegal o que no está disponible en su país de origen<sup>7</sup>.

Por todo ello, la aparición de la gestación subrogada ha introducido un cambio fundamental en la forma de entender la maternidad, una ruptura en las funciones que se consideraban propias de la maternidad biológica: la gestación, parto y crianza de un niño ya no es algo que debe realizar la madre biológica sino que en dicho proceso pueden incluirse hasta cuatro personas: la mujer que dona óvulos, la que gesta el feto, la que encarga la gestación y asume la crianza y la que se ocupa del menor en el caso de que éste quede desprotegido.

Esta cuestión ejemplifica la problemática que supone que la ciencia, en este caso las técnicas de reproducción humana asistida, avance de forma más rápida que el Derecho, teniendo ello como consecuencia, en lo que concierne a la materia de la gestación por sustitución, la intervención de los Tribunales y de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública (en adelante DGSJFP)<sup>8</sup>. Precisamente, se ha generado polémica al respecto debido a la insuficiente regulación de la gestación subrogada en España, puesto que solo existe un artículo que la regula: el art. 10<sup>9</sup> de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida<sup>10</sup> (en adelante, LTRHA). Por ende, al ser insuficiente la normativa que regula dicha práctica, ha sido necesaria la intervención de nuestros Tribunales, los cuales han tenido que adoptar soluciones de forma casuística, produciéndose una gran controversia doctrinal y jurisprudencial.

Si nos basamos en lo dispuesto en la Instrucción de 18 de febrero de 2019 de la DGSJFP<sup>11</sup>, la cual señala que “sería necesaria una actuación internacional coordinada para hacerle frente de forma eficaz. En tanto no se disponga de ese claro marco internacional y sin perjuicio de la adopción de las medidas oportunas y más contundentes para atajar esta práctica en España, se debe tratar el fenómeno con el necesario rigor”; se extraen las siguientes cuestiones: ¿es la gestación subrogada una problemática por resolver actualmente en España? ¿Es necesaria una regulación completa al respecto para no dejar en manos de los Tribunales las soluciones jurídicas de cada caso? ¿Cuáles son los diferentes intereses en juego?

---

<sup>7</sup> Los países donde está permitida la gestación subrogada son: Canadá, Reino Unido, Portugal, Grecia, Tailandia, Rusia, Ucrania, EE. UU., India. Por el contrario, entre los países donde no está permitida, se encuentran Alemania, Francia e Italia.

<sup>8</sup> VICANDI, A.: “El futuro”, cit., pp. 304-319.

<sup>9</sup> El art. 10 de la LTRHA determina que: “1. Será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero. 2. La filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto. 3. Queda a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales.”.

<sup>10</sup> Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, «BOE» núm. 126, de 27 de mayo de 2006. Recuperado de: <https://www.boe.es/eli/es/l/2006/05/26/14/con>

<sup>11</sup> Instrucción de 18 de febrero de 2019, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre actualización del régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución, «BOE» núm. 45, de 21 de febrero de 2019, páginas 16730 a 16730 (1 pág.). Recuperado de: [https://www.boe.es/eli/es/ins/2019/02/18/\(1\)](https://www.boe.es/eli/es/ins/2019/02/18/(1))

## II. NATURALEZA Y PROBLEMAS JURÍDICOS.

De la propia definición de gestación subrogada se desprende la clara naturaleza contractual que dicho procedimiento presenta. Sin embargo, dicha naturaleza ha sido debatida. Según LLEDÓ YAGÜE<sup>12</sup>, el contrato que estipula dicha técnica de reproducción es completamente ilícito, lo que tiene como consecuencia la nulidad del mismo. Los razonamientos expuestos a tal consideración son los que a continuación se describen.

Por un lado, el ser humano en sí mismo no puede constituirse como objeto del contrato, y ello es lo que sucede con la estipulación de la gestación subrogada. Así, el objeto no es lícito, puesto que la capacidad para generar o procrear es una materia indisponible o intransmisible para las partes. Son materias “intuitu personae”, afectas como indelegables. El ser humano es tratado como una mercadería, produciéndose una violación de la dignidad del propio ser humano: el individuo no debe ser considerado como una “res intra commercium”, esto es, como “algo” sino que debe ser tratado como “alguien” el cual conforma una finalidad per se.

Con todo ello, el contrato podría clasificarse en la categoría de arrendamiento de servicios (ex art. 1544 del Código Civil<sup>13</sup>, en adelante CC) si consideramos que la mujer gestante se obliga a llevar a cabo una actividad -presta su vientre-, conllevando ello a la nulidad del contrato, ya que el objeto del mismo sería la persona. Sin embargo, a la prestación del servicio se le añadiría la ejecución de un hacer, que es la entrega del niño fruto de la gestación. Sin embargo, atendiendo al resultado obtenido con el contrato, se podría calificar como un arrendamiento de obra debido a que la finalidad teleológica de dicha estipulación es la obtención de un resultado -el niño- como consecuencia del procedimiento de gestación que se ha ejecutado.

Por tanto, no parece que encaje con el ordenamiento jurídico español la pretensión de transformar la facultad de gestar una nueva vida humana en materia disponible. Así, el problema que se puede producir con ello es cómo conciliar el objeto de este contrato en el ordenamiento jurídico. Existen al respecto diferentes posiciones sostenidas.

Por un lado, están quienes alegan como argumento base el derecho fundamental a la procreación, pero ¿puede elevarse a la categoría de derecho el deseo de paternidad/maternidad? Además, quienes defienden esta misma postura se acogen a la gratuidad del negocio para excluir la instrumentalización y patrimonialización, materias que

---

<sup>12</sup> LLEDÓ YAGÜE, F. y GUTIÉRREZ BARRENENGOA, A.: “La gestación subrogada. Luces y sobras de la legislación actual. Su prohibición versus la posibilidad de una admisión de supuestos en el futuro”, en *Nuevos Horizontes y perspectivas para el Derecho en el siglo XXI*, Thomson Reuters Aranzadi, 2018, pp. 185 y 186.

<sup>13</sup> El art. 1544 del CC señala que “en el arrendamiento de obras o servicios, una de las partes se obliga a ejecutar una obra o a prestar a la otra un servicio por precio cierto.”.

no forman parte de la denominada autonomía de la voluntad (ex. art. 1255 del CC<sup>14</sup>). Así, “se propugna el respeto a la capacidad de autodeterminación de la mujer gestante, aduciendo que su dignidad y libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 de la Constitución Española, en adelante, CE<sup>15</sup>) demanda un trato jurídico de sujeto y no de objeto. Y que, por tanto, siendo naturalmente capaz de autogobernar su esfera personal, la inviolabilidad de su integridad física y moral (art. 15 CE<sup>16</sup>) quedará intacta cuando el proceso cuente con su consentimiento libre, voluntario y precedido de la información adecuada”<sup>17</sup>.

Por otro lado, aquellos quienes se muestran partidarios de dicha práctica, esgrimen sus argumentos en base a la protección del interés superior del menor, el cual adquiere gran relevancia para determinar la regulación de esta práctica en el ordenamiento jurídico español. Cuando sean los derechos fundamentales del menor los que estén en juego, la respuesta que se pueda dar a los conflictos suscitados será la que, en atención al principio del interés superior del menor, sea más adecuada al respeto y la protección del mismo. Precisamente, el art. 39 de la CE<sup>18</sup> en sus apartados primero y último, establece la obligación de los poderes públicos de asegurar la protección social, económica y jurídica de la familia, y en especial, la de los menores de edad, de conformidad con los acuerdos internacionales que velan por sus derechos.

Por ende, el interés del menor se configura como un principio básico al que se recurre a la hora de plantear el controvertido reconocimiento de decisiones extranjeras para determinar la filiación.

### III. LA GESTACIÓN SUBROGADA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL.

1. El art. 10 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida.

---

<sup>14</sup> El art. 1255 del CC determina que: “Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral ni al orden público.”.

<sup>15</sup> El art. 10.1 de la CE afirma que: “La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social.”.

<sup>16</sup> El art. 15 de la CE preceptúa que: “Todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que, en ningún caso, puedan ser sometidos a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes. Queda abolida la pena de muerte, salvo lo que puedan disponer las leyes penales militares para tiempos de guerra.”.

<sup>17</sup> JORQUÍ AZOFRA, M.: “La difícil conciliación de la gestación por sustitución en nuestro ordenamiento jurídico con los derechos fundamentales involucrados”, en *Derecho Privado y Constitución*, 2020, núm. 37, p. 7.

<sup>18</sup> El art. 39 de la CE determina que: “1. Los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia. 2. Los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación, y de las madres, cualquiera que sea su estado civil. La ley posibilitará la investigación de la paternidad. 3. Los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda. 4. Los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos.”.

Las técnicas de reproducción humana asistida han tratado de proporcionar una solución a los problemas de esterilidad de las parejas. Dichas técnicas se regulan en la LTRHA, la cual deroga las dos leyes anteriores: la Ley 35/1988, de 22 de noviembre sobre técnicas de reproducción humana asistida y la Ley 45/2003, de 21 de noviembre, parcialmente modificadora de la Ley 35/1988.

En la Exposición de motivos de la LTRHA se establece que la Ley regula las técnicas de reproducción humana asistida acorde con el “estado de la ciencia y la práctica clínica”. Además, afirma que la regulación del “diagnóstico genético preimplantacional abre nuevas vías en la prevención de enfermedades genéticas que en la actualidad carecen de tratamiento”. Por tanto, mediante la LTRHA se pretende llevar a cabo una corrección de la legislación en dicha materia, puesto que la anterior fue problemática.

En términos del art. 10 LTRHA, el contrato de gestación subrogada -contrato por medio del cual se acuerda la gestación de un bebé para entregarlo a los comitentes una vez éste haya sido gestado y se haya producido- es nulo de pleno derecho. Así queda establecido en el primer apartado del citado artículo, el cual preceptúa lo siguiente: “1. Será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero.”

El apartado segundo del art. 10 LTRHA, al señalar que “la filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto”, determina que en el caso de que la mujer gestante no estuviese casada y el gameto masculino-esperma, perteneciese al varón de la pareja comitente, podría éste inscribir su paternidad no matrimonial; esto es, se llevaría a cabo el reconocimiento per se, siempre que opere dentro del plazo de inscripción del nacimiento. Por el contrario, si la gestante no estuviese casada, la filiación materna se inscribirá como no matrimonial de la mujer gestante, aunque la misma no fuese titular del óvulo y el gameto femenino perteneciese a la mujer de la pareja comitente<sup>19</sup>.

El último apartado del citado artículo configura las acciones de reclamación de paternidad al establecer que: “queda a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales”. Esto no debe entenderse como una recompensa para el padre biológico que participó en el contrato, sino que hay que entender que la sanción de la nulidad del contrato de gestación subrogada supone que cualquier estipulación contraria a la realidad de la paternidad biológica podrá ser impugnada por medio de la acción de reclamación. Asimismo, lo que el artículo 10.3 LTRHA aclara es que, en caso de que en el contrato no se haya estipulado nada al respecto de la paternidad biológica, la sanción civil no alcanza a privar de tal paternidad al padre biológico, limitándose la misma a

---

<sup>19</sup> GUTIÉRREZ BARRENENGOA, A.: “El artículo 10 de la Ley 14/2006 y su análisis comparativo con lo dispuesto en otras legislaciones permisivas. Especial atención a EE. UU y reflexión sobre cláusulas habituales en estos contratos”, en *Gestación subrogada: principales cuestiones civiles, penales registrales y médicas. Su evolución y consideración (1988- 2019)*, Dykinson S.L, Madrid, 2019, p. 225.

desconocer o a hacer ineficaz los efectos de la renuncia de la filiación materna (la cual es atribuida por la ley a la mujer gestante).

Finalmente, según FERRER VANRELL, “el artículo 10 de la LTRHA, no prohíbe expresamente la técnica de ‘gestar para otro’, es decir, que la mujer se someta a técnicas reproductoras, asistida por facultativos; porque su Capítulo VIII sobre Infracciones y sanciones no lo menciona. En todo caso, la aplicación de las técnicas reproductoras es un convenio entre el equipo médico y la usuaria, que es distinto al contrato del artículo 10 que declara nulo (párrafo primero) y le otorga un efecto distinto al querido por las partes al ordenar, en su párrafo segundo, que el parto determina la filiación materna. Tan solo permite la acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales (párrafo 3º)”.<sup>20</sup>.

## 2. El interés superior del menor.

El interés superior del menor es una materia controvertida, lo que ha generado disparidad de soluciones jurisprudenciales al respecto, ya que las mismas se han adoptado de forma casuística, esto es, en atención al caso concreto (v. gr. Caso Mennesson<sup>21</sup> y Labassee<sup>22</sup> contra Francia y en el caso Paradiso y Campanelli contra Italia<sup>23</sup>).

En España, el Tribunal Supremo en Sentencia de 6 de febrero de 2014<sup>24</sup>, en su fundamento jurídico quinto determina que el interés superior del menor es “una cláusula susceptible de concreción que el propio legislador introduce conscientemente para ampliar los márgenes de la ponderación judicial”. Asimismo, señala que “en ocasiones estos conceptos jurídicos indeterminados se han denominado ‘conceptos esencialmente controvertidos’, esto es, cláusulas que expresan un criterio normativo sobre el que no existe una unanimidad social porque personas representativas de distintos sectores o sensibilidades sociales pueden estar en desacuerdo acerca del contenido específico de este criterio”.

La citada Sentencia determinó que la resolución judicial recaída en California era contraria al orden público español y, por ende, incompatible con las normas que regulan la dignidad de la mujer gestante y del niño, “mercantilizando la gestión y el niño y cosificándolos, posibilitando la explotación del estado de necesidad, derivadas del contrato de gestación por sustitución. Además, añadía que la protección del interés superior del niño es un concepto

---

<sup>20</sup> FERRER VANRELL, P.: “El llamado interés superior “interés del menor” de los nacidos como consecuencia del contrato de gestar para otro”, en *Estudio sistemático de la Ley 26/2015, de 28 de julio de modificación del sistema de protección de la infancia y a la adolescencia*. Dykinson S.L, Madrid, 2018, p. 73-101.

<sup>21</sup> STEDH de 26 de junio de 2014: <https://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-145179>

<sup>22</sup> STEDH de 26 de junio de 2014: <https://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-145180>

<sup>23</sup> STEDH de 24 de enero de 2017: <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-170359>

<sup>24</sup> Recuperado de:

[https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder\\_Judicial/Noticias\\_Judiciales/El\\_Supremo\\_deniega\\_la\\_inscripcion\\_de\\_la\\_filiacion\\_de\\_dos\\_ninos\\_gestados\\_en\\_California\\_a\\_traves\\_de\\_un\\_contrato\\_de\\_alquiler](https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder_Judicial/Noticias_Judiciales/El_Supremo_deniega_la_inscripcion_de_la_filiacion_de_dos_ninos_gestados_en_California_a_traves_de_un_contrato_de_alquiler)

indeterminado que no permite al juez alcanzar cualquier resultado. Dicha protección no puede fundarse en un contrato de gestación por sustitución y en la filiación a favor de los padres intencionales que prevé la legislación del país en el que se ejecutó el contrato (California)”<sup>25</sup>.

A tenor de lo expuesto, en el art. 10.3 LTRHA se configura la posibilidad de que el padre pueda reclamar su paternidad biológica. Para ello, se tendrá que llevar a cabo una valoración en atención a i) el interés del niño; ii) la ruptura del vínculo con la mujer gestante; iii) la ruptura del núcleo familiar que se haya podido formar entre el menor y los padres biológicos. En consecuencia, se exigió al Ministerio Fiscal que garantizase la protección de los niños, procurando siempre la integración de los mismos en el núcleo familiar -siempre que éste se haya creado-. La razón de ello estriba en que los hijos fruto de la gestación subrogada no tienen por qué cargar con las consecuencias negativas que el contrato de gestación haya generado, ya que el mismo es nulo en el ordenamiento español. A pesar de ello, se deja a salvo la posibilidad de que se ejercite la reclamación de paternidad respecto al padre biológico.

Por tanto, los determinantes del interés del menor son la filiación biológica del padre y el vínculo familiar que se crea como consecuencia de un núcleo familiar de facto en el cual encontramos al menor, al padre biológico y a su pareja. Ello estará sujeto a un control judicial.

Como se ha podido comprobar, son los tribunales quienes han proporcionado soluciones a los problemas derivados del art. 10 LTRHA con la finalidad de brindar protección al menor. Así, se ha podido observar que las soluciones ofrecidas por la jurisprudencia esclarecen que la regulación contenida en el art. 10 LTRHA no es suficiente, y que, además, éste es incompleto, produciéndose así cierta inseguridad jurídica. Con ello, el Registro Civil español ha dejado a un lado dicho artículo para poder solucionar el problema suscitado con respecto a la filiación y la inscripción de los menores, para así, llevar a cabo la protección del interés del niño nacido por medio de la gestación subrogada.

Todo ello genera la necesidad de que el art. 10 LTRHA deba ser completado, llevando a cabo una regulación de la gestación por sustitución con respecto al niño fruto de dicho procedimiento. Así pues, “de poco sirve declarar la nulidad del contrato de gestación subrogada y que la madre gestante, si en la práctica, al existir legislaciones permisivas, resulta que el deseo de tener un hijo da lugar a su nacimiento. Y entonces, para proteger el interés de éste, habrá que dar una solución a la filiación, procurando el entorno familiar más adecuado.”<sup>26</sup>

Por tanto, debe de llevarse a cabo una coherencia de las diferentes leyes reguladoras de la gestación subrogada de cada uno de los países, en atención a salvaguardar la dignidad y

---

<sup>25</sup> MAGARIÑOS BLANCO, V.: “Reflexiones sobre la maternidad subrogada”, en *Gestación subrogada: principales cuestiones civiles, penales registrales y médicas. Su evolución y consideración (1988-2019)*, Dykinson S.L, Madrid, 2019, p. 93.

<sup>26</sup> MAGARIÑOS BLANCO, V.: “Reflexiones”, cit., p. 98.

sentimientos de la madre gestante y, además, garantizar la salud física y psicológica del niño -en virtud del interés superior del menor-, alejándose siempre de la posible mercantilización de la gestante y del hijo.

### 3. Aspectos éticos.

El 17 de mayo de 2017, el Comité de Bioética de España<sup>27</sup> publicó un informe el cual determinaba los aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada. En dicho Informe quedaba reflejada la preocupación de sus miembros sobre el debate que se produjo entre la opinión pública cuando se conoció que determinadas personas célebres de nuestro país habían recurrido a este procedimiento. Además, se debaten otras cuestiones fundamentales como la conveniencia de regular o, al menos, de dotar de legalidad a los contratos de maternidad subrogada.

El Informe gira en torno a dos problemas jurídicos: por un lado, que la gestación subrogada es contraria a la ley nacional y, a pesar de ello, muchos españoles consiguen llevarla a cabo acudiendo para ello a otros países donde es legal; y, por otro lado, el denominado interés del menor. Esto último suscitado por el hecho de que la gestación subrogada genera una nueva vida la cual debe de protegerse y reconocerse como una filiación legal, en virtud del art. 10.2 LTRHA, el cual determina que la filiación de los hijos nacidos por gestación subrogada será determinada por el parto.

El Comité considera como esencial la relación madre-hijo, esto es, la relación que se genera entre el feto y la madre. Dicha relación se produce durante la gestación, y es calificada como forma de simbiosis temporal entre el hijo y la madre que genera una huella corporal permanente en ambas partes. Asimismo, en el Informe también se señalan los efectos que genera la separación de dichos sujetos tras el parto. Así, es importante que se inserte en el juicio ético esta perspectiva.

Otro de los núcleos de la cuestión que el Comité plantea es si la reproducción supone respetar unas condiciones mínimas o si, por el contrario, prevalece el deseo individual. También tratan como esencial la cuestión de la limitada eficacia que tendría una restrictiva regulación sobre esta materia y, por ende, la necesidad y conveniencia de ofrecer una respuesta a nivel internacional de la gestación subrogada.

Con la maternidad subrogada, la gestación ya no se trata de la primera etapa de la relación materno-filial existente entre la madre y el hijo la cual genera una serie de grandes y fuertes vínculos, sino que se convierte en un servicio para aquellos quienes desean tener un hijo y no pueden; se convierte en un medio para satisfacer el deseo de los individuos, todo ello a costa de la mercantilización de la mujer y de los propios niños fruto de dicho procedimiento.

---

<sup>27</sup> Informe del Comité de bioética del 17 de mayo de 2017. Recuperado de: [http://assets.comitedebioetica.es/files/documentacion/es/informe\\_comite\\_bioetica\\_aspectos\\_eticos\\_juridicos\\_maternidad\\_subrogada.pdf](http://assets.comitedebioetica.es/files/documentacion/es/informe_comite_bioetica_aspectos_eticos_juridicos_maternidad_subrogada.pdf)

Así, el principio romano “mater semper certa est” mediante el cual se determina que la progenitora del niño es legalmente la madre del mismo ya no presenta certeza jurídica con la aparición de las nuevas técnicas de reproducción humana asistida. Se ha sustituido por la voluntad procreativa. Todo ello supone, en el campo de la ética, que la procreación deja de verse como un hecho meramente natural para la sociedad, y pasa a convertirse en un deseo o derecho del individuo el cual debe de satisfacerse. Los argumentos que se esgrimen para determinar la prioridad de la voluntad procreativa frente la voluntad biológica es el derecho que todo individuo ostenta a tener un hijo, argumentos que el Comité no considera de peso, por lo que pone en duda la existencia de dicho derecho. Al respecto concluye diciendo que el vínculo biológico y/o fisiológico es tenido como la base más idónea para que arraigue el deseo de ser madre y de asumir las responsabilidades de tal condición.

Con respecto a la posición de la mujer gestante, así como la dignidad de la misma, el Comité efectúa tres valoraciones éticas: i) con relación a la licitud de la gestación subrogada altruista; ii) con relación con la licitud de cualquier forma de gestación subrogada, altruista o comercial, que excluya la exploración y iii) con relación a la ilicitud de la gestación subrogada<sup>28</sup>.

En relación con la primera cuestión, se contempla la licitud de la gestación subrogada siempre y cuando la misma se lleve a cabo de forma desinteresada. No obstante, las dudas se plantean sobre si es ético permitir que una mujer realice dicho procedimiento. Por ende, el carácter gratuito y altruista de la gestación subrogada supone la eliminación de la posibilidad de que haya mujeres en situación de vulnerabilidad que se vean obligadas a gestar para otro.

La segunda cuestión ética estriba en el argumento basado en que la mujer es la dueña de su propio cuerpo y que puede decidir, mediante el uso de su autonomía, el hecho de gestar para otro de forma gratuita o a cambio de una remuneración. Este argumento choca muy de frente con la realidad con respecto a la gestación subrogada, puesto que es en los países pobres donde esta práctica ha obtenido un mayor desarrollo, concretamente aquellos países donde la mujer se encuentra en una situación de desigualdad, precariedad y vulnerabilidad<sup>29</sup>.

En último lugar, la valoración ética sobre la ilicitud de la gestación subrogada estriba en la oposición a la instrumentalización del cuerpo de la mujer. Esto se debe a que la mujer gestante lleva a cabo un servicio para un tercero, todo ello de modo temporal y sujeta al cumplimiento de lo estipulado en un contrato. Y, como ya ha sido señalado anteriormente, el cuerpo de la mujer no puede ser objeto de comercio alguno y, por tanto, no se puede mercantilizar.

#### IV. EL CONTRATO DE GESTACIÓN SUBROGADA.

---

<sup>28</sup> GIL MEMBRADO, C.: “Informe del Comité de Bioética de España”, en *Gestión subrogada: principales cuestiones civiles, penales registrales y médicas. Su evolución y consideración (1988-2019)*, Dykinson S.L, Madrid, 2019, p. 491.

<sup>29</sup> GIL MEMBRADO, C.: “Informe”, cit., p. 494.

## 1. Concepto, causa y objeto.

Del art. 10 LTRHA se puede extraer el concepto del contrato de gestación subrogada. Este contrato consiste en una estipulación por medio de la cual una mujer se obliga a gestar un bebé para otras personas -comitentes-, renunciando a los derechos que ésta ostenta como madre respecto del hijo nacido. Así, la gestación subrogada no se trata de una técnica de reproducción humana asistida, ya que en la enumeración que la LTRHA efectúa, la gestación subrogada no aparece entre las mismas.

En la maternidad se encuentran tres factores implicados: i) el elemento genético, el cual varía en función de la procedencia de los gametos sobre los que deriva el bebé; ii) el elemento biológico, el cual hace referencia al hecho del proceso de gestación y a la última fase del mismo, el parto y iii) el elemento volitivo, es decir, la intención; la voluntad de ser madre del bebé y, además, la conciencia de ejercer como tal. Por ello, a diferencia de lo que sucede con la gestación subrogada donde el factor biológico y el volitivo no coinciden en la misma mujer, en las técnicas enumeradas existe un factor en común: quien desea ser madre será quien llevará a cabo la gestación y quien finalmente dará a luz al bebé, todo ello gracias a cualquiera de los métodos mencionados.

Con respecto a la causa del contrato, el art. 1277 del CC establece que “aunque la causa no se exprese en el contrato, se presume que existe y que es lícita mientras el deudor no pruebe lo contrario”. En el caso de la gestación subrogada de carácter oneroso, el deudor serían ambas partes contratantes, ya que la gestante debe de entregar el bebé fruto de la gestación y la parte comitente la remuneración estipulada en dicho contrato, siendo ello una obligación de carácter sinalagmático. Por el contrario, si el contrato fuese gratuito, el deudor sería únicamente la madre gestante, pues es quien tiene que realizar la prestación a favor de la otra parte del contrato -los comitentes-. Es más, por causa del contrato se entiende aquella finalidad o el propósito al que se pretende llegar con la estipulación de dicho contrato, esto es, el objetivo de alcanzar un determinado resultado con la ejecución del contrato. Pudiéndose configurar el contrato como un contrato de resultados y no por tanto de medios.

Con respecto al objeto del contrato, si considerásemos el contrato como un arrendamiento de servicios y por ende de resultado, la cosa a entregar sería el niño fruto de dicha gestación, configurándose un contrato de carácter sinalagmático donde las prestaciones serían la entrega del bebé a cambio del precio que se hubiese pactado.

Sin embargo, configurar al niño como objeto del contrato hace que éste sea nulo de pleno derecho al faltar uno de los elementos esenciales del mismo: el objeto. Dicha calificación estriba en que el objeto es ilícito, puesto que se trata de una “res extra commercium” (ex art. 1271 del CC<sup>30</sup>). Por ende, el fruto de la gestación subrogada, esto es, el bebé, nunca puede

---

<sup>30</sup> El art. 1271 del CC señala que: “Pueden ser objeto de contrato todas las cosas que no están fuera del comercio de los hombres, aun las futuras. Sobre la herencia futura no se podrá, sin embargo, celebrar otros contratos que aquéllos cuyo objeto sea practicar entre vivos la división de un caudal y otras disposiciones particionales,

ser considerado como una cosa, más en concreto, como un objeto, puesto que se trata de una persona, de un sujeto jurídicamente considerado de derechos.

Por tanto, se puede concluir que no estamos ante un verdadero contrato, y todo ello porque falta uno de los elementos esenciales del mismo: el objeto. Así se desprende del art. 1261 CC, el cual dice que “No hay contrato sino cuando concurren los requisitos siguientes: 1.º Consentimiento de los contratantes. 2.º Objeto cierto que sea materia del contrato. 3.º Causa de la obligación que se establezca.”

## 2. Sujetos.

En el contrato de gestación subrogada encontramos dos partes: la parte comitente y la mujer gestante.

En primer lugar, la parte comitente -también denominada padres de intención o de elección, puesto que en la gestación por sustitución se hace depender de la voluntad de este sujeto y no de la verdad biológica- es el sujeto o sujetos que realizan el encargo de una prestación a la otra parte, la mujer gestante; es más, se trata de la persona en cuyo favor se realiza la prestación y a favor de quien quedará determinada la filiación del bebé. Dicha prestación consiste en la gestación de un bebé para los comitentes. Con ello, comitentes pueden ser una mujer, un varón, una pareja matrimonial o una pareja conviviente no casada.

Asimismo, también se le puede atribuir el carácter de parte comitente a las agencias de intermediación. Esto es, se trata de personas jurídicas que ejercen la labor de intermediación entre la mujer gestante y las personas que quieren acceder a la práctica de la gestación subrogada, siempre con una compensación económica a cambio. En estos casos, las parejas que tratan con dichas agencias ostentan la condición de tercero en el contrato.

En segundo lugar, se encuentra la mujer gestante, la cual debe ser de sexo femenino. Mediante dicho contrato, asume la obligación de gestar y dar a luz a un bebé para otra persona o pareja, siempre renunciando a la maternidad del niño fruto de tal procedimiento. Ésta se compromete a someterse a técnicas de reproducción para dar origen al bebé, a todo lo que conlleva el proceso de gestación y, además, a efectuar la entrega del bebé fruto de la misma al comitente.

Con respecto a la renuncia, ésta ha de ser expresa, y, además, debe de tener lugar con carácter previo al parto. En la práctica, se produce tal renuncia al inicio de la relación contractual para evitar que en el momento del parto entre en acción el principio “mater semper certa est”. Así, la renuncia es lo que va a determinar que el niño nacido sea entregado de forma material a los comitentes como hijo suyo.

---

conforme a lo dispuesto en el artículo 1056. Pueden ser igualmente objeto de contrato todos los servicios que no sean contrarios a las leyes o a las buenas costumbres.”.

Por tanto, la obligación a la que la mujer gestante se compromete con la aceptación del contrato de gestación constituye un “facere” con un “dare” además de un “non facere”, ya que “durante el embarazo habrá de abstenerse de ciertas conductas que puedan poner en peligro la salud del feto y, en definitiva, que puedan frustrar el buen fin del encargo”<sup>31</sup>.

### 3. El consentimiento y su revocación.

Las mujeres tienen derecho a disponer libremente de su cuerpo. Esto puede conllevar a que las mismas ofrezcan su útero para llevar a cabo la gestación de un hijo que, finalmente y de acuerdo con lo estipulado en el contrato de gestación subrogada, no será suyo. Ello supone que se haya respetado, con carácter previo, el denominado consentimiento informado. Este consentimiento significa que la mujer está aceptando de forma consciente el sometimiento a una serie de prácticas que conllevan la realización del procedimiento de gestación subrogada. Todo ello hace que se plantee el hecho de si la mujer gestante tiene el suficiente conocimiento sobre las consecuencias derivadas del procedimiento, entre los que se pueden encontrar una serie de riesgos como la posibilidad de perder la fertilidad o el útero o la posibilidad de contraer determinadas enfermedades derivadas de los embarazos múltiples. Estos riesgos se pueden generar como consecuencia de las técnicas de estimulación hormonal y extracción que se llevan a cabo durante el procedimiento, lo que puede causar, entre otros: ictus, hemorragias o una mayor posibilidad de desarrollar cáncer.

Con carácter general, el consentimiento debe ser prestado antes de que se lleve a cabo la fecundación y, además, éste debe de ser irrevocable una vez se haya efectuado la técnica de reproducción y se haya comenzado el embarazo de la mujer gestante. Así pues, en el ordenamiento jurídico español, en materia contractual, el consentimiento debe de ser prestado de forma libre y consciente por los contratantes. Con todo ello, ¿qué sucedería si la mujer gestante y el feto se encontrasen en peligro? ¿Sería revocable el consentimiento? Debería serlo, puesto lo que está en juego es la vida de la mujer gestante. Sin embargo, se estará en todo caso a lo dispuesto en el contrato de gestación subrogada, contrato que, como se ha señalado anteriormente, es nulo de pleno derecho en virtud de lo dispuesto en el art. 10 LTRHA.

Por otro lado, en virtud del art. 1265 CC<sup>32</sup>, el consentimiento que haya sido prestado por error, violencia, dolo o intimidación es nulo. Por tanto, si la mujer gestante recurre a dicha práctica por mera necesidad económica y no de forma altruista, ¿conformaría un vicio en el consentimiento? Dicho consentimiento sería prestado con una cierta intimidación, y, por ende, no habría sido prestado de forma completamente libre sino condicionado a la

---

<sup>31</sup> CARDONA GUASCH, O.: “La Maternidad Subrogada: Gestación Comercial”, en *Gestación subrogada: principales cuestiones civiles, penales registrales y médicas. Su evolución y consideración (1988-2019)*, Dykinson S.L, Madrid, 2019, p. 242.

<sup>32</sup> El art. 1265 del CC preceptúa lo siguiente: “Será nulo el consentimiento prestado por error, violencia, intimidación o dolo.”.

obtención de una remuneración económica a la vista de las necesidades que la mujer gestante presenta. Por consiguiente, el consentimiento así prestado sería nulo en virtud del mencionado artículo.

#### 4. Gratuidad/onerosidad.

Cuando el art. 10 LTRHA determina la nulidad de los contratos de gestación subrogada lo efectúa tanto para los contratos gratuitos como para los onerosos. Esto se extrae de la literalidad del precepto, pues expresamente así se señala. Por tanto, con la expresión “con o sin precio”, se alude a la remuneración que percibe la mujer gestante a cambio de la realización del procedimiento de gestación.

El contrato será gratuito cuando la mujer gestante no obtenga contraprestación alguna para realizar el procedimiento de gestación y ulteriormente, entregar el niño fruto de este. Normalmente, en aquellos países donde el contrato de gestación subrogada es completamente lícito, se encuentran las llamadas agencias especializadas o instituciones que se dedican a hacer de intermediarias entre la mujer gestante y la parte comitente durante el procedimiento. En los casos donde opera un intermediario, los comitentes no forman parte del contrato, ya que, en realidad, quienes son parte del contrato son la mujer gestante y la agencia o empresa. Todo ello porque quien realmente realiza el encargo a la mujer gestante es la agencia intermediaria. Por ende, en este supuesto los comitentes adquieren la condición de sujeto tercero.

No obstante, surgen dudas sobre si, en estos casos, el contrato sigue siendo gratuito, o por el contrario es oneroso. En este caso se producen dos relaciones contractuales donde existe una parte en común en ambos: la agencia intermediaria. Así, por un lado, existe el contrato celebrado entre la agencia y los futuros padres, y por otro; el contrato que se estipula entre la mujer gestante y dicha agencia. La finalidad y objeto de ambos contratos es el mismo: la gestación de un niño el cual deberá, tras el parto, ser entregado a quienes hayan realizado el encargo. Sin embargo, en estos supuestos lo que determina el carácter oneroso o gratuito del mismo es el hecho de que la mujer reciba o no contraprestación al respecto. Además, el contrato seguirá siendo gratuito a pesar de que la mujer reciba, por parte de los futuros padres, una remuneración económica en concepto de resarcimiento de los gastos tanto médicos como de manutención que la gestación del niño le haya causado, siempre y cuando deriven del buen fin del contrato. Así, no constituyen el precio, todo ello porque se trata de una indemnización.

Por otro lado, el contrato será oneroso cuando la mujer gestante reciba a cambio de la realización del procedimiento de gestación, una remuneración económica. Dicha remuneración será entregada por los comitentes.

## 5. Efectos del contrato.

El legislador determina de forma expresa la nulidad del contrato de gestación subrogada como efecto propio de la celebración del mismo. Así, en materia contractual, en virtud del art. 1261 del CC<sup>33</sup>, la nulidad del contrato se produce cuando en la celebración de este se cumplen todos los elementos esenciales del contrato (consentimiento, objeto y causa), pero alguno de ellos o bien varios, son contrarios a una norma imperativa o prohibitiva, a la moral o las buenas costumbres. Con ello, en el caso de que faltase alguno de los elementos mencionados, no se estaría ante un supuesto de nulidad contractual, sino más bien de inexistencia.

Por otro lado, resulta necesario señalar la diferencia entre la nulidad textual y la nulidad virtual. Así, el legislador, en el art. 10.1 LTRHA, configura una nulidad textual, por lo que pretendía que no surgiese duda alguna con respecto a los efectos del contrato de gestación subrogada. Por el contrario, si se hubiese configurado una nulidad virtual, se debería demostrar en cada supuesto, que el contrato de gestación subrogada es nulo por ser contrario a una determinada norma imperativa o prohibitiva o bien, contrario a la moral o al orden público (art. 6.3 del CC<sup>34</sup> en relación con el art. 1255 del CC).

Con respecto a la causa, en virtud de lo que el art. 1277 del CC<sup>35</sup> preceptúa, existen varias vías para proceder a plantear la nulidad del contrato de gestación subrogada, que a continuación se exponen. Por un lado, se podría plantear la ilicitud de la causa, la cual debería probarse ya que, de lo dispuesto en el art. 1277 del CC se presume que la causa es lícita y que existe. Por otro lado, también se podría plantear la nulidad del contrato en base a que el objeto pueda ser contrario a la ley, a la moral o al orden público, en virtud de lo dispuesto en el art. 1275 del CC<sup>36</sup>.

Por tanto, la nulidad del contrato por el cual se estipula la gestación subrogada se fundamenta en que se presenta como objeto del negocio jurídico a la persona, quedando fuera de la autonomía de la voluntad de las partes contratar sobre una materia la cual es indisponible para las mismas. Además, se configura como objeto del contrato la capacidad generativa de la mujer, en este caso de la mujer gestante. Es más, si se configurase ello como objeto del contrato se estarían traspasando los lindes de la autonomía privada, y excediendo los límites que la libertad de pactos del art. 1255 del CC configura, por ser ello ilícito, y, además, contrario al orden público y la moral.

---

<sup>33</sup> El art. 1261 del CC señala que: “No hay contrato sino cuando concurren los requisitos siguientes: 1.º Consentimiento de los contratantes. 2.º Objeto cierto que sea materia del contrato. 3.º Causa de la obligación que se establezca.”

<sup>34</sup> El art. 6.3 del CC determina que: “Los actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas son nulos de pleno derecho, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención.”

<sup>35</sup> El art. 1277 del CC afirma que: “Aunque la causa no se exprese en el contrato, se presume que existe y que es lícita mientras el deudor no pruebe lo contrario.”

<sup>36</sup> El art. 1275 del CC determina que: “Los contratos sin causa, o con causa ilícita, no producen efecto alguno. Es ilícita la causa cuando se opone a las leyes o a la moral.”

Así, al ser dicho negocio jurídico nulo, no se derivan obligaciones para las partes, ya que el contrato carece de todo efecto negocial. Con ello, si se aplicasen los principios generales de las obligaciones, la gestante no tendría obligación alguna de realizar lo estipulado, esto es, no tiene la obligación de entregar al niño. Si no lo llevase a cabo, no se podría instar ejecución a su costa en virtud del art. 1098 del CC<sup>37</sup>. No obstante, se producirían unas consecuencias de los servicios que ya hayan sido prestados, como es la consumación del proceso de gestación. Por ende, se generarían los efectos típicos de los contratos ilícitos por ser ilícita la causa y el objeto. Estos efectos serían, en virtud del art. 1303 del CC<sup>38</sup>, el deber de restituirse recíprocamente las cosas que hubiesen sido materia del contrato con sus frutos y el precio de sus intereses.

Por otro lado, la nulidad del contrato se producirá igualmente, aunque el mismo sea estipulado con carácter gratuito -la mujer gestante no recibe contraprestación alguna- u oneroso -la mujer gestante recibe una remuneración económica a cambio-. Esto se desprende del tenor del art. 10.1 LTRHA cuando establece “con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero”.

En definitiva, el contrato de gestación subrogada sería absolutamente nulo por ilicitud de la causa (art. 1275 del CC) y también, por ser el objeto una materia que se encuentra fuera del comercio de los hombres (art. 1271 del CC), puesto que no se puede comerciar con personas ni se puede conceptuar al niño como objeto de un contrato. Asimismo, dicho contrato incumple los límites de la autonomía privada del art. 1255 del CC, por ser contrario a la ley, la moral y el orden público, puesto que las normas sobre el estado civil de las personas son indisponibles para los particulares<sup>39</sup>. Por demás, es fundamental distinguir entre la nulidad de pleno derecho y la realización de una conducta que se considera prohibida y, en consecuencia, ilícita. El art. 10 LTRHA no prohíbe de forma expresa la gestación subrogada y, además, no establece sanción para ello. Asimismo, que se disponga la nulidad de pleno derecho no significa que la gestación subrogada esté prohibida<sup>40</sup>. Así, el legislador configura dicha nulidad como una nulidad textual para evitar que se produzcan una serie de planteamientos que traten de mantener la validez de estos contratos en el ordenamiento jurídico español. No obstante, quienes optan por llevar a cabo la gestación subrogada, acuden a otros países en los que sí está reconocida y permitida -dentro de la validez y legalidad-.

---

<sup>37</sup> El art. 1098 del CC determina lo que sigue: “Si el obligado a hacer alguna cosa no la hiciere, se mandará ejecutar a su costa. Esto mismo se observará si la hiciere contraviniendo al tenor de la obligación. Además, podrá decretarse que se deshaga lo mal hecho.”

<sup>38</sup> El art. 1303 del CC señala que: “Declarada la nulidad de una obligación, los contratantes deben restituirse recíprocamente las cosas que hubiesen sido materia del contrato, con sus frutos, y el precio con los intereses, salvo lo que se dispone en los artículos siguientes.”

<sup>39</sup> LLEDÓ YAGÜE, F.: “La filiación en la gestación subrogada: el estado de la cuestión (1988-2019)”, en *Gestación subrogada: principales cuestiones civiles, penales registrales y médicas. Su evolución y consideración (1988-2019)*, Dykinson S.L., Madrid, 2019, p. 43.

<sup>40</sup> CORERA IZU, M.: “El nuevo procedimiento de inscripción de documentos judiciales”, en *Gestación subrogada: principales cuestiones civiles, penales registrales y médicas. Su evolución y consideración (1988-2019)*, Dykinson S.L., Madrid, 2019, p. 403.

Por ende, la ley española es clara. La misma determina de forma expresa la nulidad del contrato de gestación subrogada, pero, pese a ello, a través de diferentes resoluciones -las cuales serán objeto de explicación a continuación-, se ha permitido la inscripción en el Registro Civil de los menores fruto de dicha práctica efectuada en el extranjero. Así, ello, desde un punto de vista estrictamente jurídico, carece de sentido, pues se vislumbra una incongruencia entre la legislación que encuentra actualmente vigente y las decisiones que los tribunales y la DGSJFP adoptan<sup>41</sup>.

## V. ACCESO AL REGISTRO CIVIL ESPAÑOL DE LOS NACIDOS POR MEDIO DE LA GESTACIÓN SUBROGADA.

### 1. Doctrina de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública.

#### A) Resolución de 18 de febrero de 2009<sup>42</sup>.

La Resolución del 18 de febrero de 2009 fue la primera resolución de la DGSJFP en materia de gestación subrogada, la cual se conoce también como el caso cero. En dicha resolución se abordaba el supuesto de dos varones de nacionalidad española y residentes en España, cuyo matrimonio fue celebrado en territorio español en 2005, los cuales pretendían la inscripción en el Registro Civil español de sus dos hijos mellizos nacidos en el año 2008 en San Diego (California) mediante la gestación subrogada.

Pese a aportar todo lo requerido para que la solicitud fuese aceptada, el encargado del Registro Civil Consular denegó la inscripción -mediante auto- en virtud del art. 10 LTRHA, determinando la vulneración de este. La pareja interpuso recurso ante la DGSJFP. El Centro Directivo, en su Resolución del 18 de febrero de 2009 estimó el recurso, porque determinó que la certificación registral no vulneraba el orden público internacional español. Con ello, se ordenó la inscripción en el Registro Civil Consular de los menores nacidos por medio de la gestación por sustitución, con las referencias de filiación que aparecían en la certificación registral extranjera presentada, de la que se deducía sin lugar a duda que los menores son hijos del matrimonio en cuestión.

La DGSJFP determina que el nacimiento puede inscribirse de dos formas distintas, i) por declaración o ii) por presentación de certificación. En el primer supuesto el encargado del Registro Civil es quien lleva a cabo un control de legalidad, mientras que, en el segundo, se

---

<sup>41</sup> MUÑOZ RODRIGO, G.: “La filiación y la gestación por sustitución: a propósito de las Instrucciones de la DGRN de 14 y 18 de febrero de 2019”, en *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 10 bis, 2019, pp. 731, señala que con dicha incongruencia se produce una “omisión del sistema de fuentes y jerarquía normativa”.

<sup>42</sup> Resolución de 18 de febrero de 2009, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto por I.G.M., S. L., contra la negativa del registrador de la propiedad de Gernika-Lumo a la anotación preventiva de una querrela, «BOE» núm. 72, de 25 de marzo de 2009, páginas 29015 a 29017 (3 págs.). Recuperado de: <https://boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2009-5006>

utiliza el mecanismo previsto en el art. 81 del Decreto de 14 de noviembre de 1958 por el que se aprueba el Reglamento de la Ley del Registro Civil (en adelante, RRC).

Sin embargo, la inscripción en el Registro Civil español no garantiza que la misma no pueda ser anulada judicialmente, por lo que con ello se produce una situación de inseguridad jurídica que no parece conciliarse con el interés del menor, que se pretende garantizar y asegurar.

Finalmente, el 28 de enero de 2010, el Ministerio Fiscal interpuso demanda contra la Resolución de 18 de febrero de 2009, la cual recayó en el Juzgado de Instancia núm. 15 de Valencia, dictándose sentencia el día 15 de septiembre de 2010, donde se determinaba lo siguiente “Que estimando íntegramente la demanda interpuesta por el Ministerio Fiscal contra la Resolución de 18 de febrero de 2009 de la DGSJFP, debo dejar sin efecto la inscripción de nacimiento por ella realizada en el Registro Civil consular de Los Ángeles de los menores, con las menciones de filiación de las que resulta que son hijos de (...) y (...) y, en su consecuencia, debe procederse a la cancelación de la inscripción”.

Tras obtener el citado fallo, el matrimonio interpuso recurso de apelación frente a la mencionada Sentencia. La Audiencia Provincial de Valencia en su Sentencia núm. 949/2011, de 23 de noviembre de 2011 desestimó el recurso y confirmó lo planteado en la resolución recurrida. El matrimonio, siguió adelante e interpuso recurso de casación, donde el Tribunal Supremo, mediante su Sentencia de 6 de febrero de 2014 volvió a confirmar la solución que se había acordado en instancia, procediendo, por tanto, a desestimar el recurso planteado. Esta sentencia señala que existe la posibilidad de acudir a la adopción en tanto en cuanto la certificación no es suficiente para llevar a cabo la inscripción en el Registro Civil español, puesto que ello sería contrario al orden público interno, ya que perjudica a la madre gestante y al interés del menor.

#### B) La Instrucción de 5 de octubre de 2010.

Tras la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 15 de Valencia<sup>43</sup>, se publicó la Instrucción de 5 de octubre de 2010, de la DGSJFP53, sobre el régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución. En dicha Instrucción se establece como requisito previo para la inscripción de los menores nacidos por gestación subrogada, la presentación de la resolución judicial que haya sido dictada por el Tribunal extranjero competente. Con ello, se pretende asegurar el interés superior del menor y el de la mujer gestante.

Además, la finalidad de dicho requisito es la de corroborar que se ha cumplido con el contenido del convenio de gestación por sustitución, esto es, que se hayan cumplido las exigencias que la legislación del país en el que se ha llevado a cabo la práctica requiere, siempre en atención a la inquebrantable protección del interés de la menor y de la mujer gestante. Trata de asegurar que el consentimiento emitido por la mujer gestante sea legalmente eficaz, así como que la misma presente plena capacidad jurídica y de obrar, todo

---

<sup>43</sup> Fue publicada incluso antes de que la Sentencia del Juzgado de Instancia de Valencia alcanzara su firmeza.

ello a efectos de que el consentimiento no quede finalmente viciado. También se alude a la posible revocación de este. Por tanto, estos aspectos no se pueden verificar con la mera revisión de la certificación registral que haya sido emitida por la autoridad extranjera competente.

Así pues, se asegura el principio “favor filii” mediante la comprobación de que el contrato de gestación subrogada no se ha llevado a cabo por medio de una simulación que pudiera suponer un delito de tráfico internacional de menores<sup>44</sup> y, además, se favorece la continuidad de la relación de filiación que haya sido declarada por el tribunal extranjero -resolución condicionada al reconocimiento de la misma en España-.

La Instrucción de 5 de octubre de 2010 establece, por ende, los criterios que deben ser aplicados en los Registros Civiles. Así, la misma fija dos directrices:

La primera directriz determina que únicamente podrá procederse a la inscripción de un menor que haya nacido en el extranjero como consecuencia de la gestación subrogada mediante la presentación, junto con la solicitud de inscripción, de la resolución judicial que haya sido dictada por el Tribunal competente, resolución que determine la filiación del nacido, como se había avanzado anteriormente. Además, para que se efectúe dicha inscripción será necesario que se presente junto con la solicitud el auto judicial que ponga fin al procedimiento de exequátur<sup>45</sup>. Para ello, se debe de tener en cuenta la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria y la Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil. No obstante, serán los encargados de los Registros Civiles quienes controlarán si la resolución podrá ser reconocida en España o no, cuando la resolución sea consecuencia de un expediente análogo a nuestra jurisdicción voluntaria<sup>46</sup>. La exigencia de la resolución judicial estriba en lo que el art. 10.3 LTRHA preceptúa: el ejercicio de acciones procesales para que se lleve a cabo la determinación de la filiación paterna de los menores que hayan sido fruto de la gestación subrogada.

La segunda directriz señala que en ningún caso se procederá a admitir la inscripción cuando se presente como título para inscribir el nacimiento y la filiación, la certificación registral extranjera o la simple declaración que vaya acompañada de la certificación medica que determine el nacimiento de la menor en la que no conste la identidad de la mujer gestante.

Por tanto, la Instrucción de 5 de octubre de 2010 presenta una mayor exigencia en cuanto a los requisitos que la Resolución de 18 de febrero de 2009. Así, el hecho de que se exija una resolución judicial y que, además, se aplique el régimen del reconocimiento de decisiones

---

<sup>44</sup> CASTILLO, C.: “La gestación por sustitución y el problema de su acceso al Registro Civil Español”, en *Revista de Jurisprudencia*, 2020.

<sup>45</sup> Como señala SÁNCHEZ SÁNCHEZ, E.: “La instrucción de 5 de octubre de 2010”, en *Gestación subrogada. Principales cuestiones civiles, penales, registrales y médicas. Su evolución y consideración (1988-2019)*, Dykinson S.L., Madrid, 2019: “la resolución judicial extranjera deberá ser objeto de exequátur según el procedimiento contemplado en la Ley de Enjuiciamiento civil de 1881”.

<sup>46</sup> SÁNCHEZ SÁNCHEZ, E.: “La instrucción”, cit. p. 360.

(exequátur), supone que se lleve a cabo la eliminación de las deficiencias que se desprendían de la Resolución de 18 de febrero de 2009.

C) Instrucción de 18 de febrero de 2019<sup>47</sup>.

Con posterioridad a la Instrucción de 5 de octubre de 2010, la DGSJFP ha dictado una serie de resoluciones relativas a la aplicación de la doctrina que dicha instrucción determina. Con la Resolución de 18 de febrero de 2019, se reconoce la plena vigencia de la Instrucción de 5 de octubre de 2010. Dicha Resolución deja sin vigencia la que el 14 de febrero del mismo año se dictó, la cual estuvo vigente durante un breve periodo de tiempo. Así, de conformidad con la mencionada Instrucción, la Resolución de 18 de febrero de 2019 exige que se aporte junto con la solicitud, una sentencia dotada de exequátur o un expediente de jurisdicción voluntaria por el encargado del Registro Civil. En el caso de que este requisito no se cumpla, el encargado deberá de comunicarlo al Ministerio Fiscal, ex art. 124 RRC<sup>48</sup>.

2. Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia núm. 949/2011 de 23 de noviembre. Caso San Diego (California).

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 23 de noviembre de 2011, ratifica la decisión que el Juzgado de Primera Instancia de Valencia efectuó, dejando sin efecto la inscripción que el matrimonio de ambos varones llevó a cabo en el Registro Civil Consular de Los Ángeles.

3. La Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1ª, de 6 de febrero de 2014 y el Auto del Tribunal Supremo núm. 335/2015 de 2 de febrero de 2015.

Tras el recurso de apelación desestimado por parte de la Audiencia Provincial de Valencia en su Sentencia 949/2011, el matrimonio decide interponer recurso de casación. Fruto de ello es la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, núm. 835/2013 de 6 de febrero.

---

<sup>47</sup> Instrucción de 18 de febrero de 2019, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre actualización del régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución, «BOE» núm. 45, de 21 de febrero de 2019, páginas 16730 a 16730 (1 pág.). Recuperado de: <https://www.boe.es/eli/es/ins/2019/02/18/1>

<sup>48</sup> El art. 124 RRC determina que: “El acuerdo denegatorio o suspensivo se formulará con indicación ordenada y precisa de todos los defectos, formas de subsanarlos, si es posible, y cita concreta de las disposiciones aplicables. Denegada o suspendida una inscripción, quien la promoviera en virtud de declaración tiene derecho a que se levante acta de ésta y del acuerdo recaído. La denegación o suspensión se notificará a los que promuevan el asiento y, en su caso, al Ministerio fiscal. Esto se entiende sin perjuicio de la comunicación que proceda a la Autoridad o funcionario que expidió el documento, quien, a su vez, en caso de denegación o suspensión, lo notificará a las partes del procedimiento o acto o promotores del documento, dentro de los diez días hábiles siguientes a su recepción.”.

En la citada Sentencia, el Tribunal concluye que la decisión tomada por la autoridad registral de California, la cual atribuye al matrimonio comitente la condición de padres es una decisión “contraria al orden público internacional español por resultar incompatible con normas que regulan aspectos esenciales de las relaciones familiares, en concreto de la filiación, inspiradas en los valores constitucionales de dignidad de la persona, respeto a su integridad moral y protección de la infancia”<sup>49</sup>. Las razones que el Tribunal Supremo ofrece al respecto no son baladís, pero tampoco son incontrovertidas. Existe una necesidad de que el menor fruto de la gestación subrogada practicada ostente un “status civil”, esto es, una identificación en cuanto a su filiación, todo ello en virtud del interés superior del menor. Así, pese a la existencia del art. 10 LTRHA el cual declara como nulo el contrato por el cual se estipula la gestación subrogada, siguen llevándose a cabo tales contratos, generando situaciones de inseguridad jurídica, dada la insuficiente regulación existente en España al respecto.

Por ello, si aun existiendo tal artículo se procede a efectuar dicha práctica generando situaciones respecto de las cuales únicamente se aplican soluciones jurisprudenciales de forma casuística, ¿se debería de suprimir el citado art. 10 llevando a cabo una regulación que realmente pudiese aportar soluciones a esta problemática de forma legal y no meramente jurisprudencial?

Tras la desestimación del recurso de casación, el matrimonio comitente decidió interponer el correspondiente incidente de nulidad de actuaciones contra la Sentencia de 6 de febrero de 2014, en base a la posible interposición de un recurso de amparo. Entre los motivos del incidente interpuesto por los recurrentes destaca la vulneración del derecho a la igualdad sin sufrir discriminación, tanto de los menores como de los padres, en este último caso con relación a la orientación sexual. El Tribunal Supremo al respecto concluye que la sentencia no es contraria a la doctrina constitucional, porque la misma versa sobre una materia distinta a la del matrimonio entre personas del mismo sexo. Esto es, “la alegación de los promotores de que se les discrimina frente a parejas heterosexuales u homosexuales femeninas carece de fundamento, puesto que la razón de la decisión adoptada nada tiene que ver con el sexo u orientación sexual de los integrantes de la pareja, sino con las circunstancias de la gestación de los menores, con base en un contrato de gestación por sustitución”<sup>50</sup>.

Ergo, la solución a la que se hubiera llegado sería exactamente la misma si la pareja en cuestión en lugar de estar conformada por dos varones homosexuales lo estuviese por una mujer y un varón heterosexuales, esto es, se habría adoptado la misma solución con independencia de la orientación sexual de la pareja comitente. Asimismo, en el mencionado incidente también se alega la vulneración del derecho a la intimidad familiar. El Tribunal, con respecto a ello aduce que el hecho de que existan sentencias del TEDH en las que se determina el reconocimiento de la filiación como un aspecto esencial de la identidad del

---

<sup>49</sup> MONJE BALMASEDA, O.: “La problemática de la inscripción de la filiación en supuestos de gestación subrogada”, en *Gestación subrogada. Principales cuestiones civiles, penales, registrales y médicas. Su evolución y consideración (1988- 2019)*, Dykinson S.L, Madrid, 2019, p. 257.

<sup>50</sup> MONJE BALMASEDA, O.: “La problemática”, cit., p. 260.

menor, no trae consigo que cualquier resolución en la que ello se vea afectado suponga una contravención del derecho a la vida privada.

Por consiguiente, en la Sentencia del TEDH relativa a los casos Labasee y Mennesson no se afirma que la negativa a la inscripción del nacimiento de los menores nacidos por gestación subrogada infrinja el derecho a la vida privada, sino que lo que realmente se afirma es que a los niños fruto de dicha práctica se les debe de reconocer, como se decía anteriormente, un estatus, esto es, se les debe de reconocer una identidad cierta en el país en el que vayan a vivir, un estatus definido. Así, el Auto del Tribunal Supremo 335/2015 señala que, “ese estatus debe de ser fijado conforme a las normas esenciales del orden público internacional del Estado en cuestión sobre filiación y estado civil, siempre que sean compatibles con esta exigencia, como lo son en ordenamiento jurídico español. En el caso de España, ese estatus puede proceder del reconocimiento o establecimiento de la filiación biológica con respecto a quienes hayan proporcionado sus propios gametos para la fecundación, puede proceder de la adopción, y, en determinados casos, puede proceder de la posesión de estado civil, que son los criterios de determinación de la filiación que nuestro ordenamiento jurídico vigente ha considerado idóneos para proteger el interés del menor”.

Finalmente, el incidente de nulidad de actuaciones fue desestimado. No obstante, en la resolución al mismo se incorporó un voto particular de los magistrados Ferranz Gabrei, Seijas Quintana Arroyo Fiestas y Sastre Papiol, en el planteaban que no se realizó una adecuada ponderación de los bienes jurídicos que estaban en conflicto, puesto que no solo se debe de tomar en consideración el interés superior de los menores, sino que además, se debe tener en cuenta “la incertidumbre jurídica que la situación genera y seguirá generando en tanto no se dé respuesta a su solicitud de inscripción, y, en definitiva, el modelo de protección que resulta de todas ellas desde la óptica actual de los derechos humanos y de una legislación desbordada por una realidad que deja sin contenido las estructuras lógicas y formales del derecho, con el grave efecto de retrasar una filiación que podía haber sido ya fijada definitivamente y sin inconveniente alguno para nuestro ordenamiento jurídico que, de una forma o de otra, lo está admitiendo a través de vías verdaderamente singulares como son las circulares o las instrucciones de la DGSJFP que han terminado por convenir la excepción de orden público en una cuestión meramente formal”<sup>51</sup>.

#### 4. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

El reconocimiento de la filiación de aquellos que han nacido mediante la gestación subrogada en otros países ha generado un debate. Ello ha llegado al TEDH, el cual ha dictado una serie de resoluciones al respecto. Entre ellas encontramos las Sentencias del Tribunal de los casos Mennesson c. France (n.º 65192/11) y Labasee c. France (n.º 65941/11), de 26 de junio de 2014.

---

<sup>51</sup> Auto del Tribunal Supremo núm. 335/2015 de 2 de febrero de 2015.

#### A) Caso *Menesson y Labassee* contra Francia.

En estos dos casos que tuvieron lugar ante los tribunales franceses, se llevó a cabo la donación de óvulos y se había aportado el esperma del varón comitente. Así, las hijas resultantes del proceso de gestación subrogada pretendían ser inscritas en Francia por los comitentes del procedimiento de gestación. Esto fue denegado en todas las instancias en virtud del art. 16 del Código Civil francés, el cual, en su apartado noveno declara la prohibición de la “gestación pour autrui”. El rechazo, además, se basaba en la contrariedad del orden público de dicha inscripción, puesto que el citado precepto configura la indisponibilidad del cuerpo humano y del estado de las personas.

Así, para fundamentar sus alegaciones, ambas parejas -los *Menesson* y los *Labassee*- invocaron el art. 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (en adelante CEDH). Finalmente, el TEDH consideró que el citado artículo había sido vulnerado con respecto a los menores y no por tanto respecto de los comitentes. Ello debido a que el ordenamiento jurídico francés no establecía ninguna vía para que la identidad de las nacidas fuese determinada, para que así éstas pudiesen desenvolverse de forma plena en una vida privada y familiar a la que las mismas tenían derecho. Por consiguiente, que no se determine la filiación de las menores trae como consecuencia que éstas no puedan obtener un título de acreditación que permita sus derechos (educación, sanidad...) y que tampoco puedan obtener la nacionalidad francesa. Por ende, entiende el TEDH que se vulnera el “derecho a la identidad”. Al determinar que este derecho forma parte del concepto de intimidad, el mero rechazo a que se reconozca la filiación que se ha obtenido por medio de la gestación subrogada supondría la vulneración del derecho a la vida privada de los menores, configurado en el ya citado art. 8 CEDH.

Por tanto, toda vulneración del citado artículo se lleva a cabo de forma casuística, ya que no se reconoce a los menores un determinado estatus delimitado, lo que puede acabar afectando a su interés superior. Por consiguiente, ha de efectuarse una valoración sobre si se alcanza un cierto equilibrio entre los intereses de los individuos afectados y del Estado, teniendo en cuenta el principio fundamental que siempre ha de prevalecer cuando la cuestión que se suscita es sobre el menor: el interés superior del mismo. En consecuencia, se puede afirmar que, las diferentes opciones que el ordenamiento jurídico español ofrece para que la filiación pueda quedar determinada a favor de los comitentes, bien sea ejercitando la acción de determinación judicial de la paternidad biológica o bien, adoptando al nacido, satisfacen -en principio-, las exigencias establecidas en el art. 8 CEDH para que no se vulnere el derecho al respecto a la vida familiar de los menores por parte del Estado.

#### B) Caso *Paradiso y Campanelli* contra Italia.

En este caso, la Gran Sala del TEDH mediante la Sentencia de 24 de enero de 2017 llevó a cabo la anulación de la sentencia que la Sala Segunda del mismo tribunal efectuó (Sentencia de 27 de enero de 2015). Para la Gran Sala, en este supuesto no existe “vida familiar”, ya que no hay vínculo biológico alguno entre el niño y los comitentes, puesto que hubo un error en la clínica y para realizar el procedimiento de gestación subrogada no se usó el líquido seminal

de uno de los miembros de la pareja comitente. Además, a esto se le debe añadir el hecho de que los comitentes desarrollaron una relación de corta duración con el niño, y, pese a que existiera un proyecto parental y una alta calidad en los lazos afectivos, no se puede hablar de “vida familiar” de facto. Por tanto, la sentencia de 24 de enero de 2017 concluye diciendo que Italia no había violado el art. 8 CEDH, puesto que se considera que las autoridades italianas adoptaron las medidas adecuadas debido, principalmente, a la ilegalidad de la conducta que los demandantes llevaron a cabo, así como la necesidad de proteger al menor que se hallaba en “estado de abandono”<sup>52</sup>. Con ello, los tribunales italianos pusieron fin a una situación ilegal.

Asimismo, la citada sentencia presenta un voto particular donde unos jueces consideran que, pese a la opinión de la mayoría, sí que existió vida familiar de facto. Esto es, entienden que la ausencia de vínculo biológico no debe de conducir de forma necesaria a la apreciación de la falta de vida familiar de facto y que, aunque dicho tiempo sea breve, es suficiente para poder establecer entre ellos una vida familiar de facto. Por tanto, para dichos jueces, el Estado italiano se entrometió ilegítimamente en la vida familiar de tal pareja, todo ello al declarar al menor es situación de abandono fundamentando tal decisión únicamente en la ilegalidad incurrida.

En suma, no procede aplicar en el presente caso la doctrina que se aplicó en *Menesson y Labassee*, puesto que en este supuesto se lleva a cabo una contravención de normas de Derecho italiano calificadas como importantes, las cuales van dirigidas a proteger valiosos intereses públicos. También, las autoridades italianas fueron informadas por el Consulado italiano en Moscú de que el certificado contenía información falsa, por lo que se denegó su registro y se inició un procedimiento penal contra los cónyuges por alteración de la filiación, falsificación documental y contravención del procedimiento sobre adopción internacional. Con ello, se empezaron a iniciar los trámites para dar al menor en adopción puesto que el mismo se encontraba en situación de abandono, lo que conllevó a su desamparo y, por ende, en un posterior acogimiento familiar, todo ello con la finalidad de, en último lugar, ser dado en adopción. Por consiguiente, el TEDH acabó concluyendo que aceptar que el menor permaneciera con los comitentes supondría legalizar la situación que éstos habían creado contraviniendo importantes normas de Derecho italiano.

Por ende, podría llegar a ser más discutible justificar la situación de desamparo del menor, retirando con ello la guarda de los padres comitentes tras pasar 8 meses desde el nacimiento, argumentando dicha acción en que no se llevaría a cabo un daño grave para el menor y entregando así, la guarda de dicho sujeto a terceros.

Tras todo lo expuesto, hay que destacar que la protección del interés superior del menor se trata de un principio que permite efectuar el reconocimiento de decisiones extranjeras, siendo

---

<sup>52</sup> ORQUÍ AZOFRA, M.: “La difícil conciliación de la gestación por sustitución en nuestro ordenamiento jurídico con los derechos fundamentales involucrados”, en *Derecho Privado y Constitución*, 2020, núm. 37, p. 22.

éste un argumento utilizado en muchos casos para proceder a admitir una regulación de la gestación subrogada en nuestro ordenamiento jurídico.

## VI. CONCLUSIONES.

La gestación subrogada sigue siendo actualmente un tema controvertido, tanto por el juicio ético como jurídico que genera. Como se ha podido comprobar, la gestación por sustitución originó un cambio fundamental en la forma de entender la maternidad, supuso una transformación de las funciones que se consideraban propias de la maternidad biológica.

En España tan solo encontramos regulación al respecto en el art. 10 LTRHA, el cual determina la nulidad de los contratos de gestación subrogada. Sin embargo, del citado precepto no se determina una prohibición de forma expresa de la gestación por sustitución, sino que únicamente la LTRHA se limita a determinar la nulidad de pleno derecho del contrato de gestación. Además, no se prevé sanción alguna en el caso de que se lleve a cabo la vulneración del citado precepto. Así, la maternidad subrogada puede servir de base para una adopción<sup>53</sup>.

Por consiguiente, el Informe del Comité de Bioética de España llevado a cabo en 2017, sobre los aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada, concluyó que la valoración ética sobre la ilicitud de esta práctica estriba en la oposición a la instrumentalización del cuerpo de la mujer. Esto se debe a que la mujer gestante lleva a cabo un servicio para un tercero de forma temporal y sujeta al cumplimiento de lo estipulado en un contrato. Con ello, se produce una cosificación del cuerpo femenino, el cual únicamente se concibe como un producto apto (siempre que tenga capacidad para gestar) para producir aquello que los comitentes no pueden, un bebé; y, el cuerpo de la mujer, no puede ser objeto de comercio alguno (v. art. 1271 CC).

Además, la posible contraprestación que la mujer gestante puede recibir a cambio deslumbra la explotación de esta, produciéndose así una relación de poder del comitente a la mujer. Así pues, se generan unas bases no equitativas en la estipulación del contrato de gestación. Muchas mujeres, las cuales se encuentran en situaciones de desigualdad, precariedad y vulnerabilidad, pueden optar por “alquilar” su vientre para así poder hacer frente a las obligaciones económicas que ostentan, poniendo en riesgo su vida ante las enfermedades y peligros que dicha práctica puede suponer. Por otro lado, la mujer gestante también se enfrenta a una serie de efectos psicológicos (ruptura del vínculo con el bebé, ánimo bajo o incluso depresión, estrés postraumático después de entregar al bebé, entre otros), al tener que entregar al bebé tras el parto. Actualmente, existe un proyecto de reforma de la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, realizado por parte del Instituto de las Mujeres, el cual incluye entre

---

<sup>53</sup> SÁNCHEZ SÁNCHEZ, E.: “La instrucción”, cit., p. 365.

sus propuestas considerar la gestación subrogada como una forma de explotación reproductiva.

Todo ello hace necesario preguntarnos lo siguiente: ¿resulta necesaria una ley en materia de gestación subrogada? ¿Es suficiente la regulación española al respecto? La respuesta a la primera pregunta no es otra que afirmativa. Resulta necesaria una ley puesto que la escasa regulación sobre la materia hace que los tribunales tengan que adoptar medidas en atención a los contratos estipulados y formalizados en otros países cuyos efectos se han producido en España, concretamente en cuanto a la inscripción de los menores fruto del procedimiento de gestación subrogada. Como señala el Auto del Tribunal Supremo de 2 de febrero de 2015 “la sentencia de esta Sala ofrece soluciones que parten de una misma prohibición, como es la gestación por sustitución, viciada de nulidad, con lo que la excepción de orden público seguiría existiendo en la forma que se dijo en ella. Lo que es necesario - sentencia TEDH de 27 de enero de 2015 - es que un niño no se vea perjudicado por el hecho de que ha sido traído al mundo por una madre subrogada, comenzando por la ciudadanía o la identidad que revisten una importancia primordial.” (...) “estas soluciones que, por las razones que sean, no han podido materializarse hasta la fecha, mantienen una "incertidumbre inquietante" en cuanto a la situación de los menores; incertidumbre que refiere la sentencia del TEDH de 26 de junio de 2014. El problema afecta no solo a los padres, cuyo interés no está dissociado del de sus hijos, sino al interés prevalente de los menores, y al hecho, también referido en la citada sentencia, de que ‘cada uno pueda establecer la sustancia de su identidad, incluido su filiación’, significativamente afectado e incompatible "con el interés superior de los niños, cuyo respeto debe guiar toda decisión que les concierne", lo que exige una respuesta inmediata, que no se ha dado. No se comparte, por tanto, la disociación que el auto hace de la defensa de los derechos e intereses legítimos de los adultos con los derechos de los menores que han nacido de esa gestación subrogada; en un caso, además, en el que unos - hijos- y otros -padres- están integrados en un mismo núcleo familiar desde hace años”.

Por tanto, no se debe permitir que los menores fruto de la gestación subrogada se encuentren en un “limbo jurídico”, por lo que es completamente necesario configurar una regulación y ya no solo en España, sino también a nivel internacional, o, mejor dicho, a nivel de la UE; dejando a un lado la aplicación de las resoluciones de la DGSJFP, el Tribunal Supremo y el TEDH<sup>54</sup>. No hay que olvidar que las soluciones jurisprudenciales se ofrecen casuísticamente, esto es, se aplican al caso concreto. Así sucedió en la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014, la cual ratifica la prohibición del art. 10 LTRHA y en la Sentencia de 26 de junio de 2014 del TEDH (sobre los asuntos *Menesson y Labassee* contra Francia). El TEDH determinó que el Tribunal de Casación<sup>75</sup> francés brinda, vulnera el art. 8 CEDH (derecho al respeto de la vida privada y familiar respecto de los menores), puesto que se conculcan los derechos de los menores.

---

<sup>54</sup> CORERA IZU, M.: “El nuevo procedimiento de inscripción de documentos judiciales”, en *Gestación subrogada: principales cuestiones civiles, penales registrales y médicas. Su evolución y consideración (1988-2019)*, Dykinson S.L, Madrid, 2019, p. 401.

En suma, el debate sobre la gestación subrogada que en España sigue estando vigente, pasa por resolver la incongruencia inequívoca que existe entre la legislación y la tolerancia que en la práctica se otorga a dicho procedimiento de gestación subrogada. Los casos que han pasado por los tribunales han puesto de manifiesto que la solución al problema colectivo de la gestación subrogada no se debe de dejar en manos de los jueces, sino que corresponde al legislador. Así se puede comprobar en uno de los Votos Particulares a la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de octubre de 2016, donde se establece que actualmente “aumenta el margen de discrecionalidad judicial a través del uso extensivo de la ponderación y con ello socava el imperio de la ley y el equilibrio del sistema”. Asimismo, en dicho voto se determina que se trata de una cuestión que debe ser resuelta de forma exclusiva por el legislador, y nunca “mediante ocurrencias coyunturales e irreflexivas de incierto futuro”. Continúa diciendo que la solución al debate tampoco se encuentra “a través de interpretaciones judiciales que desbordan la ponderada y discrecional aplicación de la ley”. Así, ante la problemática que la insuficiente regulación genera, se debe de entrar a valorar todas y cada una de las circunstancias que se presentan para cada caso, lo que produce soluciones dispares y acrecienta la problemática en tanto no se configure un marco internacional para ofrecer una solución con rigor, a pesar de las medidas más contundentes que en España se deberían adoptar para hacer frente a esta práctica y a las consecuencias que la misma origina.

## VII. BIBLIOGRAFÍA.

CASADO, M. e IBÁÑEZ, M. “Reflexiones legales y éticas en torno a la maternidad subrogada” en *Revista española de medicina legal*, 2012, núm. 40, pp. 59-62.

CASTILLO, C.: “La gestación por sustitución y el problema de su acceso al Registro Civil Español”, en *Revista de Jurisprudencia*, 2020.

FERRER VANRREL, P.: *El llamado interés superior “interés del menor” de los nacidos como consecuencia del contrato de gestar para otro*, en *Estudio sistemático de la Ley 26/2015, de 28 de julio de modificación del sistema de protección de la infancia y a la adolescencia*, Dykinson, Madrid, 2018, pp. 73-101.

GARCÍA AMEZ, J. y MARTÍN AYALA, M.: “Turismo reproductivo y maternidad subrogada” en *Extraordinario XXVI Congreso 2017*. 2017, núm. 27, pp. 200-208.

GIL MEMBRADO, C.: “Informe del Comité de Bioética de España”, en *Gestación subrogada: principales cuestiones civiles, penales registrales y médicas. Su evolución y consideración (1988-2019)*, Dykinson S.L, Madrid, 2019, p. 491.

GUTIÉRREZ, A. y LLEDÓ, F. *Gestación subrogada: Principales cuestiones civiles, penales, registrales y médicas: su evolución y consideración (1988-2019)*, Dykinson S. L., Madrid, 2019.

JORQUÍ AZOFRA, M.: “La difícil conciliación de la gestación por sustitución en nuestro ordenamiento jurídico con los derechos fundamentales involucrados”, en *Derecho Privado y Constitución*, 2020, núm. 37, pp. 381-426.

LLEDÓ YAGÜE, F.: “La filiación en la gestación subrogada: el estado de la cuestión (1988-2019)”, en *Gestación subrogada: principales cuestiones civiles, penales registrales y médicas. Su evolución y consideración (1988-2019)*. Dykinson S.L, Madrid, 2019.

LLEDÓ YAGÜE, F. y GUTIERREZ BARRENENGOA, A. “La gestación subrogada. Luces y sobras de la legislación actual. Su prohibición versus la posibilidad de una admisión de supuestos en el futuro”, en *Nuevos Horizontes y perspectivas para el Derecho en el siglo XXI*, Thomson Reuters Aranzadi, 2018.

MAGARIÑOS BLANCO, V.: “Reflexiones sobre la maternidad subrogada”, en *Gestación subrogada: principales cuestiones civiles, penales registrales y médicas. Su evolución y consideración (1988-2019)*, Dykinson S.L, Madrid, 2019.

MARTÍNEZ, L.: *Gestación subrogada. Capitalismo, patriarcado y poder*, Pepitas, Logroño, 2019, pp. 14-15.

MONJE BALMASEDA, O.: “La problemática de la inscripción de la filiación en supuestos de gestación subrogada”, en *Gestación subrogada. Principales cuestiones civiles, penales, registrales y médicas. Su evolución y consideración (1988- 2019)*, Dykinson S.L, Madrid, 2019.

MUÑOZ RODRIGO, G.: “La filiación y la gestación por sustitución: a propósito de las Instrucciones de la DGRN de 14 y 18 de febrero de 2019”, en *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 10 bis, 2019, pp. 731.

SÁNCHEZ SÁNCHEZ, E.: “La instrucción de 5 de octubre de 2010”, en *Gestación subrogada. Principales cuestiones civiles, penales, registrales y médicas. Su evolución y consideración (1988-2019)*, Dykinson S.L, Madrid, 2019.

VICANDI, A.: “El futuro de la maternidad subrogada en España entre el fraude de ley versus orden público internacional” en *Gestación subrogada. Principales cuestiones civiles, penales, registrales y médicas. Su evolución y consideración (1988-2019)*, Dykinson S.L, Madrid, 2019, pp. 304-319.

#### VIII. ANEXO DE LEYES Y JURISPRUDENCIA.

Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil. Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria.

Constitución Española.

Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil. Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción Internacional.

Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida. Ley 14/2007, de 3 de julio, de investigación biomédica.

Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil. Resolución de la DGSJFP de 18 de febrero de 2009. Instrucción de la DGSJFP de 5 de octubre de 2010. Instrucción de la DGSJFP de 19 de febrero de 2019.

REGLAMENTO (UE) Núm. 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil.

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

Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950.

SSTEDH de los casos *Menesson c. France* (n.º 65192/11) y *Labassee c. France* (n.º 65941/11), de 26 de junio de 2014.

STEDH (Gran Sala), asunto *Paradiso y Campanelli contra Italia*, de 24 de enero de 2017. STC Portugués núm.225/2018, de 24 de abril.

ATS núm. 335/2015, de 2 de febrero de 2015.

SAP de Valencia núm. 949/2011, de 23 de noviembre.

Sentencia del JPI núm. 15 de Valencia, núm. 193/2010, de 15 de septiembre.