

---

# La iniciativa legislativa popular para la regulación de la gestación por subrogación en España: un estudio desde la función del notario en el contrato de gestación por sustitución\*

› LORENA SALES PALLARÉS\*\*

RESUMEN: este artículo tiene por objeto analizar la iniciativa legislativa popular para regular la gestación por subrogación en España, en la que se propone regular esta figura contractual garantizando los derechos de todas las partes intervinientes en el proceso, haciendo recaer esta función en la figura del notario. Se estudiará si las funciones propias del notario hacen posible esta propuesta o si habría que realizar cambios, bien en la propuesta de ley, bien en las funciones notariales.

PALABRAS CLAVE: gestación por subrogación, función notarial, iniciativa legislativa popular.

*Popular Legislative Initiative for Spain Surrogacy:  
A Study of the Role of Notary in Contract Surrogacy*

ABSTRACT: This article analyzes the Popular Legislative Initiative to regulate surrogacy in Spain. It is proposed to regulate this contractual figure guaranteeing

---

\* Fecha de recepción: 18 de julio de 2016. Fecha de aceptación: 31 de octubre de 2016. Para citar el artículo: L. SALES PALLARÉS, “La iniciativa legislativa popular para la regulación de la gestación por subrogación en España: un estudio desde la función del notario en el contrato de gestación por sustitución”, *Revista de Derecho Privado*, Universidad Externado de Colombia, n.º 31, julio-diciembre de 2016, 89-108. DOI: <http://dx.doi.org/10.18601/01234366.n31.04>

\*\* Profesora titular (A) de Derecho Internacional Privado en la Universidad de Castilla-La Mancha, Facultad de Ciencias Sociales, España. Contacto: Lorena.Sales@uclm.es

the rights of all parties involved in the process by bringing this feature in the figure of the notary. Therefore, this article analyzes this notarial tutelage of the surrogacy contract. It will consider whether the functions of the Notary make possible this proposal or if it would be necessary to make changes either in the draft law on notary functions well.

KEYWORDS: Surrogacy, notary function, popular legislative initiative.

Sumario: Introducción. I. ¿Cómo hemos llegado a esto? La situación en España: desde el “*caso o*” hasta ayer. II. Posiciones encontradas y enfrentadas. III. El notario como pieza central del nuevo paradigma. A. El notario y la maternidad subrogada. Conclusiones. Bibliografía.

## Introducción

Las leyes nacen a golpes de realidad, o al menos, la mayor parte de las veces; el derecho surge de la necesidad de regular una situación social que o bien nunca se había tenido que regular o bien se había regulado de un modo muy distinto. Tal vez estamos en ese momento justo, tratando de crear un punto de inflexión para llevar al legislador a dotar de trascendencia jurídica una realidad social como la maternidad gestacional subrogada o gestación de sustitución<sup>1</sup>.

Ser padres en este siglo XXI nunca ha sido más fácil y, al mismo tiempo más difícil, al menos en España. Incapaz de adaptarse a esta evolución que pocos imaginaron o previeron en su amplitud y velocidad, el actual derecho de familia se ha hecho ilegible, y la respuesta del legislador español ha sido diversa y dispersa, como lo ha señalado la doctrina<sup>2</sup>.

La maternidad ha supuesto, legalmente hablando, una pieza angular del derecho de familia. A pesar de los avances de la ciencia en el campo de la reproducción humana asistida, como lo reconoce la Ley 14/2006, de Técnicas de

1 Como pone de relieve SOUTO GALVÁN, B., “Aproximación al estudio de la gestación de sustitución desde la perspectiva del bioderecho”, en *Foro, Nueva época*, n.º 1/2005, 275-292, ni siquiera existe un consenso sobre la denominación de esta práctica, y aunque la mayoría de la doctrina ha optado por el término “maternidad subrogada”, es más correcta la de “gestación de sustitución” ya que es la que se adecua más a la realidad que comprende. A pesar de estar de acuerdo con la autora, en nuestro trabajo utilizaremos predominantemente el término maternidad subrogada por ser el de uso más habitual.

2 Así, p. ej., BLANCO-MORALES LIMONES, P., “Una filiación: tres modalidades de establecimiento. La tensión entre la ley, la biología y el afecto”, en *Bitácora Millennium DIPr: Derecho Internacional Privado*, n.º 1, 2015, 1-16, en concreto, 4, disponible en: <http://www.millenniumdipr.com/ba-4-una-filiacion-tres-modalidades-de-establecimiento-la-tension-entre-la-ley-la-biologia-y-el-afecto>

Reproducción Humana Asistida (en adelante, LTRHA)<sup>3</sup>, un principio sigue inmutable en nuestro derecho: *mater semper certa est*. Sin embargo, ello empieza a cuestionarse cada vez más desde distintos frentes.

Dentro de este planteamiento la figura del notario aparece como eje principal, en el sentido de que la regulación de la maternidad por medio de un contrato de gestación por sustitución se podría hacer por vía notarial, por lo que será el notario quien controle el proceso y las garantías frente a todas las partes. Con independencia de si finalmente la iniciativa legislativa popular (en adelante, ILP) sale adelante, vamos a detenernos a analizar este hipotético contrato desde la función del notario. Al hilo de ello también plantearémos la cuestión sobre la manera de proteger a las partes de este contrato, y en este sentido parece evidente que es preciso llevar a cabo una reforma legislativa para que los derechos de todos los implicados en un contrato de gestación por sustitución queden garantizados, fundamentalmente los del niño que, sin ser parte del mismo, es su principal afectado<sup>4</sup>.

## I. ¿Cómo hemos llegado a esto? La situación en España: desde el “*caso o*” hasta ayer

Antes de entrar en la cuestión principal, para entender el motivo por el cual surge esta ILP, es conveniente conocer la realidad a la que se enfrentan quienes han concebido a sus hijos mediante la maternidad subrogada.

A pesar de lo que se pueda creer, al menos desde un punto de vista jurídico, es ilusorio pensar que la vida familiar es hoy en día menos institucional que en el pasado<sup>5</sup>. Indiferente a los avances en derechos y garantías, en biología o reproducción humana asistida, la creación de una familia aún depende de lo que para

3 Sin querer ser exhaustivos sobre los debates que suscitó esta ley, pueden verse SOUTO PAZ, J. A., “El Informe Palacios y la Ley de Reproducción Asistida”, en *Régimen jurídico-privado de la reproducción asistida en España: el proceso legal de reformas*, Díaz Martínez, A. (coord.), 2006, 187-196; COLLADO NUÑO, M. J., “La nueva ley de reproducción asistida humana: aspectos civiles”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, n.º 11, dedicado a “Legislación sobre reproducción asistida: novedades”, 2006, 125-180; Cobacho Gómez (dir.), *Comentarios a la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida*, Cizur Menor, Thomson-Aranzadi, 2007; Lledó Yagüe, F. (dir.), *Comentarios científico-jurídicos a la Ley sobre técnicas de reproducción humana asistida*, Madrid, Dykinson, 2007.

4 DURÁN AYAGO, A., “Una encrucijada judicial y una reforma legal por hacer: problemas jurídicos de la gestación por sustitución en España. A propósito del auto del Tribunal Supremo de 2 de febrero de 2015”, en *Bitácora Millennium DIPr: Derecho Internacional Privado*, n.º 2, 2015, 50-63, en concreto, 63, disponible en: <http://www.millenniumdipr.com/ba-26-una-encrucijada-judicial-y-una-reforma-legal-por-hacer-la-gestacion-por-sustitucion>

5 Como bien señala BLANCO-MORALES LIMONES, “Una filiación: tres modalidades de establecimiento”, cit., 2.

el legislador es o debe ser<sup>6</sup>. Y ello implica incluso seguir discutiendo la noción de familia o quién y cómo pueden formarla<sup>7</sup>.

En este sentido, el que hemos denominado “*caso o*”<sup>8</sup> supuso el inicio de un largo proceso, que propició la Resolución de la Dirección General del Registro y del Notariado (en adelante, DGRN) de 18 de febrero de 2009<sup>9</sup>. En ella se estimó el recurso interpuesto por un matrimonio español entre dos varones, quienes tuvieron a sus hijos gemelos mediante un procedimiento de gestación por sustitución en California. El recurso tenía fundamento en la negativa, por parte del encargado del Registro Civil consular español en Los Ángeles, de ins-

- 
- 6 Observa críticamente BLANCO-MORALES LIMONES, ob. cit., 13, que aunque el legislador español modificó el Código Civil en 2005 para permitir el matrimonio entre personas del mismo sexo, “*falta el coraje necesario para asumir los cambios sociales que introdujo*” (cursiva nuestra). De hecho, solo un año después de esta reforma del Código Civil, en 2006 vio la luz la LTRHA, donde se impuso la prohibición de estos contratos *ex* artículo 10 (véase FERRER VANRELL, M.<sup>a</sup> P., “La prohibición de la ‘maternidad subrogada’ del artículo 10 de la ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida: especial referencia al ‘acuerdo de gestación’ prestado por pareja homosexual”, en *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Enrique Lalaguna Domínguez*, Alventosa del Río, J. y Moliner Navarro, R. M.<sup>a</sup> (coords.), vol. 1, 2008, 461-476), cercenando indirectamente la posibilidad de ser padres biológicos a los matrimonios compuestos por dos varones.
- 7 SALES PALLARÉS, L., “La adopción internacional por parejas del mismo sexo: reflexiones desde el derecho internacional privado”, en *La Obra Jurídica del Consejo de Europa (En conmemoración del 60 aniversario del Consejo de Europa)*, Fernández Sánchez, P. A. (ed.), Sevilla, Gandulfo, 2010, 580 ss.; MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J., “Derecho a contraer matrimonio y derecho a fundar una familia”, en *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea: comentario artículo por artículo*, Mangas Martín, A. y González Alonso, L. N. (coords.), 2008, 244-255; VELÁZQUEZ GARDETA, J. M., “El derecho a contraer matrimonio y el derecho a fundar una familia. Una perspectiva actual dados los recientes cambios sociales y legislativos”, en *La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y su reflejo en el ordenamiento jurídico español: Europar Batasunen oinarritzko eskubideen gutuna eta bere islada espainiar ordenamendu juridikoan*, 2014, 177-192.
- 8 Nos referimos al *caso o* no porque con anterioridad no se hayan dado supuestos de maternidad subrogada, sino porque es a raíz de este caso que la DGRN, con una resolución y una instrucción, puso en la palestra el tema. Sobre este caso, SALES PALLARÉS, L., “La determinación de la filiación de los menores concebidos en el extranjero mediante maternidad subrogada”, en *Retos de la abogacía ante la sociedad global*, Gisbert Pomata, M. y Serrano Molina, A. (coords.), Carretero González, C. y De Montalvo Jääskeläinen, F. (dirs.), 2012, 1731-1744.
- 9 La misma se encuentra disponible en: [http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/1292338-959779?blobheader=application%2Fpdf&blobheadername1=Content-Disposition&blobheadername2=ResolucionDGRN&blobheadervalue1=attachment%3B+filename%3DResoluciones\\_de\\_07-01-2009\\_a\\_28-02-2009.pdf&blobheadervalue2=1288774538248,372](http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/1292338-959779?blobheader=application%2Fpdf&blobheadername1=Content-Disposition&blobheadername2=ResolucionDGRN&blobheadervalue1=attachment%3B+filename%3DResoluciones_de_07-01-2009_a_28-02-2009.pdf&blobheadervalue2=1288774538248,372) ss., consultado el 29 de septiembre de 2015. También en RJ 2009, 1735. Sobre esta resolución pueden consultarse entre otros los siguientes comentarios: CALVO CARAVACA, A.-L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., “Gestación por sustitución y derecho internacional privado: Consideraciones en torno a la Resolución de la DGRN de 18 de febrero de 2009”, en *Cuadernos de Derecho Transnacional*, octubre 2009, vol. 1, n.º 2, 294-319; FARNÓS AMORÓS, E., “Inscripción en España de la filiación derivada del acceso a la maternidad subrogada en California”, *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, n.º 1, 2010, 1-25; QUIÑONES ESCÁMEZ, A., “Doble filiación paterna de gemelos nacidos en el extranjero mediante maternidad subrogada: en torno a la RDGRN de 18 de febrero de 2009”, *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, n.º 3, 2009, 1-41; HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, A., “Determinación de la filiación de los nacidos en el extranjero mediante gestación por sustitución: ¿hacia una nueva regulación legal en España?”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 6, n.º 2, 2014, 147-174.

cribir a los niños en el Registro Civil español por considerar que la gestación por sustitución –medio por el que se intuía que habían nacido pues en el acta de nacimiento de los menores constaban los dos como padres sin aportar resolución de adopción– contrariaba el orden público internacional español, aludiendo al artículo 10.1 LTRHA<sup>10</sup>.

Estimado el recurso e inscritos así los menores como hijos del matrimonio, el Ministerio Fiscal impugnó esta resolución, la cual terminó siendo anulada por la Sentencia de 15 de septiembre de 2010 del Juzgado de Primera Instancia de Valencia, número 15<sup>[11]</sup>, y confirmada por la Audiencia Provincial de Valencia, el 23 de noviembre de 2011<sup>[12]</sup>. La DRGN publicaba en octubre de 2010<sup>[13]</sup> otra instrucción intentando revertir la situación así creada. Recurrida ante el Tribunal Supremo, este confirmó el 6 de febrero de 2014<sup>[14]</sup> la no inscripción de los me-

- 
- 10 El recurrente artículo recoge la prohibición expresa por el legislador español de estos contratos en los siguientes términos: art. 10.1: “Será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convinga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero”.
- 11 SJPI Valencia (RJ 2010, 25). Comentando la misma, DE VERDA Y BEAMONTE, J. R., “Inscripción de hijos nacidos mediante gestación por sustitución (a propósito de la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 15 de Valencia, de 15 de septiembre de 2010)”, *La Ley*, n.º 7501, 2010.
- 12 SAP Valencia (RJ 2011, 5738). VELA SÁNCHEZ, A. J., “De nuevo sobre la regulación del convenio de gestación por sustitución o de maternidad subrogada en España: a propósito de la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 23 de noviembre de 2011”, *La Ley*, n.º 7815, 2012.
- 13 El 7 de octubre de 2010 se publicó en el *BOE* la Instrucción de 5 de octubre de 2010, *sobre el régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución*, dictada después de que el Juzgado de Valencia dejara sin efectos la inscripción en el Registro Civil declarando que la maternidad subrogada está prohibida taxativamente por la legislación española *ex* artículo 10.1 LTRHA. En principio se pretendía dar seguridad jurídica para que los menores así nacidos tuvieran acceso al Registro Civil español cuando uno de los progenitores fuera de nacionalidad española. Al mismo tiempo se trataba de impedir que la inscripción registral otorgara una apariencia de legalidad a supuestos de tráfico internacional de menores, además de evitarse la vulneración del derecho del menor a conocer su origen biológico. De los requisitos de esta instrucción se ocupan DÍAZ ROMERO, M.ª DEL R., “La gestación por sustitución en nuestro ordenamiento jurídico”, *La Ley*, n.º 7527, 14 de diciembre de 2010; DE VERDA Y BEAMONTE, J. R., “Inscripción de hijos nacidos mediante gestación por sustitución (a propósito de la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 15 de Valencia, de 15 de septiembre de 2010)”, *La Ley*, n.º 7501, 2010, 6-8. Asimismo, se refiere a la normativa contenida en esta Instrucción, VELA SÁNCHEZ, A. J., “La gestación por sustitución o maternidad subrogada: el derecho a recurrir a las madres de alquiler”, *La Ley*, n.º 7608, 2011. También CALVO CARAVACA A.-L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ J., “Notas críticas en torno a la instrucción de la Dirección general de los registros y del Notariado de 5 octubre 2010 sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 3, n.º 1, 2011, 247-262.
- 14 STS (RJ 2014, 247). Sobre esta sentencia, VELA SÁNCHEZ, A. J., “Soluciones prácticas para la eficacia en España de un convenio de gestación por encargo: de nuevo a propósito de la STS de 6 de febrero de 2014”, *La Ley*, n.º 8309, 2014; MUÑOZ DE DIOS SÁEZ, L., “La gestación por sustitución: un fraude a la adopción (tras la sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014)”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, n.º 18, dedicado a “Las fronteras del derecho biosanitario”, 2014, 289-329; PANIZA FULLANA, A., “Gestación por sustitución e inscripción de la filiación en el Registro Civil español: la Sentencia del Tribunal Supremo

nores, resolución que a su vez recurrieron los padres obteniendo recientemente una nueva negativa a inscribir la filiación derivada del convenio de gestación por sustitución<sup>15</sup>, de manera que para formalizar la relación jurídica de filiación solo podrán acudir a la acción de reclamación de la paternidad biológica (*ex art. 10.3.º LTRHA*) o a la institución de la adopción<sup>16</sup>.

Aunque el espejismo casi fue real, ni siquiera la doctrina del TEDH<sup>17</sup> ha hecho cambiar esto, ya que este auto sostiene que la interpretación mantenida a lo largo

.....

- de 6 de febrero de 2014”, *Aranzadi civil-mercantil. Revista doctrinal*, vol. 2, n.º 1, 2014, 59-67; ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, A. y CARRIZO AGUADO, D., “Tratamiento legal del contrato de gestación por sustitución en el derecho internacional privado español a la luz de la STS de 6 de febrero de 2014. Dime niño, ¿de quién eres...?”, *La notaría*, n.º 2, 2014, 59-75; DURÁN AYAGO, A., “Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil Pleno, 835/2013, de 6 de febrero de 2014 (ROJ STS 247/2014): gestación por sustitución: problemas en la determinación de la filiación en España”, *Ars Iuris Salmanticensis*, vol. 2, n.º 2, 2014, 277-279; BLANCO-MORALES LIMONES, P. y DURÁN AYAGO, A., “La cara y la cruz de la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014 sobre gestación por sustitución”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, n.º 881, 20 de marzo de 2014, 2; BLANCO-MORALES LIMONES, “Una filiación: tres modalidades de establecimiento”, cit.; CORRAL GARCÍA, E., “Los menores nacidos mediante gestación por sustitución no pueden ser inscritos en el Registro Civil. Comentario a la STS de 6 de febrero de 2014”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n.º 744, 2014, 1910-1923; HEREDIA CERVANTES, I., “Sentencia de 6 de febrero de 2014. Inscripción de relación de filiación derivada del recurso a gestación por sustitución en el extranjero”, *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, n.º 96, 2014, 177-214; PRESNO LINERA, M. A. y JIMÉNEZ BLANCO, P., “Libertad, igualdad, ¿maternidad? La gestación por sustitución y su tratamiento en la jurisprudencia española y europea”, *Civitas. Revista española de Derecho Europeo*, n.º 51, 2014, 9-44.
- 15 Tribunal Supremo, Auto del 2 de febrero de 2015 (RJ 2015, 335). Sobre este auto, VELA SÁNCHEZ, A. J., “Erre que erre, el Tribunal Supremo niega la inscripción de la filiación de los hijos nacidos de convenio de gestación por sustitución: a propósito del Auto del Tribunal Supremo de 2 de febrero de 2015”, *La Ley*, n.º 8600, de 8 de septiembre de 2015; DURÁN AYAGO, A., “Una encrucijada judicial y una reforma legal por hacer: la gestación por sustitución. A propósito del auto del Tribunal Supremo de 2 de febrero de 2015”, *Bitácora Millennium DIPP: Derecho Internacional Privado*, n.º 2, 2015, 50 ss.; DE MIGUEL ASENSIO, P. A., “El nuevo auto del Tribunal Supremo sobre gestación por sustitución y la evolución de la jurisprudencia europea”, disponible en: <http://pedrodemiguelasensio.blogspot.com.es/2015/03/el-nuevo-auto-del-tribunal-supremo.html> Consultado el 29 de septiembre de 2015; VAQUERO LÓPEZ, C., “La denegación de acceso al Registro Civil español de la filiación derivada de un contrato de gestación por sustitución a la luz de la jurisprudencia del TEDH: comentario del ATS de 2 de febrero de 2015”, *Aranzadi Civil*, n.º 982, 2015; FULCHIRON, H. y GUILARTE MARTÍN-CALERO, C., “Algunas reflexiones sobre la sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014 a la luz de la condena de Francia por el TEDH (Sentencias *Labassée* y *Menesson* de 26 de junio de 2014)”, *Aranzadi civil-mercantil. Revista doctrinal*, vol. 2, n.º 3, 2015, 67-108.
- 16 Los recurrente han planteado ante el Tribunal Constitucional un recurso al fallo sin que tengamos conocimiento a fecha actual de la admisión del mismo. Para una visión global de todo este *iter* judicial véase DURÁN AYAGO, A., “El acceso al Registro Civil de certificaciones registrales extranjeras a la luz de la ley 20/2011: relevancia para los casos de filiación habida a través de gestación por sustitución”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, n.º 12, 2012, 265-308.
- 17 Nos referimos a las sentencias del TEDH de 26 de junio de 2014, en los asuntos *Menesson c. Francia* (n.º 65192/11) y *Labassée c. Francia* (n.º 65941/11), disponibles respectivamente en: <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-145179> y <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-145180> Sobre estas véanse los comentarios de DURÁN AYAGO, A.,

del discurrir del *caso o* no vulnera derechos fundamentales en el sentido con el cual los ha interpretado el TEDH y, por lo tanto, la STS protege adecuadamente el interés de los menores y la unidad familiar en la que puedan estar integrados los menores.

No es el caso de valorar el auto del Tribunal Supremo<sup>18</sup>, sino de poner en evidencia que, con este panorama, en España es del todo imposible inscribir a un menor nacido en virtud de un contrato de gestación subrogada.

“Nota a las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, casos *Mennesson c. France* (n.º 65192/11) y caso *Labassee c. France* (n.º 65941/11) de 26 de junio de 2014: interés superior del menor y gestación por sustitución”, *Ars Iuris Salmanticensis*, vol. 2, n.º 2, 2014, pp. 280-282; ÍD., “Primeras impresiones sobre las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, casos *Mennesson y Labassee*, dictadas el 26 de junio de 2014”, disponible en: <http://www.gestacion-subrogada.com/interpretacion-sentencia-tedh> Consultado el 29 de septiembre de 2015; LAMM, E., “Gestación por sustitución. La importancia de las sentencias del Tribunal Europeo de derechos humanos y su impacto”, *Ars Iuris Salmanticensis*, vol. 2, n.º 2, 2014, pp. 43-50; ROURA, S., “Nota de urgencia sobre las decisiones en los casos *Mennesson c. Francia* y *Labassee c. Francia* de 26 de junio de 2014”, disponible en: <http://www.gestacion-subrogada.com/interpretacion-sentencia-tedh> Consultado el 29 de septiembre de 2015; VELA SÁNCHEZ, A. J., “Los hijos nacidos de convenio de gestación por sustitución ‘pueden’ ser inscritos en el Registro Civil español: a propósito de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 26 de junio de 2014”, *La Ley*, n.º 8415, 2014.

El 27 de enero de 2015 el TEDH volvió de nuevo sobre el tema en el asunto *Paradiso et Campanelli c. Italia* (n.º 25358/12) –disponible en: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-151056->, aunque con matices de fondo. En este asunto el matrimonio italiano compuesto por la Sra. Donatina Paradiso y el Sr. Giovanni Campanelli optó por realizar un contrato de gestación por sustitución en la Federación Rusa, como consecuencia del cual nació en febrero de 2011 un bebé que, de acuerdo con la legislación rusa, fue inscrito como hijo de la Sra. Paradiso y del Sr. Campanelli sin indicación de que había nacido por vía de un acuerdo de maternidad subrogada. En abril de 2011 el Consulado de Italia en Moscú entregó los documentos que permitían al menor viajar a Italia. Ya en territorio italiano, el padre solicitó sin éxito a la autoridad municipal de su localidad de residencia la inscripción del nacimiento del niño. Por su parte, el Consulado de Italia en Moscú informó al Tribunal de Menores, al Ministerio de Asuntos Exteriores y a las autoridades locales que el expediente sobre el nacimiento del niño contenía información falsa. Así las cosas, en mayo de 2011, ambos progenitores fueron acusados de alteración del estado civil y de incumplir la legislación italiana e internacional sobre adopción. La Fiscalía del Tribunal de Menores solicitó la apertura de un procedimiento para dar al niño en adopción puesto que, de acuerdo con la legislación italiana, había sido abandonado. Ante esta situación, los progenitores solicitaron en agosto de 2011 una prueba de ADN, que desgraciadamente reveló que el Sr. Campanelli no era el padre biológico del niño, lo que llevó al Tribunal de Menores a retirar el menor al matrimonio y someterlo a tutela. El niño fue colocado en un hogar de acogida y en enero de 2013 fue entregado en adopción, recibiendo un nuevo certificado de nacimiento indicándose en el mismo que había nacido de padres desconocidos.

A raíz de todo ello el matrimonio Paradiso-Campanelli demandó en su nombre y en el del niño nacido en Rusia, en virtud de un contrato de gestación por subrogación, al Estado italiano por infringir el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, sobre el derecho a la vida familiar, ante la negativa de aquel de inscribir en el Registro Civil el certificado emitido por las autoridades rusas y que reconoce a los esposos como padres del niño. Aunque la resolución recaída condena finalmente a Italia al pago de una indemnización por la violación del artículo 8 CEDH, también afirma que la injerencia del Estado italiano está justificada legalmente, aunque no supera el parámetro del principio de proporcionalidad al retirar al menor de la compañía de sus “padres” e iniciar los trámites de adopción, cuya aplicación viene informada por el interés superior del menor.

18 Para ello consideramos imprescindible la lectura en este sentido de DURÁN AYAGO, “Una encrucijada judicial”, cit., 55 ss.

Por si este panorama no era ya poco alentador, y como bien señala Durán Ayago, el Consejo de Ministros aprobaba en junio de 2014 un Proyecto de Reforma de la Ley 20/2011, del Registro Civil<sup>19</sup>, que ponía las cosas más difíciles para estos casos. Retirada la enmienda<sup>20</sup> (aunque debido en buena medida a la interpretación que el Tribunal Supremo ha realizado de las sentencias del TEDH), en la Ley 19/2015, de 13 de julio, *de medidas de reforma administrativa en el ámbito de la Administración de Justicia y del Registro Civil*, ha desaparecido toda mención a la gestación por sustitución<sup>21</sup>.

Es difícil saber que pasará mañana vista la maraña judicial del tema, incluso es difícil saber en qué punto se encuentra el debate actualmente<sup>22</sup>, razón por la cual hemos preferido escenificar este decorado que justifica la necesidad de una ILP, curándonos en salud, y presentar la cronología desde el *caso o* hasta “ayer”.

## II. Posiciones encontradas y enfrentadas

Es del todo innecesario reiterar los encendidos debates que la maternidad subrogada ha generado. Puntos en los que sentirse identificado con los partidarios y con los detractores podríamos encontrar todos, tanto en un debate jurídico como en uno bioético o médico<sup>23</sup>. Alejándonos de las posturas más beligerantes de ambas posiciones podemos llegar a una conclusión simple: la prohibición legal vigente en España no ha hecho que los españoles que precisan recurrir a esta técnica de reproducción asistida<sup>24</sup> dejen de hacerlo<sup>25</sup>, por lo que habrá que buscar una solución para esos menores, hijos de españoles, que se encuentran en este limbo jurídico.

Si la prohibición no es la respuesta, y no lo es vistos los hechos expuestos en apartados precedentes, la solución pasa, bien por simplemente dar validez a las

19 Disponible en: [http://www.congreso.es/public\\_oficiales/L10/CONG/BOCG/A/BOCG-10-A-101-1.PDF](http://www.congreso.es/public_oficiales/L10/CONG/BOCG/A/BOCG-10-A-101-1.PDF) Y véase, comentando el texto, DURÁN AYAGO, A., “Valoración del proyecto presentado por el gobierno para regular la filiación de los niños nacidos por gestación subrogada”, disponible en: <http://www.gestacion-subrogada.com/valoracion-proyecto-de-ley-registro>

20 Véase una narración más completa de los hechos en DURÁN AYAGO, A., “Gestación por sustitución. Y de repente el PSOE...”, disponible en: <http://diarium.usal.es/aduran/2015/06/01/gestacion-por-sustitucion-y-de-repente-el-psoe/>

21 BOE n.º 167, de 14 de julio de 2015.

22 Ilustra muy bien esta situación DURÁN AYAGO, “Una encrucijada judicial”, cit., pp. 62, nota 27.

23 Un buen reflejo de esto puede verse en SOUTO GALVÁN, “Aproximación al estudio de la gestación por sustitución”, cit., p. 279 y, sobre todo, 283 ss., donde reflexiona sobre el debate ético-jurídico de esta figura.

24 Véase en el mismo sentido Flores Rodríguez, J., “Gestación por sustitución: la metamorfosis del parentesco”, *La Ley, Derecho de Familia*, 14 de julio de 2014.

25 Para enero de 2015, las agencias de gestación subrogada que funcionan en España preveían que durante ese año unas 1.800 parejas optarían por la gestación por subrogación para traer al mundo a sus hijos. Véase: [http://politica.elpais.com/politica/2015/01/24/actualidad/1422116335\\_391939.html](http://politica.elpais.com/politica/2015/01/24/actualidad/1422116335_391939.html)

inscripciones realizadas en el extranjero si son de un Estado donde esta práctica está regulada<sup>26</sup>, y por tanto permitir la entrada en el Registro Civil español a estos menores sin reexaminar la determinación de su filiación, o bien por regular sustantivamente estos contratos en nuestro ordenamiento jurídico.

No es descabellado dar entrada a esta figura ya que en el ámbito europeo tanto el Reino Unido<sup>27</sup> como Grecia<sup>28</sup> la tienen contemplada<sup>29</sup>. Hemos de reconocer, sin embargo, que en Francia también hubo intensos debates sobre la posibilidad de su legalización con ocasión de la reforma de las leyes sobre bioética<sup>30</sup>. Si bien en un primer momento se emitió un informe positivo y se propuso ante el Senado un reconocimiento de esta realidad<sup>31</sup>, tras ser objeto de dos años

26 Lo que es una solución a medias ya que razones económicas impulsan a realizar estos contratos en Estados donde existe un vacío legal (como India, p. ej.), por lo que quedarían de nuevo al margen de solución alguna. En este sentido véase VELA SÁNCHEZ, J., “Soluciones prácticas para la eficacia en España de un convenio de gestación por encargo: de nuevo a propósito de la STS de 6 de febrero de 2014”, *La Ley*, n.º 8309, 13 de mayo de 2014.

27 Desde 1985, con la *Surrogacy Arrangements Acts, 1985*, de 16 de julio, modificada por la Ley de 1.º de noviembre de 1990, existe regulación para estos contratos. En el año 2008 se produjo una modificación sobre la *Human Fertilisation and Embryology Act, 2008*, en vigor desde abril de 2009, de modo que se extendió la posibilidad de esta práctica a las parejas civiles homosexuales y se añadió la exigencia de la domiciliación de al menos uno de los padres en el Reino Unido.

28 Grecia representa el modelo más restrictivo de legislación permisiva, esto es, admitiendo la gestación por sustitución, es con diferencia uno de los más restrictivos en cuanto a su acceso. La primera regulación se hizo vía artículo 1458 c.c. griego, introducido por el artículo 8 de la Ley 3089/2002, de 19 de diciembre, sobre la reproducción humana asistida, donde se establecía: “La transferencia de óvulos fecundados a otra mujer y la gestación por ésta está permitido mediante una autorización judicial emitida antes de la transferencia, existiendo un acuerdo escrito y, sin ningún beneficio económico, entre las partes implicadas, es decir, entre las personas que desean tener un hijo y la madre subrogada y, en caso de que esta última esté casada, también por su marido. La autorización judicial es emitida tras la solicitud de la mujer que quiere tener un hijo, siempre que pruebe que es médicamente incapaz de concebir, además del hecho de que la madre subrogada se encuentra en buen estado de salud y es capaz de concebir”. Una modificación posterior del artículo 1464 c.c. griego consagró el principio de prevalencia de la verdad biológica para los casos de maternidad subrogada, estableciendo que “en los casos de inseminación artificial en los que hay una gestante, siempre que se cumplan las condiciones del art. 1458, se presume que la comitente que haya obtenido la autorización del tribunal es la madre del niño”. Tres años más tarde, la Ley 3305/2005, de aplicación de la reproducción médica asistida, introducía más requisitos que habían de producirse para celebrar de manera lícita el proceso, así como las sanciones penales que se establecían para los casos de subrogación que no respetaran lo fijado en los anteriores preceptos.

29 De igual manera, Suecia admite la maternidad subrogada siempre que no exista remuneración económica, de modo que para sancionar la celebración de un convenio de maternidad subrogada oneroso prohíbe a la madre que pagó los servicios adoptar con posterioridad al menor nacido, aun cuando este sea genéticamente de dicha madre (Ley 1140/1984, de 20 de diciembre, en vigor desde el 1.º de marzo de 1985).

30 *Loi n.º 2004-800 du 6 août 2004 relative à la bioéthique*, disponible en: <http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT00000441469>

31 En este texto se consideraba que la práctica de la maternidad subrogada “podía ser legalizada sólo como instrumento al servicio de la lucha contra la esterilidad, con el mismo título que otras técnicas de asistencia médica a la procreación”; texto disponible en: <http://www.senat.fr/leg/pplog-234.html>

de intensos debates, el proyecto de ley fue objeto de discusión por la Asamblea Nacional aprobándose sin levantar la prohibición de la gestación subrogada en Francia. Aunque la revisión de las leyes de bioética es obligatoria cada cinco años a fin de adaptar el derecho a la evolución de la ciencia y de la sociedad, no se prevé ningún cambio sustancial sobre esta materia.

Así las cosas, no parece descabellado plantear una regulación de la materia toda vez que incluso en el plano internacional la propia Conferencia de La Haya lleva desde el año 2010 recabando información para la elaboración de un texto multilateral que aborde las cuestiones de la filiación y la maternidad subrogada<sup>32</sup>.

### III. El notario como pieza central del nuevo paradigma

En febrero de 2013 la Asociación por la Gestación Subrogada en España tomaba la iniciativa y presentaba una ILP para regular en España la maternidad subrogada<sup>33</sup>. No es esta sin embargo la primera vez que se propone una ley reguladora del convenio de gestación por sustitución<sup>34</sup>, aunque sí es la primera vez que la propuesta trasciende la doctrina para buscar desde la sociedad civil una respuesta legal al limbo jurídico en el que se mantienen los menores así concebidos.

Apuntaba Vela Sánchez que, a falta de regulación positiva, “la solución legislativa provisional sería la de introducir una enmienda al Proyecto de Ley de Medidas de Reforma Administrativa en el Ámbito de la Administración de Justicia y del Registro Civil, en el sentido de recoger expresamente el reconocimiento de la filiación jurídica derivada de resolución judicial extranjera, respetándose la identidad del menor y la de los padres que constan en la partida de nacimiento del país donde nació”<sup>35</sup>.

Podría haber sido efectivamente la solución, aunque fuera transitoria, pero con la publicación este verano de la Ley 19/2015, *de medidas de reforma admi-*

32 Los trabajos sobre *Les questions de droit international privé concernant le statut des enfants, notamment celles découlant des conventions de maternité de substitution à caractère international* de la Conferencia de La Haya están disponibles en: [http://www.hcch.net/index\\_fr.php?act=text.display&tid=178](http://www.hcch.net/index_fr.php?act=text.display&tid=178)

33 Toda la información sobre la Asociación está disponible en: <http://gestacionsubrogadaenespana.es>

34 En este sentido véase VELA SÁNCHEZ, A. J., *La maternidad subrogada: estudio ante un reto normativo*, Granada, Comares, 2012, donde se expone y propone (67 ss.) un marco legal para el convenio de gestación por sustitución. Véase también, de este autor: “Comentario a la iniciativa legislativa popular para la regulación de la gestación por subrogación en España”, *La Ley*, n.º 8457, 13 de enero de 2015; “Soluciones prácticas para la eficacia en España”, *cit.*; “Propuesta de regulación del convenio de gestación por sustitución o de maternidad subrogada en España”, *La Ley*, n.º 7621, 3 de mayo de 2011; “La gestación por sustitución o maternidad subrogada: el derecho a recurrir a las madres de alquiler”, *La Ley*, n.º 7608, 11 de abril de 2011; “Problemas prácticos del convenio de gestación por sustitución o de maternidad subrogada en nuestro ordenamiento jurídico”, *Revista de Derecho de Familia: Doctrina, Jurisprudencia, Legislación*, n.º 53, 2011, 67-86.

35 VELA SÁNCHEZ, “Comentario a la iniciativa legislativa popular”, *cit.*, p. 2.

*nistrativa en el ámbito de la Administración de Justicia y del Registro Civil*<sup>36</sup>, esta posibilidad queda cerrada ya que, si bien modifica algunos artículos de la LTRHA<sup>37</sup> y del Código Civil, nada se ha hecho para solucionar el problema del reconocimiento de la filiación de los hijos nacidos en el extranjero mediante maternidad subrogada al mantener el artículo 10 intacto y no introducir en apartado alguno ninguna salvedad<sup>38</sup>.

Viendo por tanto cercenada esa posibilidad, queda volver la mirada hacia las propuestas que la doctrina y la ciudadanía nos presentan. Tenemos ante nosotros pues dos textos que trataremos de desgranar siguiendo la estela de la figura notarial<sup>39</sup>, aunque antes de esto reflexionaremos brevemente sobre el alcance y significado de optar por la figura del notario en este contexto.

### A. El notario y la maternidad subrogada

Supeditar el control de la redacción y firma de un contrato a la figura del notario no debería sorprender a nadie, ya que la función notarial encuentra su fundamento en la seguridad jurídica que proporciona, siendo así su fundamento más firme y directo<sup>40</sup>. El notario en el siglo XXI no es un mero redactor de documentos, sino que estamos ante cualificados profesionales que, además de ser garantes de la seguridad jurídica, controlan la legalidad de lo que por sus manos pasa, e informan a los otorgantes, sobre todo a la parte contractual más débil, del contenido del contrato de que se trate. Esto es, en nuestro contrato de maternidad subrogada el notario controla los requisitos legalmente establecidos protegiendo a la parte débil al deber explicarle de modo claro y razonado las consecuencias y efectos de la firma del contrato.

Ahora bien, no estamos ante cualquier contrato, ni por el objeto ni por los efectos que va a desplegar frente a las partes y terceros. Es más, una parte fundamental del contrato ni siquiera es parte en él: el menor gestado en la madre subrogada. Tal vez por esto, no debiera alertarnos la no injerencia judicial en el sentido de la no intervención judicial en el procedimiento de firma del contrato. Si bien es cierto que en el panorama jurídico al que estamos acostumbrados la presencia de un juez (o un fiscal) es inherente en la medida que hay un menor en presencia, no lo es menos que en esta tipología contractual no hay menor alguno.

36 Ley 19/2015, de 13 de julio, de medidas de reforma administrativa en el ámbito de la Administración de Justicia y del Registro Civil, *BOE* de 14 de julio de 2015.

37 La disposición final quinta modificará los artículos 7.3, 8.2 y 9.3 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida a partir del 15 de octubre de 2015.

38 Como ya señalaba GARAU JUANEDA, F. al comentar la publicación de la ley, en: <http://conflictus-legum.blogspot.com.es/2015/07/boe-de-1472015-la-reforma-semanal-de-la.html>

39 Para hacer más sencilla la comparación atenderemos tan solo al texto de la ILP y a la propuesta de VELA SÁNCHEZ anteriormente mencionada, que citaremos como la propuesta doctrinal.

40 LARA ORTIZ, M.<sup>a</sup> L., *Derecho notarial para Registros*, Ed. RN, 2009, 5.

Por lo tanto, optar por un sistema judicial al estilo de la legislación californiana no es necesario pudiendo ejercer las funciones de garante de los derechos de las partes el notario.

Centrándonos en todo caso en lo que nos ocupa, esto es, exponer brevemente las funciones que desarrollarían los notarios en el contrato de maternidad subrogada, la propuesta doctrinal se inicia con el concepto de acuerdo de gestación por sustitución (art. 1), donde se determina que “es un negocio jurídico especial de Derecho de Familia, oneroso o gratuito, formalizado en *documento público notarial...*”<sup>41</sup>.

Estimamos fundamental la intervención del notario, no solo en cuanto fedatario de la seguridad jurídica y garantía de las partes, sino porque su participación, aunque sea veladamente, parece obedecer a las directrices que la Instrucción de 5 de octubre de 2010 marcó<sup>42</sup> y que, recordemos de nuevo, mantiene su vigencia a pesar de los avatares jurisprudenciales<sup>43</sup>. Es cierto que en ningún momento la Instrucción hace alusión alguna a esta circunstancia<sup>44</sup>, en el sentido de que no entra en la valoración formal del contrato formalizado en el extranjero. Sin embargo, y partiendo del hecho de que nos encontramos ante un contrato de especial trascendencia jurídica por el objeto y los intereses en juego, debería en España exigirse la escritura pública notarial<sup>45</sup>. Abunda en este sentido el artículo 2, bajo la rúbrica *Forma del convenio de gestación por sustitución y obligaciones del Notario interviniente*<sup>46</sup>.

41 VELA SÁNCHEZ, *La maternidad subrogada*, cit., 127 en relación con 74 ss. La cursiva es nuestra.

42 Véase nota 13 del presente trabajo.

43 La DGRN emitió un Informe el pasado 11 de julio de 2014, en relación al régimen registral de la filiación de los nacidos fuera de España mediante gestación por sustitución, y tras la sentencia del TS de 6 de febrero de 2014, que rechazaba dicha inscripción, estableciendo que “en el estado legislativo y jurisprudencial actual, la Instrucción de 5 de octubre de 2010, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución está plenamente vigente, por lo que debe seguir siendo aplicada por los Registros Civiles españoles a fin de determinar la inscribibilidad del nacimiento y filiación en los casos que entran en su ámbito de aplicación, sin que la Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014 constituya un obstáculo legal para ello”.

44 Las únicas menciones que realizan sobre las posibles formalidades contractuales las podemos encontrar en la Exposición de Motivos, donde se refiere al “cumplimiento de los requisitos de perfección” del contrato, y en la Directriz Primera, apartado 3.a), donde se exige la “autenticidad formal [...] de cualesquiera otros documentos que se hubieran presentado”.

45 Estamos totalmente de acuerdo con VELA SÁNCHEZ, *La maternidad subrogada*, cit., 77, de quien tomamos la idea.

46 Art. 2 de la propuesta doctrinal: “*Forma del convenio de gestación por sustitución y obligaciones del Notario interviniente*. 1. El convenio de gestación por sustitución se formalizará en documento público notarial, realizado con anterioridad al embarazo de la mujer gestante generado mediante inseminación artificial. 2. El Notario interviniente deberá constatar el cumplimiento de todos los presupuestos y recabará todas las certificaciones legalmente establecidas”.

Con esto conseguiríamos un doble objetivo: por un lado, aliviar el colapso judicial al no exigir la intervención judicial en la elaboración y firma del contrato, y por otro, garantizar para todas las partes implicadas las debidas garantías.

Por su parte, la ILP contempla en su artículo 1.2 apartado d)<sup>47</sup>, en relación con el artículo 6<sup>[48]</sup>, la misma provisión, de modo que el contrato de gestación por subrogación se otorgará ante notario. La ILP aprovecha para fijar los requisitos legales del contrato<sup>49</sup> así como todas circunstancias a las que el notario ha de atender.

Pocas diferencias hay entre ambas propuestas, ya que las dos coinciden en apostar por la intervención del notario y por que sea este quien, de acuerdo con la legislación notarial vigente, constate todas las circunstancias/requisitos exigidos a las partes, todo ello garantizado con su intervención como fedatario público. En este extremo la propuesta doctrinal sí explicita<sup>50</sup> la obligatoriedad de dar fe pública de la aceptación libre y consciente de la mujer gestante al contrato gestacional celebrado, junto con la obligación de requerir (y entendemos que verificar) la aportación de los certificados médicos legalmente exigibles.

En este punto hay una notable diferencia, en el sentido de que mientras la propuesta doctrinal exige al notario interviniente la constancia de una certificación médica que confirme la imposibilidad de gestación por la comitente<sup>51</sup>,

47 Art. 1.2.d) ILP: "... se entiende por: [...] d) Contrato de gestación por subrogación. Documento público por el que una pareja –formada por personas de igual o diferente sexo– o una persona, acuerdan o acuerda con una mujer que ésta será la gestante por subrogación".

48 Art. 6 ILP: "*El contrato de gestación por subrogación*. 1. La mujer gestante por subrogación y el progenitor o progenitores subrogantes deberán otorgar ante notario –con carácter previo a cualquier aplicación de una técnica de reproducción humana asistida– el contrato de gestación por subrogación, redactado con sujeción a la presente Ley, y al que necesariamente se anexará el justificante de la inscripción de la mujer gestante por subrogación en el Registro. También antes de cualquier aplicación de una técnica de reproducción humana asistida, el contrato deberá ser presentado ante el Registro nacional de gestación por subrogación".

49 Art. 6 *in fine* ILP: "El contrato de gestación por subrogación contendrá, como mínimo, las siguientes previsiones:

"a) Compensación económica que percibirá la mujer gestante por subrogación y forma y modo de percepción.

"b) Técnicas de reproducción humana asistida que se emplearán.

"c) Forma, modo y responsables médicos del seguimiento del proceso de gestación y previsión del lugar del parto.

"d) Designación de tutor, de acuerdo con lo prevenido en el artículo 223 del Código Civil.

"e) Detalles del seguro al que hace referencia el artículo 3.5 de la presente Ley".

50 Art. 3 propuesta doctrinal: "*Consentimiento e irrevocabilidad*: 1. El Notario interviniente deberá verificar especialmente que el consentimiento de la mujer gestante se ha obtenido de forma libre y voluntaria, sin incurrir en error, dolo, violencia o intimidación".

51 Art. 4 de la propuesta doctrinal: "*Presupuestos exigibles a los padres o madres intervinientes*. [...] 2. Respecto de la mujer o mujeres interesadas, debe acreditarse, mediante certificación médica expedida por dos especialistas independientes, la imposibilidad biológica del embarazo o de llevarlo a cabo sin peligro grave para su salud o la del niño".

la ILP<sup>52</sup> se muestra más laxa y solo exige que se hayan agotado otras técnicas de reproducción humana asistida, o que estas resulten incompatibles.

Matices al margen, la dificultad para el notario va a ser la misma, ya que en todo caso la comprobación de que se cumple con el presupuesto contractual primordial de infecundidad queda en manos de terceros (los especialistas independientes), con pocas posibilidades por su parte de hacer una mera comprobación documental. Tal vez, y enlazando con las obligaciones de los centros de reproducción asistida<sup>53</sup>, y aunque pensando en la determinación y alcance legal del material genético aportado por los comitentes, podría exigirse a los centros (¿homologados tal vez?) que lleven a cabo contratos de maternidad subrogada, que también tuvieran que expedir los correspondientes certificados médicos aclaratorios de la infecundidad de la comitente.

En este punto la ILP prevé la creación de un Registro de gestación por subrogación a nivel nacional<sup>54</sup>, de modo que, adscrito al Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, permitiera<sup>55</sup> el registro administrativo de las mujeres que desearan ser gestantes por subrogación. También se encargaría, en una sección específica, de registrar los contratos de gestación por subrogación que se otorgaran.

La idea sería ofrecer la posibilidad a los progenitores subrogantes de dirigirse al Registro para que este les facilitara la identidad de una persona idónea que desee ser mujer gestante por subrogación, previa autorización expresa de esta.

Este planteamiento requeriría un reglamento que desarrollara los requisitos para la inscripción en este Registro de las mujeres que quisieran ser gestantes por subrogación, así como la existencia de una institución pública encargada de supervisar su estricto cumplimiento.

Además, este Registro debería estar siempre en conexión con el Notariado<sup>56</sup>, pues a este cuerpo corresponde, como ya se ha indicado, la intervención en la

52 Art. 2 ILP: “*Condiciones personales de la aplicación de la técnica.* [...] 2. El progenitor o progenitores subrogantes deberán haber agotado o ser incompatibles con otras técnicas de reproducción humana asistida”.

53 Art. 14 propuesta doctrinal: “*Obligaciones y responsabilidades.* 2. En su caso, deberán expedir certificación de la aportación de material reproductor del comitente o comitentes y trasladarla al Notario autorizante del convenio para su verificación e incorporación al mismo”.

54 Art. 11 ILP.

55 En realidad el texto de la ILP va más allá del mero registro y plantea en el artículo 11.1 *in fine* que “en cualquier caso, para suscribir en calidad de mujer gestante por subrogación un contrato de gestación subrogada será condición estar inscrita en el Registro”.

56 El desarrollo reglamentario de la ILP tendría que ir encaminado precisamente a este fin, determinar las funciones y relaciones que entre Registro y Notariado deberían establecerse. Es de tenerse en cuenta también que junto con la distribución de tareas y obligaciones entre estos órganos, debiera garantizarse la protección de los derechos de todas las partes implicadas. Y posiblemente esta sea la parte más difícil, encontrar el justo equilibrio para todos los implicados.

celebración del convenio gestacional y la comprobación rigurosa de los presupuestos legalmente fijados.

## Conclusiones

Pocas conclusiones quedan por desvelar, porque desde el inicio todo impele hacia la necesidad de legislar, de acomodar un marco normativo a una realidad que concierne ya no a famosos cantantes o estrellas de cine, sino a individuos anónimos y particulares que intentan hacer tangible el derecho a formar una familia. Es importante, antes de empezar este debate, echar la mirada atrás y reflexionar teniendo en cuenta que “*todos estamos potencialmente sometidos a las carencias y contradicciones de una regulación de la familia que, pese a haber repudiado enérgicamente la aciaga época del estigma a las madres solteras y los bastardos, tiene ante sí la ingente tarea de instituir un derecho de la filiación a la vez común y pluralista*”<sup>57</sup>.

Quiero acabar recordando que quienes están impulsando la ILP lo hacen por un solo motivo: anhelan ser padres o madres. Cualquier esfuerzo que dedique cada uno de nosotros desde su modesta posición para contribuir a una reflexión renovada sobre las relaciones entre las ciencias y el derecho no debería ser menospreciado.

La figura del notario es piedra angular desde cualquiera de las dos propuestas que hemos comentado. Se erige en garante y defensor de los derechos en LID, al tiempo que permite una flexibilidad y cercanía que no trasluce de la judicatura. Quedan en todo caso muchas cuestiones sobre las que reflexionar al hilo de estos contratos, de los que esperamos poder seguir hablando.

## Bibliografía

ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, A. y D. CARRIZO AGUADO, “Tratamiento legal del contrato de gestación por sustitución en el derecho internacional privado español a la luz de la STS de 6 de febrero de 2014. Dime niño, ¿de quién eres...?”, *La notaría*, n.º 2, 2014, 59-75.

BLANCO-MORALES LIMONES, P. y A. DURÁN AYAGO, “La cara y la cruz de la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014 sobre gestación por sustitución”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, n.º 881, 20 de marzo de 2014, 2 ss.

BLANCO-MORALES LIMONES, P., “Una filiación: tres modalidades de establecimiento. La tensión entre la ley, la biología y el afecto”, en *Bitácora Millennium DIPr: Derecho Internacional Privado*, n.º 1, 2015, disponible en: <http://>

---

57 BLANCO-MORALES LIMONES, “Una filiación: tres modalidades de establecimiento”, cit., 16 (cursiva fuera de texto).

www.millenniumdipr.com/ba-4-una-filiacion-tres-modalidades-de-establecimiento-la-tension-entre-la-ley-la-biologia-y-el-afecto

- CALVO CARAVACA A.-L. y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Notas críticas en torno a la instrucción de la Dirección general de los registros y del Notariado de 5 de octubre de 2010 sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 3, n.º 1, 2011, 247-262.
- CALVO CARAVACA, A.-L. y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Gestación por sustitución y derecho internacional privado: consideraciones en torno a la Resolución de la DGRN de 18 de febrero de 2009”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, octubre de 2009, vol. 1, n.º 2, 294-319.
- COBACHO GÓMEZ, J. A. (dir.), *Comentarios a la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida*, Cizur Menor, Thomson-Aranzadi, 2007.
- COLLADO NUÑO, M. J., “La nueva ley de reproducción asistida humana: aspectos civiles”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, n.º 11, dedicado a “Legislación sobre reproducción asistida: novedades”, 2006, 125-180.
- CORRAL GARCÍA, E., “Los menores nacidos mediante gestación por sustitución no pueden ser inscritos en el Registro Civil. Comentario a la STS de 6 de febrero de 2014”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n.º 744, 2014, 1910-1923.
- DE MIGUEL ASENSIO, P. A., “El nuevo auto del Tribunal Supremo sobre gestación por sustitución y la evolución de la jurisprudencia europea”, disponible en: <http://pedrodemiguelasensio.blogspot.com.es/2015/03/el-nuevo-auto-del-tribunal-supremo.html>
- DE VERDA Y BEAMONTE, J. R., “Inscripción de hijos nacidos mediante gestación por sustitución (a propósito de la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 15 de Valencia, de 15 de septiembre de 2010)”, *La Ley*, n.º 7501, 2010.
- DÍAZ ROMERO, M.<sup>a</sup> DEL R., “La gestación por sustitución en nuestro ordenamiento jurídico”, *La Ley*, n.º 7527, 14 de diciembre de 2010.
- DURÁN AYAGO, A., “Una encrucijada judicial y una reforma legal por hacer: problemas jurídicos de la gestación por sustitución en España. A propósito del

auto del Tribunal Supremo de 2 de febrero de 2015”, en *Bitácora Millennium DIPr: Derecho Internacional Privado*, n.º 2, 2015, disponible en: <http://www.millenniumdipr.com/ba-26-una-encrucijada-judicial-y-una-reforma-legal-por-hacer-la-gestacion-por-sustitucion>

DURÁN AYAGO, A., “Gestación por sustitución. Y de repente el PSOE...”, disponible en: <http://diarium.usal.es/aduran/2015/06/01/gestacion-por-sustitucion-y-de-repente-el-psoe/>

DURÁN AYAGO, A., “Primeras impresiones sobre las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, casos *Mennesson y Labassee*, dictadas el 26 de junio de 2014”, disponible en: <http://www.gestacion-subrogada.com/interpretacion-sentencia-tedh>

DURÁN AYAGO, A., “Nota a las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, casos *Mennesson c. France* (n.º 65192/11) y caso *Labassee c. France* (n.º 65941/11) de 26 de junio de 2014: interés superior del menor y gestación por sustitución”, *Ars Iuris Salmanticensis*, vol. 2, n.º 2, 2014, 280-282.

DURÁN AYAGO, A., “Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil Pleno, 835/2013, de 6 de febrero de 2014 (ROJ STS 247/2014): gestación por sustitución: problemas en la determinación de la filiación en España”, *Ars Iuris Salmanticensis*, vol. 2, n.º 2, 2014, 277-279.

DURÁN AYAGO, A., “El acceso al Registro Civil de certificaciones registrales extranjeras a la luz de la ley 20/2011: relevancia para los casos de filiación habida a través de gestación por sustitución”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, n.º 12, 2012, 265-308.

DURÁN AYAGO, A., “Valoración del proyecto presentado por el gobierno para regular la filiación de los niños nacidos por gestación subrogada”, disponible en: <http://www.gestacion-subrogada.com/valoracion-proyecto-de-ley-registro>

FARNÓS AMORÓS, E., “Inscripción en España de la filiación derivada del acceso a la maternidad subrogada en California”, *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, n.º 1, 2010, 1-25.

FERRER VANRELL, M.<sup>a</sup> P., “La prohibición de la ‘maternidad subrogada’ del artículo 10 de la ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida: especial referencia al ‘acuerdo de gestación’ prestado por pareja homosexual”, en *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Enrique La-*

*laguna Domínguez*, J. Alventosa del Río y R. M.<sup>a</sup> Moliner Navarro (coords.), vol. 1, 2008, 461-476.

FLORES RODRÍGUEZ, J., “Gestación por sustitución: la metamorfosis del parentesco”, *La Ley, Derecho de Familia*, 14 de julio de 2014.

FULCHIRON, H. y C. GUILARTE MARTÍN-CALERO, “Algunas reflexiones sobre la sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014 a la luz de la condena de Francia por el TEDH (Sentencias *Labassée* y *Menesson* de 26 de junio de 2014)”, *Aranzadi civil-mercantil. Revista doctrinal*, vol. 2, n.º 3, 2015, 67-108.

GARAU JUANEDA, F., en: <http://conflictuslegum.blogspot.com.es/2015/07/boe-de-1472015-la-reforma-semanal-de-la.html>

HEREDIA CERVANTES, I., “Sentencia de 6 de febrero de 2014. Inscripción de relación de filiación derivada del recurso a gestación por sustitución en el extranjero”, *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, n.º 96, 2014, 177-214.

HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, A., “Determinación de la filiación de los nacidos en el extranjero mediante gestación por sustitución: ¿hacia una nueva regulación legal en España?”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 6, n.º 2, 2014, 147-174.

LAMM, E., “Gestación por sustitución. La importancia de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y su impacto”, *Ars Iuris Salmanticensis*, vol. 2, n.º 2, 2014, 43-50.

LARA ORTIZ, M.<sup>a</sup> L., *Derecho notarial para Registros*, Ed. RN, 2009.

LLEDÓ YAGÜE, F. (dir.), *Comentarios científico-jurídicos a la Ley sobre técnicas de reproducción humana asistida*, Madrid, Dykinson, 2007.

MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J., “Derecho a contraer matrimonio y derecho a fundar una familia”, en *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea: comentario artículo por artículo*, A. Mangas M. y L. N. González Alonso (coords.), 2008, 244-255.

MUÑOZ DE DIOS SÁEZ, L. F., “La gestación por sustitución: un fraude a la adopción (tras la sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014)”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, n.º 18, dedicado a “Las fronteras del derecho biosanitario”, 2014, 289-329.

- PANIZA FULLANA, A., “Gestación por sustitución e inscripción de la filiación en el Registro Civil español: la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014”, *Aranzadi civil-mercantil. Revista doctrinal*, vol. 2, n.º 1, 2014, 59-67.
- PRESNO LINERA, M. A. y P. JIMÉNEZ BLANCO, “Libertad, igualdad, ¿maternidad? La gestación por sustitución y su tratamiento en la jurisprudencia española y europea”, *Civitas. Revista española de Derecho Europeo*, n.º 51, 2014, 9-44.
- QUIÑONES ESCÁMEZ, A., “Doble filiación paterna de gemelos nacidos en el extranjero mediante maternidad subrogada: en torno a la RDGRN de 18 de febrero de 2009”, en *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, n.º 3, 2009, 1-41.
- ROURA, S., “Nota de urgencia sobre las decisiones en los casos Mennesson c. Francia y Labassee c. Francia de 26 de junio de 2014”, disponible en: <http://www.gestacion-subrogada.com/interpretacion-sentencia-tedh>
- SALES PALLARÉS, L., “La adopción internacional por parejas del mismo sexo: reflexiones desde el derecho internacional privado”, en *La Obra Jurídica del Consejo de Europa (En conmemoración del 60 aniversario del Consejo de Europa)*, P. A. Fernández Sánchez (ed.), Sevilla, Gandulfo, 2010, 580 ss.
- SALES PALLARÉS, L., “La determinación de la filiación de los menores concebidos en el extranjero mediante maternidad subrogada”, en *Retos de la abogacía ante la sociedad global*, M. Gisbert Pomata y A. Serrano Molina (coords.), C. Carretero González y F. de Montalvo Jääskeläinen (dirs.), 2012, 1731-1744.
- SOUTO GALVÁN, B., “Aproximación al estudio de la gestación de sustitución desde la perspectiva del bioderecho”, *Foro*, nueva época, n.º 1/2005, 275-292.
- SOUTO PAZ, J. A., “El Informe Palacios y la Ley de Reproducción Asistida”, en *Régimen jurídico-privado de la reproducción asistida en España: el proceso legal de reformas*, A. Díaz Martínez (coord.), 2006, 187-196.
- VAQUERO LÓPEZ, C., “La denegación de acceso al Registro Civil español de la filiación derivada de un contrato de gestación por sustitución a la luz de la jurisprudencia del TEDH: comentario del ATS de 2 de febrero de 2015”, *Aranzadi Civil*, n.º 982, 2015.
- VELA SÁNCHEZ, A. J., “Erre que erre, el Tribunal Supremo niega la inscripción de la filiación de los hijos nacidos de convenio de gestación por sustitución: a propósito del Auto del Tribunal Supremo de 2 de febrero de 2015”, *La Ley*, n.º 8600, 8 de septiembre de 2015.

- VELA SÁNCHEZ, A. J., “Comentario a la iniciativa legislativa popular para la regulación de la gestación por subrogación en España”, *La Ley*, n.º 8457, 13 de enero de 2015.
- VELA SÁNCHEZ, A. J., “Los hijos nacidos de convenio de gestación por sustitución ‘pueden’ ser inscritos en el Registro Civil español: a propósito de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 26 de junio de 2014”, *La Ley*, n.º 8415, 2014.
- VELA SÁNCHEZ, A. J., “Soluciones prácticas para la eficacia en España de un convenio de gestación por encargo: de nuevo a propósito de la STS de 6 de febrero de 2014”, *La Ley*, n.º 8309, 2014.
- VELA SÁNCHEZ, A. J., *La maternidad subrogada: estudio ante un reto normativo*, Granada, Comares, 2012.
- VELA SÁNCHEZ, A. J., “De nuevo sobre la regulación del convenio de gestación por sustitución o de maternidad subrogada en España: a propósito de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 23 de noviembre de 2011”, *La Ley*, n.º 7815, 2012.
- VELA SÁNCHEZ, A. J., “Propuesta de regulación del convenio de gestación por sustitución o de maternidad subrogada en España”, *La Ley*, n.º 7621, 3 de mayo de 2011.
- VELA SÁNCHEZ, A. J., “La gestación por sustitución o maternidad subrogada: el derecho a recurrir a las madres de alquiler”, *La Ley*, n.º 7608, 2011.
- VELA SÁNCHEZ, A. J., “Problemas prácticos del convenio de gestación por sustitución o de maternidad subrogada en nuestro ordenamiento jurídico”, *Revista de Derecho de Familia: Doctrina, Jurisprudencia, Legislación*, n.º 53, 2011, 67-86.
- VELA SÁNCHEZ, J., “Soluciones prácticas para la eficacia en España de un convenio de gestación por encargo: de nuevo a propósito de la STS de 6 de febrero de 2014”, *La Ley*, n.º 8309, 13 de mayo de 2014.
- VELÁZQUEZ GARDETA, J. M., “El derecho a contraer matrimonio y el derecho a fundar una familia. Una perspectiva actual dados los recientes cambios sociales y legislativos”, en *La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y su reflejo en el ordenamiento jurídico español: Europar Batasunaren oinarritzko eskubideen gutuna eta bere islada espainiar ordenamendu juridikoan*, 2014, 177-192.