

**LOS EFECTOS DEL CONTRATO DE GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN
EN EL DERECHO COMPARADO Y EN LAS PROPUESTAS DE
REGULACIÓN EN ESPAÑA: EN TORNO AL CONSENTIMIENTO DE LA
MUJER GESTANTE Y SU REVOCABILIDAD***

*The enforceability of surrogacy agreement in comparative law and in the
proposals for regulation in Spain: about the consent of the surrogate mother and its
revocability*

VIRGINIA MÚRTULA LAFUENTE
vmurtula@ua.es
Profesora Titular de Derecho civil
Universidad de Alicante

Cómo citar/Citation

Múrtula Lafuente, V. (2022).

Los efectos del contrato de gestación por sustitución en el Derecho comparado y en las propuestas de regulación en España: en torno al consentimiento de la mujer gestante y su revocabilidad.

Cuadernos de Derecho Privado, 2, pp. 134-190

DOI: <https://doi.org/10.62158/cdp.20>

(Recepción: 17/01/2022; aceptación tras revisión: 27/04/2022; publicación: 30/04/2022)

Resumen

Dentro del debate sobre la gestación subrogada, el presente estudio se centra en los efectos de los contratos de gestación por sustitución en aquellos países donde están permitidos, y tienen una legislación y una práctica consolidada, como Israel, Grecia, Ucrania, California (EEUU), Reino Unido, Australia, Canadá y Portugal (que cuenta con una ley recién estrenada). Concretamente, en el trabajo se analiza la relevancia que en estas jurisdicciones tiene el consentimiento de la mujer gestante en orden a la determinación de la filiación del menor y si puede cambiar de opinión, revocando el consentimiento inicialmente prestado. La experiencia de estos países servirá para analizar las propuestas de regulación formuladas en España en torno a la gestación por sustitución, planteadas ante la realidad existente de los casos de gestación subrogada transfronteriza, a pesar del rechazo manifestado por la Sala 1.^a del Tribunal Supremo a esta práctica y que ha vuelto a ser reiterado en su reciente sentencia de 31 de marzo de 2022. Dichas propuestas configuran como irrevocable el consentimiento de la mujer gestante, pudiendo ser contrarias en este aspecto a la dignidad y la autonomía personal de la mujer que está dispuesta a gestar para otros, que deben ser la base de cualquier futura regulación atendiendo a las recomendaciones y principios formulados desde distintos organismos internacionales.

* El presente trabajo se enmarca dentro del Grupo de Investigación consolidado «Discapacidad y Familia» (VIGROB-175) del Departamento de Derecho Civil de la Universidad de Alicante.

Palabras clave

Gestación por sustitución, madre subrogada, eficacia del acuerdo gestacional, revocabilidad del consentimiento, renuncia a la filiación.

Abstract

In the context of the debate on surrogacy, this paper focuses on the effects of surrogacy agreements in those countries where they are allowed and have consolidated legislation and practice, such as Israel, Greece, Ukraine, California (USA), the United Kingdom, Australia, Canada and Portugal (which has recently introduced a new law). This study analyses especially the relevance that the consent of the surrogate mother has in these jurisdictions to determine the filiation of the child and whether she can change her mind, revoking the consent initially given. The experience of these countries is then used to examine the proposals for regulation formulated in Spain regarding surrogacy, in response to the existing reality of cross-border surrogacy cases, despite the rejection of this practice by the 1st Chamber of the Supreme Court, which has been reiterated in its recent ruling of 31 March 2022. These proposals make the consent of the surrogate mother irrevocable and may be contrary in this respect to the dignity and personal autonomy of the woman who is willing to gestate for others, which must be the basis of any future regulation in accordance with the recommendations and principles formulated by different international organisations.

Keywords

Surrogacy, surrogate mother, enforceability of surrogacy agreement, revocability of consent, transfer of legal parentage.

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN. II. SOBRE LA NECESIDAD O NO DE REGULAR LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN EN ESPAÑA. II.1. Las incoherencias de la práctica. II.2. El carácter global de la cuestión. II.2.1. La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. II.2.2. Recomendaciones y principios recogidos en los trabajos realizados desde los organismos internacionales. III. EFECTOS DEL CONTRATO DE GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN EN EL DERECHO COMPARADO. III.1. Países en los que la filiación del menor se determina *ex ante* en virtud del contrato gestacional. III.1.1. Grecia. III.1.2. Portugal III.1.3. Ucrania. III.1.4. Estado de California (EEUU). III.2. Países donde la filiación del menor se determina *ex post facto*. III.2.1. Reino Unido. III.2.2. Australia. III.2.3. Canadá. III.2.4. Israel. III.3. Reflexiones en torno a la voluntad de la mujer gestante en las jurisdicciones analizadas. IV. PROPUESTAS DE REGULACIÓN REALIZADAS EN ESPAÑA. V. EL CONSENTIMIENTO DE LA GESTANTE Y SU CARÁCTER «IRREVOCABLE» A EXAMEN. *Bibliografía. Relación jurisprudencial.*

I. INTRODUCCIÓN

Cuando hablamos de gestación subrogada o por sustitución, nos encontramos ante un acuerdo cuya calificación es difícil de determinar, incluso la terminología a emplear tampoco es pacífica en España¹. En cualquier caso, podemos afirmar, en una primera aproximación al mismo que nos encontramos ante «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»².

De manera que las obligaciones habitualmente asumidas a través de este acuerdo en los países donde se permiten son, por lo que respecta a la madre subrogada o gestante, consentir en ser fecundada a través de las técnicas de reproducción asistida, seguir las instrucciones médicas durante el embarazo, gestar el feto hasta su nacimiento, entregar el recién nacido a los padres comitentes, renunciar a los derechos de filiación a favor de estos últimos y cooperar en los procedimientos judiciales dirigidos a garantizar que ella y su cónyuge (en su caso) han renunciado a la patria potestad y a la responsabilidad parental a favor de la parte comitente.

Es práctica común en los países que regulan la gestación subrogada que el embrión implantado en el útero de la gestante sea fruto de una fecundación *in vitro*, donde esta no tenga ninguna vinculación genética con el niño, sino que el óvulo sea aportado por la propia comitente o por una donante y el esperma por el padre comitente (aunque también puede ser de donante), técnica que se conoce como «subrogación gestacional» (*gestational surrogacy*). No obstante, en algunos Estados, como vamos a tener ocasión

¹ Si bien hemos querido utilizar preferentemente el término «gestación por sustitución», por ser el que utilizan tanto las Instrucciones de la DGRN sobre el régimen registral de los menores nacidos en el extranjero por este procedimiento, la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida (BOE n.º 126, de 27 de mayo de 2006) y las propuestas legislativas que se han realizado en nuestro país. No obstante, «gestación subrogada» y «maternidad subrogada» son términos que se ajustan bien con los empleados por las leyes de esos otros países que tienen regulación sobre la materia, por lo que también haremos uso de ellos.

² FD 1.º SAP Valencia, Secc. 10.ª, 826/2011 23 noviembre 2011 (AC 2011, 1561). Esta sentencia vino a ratificar la SJPI n.º 15 Valencia 15 septiembre 2010 (AC 2010, 1707), que denegó la inscripción de la certificación administrativa de nacimiento de dos menores nacidos por gestación subrogada en Los Ángeles, cuyos padres comitentes eran un matrimonio de dos hombres españoles (donde uno de ellos había aportado su propio material genético). La STS (Pleno) 835/2013 6 febrero 2014 (RJ 2014, 833) confirmó la resolución de la instancia.

de comprobar, se permite que la gestante pueda aportar su propio óvulo y entonces se habla de «subrogación tradicional» o plena (*traditional surrogacy*).

En muchos de estos contratos los compromisos asumidos por la mujer que está dispuesta a gestar para otro(s) descienden a un nivel de concreción y determinación que van más allá de los cuidados normales que deberían seguirse antes y durante cualquier embarazo, constituyendo una clara intromisión en la dignidad y la autonomía personal de la gestante, además de en sus derechos a la intimidad y a la integridad física y moral, como ha puesto de manifiesto la reciente STS (Pleno) 31 marzo 2022 (FD 3.º apdo. 7)³. Entre estas obligaciones estarían, siguiendo a la sentencia citada, someterse a tantas transferencias embrionarias como sean precisas, renunciar a la confidencialidad médica y psicológica en los exámenes que se le realicen, no poder abortar excepto para preservar su propia vida; someterse a pruebas de diagnóstico prenatal, amniocentesis, muestras de vellosidad crónica y ultrasonido de alta resolución; dar a luz por cesárea, salvo que el médico tratante recomiende que sea un parto natural; e incluso poder ser mantenida con vida con un soporte vital médico, con el objetivo de salvar al feto. Otras obligaciones tienen que ver con sus hábitos de vida, como seguir una dieta nutricional adecuada, abstenerse de tener relaciones sexuales, no hacer ejercicio vigoroso, ni auto administrarse medicamentos por vía oral o por inyección; no consumir drogas, alcohol o tabaco; o restringir su libertad de movimiento y residencia, prohibiéndole salir de la ciudad donde reside, cambiar de domicilio, o bien alejarse del hospital elegido para el nacimiento del niño según avanza el embarazo.

En cuanto a las obligaciones que estarían a cargo de los padres comitentes o intencionales encontramos la de pagar a la agencia intermediaria (si hubieran recurrido a una), pagar los gastos médicos y legales generados como consecuencia del embarazo y posterior parto⁴, asumir las responsabilidades derivadas de la filiación del hijo nacido por este procedimiento⁵ y, si la gestación por sustitución fuera retribuida, pagar a la mujer que está dispuesta a gestar para ellos una cantidad adicional de dinero.

³ STS (Pleno) 277/2022, 31 marzo 2022 (RJ 2022, 1190).

⁴ Llama la atención que, entre las cláusulas que figuran en este tipo de contratos -como refleja la STS de 31 de marzo de 2022-, nos podemos encontrar con que la parte comitente no se comprometa a compensar a la gestante en el caso de que esta no llegue a quedarse embarazada, a pesar de todos los perjuicios que ello le haya podido ocasionar.

⁵ Como pone de manifiesto el clausulado de este tipo de contratos, como el transcrito por la STS de 31 de marzo de 2022 y otros modelos señalados por Sánchez Jordán (2020: 122), entre sus estipulaciones se

Esta cantidad suele oscilar entre los 10.000 y los 30.000 euros, mientras que el precio total que puede costar una gestación subrogada a los padres intencionales puede variar entre los 50.000 y los 200.000 euros, dependiendo del país en el que se lleve a cabo y de las técnicas de reproducción asistida que se utilicen⁶. Los beneficios derivados de la diferencia entre una y otra cantidad van a parar a los intermediarios (agencias, médicos, abogados, clínicas...), que evidentemente ven un negocio en ello. La industria de la gestación subrogada, debido a las restricciones de viajes impuestas por la pandemia, disminuyó sus ingresos hasta los 4.2 billones de dólares en 2020, pero tiene una previsión de crecimiento para los próximos años hasta alcanzar los 33.9 billones en 2027⁷.

Dentro del debate que sobre la gestación por sustitución pueden suscitar este tipo de acuerdos, en el presente estudio nos centraremos fundamentalmente en los efectos de estos contratos en aquellos países donde están permitidos, analizaremos si el consentimiento de la mujer gestante puede ser revocable o no después del alumbramiento y su relevancia en orden a la determinación de la filiación del menor. Con ello pretendemos extraer una serie de reflexiones que toman como referencia las propuestas de regulación realizadas en España en torno a la gestación por sustitución. Pues, si el día de mañana el legislador español se decide a abordar este tema, tendrá que dar solución a esta fundamental cuestión. Para ello deberá atender a nuestros principios constitucionales y a las recomendaciones realizadas desde los distintos organismos internacionales.

II. SOBRE LA NECESIDAD O NO DE REGULAR LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN EN ESPAÑA

En nuestro país, como es sabido, el art. 10.1 Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida (en adelante, LTRHA), considera 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 de un contratante o de un tercero. Y, siguiendo el principio de Derecho romano *mater semper certa est*, la Ley dispone que:

pueden encontrar aquellas en la que la parte comitente se compromete a aceptar la custodia de todos los niños nacidos a partir del acuerdo de gestación subrogada, con independencia del sexo, número, estado de salud, condiciones físicas y psicológicas, o si se trata de un nacimiento prematuro o a término completo. No obstante, en ocasiones, como vamos a tener ocasión de comprobar a lo largo de este trabajo, también figuran cláusulas donde los padres comitentes sí pueden elegir el número de hijos que quieren tener (caso *Cook v. Harding*) o no asumir la filiación de algún niño que presenta alguna enfermedad si la madre gestante decide no abortar (caso *Baby Gammy*).

⁶ Información disponible en: <https://www.gestlifesurrogacy.com/precio-gestaci%C3%B3n-subrogada-en-espa%C3%B1a.php> (21.12.2021).

⁷ Según informa Global Market Insights. Disponible en <https://www.gminsights.com/industry-analysis/surrogacy-market>. (14.4.2022).

«La filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto» (art. 10.2 LTRHA). De esta forma, gestación y maternidad quedan legalmente unidas a la hora de determinar la filiación materna en la gestación por sustitución, que es atribuida a la mujer que dio a luz y no a los que contrataron con ella, dejando a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales del CC (art. 10.3 LTRHA).

La LTRHA de 2006 siguió en este punto a su predecesora, la Ley 35/88⁸, que se basó en el conocido Informe Palacios. Este venía a rechazar la gestación por sustitución fundamentalmente por razones éticas, al considerar que hay una unidad de valor en el proceso de maternidad que debe ser mantenida y que se rompe en dicha práctica, además de considerar que la gestación por sustitución puede constituirse en una nueva forma de manipulación del cuerpo de la mujer⁹.

II.1. Las incoherencias de la práctica

La Sala 1.^a del Tribunal Supremo, en su sentencia del Pleno de 6 de febrero de 2014¹⁰, consideró el art. 10.1 LTRHA como un precepto de orden público y apreció que la gestación por sustitución vulnera «la dignidad de la mujer gestante y del niño, mercantilizando la gestación y la filiación, “cosificando” a la mujer gestante y al niño, permitiendo a determinados intermediarios realizar negocio con ellos, posibilitando la explotación del estado de necesidad en que se encuentran mujeres jóvenes en situación de pobreza y creando una especie de “ciudadanía censitaria” en la que solo quienes disponen de elevados recursos económicos pueden establecer relaciones paterno-filiales vedadas a la mayoría de la población» (FJ 3.º apdo. 6).

El Informe sobre los aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada, elaborado por el Comité de Bioética de España, el 16 de mayo de 2017¹¹, coincide con este parecer. En él, la mayoría de sus miembros concluyen que todo contrato de gestación

⁸ Como indicaba en su momento el apartado III de la propia Exposición de Motivos de la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre Técnicas de Reproducción Asistida (BOE n.º 282, de 24 de noviembre de 1988), cuando se refería a la posible aplicación de estas técnicas a la gestación de sustitución, una de las cuestiones que se plantea es «si las partes pueden disponer libremente en los negocios jurídicos del Derecho de Familia, aun en el supuesto de un contrato o acuerdo previo entre ellas».

⁹ Palacios, 2019: 7.

¹⁰ STS (Pleno) n.º 835/2013 6 febrero 2014 (RJ 2014, 833).

¹¹ Disponible en: http://assets.comitedebioetica.es/files/documentacion/es/informe_comite_bioetica_aspectos_eticos_juridicos_maternidad_subrogada.002.pdf (21.12.2021).

por sustitución, lucrativo o altruista, entraña una explotación de la mujer y un daño al interés superior del menor y, por tanto, no puede aceptarse por principio. Proponiendo en sus conclusiones la conveniencia de que la nulidad de estos contratos que consagra la LTRHA sea aplicable también a los contratos celebrados en el extranjero y sancionando a las agencias intermediarias que se dedican a esta actividad.

En la línea marcada por la sentencia de 6 de febrero de 2014, la última STS (Pleno) 31 marzo 2022 (cuyo ponente es el mismo, el Magistrado D. Rafael Sarazá Jimena) reitera su rechazo a la gestación por sustitución comercial, al considerar que «vulnera gravemente los derechos fundamentales reconocidos en nuestra Constitución y en los convenios internacionales sobre derechos humanos en los que España es parte» (FD 3.º apdo. 2). En cuanto al futuro niño, porque «se le priva del derecho a conocer sus orígenes, se “cosifica” pues se le concibe como el objeto del contrato, que la gestante se obliga a entregar a la comitente» (FD 3.º apdo. 9), en contra de la Convención sobre los Derechos del Niño, que en su art. 35 prohíbe la venta de menores. Respecto de la gestante: «No es preciso un gran esfuerzo de imaginación para hacerse una cabal idea de la situación económica y social de vulnerabilidad en la que se encuentra una mujer que acepta someterse a ese trato inhumano y degradante que vulnera sus más elementales derechos a la intimidad, a la integridad física y moral, a ser tratada como una persona libre y autónoma dotada de la dignidad propia de todo ser humano» (FD 3.º apdo. 8). Por lo que la Sala aprecia que atenta contra «la Convención de la ONU sobre eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, de 18 de diciembre de 1979, que en su art. 6 conmina a los Estados parte a adoptar medidas precisas para suprimir todas las formas de trata de mujeres, en la que puede incluirse la situación que para la mujer gestante resulta de un contrato de gestación por sustitución comercial» (FD 4.º apdo. 5).

La nulidad del contrato de gestación por sustitución en nuestro ordenamiento y el rechazo mostrado al mismo por la Sala 1.ª del TS, no ha impedido, sin embargo, como reconoce la propia sentencia de 31 de marzo de 2022, que ciudadanos españoles acudan a otros países para tener hijos por gestación subrogada, ayudándose de empresas intermediarias que prestan aquí sus servicios y operan con total libertad, que estos menores entren sin problemas en España y acaben integrados en el núcleo familiar que conforman con sus padres intencionales.

Desde 2010, 2350 menores nacidos en el extranjero por gestación por sustitución han sido inscritos en las distintas oficinas consulares y misiones diplomáticas que tiene

España en otros países. En concreto, entre 2017 y 2020 se recibieron 1707 solicitudes, de las que fueron denegadas 291, la mayoría de Ucrania (256), pero también la mayor parte de las inscripciones se dieron en este país entre 2017 y 2019 (689), seguido de EEUU (627)¹². Y, aunque la pandemia ha motivado un descenso en la cifra de niños nacidos por este procedimiento, y hay países como India, Nepal o Tailandia que han desaparecido como destinos propicios para ello, debido al cambio de sus legislaciones, y con Ucrania puede pasar lo mismo como consecuencia de la guerra por la invasión rusa, estas cifras nos hacen pensar que no estamos ante un problema puntual. Es más, seguramente tienda a ir a más, ya sea por los nuevos modelos de familia (monoparentales o de parejas del mismo sexo), ya porque cuando se quiere acceder a la maternidad no se puede (por razones de edad o fisiológicas), o por las dificultades que hay para adoptar, aunque una pueda pensar que la gestación por sustitución no es la mejor forma de tener un hijo.

Las inscripciones de estos menores en nuestro país se deben a la cierta tolerancia que de estos contratos se ha venido manteniendo en los Registros Consulares, respaldada por la Dirección General de los Registros y del Notariado (actual Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública), a pesar de la posición adoptada por la Sala 1.º del TS. Así, la Instrucción de dicho Centro Directivo de 5 de octubre de 2010¹³ mantiene que es posible inscribir a los nacidos mediante gestación por sustitución en el extranjero siempre que se presente, junto a la solicitud de inscripción, la resolución judicial dictada por el Tribunal competente en la que se determine la filiación del nacido a favor de uno de los solicitantes que a su vez sea su padre biológico (art. 10.3 LTRHA). Resolución que, además, debe ser objeto de exequátur o bien, si tiene su origen en un procedimiento análogo al español de jurisdicción voluntaria, pasar por un control incidental por parte del encargado del RC, como requisito previo a su inscripción¹⁴.

¹² Noticia publicada en https://www.abc.es/sociedad/abci-espana-inscrito-mas-2300-ninos-nacidos-gestacion-subrogada-ultimos-diez-anos-202102210033_noticia.html (21.12.2021).

¹³ BOE n.º 243, de 7 octubre de 2010.

La doctrina en un primer momento habló de una auténtica legalización administrativa de estas situaciones. En este sentido, entre otros, *vid.* Barber Cárcamo (2013: 2905-2950).

¹⁴ A través de dicho control incidental, de acuerdo con la Dirección General, el encargado del RC debe verificar, antes de proceder a la inscripción, si se han cumplido los requisitos de perfección y contenido del contrato de gestación por sustitución, respecto del marco legal del país donde se ha formalizado, así como si se han respetado los derechos de las partes. En concreto, que la madre gestante ha consentido de forma libre y voluntaria, sin incurrir en ningún vicio del consentimiento, que tiene capacidad natural suficiente y que ha renunciado a ejercer los derechos derivados de la filiación de forma irrevocable.

Con todo, la Dirección General en su Instrucción de 2010 no admitió como título apto para la inscripción del nacimiento y filiación del menor una certificación registral extranjera o la simple declaración, acompañada de certificación médica relativa al nacimiento del niño, donde no conste la identidad de la madre gestante, queriendo con ello garantizar la exigencia de que no se va a vulnerar el derecho del menor a conocer su origen biológico [art. 7.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño y art. 12 de la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción Internacional (BOE n.º 312, de 29 de diciembre de 2007)]¹⁵. Si bien esta exigencia no impide que el niño pueda obtener el pasaporte y los permisos para viajar a España y el solicitante iniciar en nuestro país, por los medios ordinarios previstos en el art. 10.3 LTRHA, un procedimiento de determinación de la filiación basado en la vinculación biológica con el padre comitente.

La Instrucción de 2010 fue ratificada por la Instrucción de este mismo Centro Directivo de 18 de febrero de 2019¹⁶. Pero, entre tanto, algunos registros consulares, entre ellos los de Ucrania, permitieron la inscripción de los menores nacidos por gestación por sustitución cuando se probara el vínculo biológico paterno, mediante el solo reconocimiento legal del padre confirmado a través de una prueba de ADN¹⁷. Y ya en territorio español, se iniciaba el expediente de adopción del menor a favor de su pareja¹⁸.

La Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil (BOE n.º 175, de 22 de julio de 2011) no ha cambiado mucho la situación actual. Pues el art. 96 LRC (2011) se refiere a la inscripción de resoluciones judiciales extranjeras (con independencia de que tengan su origen en un procedimiento contencioso o de jurisdicción voluntaria) y requiere la previa superación del trámite del exequátur o el control incidental ante el encargado del RC (art. 96.2.2.º LRC). El art. 98 LRC (2011), precisa los requisitos para la inscripción de las certificaciones de asientos extendidos en Registros extranjeros y exige que «no resulte manifiestamente incompatible con el orden público español». Y, en el caso de que la

¹⁵ Sobre el alcance, contenido y límites del derecho a conocer el origen biológico por parte de los nacidos mediante técnicas de reproducción asistida *vid.* el reciente trabajo de Femenía López (2021: 216-238).

¹⁶ BOE n.º 45, de 21 de febrero de 2019.

¹⁷ Como observa Quicios Molina (2021 a: 192), se enviaba material genético a España con el objeto de conseguir una prueba biológica de paternidad fuera de todos los cauces legales. Y si la prueba daba un resultado positivo, se podía inscribir la paternidad. Por lo que suponía una colaboración activa del Estado en favorecer los efectos de la gestación por sustitución.

¹⁸ Fernández Echegaray (2020: 172-173).

certificación constituya mero reflejo de una resolución judicial previa, será esta última el título que tenga acceso al Registro (art. 98.2 LRC)¹⁹.

En la práctica de los tribunales, algunas Audiencias Provinciales, tratando de dar solución al caso concreto en las acciones de filiación entabladas en España, se han apartado de los criterios interpretativos sentados por la STS de 6 de febrero de 2014 cuando entra en juego el interés prevalente del menor (art. 2 LOPJM) y la necesidad de que se le reconozca un estatus jurídico definido, una identidad cierta en el país en el que está viviendo con sus padres intencionales²⁰. De esta forma, están determinando la filiación en los casos difíciles, cuando no hay vínculo biológico con los padres intencionales (y, por lo tanto, no resulta de aplicación el art. 10.3 LTRHA y el principio de verdad biológica), y tampoco es posible la adopción por parte de la pareja o la persona sola que ha acudido a este procedimiento para tener hijos (arts. 175.1, 176.2.2º y 177.2.2 CC), atendiendo a la voluntad de ser padre o madre (manifestada en el contrato gestacional, que haya sido legalizado por las autoridades extranjeras), a la posesión de estado y a la relación familiar *de facto* existente entre padre(s)/madre(s) e hijo(s). Erigiendo así a la voluntad procreacional, la posesión de estado (como «filiación vivida»²¹) y al interés superior del menor, en las piezas de toque para el reconocimiento judicial de la filiación legalmente establecida por las autoridades extranjeras conforme a su Derecho²².

No obstante, el TS parece que no está dispuesto a variar su posición sobre esta cuestión, como ha demostrado en su reciente sentencia de 31 de marzo de 2022²³,

¹⁹ Nótese aquí que, si la Dirección General considera los contratos de gestación por sustitución con carácter general contrarios al orden público, no sería inscribible la resolución judicial que los avale.

²⁰ *Vid.* en esta dirección SAP Islas Baleares, Secc. 4.ª, n.º 207/2021 27 abril 2021 (JUR 2021, 163294); SAP Barcelona, Secc. 12.ª, n.º 220/2021 6 abril 2021 (JUR 2021, 192738); y AAP Barcelona, Secc. 18.ª, n.º 104/2021 17 marzo 2021 (JUR 2021, 169793).

²¹ Utilizando la expresión de Flores Rodríguez (2014: 5).

²² Tema que abordo como mayor profundidad en mi trabajo Múrtula Lafuente (2022).

²³ En ella se resuelve el recurso de casación interpuesto contra la SAP Madrid, Secc. 22.ª, n.º 947/2020 1 diciembre 2020 (JUR 2021, 55934), que decide la acción de filiación por posesión de estado instada por el abuelo de un menor (*ex art.* 131 CC), por la que solicita que se reconozca como hijo de su hija (y por tanto nieto suyo) al niño nacido en el Estado de Tabasco (Méjico) por gestación subrogada y que en el momento de dictarse la sentencia tenía casi seis años. El problema que se plantea en este caso es que el niño no tiene vínculos biológicos con la madre comitente, ni parece fácil la vía de la adopción por la diferencia de edad existente entre ellos (casi 47 años), además de que no se encuentra en una situación donde haya que acudir al acogimiento familiar por desamparo. Por lo que la AP de Madrid, atendiendo a la posesión de estado y sobre todo al principio de interés superior del menor (art. 2 LOPJM) y a la jurisprudencia del TEDH, revocó la sentencia de primera instancia, ordenando la inscripción de la certificación de nacimiento expedida por las autoridades mejicanas a favor de la madre comitente. En contra de esta sentencia *vid.* Quicios Molina (2021 b: 314-315).

queriendo dejar claro que, conforme al art. 9.4 CC, la normativa aplicable para resolver el ejercicio de una acción de determinación de la filiación sería la del Estado donde el hijo tenga su residencia habitual (España) y no la del Estado en que haya nacido (FD 4.º apdo. 2)²⁴.

Consiguientemente, seguirá siendo la única solución «fácil» para la inscripción de estos menores la ofrecida por la Instrucción de la DGRN de 2010, ratificada por la Instrucción de 18 de febrero de 2019²⁵. Esto es, la inscripción de la resolución judicial dictada por tribunal competente extranjero cuando exista vínculo biológico con el padre comitente, y como vías alternativas las señaladas por las Sentencias del TS de 6 de febrero de 2014 y 31 de marzo de 2022, así como por el Auto de 2 de febrero de 2015²⁶: la determinación de la filiación a través del reconocimiento de la filiación biológica a favor del padre comitente (arts. 10.3 LTRHA, 120.2.º y 133.2 CC), precisando la renuncia de la mujer gestante (art. 44.4.II LRC), y la adopción (arts. 176.2.2ª y 3ª y 177.2.2º CC) o el acogimiento del menor respecto de la parte que no mantiene vínculos biológicos con el niño.

Esta solución pretende seguir manteniendo a toda costa que la maternidad legal venga determinada por el parto, que exista un control caso por caso sobre la idoneidad de los comitentes y se pongan dificultades a la actuación de las agencias de intermediación, que aseguran sin problemas el reconocimiento en España de la filiación resultante de este tipo de contratos²⁷. Pero hay que tener en cuenta que al final del proceso hay un niño que

El TS estima el recurso de casación interpuesto por el Ministerio Fiscal contra la SAP de Madrid, ratificando la SJPI, n.º 77, Madrid, n.º 21/2019 de 19 de febrero, considerando que «La cuestión de la diferencia de edad entre el menor y la madre comitente no se revela como un obstáculo excesivo, habida cuenta de que la diferencia máxima de 45 años entre adoptante y adoptado prevista en la normativa reguladora de la adopción no tiene un carácter absoluto (art. 176.2.3.º en relación al 237, ambos del Código Civil), tanto más cuando los hechos fijados por la Audiencia Provincial revelan la integración del menor en el núcleo familiar y los cuidados de que es objeto desde hace varios años» (FD 4.º apdo. 13), obligando de esta forma a la madre comitente a iniciar un procedimiento incierto de adopción (pues considera que ha vulnerado las normas nacionales e internacionales con el único propósito de tener un hijo) si quiere ver reconocida la filiación de la menor a su favor.

²⁴ Debido al carácter internacional de estos contratos, un sector de la doctrina (particularmente *ius internacionalista*), viene considerando que no les resultan de aplicación las limitaciones que establece el Derecho español, sino las del derecho del lugar donde se concertó. En este sentido *vid.* Calvo y Carrasco (2015: 105 y ss.); y Flores Rodríguez (2019: 11). De manera que, de acuerdo con este estado de opinión, la determinación de la filiación no se realizaría cuando los comitentes son españoles conforme al Derecho español, sino conforme al Derecho del país del contrato. De tal forma que la autoridad registral consular debería limitarse a reconocer la filiación en la forma allí inscrita y la prohibición contenida en el art. 10 LTRHA sería aplicable solo a los casos internos

²⁵ Como se desprende de las RRDGSJFP n.º 1 a 16 de-19 junio 2020 (BMJ, n.º 2242, julio 2021).

²⁶ El ATS (Pleno) 2 febrero 2015 (RJ 2015, 141).

²⁷ Siguiendo en este punto a la STS 31 marzo 2022 (FD 4.º apdo. 14).

no tiene la culpa de la decisión que en su día adoptaron sus padres de acudir a terceros países para eludir la prohibición que existe en España en torno a la gestación por sustitución, viendo en ocasiones pasar los años hasta el reconocimiento de su filiación.

Frente a la postura de la Sala 1.^a, que considera los contratos de gestación por sustitución manifiestamente contrarios a nuestro orden público y «no puede(n) aceptarse por principio» (STS 31 marzo 2022 FD 3.º, apdo. 12), la Sala de lo Social del mismo TS, mira al menor y a sus necesidades, considerando que la gestación por sustitución es una situación que queda protegida por nuestro sistema de la Seguridad Social. Reconoce el derecho de los trabajadores que han tenido hijos a través de este procedimiento y se encuentran inscritos en el RC consular, a gozar de las prestaciones y derechos derivados de esta paternidad (art. 48 ET). La razón de este reconocimiento se halla, a juicio de esta Sala, en la consideración de que el contrato nulo no suprime la necesidad de la prestación, que se encuentra en el cuidado y asistencia de los hijos durante el periodo posterior al nacimiento por parte de cualquiera de los padres por naturaleza, adopción o acogimiento²⁸.

La disparidad en la actuación por parte de los distintos operadores jurídicos frente a la nulidad de estos contratos prevista legalmente, se pone de manifiesto también con la situación de las empresas intermediarias que están operando en España ofreciendo sus servicios sin ninguna restricción. Su labor de intermediación, evidentemente lucrativa, está generando reclamaciones ante nuestros tribunales de padres comitentes que son resueltas a su favor, cuando se aprecia incumplimiento contractual si no se consigue el resultado pactado (esto es, la entrega del niño), en lugar de afirmar la nulidad de pleno derecho del contrato (tal y como dispone el art. 10.1 LTRHA) y decidir en consecuencia (arts. 1275 y 1306 CC)²⁹.

²⁸ Así, entre otras, SSTS (Pleno) 881/2016, 25 octubre 2016 (RJ 2016, 6167) y 953/2016, 16 noviembre 2016 (RJ 2016, 6152); y SSTS 1002/2017 y 1005/2017, 14 diciembre 2017 (RJ 2017, 5889 y 6015, respectivamente); 277/2018, 13 marzo 2018 (RJ 2018, 1518) y 347/2018, 22 marzo 2018 (RJ 2018, 1414).

²⁹ En este sentido, Sánchez Jordán (2020: 134 y ss.). Para llegar a dicha solución, como señala la autora citada, los tribunales inferiores están teniendo en cuenta una cláusula contractual que figura en el contrato de intermediación que dice lo siguiente: «GARANTÍA DE ÉXITO.- LA COMPAÑÍA garantiza el buen fin del contrato, es decir, el nacimiento de al menos un niño/a, comprometiéndose a devolver sus honorarios si no se lograra este fin» [según consta en el FD 2.º SAP Barcelona, Secc. 1.ª, n.º 618/2019 28 noviembre 2019 (JUR 335488)]. Por lo que la empresa intermediaria no solo se comprometía a la prestación de un servicio de asesoramiento, sino también a la obtención de un resultado concreto, como es el nacimiento del niño.

Por todo ello, podemos pensar que existen razones más que suficientes para abrir un debate jurídico sobre las condiciones bajo las que podría regularse la gestación por sustitución en España.

II.2. El carácter global de la cuestión

La gestación subrogada transfronteriza no es un problema que afecte solo a España, sino que también ocurre en otros países que no permiten estos contratos dentro de sus fronteras o lo hacen bajo ciertas restricciones. De hecho, en Europa son más los Estados que no permiten la gestación por sustitución, como Alemania³⁰, Francia³¹, Austria³², Hungría, Italia³³ o Suiza³⁴, entre otros, que aquellos que la permiten y regulan, como veremos en las siguientes líneas.

II.2.1. La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha tenido que hacer frente a las reclamaciones de ciudadanos de los países que no permiten la gestación por sustitución, fundamentalmente franceses (todavía no ha llegado ningún caso de españoles), pretendiendo el reconocimiento de la filiación establecida por las autoridades extranjeras donde han tenido a sus hijos. Por el contrario, ninguna reclamación ha llegado aún a este Tribunal donde la gestante haya invocado su maternidad para reclamar la filiación del niño nacido en virtud de un acuerdo de gestación subrogada.

En sus sentencias, el Tribunal de Estrasburgo considera que la negativa de aquellos Estados donde está prohibida la gestación subrogada, no solo a cerrar la inscripción en sus Registros civiles nacionales de los niños nacidos en el extranjero por esta técnica, sino también a su reconocimiento a través de otras formas de filiación a favor de los padres comitentes, cuando existe un vínculo biológico con el padre comitente, es contraria al derecho de los menores al respeto por su vida privada (art. 8 CEDH). Y ello por cuanto asocia el derecho a la vida privada del menor con su derecho a establecer los detalles de su propia identidad como ser humano y este a su vez con el establecimiento de un vínculo

³⁰ §§ 1.7 *Gesetz zum Schutz von Embryonen* (ESchG) (1990) y §§ 13c), 13d) y 14b) *Gesetz über die Vermittlung und Begleitung der Adoption und über das Verbot der Vermittlung von Ersatzmüttern* (AdVermiG) (1976).

³¹ Arts. 16-1 y 16-7 CC francés, arts. 227-12, 227-13 y 511-24 CP.

³² Art. 2.3 de la Ley Federal austriaca, de 1 de julio de 1992, sobre Reproducción Asistida.

³³ Arts. 4.3 y 12.6 *Legge 19 febbraio 2004, n. 40, Norme in materia di procreazione medicalmente assistita*.

³⁴ Art. 119.2.d) Constitución federal y art. 4 de la Ley federal suiza sobre Reproducción Médicamente Asistida (1998).

de filiación³⁵. De esta forma, obliga a los Estados a tomar en consideración el interés prevalente del menor en estos casos y proceder al reconocimiento de su filiación, aunque vaya en contra de su Derecho nacional³⁶. Lo que no exige, sin embargo, el TEDH es que deba hacerse específicamente por medio de la transcripción del certificado extranjero de nacimiento del niño³⁷, concediendo libertad a los Estados para elegir el medio de determinación de la filiación que mejor estimen protege el interés del menor.

Una vez que se ha reconocido la paternidad legal del padre de intención, que a su vez es padre biológico del niño, el derecho al respeto a la vida privada del menor (art. 8 CEDH) exige, según el TEDH, que la legislación nacional ofrezca también la posibilidad de reconocer un vínculo de filiación con la madre de intención, designada en el certificado de nacimiento legalmente establecido en el extranjero como «madre legal» aunque no sea su madre genética³⁸. Este reconocimiento de la maternidad, sin embargo, tampoco exige la inscripción en el Registro civil nacional del certificado de nacimiento extranjero, sino que puede materializarse por otras vías, como la adopción, siempre que se garantice su efectividad y celeridad conforme al interés superior del menor³⁹. Y el mismo criterio ha sido mantenido por esta Corte europea, aunque haya una relación genética entre el menor y la madre comitente⁴⁰.

En los casos en los que no existe ninguna vinculación biológica entre el menor y los padres de intención, el TEDH considera lícito que exista un control judicial interno por parte de las autoridades nacionales, que permita realizar una evaluación caso por caso, en orden a evitar la mercantilización de la madre gestante y proteger el interés superior del niño⁴¹. Aceptando con ello, por ahora, la conformidad con el CEDH del principio de maternidad biológica, frente a los vínculos que ha querido construir la parte comitente

³⁵ Como resume la STEDH, Secc. 5.ª, 16 julio 2020, caso D. contra Francia (JUR 2020, 214195), apdo. 49.

³⁶ SSTEDH, Secc. 5.ª, 26 junio 2014, casos Menneson y Labassee contra Francia (JUR 2014, 176908 y 176905, respectivamente) apdos. 100-101; 21 julio 2016, caso Foulon y Bouvet contra Francia (TEDH 2016, 61); y 19 enero 2017, caso Laborie contra Francia (JUR 2017, 14349) y Dictamen Consultivo del TEDH de 10 de abril de 2019, apdo. 38 y STEDH, Secc.5.ª, 16 julio 2020, caso D. contra Francia, (JUR 2020, 214195), apdo. 49. Esta protección del interés superior del menor incluye la protección contra los riesgos de abusos que puede comportar la gestación por sustitución [STEDH, Gran Sala, 24 enero 2017 caso Paradiso y Campanelli (JUR 2017, 25806), apdo. 202].

³⁷ STEDH, Secc.5.ª, 16 julio 2020, caso D. contra Francia (JUR 2020, 214195), apdo. 49.

³⁸ Dictamen Consultivo de la Gran Sala de 10 de abril de 2019 (apdo. 46).

³⁹ Dictamen Consultivo de la Gran Sala de 10 de abril de 2019 (apdos. 48-55)

⁴⁰ STEDH, Secc. 5.ª, 16 julio 2020, caso D contra Francia (JUR 2020, 214195).

⁴¹ SSTEDH, Secc. 2.ª, 8 julio 2014, caso D. y otros contra Bélgica (HUDOC 29176, 13), Gran Sala, 24 enero 2017 caso Paradiso y Campanelli (JUR 2017, 25806) y Secc. 3.ª, 18 mayo 2021, caso Valdís Fjölnisdóttir y otros contra Islandia (JUR 2021, 157056).

con el menor⁴². Sin embargo, como ha expresado el juez Lemmens en el voto particular que formuló a la sentencia de 18 de mayo de 2021, caso Valdís Fjölnisdóttir y otros c. Islandia⁴³, esta postura podría replantearse cuando la falta de reconocimiento de la relación jurídica entre el niño y los padres comitentes repercute negativamente en la vida privada del menor nacido por gestación subrogada.

El principal peligro que se deriva de esta jurisprudencia es que los ciudadanos de los distintos Estados se sienten respaldados en su deseo de buscar una descendencia propia en aquellos países que se lo permitan, cuando el suyo les cierra esta posibilidad. De tal manera que el Estado que prohíbe la gestación subrogada se encuentra que no logra proteger lo que pretendía, esto es, que la maternidad quede vinculada al parto y evitar una posible mercantilización de las mujeres y los menores, porque tiene que ceder ante la realidad de la práctica y la necesidad de salvaguardar los derechos de los niños nacidos por subrogación internacional.

II.2.2. Recomendaciones y principios recogidos en los trabajos realizados desde los organismos internacionales

Las situaciones que se derivan de la permisión de la gestación por sustitución en unos países y su prohibición en otros, implican que estemos ante un problema global que exigiría una solución no solo a nivel de cada Estado, sino también de carácter internacional.

En el ámbito europeo, la postura del Consejo de Europa es contraria -aunque con bastantes discrepancias entre sus miembros- a la admisibilidad de la gestación por sustitución, porque la considera una práctica que va contra la dignidad de la persona y puede conllevar también un tráfico de niños. Así rechazó en el año 2016 (por 83 votos contra 77) la propuesta presentada por la senadora Petra de Sutter, que establecía una

⁴² Ochoa Ruiz (2021:12).

⁴³ STEDH, Secc. 3.^a, 18 mayo 2021, caso Valdís Fjölnisdóttir y otros contra Islandia (JUR 2021, 157056). En ella, el TEDH aprecia que no existe violación del art. 8 CEDH, en cuanto al derecho a la vida familiar de las demandantes y el menor, cuando las autoridades islandesas deniegan en su Registro la inscripción de la relación paterno-filial establecida en el extranjero entre el niño nacido en 2013 por gestación subrogada en EEUU y la pareja comitente, un matrimonio de dos mujeres, faltando el vínculo biológico. Para ello tiene en cuenta, por un lado, los intereses generales que el Estado quería proteger mediante la prohibición de la gestación subrogada; y, por otro, que el disfrute real de la vida familiar de los tres no fue interrumpido por la intervención del Estado islandés en ningún momento, pese a la situación de separación de las madres. Además, siempre tuvieron abierta la vía de la adopción.

proposición para elaborar unas guías a favor de la gestación subrogada altruista en los países miembros del Consejo de Europa⁴⁴.

En esta misma dirección, el Parlamento europeo consideró la maternidad subrogada como contraria a la dignidad de la mujer y una forma de explotación con fines reproductivos en su Resolución de 17 de diciembre de 2015, relativa al Informe anual sobre los derechos humanos y la democracia en el mundo, en su punto 114⁴⁵. Y lo ha vuelto a reiterar en la Resolución de 21 de enero de 2021 sobre la estrategia de la Unión para la igualdad de género (apdo. 32)⁴⁶.

A nivel internacional, la Asamblea General de Naciones Unidas en *el Informe de la Relatora Especial sobre la venta y la explotación sexual de niños, incluidos la prostitución infantil, la utilización de niños en la pornografía y demás material que muestre abusos sexuales de niños*, de 15 de enero de 2018, -mencionado reiteradamente en la STS 31.3.2022- a pesar de considerar que «la gestación por sustitución de carácter comercial que se practica actualmente constituye una venta de niños conforme a la definición prevista en el derecho internacional de los derechos humanos»⁴⁷, propone a todos los Estados que, si desarrollan normas que articulen estos contratos, lo hagan a la luz de la normativa de los derechos humanos internacionales. Entre esas normas debería figurar el carácter verdaderamente altruista de la gestación por sustitución, pagando a la madre los gastos razonables que se deriven de su embarazo y evitando pagos excesivos a los intermediarios; además de someterse a la supervisión de los tribunales u otras autoridades competentes y que la madre gestante conserve la patria potestad y la responsabilidad parental en el momento del parto⁴⁸; sin que se puedan adoptar normas basadas en el cumplimiento obligatorio o automático de estos contratos⁴⁹; debiendo

⁴⁴ Vid. la noticia publicada en <https://www.aceprensa.com/sociedad/el-consejo-de-europa-rechaza-la-maternidad-subrogada/> (21.12.2021).

⁴⁵ En concreto, condena la práctica de la gestación por sustitución por considerarla «contraria a la dignidad humana de la mujer, ya que su cuerpo y sus funciones reproductivas se utilizan como una materia prima; estima que debe prohibirse esta práctica, que implica la explotación de las funciones reproductivas y la utilización del cuerpo con fines financieros o de otro tipo, en particular en el caso de las mujeres vulnerables en los países en desarrollo, y pide que se examine con carácter de urgencia en el marco de los instrumentos de derechos humanos». Disponible en: https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-8-2015-0344_ES.html. (21.12.2021).

⁴⁶ Disponible en: https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2021-0025_ES.html (21.12.2021).

⁴⁷ Informe de la Relatora Especial sobre la venta y explotación sexual de niños, apdo. 41. Disponible en: <https://undocs.org/es/A/HRC/37/60> (21.12.2021).

⁴⁸ Informe de la Relatora Especial sobre la venta y explotación sexual de niños, apdos. 69 y 77 d).

⁴⁹ Informe de la Relatora Especial sobre la venta y explotación sexual de niños, apdo. 75.

examinar la idoneidad de los aspirantes a progenitor; y protegiendo los derechos de identidad y de acceso a los orígenes personales del niño⁵⁰.

En esta misma línea, el Servicio Social Internacional (ISS o *International Social Service*) ha publicado en 2021 los resultados de la elaboración de una serie de principios y normas que deberían orientar las reformas legislativas, políticas y la práctica que afecten a los menores nacidos por gestación subrogada, en consonancia con la normativa de los derechos humanos, en particular de los derechos del niño, siguiendo el encargo realizado en el Informe de la Relatora de Naciones Unidas mencionado⁵¹. En la elaboración de estos 18 principios, denominados «*Principios de Verona*», han participado más de cien expertos y sus recomendaciones se realizan al margen de cualquier consideración ética sobre si se debe permitir o prohibir la gestación subrogada.

De entre los Principios de Verona, destacamos (atendiendo al objeto de este trabajo) los que consideran que debe desecharse la idea de que la gestación subrogada otorga el derecho a tener un niño (Principio 1.7); además, la protección del interés superior del menor excluye la aplicación forzosa de cláusulas contractuales incluidas en los acuerdos gestacionales que pretendan transferir, establecer o renunciar a la filiación legal y a la responsabilidad parental (Principio 6.2)⁵².

Asimismo, siguiendo a los Principios de Verona, deberán establecerse y garantizarse las condiciones que permitan a la madre subrogada ejercer su autodeterminación (Principio 7.1 y 2). De manera que, aunque los Estados que permitan la gestación subrogada puedan tener diferentes normas en orden a la determinación de la filiación y la responsabilidad parental del menor: i) En el caso de que se considere a la madre subrogada como madre legal del niño en el momento del nacimiento (supuesto más habitual entre los Estados que regulan esta práctica), un tribunal u otra autoridad competente debe determinar la voluntad de la gestante después del nacimiento, tras un periodo de reflexión adecuado. Si esta desea renunciar a la filiación legal y a la responsabilidad parental, debe existir un mecanismo legal y seguro para garantizar esta voluntad después del nacimiento; si por el contrario decidiera conservar la filiación del bebé y/o la responsabilidad parental, un tribunal u otra autoridad competente debería

⁵⁰ Informe de la Relatora Especial sobre la venta y explotación sexual de niños, apdo. 72.

⁵¹ Disponible en: https://www.iss-ssi.org/images/Surrogacy/VeronaPrinciples_25February2021.pdf (14.4.2022).

⁵² Pudiéndose considerar en este caso cuando es a cambio de dinero una venta del niño (Principio 14.9).

llevar a cabo rápidamente una determinación del interés superior del menor (Principio 10.4); ii) Cuando la madre subrogada no es considerada como madre legal en virtud de la propia ley, debería preverse un procedimiento expeditivo que sea aplicable después de un periodo de reflexión adecuado, por el que esta después del nacimiento pueda confirmar o revocar libremente su consentimiento, para que la filiación se pueda determinar a favor del progenitor o progenitores intencionales, sin ninguna consecuencia financiera para ella en cuanto a pagos y reembolsos derivados del acuerdo gestacional (Principio 10.5).

Finalmente, debemos tener en cuenta que el Informe de la Relatora de Naciones Unidas invita a la comunidad internacional a respaldar la labor de la *Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado*, que tiene un grupo de expertos trabajando desde hace años en relación con un proyecto de filiación en los casos de gestación subrogada, más concretamente en relación con los acuerdos internacionales de este tipo. Este Grupo examinó en su última reunión la ausencia de normas uniformes de Derecho internacional sobre la filiación legal del menor. De tal manera que considera que cualquier instrumento internacional debería desarrollarse con vistas a complementar las Convenciones de Familia ya existentes y atraer al mayor número de Estados posible, sin que tuviera por objeto alentar a los países a introducir la maternidad subrogada como práctica permitida. Otro de los puntos en los que está de acuerdo este grupo de expertos es que el consentimiento libre e informado de la madre subrogada debe ser una salvaguardia primordial, junto con la prevención de la venta y tráfico de menores o la explotación de las mujeres que están dispuestas a gestar para otros⁵³.

III. LOS EFECTOS DEL CONTRATO DE GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN EN EL DERECHO COMPARADO

En el continente europeo, aunque la mayor parte de los países prohíben o no permiten expresamente los acuerdos de gestación subrogada, encontramos que Rusia⁵⁴, Ucrania, Georgia, Grecia y Reino Unido han venido a regular y permitir esta práctica en sus propios territorios, aceptándola como una manifestación más de la autonomía de la

⁵³ Vid. aquí Durán Ayago (2020: 1-51).

⁵⁴ Rusia cuenta con la Ley Federal sobre los Fundamentos de la Protección de la Salud de los ciudadanos de noviembre de 2011, para regular y establecer las bases de los procesos de gestación subrogada que se lleven a cabo en el país, aunque falta una regulación legislativa clara y completa, por ejemplo, respecto a la forma y contenido del contrato. Por lo que, aun siendo uno de los destinos preferidos en materia de maternidad subrogada, no será objeto de nuestro estudio. Para mayor detalle, *vid.* Khazova (2019: 281-306).

voluntad de las mujeres que están dispuestas a gestar para otro(s) y la libertad de reproducción de aquellas personas que quieren tener un hijo, pero no pueden tenerlo por diversas razones (médicas o fisiológicas).

Chipre y Portugal presentan una situación singular. El primero de ellos porque, aunque cuenta con la Ley 69(1)/2015 de Aplicación de la Reproducción Médicamente Asistida, que introdujo por primera vez una regulación específica sobre la maternidad subrogada, su aplicación fue suspendida y no está siendo utilizada en la práctica⁵⁵. En parecida situación se encontraba hasta hace poco nuestro vecino Portugal, pues contaba con la Ley n.º 25/2016, de 22 de agosto, que resultó inaplicable tras dos sentencias de su Tribunal Constitucional y ahora ha visto aprobada por su parlamento una nueva norma, la Ley n.º 90/2021, de 16 de diciembre.

California y otros estados de los EEUU, junto con Rusia, Georgia y Ucrania, son los centros actuales de los contratos internacionales de gestación subrogada. Motivado, entre otras circunstancias, porque en algunos de los países donde antes se permitía expresamente la gestación subrogada comercial por parte de extranjeros, como consecuencia de los abusos que se estaban produciendo y la explotación que sufrían muchas mujeres, han venido a modificar sus legislaciones restringiendo el acceso a sus propios nacionales [como ha ocurrido en India (en 2016), Tailandia (2015), Nepal (2016), Camboya (2016) y el estado mexicano de Tabasco (2016)]⁵⁶.

En este trabajo analizaremos las regulaciones de los contratos de gestación subrogada y la relevancia que en ellos tiene el consentimiento de la mujer gestante en orden a la determinación de la filiación del menor, en países que tienen una legislación y una práctica ya consolidada. Como Israel (primer país del mundo en regular la gestación subrogada); Grecia (país de la UE); Reino Unido, cuya regulación ha tenido gran influencia en otros Derechos, como Canadá y Australia; además de las jurisdicciones de Ucrania y el estado de California (en EEUU), dos de los focos de los contratos de gestación subrogada internacional. Objeto de especial consideración merece Portugal, por razones de vecindad y proximidad en la regulación de sus instituciones con las de nuestro ordenamiento.

⁵⁵ Emilianides (2019: 239).

⁵⁶ Según indica Albert Márquez (2017: 192 y 193).

III.1. Países en los que la filiación del menor se determina *ex ante* en virtud del contrato gestacional

Dentro de las legislaciones que admiten la gestación por sustitución, se pueden distinguir dos grandes grupos, si atendemos a la relevancia que en ellos puede tener la voluntad de la mujer gestante y los efectos vinculantes del contrato gestacional.

Un primer grupo de países, entre los que se encuentran, entre otros, Grecia, Portugal, Ucrania y dentro de EEUU el estado de California, donde los padres comitentes se convertirán en padres legales del niño nada más nacer, como consecuencia del acuerdo presentado con anterioridad ante un juez (caso de Grecia), un órgano colegiado (Portugal), un notario (Ucrania) o un tribunal (California), que verifica el cumplimiento de las condiciones previstas en su legislación⁵⁷. En este grupo de países, con la aprobación del acuerdo gestacional, que es vinculante para las partes, se determina la filiación del niño a favor de los padres comitentes cuando nazca el bebé.

En otro segundo grupo de países, donde incluiríamos a Reino Unido, Australia, Canadá e Israel, la filiación legal del menor a favor de los padres de intención se determina después de su nacimiento, si la madre gestante no se opone a ello, manteniendo el principio de que la madre legal es la que da a luz al bebé. Por lo que los efectos de este tipo de contratos dependerán de la renuncia de los derechos de filiación realizada por aquella después del nacimiento del menor ante la autoridad judicial.

III.1.1. Grecia

Dentro de este primer grupo de países encontramos que Grecia regula esta práctica a través de la Ley 3089/2002 sobre Reproducción Humana Médicamente Asistida (incorporada en los arts. 1458 y 1464 del CC griego)⁵⁸, que establece los principios básicos de la gestación subrogada en ese país, así como en la Ley 3305/2005 y la Ley 4272/2014.

La primera de las leyes mencionadas, la Ley 3089/2002, dispone que la gestación subrogada debe ser altruista (con el abono a la gestante de los «gastos razonables»)⁵⁹ y

⁵⁷ Fenton-Glynn y Scherpe (2019: 552-553).

⁵⁸ Disponible en: <https://www.lawspot.gr/nomikes-plirofories/nomothesia/astikos-kodikas/arthro-1458-astikos-kodikas>. (21.12.2021).

⁵⁹ La Ley 3305/2005 regula principalmente el aspecto económico de los acuerdos de maternidad subrogada, concretando el significado de los «gastos razonables» que se pueden abonar a la gestante, entre los que estarían no solo los gastos médicos, sino también una cantidad adicional por días de trabajo perdidos y

gestacional (esto es, el óvulo no puede pertenecer a la propia gestante). Sin que sea preciso que exista relación genética entre los padres de intención y el niño, pero sí debe tener un carácter excepcional o por razones médicas. Por lo que solo pueden hacer uso de esta técnica las mujeres casadas o con pareja de distinto sexo y las solas que no puedan concebir un hijo, llevar a término un embarazo o bien puedan transmitir una enfermedad hereditaria. Tras la Ley 4272/2014 (apdo. 17), la exigencia de que tanto la madre gestante como la madre de intención deban ser residentes en Grecia fue eliminada. En su lugar, se requiere que la persona solicitante o la madre gestante tenga su domicilio o residencia temporal en Grecia. Por lo que se abrió la gestación subrogada a extranjeros, siempre que la gestante sea griega o residente en este país.

Todas las partes que intervienen en el proceso (los padres de intención, la mujer gestante y, en su caso, su marido) deberán suscribir antes de iniciarlo un acuerdo por escrito. Este acuerdo deberá ser autorizado por un juez con anterioridad a cualquier tratamiento de fertilización. La presentación de su solicitud corresponde a la madre intencional, acompañando el acuerdo con el correspondiente informe médico relativo a la incapacidad de la solicitante para gestar y el buen estado de salud físico y mental de la madre subrogada (art. 1458 CC griego)⁶⁰. El juez, antes de aprobar el convenio que se somete a su consideración, examinará el cumplimiento de los requisitos legales y estudiará los documentos presentados.

De acuerdo con el art. 1458 del CC griego, la madre legal del niño se presume que es la mujer comitente que obtuvo la autorización judicial. Si estuviera casada, se presumirán como padres del menor la comitente y su marido. Una vez que ha nacido el bebé, el hospital expedirá el correspondiente certificado de nacimiento, haciendo constar que se trata de un caso de maternidad subrogada y los padres intencionales deberán presentar este certificado ante el correspondiente registro civil, junto con la copia de la resolución judicial que autoriza el procedimiento.

Consiguientemente, lo que diferencia en gran medida el marco normativo griego, y de ahí su interés, es la vinculación del contrato de gestación una vez aprobado

molestias ocasionadas como consecuencia de la inseminación, el embarazo, el parto y el postparto (que no deberán superar los 12.000 euros), y prevé sanciones penales y administrativas cuando se realicen prácticas contrarias a la Ley.

⁶⁰ Antes de iniciar cualquier procedimiento, la futura gestante se ha de someter a pruebas de detección de virus y a una evaluación psicológica exhaustiva, de acuerdo con el art. 13 de la Ley 3305/2005. Asimismo, en la normativa que desarrolla la Ley se dispone que esta última deberá tener entre 25 y 45 años, haber dado a luz al menos a un hijo propio antes y no haber pasado por más de dos cesáreas.

judicialmente y sus efectos en orden a la determinación de la filiación del menor, sin que la mujer gestante pueda cambiar de parecer cuando haya nacido el niño, salvo que haya aportado su propio óvulo (en contra de lo dispuesto en la Ley) y pretenda ejercitar una acción de filiación dentro del plazo de seis meses después de dar a luz⁶¹.

III.1.2. Portugal

Particular atención merece dentro de este primer grupo de países nuestro vecino Portugal, que inicialmente contó con la Ley n.º 25/2016, de 22 de agosto. La misma vino a establecer el marco jurídico regulatorio de la «*gestação de substituição*» en este país, modificando la Ley n.º 32/2006, de 26 de julio, de Procreación Médicamente Asistida (LPMA), siendo concretada y desarrollada por el Decreto reglamentario n.º 6/2017⁶². Sin embargo, dos sentencias del Tribunal Constitucional luso hicieron que en la práctica dicha Ley fuera inaplicable: la sentencia n.º 225/2018, de 24 de abril⁶³ y la sentencia n.º 465/2019, de 18 de septiembre⁶⁴, al declarar inconstitucionales algunos de sus preceptos⁶⁵.

Entre los preceptos declarados inconstitucionales por el TC portugués en la sentencia n.º 225/2018 se encontraba el que no permite a la gestante revocar el consentimiento inicialmente prestado a partir del momento en el que se inician las técnicas de reproducción asistida (arts. 8.7.º y 8.º y 14.4.º LPMA), por vulneración de su derecho al desarrollo de la personalidad, en conexión con el principio de respeto a su dignidad personal y al derecho a conformar su propia familia, cuando eso es lo que ella quiere (FJ 43-46). Otro de los puntos por los que considera inconstitucional el art. 8 LPMA el TC en sus apartados 2.º y 3.º, es la falta de precisión en la Ley del contenido del contrato de gestación por sustitución, dejando muchos aspectos relativos a los

⁶¹ Vid. aquí, Brunet et al. (2013: 277 y ss.); Lamm (2013: 152-153); Zervogianni (2019: 149 y ss.); y Vilar González (2018: 192 y ss.).

⁶² Publicado en el *Diário da República* n.º 146/2017, Série I, pp. 4366-4368, el 31 de julio de 2017. Disponible en: <https://dre.pt/dre/detalhe/decreto-regulamentar/6-2017-107785481> (21.12.2021).

⁶³ Publicada en el *Diário da República*, 1.ª Serie-N.º 87- 7 mayo 2018. Disponible en: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20180225.html> (21.12.2021).

Un análisis en profundidad de esta sentencia puede verse en Gómez Fernández (2020: 1-40); Lazcoz Moratinos (2018: 137-151); y Vela Sánchez (2018, a y b).

⁶⁴ Publicada en el *Diário da República*, 1.ª Serie-N.º 201- 10 octubre 2019. Disponible en: <https://dre.pt/home/-/dre/125468550/details/maximized> (21.12.2021).

⁶⁵ Como señala Lazcoz Moratinos (2018: 145), en el momento de la publicación de la primera sentencia del TC, tan solo dos contratos habían sido autorizados por el Consejo Nacional de Procreación Médicamente Asistida desde la entrada en vigor de la norma, de los cuales uno no se había iniciado y en el segundo la mujer no quedó embarazada.

derechos y obligaciones de las partes a su desarrollo reglamentario. Esta indeterminación, a juicio de este Alto Tribunal, es incompatible con la exigencia de precisión o determinación legal que emana del principio del Estado democrático de Derecho (FJ 51-53). Por último, también considera inconstitucional el precepto que prevé una obligación de secreto absoluto en relación con la identidad de los donantes de gametos o embriones y con la mujer gestante (art. 15.1.º y 4.º LPMA), por ser contrario al derecho a la identidad personal y al libre desarrollo de la personalidad del nacido por estas técnicas (FJ 54-80). Por todo ello, insta al legislador a que establezca un régimen constitucionalmente adecuado para estos contratos.

La Ley n.º 48/2019, de 8 de julio, sobre el régimen de confidencialidad en las técnicas de reproducción asistida⁶⁶, fue la primera respuesta del legislador del país vecino a la inconstitucionalidad parcial del art. 15 LPMA, pero las cuestiones que afectan al consentimiento de la mujer gestante no fueron abordadas en él. Sí que pretendió hacerlo el Decreto n.º 383/XIII de la Asamblea de la República, dando una nueva redacción al art. 8 LPMA para adaptarlo a las exigencias del Tribunal Constitucional. Pero, sometido a un control previo de constitucionalidad por parte del Presidente de la República, la STC n.º 465/2019, de 18 de septiembre, volvió a reiterar la inconstitucionalidad del nuevo texto propuesto, al no garantizar la posibilidad de revocar el consentimiento de la mujer gestante más allá del inicio del tratamiento de fecundación asistida.

Para superar las inconstitucionalidades que contenía la Ley n.º 25/2016, recientemente ha sido aprobada *in extremis* (antes de las elecciones portuguesas) la Ley n.º 90/2021, de 16 de diciembre, que modifica una vez más la LPMA⁶⁷. La nueva norma ha introducido ciertos cambios respecto a la anterior regulación contenida en la Ley n.º 25/2016, para dar cumplimiento a las sentencias del TC, mientras que en otros aspectos no ha habido variación alguna.

En cuanto a estos últimos, la nueva disposición legal mantiene el modelo portugués de gestación por sustitución que establecía en sus líneas básicas la Ley n.º 25/2016 (esto es, gratuito, de carácter subsidiario y excepcional, formalizado en un contrato previamente autorizado y que presupone el consentimiento de los interesados); y que el TC luso había apreciado constitucional (STC n.º 225/2018 FJ 9), al considerarlo una

⁶⁶ Publicada en *Diário da República*, n.º 128/2019, Serie I, N.º 48, 8 julio 2019. Disponible en: <https://dre.pt/home/-/dre/122996204/details/maximized> (21.12.2021).

⁶⁷ Vid. la Ley n.º 90/2021 en el *Diário da República* n.º 242/2021, Série I, pp. 13-16, el 16 de diciembre de 2021. Disponible en: <https://dre.pt/dre/detalhe/lei/90-2021-175983728> (21.12.2021).

opción del legislador que favorece bienes constitucionalmente protegidos, como el derecho a constituir una familia, sin que viole *per se* la dignidad de la mujer gestante (FJ 23-30), ni del nacido por este procedimiento (FJ 31-33).

El carácter subsidiario y excepcional de la gestación por sustitución en Portugal se debe a que solo se podrá acudir a esta técnica «en los casos de ausencia de útero, de lesión o enfermedad de este órgano u otra situación clínica que impida de forma absoluta y definitiva la gestación de la mujer» (art. 8.2 LPMA). En otras palabras, tiene como finalidad principal remediar la imposibilidad de procrear de una mujer, que podrá acudir a la gestación por sustitución sola o con su pareja.

Además, debe ser de forma gratuita (art. 8.2.º LPMA), salvo los gastos derivados del seguimiento sanitario (art. 8.7.º -anterior n.º 5-LPMA). Para tratar de evitar un aprovechamiento de la situación en la que se pueda encontrar la gestante, se prohíbe la celebración de acuerdos de gestación por sustitución en el caso de que exista una relación de subordinación económica (principalmente de naturaleza laboral o de prestación de servicios) entre las partes (art. 8.8.º -anterior n.º 6- LPMA). Otro aspecto que exige la Ley es que se realice la fecundación con al menos uno de los gametos de la pareja beneficiaria, sin que la gestante pueda aportar su propio óvulo (art. 8.4.º -antes 3.º- LPMA).

Por último, hay que tener en cuenta que antes de iniciar cualquier procedimiento los acuerdos de gestación precisan la previa autorización del Consejo Nacional de Procreación Médicamente Asistida (CNPMA), entidad supervisora de todo el proceso, que contará con la opinión del Colegio de Médicos y, con la nueva Ley además, con la opinión del Colegio de Psicólogos (art. 8.5.º -antes n.º 4.º- LPMA).

Dentro de las novedades más destacadas de la Ley n.º 90/2021, se encuentra la posibilidad de revocar el consentimiento por parte de la gestante hasta la inscripción del niño (arts. 8.10.º y 14.5.º LPMA). De acuerdo con la legislación portuguesa, esta revocación se debería producir dentro de los 20 días después del alumbramiento, plazo máximo para la inscripción de los nacimientos, lo que contrasta con el plazo del que dispone la mujer que ha dado a luz para renunciar a los derechos derivados de la filiación del hijo en orden a su adopción, que es el de seis semanas.

Quizás la razón de ello haya que encontrarla en la circunstancia de que, al igual que ocurría con la anterior regulación, permanece la consideración de que el hijo nacido por

gestación por sustitución es hijo de los padres intencionales (art. 8.9.º -anterior n.º 7-LPMA), a pesar de lo dispuesto en el art. 1796 del CC portugués que determina la filiación materna por el hecho del nacimiento. Una cuestión que no queda clara en la nueva norma legal es si en el certificado de nacimiento deberá aparecer la identidad de la madre gestante cuando ésta no revoca su consentimiento inicial. Por lo que deja en el aire uno de los puntos que el TC exigía que aclarara una ley respetuosa con los derechos de la gestante y del niño fruto de estos contratos.

Uno de los aspectos que ha querido implementar el legislador portugués en la nueva norma legal, dando cumplimiento al mandato de su Tribunal Constitucional, es el contenido del contrato de gestación por sustitución. De esta forma, se prevé el establecimiento de un formulario disponible en la página web del CNPMA, elaborado por este organismo, donde aparecerán identificadas las partes del contrato, la aceptación de las condiciones, la documentación médica y la declaración del director del centro de reproducción asistida en el que se llevarán a cabo estas técnicas aceptando su práctica (art. 8.6.º LPMA). En la nueva redacción del apartado 13 del art. 8 se concretan de forma detallada los derechos y obligaciones de las partes del contrato (que deberá ser escrito y con suministro de información completa y adecuada), elevando a rango legal buena parte del contenido del anterior Decreto n.º 6/2017⁶⁸.

Se añade, además, a la LPMA el art. 13-A y 13-B. El primero de ellos recoge los derechos de la gestante de sustitución, entre los que se encuentra estar correctamente informada de las implicaciones médicas, psicológicas, sociales y jurídicas que derivan del contrato, recibir asesoramiento psicológico antes, durante y después del alumbramiento, gozando, además, de todos los derechos (de naturaleza social, laboral o de cualquier otra índole) que pueda tener cualquier mujer que haya dado a luz. Por el contrario, se establecen como obligaciones a su cargo, facilitar la información que solicite el equipo médico que lleve a cabo la transferencia de embriones y el médico que siga el

⁶⁸ Entre ellas, según los distintos apartados del art. 13 LPMA, deberán figurar las obligaciones de la gestante sobre el cumplimiento de las pautas médicas; su derecho a participar en las decisiones relativas a la elección de ginecólogo, tipo de parto, lugar del mismo; a recibir asesoramiento psicológico (antes, durante y después del alumbramiento); la posibilidad de negarse a someterse a determinadas pruebas diagnósticas (como la amniocentesis) o poder viajar en determinados medios de transporte o fuera del país durante el tercer trimestre del embarazo; las disposiciones que deban observarse en caso de que se produzcan complicaciones de salud durante el embarazo (tanto para el feto como para la madre) y de interrupción voluntaria del embarazo; la posibilidad de rescindir el contrato por cualquiera de las partes en caso de un determinado número de intentos infructuosos de embarazo y sus condiciones; las condiciones de revocación del consentimiento o del contrato de conformidad con la nueva Ley; los gastos médicos; los seguros y la forma de resolución de conflictos.

embarazo, observar los cuidados normales de su condición de embarazada e informar a los beneficiarios de cualquier cambio de salud que pueda comprometer la viabilidad del embarazo (art. 13.º-B).

Todavía es pronto para saber el recorrido de esta nueva Ley, que está previsto entre en vigor al mes siguiente de su publicación. Pero a diferencia de la anterior, aclara que la misma solo resultará aplicable a los portugueses y a los extranjeros con residencia permanente en Portugal (art. 2 LPMA)⁶⁹.

III.1.3. *Ucrania*

Este país es, hasta su invasión por Rusia, uno de los destinos preferidos de los españoles para tener un hijo por medio de gestación subrogada. No solo por lo económico que resulta en relación con otros (como EEUU)⁷⁰, sino también por las garantías que su ordenamiento ofrece a los padres comitentes a la hora de poder determinar a su favor la filiación del niño nacido por este procedimiento.

Así, el art. 123.2 del Código de Familia de Ucrania (CFam.) considera expresamente que «si un embrión concebido con gametos de los cónyuges (un hombre y una mujer) mediante el uso de técnicas de reproducción asistida fuera transferido al cuerpo de otra mujer, aquellos serán considerados los padres del menor». Sin que la mujer gestante tenga derecho a reclamar la maternidad [de acuerdo con el art. 139 (2) CFam.], si se cumplen los requisitos para la validez del acuerdo⁷¹. Aunque la legislación ucraniana guarda silencio sobre la modalidad comercial de este tipo de contratos, la misma está admitida en virtud del principio de autonomía de la voluntad que consagra su Código civil [arts. 6(1) y 627(1)].

⁶⁹ Nótese que la Ley 25/2016, al no hacer mención explícita a los no residentes o no ciudadanos, no limitaba la celebración de los acuerdos de gestación por sustitución a los nacionales portugueses. Esto implicaba, en línea de principios, como reconoció la presidenta de la Asociación portuguesa de Fertilidad, Cláudia Viera, que «a efectos prácticos cualquier persona que cumpla con los requisitos médicos establecidos por la legislación puede acceder a la gestación subrogada». Noticia disponible en: https://www.lasexta.com/noticias/sociedad/espanoles-pueden-acceder-gestacion-subrogada-portugal_201708025981ba560cf24fa9890fc1b4.html. (21.12.2021). Lo cual podía haber tenido un importante efecto llamada, sobre todo de españoles, por la proximidad entre ambos países.

⁷⁰ De acuerdo con lo publicitado en la página web <https://www.gestlifesurrogacy.com/legislacion-en-ucrania-de-la-gestacion-subrogada.php> (21.12.2021), su precio oscila entre los 50.000-60.000 euros, frente a otros destinos como EEUU, donde ascendería a 120.000 o 150.000 euros, dependiendo del Estado.

⁷¹ Druzenko (2013: 358).

Los acuerdos de maternidad subrogada los pueden concertar tanto nacionales como extranjeros⁷². Los padres de intención deben ser un matrimonio heterosexual (art.123.2 CFam.), donde la mujer tenga un motivo médico que le impida concebir un hijo o llevar a término un embarazo. Los gametos utilizados para la fecundación *in vitro* serán del padre comitente y el óvulo de la madre de intención o de una donante, sin que la gestante pueda aportarlos (por lo que no es posible la subrogación tradicional)⁷³.

Conforme a la Orden n.º 787 de 9 de septiembre de 2013, relativa al procedimiento del uso de técnicas de reproducción asistida del Ministerio de la Salud de Ucrania, la mujer que está dispuesta a gestar para otros⁷⁴, y en su caso el marido de esta, deben firmar antes de la transferencia embrionaria un contrato ante notario, en el que manifiesten su consentimiento para la participación en el proceso de reproducción asistida y la renuncia a los derechos de filiación que les pudieran corresponder a favor de los padres comitentes. Estos, por su parte, se comprometen a pagar todos los gastos relacionados con el embarazo y el parto, además de compensar a la mujer gestante inmediatamente después de la inscripción de la filiación.

Por lo demás, la legislación ucraniana no contiene condiciones especiales en cuanto a derechos, obligaciones o causas de extinción del contrato gestacional, dejándolo a la autonomía de las partes (arts. 2.1 y 627 del CC ucraniano). El notario garantiza el hecho y el contenido del contrato, dando fe de que se ha adoptado de manera libre y voluntaria, tanto por la mujer que está dispuesta a gestar para otros como por los que quieren convertirse en padres.

La gestante tendrá derecho a desistir del contrato hasta que se realice la transferencia embrionaria. En este caso, los padres intencionales se harán cargo de los costes y gastos derivados de la gestación hasta esa fecha⁷⁵.

⁷² Su regulación está contenida en el Código de Familia ucraniano; Ley sobre el registro estatal de los actos de estado civil n.º 2398-VI de 1 de julio de 2010; el Reglamento del registro estatal de los actos de estado civil n.º 52/5 de 18 de octubre de 2000, que regula el procedimiento del registro de los niños nacidos con base en el acuerdo sobre la maternidad subrogada; la Orden del Ministerio de Sanidad de Ucrania n.º 771, de 22 de diciembre de 2008, que aprueba la Instrucción de aplicación de las tecnologías de reproducción asistida; y la Orden n.º 787, de 9 de octubre de 2013, relativa al procedimiento del uso de técnicas de reproducción asistida aprobado por el Ministerio de Salud.

⁷³ Druzenko (2013: 360-361); y Lamm (2013: 176-177).

⁷⁴ Deberá ser mayor de edad, haber dado a luz con anterioridad un hijo propio y sano, y tener acreditada una aptitud física y psíquica para gestar, como señala Flores Rodríguez (2019: 8).

⁷⁵ Reyes López (2019: 163).

Para que los comitentes puedan ser inscritos como padres legales en el Registro ucraniano correspondiente, será necesario que al menos uno de ellos haya aportado su propio material genético (como se desprende del art. 123.2 del Código de familia)⁷⁶. Tras el nacimiento del niño, se entregará un certificado con la filiación determinada a favor del padre biológico y de la madre gestante. Las normas relativas al Registro Civil en Ucrania (Orden n.º 52/5 de 18 de octubre de 2000) establecen, además, que esta última debe dar su consentimiento ante notario después del alumbramiento para que los padres intencionales se puedan registrar como padres legales del menor.

En caso de que la gestante se negara a ello, los comitentes deberán acudir a los tribunales con el fin de que estos ordenen la inscripción a su favor. Dado que las disposiciones del Código de Familia prevalecen sobre cualquier norma administrativa (y el art. 123.2 considera como padres a los comitentes cuando se utilizan sus gametos), el resultado de dicha acción sería claramente favorable para estos últimos⁷⁷. No obstante, lo más habitual es que la mujer gestante otorgue su consentimiento notarialmente, por lo que los padres intencionales solo precisarán en este caso acudir al registro con el certificado de nacimiento del niño y este documento notarial para registrar la filiación del menor a su favor cuando son padres biológicos, sin que aparezcan los datos de la madre gestante⁷⁸.

La ausencia de una resolución judicial en estos procesos en Ucrania, complica la situación de los padres comitentes cuando regresan a España y pretenden su reconocimiento, conforme a la Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010, ratificada por la posterior Instrucción de este mismo Centro Directivo de 18 de febrero de 2019, según hemos indicado en anteriores líneas.

III.1.4. Estado de California (EEUU)

Si atendemos a lo que ocurre en Estados Unidos, uno de los focos de los contratos de maternidad subrogada, vemos que no cuenta con una ley federal que la contemple para sus distintos estados, sino que cada uno de ellos ha establecido su propia regulación (o simplemente no ha legislado), mientras que otros lo han hecho para prohibirla.

⁷⁶ Fernández Echegaray (2020: 178) también señala que, a estos efectos, el Reglamento del Registro Civil de Ucrania de 18 de octubre de 2000 requiere a los padres presentar un certificado que demuestre que hubo aportación genética.

⁷⁷ Druzenko (2013: 358).

⁷⁸ Flores Rodríguez (2019: 8).

En el estado de California, que es donde nos centraremos, la gestación subrogada está regulada en su *Family Code* [Secc. 7960 a 7962, modificadas en diversos años desde 2013]⁷⁹; y ampliamente permitida en sus diversas modalidades [altruista y comercial, tradicional (el óvulo puede ser de la gestante) y gestacional (la mujer gestante no aporta los óvulos)], dejando acceder a este procedimiento a toda persona, independientemente de su edad, sexo, nacionalidad, grado de infertilidad, estado civil u orientación sexual⁸⁰.

Así, conforme a las Secc. 7960 a 7962 del Código de Familia californiano, antes de suscribir el contrato de gestación, las partes han debido recibir asesoramiento legal independiente y una vez formalizado este contrato ante notario o atestiguado por un método equivalente, se podrá comenzar con el tratamiento de fecundación. La relación paterno-filial entre los comitentes y el niño fruto del acuerdo de subrogación gestacional se podrá establecer a favor de estos por un tribunal, antes o después de su nacimiento, presentando la solicitud correspondiente [Secc. 7630 (f) y 7962 (d)]. Esta sentencia se emitirá inmediatamente y sin más audiencia y pruebas que el acuerdo gestacional, cuya validez se presume [Secc.7962 (i)], a menos que una de las partes o el propio tribunal crea que no se han cumplido con las formalidades legales, en cuyo caso el órgano judicial podrá oír a las partes antes de dictar sentencia. Una vez que los padres comitentes han completado el proceso de confirmación de la relación paterno-filial, aparecerán en el certificado de nacimiento del niño como sus padres legales⁸¹.

Este amplio reconocimiento legal y la eficacia de los contratos de gestación subrogada son una consecuencia de la línea jurisprudencial marcada con anterioridad por sus tribunales⁸². Entre ellos destacan el caso *Johnson v. Calvert* (del Tribunal Supremo de California)⁸³, y el *In re Marriage of Buzzanca* (del Tribunal de Apelación de

79

Disponible

en:

<https://leginfo.ca.gov/faces/codesTOCSelected.xhtml?tocCode=FAM&tocTitle=+Family+Code+-+FAM> (21.12.2021). Estas secciones han sido modificadas en diversos años desde 2013, que es cuando se estableció el nuevo régimen del contrato de gestación subrogada y sus efectos.

⁸⁰ Vilar González (2018: 222).

Con respecto a los requisitos personales que deberían tener las partes que quieren concertar un contrato de gestación subrogada, nada establece expresamente el Código de Familia californiano. Aunque existen una serie de disposiciones generales en la Ley Uniforme de Parentalidad [*The Uniform Parentage Act* (2002)] y unas recomendaciones de la Sociedad Americana para la Medicina Reproductiva y la Sociedad de Reproducción asistida (2015, actualizadas en 2017), *Recommendations for practices utilizing gestational carriers: a committee opinion*. DOI: <https://doi.org/10.1016/j.fertnstert.2016.11.007> (21.12.2021).

⁸¹ Cahn y Carbone (2019: 323-326).

⁸² *Vid.* una recopilación de estos casos en Reyes López (2019: 136-140); y Vilar González (2018: 230-234).

⁸³ *Johnson V. Calvert*, 5 Cal. 4th 84, 19 Cal. Rpt. 2d 494, 851 P.2d 776 (1993). En este caso, el matrimonio Calvert había suscrito en 1990 un contrato de gestación con A. Johnson (enfermera diplomada), por la que esta se comprometía a gestar un niño con gametos de los padres de intención. La cuestión se centró en la determinación de la filiación materna, reclamada por la gestante. El Tribunal Supremo californiano terminó

California)⁸⁴, que mantuvieron la fuerza vinculante del acuerdo gestacional y la intención de ser padres de los comitentes como criterios para atribuir la relación paterno-filial, por encima del hecho de haber dado a luz (en el primer caso) o la ausencia de relación genética (en el segundo).

De dichos casos y de la regulación legal sobre la materia resulta que California es la jurisdicción estudiada donde la obligación de entregar al niño por la mujer gestante es incondicionalmente exigible, una vez que el contrato ha sido firmado y validado⁸⁵.

La regulación californiana no prevé, por tanto, que el acuerdo pueda ser revocable o que la mujer gestante tenga un periodo de reflexión después del nacimiento del bebé. Por lo que California es uno de los destinos preferidos de los padres de intención, junto a Illinois, Arkansas o New Hampshire en los EEUU. Solo en los casos de maternidad subrogada tradicional, la Ley Uniforme de Parentalidad [*The Uniform Parentage Act* (2002) Secc. 814] permite a la madre gestante poder retirar su consentimiento del acuerdo hasta 72 horas después del nacimiento. De manera que la única alternativa que le quedaría a la mujer gestante en California, si no quiere dar al niño o ejecutar alguna de las cláusulas abortivas que puedan figurar en el contrato, es huir a otro estado donde no se permita la gestación subrogada⁸⁶.

III.2. Países donde la filiación del menor se determina *ex post facto*

En el segundo grupo de países a los que hacíamos referencia en anteriores líneas, donde se encontrarían Reino Unido, Australia, Canadá e Israel, la filiación legal del niño a favor de los padres comitentes como resultado del acuerdo gestacional se determina después de su nacimiento. Generalmente por decisión judicial, tras el periodo legalmente establecido y previa solicitud de los padres de intención, si no existe oposición por parte de la madre gestante, que debe renunciar a ejercer los derechos derivados de la filiación del menor.

concluyendo que, aunque las dos mujeres podían ser declaradas legalmente madres del menor conforme a la legislación de este Estado, había que priorizar a la que tuvo la intención de serlo.

⁸⁴ *In re Marriage of Buzzanca*, 72 Cal. Rpt. 2d 280 (1998). Los hechos del litigio principian cuando el matrimonio Buzzanca decide tener un hijo por gestación subrogada con gametos de donante. Poco antes de que la gestante diera a luz, el matrimonio decide divorciarse y el Sr. Buzzanca pretende eludir su responsabilidad como padre. El Tribunal de apelación, revocando la sentencia de instancia, consideró que los Buzzanca debían ser considerados padres legales de la menor, pues su situación era análoga a los nacidos por técnicas de reproducción asistida si él hubiera consentido una inseminación artificial de su mujer.

⁸⁵ Fenton-Glynn y Scherpe (2019: 526); y Jones (2019: 597).

⁸⁶ Jones (2019: 600).

III.2.1. Reino Unido

En el Reino Unido, aunque la gestación subrogada es legal y está permitida [estando regulada en *The Surrogacy Arrangements Act* (1985) -que prohíbe los acuerdos comerciales de subrogación- y *The Human Fertilisation and Embryology Act* (HFEA) (2008)]⁸⁷, los acuerdos gestacionales no son vinculantes para las partes⁸⁸. Se considera que la mujer gestante es la madre legal del niño a todos los efectos, aunque no tenga ninguna vinculación genética con el menor, pudiendo conservar los derechos legales sobre su bebé después del alumbramiento, si eso es lo que quiere [Secc. 33 (1) HFEA]. Si estuviera casada, su marido será considerado el padre legal del niño, a menos que pueda demostrarse que no dio su consentimiento para el acuerdo de gestación. Si no está casada ni en unión de hecho, el comitente que aportó el semen será considerado el padre del menor, sin que se precise el consentimiento de la gestante⁸⁹.

La determinación de la filiación a favor de los padres intencionales se producirá por dos vías: (i) Bien mediante un procedimiento judicial de solicitud de una orden de parentalidad (*parental order*), cuya finalidad principal es comprobar que el consentimiento de la mujer gestante (y en su caso de su marido) se han otorgado de forma libre y plena, y que no ha recibido remuneración alguna más allá de los gastos razonables que se hubieran producido, pudiéndose iniciar este procedimiento solo cuando al menos uno de los padres intencionales aporta su propio material genético y han pasado más de 6 semanas desde el nacimiento y menos de los seis meses (conforme a la Secc. 54 HFEA)⁹⁰; (ii) O bien solicitar la adopción del menor, si no se cumplen los requisitos para la orden parental (en particular, cuando ninguno de los padres intencionales hubiera aportado sus gametos)⁹¹.

A pesar de esta estricta regulación, en la práctica estos requisitos se han ido atemperando por los tribunales ingleses, reconociendo órdenes de parentalidad cuando no

⁸⁷ Otras normas a tener en cuenta son: *Adoption and Children Act* 2002 y *The Human Fertilisation and Embryology (Parental Order) Regulations* 2010.

⁸⁸ Art. 1A *Surrogacy Arrangements Act* (1985).

⁸⁹ Lamm (2013: 132).

⁹⁰ Otros requisitos, según el art. 54 HFEA, es que el menor esté viviendo con los padres comitentes, domiciliados en UK, que la maternidad no haya sido comercial y que el padre legal del menor (marido o pareja de la madre) consienta libre e incondicionalmente en la emisión de la orden parental que conlleva su renuncia a la filiación del menor. *Vid.* aquí, Fenton-Glynn (2019: 125 y ss.), quien opina que este sistema es disfuncional en la práctica, aunque los jueces, con su interpretación de la ley, han mitigado el rigor de la ley (p. 133).

En octubre de 2018 se modificó la HFEA, permitiendo las solicitudes de órdenes parentales por parte de solicitantes monoparentales.

⁹¹ *Vid.* Vilar González (2018: 212-215); y Fernández Echegaray (2019: 154-155).

se cumplen todas las condiciones señaladas por la ley. Entre ellas, haberla solicitado fuera del plazo de los seis meses⁹², que los solicitantes ya no convivan juntos en el momento de la solicitud o uno de ellos haya fallecido⁹³; o incluso en casos de gestación subrogada comercial, a pesar de que en Reino Unido este tipo de gestación debe ser altruista y la ley solo autoriza el pago de los gastos razonables⁹⁴. Para este reconocimiento el Tribunal atiende a la intención inequívoca de crear y mantener una familia por parte de los padres intencionales, contar con las condiciones para ello, los vínculos biológicos que puedan tener con el niño y, sobre todo, al interés superior del menor y el respeto a su vida familiar⁹⁵.

En suma, la orden de parentalidad en el sistema inglés es el medio por el que la paternidad legal pasa de la madre subrogada a los padres comitentes. Hasta que el consentimiento de la gestante (y el de su cónyuge o pareja de hecho) quede plasmado en dicha orden [conforme a la Secc. 54(6) HFEA], el acuerdo de subrogación con los futuros padres es un acuerdo que no tiene efectos vinculantes. De manera que los padres intencionales no tienen ningún recurso legal para demandar la filiación del menor si la madre gestante cambia de opinión. Esta última y su cónyuge serán los que inicialmente deban inscribirse como padres del bebé (en el plazo de 42 días). Solo una vez que se dicte la orden de parentalidad, el menor tendrá el nombre elegido por los padres intencionales y su reconocimiento como sus padres legales.

La solicitud de una orden de parentalidad puede tardar hasta un año en Reino Unido, por lo que, hasta entonces, aunque el niño viva con los padres intencionales [art. 54(4)a HFEA], la madre legal seguirá siendo la que le ha dado a luz, lo que puede generar conflictos y problemas a la hora de tomar decisiones sobre el cuidado del menor.

Debido a las incertidumbres que puede causar este sistema a la parte comitente y a lo complicado que en ocasiones resulta el reconocimiento judicial de la filiación a su favor, existen ya varias iniciativas en Reino Unido para la modificación de la legislación actual. Una de las principales propuestas va en la línea de que no sea necesario presentar

⁹² A (Surrogacy: s.54 Criteria) [2020] EWHC 1426 (Fam). Disponible en: <https://www.familylawweek.co.uk/site.aspx?i=ed211750> (21.12.2021); y Re X (A Child) (Surrogacy: Time Limit) [2014] EWHC 3135 (Fam).

⁹³ A v. P (Surrogacy; Parental Order: Death of Applicant) [2011] EWHC 1738 (Fam); y Re X [2020] EWFC 39.

⁹⁴ Re F & M (Children) (Thai Surrogacy) (Enduring family relationship) [2016] EWHC 1594 (Fam).

⁹⁵ Fenton-Glynn (2019: 133).

la solicitud de parentalidad al tribunal, sino que todo el proceso se limite a un mero trámite administrativo, donde los padres legales sean los padres comitentes desde el nacimiento del niño, con el derecho de la gestante a poder oponerse durante un periodo determinado, manteniendo solo la vía judicial para los casos de conflicto⁹⁶.

III.2.2. Australia

La regulación de la maternidad subrogada en Australia es diferente en cada estado sin que exista una única legislación nacional, aunque en la mayor parte de su territorio esta práctica es legal. Así, tienen regulación el Territorio de la Capital Australiana [(ACT) *The Parentage Act 2004*]⁹⁷, el estado de Nueva Gales del Sur [(NSW) *The Surrogacy Act 2010*]⁹⁸, Queensland [(QLD) *The Surrogacy Act 2010*]⁹⁹, Victoria [(VIC) *Assisted Reproductive Treatment Act 2008*]¹⁰⁰, Australia Occidental [(WA), *The Surrogacy Act 2008*]¹⁰¹, Australia Meridional [(SA) *The Family Relationships Act 1975*]¹⁰² y Tasmania (*The Surrogacy Act 2012*)¹⁰³. El Territorio Norte de Australia es la única jurisdicción donde no hay una regulación sobre la gestación subrogada, lo que implica que estos acuerdos son ilegales.

A pesar de esta diversidad legal, existen puntos comunes. En primer lugar, no se permite la gestación subrogada comercial, solo la altruista con el abono de los gastos razonables¹⁰⁴. La gestación subrogada comercial es considerada ilegal en todos los

⁹⁶ Vid. aquí: <https://www.lawcom.gov.au/surrogacy-reforms-to-improve-the-law-for-all/y> <https://www.familylawweek.co.uk/site.aspx?i=ed202278> (21.12.2021).

⁹⁷ Disponible en: <https://www.legislation.act.gov.au/a/2004-1> (21.12.2021).

⁹⁸ Disponible en: <https://legislation.nsw.gov.au/view/pdf/asmade/act-2010-102> (21.12.2021).

⁹⁹ Disponible en: <https://www.legislation.qld.gov.au/view/pdf/2016-03-22/act-2010-002> y las modificaciones recientes en: <https://www.legislation.qld.gov.au/view/whole/html/inforce/current/act-2010-002> (21.12.2021).

¹⁰⁰ Disponible en: <https://www.legislation.vic.gov.au/in-force/acts/assisted-reproductive-treatment-act-2008/024> (21.12.2021).

¹⁰¹ Disponible en: [https://www.legislation.wa.gov.au/legislation/prod/filestore.nsf/FileURL/mrdoc_14284.pdf/\\$FILE/Surrogacy%20Act%202008%20-%20%5B00-b0-08%5D.pdf?OpenElement](https://www.legislation.wa.gov.au/legislation/prod/filestore.nsf/FileURL/mrdoc_14284.pdf/$FILE/Surrogacy%20Act%202008%20-%20%5B00-b0-08%5D.pdf?OpenElement) (21.12.2021), con sus modificaciones recientes.

¹⁰² Disponible en: <https://www.legislation.sa.gov.au/lz/path=%2FC%2FA%2FFAMILY%20RELATIONSHIPS%20ACT%201975> (21.12.2021).

¹⁰³ Disponible en: <https://www.legislation.tas.gov.au/view/whole/html/inforce/current/act-2012-034> (21.12.2021).

¹⁰⁴ Los diferentes Estados establecen una lista precisa de todos los costes reembolsables, donde incluyen el tratamiento médico de fertilización, los del embarazo y parto, así como los relacionados con la celebración del acuerdo gestacional y la declaración posterior de parentalidad. Todos los costes deberán de ser reales y justificados (véase en particular *The Surrogacy Act 2010, NSW*, Sec. 7).

estados y existe una estricta prohibición de realizar actos de publicidad en busca de mujeres gestantes o padres intencionales¹⁰⁵.

En segundo lugar, en la mayor parte de los estados (NSW, QLD, VIC, WA y SA) los padres comitentes deben verificar que son infértiles y tendrán que residir dentro del término jurisdiccional donde se realiza el tratamiento y se solicita la orden parental (a excepción de QLD). En cuanto al requisito de tener que formar una pareja, un matrimonio o simplemente si pueden ser personas solas las que accedan a esta técnica, es diferente en cada estado. En Nueva Gales del Sur (NSW) y Queensland (QLD) pueden ser parte comitente personas solas y parejas homosexuales, en cambio en Australia Occidental (WA) no¹⁰⁶.

En tercer y último lugar, hay que destacar que se sigue un modelo similar al implantando en Reino Unido (a excepción de VIC y WA), por cuanto el acuerdo gestacional no tiene carácter vinculante (aunque se celebre por escrito y en presencia de un abogado) y no es exigible. Solo lo es para reembolsar a la mujer gestante los gastos razonables derivados de la subrogación¹⁰⁷. De manera que cuando nace el bebé se considera que la mujer que ha dado a luz es su madre legal (y su esposo o pareja y ella figurarán como sus padres en el registro del estado donde nace el niño), aunque el bebé no sea genéticamente suyo¹⁰⁸.

La determinación de la filiación a favor de los padres comitentes se producirá a través de la correspondiente orden judicial de parentalidad, que deberá ser solicitada entre las seis semanas y los seis meses desde el nacimiento y la decidirá un Tribunal (*Children Court*)¹⁰⁹. La orden parental se dictará en interés del menor y comprobando el cumplimiento de todos los requisitos legales y que la gestante ha otorgado su

¹⁰⁵ Keyes (2019: 87 y 103). Esta última autora critica el carácter altruista de la regulación australiana y la prohibición de publicidad en ese país. Aunque desde diversas instancias se aboga por la implementación del sistema altruista ya existente, es un hecho que los australianos celebran contratos internacionales en otros países y en estos casos no existe un verdadero control por parte de las autoridades de ese país, ni sobre los padres comitentes ni de la posible explotación a la mujer gestante, por lo que su legislación resulta «inefectiva», según dicha autora.

¹⁰⁶ Fernández Echegaray (2019: 167).

¹⁰⁷ Secc. 7 (3) *Surrogacy Act* (2008) de Australia Occidental (WA). En otros estados, como, por ejemplo, Nueva Gales del Sur, estos gastos solo se pueden reclamar si el acuerdo se ha realizado antes de la concepción [*Surrogacy Act 2010*, s. 6(2)], pues en este estado es posible que el contrato se formalice con posterioridad al tratamiento [*Surrogacy Act 2010* s. 5 (b)].

¹⁰⁸ Keyes (2019: 91-92).

¹⁰⁹ Para mayor detalle *vid.* Fernández Echegaray (2019: 165-168); y Keyes (2019: 91-94).

consentimiento de forma libre y con plena comprensión de la situación¹¹⁰. Esta circunstancia implica que, aunque existan acuerdos entre las partes sobre el embarazo y el parto, la madre subrogada es la que puede tomar decisiones sobre su propio cuerpo y, además, es la que debe prestar su consentimiento para renunciar a la filiación del menor.

III.2.3. Canadá

La Ley de Reproducción Humana Asistida [*Assisted Human Reproduction Act* 2004 (AHRA)]¹¹¹, de aplicación en principio para todo Canadá, permite la gestación subrogada¹¹². Quebec es el único territorio que, en virtud de su autonomía legislativa, no permite este tipo de acuerdos y el art. 541 de su CC los declara nulos de pleno derecho¹¹³.

El art. 6 AHRA admite la gestación altruista y prohíbe recibir contraprestación por ello a la madre gestante, salvo los gastos directamente relacionados con el embarazo y el parto¹¹⁴. También prohíbe que aquella anuncie sus «servicios» o bien que la parte interesada los solicite de forma pública (art. 7 AHRA). Pueden ser padres de intención parejas, matrimonios heterosexuales y del mismo sexo, así como hombres o mujeres en solitario, tanto si son ciudadanos canadienses, como extranjeros¹¹⁵.

La cuestión de la validez de los contratos de gestación por sustitución y las consecuencias en torno a la filiación del niño dependen de la legislación provincial que se aplique¹¹⁶. En la provincia canadiense de Ontario, que es en la que nos centraremos, de acuerdo con el *Children's Law Reform Act*¹¹⁷ (modificado en 2016)¹¹⁸, el concepto de

¹¹⁰ Keyes (2019: 97-98).

¹¹¹ Disponible en: <https://laws-lois.justice.gc.ca/PDF/A-13.4.pdf> (21.12.2021).

¹¹² Así, el art. 3 AHRA se refiere a la «madre subrogada» como la persona de sexo femenino que gesta un embrión o feto concebido mediante un procedimiento de reproducción asistida con gametos de uno o más donantes con la intención de entregarlo al nacer al donante o a otra persona.

¹¹³ Fernández Echegaray (2019: 174).

¹¹⁴ Entre los gastos razonables que tiene derecho la gestante, según el desarrollo reglamentario que ha hecho de estos gastos Canadá [concretando la Secc.12 (1) de su Ley de Reproducción Humana Asistida], disponible en: <https://laws-lois.justice.gc.ca/eng/regulations/SOR-2019-193/page-1.html#h-1141415> (21.12.2021), se encontrarían, aparte de los derivados de la fecundación artificial: los gastos médicos y legales (incluidos los gastos por asesoramiento independiente), las primas de una póliza de seguro de salud y de vida, los gastos de comunicación (teléfono, internet), de viaje, desplazamientos y alojamientos, gastos especiales por el cuidado de personas o animales que estén a cargo de la mujer gestante, ropa premamá, medicamentos, vitaminas y los generados por dietas especiales que deba llevar la gestante, así como las clases de preparación al parto. Entre los conceptos indemnizables se encuentran también las pérdidas salariales justificadas [Secc.12 (3)]. A través del detalle de estos gastos, se evitan problemas a la hora de distinguir cuándo ha habido compensación y cuándo estamos ante una verdadera retribución.

¹¹⁵ Reyes López (2019: 133).

¹¹⁶ Lamm (2013: 149).

¹¹⁷ Disponible en: <https://www.ontario.ca/laws/statute/90c12> (21.12.2021).

¹¹⁸ *Bill 28: All Families Are Equal Act*, 2016. Disponible en: <https://www.ola.org/sites/default/files/node-files/bill/document/pdf/2016/2016-12/bill---text-41-2-en-b028ra.pdf> (21.12.2021).

la paternidad genética se establece cuando una persona que proporciona sus gametos o un embrión para su uso en la reproducción humana asistida tiene intención en el momento de celebración del acuerdo de ser padre. Este reconocimiento complica evidentemente la filiación del menor nacido por maternidad subrogada, que puede encontrarse hasta con cuatro progenitores. Sin entrar en ello, sí nos interesa señalar que el acuerdo de subrogación, aunque no es ejecutable, puede utilizarse como prueba de la intención de paternidad [Secc.10 (9)] y hasta que la madre gestante no dé su consentimiento por escrito para renunciar a su derecho a la filiación del menor (consentimiento que no se puede dar antes del transcurso de los siete días tras su nacimiento), esta y los padres de intención comparten derechos y responsabilidades respecto del menor [Secc. 10 (4) y (5)]. De forma que la madre subrogada puede cambiar de opinión y ejercer sus propios derechos parentales en ese plazo de tiempo. Lo que no impide a los padres comitentes poder solicitar el reconocimiento de la filiación del menor ante el Tribunal competente, que resolverá conforme al mejor interés del menor [Secc. 10 (8)].

III.2.4. Israel

El primer país del mundo en tener una legislación sobre gestación subrogada fue Israel, con la Ley 5756-1996 (*Approval of Agreement and Status of Newborn*), que trata el acuerdo entre los padres intencionales y madre subrogada. Este país, fuertemente religioso, tiene una clara política a favor de la natalidad. Su regulación ha optado por un sistema intermedio en este segundo grupo de Estados¹¹⁹.

La Ley inicialmente estaba pensada para mujeres en edad fértil que no puedan quedarse embarazadas y llevar a término un embarazo. Así exigía que los padres comitentes fueran una pareja heterosexual que acredite tener problemas de infertilidad o imposibilidad de llevar a término una gestación natural. Si bien esto último fue ya objeto de modificación por la Ley 5778-2018 que permitió a una mujer soltera poder acudir a la maternidad subrogada si se utilizan sus propios óvulos. Y ahora se encuentra nuevamente en proceso de modificación, como consecuencia de varias sentencias de la Corte Suprema de ese país (entre ellas la sentencia de 27 de febrero de 2020), que ordenan al Gobierno

¹¹⁹ Vid. Shakargy (2013: 231 y ss.); y Schuz (2019: 166 y ss.).

iniciar los trámites para enmendar la Ley sobre maternidad subrogada y proporcionar acceso a este procedimiento a parejas del mismo sexo y a hombres solteros¹²⁰.

La gestante, que debe tener entre 22 y 38 años, no puede aportar su propio óvulo, ni ser familia de ninguno de los progenitores intencionales, por las complicaciones que surgirían con el estatus del niño bajo la ley judía¹²¹. Tampoco puede estar casada (aunque este requisito puede ser excepcionado por el Comité que debe autorizar el acuerdo gestacional). La Ley exige que los embriones se hayan creado *in vitro* con óvulos de la comitente o de donante y espermatozoides del padre comitente [Secc. 2(4) Ley 5756-1996]. Si bien el contrato de gestación debe ser gratuito, se permite específicamente que se pague a la madre subrogada para compensar su tiempo y sufrimiento¹²².

Conforme a la Ley 5756-1996, las partes antes de iniciar cualquier tratamiento deben formalizar por escrito el acuerdo de maternidad subrogada, una vez que han pasado una previa valoración médica y psicológica que acredite su capacidad física, psíquica y emocional para participar en él. Además, han debido recibir un previo asesoramiento profesional en relación con el contrato y sus consecuencias. Este debe ser aprobado por un Comité designado por el Ministerio de Salud, formado por siete miembros (entre los que se encuentran dos médicos especialistas en obstetricia y ginecología, un médico de medicina interna, un psicólogo clínico, un trabajador social, un abogado representante del Estado y un representante de la religión que profesen los padres)¹²³.

Después del nacimiento del niño, en un hospital público autorizado para ello, el bebé se entregará de manera temporal a los padres intencionales en presencia de un agente de bienestar social que controla la fase última de este proceso [Secc. 10(B) Ley 5756-1996].

No hay una provisión específica en la ley israelí sobre la paternidad derivada de los acuerdos de gestación, por lo que se considera que los padres legales del bebé serán el

¹²⁰ *Vid.* aquí el blog de FESKOV (Human Reproduction Group) «Cambios históricos en las leyes de maternidad subrogada en Israel, Feskov», 19 de marzo de 2020. Disponible en: <https://maternidad-subrogada-centro.es/leyes-en-israel.html>. (21.12.2021).

¹²¹ Fenton-Glynn y Scherpe (2019: 538).

¹²² Estos pagos han llevado a afirmar que, en el modelo israelí, la maternidad subrogada tiene un carácter comercial. Así, Schuz (2019: 166).

¹²³ En Israel la gestante debe de profesar la misma religión que la madre intencional, pero si todas las partes del acuerdo no son judías, el Comité puede excepcionar este requisito. *Vid.* Global Legal Research Center (2012: 11). Disponible en: <https://www.loc.gov/law/help/il-reproduction-and-abortion/israel-reproduction-and-abortion.pdf>. (21.12.2021).

padre biológico y la madre subrogada¹²⁴. La filiación del menor no se atribuye a los padres comitentes hasta que no obtienen la orden de parentalidad (*parenthood order*) que deberán solicitar dentro de los siete días desde el nacimiento. No es motivo suficiente para no entregar al niño que la mujer gestante no desee hacerlo, salvo que haya habido un cambio de circunstancias que lo justifique. En caso de conflicto, los Tribunales tomarán la decisión final atendiendo al interés superior del menor (Secc. 13 Ley 5756-1996)¹²⁵.

III.3. Reflexiones en torno a la voluntad de la mujer gestante en las jurisdicciones analizadas

En el abanico de las legislaciones expuestas, late el problema de la relevancia del consentimiento de la mujer gestante para determinar la filiación del menor nacido por gestación por sustitución, y los efectos que tiene el contrato gestacional previamente acordado en relación con la filiación del menor respecto de los padres comitentes.

Así, en los territorios donde la gestación por sustitución es más demandada (como California o Ucrania), nos encontramos que sus legislaciones establecen que el acuerdo gestacional y la voluntad procreativa que en él se refleja es lo que determina la filiación del menor nacido por este procedimiento, especialmente si existe vinculación genética con los padres comitentes (en el caso de Ucrania). De ello se deriva la obligación por parte de la gestante de entregar el bebé como consecuencia del cumplimiento forzoso del contrato gestacional, dando prioridad a los que han querido ser padres y, además, han aportado su propio material genético. De hecho, cuando se trata de una gestación retribuida, es prácticamente imposible que los términos del contrato reconozcan libertad a la gestante para decidir, tras el alumbramiento, si renuncia o no a ejercer los derechos derivados de la filiación¹²⁶.

El problema de la eficacia vinculante de estos contratos, concretamente cuando no se ha producido un screening adecuado en relación con la parte comitente, la podemos ver con toda su crudeza en el caso *Cook v. Harding*¹²⁷, que se planteó recientemente ante la Corte Suprema de los Estados Unidos. La demandante, Melissa Kay Cook, natural de

¹²⁴ Schuz (2019: 172).

¹²⁵ Schuz (2019: 178) señala, además, que en la práctica no ha habido ningún caso en Israel en el que la madre gestante haya pedido quedarse con el niño.

¹²⁶ Comité de Bioética de España (2017: 8).

¹²⁷ Vid. en: [Cook v. Harding Dismissal Order | Surrogacy | Abstention Doctrine \(scribd.com\)](#) y [Cook v. Harding, No. 16-55968 \(9th Cir. 2018\) :: Justia](#). (21.12.2021).

Los Ángeles y madre de cuatro hijos, concertó en el verano de 2015, cuando tenía 47 años de edad, un contrato gestacional a cambio de una cantidad de dinero con C.M. (un trabajador postal de Georgia de 50 años), con quien contactó a través de una agencia. Para la fecundación se usó el espermatozoides del padre comitente y los óvulos de una donante. Los tres embriones transferidos al útero de la gestante se implantaron con éxito, por lo que la mujer quedó embarazada de trillizos. El padre comitente puso reparos al pago de los gastos de este embarazo y exigió el aborto de uno de los fetos. La gestante se negó, a pesar de la cláusula del contrato que establecía que esta decisión correspondía al Sr. C.M. Cuando nacieron los tres menores, las autoridades dieron cumplimiento al contrato, pese a la negativa de la madre subrogada que pretendió conservar la patria potestad sobre los niños cuando se dio cuenta de las condiciones personales del padre (era soltero, sordomudo y vivía en el sótano de la casa de sus padres).

En la demanda planteada por Melissa se pedía a la Corte Suprema que se pronunciara sobre si la ley que regula los contratos de gestación subrogada en California priva a los menores de sus derechos constitucionales, ante la imposibilidad de revisar un acuerdo gestacional válidamente celebrado, y reduce a las madres gestantes a un estatus de simples «reproductoras». Pero este órgano rechazó entrar en el fondo del asunto porque ya se había declarado constitucional esta ley¹²⁸.

Por otro lado, en las otras jurisdicciones analizadas donde se sigue el sistema anglosajón, el turismo reproductivo tiene una menor incidencia. Esta menor demanda (interna y de extranjeros) no solo se debe a la circunstancia de que, al ser la gestación subrogada gratuita, evidentemente son menos las mujeres que están dispuestas a gestar para otros¹²⁹, sino también porque la atribución de la filiación del menor después de su nacimiento, a través de un procedimiento judicial (*parental order*), genera incertidumbres. En los padres comitentes, el riesgo estaría fundamentalmente en si la madre gestante decide finalmente quedarse con el bebé, a pesar de la existencia de una vinculación genética con alguno de ellos y las complicaciones que supone el procedimiento judicial para cambiar el certificado de nacimiento del niño. Para la gestante, el problema se dará cuando los padres comitentes no quieren asumir después del

¹²⁸ *Vid.* la resolución de la Corte Suprema de EE.UU. rechazando el recurso interpuesto ante la misma en: https://www.supremecourt.gov/DocketPDF/17/17-1487/44751/20180426163111738_Cook%20v.%20Harding%20et%20al.%20Petition%20-%20Refile.pdf (21.12.2021).

¹²⁹ Fenton-Glynn y Scherpe (2019: 103).

parto sus responsabilidades, el pago de los gastos médicos o las compensaciones resarcitorias acordadas.

A pesar de estos inconvenientes y de los conflictos que se puedan generar entre las partes, a nadie se le escapa que el sistema anglosajón que atribuye la filiación del niño después del parto, da mayor autonomía a la gestante en la toma de sus decisiones y mantiene el principio de larga tradición romana de que la madre legal es la que da a luz al bebé. Aunque deje en un segundo plano a la voluntad procreacional, plasmada en el contrato, e incluso al principio de verdad biológica cuando haya vinculación genética con los padres comitentes. De hecho, este sistema es el que parece recomendarse desde los distintos organismos internacionales en el caso de que se quisiera regular esta materia, como se desprende del Informe de la Relatora Especial sobre la venta y la explotación sexual de niños (apdos. 69 y 77 d) y de los Principios de Verona (P. 6.2 y 10.4), dejando a la autoridad judicial o cualquier otra autoridad competente la resolución del problema atendiendo al interés superior del menor y prestando especial atención a la evaluación psicosocial de ambas partes (P.10.9).

IV. PROPUESTAS DE REGULACIÓN REALIZADAS EN ESPAÑA

En nuestro país se han realizado diversas propuestas de regulación en torno a la gestación por sustitución, provocadas por el número de personas que acuden al extranjero para tener hijos por este procedimiento. De entre esas propuestas, destaca la que ha venido de la mano del grupo parlamentario Ciudadanos, que hasta en dos ocasiones ha presentado ante el Congreso una «Proposición de Ley reguladora del derecho a la gestación por sustitución» (en adelante, PLDGS), la última el 16 de julio de 2019¹³⁰. Otras propuestas legislativas las han formulado el Grupo de Ética y Buena Práctica Clínica de la Sociedad Española de Fertilidad, órgano este último al que pertenecen todas las clínicas de reproducción asistida de España (en adelante, Propuesta-SEF)¹³¹; y también la Asociación por la Gestación Subrogada en España, que ha promovido como iniciativa popular una Proposición de Ley de gestación subrogada (en adelante, PL-AGSE)¹³².

¹³⁰ BOCG de 16 de julio de 2019.

¹³¹ Disponible en: <https://www.sefertilidad.net/docs/grupos/etica/propuestaBases.pdf> (21.12.2021).

¹³² Disponible en: <http://xn--gestacionsubrogadaenespaa-woc.es/index.php/2013-10-16-13-08-07/proposicion-de-ley> (21.12.2021).

El objetivo de la PLDGS, como expresa su Exposición de Motivos, es adaptar las nuevas situaciones a la evolución actual del modelo de familia, que ha ido pareja al avance científico, con la finalidad última de regular «el derecho a la gestación por sustitución». Por tal entiende, tanto el derecho que asiste a los progenitores subrogantes «a gestar» por la intermediación de otra persona para constituir una familia, como de las gestantes subrogadas a facilitar la gestación a favor de los subrogantes (art. 1). Nótese, sin embargo, que realmente no podemos hablar aquí de un auténtico «derecho a gestar», según afirma el Proyecto de Ciudadanos, como tampoco se puede hablar de un «derecho» a tener un hijo cuando nos referimos al acceso a las técnicas de reproducción asistida, pues lo que hace la LTRHA es concretar los requisitos y condiciones para poder acceder a estas técnicas, no garantizar el tener un hijo, al igual que tendría que pasar con una futura regulación legal de la gestación por sustitución¹³³.

Conforme a las propuestas legislativas formuladas, estaríamos ante una práctica que se contempla como último recurso para las personas solas o en pareja, cualquiera que sea su sexo, que no pueden tener hijos biológicos por otros medios (art. 8.1 PLDGS, punto 1 Propuesta-SEF y art. 2.2 PL-AGSE).

La mujer gestante, cuya edad mínima oscilaría entre 25 años (según el PLDGS) y 18 años (en las otras dos propuestas), no debe aportar material genético propio para la fecundación [art. 3.b) y 6.1 PLDGS, punto 4 Propuesta-SEF, art. 1.2.c) PL-AGSE]. Pero, en cambio, sí será necesario que al menos una de las personas comitentes aporte el suyo propio [art. 3.c) PLDGS y punto 4 Propuesta-SEF]. Asimismo, la capacidad para poder ser mujer gestante dependerá en gran medida de un adecuado estado psicofísico, conforme a lo dispuesto en el art. 5.6 LTRHA y al que se remiten las distintas propuestas de gestación por sustitución [arts. 7.1.c) PLDGS, punto 2 Propuesta-SEF y art. 3.1 PL-AGSE], y que, además, se compromete a mantener durante el embarazo (art. 7.2 PLDGS).

Siguiendo las legislaciones de otros países, se establece la previsión de que la mujer que se ofrece a gestar para otros haya tenido al menos con anterioridad un hijo [art. 7.1.e) PLDGS, punto 5 Propuesta-SEF y art. 3.1 PL-AGSE]; no haya sido antes gestante subrogada en más de una ocasión [art. 7.1.j) PLDGS]; disponga de una situación socio-económica y familiar adecuadas [art. 7.1.f) PLDGS, punto 2 Propuesta-SEF y art. 3.1 PL-

¹³³ Como ejemplo de buena redacción, el art. 1 de la Ley portuguesa n.º 25/2016, de 22 de agosto, empieza su art. 1 diciendo que: «La presente ley regula el acceso a la gestación de sustitución en los casos de ausencia de útero...». Es decir, determina las condiciones de acceso a este procedimiento, no habla de un derecho a gestar a través de una tercera persona.

AGSE]; posea la nacionalidad española o la residencia legal en España [art. 7.1.g) PLDGS y art. 3 PL-AGSE]; y exista una ausencia de relación laboral o de prestación de servicios con los comitentes (art. 9.6 PLDGS y punto 6 Propuesta-SEF). El primer requisito tiene como finalidad que la madre gestante tenga un menor apego al niño y no cambie de opinión si es madre primeriza, así como que sea consciente de lo que implica un embarazo y un parto, por lo que su consentimiento será más pleno¹³⁴. La limitación en el número de subrogaciones busca proteger su integridad física. Los tres últimos se prevén en orden a poder evitar cualquier posible situación de explotación de las mujeres que están dispuestas a gestar para otros.

En cuanto a la parte comitente, tendrá que acreditar «mediante un certificado de idoneidad» que «cuenta con la capacidad, aptitud y motivación adecuadas para ejercer la responsabilidad parental asociada a la familia que pretende constituir» [art. 8.2.d) PLDGS], antes de ser inscrito(s) en el correspondiente Registro para acceder a la gestación subrogada (art. 8.4 PLDGS)¹³⁵. Con mayor concreción y mejor criterio, la Propuesta-SEF propone realizar un *screening* adecuado de los padres comitentes, que debe incluir entrevistas y test específicos que serán valorados por un Comité ético independiente, cuyo informe vinculante deberá ser remitido a la autoridad judicial como parte de la documentación necesaria para solicitar la aprobación judicial del acuerdo de gestación e iniciar el tratamiento de fecundación.

Hay dos aspectos importantes que caracterizan a todas estas propuestas. Uno de ellos es el carácter gratuito -con una compensación resarcitoria razonable a favor de la gestante- que debería imperar en la gestación por sustitución (arts. 1 y 5 PLDGS, punto 7 Propuesta-SEF y art. 3.2 PL-AGSE), siguiendo el ejemplo de países como Reino Unido [Secc. 54(8) HFEA (2008)], Grecia (art.13.4 Ley 3305/2005), Portugal (art. 8 aps. 2 y 7 LPMA), Canadá (Secc. 12.3 *Assisted Human Reproduction Act*) y Australia.

Parece necesario exigir que un acto que afecta de lleno a la dignidad humana, como es gestar para otro(s), deba ser gratuito, para evitar con ello que su retribución actúe sobre

¹³⁴ Así, Lamm (2013: 258).

¹³⁵ El art. 15 PLDGS prevé la creación del «Registro Nacional de Gestación por sustitución», que sería un organismo centralizado adscrito al Registro Nacional de Donantes previsto en la LTRHA. Tendría como función, en primer lugar, canalizar las posibles ofertas y demandas en los procesos de gestación por sustitución, a través de la inscripción obligatoria de las mujeres que deseen ser gestantes y de los que desean ser padres. Y, en segundo lugar, recoger los contratos de gestación por sustitución judicialmente aprobados (donde se refleje la identidad de las partes y su contenido), que también se deberán inscribir en él.

la libertad de las mujeres más vulnerables y pueda convertir a los niños en objeto de transacción. En esta dirección, la mayoría de la doctrina patria está de acuerdo que, en el caso de que se regule el contrato de gestación por sustitución, el modelo altruista es el que debe prevalecer con el reembolso de aquellos gastos que se deriven del proceso de embarazo hasta el nacimiento del niño¹³⁶. De hecho, la propuesta-SEF, en su punto 7, propone como modelo a seguir el previsto en la LTRHA para la donación de gametos y embriones, en el sentido de que sea la Administración pública (a través de un órgano como la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida) quien fije unas bases homogéneas para la compensación, estableciendo un mínimo y un máximo¹³⁷. Este modelo, aun siendo gratuito, admite una «compensación económica resarcitoria» para compensar las molestias físicas y demás gastos que se puedan derivar de la donación (art. 5.3 LTRHA). Lo que parece razonable para garantizar que la gestante no tenga pérdidas económicas como consecuencia del acuerdo, pero tampoco obtenga una ganancia de ello, como prohíbe el art. 21 del Convenio relativo a los derechos humanos y la biomedicina en relación con la donación de partes del cuerpo, ya que la gestación por sustitución debería ser un proceso económicamente neutro, como cualquier donación¹³⁸.

El otro aspecto en el que coinciden las propuestas regulativas es la irrevocabilidad del consentimiento de las partes intervinientes, y, por supuesto, el de la mujer gestante [art. 9.2.b) PLDGS, punto 11 Propuesta-SEF y art. 1.1.c) PL-AGSE]. Aunque todas ellas reconocen el derecho de esta última a poder interrumpir el embarazo, conforme a la LO 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo (art. 6.2 PLDGS, art. 5.3 PL-AGSE y punto 11 Propuesta-SEF); en ningún momento se prevé en estas propuestas un vínculo de filiación entre la mujer gestante y el niño que pueda nacer fruto de este procedimiento [arts. 3.b) y 11.2 PLDGS, punto 11 Propuesta-SEF y art. 1.1.c) PL-AGSE].

En concreto, la propuesta de gestación por sustitución realizada por el Grupo Ciudadanos opta por el modelo de supervisión judicial griego, donde el control judicial es previo antes de proceder a la gestación subrogada (art. 9.1 PLDGS). La autorización judicial del contrato de gestación por sustitución y la posterior transferencia embrionaria implicará que los padres comitentes se conviertan en los padres legales del menor

¹³⁶ En este sentido, *vid.* Belinchón Romo (2019: 189), Casado y Navarro-Michel (2019: 39), Farnós Amorós (2020: 108), Múrtula Lafuente (2021: 348), Salazar Benítez (2018: 221), y Vilar González (2018: 259).

¹³⁷ En la misma línea, *vid.* Flores Rodríguez (2019: 3), Farnós Amorós (2020:97 y 1008; y 2021: 164-165).

¹³⁸ Múrtula Lafuente (2021: 349).

inmediatamente después del nacimiento del niño, sin que sea precisa ninguna validación posterior ni un nuevo consentimiento de la madre gestante (arts. 10.2 y 12.1 PLDGS). De tal manera que el acuerdo de gestación por sustitución aprobado judicialmente produce una fragmentación entre la maternidad gestacional y la maternidad legal, que es reconocida desde ese momento a favor de los padres comitentes.

V. EL CONSENTIMIENTO DE LA GESTANTE Y SU CARÁCTER «IRREVOCABLE» A EXAMEN

Aunque por ahora parece que en España no hay intención de regular la gestación por sustitución, si el legislador algún día se decide a hacerlo, como ha hecho el portugués, debería atender a su adecuación con los principios de nuestro ordenamiento¹³⁹. Entre estos principios se encuentran la dignidad y la libertad personal de la mujer (arts. 10.1 y 17.1 CE) y su integridad física y moral (art. 15 CE), el derecho que tiene toda mujer a decidir llevar o no a término un embarazo, conforme a la LO 2/2010, el tradicional principio de que la maternidad legal viene determinada por el parto (arts. 120.5.º CC, 44.4 y 46 LRC, y 10.2 LTRHA)¹⁴⁰, a los que habría que añadir el derecho a conformar su propia familia.

La mayoría de estos principios aparecen mencionados en la STS de 31 de marzo de 2022 para interpretar que la gestación por sustitución es contraria a ellos. Sin embargo, hemos visto que en las recomendaciones realizadas por la Relatora Especial de Naciones Unidas en su Informe sobre la venta y explotación sexual de los niños y en los Principios de Verona, se establecen como parámetros a tener en cuenta en el caso de que un país legisle sobre esta materia.

En el debate que a buen seguro se abrirá en ese momento en España sobre si hay que dar prioridad a la voluntad de quienes quieren ser padres por encima de la de la mujer

¹³⁹ Una propuesta *de lege ferenda* acorde con estos principios puede encontrarse en Múrtula Lafuente (2021: 348-372).

¹⁴⁰ Si bien es verdad, como pone de manifiesto Quicios Molina (2021 b: 285-286): «que un hombre dé a luz en nuestro país es una situación real y no un oxímoron porque la regulación de la transexualidad lo permite», en la medida en que puede conservar el aparato reproductor que le permite gestar, el parto sería en estos casos igualmente el título de determinación de la filiación jurídica. Además, no hay duda que quien da a luz es biológicamente la madre, con independencia del género que tenga. Por otro lado, según la autora citada (2021 b: 293-294) no se les debería impedir el acceso a las técnicas de reproducción asistida con fines reproductivos a las personas que biológicamente pueden ser madres, pues hacerlo puede suponer un trato discriminatorio por razón de sexo, vetado por el art. 14 CE. Y ello aunque este reconocimiento no se haya producido expresamente en el Anteproyecto finalmente informado por el Consejo de Gobierno, de 29 de junio de 2021, para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI.

gestante, la solución más fácil y por la que han optado todas las propuestas de regulación realizadas en nuestro país sería la primera. Esto es, determinar la filiación del menor sobre la base del proyecto reproductivo común plasmado inicialmente en el contrato de gestación por sustitución y que el consentimiento prestado por la gestante sea irrevocable, en la medida en la que cabe entender que está gestando el hijo de otro(s).

No obstante, creo que habría que tener en cuenta -como se ha afirmado- que la gestación por sustitución no es una técnica de reproducción asistida más, pues exige la participación de una mujer en el proyecto reproductivo de otras personas¹⁴¹. Esta participación debería tener como base un consentimiento libre, voluntario, *pleno* e informado de la gestante, donde, además, se articulen mecanismos de control público para garantizarlo¹⁴², como también señalan los Principios de Verona (Principio 7)¹⁴³.

La persona que está dispuesta a pasar por un embarazo, un parto y todos los riesgos inherentes a los mismos, consiente inicialmente porque comparte y quiere ayudar a que se realice el deseo de tener un hijo de los padres comitentes (particularmente cuando hablamos de una gestación gratuita)¹⁴⁴. Pero, este consentimiento no puede ser pleno hasta que no ha finalizado todo el proceso de gestación y alumbramiento del niño.

La realización de un previo contrato gestacional antes de iniciar cualquier técnica de reproducción asistida, es una necesidad que se contempla en todas las regulaciones abordadas en este trabajo. Como todo acuerdo, estaría sujeto a las reglas generales de los contratos. Así, habrá que tener en cuenta, por un lado, que la falta de información sobre todo el proceso, sus consecuencias o el error en las condiciones personales de los padres comitentes pueden viciar el consentimiento inicial de la gestante. Para evitarlo, una futura regulación legal tendría que ser especialmente escrupulosa a la hora de prever un suficiente asesoramiento legal, médico y psicológico de ambas partes, así como una adecuada selección de los candidatos a ser partes de este contrato¹⁴⁵.

¹⁴¹ Casado y Navarro-Michel (2019: 32).

¹⁴² En este sentido, Farnós Amorós (2020: 115), García y Herrero (2018: 85-86), Múrtula Lafuente (2021: 362).

¹⁴³ Así, la madre subrogada debe estar en condiciones de tomar decisiones independientes, informadas y libres de explotación y coerción (7.1). Por lo que deberán establecerse y garantizarse condiciones que permitan a la madre subrogada ejercer su autodeterminación (7.2).

¹⁴⁴ De hecho, el Informe de la Relatora Especial sobre la venta y la explotación sexual de niños señala en esta dirección, manteniendo que, de aceptarse la gestación subrogada, esta no podría tener un carácter comercial (apdos. 24, 35 y 67: 8, 12 y 18). Y en el mismo sentido van los Principios de Verona (P.14.5).

¹⁴⁵ Sobre este tema *vid.* Múrtula Lafuente (2021: 338-341). También es un aspecto sobre el que inciden los Principios de Verona (P.5 entre otros).

Por otro lado, aunque no concurren de inicio causas que puedan afectar a la validez del consentimiento de la gestante, hay que tener en cuenta que estamos ante un contrato de tracto sucesivo, donde hay una asimetría de riesgos (son mayores los que corre la gestante que los padres comitentes, llegando incluso hasta poderle causar su muerte)¹⁴⁶ y, además, pueden concurrir circunstancias que alteren el consentimiento inicialmente prestado. Como recoge el TC luso en su sentencia n.º 225/2018, de 24 de abril, las características propias del embarazo (en cuanto fenómeno biológico, psicológico y potencialmente afectivo de carácter dinámico e imprevisible), condicionan de forma decisiva la posibilidad de una comprensión cabal de todo el proceso por parte de la mujer, por lo que el consentimiento que presta al principio puede cambiar (FJ 43). La consecuencia lógica de todo ello, siguiendo al TC portugués, es la posibilidad de poder revocar el consentimiento inicialmente prestado por parte de la mujer gestante después del parto, atendiendo al principio de dignidad de la persona humana y al derecho que tiene la propia gestante a conformar su propia familia (FJ 46 *in fine*). Como ha acabado reconociendo finalmente el legislador portugués en la Ley n.º 242/2021 (art. 8.10 LPMA)¹⁴⁷.

Ahondando en los razonamientos del TC luso, hay que tener en cuenta que desde un punto de vista médico no se puede ignorar que, pese a que haya una distancia emocional entre la gestante y el feto en los casos de gestación por sustitución, durante el embarazo y el parto existe una dependencia física entre ellos. La mujer experimenta una serie de cambios cerebrales neuroquímicos, morfológicos y funcionales, que permiten crear un vínculo y un proceso de apego entre ella y el niño que está gestando¹⁴⁸. En otras palabras, «la gestación es una forma de simbiosis temporal entre el hijo y la madre que genera una huella corporal permanente en ambas partes»¹⁴⁹. En la mujer gestante, porque guarda en su cuerpo memoria de cada embarazo, al incorporar células madre procedentes

¹⁴⁶ En el escrito presentado en agosto de 2017 por una quincena de académicos feministas a la Corte Suprema de Estados Unidos en defensa del caso de Melissa Cook, se reportan una serie de casos de mujeres gestantes que han muerto como consecuencia de los partos o sufrido graves enfermedades. El primero de ellos es de una gestante, Brooke Lee Brown, de 34 años, que murió en octubre de 2015 mientras estaba embarazada de dos gemelas de padres comitentes españoles. Disponible en: https://www.thecassidyfirm.com/global_pictures/Feminists_Amicus_Brief.pdf. (21.12.2021).

¹⁴⁷ Una parte de la doctrina española, sin embargo, defiende la irrevocabilidad del consentimiento de la mujer gestante para dar certeza a estas situaciones, entendiendo que la misma se debe de desvincular del feto que está creciendo en su interior. En este sentido, Belinchón Romo (2019: 190-191) y Vela Sánchez (2015: 34).

¹⁴⁸ Según pone de manifiesto Fernández Andújar (2019: 374, 377, 380, 387 y 393).

¹⁴⁹ Comité de Bioética de España (2017: 12).

de la sangre de los que ha gestado y aumentar su progesterona (lo que actúa como un importante regulador de la morfología neuronal y de la arquitectura del cerebro)¹⁵⁰. En el niño, porque no es ajeno a la voz, el sabor y el cuerpo de la madre¹⁵¹.

Por tales razones, en el hipotético caso de que se regulara el contrato de gestación por sustitución en España, en mi opinión, este no podría ser, en línea de principios, de cumplimiento forzoso en contra de la voluntad de la mujer gestante¹⁵², siguiendo en este punto también a los Principios de Verona (6.2) y al informe de la Relatora de la ONU (apdo. 75), pero sí debería ser vinculante para los padres intencionales una vez que ha tenido éxito la fecundación *in vitro*¹⁵³. Dicho de otro modo, la mujer gestante debería tener derecho a poder revocar su consentimiento durante las distintas fases del procedimiento: antes de que se hubiera producido la transferencia embrionaria (conforme se desprende del art. 3.5 LTRHA)¹⁵⁴; durante el embarazo, si concurre alguna causa legal para ejercer su derecho al aborto (de acuerdo a la LO 2/2010), sin que se puedan establecer penalizaciones a su ejercicio¹⁵⁵; y cuando nazca el menor, debería poder ratificar el

¹⁵⁰ Como apunta también Marrades Puig (2017: 168), hay estudios que demuestran que a través del embarazo se transmite carga genética, pues se ha identificado una molécula específica del líquido endometrial que es capaz de reprogramar genéticamente al embrión.

¹⁵¹ Comité de Bioética de España (2017: 13-14).

¹⁵² En esta misma dirección, el Informe del Consejo General de Derechos Humanos de la Asamblea General de Naciones Unidas sobre venta y explotación sexual de niños (2018: 20) señala que la entrega del niño a los padres de intención después de su nacimiento debería ser un acto libre de la madre gestante, sin que esté sujeta a ninguna obligación contractual o legal.

¹⁵³ En orden a evitar casos como el de *Baby Gammy*, donde la gestante (de nacionalidad tailandesa) queda embarazada de mellizos y uno de ellos, el niño, tiene Síndrome de Down. La pareja comitente (de origen australiano) le pidió a la madre subrogada que abortara, pero ella se negó debido a los riesgos que entrañaba para su salud y la del otro feto, y por considerarlo inmoral. Por lo que dio a luz en diciembre de 2013 a los mellizos (un niño llamado Gammy y una niña, Pipah). Al final la pareja australiana solo quiso hacerse cargo de la niña y regresó a su país dejando a la mujer gestante a cargo de Gammy. Esta última interpuso sin éxito una demanda solicitando el regreso de la niña a Tailandia. Al parecer, el padre comitente había estado preso por abusos sexuales a menores en 1990. El clamor internacional que provocó este asunto hizo que el gobierno tailandés iniciara un proceso de redacción de una nueva ley que pusiera fin a la gestación subrogada comercial. Noticia disponible en: https://www.bbc.com/mundo/ultimas_noticias/2014/08/140810_ulnot_australia_bebe_down_wbm y <https://www.theguardian.com/world/2014/aug/10/baby-gammy-parents-interview-aborted-downs-syndrome-australia> (21.12.2021).

Los Principios de Verona admiten que no se debería obligar a la madre subrogada ni a los padres intencionales a mantener una responsabilidad parental no querida, pues es generalmente contraria al interés del menor. Sin embargo, los Estados pueden exigir a los padres comitentes que tengan un cierto grado de responsabilidad económica, incluso en ausencia de la determinación legal u otro ejercicio de responsabilidad parental a su favor; o prever por adelantado la manutención del niño durante un periodo razonable en el acuerdo gestacional (Principio 10.12).

¹⁵⁴ De acuerdo con el art. 3.5 LTRHA «La mujer receptora de estas técnicas podrá pedir que se suspenda su aplicación en cualquier momento de su realización anterior a la transferencia embrionaria, y dicha petición deberá atenderse».

¹⁵⁵ Farnós Amorós (2021: 179), reconoce, sin embargo, el derecho de reembolso de los gastos en que la parte cumplidora haya podido incurrir.

consentimiento prestado inicialmente para que este fuera pleno¹⁵⁶, como también se recoge en los Principios de Verona (Principio 10 apdos. 4,5 y 6).

Por consiguiente, la relación de filiación entre el bebé y la parte comitente se podría establecer una vez que la gestante haya ratificado el consentimiento que prestó al principio en el contrato gestacional debidamente autorizado (por un juez) y con carácter previo a cualquier tratamiento. Si el legislador quiere dar relevancia a la voluntad procreacional plasmada en el contrato gestacional como título de determinación de la filiación, como se hace en las propuestas de regulación analizadas y en las legislaciones de algunos países, esta filiación debería quedar condicionada a la no revocación del consentimiento de la gestante después del parto.

En mi opinión, si se quiere mantener el principio de que la maternidad legal venga determinada por el parto¹⁵⁷, la ratificación del consentimiento de la gestante se debería producir dentro de las primeras semanas desde que dio a luz (entre la sexta y la ochava semana, por ser coherentes con el plazo de al menos seis semanas que exige el art. 177.2 CC para el asentimiento de la madre en la adopción del recién nacido) y ante el encargado del Registro Civil, en orden a evitar la demora de los procedimientos judiciales que dilatan todo el proceso, como hemos visto que ocurre en Reino Unido. Supondría la renuncia a los derechos derivados de la filiación que le pudieran corresponder a la madre gestante¹⁵⁸, aunque no tuviera ninguna vinculación genética con el bebé.

¹⁵⁶ En este mismo sentido, entre otros, *vid.* Casado y Navarro-Michel (2019: 40); García y Herrero (2018: 86); González Carrasco (2017: 123-124); Jorqui Azofra (2020: 417); y Salazar Benítez (2018: 237-239). Farnós Amorós (2020: 122), mantiene que no cualquier cambio de opinión justifica la anulación del acuerdo, sino que solo sería aquel que estuviera basado en una alteración relevante de las circunstancias, pues: «las inversiones emocionales, físicas y económicas puestas en el mismo justifican que este deba ser, con carácter general ejecutado»; y Vaquero Pinto (2018: 261), dentro de su postura contraria a esta figura, afirma que las propuestas de regulación no pueden prescindir de la posibilidad de que la mujer revoque su consentimiento en cualquier momento hasta la entrega del niño.

¹⁵⁷ Advierte a este respecto Vaquero Pinto (2018: 231) que este principio se ha mantenido incluso cuando las técnicas de reproducción asistida han posibilitado la utilización de material reproductor donado (arts. 5 y 11.4 LTRHA), dando preferencia al elemento fisiológico o gestacional respecto del puramente genético (arts. 7.1. LTRHA y 44.3 LRC), por la estrecha relación que existe entre el feto y la madre durante los nueve meses de embarazo, de acuerdo con la EM de la Ley 35/1988.

¹⁵⁸ Observa Quicios Molina (2021 a: 196), que la nueva regla introducida en el art. 44.4.II de la LRC de 2011 por la Ley 19/2015, de 13 de julio, sobre el acceso restringido a los datos sobre la maternidad, cuando la madre renuncia a ejercer los derechos derivados de la maternidad, puede facilitar el acceso al RC de la filiación querida, en un contrato de gestación por sustitución, si se interpreta por los encargados del RC que los motivos fundados que permiten tal renuncia concurren en el caso, sin necesidad de que el niño sea declarado en situación de desamparo.

En el caso de que se pretenda determinar la filiación del menor en virtud del contrato gestacional a favor de la parte comitente, la inscripción de la filiación de ese niño debería quedar condicionada a la no revocación del consentimiento de la gestante en el plazo que marque la ley. Hablaríamos, por tanto, de una filiación sujeta a una condición suspensiva o resolutoria (en función de cómo se configure), dependiente de la no revocación del consentimiento de la gestante en el plazo que legalmente se determine.

En caso de discrepancia, porque la madre gestante optara finalmente por quedarse con el bebé, los jueces serían los encargados de decidir la filiación de ese menor, como resulta de las jurisdicciones que han regulado la materia. En el supuesto de que fuera beneficioso para el menor, cabría la posibilidad de compartir responsabilidades parentales¹⁵⁹. Entre los criterios a ponderar por jueces y tribunales estarían el proyecto reproductivo inicial, las causas que justifiquen el cambio de parecer de la mujer gestante, la existencia o no de un vínculo genético con la parte comitente y sobre todo el interés superior del menor (art. 2 LOPJM).

Evidentemente, no será la misma situación aquella donde el embrión esté formado por los gametos de ambos padres comitentes o al menos de uno de ellos [lo que exige el art. 3.c) PLDGS y punto 4 Propuesta-SEF], y entre en juego el principio de verdad biológica, que cuando el embrión transferido sea de donantes, pues en este último caso la voluntad de la mujer gestante contraria a renunciar a la filiación del menor debería tener más peso¹⁶⁰.

La experiencia de otros países nos muestra que son excepcionales los casos donde la gestante no ha querido renunciar a la filiación del niño nacido por esta técnica y cuando lo ha hecho, generalmente ha tenido motivos para ello porque la parte comitente no reunía las condiciones adecuadas de paternidad (como hemos podido ver en anteriores líneas)¹⁶¹. Con el reconocimiento legal del derecho a revocar el consentimiento por parte de la

¹⁵⁹ El Informe de la Relatora Especial sobre la venta y la explotación sexual de niños (2018: 20), afirma que, si la mujer gestante optara por conservar la patria potestad y la responsabilidad paterna, podría estar obligada a compartirlas con los que quieran ser progenitores del niño. Esta obligación podría establecerse bien mediante la previsión de una norma *ad hoc*, bien a través del correspondiente ejercicio de las acciones de filiación (cuando existan vínculos genéticos). Creo que esta solución resultaría adecuada en los casos en los que la mujer gestante y los padres comitentes se hallen en una situación de poder compartir estas responsabilidades parentales y ello fuera conforme al prevalente interés del menor (art. 2 LOPJM).

¹⁶⁰ Como afirma Díaz Martínez (2021: 177) desde otro punto de vista (el de la doble maternidad), «cuesta creer que el elemento genético, sumado a la constancia del consentimiento procreacional, no haya de tener ningún peso en los tribunales ante una hipotética acción judicial de reclamación ejercida por la mujer que, no habiendo gestado al menor, sí aportó sus ovocitos para la fecundación de su esposa».

¹⁶¹ El caso de Melissa Cook y Baby Gammy son ejemplos de ello.

gestante, si algún día se regulara esta materia en España, se encontraría un equilibrio entre la dignidad y la libertad personal de la mujer que está dispuesta a gestar para otros y la voluntad de las partes que realizan el contrato de gestación por sustitución¹⁶².

Bibliografía

ALBERT MÁRQUEZ, M. (2017): «La explotación reproductiva de mujeres y el mito de la subrogación altruista: una mirada global al fenómeno de la gestación por sustitución», *Cuadernos de Bioética*, vol. 28, n.º 93, 2017/2.^a, pp. 177-197.

BARBER CÁRCAMO, R. (2013): «La “legalización administrativa” de la gestación por sustitución en España (Crónica de una ilegalidad y remedios para combatirla)», *RCDI*, n.º 739, pp. 2905-2950

BELINCHÓN ROMO, M. R. (2019): «Gestación subrogada: especial referencia a la situación y a la voluntad de la mujer para prestar el consentimiento en el contrato de gestar para otro» en LLEDÓ YAGÜE, F. (dir.); GUTIÉRREZ BARRENENGOA, A. (coord.) *Gestación subrogada. Principales cuestiones civiles, penales, registrales y médicas. Su evolución y consideración (1988-2019)*, Dykinson, Madrid, pp. 167-193.

BRUNET, L.; CARRUTHERS, J.; DAVAKI, K.; KING, D.; MARZO, C.; MCCANDLESS, J. (2013): *A comparative study on the regime of surrogacy in EU Member States*, Policy Department, European Parliament, Brussels, [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2013/474403/IPOL-JURI_ET\(2013\)474403_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2013/474403/IPOL-JURI_ET(2013)474403_EN.pdf). (21.12.2021).

CAHN, N. y CARBONE, J. (2019): «Surrogacy in the United States of America», en SCHERPE, J. M.; FENTON-GLYNN, C.; KAAAN, T. (eds.), *Eastern and Western Perspectives on Surrogacy*, Intersentia, Cambridge-Antwerp-Chicago, pp. 307-328.

¹⁶² Me comentaba mi compañero Pedro Femenía, al que agradezco enormemente las charlas tan enriquecedoras que hemos tenido sobre este tema, que estas situaciones de disputa le recordaban al juicio de Salomón recogido en el Antiguo Testamento (I Reyes 3: 16-28), donde el Rey tiene que decir entre dos mujeres a cuál de ellas le corresponde la verdadera maternidad de un niño. Cuando el monarca ordenó a uno de sus hombres que partiera al niño por la mitad, la verdadera madre prefirió que se lo entregaran a la otra con tal de salvarle la vida. Esta difícil situación me hace pensar que una verdadera madre busca lo mejor para su hijo. Si inicialmente compartió un proyecto reproductivo con otras personas para ese niño, que luego resulta no ser compartido porque hay razones para ello, su voluntad debe ser tenida en cuenta, si es que realmente no se la quiere convertir en una mera portadora del niño de otro(s).

CALVO CARAVACA, A. L. y CARRASCO GONZÁLEZ, J. (2015): «Gestación por sustitución y Derecho Internacional Privado. Más allá del Tribunal Supremo y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 7, n.º 2 (octubre), pp. 45-113.

CASADO, M. y NAVARRO-MICHEL, M. (2019): *Documento sobre gestación por sustitución*, Observatori de Bioètica i Dret, Barcelona, Disponible en: http://www.bioeticayderecho.ub.edu/sites/default/files/documents/doc_gestacion-sustitucion.pdf (21.12.2021).

COMITÉ DE BIOÉTICA DE ESPAÑA, *Informe sobre los aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada*, 16 de mayo de 2017. Disponible en: http://assets.comitedebioetica.es/files/documentacion/es/informe_comite_bioetica_aspectos_eticos_juridicos_maternidad_subrogada.002.pdf (21.12.2021).

CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS (ASAMBLEA GENERAL DE NACIONES UNIDAS) (2018), *Informe de la Relatora Especial sobre la venta y la explotación sexual de niños, incluidos la prostitución infantil, la utilización de niños en la pornografía y demás material que muestre abusos sexuales de niños*, <https://undocs.org/es/A/HRC/37/60> (21.12.2021).

DÍAZ MARTÍNEZ, A. (2021): «Reproducción asistida y acciones judiciales de filiación: una controvertida relación. Especial consideración de la doble maternidad, con o sin intervención de centros sanitarios autorizados», en BUSTOS MORENO, Y. y MÚRTULA LAFUENTE, V. (Coords.) *El Derecho civil ante los nuevos retos planteados por las técnicas de reproducción asistida*, Dykinson, Madrid, pp. 157-196.

DÍAZ ROMERO, M.ª R. (2018): *Autonomía de la voluntad y contrato de gestación subrogada: efectos jurídicos*, Aranzadi, Cizur Menor.

DRUZENKO, G. (2013): «Ukraine», en TRIMMINGS, K. y BEAUMONT, P. (eds.) *International Surrogacy Arrangements. Legal Regulation at the International Level*, Hart Publishing, Oxford and Portland-Oregon, pp. 357-365.

DURÁN AYAGO, A. (2020): «Los trabajos en el seno de la conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado sobre gestación por sustitución», *RGDC*, n.º 31, pp. 1-51.

EMILIANIDES, A. (2019): *Family and Succession Law in Cyprus*, Kluwer Law International, Países Bajos.

FARNÓS AMORÓS, E. (2020): «Entre prohibir y permitir, ¿qué es más feminista? Un análisis de la gestación por sustitución desde la perspectiva de las mujeres gestantes», en BENAVENTE MOREDA, P. (coord.) *Mujeres y Derechos. Una discusión jurídica sobre reproducción, sexualidad y género*, Marcial Pons, Madrid, pp. 95-130.

FARNÓS AMORÓS, E. (2021): «Más allá del reconocimiento: propuestas para regular la gestación por sustitución», en CARRIO SAMPEDRO, A. (ed.) *Gestación por sustitución. Análisis crítico y propuestas de regulación*, Marcial Pons, Madrid, pp. 131-186.

FEMENÍA LÓPEZ, P. J. (2021): «El derecho a conocer el origen biológico por parte de los nacidos mediante técnicas de reproducción humana asistida: alcance, contenido y límites», en BUSTOS MORENO, Y. y MÚRTULA LAFUENTE, V. (Coords.) *El Derecho civil ante los nuevos retos planteados por las técnicas de reproducción asistida*, Dykinson, Madrid, pp. 197-241.

FENTON-GLYNN, C. (2019): «Surrogacy in England and Wales», en SCHERPE, J. M.; FENTON-GLYNN, C.; KAAAN, T. (eds.) *Eastern and Western Perspectives on Surrogacy*, Intersentia, Cambridge-Antwerp-Chicago, pp. 115-143.

FENTON-GLYNN, C. y SCHERPE, J. M. (2019): «Surrogacy in a Globalised World. Comparative Analysis and Thoughts on Regulation», en SCHERPE, J. M.; FENTON-GLYNN, C.; KAAAN, T. (eds.) *Eastern and Western Perspectives on Surrogacy*, Intersentia, Cambridge-Antwerp-Chicago, pp. 515-592.

FERNÁNDEZ ANDÚJAR, M. (2019): «Psicobiología y neurociencia del embarazo y la maternidad: bases de la conducta maternal y el apego», en LUCAS ESTEVE, A. (ed.) *La gestación por sustitución*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 373-397.

FERNÁNDEZ ECHEGARAY, L. (2019): *La gestación por sustitución y la reproducción humana asistida en España: ¿incoherencia normativa o legislación garantista?*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra).

FERNÁNDEZ ECHEGARAY, L. (2020): «Gestación por sustitución: españoles atrapados en Ucrania», *Revista de Derecho UNED*, n.º 26, pp. 153-194.

FLORES RODRÍGUEZ, J. (2014): «El derecho a la identidad del niño en las nuevas formas de familia», *La Ley - Derecho de familia*, 18 de noviembre de 2014.

FLORES RODRÍGUEZ, J. (2019): «Convenio gestacional internacional y filiación transfronteriza: el modelo de los países del Este de Europa», *Actualidad Civil*, n.º 1/2020.

GARCÍA RUBIO, M. P. y HERRERO OVIEDO, M. (2018): «Maternidad subrogada: dilemas éticos y aproximación a sus respuestas jurídicas», *ACFS*, n.º 52, pp. 67-89.

GLOBAL LEGAL RESEARCH CENTER (2012): «Israel: Reproduction and Abortion: Law and Policy», *The Law Library of Congress*. <https://www.loc.gov/law/help/il-reproduction-and-abortion/israel-reproduction-and-abortion.pdf>. (21.12.2021).

GÓMEZ FERNÁNDEZ, I. (2020): «Incertidumbres y algunas certezas sobre la gestación subrogada en Portugal: descripción normativa y respuestas jurisprudenciales», *RGDC*, n.º 31, pp. 1-41.

GONZÁLEZ CARRASCO, M.^a C. (2017): «Gestación por sustitución: ¿regular o prohibir?», *Revista CESCO*, n.º 22, pp. 117-131.

HARDING, M. (2013): «Ireland», en TRIMMINGS, K. y BEAUMONT, P. (eds.) *International Surrogacy Arrangements. Legal Regulation at the International Level*, Hart Publishing, Oxford and Portland-Oregon, pp. 219-230.

INTERNATIONAL SOCIAL SERVICE (SERVICIO SOCIAL INTERNACIONAL) (2021), *Principles for the protection of the rights of the child born through surrogacy (Verona principles)*, Geneva, Switzerland, https://www.iss-si.org/images/Surrogacy/VeronaPrinciples_25February2021.pdf (14.4.2022).

JONES, H. (2019): «Contracts for Children: Constitutional Challenges to Surrogacy Contracts and Selective Reduction Clauses», *Hastings Law Journal*, vol. 70 (febrero), pp. 595-620.

JORQUI AZOFRA, M. (2020): «La difícil conciliación de la gestación por sustitución en nuestro ordenamiento jurídico con los derechos fundamentales involucrados», *Derecho Privado y Constitución*, n.º 37, pp. 381-426

KEYES, M. (2019): «Surrogacy in Australia», en SCHERPE, J. M.; FENTON-GLYNN, C.; KAAAN, T. (eds.) *Eastern and Western Perspectives on Surrogacy*, Intersentia, Cambridge-Antwerp-Chicago, pp. 85-114.

KHAZOVA, O. (2019): «Surrogacy in Russia», en SCHERPE, J. M.; FENTON-GLYNN, C.; KAAAN, T. (eds.) *Eastern and Western Perspectives on Surrogacy*, Intersentia, Cambridge-Antwerp-Chicago, pp. 281-306.

LAMM, E. (2013): *Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada, ni alquiler de vientres*, Universitat de Barcelona, Barcelona.

LAZCOZ MORATINOS, G. (2018): «Acerca de la constitucionalidad o no, de la maternidad subrogada: Sentencia 225/2018 del Tribunal Constitucional portugués», *Dilemata*, n.º 28, pp. 137-151.

MARRADES PUIG, A. (2017): «El debate sobre la gestación subrogada en España: entre el deseo, la dignidad y los derechos», *REDF*, n.º 30, pp. 153-177.

MÚRTULA LAFUENTE, V. (2021): «El difícil equilibrio en el tratamiento jurídico de la gestación por sustitución: una propuesta de regulación desde los derechos de la mujer gestante», en BUSTOS MORENO, Y. y MÚRTULA LAFUENTE, V. (coords.) *El Derecho civil ante los nuevos retos planteados por las técnicas de reproducción asistida*, Dykinson, Madrid, pp. 319-377.

MÚRTULA LAFUENTE, V. (2022): «La determinación de la filiación “contra legem” del nacido en el extranjero por gestación por sustitución: otra forma de tener hijos atendiendo a la voluntad procreacional, la posesión de estado y el interés superior del menor», *AJI*, Extra 16 (en preparación).

OCHOA RUIZ, N. (2021): «Tribunal Europeo de Derechos Humanos: Asunto c. Fjölnisdóttir y otros c. Islandia, demanda n.º 71552/17, sentencia de 18 de mayo de 2021», *Revista Aranzadi Doctrinal*, n.º 9/2021.

PALACIOS, M. (2019): «Gestación de sustitución (1984-2019)», en LLEDÓ YAGÜE, F. (dir.); GUTIÉRREZ BARRENENGOA, A. (coord.) *Gestación subrogada. Principales cuestiones civiles, penales, registrales y médicas. Su evolución y consideración (1988-2019)*, Dykinson, Madrid, pp. 3-24.

QUICIOS MOLINA, S. (2021 a): «La respuesta de los ordenamientos jurídicos, que prohíben la gestación por sustitución, a las demandas de inscripción de los hijos de nacionales nacidos en el extranjero: El caso español», en GONZÁLEZ MARTÍN, N. (ed.) *Filiación, gestación por sustitución, responsabilidad parental e interés superior de la niñez: Perspectivas de derecho comparado*, UNAM, México, pp. 175-208.

QUICIOS MOLINA, S. (2021 b): «Reproducción asistida y modos de determinación legal de la filiación: parto, presunciones, reconocimientos, posesión de estado... e interés

superior del menor», en BUSTOS MORENO, Y. y MÚRTULA LAFUENTE, V. (coords.) *El Derecho civil ante los nuevos retos planteados por las técnicas de reproducción asistida*, Dykinson, Madrid, pp. 277-317.

REYES LÓPEZ, M.J. (2019): «El contrato de gestación subrogada en algunos países fuera de la Unión Europea», en LLEDÓ YAGÜE, F. (dir.); GUTIÉRREZ BARRENENGOA, A. (coord.) *Gestación subrogada. Principales cuestiones civiles, penales, registrales y médicas. Su evolución y consideración (1988-2019)*, Dykinson, Madrid, pp. 130-165.

SALAZAR BENÍTEZ, O. (2018): *La gestación para otros: Una reflexión jurídico-constitucional sobre el conflicto entre deseos y derechos*, Dykinson, Madrid.

SÁNCHEZ JORDÁN, M.^a E. (2020): «La necesaria doble aproximación a la gestación subrogada. En particular, de los olvidados contratos de gestación por sustitución», *InDret*, n.º 4, pp. 116-146.

SHAKARGY, S. (2013): «Israel», en TRIMMINGS, K. y BEAUMONT, P. (eds.) *International Surrogacy Arrangements. Legal Regulation at the International Level*, Hart Publishing, Oxford and Portland-Oregon, pp. 231-246.

SCHUZ, R. (2019): «Surrogacy in Israel», en SCHERPE, J. M.; FENTON-GLYNN, C.; KAAAN, T. (eds.) *Eastern and Western Perspectives on Surrogacy*, Intersentia, Cambridge-Antwerp-Chicago, pp. 165-184.

VAQUERO PINTO, M.^a J. (2018): «¿Debe admitirse y regularse la gestación por sustitución?», en BARBER CÁRCAMO, R.; QUICIOS MOLINA, S.; VERDERA SERVER, R. (coords.) *Retos actuales de la filiación*, Asociación de Profesores de Derecho civil, Tecnos, Madrid, pp. 229-268.

VELA SÁNCHEZ, A. J. (2015): *Gestación por encargo: Tratamiento judicial y soluciones prácticas. La cuestión jurídica de las madres de alquiler*, Reus, Madrid.

VELA SÁNCHEZ, A. J. (2018 a): «Y el sueño se convirtió en pesadilla: el Tribunal Constitucional Portugués declara la inconstitucionalidad de la legislación sobre gestación por sustitución (I). A propósito de la STC portugués n.º 225/2018, de 24 de abril», *Diario La Ley*, n.º 9237, 12 de julio de 2018.

VELA SÁNCHEZ, A. J.: (2018 b): «Y el sueño se convirtió en pesadilla: el Tribunal Constitucional Portugués declara la inconstitucionalidad de la legislación sobre gestación

por sustitución (y II). A propósito de la STC portugués n.º 225/2018, de 24 de abril», *Diario La Ley*, n.º 9250, 3 de septiembre de 2018.

VILAR GONZÁLEZ, S. (2018): *La gestación subrogada en España y en el derecho comparado*, Wolters Kluwer, Madrid.

ZERVOGIANNI, E. (2019): «Surrogacy in Greece», en SCHERPE, J. M.; FENTON-GLYNN, C.; KAAAN, T. (eds.) *Eastern and Western Perspectives on Surrogacy*, Intersentia, Cambridge-Antwerp-Chicago, pp. 147-164.

Relación jurisprudencial

Tribunal Europeo de Derechos Humanos

STEDH, Secc. 5.ª, 26 junio 2014, *caso Menneson contra Francia* (JUR 2014, 176908).

STEDH, Secc. 5.ª, 26 junio 2014, *caso Labassee contra Francia* (JUR 2014, 176905).

STEDH, Secc. 2.ª, 8 julio 2014, *caso D. y otros contra Bélgica* (HUDOC 29176, 13).

STEDH, Secc. 5.ª, 21 julio 2016, *caso Foulon y Bouvet contra Francia* (TEDH 2016, 61).

STEDH, Secc. 5.ª, 19 enero 2017, *caso Laborie contra Francia* (JUR 2017, 14349).

STEDH, Gran Sala, 24 enero 2017, *caso Paradiso y Campanelli* (JUR 2017, 25806).

STEDH, Secc. 5.ª, 16 julio 2020, *caso D. contra Francia* (JUR 2020, 214195).

STEDH, Secc. 3.ª, 18 mayo 2021, *caso Valdís Fjölnisdóttir y otros contra Islandia* (JUR 2021, 157056).

Tribunal Supremo

STS 277/2022, 31 marzo 2022 (RJ 2022, 1190)

STS (Pleno) 835/2013, 6 febrero 2014 (RJ 2014, 833).

ATS (Pleno) 2 febrero 2015 (RJ 2015, 141).

STS (Pleno) 881/2016, 25 octubre 2016 (RJ 2016, 6167).

STS (Pleno) 953/2016, 16 noviembre 2016 (RJ 2016, 6152).

STS (Sala de lo Social, Sección 1.ª), 1002/2017. 14 diciembre 2017 (RJ 2017, 5889).

STS (Sala de lo Social, Sección 1.ª), 1005/2017. 14 diciembre 2017 (RJ 2017, 6015).

STS (Sala de lo Social, Sección 1.ª), 277/2018. 13 marzo 2018 (RJ 2018, 1518).

STS (Sala de lo Social, Sección 1.ª), 347/2018. 22 marzo 2018 (RJ 2018, 1414).

STS (Pleno) 277/2022. 31 marzo 2022 (JUR 2022, 119236).

Audiencias Provinciales

SAP Valencia, Secc.10.ª, 826/2011, 23 noviembre 2011 (AC 2011, 1561).

SAP Barcelona, Secc. 1.ª, 618/2019, 28 noviembre 2019 (JUR 335488).

SAP Madrid, Secc. 22.ª, 947/2020, 1 diciembre 2020 (JUR 2021, 55934).

AAP Barcelona, Secc. 18.ª, 104/2021, 17 marzo 2021 (JUR 2021, 169793).

SAP Barcelona, Secc. 12.ª, 220/2021, 6 abril 2021 (JUR 2021, 192738).

SAP Islas Baleares, Secc. 4.ª, 207/2021, 27 abril 2021 (JUR 2021, 163294).

Juzgados de Primera Instancia

SJPI n.º 15 Valencia 15 septiembre 2010 (AC 2010, 1707).