

La filiación en España tras una gestación por sustitución internacional: reflexiones en torno a las carencias del sistema filiatorio español

Maria Ángeles Serrano OCHOA*

RESUMEN: En la actualidad, contemplar la realidad de la familia es un ejercicio complicado, como consecuencia del proceso de transformación al que se ha visto sometida la institución en las últimas décadas. La convergencia de factores fundamentalmente socio-económicos, unidos a profundas transformaciones culturales e ideológicas, han dado como resultado el declive de un modelo de familia que podríamos llamar tradicional, para dar paso a una serie de estructuras familiares constituidas por parejas casadas con hijos biológicos, sin hijos, con hijos adoptados, familias formadas por parejas sin vínculo matrimonial o por parejas del mismo sexo, además de familias monoparentales, reconstruidas, entre otras. A esta evolución ha contribuido, indudablemente, el uso de las técnicas de reproducción asistida. Sin embargo, nuestro Derecho no ha evolucionado en materia de filiación (art. 108 CC), de modo que ésta sólo puede tener lugar por naturaleza y por adopción, sin hacerse mención alguna a la voluntad, o intencionalidad de quienes quieren ser progenitores, en su determinación, pese a que esa disponibilidad de la filiación sí se deduce de los arts. 7 y 8 LTRHA 2006. De modo que, entendemos, hay que buscar una respuesta a estas nuevas realidades y que haya un reconocimiento expreso del legislador a la filiación que deriva del uso de cualquiera de las técnicas de reproducción que la ciencia hace posible en la actualidad, como sería la gestación por sustitución, se admita o no esta práctica en nuestro ordenamiento jurídico. De hecho, el que fuera de nuestras fronteras, en un mundo globalizado, se hayan constituido familias españolas tras una gestación subrogada perfectamente regulada y admitida, nos parece una razón suficiente para proponer la admisión expresa en España de una nueva forma de filiación derivada del uso de las técnicas médicas de reproducción y que bien podría denominarse “filiación asistida de voluntad”, en términos del Código de las Familias de Cuba, distinta de la filiación natural y de la adoptiva. Evidentemente, estamos ante una opción legislativa.

PALABRAS-CLAVES: Filiación; familia; reproducción; gestación por sustitución.

SUMARIO: 1. Introducción. La familia como derecho; – 2. ¿Existe un derecho a tener un hijo?; – 3. La filiación asistida de voluntad como una forma de filiación derivada del uso de las técnicas médicas de reproducción; – 4. La nulidad en España de los acuerdos de gestación por sustitución y de la filiación derivada de ésta; – 5. La Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010 sobre el régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución; – 6. Conclusiones; – Bibliografía.

TITLE: *Affiliation in Spain after an International Surrogacy: reflections on the Shortcomings of the Spanish Filiation System*

ABSTRACT: *Currently, contemplating the reality of the family is a complicated exercise, as a consequence of the transformation process to which the institution itself has been subjected in recent decades. The convergence of fundamentally socio-economic factors, together with profound cultural and ideological transformations, has resulted in the decline of a family model that we could call traditional, to give way to a series of family structures made up of married couples with biological children, without children, with adopted children, families formed by couples without a marriage bond or by same-sex couples, as well as single-parent families, reconstructed, among others. The use of assisted reproduction techniques has undoubtedly contributed to this evolution. However, our Law has*

* Abogada y Doctora en Derecho. Docente en la Universidad de Sevilla (España).

not evolved in matters of filiation (art. 108 CC), so it can only take place by nature and by adoption, without making any mention of the will, or intention of those who want to be parents, in its determination, despite the fact that this availability of filiation is deduced from arts. 7 and 8 LTRHA 2006. So, we understand, we must seek a response to these new realities and that there be express recognition by the legislator of the affiliation that derives from the use of any of the reproduction techniques that science makes possible today, such as gestation by substitution, whether or not this practice is admitted in our legal system. In fact, the fact that outside our borders, in a globalized world, Spanish families have been formed after a perfectly regulated and admitted surrogacy, seems to us a sufficient reason to propose the express admission in Spain of a new form of filiation derived from the use of medical reproduction techniques and which could well be called “assisted filiation of will”, in terms of the Cuban Family Code, distinguishing itself from natural filiation and adoptive filiation. Obviously, we are facing a legislative option.

KEYWORDS: *Affiliation; family; reproduction; surrogacy.*

CONTENTS: *1. Introduction; – The family as a right; 2. Is there a right to have a child?; – 3. Assisted filiation of will as a form of filiation derived from the use of medical reproduction techniques; – 4. The nullity of surrogacy agreements in Spain and the affiliation derived from it; – 5. The Instruction of the DGRN of October 5, 2010 on the registration regime for the filiation of those born through surrogacy; – 6. Conclusions; – Bibliography.*

Abreviaturas

AAP - Auto de la Audiencia Provincial
 AP - Audiencia Provincial
 Art, arts - Artículo, artículos
 BOE - Boletín Oficial del Estado
 c. - contra
 CBE - Comité de Bioética de España
 CC - Código Civil
 CdFC - Código de las Familias de Cuba
 CDN - Convención sobre los Derechos del Niño, aprobado el 20 noviembre 1989
 CE - Constitución Española de 1978
 CEDH - Convenio Europeo de Derechos Humanos
 DGRN - Dirección General de los Registros y el Notariado
 DGSJFP - Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública
 FJ - Fundamento Jurídico
 LJV - Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria
 LRC - Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil
 LTRA/1988 - Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre técnicas de reproducción asistida (derogada)
 LTRHA 2006 - Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida
 OMS - Organización Mundial de la Salud
 RC - Registro Civil
 SAP - Sentencia de la Audiencia Provincial
 STC - Sentencia del Tribunal Constitucional
 STEDH - Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos
 STS - Sentencia del Tribunal Supremo
 TC - Tribunal Constitucional
 TEDH - Tribunal Europeo de Derechos Humanos
 TRHA - Técnica de Reproducción Humana Asistida
 TS - Tribunal Supremo
 § - Párrafo

1. Introducción. La familia como derecho

La familia es, con todas sus particularidades y variaciones a lo largo de la historia, una institución vertebral de nuestra sociedad. En ella tiene lugar las funciones claves de socialización, transmisión de valores y educación que acompañan a la persona a lo largo de su vida. Y como institución dinámica se ha tenido que ir adaptando a los tiempos. Por ello, el concepto de familia en España es plural y abierto, adaptable a cada momento histórico y a la evolución de nuestra sociedad,¹ reconociéndose en nuestro ordenamiento jurídico multitud de modelos de relaciones familiares interindividuales, tanto la constituida con hijos como la que no cuenta con descendencia.²

El TEDH también tiene un concepto amplio de familia: una pareja que no está casada (Asunto Johnston y otros c. Irlanda³); una mujer soltera y su hija (Asunto Marckx c. Bélgica⁴); un hombre y su hija extramatrimonial (Asunto Keegan c. Irlanda⁵); cuando hay una convivencia efectiva o potencial entre varias personas (Asunto Nylund c. Finlandia⁶); delegando en las legislaciones nacionales el reconocimiento de otras vías distintas a las del matrimonio para fundar una familia (Asunto Schalk y Kopf c. Austria⁷).

Y es que, moviéndonos en un contexto cultural y legal en el que priman la libertad de costumbres y de pensamiento, de conciencia, de religión, de respeto a la intimidad privada y familiar, estaremos aproximándonos bastante a ese mapa de factores o causas que explican la creciente diversidad y complejidad de las estructuras familiares en el mundo en general, y en España en particular. De modo que, si la realidad en la que se mueve hoy la familia está marcada por el cambio y la función de la institución sigue siendo la misma, es decir, proporcionar una red tupida de protección y de seguridad en la que la persona pueda desarrollarse y encontrarse en un entorno propicio de convivencia, el reto que las instituciones públicas tienen por delante consiste en asegurar, con independencia de su configuración, su reconocimiento y protección.

¹ También es un producto evidentemente cultural y no necesariamente natural (ROCA TRIAS, E. Familia y Constitución. *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, 10, 2006, p. 207-228). Desde una perspectiva sociológica más que jurídica, la Ley Catalana 18/2003, de 4 de julio, de Apoyo a las Familias, en su art. 1.1 define la familia como el “eje vertebrador de las relaciones humanas y jurídicas entre sus miembros y como ámbito de transferencias compensatorias intergeneracionales e intrageneracionales”.

² STC nº 222/1992, de 11 de diciembre de 1992, FJ 4, BOE nº 16, de 19 de enero de 1993.

³ Sentencia 9687/82 de 18 de diciembre de 1986, TEDH 1986\16.

⁴ Sentencia 6833/74 de 13 de junio de 1979, TEDH 1979\2.

⁵ Sentencia 16969/90 de 26 de mayo de 1994, TEDH 1994\2.

⁶ Sentencia 27110/95, de 29 de junio de 1999.

⁷ Sentencia de 24 de junio de 2010, JUR 2010\211641, § 60.

Efectivamente, la familia, como grupo de apoyo del ser humano⁸ y unidad básica de la sociedad,⁹ debe ser objeto de protección por el Estado.¹⁰

Definido el concepto de familia, comprobamos que a nivel internacional se puede deducir que existe un derecho fundamental a formar una familia (art. 16.3 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, de 1948; art. 12 del Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales de 1950; art. 23.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966; art. 17 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos de Costa Rica del año 1969;¹¹ o en la Observación General nº 19 del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, Punto 5). Se habla también del derecho a fundar una familia, junto al derecho a contraer matrimonio, en el art. 9 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 10 de diciembre de 2000, añadiendo la coletilla de “según las leyes nacionales” que regulen su ejercicio (art. II-69), al igual que en el Tratado de una Constitución para Europa, delegándose en el legislador nacional su adaptación a la realidad moral y social de cada momento y lugar.

En España, el Catedrático de Derecho Canónico Sr. Souto, miembro de la Comisión Palacios,¹² resaltó que nuestros constituyentes deslindaron claramente el matrimonio de la familia y, por ello, los situó en artículos distintos (art. 32 y art. 39 CE, respectivamente).¹³ Pero aunque en apariencia nuestro ordenamiento jurídico no reconoce ningún derecho en el art. 39.1 de la CE,¹⁴ incardinado dentro de los principios rectores de la política social y económica del Título I, sin embargo, nada nos impide considerar que existe un derecho a fundar una familia, conformada sin hijos o con hijos que pueden haber nacido tras un proceso de procreación natural o artificial. Se trata

⁸ GÓMEZ SÁNCHEZ, Y. Matrimonio y familia: arts. 32 y 39 de la Constitución. *Revista de Derecho Político*, 36, 1992, p. 219.

⁹ Principio 9 del Informe de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo, El Cairo, 5 a 13 de septiembre de 1994, Naciones Unidas, Nueva York (1995).

¹⁰ Nuestro artículo 39 de la Constitución, con una redacción análoga a la de otros textos constitucionales del Derecho comparado, establece que los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia, en el bien entendido de que la fundación de una familia no pasa necesariamente por el matrimonio.

¹¹ En igual sentido el art. 15 del Protocolo Adicional a la Convención (Protocolo San Salvador de 1988).

¹² Comisión Especial de Estudio de la Fecundación “in vitro” y la Inseminación Artificial Humanas del Congreso de los Diputados de España, creada el 29 de mayo de 1985 y presidida por el Dr. D. Marcelo Palacios Alonso, del Grupo parlamentario Socialista. A esta Comisión especial fueron convocados treinta y siete expertos que cubrían los cuatro campos de conocimiento implicados en la temática: el derecho, la filosofía, la biología y la ginecología. De esos debates resultó el llamado “Informe Palacios” en el que se hacían las primeras reflexiones y las necesarias conclusiones que fueron el punto de partida de la regulación legal de la reproducción asistida, culminando en la LTRA/1988.

¹³ Respecto al art. 32 CE, la Sentencia del TC en el Recurso de inconstitucionalidad 6864-2005 (BOE nº 286, 28 de noviembre de 2012), interpuesto contra la Ley 13/2005, de 1 de julio, reconoce que el art. 32 tiene una escueta regulación que es heredera de la contenida por primera vez en el art. 43 de la Constitución de 1931 (FJ 6º).

¹⁴ La STC nº 116/1999, de 17 de junio de 1999, FJ 3º, afirma que no hay un derecho reconocido en el art. 39.1 CE (BOE nº 162, de 8 de julio de 1999).

realmente de un derecho difuminado por el constituyente, pero reconocido en cierto modo por nuestro Tribunal Constitucional en su Sentencia nº 51/2011, de 14 de abril de 2011,¹⁵ donde el Alto Tribunal recoge que el TEDH¹⁶ tiene declarado que el ejercicio del derecho fundamental al matrimonio y a fundar una familia, garantizado por el art. 12 del CEDH, plantea consecuencias sociales, personales y legales, de manera que, aunque esté sujeto a las legislaciones nacionales de los Estados contratantes, las limitaciones en ellas introducidas no deben restringir o reducir el derecho de tal manera, o hasta tal punto, que perjudiquen la esencia del mismo.¹⁷

A estos límites se refiere nuestro Tribunal Supremo en su Auto de 2 de febrero de 2015¹⁸ por el que resuelve el incidente de nulidad planteado en el primer asunto que llegó a su Sala de lo Civil sobre una gestación por sustitución internacional y donde en su Fundamento Jurídico 5 afirmó, por un lado, que, como todos los derechos, el derecho a crear una familia no es ilimitado, no es absoluto y, por otro, que este derecho no incluye la facultad de establecer lazos de filiación por medios no reconocidos como tales por el ordenamiento jurídico español. De modo que es un derecho que, para ser alegable, requiere de un desarrollo legislativo.

2. ¿Existe un derecho a tener un hijo?

A diferencia de los derechos, los deseos son construcciones sociales. La familia es también una construcción social, por lo que ser madre o padre no puede valorarse tan sólo como un mero proceso biológico, sino también como un proceso social y cultural. Por eso, el deseo de ser madre y padre, y el medio que se empleará para lograr ese deseo, ha de situarse en cada momento en un determinado orden sociocultural.

Aunque todas las personas pueden tener deseos legítimos de formar una familia, tanto las parejas heterosexuales como las homosexuales, así como las personas solas, los cauces legales establecidos hasta el momento en nuestro país, cuando no pueden formar una familia por medios naturales, son la adopción (art. 175 CC), la posesión de estado (art. 131 CC) o a través de la reproducción asistida mediante las técnicas determinadas y recogidas expresamente por la ley (Anexo de la LTRHA 2006).

¹⁵ BOE nº 111, de 10 de mayo de 2011.

¹⁶ STEDH de 13 de septiembre de 2005, Asunto B. y L. c. Reino Unido, § 34.

¹⁷ STEDH de 17 octubre 1986, Asunto Rees c. Reino Unido § 50 (TEDH 1986, 11), y STEDH de 18 diciembre 1987, Asunto F. c. Suiza, § 32.

¹⁸ ATS de 02-02-2015 (RJ 2015, 141).

La doctrina mayoritaria no reconoce la existencia de un derecho a tener un hijo, biológico o no, y menos se puede exigir a los demás una obligación de contribuir a conseguir lo que se entiende que es un simple deseo. Ninguna referencia hace nuestra CE a un derecho a la maternidad ni a la existencia de un derecho a la reproducción. Tampoco lo hace el legislador explícitamente.¹⁹ Por ello, más que de un derecho, la doctrina mayoritaria habla de autonomía reproductiva, como una libertad que permite a las personas planificar su propia vida reproductiva, libre de interferencias externas, sin que de ningún modo se legitime el imponer nada a nadie en orden a conseguirlo.²⁰

El problema jurídico se centra, entonces, en la imposibilidad de generalizar el acceso a la reproducción por igual para hombres y mujeres, pues sólo las mujeres pueden decidir ser madres o no serlo,²¹ porque sólo a las mujeres se les reconoce la voluntad de ser madres, aunque sea a las que pueden llevar a término un embarazo. Los hombres, para ser padres, necesitan de un cuerpo femenino que geste. Un hombre solo o una pareja de hombres únicamente pueden optar a la paternidad biológica por la vía de la gestación por sustitución y, si no es así, ningún derecho les asiste en este sentido (art. 10 LTRHA). Del mismo modo, una mujer que hiciera uso de una gestación por sustitución para ser madre genética pese a no poder gestar, actualmente sólo fuera de nuestras fronteras, no le es reconocida su maternidad cuando regrese a España con el bebé (art. 10.3 LTRHA 2006) pudiendo llegar a ser sólo la madre por adopción. Mantener esta regulación iría contra el respeto a la diversidad en la reproducción asistida, aspecto que forma parte de los Principios de Yogyakarta+10 y que establece que los Estados deben permitir el acceso de todos a los métodos para preservar la fertilidad.²²

Efectivamente, la gestación subrogada o por sustitución suele ser considerada una técnica más de reproducción que nos ofrece la ciencia²³ para hacer efectivo un derecho a

¹⁹ La Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo hace referencia por primera vez en un texto jurídico al derecho a la maternidad libremente decidida, que no deseo (art. 3.2).

²⁰ CASADO, M.; NAVARRO-MICHEL, M. Documento sobre Gestación por Sustitución. *Observatorio de Bioética i Dret*, Universitat de Barcelona, 2019, p. 34 y 35.

²¹ Casada o soltera (art. 6.1 segundo párrafo LTRHA 2006) homosexual o viuda (art.9 LTRHA 2006).

²² Principio nº 24 trata sobre el derecho a formar una familia. Cualquier persona independientemente de su orientación sexual o identidad de género tiene derecho a formar una familia, sea a través de la adopción o reproducción asistida. Este derecho se apoya en el art. 9 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea sobre el derecho a contraer matrimonio y el derecho a fundar una familia, y en el artículo 12 del CEDH.

²³ Así es referida por la Comisión Palacios en sus sesiones, como también por la OMS, la Sociedad Europea de Reproducción Humana y Embriología, o la Sociedad Americana para la Reproducción Médica; entre la doctrina, RODRÍGUEZ-JAUME, M. J.; GONZÁLEZ-RÍO, M.J.; CABALLERO PÉREZ, P. Preguntas y respuestas sobre la gestación por sustitución: los estudios de opinión pública a revisión. *Política y Sociedad*, 56(2), 2019. Otras posturas abogan por considerar la gestación por sustitución como un supuesto singular de reproducción que requiere, para que tenga lugar, de alguna TRHA, como expresa el Comité de Bioética de España (CBE, 2017:8).

la procreación, derecho que puede entenderse implícito en los derechos al libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE), y que podría considerarse algo más que una opción personal, que un deseo o un proyecto de vida. Y es que el derecho a la reproducción²⁴ de hombres y mujeres, homosexuales, bisexuales o transexuales, encontraría su anclaje en el valor y derecho fundamental de la libertad expresada en los arts. 1.1 y 17.1 CE, y que el Derecho debe favorecer y regular,²⁵ lógicamente sin incurrir en la cosificación e instrumentalización de ningún ser humano para lograrlo. En esta línea se encuentra el Acórdão do Tribunal Constitucional luso n.º 225/2018, Processo n.º 95/17, que situó el derecho a constituir una familia o el derecho a procrear dentro del derecho al desarrollo de la personalidad, y a la gestación por sustitución como una vía excepcional para satisfacer esos derechos, que no simples deseos, siempre que el legislador opte por esa posibilidad de una forma compatible con la protección de otros bienes constitucionalmente preservados.

De modo que, podríamos considerar que estaríamos ante un derecho que se puede inferir del derecho natural,²⁶ y al no encontrarse el derecho a la reproducción inserto expresamente en nuestro texto constitucional,²⁷ al menos se puede deducir que es un derecho con fundamento constitucional²⁸ que puede llegar a incluirse en cualquier momento en el catálogo del Título I de la CE, dentro del grupo de derechos humanos llamados de “tercera generación” vinculados con la solidaridad, o bien de los llamados de “cuarta generación”, fundados en el principio de autodeterminación.²⁹

²⁴ En la jurisprudencia norteamericana existe el concepto “right to reproduce”, como expresión del “right to personal privacy” o de la libertad personal, derecho cuya titularidad corresponde a las parejas o personas, estériles o no, y que puede suponer la desvinculación de la unión sexual y del factor biológico. Ello dio origen a un concepto de paternidad y maternidad basado en el afecto, la intención o voluntad, así como la atribución de la paternidad o la maternidad a favor de los padres intencionales, padres de deseo o “intended parents”.

²⁵ VELA SÁNCHEZ, A.J. Soluciones prácticas para la eficacia en España de un convenio de gestación por encargo. De nuevo a propósito de la STS de 6 de febrero de 2014. In: *Diario La Ley*, 8309, 1-9. Sección Doctrina, 13 de mayo de 2014.

²⁶ Del mismo modo, FUGARDO ESTIVILL, J.M. *Procreación Humana y acciones de responsabilidad. Derecho Español y Comparado*, 2018.

²⁷ STC nº 11/2016, de 1 de febrero de 2016, voto particular de Dña. Encarnación Roca Trías: “la libertad de procreación constituye, al igual que la relativa a la decisión de continuar o no una relación afectiva o de convivencia, una manifestación del libre desarrollo de la personalidad”, BOE nº 57, de 7 de marzo de 2016.

²⁸ GÓMEZ SÁNCHEZ, Y. *El Derecho a la reproducción humana*, 1994.

²⁹ ZARRALUQUI SANCHEZ-EZNARRIAGA, L. *Procreación asistida y derechos fundamentales*, 1998, p. 66. El autor señala que el derecho a procrear formaría parte de los derechos de cuarta generación de los derechos humanos. El profesor PÉREZ LUÑO habla de que son más bien derechos de tercera generación, derechos basados no en la libertad e igualdad sino en la solidaridad como valor de referencia (PÉREZ LUÑO, A.E. *Los derechos humanos en la sociedad tecnológica*, Editorial Universitas, 2012). Entendemos por ello, que cabe plantearse si la CE se ajusta en algunos aspectos a la realidad social y política de nuestro país, particularmente en cuanto a la forma en la que se reconoce el derecho a contraer matrimonio y el derecho a constituir una familia (arts. 32 y 39 CE, respectivamente), debiendo hacerse una lectura conjunta del art. 1.1 de la CE, que recoge que España es un Estado social y democrático de Derecho donde se propugnan como valores básicos la igualdad, entendida como ausencia de discriminación, la libertad y la justicia, en un contexto interno de pluralismo político, con otros textos internacionales de derechos humanos que reconocen ya el derecho a tener hijos e hijas.

3. La filiación asistida de voluntad como una forma de filiación derivada del uso de las técnicas médicas de reproducción

En España el acceso al matrimonio en igualdad y sin discriminación por razón de sexo (Ley 13/2005, de 1 de julio)³⁰ ha facilitado el ejercicio de un derecho de todas las personas a iniciar un proyecto de familia basado en el matrimonio, donde el tener hijos e hijas tienen una importancia considerable.

Por otro lado, la LTRHA 2006 ha conseguido facilitar la reproducción a las distintas orientaciones sexuales, incluso a transexuales,³¹ y ha posibilitado determinar la filiación al margen de la naturaleza (arts. 7.3 y 8.3), de manera que habría de plantearse si hay realmente una excusa jurídica para seguir manteniendo los dos únicos tipos de filiación recogidos en el art. 108 del CC, por naturaleza y por adopción, o si es posible reconocer expresamente en España una filiación basada en la voluntad procreacional si se ha producido el nacimiento tras un acuerdo de gestación por sustitución, por ahora sólo posible en el extranjero.

Como decía la Exposición de Motivos de la Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio, la historia evidencia una larga trayectoria de discriminación basada en la orientación sexual, discriminación que el legislador decidió remover estableciendo un marco de realización personal independiente de la opción sexual. Sin embargo, pese a ser reconocido por el legislador el derecho de todos y todas a contraer matrimonio con pleno encaje en nuestra CE, aún no se ha avanzado en el camino de reconocer a todos por igual el disfrute de sus efectos, como es el acceso a las técnicas de reproducción humana asistida cuando la descendencia biológica no puede tener lugar de forma natural, pese a haberse dado ya pasos importantes, como es la admisión de la doble maternidad (art. 7.3 LTRHA 2006), primero a las mujeres casadas³² y recientemente a las que son pareja.³³

³⁰ Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio, BOE nº157, de 2 de julio de 2005.

³¹ Ley 4/2023, de 28 de febrero, para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI (art. 16.2).

³² La reforma operada por la Ley 3/2007 de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención al sexo de las personas, permitió la doble maternidad en su art. 7.3, posibilidad que hasta entonces era rechazada por todos, inclusive por la DGRN -Resolución (6ª) de 5 de junio de 2006. (LA LEY 84038/2006) o la Resolución de 11 de enero de 2007 (LA LEY 357013/2007). Es un ejemplo de la superación por parte del legislador de las barreras biológicas al fijar la filiación, facilitando la inscripción el art. 7.3 LTRHA 2006.

³³ En cuanto a la pareja homosexual femenina no casada, podría tenerse como usuaria de las técnicas de reproducción asistida gracias a la Disposición final undécima de la Ley 4/2023, de 28 de febrero, para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBIQ+, que modifica la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil, concretamente el artículo 44.4. b) LRC, con el fin de permitir la filiación no matrimonial en parejas de mujeres lesbianas.

Efectivamente, tras la admisión de los matrimonios homosexuales en España, las parejas femeninas tienen cabida como usuarias de la reproducción asistida. En estos casos, han de firmar ambas el consentimiento informado de las técnicas, lo que determinará que el futuro hijo tenga una doble filiación materna (será hijo de dos madres, aunque sólo una de ellas haya sido usuaria de las TRHA). Obviamente la reproducción artificial pasa por la utilización de semen de donante y la segunda madre no lo sería por el hecho del alumbramiento, ni tampoco por su aporte genético, sino por una manifestación de voluntad reconocida por el legislador.

Sin embargo, en España no pueden acceder a las TRHA un hombre solo, una pareja de hombres, ni una mujer que no tenga la capacidad de gestar, por lo que, ante estas circunstancias, habría de abrirse el debate sobre la conveniencia de implementar nuevas técnicas de reproducción asistida que aprovechen a todas las personas, incluyendo entre ellas a la gestación por sustitución, integrando la perspectiva del derecho a la igualdad (en la ley) y de no discriminación reproductiva (art. 14 CE) en la regulación de las TRHA.³⁴

La gestación por sustitución actualmente carece de consideración en la Ley 14/2006, declarando la nulidad del contrato de gestación por otros, siendo la consecuencia lógica el que la filiación resultante está prohibida.³⁵ Cabría exigir que el legislador colmase este vacío normativo y tuviera un criterio más abierto sobre las posibles TRHA que la práctica médica hacen posible. Del mismo modo, la actualización de la lista de técnicas autorizadas podría aprovechar a la gestación por otros máxime si es de carácter altruista.

En materia de reproducción asistida se debe empezar a abogar por tratar en igualdad la misma situación de una persona que padece una infertilidad, mujer u hombre, sea natural o estructural y, por ende, por dar solución a la imposibilidad de tener hijos biológicos sin la intervención de la ciencia médica. La LTRHA 2006 ilustra, por lo demás, del margen de apreciación que tiene el legislador al respecto, previa ponderación de los diferentes intereses jurídicos concurrentes. Y es que, cuando el legislador lo considera conveniente, ante la desigualdad de quien no puede reproducirse de forma natural, procura los medios y las soluciones jurídicas para ello, facilitando, por ejemplo, tanto la

³⁴ SERRANO OCHOA, M. Á. El acceso en igualdad a las técnicas de reproducción médicamente asistida: carencias legislativas y gestación por sustitución. *IUS ET SCIENTIA: Revista electrónica de Derecho y Ciencia*, 8, (2), 2022, p. 122-135.

³⁵ SAP B núm. 398/2023 de 29 de junio (JUR\2023\317400).

fecundación post mortem,³⁶ como estableciendo legalmente una filiación natural pese a no existir una conexión biológica entre los progenitores y los menores nacidos (fecundación artificial heteróloga).

La realidad evidencia, además, una evolución notable en la utilización y aplicación de la gestación por sustitución de carácter altruista en otros Estados de nuestro entorno más próximo (Portugal, Reino Unido...), aceptándose para dar solución a los problemas de esterilidad de algunos modelos de familia. Hay argumentos, algunos de alcance constitucional, para en España considerar la gestación por otros como una opción que permite a las personas ejercer su derecho a formar una familia biológica cuando no pueden hacerlo de manera natural. El paradigma podría ser Canadá, pero también Cuba.

En Cuba, concretamente, el 25 de septiembre de 2022 un referéndum popular aprobó un nuevo Código de las Familias que derogó el que estaba vigente desde 1975. Se trata de la Ley nº 156 “Código de las Familias”, de 22 de julio de 2022 (CdFC) publicada en la Gaceta el 27 de septiembre de 2022, reconociendo tanto la filiación asistida como la gestación por sustitución solidaria.

En su artículo 4 admite el derecho a constituir una familia; a la igualdad plena en materia filiatoria; a que se respete el derecho de las parejas a decidir si desean tener descendencia y el número y el momento para hacerlo, preservando, en todo caso, el derecho de las mujeres a decidir sobre sus cuerpos; o el derecho al desarrollo pleno de los derechos sexuales y reproductivos en el entorno familiar, independientemente de su sexo, orientación sexual e identidad de género o cualquier otra circunstancia personal.

La norma distingue varios tipos de filiación (art. 50 CdFC): a) por la procreación natural, que da lugar a la “filiación consanguínea”; b) por el acto jurídico de la adopción, que da lugar a la “filiación adoptiva”; c) por la voluntad expresada para construir la maternidad o la paternidad de las personas comitentes a través del uso de cualquier técnica de reproducción asistida, que da lugar a la llamada “filiación asistida”; y d) por el reconocimiento judicial de los vínculos filiales socioafectivos que se construyen a partir de la posesión de estado de hija o hijo respecto de madres y padres, que da lugar a la “filiación socioafectiva”.

³⁶ En España se admite la fecundación post mortem con unos requisitos. Otros Estados la prohíben. El TEDH recuerda el amplio margen de apreciación del que disfrutaban los Estados en materia de bioética (STEDH de 14 de septiembre de 2023, Asunto Baret y Caballero c. Francia, -TEDH 2023, 75). En el voto concurrente del juez Elósegui, se afirmaba que no correspondía a los jueces de Estrasburgo indicar a los Estados cómo han de legislar. Referencia europea al margen de apreciación estatal en materia reproductiva.

En la Sección Primera se regula la llamada “filiación asistida”, la de las personas nacidas tras una técnica de reproducción asistida y que resulta de la voluntad de procrear manifestada a través del consentimiento de quien o quienes intervienen en el proceso (comitentes), con independencia de quién haya aportado los gametos. Eso sí, cuando se trate de los gametos de las personas comitentes, rigen las mismas reglas que para la determinación de la filiación por procreación natural (art. 117 CdFC). La voluntad de las personas que intervienen en el proceso se entiende exteriorizada mediante el consentimiento libre, informado, expreso y previamente otorgado en escritura pública notarial.

En la norma también se reconoce la gestación por sustitución (Capítulo IV, Sección Cuarta, arts. 130 y siguientes). Se denomina “gestación solidaria” al acto que favorece el ejercicio del derecho de toda persona a tener una familia y se sustenta en el respeto a la dignidad humana como valor supremo, admitiéndose: a) por motivos altruistas y de solidaridad humana; b) entre personas unidas por vínculos familiares o afectivamente cercanos; c) siempre que no se ponga en peligro la salud de quienes intervienen en el proceder médico; y d) en beneficio de quien o quienes quieren asumir la maternidad o la paternidad y se ven impedidos de hacerlo por alguna causa médica que les imposibilite la gestación, o cuando se trate de hombres solos o parejas de hombres.³⁷

En todo caso se requiere de una autorización judicial (art. 131 CdFC) que implica la homologación del consentimiento otorgado, tanto por la o las personas comitentes como por la futura gestante. Para otorgarse esa autorización se deben tener en cuenta, además de lo previsto en el art. 130 del CdFC, los elementos siguientes: a) que tanto la o las personas comitentes como la futura gestante tengan 25 años cumplidos; b) que, en los casos que corresponda, se ha agotado o ha fracasado el uso de otras técnicas de reproducción asistida; c) que se ha tenido en cuenta el interés superior de la niña o el niño que pueda nacer, valorado en correspondencia con las pautas que establece el art. 7, incisos b) y c) del art. 100 y los incisos c) y d) del art. 102 del Código; d) el pleno discernimiento, la buena salud física, psíquica y edad de la futura gestante para llevar a término con éxito el embarazo; e) que la futura gestante no se haya sometido a un proceso de gestación solidaria anterior; f) que la futura gestante no aporta su óvulo; y g) la ausencia de retribución en los términos a que aluden los apartados 2 y 3 del art. 130 del Código (art. 132 CdFC).

³⁷ El art. 130.3 CdFC prohíbe cualquier tipo de remuneración, dádiva u otro beneficio, salvo la obligación legal de dar alimentos en favor del concebido y la compensación de los gastos que se generen por el embarazo y el parto.

De tal forma que la filiación de las personas nacidas mediante el uso de una técnica de reproducción asistida, que involucra a la gestación solidaria, se determina por la voluntad de procrear de la o las personas comitentes (art. 135 CdFC).

Siendo la regla general que los hijos tengan dos vínculos filiatorios, puede ocurrir que sólo tengan uno (monoparentalidad) o varios (multiparentalidad – art. 56 CdFC) sea por causas originarias o por causas sobrevenidas. Serían causas originarias de la multiparentalidad: a) los supuestos de filiación asistida donde, además de la pareja, la tercera persona dadora de los gametos o la gestante, que puede aportar el óvulo o no, según el caso, también quiere asumir la maternidad o la paternidad, de común acuerdo con aquella; y b) cualquier otro supuesto en el que, sobre la base del proyecto de vida en común, se prevea concebir una hija o un hijo por más de dos personas (art. 57).

Desde este enfoque, nuestro legislador podría perfectamente contemplar una filiación asistida de voluntad, así como dar un paso más y aceptar la gestación por sustitución, al menos la de carácter solidaria, como una forma de ejercer el derecho a la reproducción asistida.³⁸ Es una opción legítima que tendría encaje en nuestro orden constitucional.³⁹ Y es que la admisión en nuestro Derecho de la gestación por otros solidaria, la que se fundamenta en unos acuerdos que no responden a fines lucrativos por tener su base en el vínculo afectivo de las partes, con fundamento en el principio de solidaridad familiar o de amistad, permitiría acceder a hombres y mujeres a todas las posibles técnicas médicas de reproducción humana que en la actualidad se están practicando en otros países, sin distinción de ningún tipo, ni por cuestiones biológicas, estructurales o económicas,⁴⁰ lo que es lo mismo que posibilitarle a la ciudadanía el pleno ejercicio de su autonomía reproductiva,⁴¹ haciendo efectivo, en igualdad, el derecho de toda persona a reproducirse y a formar una familia con descendientes genéticos, determinándose, a continuación, la filiación del nacido conforme a la voluntad de los que han querido ser sus progenitores.

³⁸ En el sentido del voto particular a la Sentencia del TS de 6 de febrero de 2014, formulado por el Magistrado D. José Antonio Seijas Quintana, donde se reafirmó en que la gestación por sustitución supone ciertamente una manifestación del derecho a procrear, especialmente importante, para quienes no pueden tener un hijo genéticamente propio, un derecho a la reproducción que requiere una intención, una voluntad o deseo que debe ser protegido o amparado por nuestro Derecho.

³⁹ SERRANO OCHOA, M. Á. *Legitimidad constitucional de la gestación por sustitución solidaria en el ordenamiento jurídico español*. Editorial Aranzadi, 2024.

⁴⁰ VELA SÁNCHEZ, A.J. ¿En serio? Yo alucino con el Comité. A propósito del Informe del Comité de Bioética de España sobre los aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada de 19 de mayo de 2017. In: *Diario La Ley*, 9035, Sección Doctrina, 6 de septiembre de 2017, p. 12. El autor considera que de este modo se permitiría a los españoles sin recursos acudir a este mecanismo gestacional, acabándose con la actual infracción del principio de igualdad ante la ley (ex art. 14 CE).

⁴¹ Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de 16 de diciembre de 1966, art. 15.1.b).

4. La nulidad en España de los acuerdos de gestación por sustitución y de la filiación derivada de ésta

En España, el legislador de los años ochenta priorizó la maternidad biológica de gestación frente a la genética⁴² manteniendo los principios romanos de “*pars viscerum matris*” o “*mater semper certa est*” que tenían como objeto el que el hijo tuviera desde el nacimiento al menos un progenitor que se ocupara de él. Estos axiomas han quedado arcaicos fundamentalmente por el uso de las técnicas de reproducción asistida.

Partiendo de esos principios, se asumía en los trabajos previos a la LTRA/1988 que se diera cobertura legal a cierta maternidad y paternidad de deseo (Exposición de Motivos II) gracias a la solidaridad de los donantes de gametos, mas no se entendía conveniente ampliar el abanico de esas paternidades/maternidades, basadas en la solidaridad ajena, para dar cabida a la gestación por otros, fundamentalmente porque no se sabía de qué manera afrontarla legalmente. Y es que las reticencias a la llamada “gestación de suplencia”⁴³ no se sustentaban tanto en motivos morales, que también, como en las dificultades que el legislador preveía que le supondría la regulación de los contratos entre los comitentes y la madre gestante, así como los eventuales conflictos de intereses que pudieran producirse entre ellos.⁴⁴

Con el artículo 10 de la LTRA/1988, mantenido con la misma redacción en la vigente LTRHA de 2006, se intentaba disuadir a los ciudadanos de incurrir en estas “prácticas complicadas”⁴⁵ y poner al neonato al abrigo del tráfico mercantil.⁴⁶ En cambio, la realidad ha sido otra y es evidente que declarando nulo el contrato no se ha impedido que se contratase este modo de reproducción fuera de nuestras fronteras, admitiéndose luego, en interés del menor nacido, la determinación de la filiación resultante una vez se regresa a España.

⁴² Exposición de Motivos II de la LTRA/1988: “En cualquier caso, y sin cuestionar el alcance de las otras variantes, se atribuye a la maternidad de gestación el mayor rango, por la estrecha relación psicofísica con el futuro descendiente durante los nueve meses de embarazo”.

⁴³ Comisión Palacios, sesión celebrada el miércoles 23 de octubre de 1985.

⁴⁴ En la Exposición de Motivos IV de la LTRA/1988 se expresa que no pretendía la Ley abarcar todas y cada una de las múltiples implicaciones a que pudiera dar lugar la utilización de estas técnicas, de modo que “la evaluación de las demandas de uso por parte de la población, y las situaciones que se vayan produciendo con el inevitable dinamismo de la ciencia, la tecnología y la misma sociedad, abrirán caminos a nuevas respuestas éticas y jurídicas”.

⁴⁵ Se las consideraba así en la Comisión Palacios. Entre otras, véase la sesión de 23 de octubre de 1985. Disponible en: www.congreso.es/.

⁴⁶ Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 3 de Tudela, Sentencia núm. 134/2021, de 23 de julio (JUR 2021\308527).

El art. 10.1 de ambas leyes de TRHA contiene la definición del contrato de gestación por sustitución,⁴⁷ dejando claro que es ineficaz por nulo el traspaso filiatorio⁴⁸ previa renuncia de una mujer a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero, aunque la gestante estuviera conforme con ello y se convenga la gestación sin precio ni compensación económica,⁴⁹ aspecto éste que en teoría descartaría la mercantilización de la maternidad y su penalización⁵⁰ (art. 10.1).

Como hemos indicado con anterioridad, la causa o razón de la nulidad del art. 10.1 la ofrece la Exposición de Motivos (III) de la LTRA/1988, cuando desechó la posibilidad de regulación de la gestación por sustitución como una forma más de reproducción asistida porque las partes no pueden disponer libremente en los negocios jurídicos del Derecho de Familia.⁵¹

De la idea de que hay nulidad, pero no prohibición absoluta⁵² se deriva también la posibilidad de que esa filiación pueda servir de base a una adopción. De hecho, el voto particular de la STS de 6 de febrero de 2014⁵³ afirma que el art. 10.1 de la Ley 14/2006 es una norma sustantiva que anula el contrato, pero no elimina sus consecuencias una vez producidas.

⁴⁷ En la jurisprudencia se recogen definiciones, como ocurre con la SAP V núm. 826/2011, de 23-11-2011 (AC 2011, 1561).

⁴⁸ Si tuviera lugar el contrato y luego la gestante se arrepintiera podría reclamar al menor (arts. 1305 y 1306 CC).

⁴⁹ VELA SÁNCHEZ, A.J. Soluciones prácticas para la eficacia en España de un convenio de gestación por encargo. De nuevo a propósito de la STS de 6 de febrero de 2014. In: *Diario La Ley*, 8309, 1-9. Sección Doctrina, 13 de mayo de 2014, p. 3; y SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, C. Gestación por sustitución: una realidad y dos soluciones en la experiencia jurídica española. In: *Revista para el análisis del derecho, InDret*, 4/2018, p. 4.

⁵⁰ El Acuerdo del TC portugués nº 225/2018 refiere que el artículo 221 del Código Penal español tipifica varias conductas practicadas en cumplimiento de contratos onerosos de gestación de sustitución: la entrega del niño por la gestante (nº 1) la recepción del niño por los beneficiarios y las conductas practicadas por los intermediarios en este tipo de contratos (apartado 2), de modo que el delito de tráfico de menores está tipificado en este artículo. Así es, en efecto. Sin embargo, la reforma de la ley del aborto dejó fuera la propuesta de perseguir penalmente en España a quienes recurrieran a esta práctica en otros países, reconociendo a los tribunales españoles la competencia para conocer de los delitos de gestación por sustitución previstos en el art. 221.2 del Código Penal cometidos fuera de España, cuando el comitente sea español o resida habitualmente en España. La medida no fue incluida por las reservas del Ministerio de Justicia. Noticia de prensa disponible en: www.elsaltodiario.com/.

⁵¹ Fuera de nuestras fronteras sí que se puede disponer de estos negocios jurídicos, motivo por el que se exige la comprobación por el juez encargado del Registro Civil de que esa ley extranjera no contraviene nuestro orden público, exigiendo que en la inscripción primera de nacimiento se haga constar, tal y como ocurriría en España, a la mujer gestante como la madre legal, debiendo prestar su asentimiento a la renuncia de la filiación, del mismo modo que para la adopción se exige una renuncia posparto transcurridas al menos seis semanas, sin que quepa validar, sin más, un consentimiento prenatal de renuncia a la filiación del concepturus o del nasciturus (Art. 177 CC y art. 37 de la Ley de Jurisdicción Voluntaria, así como en Sentencias como la SAP MU núm. 91/2019, de 31-01-2019, JUR 2019, 71777).

⁵² Véase, ATIENZA, M. De nuevo sobre las madres de alquiler. *El Notario del siglo XXI*, 27, 2009.

⁵³ STS núm. 835/2013, de 06-02-2014 (RJ 2014, 833).

El apartado 2º del art. 10 fija que la filiación de los nacidos por gestación de sustitución será establecida por el parto. Se liga su celebración, dentro y fuera de nuestras fronteras, a unas consecuencias filiatorias que se presupone lo es en beneficio del interés superior del menor,⁵⁴ ignorando la voluntad procreativa pues la mujer gestante no podrá impugnar su maternidad legal alegando, por ejemplo, que no quiere ser la madre, como tampoco la comitente que sea madre genética podrá reclamar para sí la maternidad, al no haber prueba en contrario al respecto.

De modo que, en el siglo XXI la regla pauliana “*mater semper certa est*” limita el reconocimiento de la diversidad familiar contemporánea, más aún cuando se admite el matrimonio igualitario. Nuestro legislador sigue manteniendo la creencia de que siempre, y en todo caso, la maternidad de gestación tiene mayor rango que la genética, justificándose en la Exposición de Motivos de la LTRA/1988 en la estrecha relación psicofísica de la mujer con el futuro descendiente durante los nueve meses de embarazo.⁵⁵ Incluso el TEDH ha respaldado las disposiciones internas que atribuyen la maternidad legal a la mujer que da a luz frente a la que aporta su material genético, al considerarla una opción legislativa que no es arbitraria ni irrazonable.⁵⁶

Mas, si bien cada Estado tiene libertad para regular o prohibir esta forma de reproducción, margen de apreciación del que habla el TEDH por cuestiones de orden público (art. 8.2 CEDH), al mismo tiempo tiene la obligación de garantizar de alguna forma la continuidad de los lazos parentales creados tras un acuerdo de gestación celebrado en el extranjero, lógicamente si con ello se beneficia al menor.

Por tanto, el art. 10.3 LTRHA 2006 establece que “queda a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales”. En materia de gestación subrogada, desde las sentencias Mennesson, Labassee o Foulon, ha quedado patente que si ha existido una aportación genética por parte de alguno de los comitentes se debe garantizar que la filiación pueda determinarse

⁵⁴ BENEDITO MORANT, V. La atribución de la filiación. Sistemas Civil y Canónico. El derecho a conocer el origen biológico: principios constitucionales conexos. *Anuario de Derecho Canónico*, 7, 2018, p. 326.

⁵⁵ En la actualidad también se fundamenta en los estudios sobre epigenética y la posibilidad de que la madre modifique la información genética de su hijo, aun cuando el óvulo sea donado. Disponible en: ivi.es/. El TC luso se detiene en su Acuerdo 225/2018 en el Informe sobre Procreación Medicamente Asistida y Embarazo de Sustitución elaborado por el Consejero-Presidente Miguel Oliveira da Silva (Dictamen nº63/CNECV/2012) y concluye que hay una relación biológica y afectiva entre la gestante y el feto que no hay que pasar por alto (punto 3.4).

⁵⁶ STEDH de 18 de mayo de 2021, Asunto Valdís Fjölnisdóttir y Otros c. Islandia, §§ 64 y 69.

a su favor según el Derecho interno, con la condición de que lo sea con prontitud y eficacia.⁵⁷

Respecto a la madre intencional genética, el hecho de que tenga que iniciar un procedimiento de adopción para ser reconocida como madre legal en el Estado de destino se entiende que no impondría una carga excesiva a los nacidos a través de un vientre de alquiler gestacional (STEDH, C. y E. c. Francia § 43)⁵⁸ y no sería discriminada respecto al padre de intención genético, que en la mayoría de las ocasiones sólo necesita tramitar el reconocimiento de la sentencia de filiación extranjera. De manera que la jurisprudencia del TEDH, reiterada en la Opinión Consultiva de 10 de abril de 2019,⁵⁹ revela que la elección de los medios para ofrecer el reconocimiento del vínculo entre menores y padres de intención corresponde al margen de apreciación de los Estados y que el art. 8 CEDH no establece una obligación general de reconocer desde el inicio un vínculo de filiación entre el menor y la madre de intención,⁶⁰ pudiendo justificarse esta posible diferencia en la protección del interés superior del menor nacido a través de la protección de su madre gestante.

Trasladado lo anterior a la interpretación del art. 10.3 LTRHA 2006 sería lo mismo que decir que no existe discriminación en el trato que se le da al padre genético con respecto a la madre genética en la determinación de la filiación resultante de una gestación subrogada, y que nuestra norma es acorde con los arts. 8 y 14 del CEDH. Sin embargo, ello puede ser discutible, especialmente si tenemos en cuenta que muchas de las mujeres que acceden a una gestación por sustitución no lo hacen porque tengan un problema de infertilidad relacionado con sus gametos, sino con la imposibilidad o contraindicación de llevar a cabo la gestación.⁶¹

⁵⁷ La Opinión Consultiva n° P16-2018-001, de 10 de abril de 2019, directamente relacionada con la ejecución por el Tribunal de Casación francés de la sentencia Mennesson de 2014, estableció que cuando un niño nace mediante un acuerdo de gestación subrogada en el extranjero y la madre intencional es designada en un certificado de nacimiento legalmente establecido en el extranjero como la madre legal, el derecho del niño al respeto de su vida privada exige también que el Derecho interno prevea la posibilidad de reconocer una relación legal paterno-filial con la madre intencional.

⁵⁸ Decisión de Inadmisión TEDH n° 1462/18 y n° 17348/18 C. c. Francia y E. c. Francia, de 12 de diciembre de 2019. Disponible en: hudoc.echr.coe.int/.

⁵⁹ Solicitudes P16-2018-001, §§ 36 y 79.

⁶⁰ El artículo 8 no garantiza ni el derecho a fundar una familia ni el derecho a adoptar. El derecho a que se respete la vida familiar no protege el mero deseo de fundar una familia; presupone la existencia de una familia (Paradiso y Campanelli c. Italia [GS], § 141). Guía sobre el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Disponible en: www.echr.coe.int/.

⁶¹ FARNÓS AMORÓS, E. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la relevancia del vínculo genético: una revisión de la jurisprudencia sobre gestación por sustitución transfronteriza. *Revista de Bioética y Derecho*; 56, 2022, p. 41.

No obstante, nuestro planteamiento es que si el desarrollo de la ciencia ha permitido que la madre genética de “intención” y la gestante sean dos personas diferentes y en la CE ambas tienen cabida, pues el art. 39 CE no asocia la madre con el acto del parto, se podría romper la presunción de ser madre por el alumbramiento a quien acreditara serlo genéticamente, tras la correspondiente prueba de ADN en un proceso judicial, no necesariamente de adopción. Verificado un acuerdo de gestación entre partes iguales, debiera permitirse solicitar la reclamación de la maternidad genética de la mujer al igual que un hombre puede reclamar su paternidad genética (ex art. 10.3 LTRHA 2006).

Es una perspectiva que pocos contemplan pero que, entendemos, no perjudicaría la protección del interés superior del menor, ya que el actual art. 10.2 Ley 14/2006 obliga al nacido, en cierto modo, a mantener una filiación con una mujer que muy probablemente ni lo deseó, ni olvidemos que no reside en España, ni tiene intención de ejercer las obligaciones inherentes a la patria potestad, y menos aún compartirlas con quien aportó su espermatozoides con la voluntad de ser el padre biológico, legal y social. Aplicar automáticamente la maternidad por naturaleza determinada por el parto (art. 120.5 CC y arts. 44 y 46 LRC) es cuanto menos forzado, vislumbrándose como necesaria una revisión legal del sistema filiatorio tradicional para que encaje adecuadamente en la filiación derivada de todas las TRHA, una filiación basada en el consentimiento o voluntad como título atributivo y que, como hemos expuesto, en parte ya está reconocida por la vigente LTRHA 2006.⁶²

De hecho, como veremos a continuación, la Instrucción non nata de la DGRN de 14 de febrero de 2019, que pretendía actualizar la Instrucción de 5 de octubre de 2010, fijó una Directriz para posibilitar la impugnación de la maternidad determinada por el parto por parte de la madre comitente que hubiera aportado el óvulo (art. 134 CC) en una gestación por sustitución internacional, aplicando analógicamente el art. 10.3 de la LTRHA 2006 a los efectos de determinar la filiación materna a su favor. Lamentablemente esta Instrucción no llegó a publicarse en el BOE.

El Derecho español debería contemplar a la madre de intención que ha aportado su óvulo para la formación del embrión allí donde esta técnica de reproducción se realiza conforme a Derecho. Ello aún no es así. Una vez en España con el hijo nacido no es posible aplicar ni por analogía lo dispuesto para el padre biológico en el art. 10.3 de la LTRHA 2006, incluso aunque hubiera renunciado la madre gestante a la patria potestad

⁶² Los padres y madres intencionales son padres y madres por naturaleza incluso cuando no tengan vínculo genético con el nacido, sin tener que acudir a un procedimiento de adopción (art. 6.3 y 7.3 LTRHA 2006).

documentalmente y con todas las garantías en orden a la protección de sus derechos fundamentales,⁶³ porque el legislador expresamente la ha excluido de la reclamación de la maternidad. Para las madres genéticas no gestacionales el reconocimiento de su filiación transcurre por un frágil e incierto camino: soportar inexcusablemente un procedimiento de adopción⁶⁴ (art. 177.2. 2º CC) y asumir los riesgos inherentes a ese tipo de procesos,⁶⁵ aunque hayan sido minimizados recientemente por la STS de 31 de marzo de 2022 (FJ 4º, punto 13) al considerar nuestro Tribunal Supremo, de modo poco convincente, que la normativa reguladora de la adopción en España no tiene carácter absoluto.⁶⁶

5. La Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010 sobre el régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución

La Dirección General de los Registros y del Notariado⁶⁷ aprobó la Instrucción de 5 de octubre de 2010⁶⁸ con unas Directrices que pretendían ayudar a los encargados de los Registros Civiles con las solicitudes de inscripción de nacimiento de los menores nacidos en el extranjero tras una gestación por sustitución. Esta Instrucción reconduce

⁶³ PERTUSA RODRÍGUEZ, L. Dimensión consular de la gestación por sustitución en Derecho Internacional Privado. *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 10, (2), 2018, p. 611.

⁶⁴ AAP GR núm. 183/2018, de 16-11-2018 (JUR 2019, 239909) y STS núm. 277/2022, de 31-03-2022 (RJ 2022, 1190). La gestante debe prestar el consentimiento para la adopción por la madre de intención (STSJ M núm. 529/2018, 08-06-2018, AS 2019, 6) o por el padre de intención no biológico (AAP B núm. 565/2018, de 16-10-2018, JUR 2018, 290468), denegándose en caso contrario y si no se cumple con las normas sobre la adopción de la legislación interna. Por ello, hay quien acude a legislaciones que permiten una adopción convenida mediante gestación subrogada (Florida, Miami) para que el paso de frontera se haga con una sentencia de adopción que no tendría problema de reconocimiento en nuestro país, más aún cuando el progenitor de intención no comparte material genético con el nacido.

⁶⁵ Existen muchos procedimientos en los que se niega la adopción en primera instancia, entre otros, SAP M núm. 968/2021, de 11-10-2021 (JUR 2022, 12783). La AP de Barcelona conoció un recurso de apelación contra un auto que denegaba la constitución de la adopción. En estos autos, además de que el juzgador partía de la consideración de que la maternidad subrogada es contraria al orden público español, al examinar si procedía la constitución de la adopción a la luz de la legislación aplicable, el Codi Civi de Catalunya, concluyó que la renuncia de la madre biológica y el asentimiento ante la Embajada, emitido después de seis semanas del nacimiento, no cumplía los requisitos necesarios para formalizar la adopción. Por la AP se estimó el recurso, y se acordó la adopción en segunda instancia (AAP B, núm. 56/2022 de 01-03-2022, JUR 2023, 26397). Últimamente, la STC nº 28/2024, de 27 de febrero de 2024, ha amparado a una mujer a la que se le denegó la adopción del hijo de su cónyuge, nacido por gestación por sustitución en Ucrania en el año 2016 (hj.tribunalconstitucional.es/).

⁶⁶ Expresa la STS núm. 277/2022, de 31-03-2022 (RJ 2022, 1190) que la diferencia máxima de 45 años entre adoptante (la madre comitente que no tiene vínculo genético con el niño), y el adoptado, cuando existe una integración del menor en el núcleo familiar (quizá en una interpretación extensiva del art. 176.2.3ª CC) no se revela como un obstáculo excesivo para que se constituya la adopción judicialmente.

⁶⁷ La Dirección General de los Registros y del Notariado (DGRN) ha pasado a denominarse Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública (DGSJFP) a partir del año 2020.

⁶⁸ BOE nº 243, de 7 octubre 2010.

inexorablemente al padre a inscribir primero la paternidad biológica en el Registro Civil, una vez acreditada, seguido de la adopción por el otro cónyuge (art. 10.3 LTRHA 2006).⁶⁹

La primera Directriz en su punto 3º determina que si la resolución extranjera se ha dictado dentro de un proceso judicial análogo a uno español de jurisdicción voluntaria, el encargado del Registro Civil tendrá competencia para realizar la calificación correspondiente para su inscripción sin necesidad de iniciarse un proceso de exequátur, tras constatar: a) la regularidad y autenticidad formal de la resolución judicial extranjera y de cualesquiera otros documentos que se hubieran presentado; b) que el tribunal de origen ha basado su competencia judicial internacional en criterios equivalentes a los contemplados en la legislación española; c) que no se ha producido una vulneración del interés superior del menor y de los derechos de la madre gestante. En especial se deberá verificar que el consentimiento de esta última se ha obtenido de forma libre y voluntaria, sin incurrir en error, dolo o violencia y que tiene capacidad natural suficiente; d) que se hubiesen garantizado los derechos procesales de las partes, en particular los de la madre gestante; e) que la resolución judicial es firme y que los consentimientos prestados son irrevocables, o bien, si estuvieran sujetos a un plazo de revocabilidad conforme a la legislación extranjera aplicable, que éste hubiera transcurrido sin que quien tenga reconocida la facultad de revocación la hubiera ejercitado.

Lo más complicado de verificar sería si la gestante ha prestado su consentimiento de una forma libre y voluntaria.⁷⁰ Es decir, incluso siguiéndose un procedimiento judicial en origen y el correspondiente dictado de una sentencia, al encargado del Registro Civil en ocasiones le es muy difícil comprobar en qué circunstancias se ha prestado ese consentimiento. Ello ocurrió con algunas filiaciones provenientes de la provincia de Ontario (Canadá) presentadas ante el Consulado en Toronto y evaluadas por el Cónsul General,⁷¹ que a la vista de que la gestante no estuvo ante la presencia judicial se entendió este hecho como contrario a nuestro ordenamiento,⁷² denegándose la inscripción. Por ello, en supuestos como estos, y a fin de evitar esta eventualidad, la manera de posibilitar

⁶⁹ Sin necesidad de declaración administrativa de idoneidad (art. 176.2 CC). En situaciones de ruptura, la madre de intención puede verse impedida de esta adopción si el padre biológico no da su asentimiento para la adopción (entre otros, AAP LO núm. 44/2017, de 02-05-2017, JUR 2017, 190039, y AAP O núm. 87/2018, de 24-07-2018, JUR 2018, 300256), aunque se ha localizado alguna resolución judicial que concede la adopción (AAP SO núm. 20/2018, de 21-05-2018, JUR 2018, 242438).

⁷⁰ Para LAMM, E. Repensando la gestación por sustitución desde el feminismo. *Microjuris*, 2018, no se debe considerar que la gestación por sustitución implica siempre la explotación de la mujer, porque ello supone un reduccionismo paternalista que subestima a la mujer y a su capacidad de consentir. Si una mujer libre ha decidido gestar para otros, no por ello todas las mujeres que participan de esta técnica son víctimas explotadas del heteropatriarcado. Eso sí, es necesario verificar este aspecto para confirmar que su consentimiento no está viciado.

⁷¹ Art. 27 LRC y arts. 122 y ss. RRC.

⁷² “Tenemos un hijo por gestación subrogada y el cónsul no quiere registrarlo”. Disponible en: elpais.com/.

la verificación de este extremo es que cuando se promueva la inscripción de la filiación por los padres de intención se aporte, junto con la sentencia, el contrato suscrito con la madre gestante y a la vista del mismo, de su lectura pausada, el encargado del Registro Civil Consular o Central⁷³ pueda verificar que efectivamente se han prestado todos los consentimientos de forma libre, consciente y voluntaria; que se han respetado los plazos exigibles en nuestro Derecho para la adopción y que no se han pactado obligaciones gravosas para la gestante.

Por tanto, el que en el Estado de origen hubiera acaecido un proceso judicial de filiación, contencioso o no, facilita el acceso a la inscripción en el Registro Civil español y el control de legalidad, dándose por buena la renuncia de la mujer, permitiendo el reconocimiento de la resolución y el acceso tanto a prestaciones de maternidad y paternidad, la adopción por la pareja del progenitor comitente,⁷⁴ y la protección de la ley personal del menor, en cuanto a derechos civiles, sociales y políticos, tales como la debida protección diplomática y consular,⁷⁵ la nacionalidad o sus derechos hereditarios.

La segunda Directriz determina que en ningún caso se admitirá como título apto para la inscripción del nacimiento una certificación registral extranjera o la simple declaración, acompañada de la certificación médica relativa al nacimiento del menor, en la que no conste la identidad de quien lo alumbró, cuestión que concuerda con lo dispuesto en el art. 98.1, letra d) y 98.2 de la LRC y art. 10.2 LTRHA 2006.

Una vez que la mujer que alumbra al niño ha renunciado a sus derechos maternales, la actual DGSJFP ha expresado en diversas resoluciones que la vía que le queda al interesado para omitir registralmente los datos “incómodos” de la gestante es, en su caso, acudir en España a la jurisdicción ordinaria para lograr la rectificación de las inscripciones,⁷⁶ y si la pareja del progenitor comitente quisiera constar como madre, ésta deberá, en todo caso, iniciar un proceso de adopción seguido por los trámites de un proceso de jurisdicción voluntaria.⁷⁷

⁷³ El art. 85.2 LRC determina la competencia de la inscripción de sentencias y otras resoluciones judiciales extranjeras a la Oficina Central del Registro Civil, entrando en contradicción con el art. 24.1 LRC que atribuye la competencia a la Oficina Consular del Registro Civil.

⁷⁴ AAP de Barcelona de 28-07-2015, referido en el AAP B, núm. 565/2018, de 16-10-2018 (JUR 2018, 290468).

⁷⁵ FLORES RODRÍGUEZ, J. Convenio gestacional internacional y filiación transfronteriza: el modelo de los países del Este de Europa. *Actualidad Civil*, 1, 2019, p. 20.

⁷⁶ Resolución de la DGRN nº 12/2014 de 19 de diciembre de 2014 (12ª), JUR\2015\256866.

⁷⁷ Ley de Jurisdicción Voluntaria, Ley 15/2015, de 2 de julio.

En este proceso judicial español se exige que se adjunte un Acta de Manifestaciones a favor de la futura adopción, prestada ante la Embajada o Consulado español⁷⁸ y firmada ante el encargado de Asuntos Consulares actuando en funciones notariales, en el que la mujer gestante, identificada convenientemente, presta su asentimiento para la adopción.⁷⁹ El tribunal civil español debe verificar que ha renunciado, con todas las garantías, a sus derechos respecto del menor. Y aunque no siempre se exige su presencia en sede judicial,⁸⁰ si la madre gestante ha prestado su asentimiento más de seis meses atrás (art. 37.1 LJV) van a exigir su participación en el proceso de adopción, normalmente mediante Comisión Rogatoria, practicada por videoconferencia y con asistencia letrada en su país si no se puede desplazar a España,⁸¹ lo que requiere su tiempo debido a la carga de los juzgados españoles, tras el cual, finalmente, se podrá inscribir en el Registro Civil una segunda filiación del menor.⁸² Unos trámites que precisamente no favorecen el derecho a la inscripción inmediata del menor (art. 7 CDN y art. 8 CEDH).

De la lectura de la Instrucción de 2010 se desprende que con ella no se pretende la legalización por la vía de hecho de la gestación por sustitución, sino que su objeto es dar una solución desde el punto de vista del Derecho Internacional Privado a estos supuestos de filiación acreditada en el extranjero,⁸³ que no habían sido previstos ni por la Ley de Reproducción Asistida ni por la Ley del Registro Civil.

Y a esas Directrices se ajusta la práctica registral,⁸⁴ hasta tanto el legislador codifique expresamente cómo reconocer la filiación por gestación subrogada establecida en el

⁷⁸ SAP LE núm. 370/2020, de 21-12-2010 (JUR 2021, 83790).

⁷⁹ RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, N. Encuesta Jurídica Sepín: Permitiendo el art. 175.4 CC la adopción del hijo del cónyuge o la pareja, ¿hay algún motivo legal para no tratar igual al hijo nacido por maternidad subrogada en otro país?", 2018.

⁸⁰ SAP MU núm. 91/2019, de 31-01-2019 (JUR 2019, 71777).

⁸¹ AAP B núm. 57/2020, de 11-02-2020 (JUR 2020, 86062).

⁸² SAP MU núm. 91/2019, de 31-01-2019 (JUR 2019, 71777).

⁸³ CALVO CARAVACA, A.L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. Gestación por sustitución y Derecho internacional privado. Más allá del Tribunal Supremo y del TEDH. *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 7, (2), 2015, p. 49.

⁸⁴ La Eurocámara, en su estudio "A Comparative Study on the Regime of Surrogacy in EU Member States", apuntaba que esta Instrucción de 5 de octubre de 2010 podría entenderse como una declaración de intenciones generales con vistas a una regulación de la gestación subrogada en España. Disponible en: www.europarl.europa.eu/. Y es que con esta Instrucción del 2010 el trabajo ya está allanado para la admisión en nuestro Derecho de la gestación por sustitución solidaria, pues tanto su Exposición de Motivos como sus Directrices podrían configurar las bases de un futuro convenio de gestación por otros: la fecundación médicamente asistida de la mujer con el material genético de al menos uno de los padres o de las madres intencionales; la necesidad de controlar que las partes actúen voluntariamente, libres de coacciones; y que el hijo nacido conozca su origen biológico.

extranjero, existiendo algún amago de regulación finalmente frustrado.⁸⁵ Por ahora, nuestro legislador se resiste a normar cualquier aspecto relacionado con la gestación por sustitución, más allá de prohibirla o prohibir la publicidad de las agencias o intermediarios.⁸⁶

No obstante, en el año 2019 se intentó la actualización de la Instrucción a raíz de las actuaciones de ciertas Embajadas. Así, en países como Ucrania, donde no se emitía una resolución judicial filiatoria, antes de febrero de 2019 bastaba que un padre biológico español reconociera al menor ante el encargado del Registro Civil Consular, presentando alguna prueba de su paternidad biológica, para que el recién nacido pudiera pasar la frontera española junto a él, evitándose que quedare temporalmente atrapado y sin nacionalidad, en un país que tampoco le atribuye la suya.⁸⁷ Esta actuación no reglada ocasionó que la DGSJFP emitiera una nueva Instrucción de fecha 14 de febrero de 2019 con la evidente intención de venir a legitimar esta práctica.

En cuanto a la filiación materna, la novedad de la Instrucción de 14 de febrero de 2019 era que tenía en cuenta que si en el ordenamiento del Estado donde se suscribió el contrato de gestación se establece la maternidad a favor de la mujer comitente mediante su inscripción en el Registro del país, tras la renuncia de los derechos de la gestante, y aquella era además la madre genética por haber aportado su óvulo para la fecundación, se aplicaría analógicamente lo dispuesto en el art. 10.3 LTRHA 2006. En el supuesto de que no fuera su madre genética se le derivaría, en todo caso, a las normas relativas a la adopción (Directriz Tercera). Era la primera vez que en España se posibilitaba una filiación materna biológica sin acontecer un parto.

⁸⁵ Así, el 9 de junio de 2014 el Gobierno se comprometió a dar fuerza de ley a esta Instrucción, concretamente en el Proyecto de Ley de Medidas de Reforma Administrativa en el Ámbito de la Administración de Justicia y del Registro Civil. BOCG, Congreso de los Diputados, el 23 de junio de 2014, nº 101-1, p. 1. Disponible en: www.congreso.es/. Igualmente, en la Enmienda 82 del Grupo parlamentario catalán *Convergència i Unió* a la reforma del art. 44 LRC se propuso que si no era posible la resolución judicial al menos se admitiera un certificado oficial de nacimiento validado con los requisitos exigidos por el Convenio de La Haya. Posteriormente fue solicitada su regulación, formalmente, en noviembre de 2017 cuando el Director General de los Registros y del Notariado (entonces el Sr. Gómez Gállego) aprovechó su comparecencia ante el Congreso de los Diputados para explicar la evolución de la aplicación de la Instrucción del 5 de octubre de 2010 para reivindicar la intervención del legislador en esta cuestión (Diario de Sesiones nº 12 del Congreso de los Diputados, 29 de noviembre de 2017, pp. 21 y ss).

⁸⁶ El art. 33 de la Ley Orgánica 1/2023, de 28 de febrero, establece la prohibición de la promoción comercial de la gestación por sustitución, de modo que las administraciones públicas están legitimadas a instar la acción judicial dirigida a la declaración de ilicitud de la publicidad que promueva las prácticas comerciales para la gestación por sustitución.

⁸⁷ Conforme a la Ley de nacionalidad ucraniana de 2001, el niño no adquiere automáticamente esa nacionalidad en los supuestos de gestación por sustitución y sólo podrá adquirirla cuando no obtenga la nacionalidad de sus padres (artículos 6.1 y 7 de la Ley sobre Ciudadanía de Ucrania nº 2235-III del 18/01/2001, referidos a la adquisición de la ciudadanía de Ucrania por nacimiento) por su vinculación con el territorio de Ucrania (art. 8) o como resultado del reconocimiento de la paternidad o la maternidad, siendo o el padre o la madre ucranianos (art. 12 del mismo texto legal).

De esta Instrucción se hizo eco, por ejemplo, el Diario El Mundo pues no llegó a publicarse oficialmente⁸⁸ al ser anulada por el Ministerio de Justicia, publicando a continuación la Instrucción de fecha 18 de febrero de 2019 sobre actualización del régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución.⁸⁹ Mas, pese a ser ésta su intención, resulta que esta nueva Instrucción no aporta nada nuevo a la anterior de 5 de octubre de 2010, siendo criticada por tratarse de un panfleto político⁹⁰ ya que en vez que dar soluciones a los problemas que se habían puesto de manifiesto tras una filiación derivada de una gestación por sustitución sin intervención judicial, realizaba un alegato contra esta figura, considerada, en todo caso, una grave vulneración de los derechos de los menores y de las gestantes.

Con el dictado de la Instrucción de 18 de febrero de 2019 seguimos en el mismo punto en el que nos situó la Instrucción del año 2010. Las solicitudes de inscripción de la filiación no serán estimadas salvo que exista una previa sentencia de las autoridades judiciales del país correspondiente, que sea firme y dotada de exequátur o de reconocimiento incidental por nuestras autoridades, ofreciendo la solución, en último extremo, de derivar a los comitentes a un nuevo proceso filiatorio ya en España.

6. Conclusiones

1ª.- El legislador español de finales de los años ochenta del siglo pasado sopesó y después consideró más conveniente, debido a los dilemas que entrañaba la gestación por sustitución, el dejar para más adelante su regulación, posponiéndola a cuando se diera un contexto social y cultural más apropiado para ello (Exposición de Motivos LTRA/1988) y fueran las demandas de uso por parte de la población, el inevitable dinamismo de la ciencia, la tecnología y de la misma sociedad, las que abrieran caminos a las nuevas respuestas éticas y jurídicas. Y ahí sigue, inamovible. Una falta de regulación que, en la actualidad, obstaculiza el reconocimiento en nuestro Derecho de una forma de filiación derivada de la voluntad procreacional, sin discriminación por razón de género o circunstancias biológicas.

⁸⁸ Diario El Mundo: “El Ministerio de Justicia regulariza la inscripción de los bebés nacidos por gestación subrogada”. Disponible en: www.elmundo.es/. El documento se puede leer en www.elindependiente.com/.

⁸⁹ BOE nº 45, de 21 de febrero de 2019. Nuestras Embajadas no autorizan nuevos expedientes de inscripción basándose únicamente en la aportación de pruebas de ADN

⁹⁰ DURÁN AYAGO, A. Gestación por sustitución en España: a hard case needs law. De por qué la jurisprudencia no puede resolver este problema. *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 11, (2), 2019, p. 577 y 579.

2ª.- Nuestro legislador al reformar el art. 7.3 de la LTRHA, por el cual se permitió en nuestro ordenamiento jurídico, con determinados requisitos, que la mujer de un matrimonio de lesbianas que no hubiera dado a luz al bebé pudiera convertirse en madre de éste mediante una simple declaración de voluntad (procreacional) ante el encargado del Registro Civil, equiparó, por razones de igualdad y oportunidad legislativa, al cónyuge femenino con el cónyuge masculino de quien da a luz. De modo que la segunda madre no lo sería por el hecho del alumbramiento, ni tampoco por su aporte genético, si así fuera, sino por aquella manifestación de intención. En esta concepción de la filiación derivada del uso de las TRHA o “asistida” lo fundamental es, sin duda, la voluntad de la madre gestante y de su pareja femenina para asumir la parentalidad.

Pero esta filiación de voluntad que deriva en una doble maternidad no se ha facilitado a los matrimonios de hombres, pues no les sería aplicable el art. 7.3 de la LTRHA ni el art. 44.5 de la LRC. En España, una pareja masculina, o un matrimonio homosexual, no puede hoy día asumir la co-paternidad mediante una simple manifestación al encargado del Registro Civil, pues no se les facilita la paternidad de intención.

3ª.- La LTRHA 2006 tampoco atiende a la voluntad de las personas que, pese a que no quieran reproducirse, quieren facilitar a otras este derecho/deseo, según como se mire. La nulidad de un acuerdo de gestación por sustitución conlleva la nulidad de la filiación resultante. Dispone la ley, automáticamente, que la mujer que gesta es la madre, aunque no quiera asumir los deberes y obligaciones de tal rol. Si la gestante no tiene voluntad de procreación exteriorizada mediante un consentimiento libre, formal e informado, se le debería exonerar de ser madre. En vez de la imposición legal del art. 10.2, se le debería dar la opción de poder trasladar la filiación si sólo prestó su consentimiento para gestar y no para asumir la patria potestad.

4ª.- Entendemos que se presenta como ineludible la modificación del art. 108 del CC así como del art. 10.3 de la LTRHA 2006, aún si no se admitiera en el Derecho español la gestación por otros. Este último artículo dispone que tras una gestación por sustitución se reconocerá la filiación respecto del padre intencional biológico, pero no respecto de la mujer que hubiera aportado su material genético para la reproducción. A la madre de intención se la deriva a la vía incierta y lenta de la adopción. La filiación biológica de la madre de intención que aporta sus gametos para una gestación por sustitución internacional, al menos hasta que se regule en el Derecho interno, requiere de la misma respuesta legal dada al padre genético, por exigirlo así el principio de igualdad y no

discriminación, así como el respeto al derecho a la vida privada del menor, siendo lo coherente una redacción del art. 10.3 de la LTRHA 2006 que abarque ambos supuestos.

5^a.- Con la reforma del art. 10.3 LTRHA 2006 se aceptaría expresamente y por primera vez en España una filiación materna genética sin parto y sin necesidad de pasar por una adopción cuando la filiación materna ya se ha determinado judicialmente en un país que la admite legalmente. Sólo para la maternidad de intención no biológica pudiera seguir siendo aceptable la vía de la adopción, una vez regrese a España, en un proceso judicial que garantice su prontitud y eficacia, de conformidad con el interés superior del nacido, con el Dictamen del TEDH, Gran Sala, de 10 de abril de 2019, y con al art. 8 del CEDH.

6^a.- La falta de una necesaria y adecuada regulación de una filiación de intención y de la admisión de una gestación por sustitución en España, al menos la de carácter altruista, obliga a los tribunales a juzgar los asuntos de filiación tras una gestación por otros de carácter internacional intentando otorgar la oportuna protección a la mujer gestante, a la vez que hacen un examen de los intereses de todas las partes involucradas para encontrar un equilibrio entre los intereses en conflicto y la protección del interés superior del menor, en la necesidad de dictar una decisión motivadamente “justa” que otorgue una filiación al nacido de esta práctica médica.⁹¹ Mas esta ardua y plausible labor de los tribunales españoles ya no es suficiente. Así lo manifestó la Sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra de 7 de junio de 2022,⁹² en un asunto similar al resuelto por la Sentencia del Pleno del TS núm. 277/2022, reflexionando que “hay cambios en el ordenamiento jurídico que, de ser procedentes, debe realizar el parlamento como depositario de la soberanía nacional, con un adecuado debate social y legislativo, sin que el juez pueda ni deba suplirlo” (art. 117.1 CE).

⁹¹ La STS núm.277/2022, de 31-03-2022, concluye que “los derechos de las madres gestantes y de los niños en general (...) resultarían gravemente lesionados si se potenciara la práctica de la gestación subrogada comercial porque se facilitaría la actuación de las agencias de intermediación en la gestación por sustitución, en caso de que estas pudieran asegurar a sus potenciales clientes el reconocimiento casi automático en España de la filiación resultante del contrato de gestación subrogada, pese a la vulneración de los derechos de las madres gestantes y de los propios niños, tratados como simples mercancías y sin siquiera comprobarse la idoneidad de los comitentes para ser reconocidos como titulares de la patria potestad del menor nacido de este tipo de gestaciones”.

⁹² SAP NA núm. 406/2022, 07-06-2022 (JUR 2022, 264041).

7ª.- Es esa dejación legislativa la que provoca una contrariedad a los intereses de esos niños nacidos de técnicas⁹³ que, aun siendo contrarias al orden público como ocurre en España con la gestación por sustitución, se practican en otros Estados fomentando, en muchas ocasiones, una mercantilización de la vida humana que proscribe nuestro Tribunal Supremo. Por ello, la debida protección del interés superior del menor, piedra angular de la futura regulación de la gestación por sustitución en España,⁹⁴ será probablemente el detonante que haga que nuestro legislador se decida a afrontar en el Derecho interno la admisión, con todas las garantías constitucionales, de la gestación por sustitución solidaria, así como las consecuencias derivadas de ella, como es la determinación de la filiación resultante mediante el reconocimiento expreso de una tercera forma de filiación basada en la voluntad procreacional y que bien pudiera denominarse “filiación asistida de voluntad”.

Bibliografía

- ATIENZA, M. De nuevo sobre las madres de alquiler. *El Notario del siglo XXI*, 27, 2009.
- BENEDITO MORANT, V. La atribución de la filiación. Sistemas Civil y Canónico. El derecho a conocer el origen biológico: principios constitucionales conexos. *Anuario de Derecho Canónico*, 7, 2018, 279-281.
- CALVO CARAVACA, A.L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. Gestación por sustitución y Derecho internacional privado. Más allá del Tribunal Supremo y del TEDH. *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 7, (2), 2015, 45-113.
- CASADO, M.; NAVARRO-MICHEL, M. Documento sobre Gestación por Sustitución. *Observatorio de Bioética i Dret*, Universitat de Barcelona, 2019. ISBN 978-84-9168-208-0.
- DURÁN AYAGO, A. Gestación por sustitución en España: a hard case needs law. De por qué la jurisprudencia no puede resolver este problema. *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 11, (2), 2019, 575-582. ISSN 1989-4570.
- FARNÓS AMORÓS, E. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la relevancia del vínculo genético: una revisión de la jurisprudencia sobre gestación por sustitución transfronteriza. *Revista de Bioética y Derecho*; 56, 2022, 29-54.
- FLORES RODRÍGUEZ, J. Convenio gestacional internacional y filiación transfronteriza: el modelo de los países del Este de Europa. *Actualidad Civil*, 1, 2019, 1-37.
- FUGARDO ESTIVILL, J.M. *Procreación Humana y acciones de responsabilidad*. Derecho Español y Comparado, 2018. ISBN: 9788494818899.
- GÓMEZ SÁNCHEZ, Y. Matrimonio y familia: arts. 32 y 39 de la Constitución. *Revista de Derecho Político*, 36, 1992, 207-224.

⁹³ SAP de Madrid de 8 de abril de 2022, JUR 2022, 249275, FJ 4º. Esta sentencia, recordando el voto concurrente de la STEDH de 24 de marzo de 2022, Asunto A.M. c. Noruega, señala que “cuando se acude a un acuerdo de gestación por subrogación en un país extranjero por no ser legal en el propio se entra en lo que se califica de viaje precario, respecto del que los Estados no pueden ser responsables pero que, en ocasiones, convierte a los menores en víctimas de proyectos parentales bien intencionados pero desesperados” y concluye que “la realidad es tozuda y mientras que coexistan Estados que lo prohíben con Estados que favorecen estas prácticas, el problema se generará igualmente”.

⁹⁴ SERRANO OCHOA, M. Á. El interés superior del menor como eje vertebrador de la futura regulación de la gestación por sustitución solidaria en España. *Revista Española de Derecho Constitucional*, número 129, septiembre/diciembre 2023.

GÓMEZ SÁNCHEZ, Y. *El Derecho a la reproducción humana*, 1994, ISBN: 9788472481916.

LAMM, E. Repensando la gestación por sustitución desde el feminismo. *Microjuris*, 2018, MJ-DOC-13769-AR.

PÉREZ LUÑO, A.E. *Los derechos humanos en la sociedad tecnológica*, Editorial Universitas, 2012.

PERTUSA RODRÍGUEZ, L. Dimensión consular de la gestación por sustitución en Derecho Internacional Privado. *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 10, (2), 2018, 597-614.

ROCA TRIAS, E. Familia y Constitución. *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, 10, 2006, 207-228.

RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, N. Encuesta Jurídica Sepín: Permitiendo el art. 175.4 CC la adopción del hijo del cónyuge o la pareja, ¿hay algún motivo legal para no tratar igual al hijo nacido por maternidad subrogada en otro país?", 2018 (SP/DOCT/73138).

RODRÍGUEZ-JAUME, M. J.; GONZÁLEZ-RÍO, M.J.; CABALLERO PÉREZ, P. Preguntas y respuestas sobre la gestación por sustitución: los estudios de opinión pública a revisión. *Política y Sociedad*, 56(2), 2019, 295-316.

SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, C. Gestación por sustitución: una realidad y dos soluciones en la experiencia jurídica española. In: *Revista para el análisis del derecho, InDret*, 4/2018.

SERRANO OCHOA, M. Á. El acceso en igualdad a las técnicas de reproducción médicamente asistida: carencias legislativas y gestación por sustitución. *IUS ET SCIENTIA: Revista electrónica de Derecho y Ciencia*, 8, (2), 2022, 122-135. ISSN 2444-8478.

SERRANO OCHOA, M. Á. El interés superior del menor como eje vertebrador de la futura regulación de la gestación por sustitución solidaria en España. *Revista Española de Derecho Constitucional*, número 129, septiembre/diciembre 2023.

SERRANO OCHOA, M. Á. *Legitimidad constitucional de la gestación por sustitución solidaria en el ordenamiento jurídico español*. Editorial Aranzadi, 2024. ISBN: 978-84-1162-583-8.

VELA SÁNCHEZ, A.J. Soluciones prácticas para la eficacia en España de un convenio de gestación por encargo. De nuevo a propósito de la STS de 6 de febrero de 2014. In: *Diario La Ley*, 8309, 1-9. Sección Doctrina, 13 de mayo de 2014, Ref. D-150.

VELA SÁNCHEZ, A.J. ¿En serio? Yo alucino con el Comité. A propósito del Informe del Comité de Bioética de España sobre los aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada de 19 de mayo de 2017. In: *Diario La Ley*, 9035, Sección Doctrina, 6 de septiembre de 2017.

ZARRALUQUI SANCHEZ-EZNARRIAGA, L. *Procreación asistida y derechos fundamentales*, 1998. ISBN: 9788430915729.

Como citar:

OCHOA, María Ángeles Serrano. La filiación en España tras una gestación por sustitución internacional: reflexiones en torno a las carencias del sistema filiatorio español. **Civilistica.com**. Rio de Janeiro, a. 13, n. 2, 2024. Disponível em: <<https://civilistica.emnuvens.com.br/redc>>. Data de acesso.



civilistica.com

Recebido em:

26.2.2024

Aprovado em:

12.5.2024