

Efectos del incumplimiento del contrato de gestación por sustitución compensada en la filiación establecida por sentencia*

Effects of a breach of the compensated surrogacy contract on the filiation established by judgment

por

MARÍA JOSÉ CABEZUDO BAJO

Profesora titular de Derecho procesal

Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED)

RESUMEN: Un estudio exhaustivo de las consecuencias de la inobservancia del contrato de gestación por sustitución en relación con la filiación resulta complejo. El contenido que ha de tener cada contrato y los efectos de su incumplimiento se rigen por la ley del lugar de celebración del contrato y cada Estado ha regulado la gestación por sustitución conforme a su política legislativa. De todos los modelos existentes, en este trabajo,

* Este trabajo se ha realizado en el marco del proyecto de investigación titulado «Avances en la regulación española sobre la gestación por sustitución conforme al Derecho comparado», IMIENS 2019-004 financiado por el IMIENS (Instituto Mixto de Investigación-Escuela Nacional de Sanidad), cuyos IPs son María José CABEZUDO BAJO y José María ANTEQUERA VINAGRE.

tomaremos como referencia el ordenamiento jurídico de aquellos Estados que han previsto un sistema de gestación por sustitución con compensación y cuya filiación resultante se establece mediante sentencia.

Sobre la base de este modelo elegido, la cuestión que nos planteamos es si cualquiera de las partes puede incumplir alguna de sus cláusulas, con el propósito de alterar la piedra angular del mismo, esto es, el establecimiento de la filiación en favor de los padres de intención ante la renuncia libre e informada de la mujer gestante.

Ante esta cuestión, el objetivo de este trabajo es suministrar argumentos que contribuyan a fundamentar que el incumplimiento de alguna de las cláusulas de un contrato de gestación por sustitución por alguna de las dos partes firmantes no puede implicar un cambio en el establecimiento de la filiación. Y, ello, porque, si la modificación caprichosa del parecer de la mujer gestante o de los padres intencionales se permitiese tras su firma, se socavaría la previsibilidad del contrato de gestación por sustitución.

Tras dicho análisis expondremos unas conclusiones preliminares, habida cuenta que el logro de una respuesta más concluyente, exigiría adicionar al debate el análisis de los efectos por el incumplimiento del conjunto de las cláusulas comprendidas en un contrato de gestación por sustitución que inciden en la filiación y, en todo caso, implicaría el estudio pormenorizado de las consecuencias del incumplimiento del contrato de gestación por sustitución en relación con la filiación en todos y cada uno de los ordenamientos jurídicos nacionales de referencia que hemos elegido, lo que haremos en trabajos futuros.

ABSTRACT: An comprehensive study of the consequences of the non-observance with surrogacy contract in relation to filiation is complex. The content of each contract and the effects of non-compliance are governed by the law of the place where the contract is concluded and each State has regulated surrogacy in accordance with its legislative policy. From all the existing models, in this work, we will take as a reference the legal system of those States that has provided for a compensated surrogacy process and whose resulting affiliation is established by judgment.

Based on this chosen model, the question we ask ourselves is whether any of the parties can breach any of its clauses, with the purpose of altering its cornerstone, that is, the establishment of filiation in favor of the parents of intention under the free and informed resignation of the gestational carrier.

Faced with this question, the objective of this work is to provide arguments that help to substantiate that the breach of any of the clauses of a surrogacy contract by one of the two signatory parties cannot imply a change in the establishment of the affiliation. The reason is that if the capricious modification of the opinion of the gestational carrier or the intentional parents were allowed after their signature, the predictability of the surrogacy contract would be undermined.

After this analysis, we will present some preliminary conclusions, given that achieving a more conclusive answer would require further research on the effects of non-compliance with all affecting-filiation clauses included in a surrogacy contract and, in any case, it would imply a detailed study of the consequences of the breach of the surrogacy contract in relation to the affiliation in each and every one of the national legal systems of reference that we have chosen, which we will do in future works.

PALABRAS CLAVE: Gestación por sustitución. Padres de intención. Mujer gestante. Acuerdo de reproducción asistida de gestación por sustitución. Incumplimiento del contrato. Filiación.

KEY WORDS: *Surrogacy. Intended parents. Surrogate. Assisted reproduction agreement for gestational carriers. Breach of contract. Filiation.*

SUMARIO: I. JUSTIFICACIÓN DEL TRABAJO.—II. CRITERIOS PARA LA ELECCIÓN DEL MODELO DE REFERENCIA: 1. SIMILITUDES CON LAS TRHA REGULADAS Y AUTORIZADAS: CARÁCTER ALTRUISTA CON COMPENSACIÓN: A) *Carácter contractual de la donación de gametos y preembriones.* B) *Consentimiento informado.* C) *Exclusión del arrepentimiento o revocación en el consentimiento para la aplicación de las TRHA.* D) *Donación altruista con compensación.* E) *Aspectos relativos a la filiación acordada y sin posibilidad de revocación.* 2. LA REGULACIÓN DE LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN NACIONAL Y TRANSFRONTERIZA EN EL CONTEXTO DE LAS TRHA: ESTABLECIMIENTO DE LA FILIACIÓN MEDIANTE SENTENCIA: A) *Contrato de gestación por sustitución celebrado en España.* B) *Contrato de gestación por sustitución celebrado fuera de España.*—III. ELEMENTOS ESENCIALES DEL CONTRATO DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA DE GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN: 1. REQUISITOS SUBJETIVOS: LAS PARTES DEL CONTRATO. 2. REQUISITOS OBJETIVOS, FORMALES Y TEMPORALES.—IV. CONSECUENCIAS DEL INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA SOBRE GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN EN RELACIÓN CON LA FILIACIÓN.—V. CONCLUSIONES.—VI. RESOLUCIONES CITADAS.—VII. BIBLIOGRAFÍA.

I. JUSTIFICACIÓN DEL TRABAJO

La gestación por sustitución (en adelante, GS) es un tema muy controvertido que ha generado un amplio debate doctrinal¹ en el que se han

planteado y analizado cuestiones esenciales, de esta TRHA (en adelante, técnica de reproducción humana asistida), de naturaleza médica, psicológica, ético-jurídica y económica, que denota las muy distintas posiciones desde las que puede enfocarse esta técnica y las diversas posturas a las que se puede llegar. De todos estos aspectos, nosotros nos centraremos en las consecuencias del incumplimiento del contrato de gestación por sustitución previsto en aquellos Estados que establecen un modelo de *surrogacy* con compensación y, en concreto, de aquellas cláusulas cuya inobservancia podría incidir sobre la filiación acordada por las partes en dicho contrato.

Con carácter previo al desarrollo de los objetivos de este trabajo, justificaremos este estudio mediante el desarrollo de cinco cuestiones. Comenzaremos con la exposición del estado de la cuestión acerca del objeto de nuestro trabajo. Esta explicación, nos posibilitará, en segundo lugar, la identificación del principal problema que, a nuestro juicio, podría suscitar el incumplimiento de este contrato. Seguidamente, estableceremos nuestra hipótesis de partida sobre cómo solucionarlo, la metodología que utilizaremos y, finalmente, desarrollaremos las tareas necesarias para alcanzar el objetivo de este trabajo, lo que nos permitirá alcanzar unas conclusiones preliminares con las que podremos confirmar provisionalmente tal hipótesis.

Para comenzar con el estado de la cuestión, hemos de señalar que, un estudio exhaustivo de las consecuencias de la inobservancia del contrato de gestación por sustitución en relación con la filiación resulta complejo. El contenido que ha de tener cada contrato y los efectos de su incumplimiento se rigen por la ley del lugar de celebración del contrato y cada Estado en que puede firmarse un contrato ha regulado la gestación por sustitución conforme a su política legislativa. Ciertamente la piedra angular de todo contrato de GS firmado entre los padres de intención (en adelante, PIs) y la mujer gestante, con independencia de su lugar de celebración, es el establecimiento de la filiación del menor. Sin embargo, el modo en que puede acordarse dicha filiación en cada contrato dependerá de cómo el *Surrogacy Law* de cada Estado, en su conjunto, regule o, en su caso, establezca dos cuestiones.

La primera se refiere a la filiación misma, porque, por ejemplo, unos Estados la establecen en favor de los PIs antes del nacimiento del menor y otros después, lo que conlleva, en este segundo caso, que la mujer gestante no pueda cambiar su criterio tras el parto en relación a la renuncia previa a la filiación que firmó en el contrato. En tales casos, el contrato deberá redactarse conforme a la normativa que lo ampara. Pero, incluso, habiendo acordado la filiación en favor de los PIs tras la renuncia libre e informada de la mujer gestante en un Estado que no permita legalmente el arrepentimiento de la gestante y, desde luego, el de los PIs, pudiera ocurrir que la mujer gestante e, incluso, los PIs cambien de parecer sobre la filiación y, en

consecuencia, tenga lugar un incumplimiento en virtud del cual, la mujer gestante, pretenda asumir las obligaciones derivadas de la filiación a la que había renunciado, o los PIs intenten renunciar a los deberes derivados de la filiación que habían asumido.

La segunda cuestión alude a un conjunto de cláusulas relativas a aspectos médicos o jurídicos, que las partes han de incorporar al contrato para su cumplimiento durante la vigencia del mismo y cuya inobservancia podría incidir sobre la filiación. Es el caso, por ejemplo, de que las partes, habiendo pactado, conforme al correspondiente *Surrogacy Law*, que la mujer gestante no viajara en los últimos meses de gestación fuera de su Estado a otro lugar donde la GS no estuviera permitida, lo hiciera y el bebe naciera fuera del Estado establecido; o que los PIs hubieran acordado el nombramiento de un tutor para el menor en caso de muerte de los PIs y no lo hicieran y tuviera lugar este trágico hecho; o que convinieran la transferencia de un número de preembriones con la condición de reducir uno de ellos en caso de riesgo médico a lo largo de la gestación y la mujer gestante, aun habiendo riesgo médico, decidiese no reducir feto alguno con la intención de asumir su filiación; o que, en caso de malformaciones para el feto, hubieran acordado que la mujer gestante abortase, dentro de la legalidad del ordenamiento jurídico del Estado del lugar de celebración, y finalmente no lo hiciera y pretendiera asumir la filiación.

De acuerdo con ello, el incumplimiento del contrato y, en particular, de tales cláusulas incidirá sobre la filiación, pero, en todo caso, las consecuencias podrán variar en función de las previsiones legislativas y, en su caso, jurisprudenciales establecidas en cada Estado.

En este sentido, en el ámbito de las técnicas de reproducción humana asistida, los Estados han ido regulando el contrato de gestación por sustitución con un diferente alcance, de acuerdo a sus políticas legislativas. Excedería de nuestro trabajo el estudio de tales efectos respecto de cada uno de los ordenamientos jurídicos en cuyo marco pudiera celebrarse el contrato de gestación por sustitución. Sin embargo, sí sería factible hacerlo de un grupo de ellos. Para elegirlo, partiremos de los modelos existentes y tomaremos en cuenta el que se encuentre en mayor consonancia con el ordenamiento jurídico español, tanto en relación con las TRHA reguladas y autorizadas, como respecto a la gestación por sustitución, como TRHA no autorizada pero tolerada.

Para ello, partiremos del Informe Preliminar de 2012 sobre «*The issues arising from International Surrogacy Arrangements*» emitido por la Conferencia de La Haya sobre Derecho Internacional Privado², en virtud del cual se han distinguido cuatro modelos de *surrogacy*, que son los siguientes: en primer lugar, aquellos que han establecido legalmente la prohibición del contrato de *surrogacy*, como Alemania o España; por otro

lado, los que no han regulado expresamente la *surrogacy* pero tampoco la han expresamente prohibido, como algunos territorios de Australia o Brasil; asimismo, aquellos que expresamente han permitido y regulado ciertas formas de *surrogacy*, como alguna provincia de Canadá (Alberta) o de México (Tabasco); y, finalmente, y en cuarto término, los que, con un enfoque más permisivo, incluyen la *surrogacy* comercial, porque establece una compensación, como acontece en un gran número de Estados en USA, como indicaremos seguidamente.

De todos ellos, excluirémos el primero, por motivos obvios ya que el acuerdo de GS es nulo o está prohibido, y elegiremos el cuarto modelo que establece una gestación por sustitución con compensación porque consideramos que es la que más se alinea con la regulación de las técnicas de reproducción asistida reguladas y autorizadas en España mediante la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida (en adelante, LTRHA), que establecen su uso altruista con compensación, tal y como desarrollaremos en el punto II.

Como hemos indicado anteriormente, los Estados que establecen un modelo de *surrogacy* con compensación se encuentran esencialmente en USA, pero también en Ucrania o Rusia. De ellos, tomaremos exclusivamente como referencia USA porque en los Estados en los que está permitida o se practica la *surrogacy*, la filiación se establece, en todos ellos, mediante sentencia. Esta sería la segunda nota característica, junto con la compensación anteriormente indicada, de los Estados de referencia elegidos que está en sintonía con el ordenamiento jurídico español. En concreto, este segundo caso se sitúa en línea de la regulación de la GS no solo de carácter transfronterizo sino también de naturaleza nacional. En este sentido, como explicaremos en el punto II, esta garantía judicial es la que exige precisamente la Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010 cuya vigencia es respetada por la Instrucción de la DGRN de 8 de febrero de 2019, para ser aplicadas a los casos de gestación por sustitución transnacional: el Estado de origen ha de establecer la filiación mediante sentencia para que sea posible el reconocimiento incidental de dicha resolución judicial. Y, ello, sin olvidar la posibilidad de establecer la filiación en favor, al menos, del padre intencional mediante sentencia en los casos de GS nacional, en virtud del artículo 10.3 LTRHA.

A este respecto, hemos de comenzar señalando que no en toda USA la *surrogacy* está autorizada. Por el contrario, cabe indicar que, de los 50 estados que conforman USA, en unos la *surrogacy* está prohibida como en Michigan; en otros, el contrato entre los *intended parents* (en adelante, *IPs*) y la *surrogate* es nulo por lo que no se puede ejecutar, si bien la *surrogacy* se practica porque los tribunales dictan sentencias de paternidad, como en Arizona; un tercer grupo se compone de Estados que la permiten pero que pueden requerir

de procedimientos legales posteriores, como Illinois; y, finalmente, algunos Estados la permiten y se garantiza una *PBOrder* (en adelante, *PBO*) de paternidad en favor de los *IPs*. De todos ellos, nos centraremos esencialmente en el cuarto grupo porque, junto con el hecho de que la filiación se establece mediante sentencia, son Estados *Pre-Birth* (en adelante, *PB*), esto es, dicha sentencia se dicta antes del nacimiento del menor, lo que constituye una garantía adicional que otorga mayor seguridad a las partes y, esencialmente al menor porque cuando nace no lo hace en medio de un conflicto familiar, sino que su filiación ya está determinada legalmente.

En concreto, nos referimos a Nevada³, California⁴, Connecticut⁵, Distrito de Columbia⁶, Delaware⁷, Maine⁸, New Jersey⁹, New Hampshire¹⁰, Washington¹¹ y Vermont¹². Tales Estados regulan los requisitos que han de contenerse en el contrato de gestación por sustitución en su respectivo *Surrogacy Law*. Del estudio de tales ordenamientos jurídico cabe extraer las siguientes conclusiones esenciales y comunes a todos ellos: 1) la gestación por sustitución es susceptible de acuerdo a través de este contrato de GS y, por ello, es un contrato válido si se cumplen los requisitos establecidos en su *Surrogacy Law*; 2) las partes han de consentir de forma libre y voluntaria en la celebración del contrato con el contenido acordado, especialmente, en lo relativo a la filiación establecida en favor de los *IPs* tras la renuncia libre e informada de la mujer gestante; 3) se excluye legalmente la posibilidad de arrepentimiento o revocación del consentimiento dado en dicho contrato; 4) se establece una compensación razonable por la gestación dirigida a la mujer gestante; 5) la filiación se acuerda y se establece conforme a dicho acuerdo sin posibilidad de revocación y posteriormente se valida el contrato mediante sentencia; de hecho, para dificultar este cambio de posición respecto a lo firmado en el contrato es por lo que estos Estados establecen una *Pre-Bird Order* (en adelante *PBO*).

Expuesto lo anterior, lo cierto es que, como en cualquier otro contrato, las partes puede que incumplan algunas de sus cláusulas tras haberlo firmado de forma libre y habiendo sido informado de las consecuencias de su celebración. Así, por ejemplo, y como ya expusimos anteriormente, es posible que en el contrato se haya establecido la transferencia de tres preembiones y la reducción de uno de ellos si durante el embarazo se acreditase riesgo para la salud de la mujer gestante y, concurriendo dicho riesgo, la mujer gestante no accediera a dicha intervención con el fin de asumir la maternidad del futuro bebé; que los padres de intención se nieguen a asumir la filiación establecida en el contrato si tras una amniocentesis se indique una elevada probabilidad de que el concebido tenga síndrome de Down; o que la mujer gestante decida dar a luz en un Estado, distinto del acordado en el contrato, que no autorice la GS, con el propósito de ser su madre legal. Ciertamente, ha sido infrecuente en los Estados anteriormente mencionados

el incumplimiento de este tipo de cláusulas que pudieran provocar un cambio en la filiación pactada en el contrato conforme al *Surrogacy Law*, que no puede ser otra que la asumida por los IP tras la renuncia a ella de la mujer gestante. Sin embargo, dado que han surgido conflictos en alguna ocasión y, asimismo, ante la relevancia que este tema plantea en aquellos Estados, como España, en los que se establece la nulidad del contrato de GS porque *mater semper certa est*, es por lo que queremos destacar el problema que exponemos seguidamente.

En este sentido, la cuestión que nos planteamos es si, conforme al modelo de referencia elegido, cualquiera de las partes puede incumplir alguna de sus cláusulas, con el propósito de alterar la piedra angular del mismo, esto es, el establecimiento de la filiación en favor de los padres de intención ante la renuncia libre e informada de la mujer gestante.

Nuestra hipótesis es que el incumplimiento de alguna de las cláusulas de un contrato de gestación por sustitución por alguna de las dos partes firmantes no puede implicar un cambio en el establecimiento de la filiación. Y, ello, porque, si la modificación caprichosa de parecer de la mujer gestante o de los padres intencionales se permitiese tras su firma, se socavaría la previsibilidad del contrato de gestación por sustitución.

La metodología que utilizaremos para confirmar provisionalmente nuestra hipótesis de trabajo es esencialmente, el Derecho comparado y, particularmente, el *Surrogacy Law* de aquellos Estados donde se ha previsto un modelo de GS con compensación cuyo resultado es el establecimiento de la filiación mediante sentencia en favor de los IPs, pues es el modelo de referencia elegido para el desarrollo de este trabajo. Y, ello, como hemos indicado, habida cuenta que es el que más se acerca a la regulación española por dos motivos. El primero es porque las TRHA se regulan en España y autorizan de forma altruista con compensación. El segundo es debido a que la regulación española de la GS permite, en última instancia, la filiación en favor de los PIs siempre que una sentencia así lo establezca. Así, en el caso de la gestación por sustitución nacional, como técnica regulada y no autorizada, es posible el establecimiento de la filiación del padre intencional mediante sentencia según el artículo 10.3 LTRHA. En el supuesto de la GS transfronteriza, solo es posible el reconocimiento incidental de una sentencia extranjera de filiación en favor de los IPs, en virtud de las Instrucciones de la DGRN de 5 de octubre de 2010 y de 18 de febrero de 2019, si el Estado de origen estableció dicha filiación mediante sentencia. Y, en particular, nos centraremos, como ya hemos indicado, en aquellos Estados *PB* porque, como hemos señalado, son los que, a nuestro juicio, ofrecen la mayor seguridad jurídica posible a las partes firmantes y, especialmente, al menor.

Conforme a los problemas planteados, la hipótesis de partida establecida y a la metodología que utilizaremos, el objetivo de este trabajo es

suministrar argumentos que contribuyan a fundamentar que el incumplimiento de alguna de las cláusulas de un contrato de gestación por sustitución por alguna de las dos partes firmantes no puede implicar un cambio en el establecimiento de la filiación. Y, ello, porque, si la modificación caprichosa de parecer de la mujer gestante o de los padres intencionales se permitiese tras su firma, se socavaría la previsibilidad del contrato de gestación por sustitución. Para alcanzar este objetivo, llevaremos a cabo las siguientes tareas:

En primer lugar, expondremos con mayor detalle las razones por las que hemos elegido el modelo de gestación por sustitución con compensación cuya filiación se establece mediante sentencia previsto en algunos Estados de USA.

En segundo lugar, conforme a los ordenamientos jurídicos de referencia designados, que prevén una GS con compensación y la filiación resultante se fija mediante sentencia y, en concreto, dictada antes del nacimiento del menor (*PBO*), expondremos los elementos subjetivos, objetivos, temporales y formales del contrato de reproducción asistida de GS.

A continuación, analizaremos los efectos del incumplimiento del contrato de reproducción asistida de GS con compensación y, en concreto, de aquellas cláusulas que inciden sobre la filiación establecida mediante una sentencia, que es previa.

Finalmente, tras dicho análisis expondremos unas conclusiones preliminares habida cuenta que el logro de una respuesta más concluyente, exigiría adicionar al debate el análisis de los efectos por el incumplimiento del conjunto de las cláusulas comprendidas en un contrato de gestación por sustitución que inciden en la filiación y, en todo caso, implicaría el estudio pormenorizado de las consecuencias del incumplimiento del contrato de gestación por sustitución en relación con la filiación en todos y cada uno de los ordenamientos jurídicos nacionales de referencia que hemos elegido, lo que haremos en trabajos futuros.

II. CRITERIOS PARA LA ELECCIÓN DEL MODELO DE REFERENCIA

El objetivo en este apartado es justificar por qué nuestro modelo de referencia es aquel que establece un sistema de gestación por sustitución con compensación, cuya filiación se declara mediante sentencia dictada antes del nacimiento del menor, previsto en algunos Estados de USA. La razón es porque es el que más se asemeja al ordenamiento jurídico español en materia de TRHA autorizadas y de GS como TRHA, tanto de carácter nacional como transfronterizo. Para dar una respuesta más argumentada,

distinguiremos dos apartados. En el primero, analizaremos las similitudes que la regulación de las TRHA autorizadas en la Ley 14/2006, de 26 de mayo presenta en relación con los cinco elementos¹³ que, a nuestro juicio, caracterizan el *Surrogacy Law* de los Estados que hemos elegido como referencia en nuestro estudio, especialmente en relación con su carácter altruista con compensación. En el segundo, expondremos que la garantía que implica el establecimiento de la filiación en favor de los *IPs* en los Estados *PB* de referencia mediante sentencia se establece asimismo en la gestación por sustitución en España. En el caso de la GS nacional, aun cuando en principio no se admite que la filiación sea susceptible de acuerdo, porque se establece la nulidad del contrato de GS (art. 10.1 LTRHA), sin embargo, es posible que se le reconozca finalmente la filiación al padre intencional mediante sentencia (art. 10.3 LTRHA). En el supuesto de la GS transfronteriza, únicamente se admite el reconocimiento incidental de la decisión extranjera si dicha resolución es una sentencia en la que se establece la filiación previamente acordada en un contrato de GS celebrado fuera de España, esto es, acepta, desde el inicio, que la filiación puede ser objeto de acuerdo siempre que posteriormente dicho acuerdo se haya validado mediante sentencia.

1. SIMILITUDES CON LAS TRHA REGULADAS Y AUTORIZADAS: CARÁCTER ALTRUISTA CON COMPENSACIÓN

Para poner de relieve la sintonía existente entre el *Surrogacy Law* de los Estados de USA elegidos y la regulación española de las TRHA autorizadas, vamos a centrarnos en cinco de las notas que caracterizan, desde nuestro punto de vista, su ordenamiento jurídico y, especialmente, en la relativa a su carácter altruista con compensación.

A) Carácter contractual de la donación de gametos y preembriones

El artículo 5.1 LTRHA establece que la donación de gametos y preembriones para las finalidades autorizadas por esta Ley es un contrato gratuito, formal y confidencial. Sin embargo, no ha establecido que, en su virtud, el/la donante renuncia a la filiación.

Probablemente una razón que llevó al legislador a no efectuar esta expresa mención pudo ser que no quiso dejar de manifiesto que, siendo esta la esencia de este contrato, la filiación es disponible cuando existe una donación de gametos y preembriones, algo que los detractores de la GS critican sin reconocer que ya existe con las actuales TRHA cuando tienen lugar tales donaciones. Ciertamente, el legislador corrobora nuestra afirmación en el ar-

título 8 cuando dispone que en ningún caso atribuye la filiación a los donantes y, particularmente, en el artículo 8.3 LTRHA al señalar que la «revelación de la identidad del donante en los supuestos en que proceda conforme al artículo 5.5 de esta Ley no implica en ningún caso determinación legal de la filiación». Es por ello por lo que quizá debiera haber incluido esta circunstancia, la renuncia a la filiación, al hilo de la regulación de los elementos esenciales del contrato que ha de firmar el donante de gametos o preembriones.

Conforme a lo anterior, el contrato de donación debiera celebrarse entre la donante y la usuaria de las TRHA, aun cuando la ley exija que la donación sea anónima en cuanto a que no es posible revelar su identidad, ya que ello no impediría su identificación de un modo distinto que permitiera la celebración de dicho contrato. Conforme a este contrato, el elemento esencial sería la renuncia de la filiación por parte del donante y la asunción de dicha filiación por parte de la usuaria de las TRHA y, en su caso, de su pareja. Sin embargo, conforme a la regulación actual, lo único que establece la LTRHA es la celebración de un contrato entre el donante y el centro autorizado (art. 5.4) conforme al cual, se supone, el donante renuncia a la filiación. Ni siquiera, nuestra LTRHA ha añadido la firma de un segundo contrato entre el centro autorizado y la usuaria de las TRHA en virtud del cual, se estableciese la asunción de la filiación en favor de la usuaria de las TRHA y, en su caso, su pareja.

Conforme a lo anterior, y aun cuando la legislación española no lo establece expresamente, la filiación resultante tras el uso de las TRHA autorizadas es una materia de la que se dispone por las partes, mediante contratos de donación, en virtud de los cuales, unos sujetos, los donantes, renuncian a la filiación y, otros individuos, los donatarios o padres intencionales, la asumen. Es por ello por lo que podemos afirmar que, con la aplicación de las TRHA que requieren el uso de donantes, de óvulos, esperma o preembriones, la filiación no deriva siempre de un vínculo genético entre los padres y el menor, sino de la intención de serlo.

B) Consentimiento informado

Dadas las consecuencias derivadas del uso de las TRHA, para que puedan aplicarse es preciso que, tanto las usuarias de las TRHA como los donantes, sean informados adecuadamente de los efectos de su utilización con carácter previo a la prestación de su consentimiento. Es por ello por lo que la LTRHA regula este requisito en su articulado.

En este sentido, el artículo 3.1 de la citada Ley establece que las TRHA se realizarán solamente cuando haya posibilidades razonables de éxito, no supongan riesgo grave para la salud, física o psíquica, de la mujer o la posi-

ble descendencia y previa aceptación libre y consciente de su aplicación por parte de la mujer, que deberá haber sido anterior y debidamente informada de sus posibilidades de éxito, así como de sus riesgos y de las condiciones de dicha aplicación. Junto con dicho precepto, el artículo 3.3., establece que la información y asesoramiento sobre estas técnicas que deberán recibir las usuarias y los donantes habrá de extenderse a los aspectos biológicos, jurídicos y éticos y, asimismo, a las condiciones económicas del tratamiento. Además, los equipos médicos tienen la obligación de informar en las condiciones adecuadas que faciliten su comprensión (art. 3.3).

En relación con las donantes, el artículo 5.4 señala que, antes de la formalización del contrato entre los donantes y el centro autorizado habrán de ser informados de los fines y consecuencias del acto. En cuanto a las usuarias de las TRHA, el artículo 6.1 dispone que tendrán que prestar previamente su consentimiento a la utilización de las TRHA de manera libre, consciente y expresa. En concreto, entre la información que ha de recibir está, como hemos indicado anteriormente, la relativa a los posibles riesgos para ella misma durante el tratamiento y el embarazo y para la descendencia, que se pueden derivar de la maternidad a una edad clínicamente inadecuada (art. 6.2). Además, si la usuaria de las TRHA estuviera casada, necesitará el consentimiento de su marido, si no está separada legalmente o de hecho de él, con carácter previo al uso de tales técnicas y deberá cumplir los requisitos de expresión libre, consciente y formal. Paradójicamente, la LTRHA no exige que, en el caso de que la usuaria de las TRHA estuviese casada y no separada legalmente o de hecho de otra mujer, esta segunda mujer preste su consentimiento con carácter previo a la utilización de las TRHA.

En cualquiera de los casos expresamente previstos, la LTRHA exige que dicha anuencia tenga que reflejarse por escrito. En el caso de las mujeres usuarias de las TRHA, el artículo 3.4 LTRHA señala que dicho asentimiento ha de reflejarse en un formulario de consentimiento informado que refleje las condiciones concretas de la aplicación de las TRHA en cada caso. En el supuesto de los donantes, el artículo 5.4 LTRHA establece que su consentimiento habrá de llevarse a cabo en formatos adecuados en virtud de las reglas establecidas por el principio del diseño para todos, con el propósito de que resulten accesibles y comprensibles a las personas con discapacidad, de acuerdo con el artículo 5.4 redactado por el apartado uno del artículo 8 de la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. En el caso de las usuarias de las TRHA y sus maridos, el artículo 6.4 de la LTRHA dispone que la información y el consentimiento a que se refieren los apartados anteriores deberán realizarse en formatos adecuados, de acuerdo con las reglas establecidas por el principio de diseño para todos para que resultan accesibles y comprensibles para las personas con discapacidad.

C) Exclusión del arrepentimiento o revocación en el consentimiento para la aplicación de las TRHA

Resulta esencial otorgar seguridad jurídica a la realidad derivada del uso de las TRHA y, con ello, de la filiación que resulta de su aplicación. Por ello, tanto los contratos que se firman como los consentimientos que se otorgan, no solo por parte de las usuarias de las TRHA y, en su caso, de sus parejas, sino también de los donantes, no han de poder ser revocados a partir del momento en que se aplican las TRHA. De lo contrario, nadie acudiría a las TRHA para formar su familia porque la incertidumbre en su resultado resultaría intolerable para ellos. Es por estos motivos por los que la LTRHA establece distintas disposiciones en las que la idea que subyace es que no cabe el arrepentimiento o revocación en el consentimiento para la aplicación de las TRHA, una vez se han llevado a cabo o sea realmente imposible sin causar un daño irreparable.

En este sentido, del artículo 3.5 LTRHA se deriva que no cabe el arrepentimiento de la usuaria de las TRHA después de realizarse la transferencia embrionaria, porque dispone que la receptora de las TRHA podrá solicitar la suspensión de su aplicación antes de dicha transferencia de embriones y añade que dicha petición deberá atenderse. En relación con los donantes, el artículo 5.2 LTRHA establece que la donación solo será revocable cuando el donante precisase para sí los gametos donados, siempre que, como no puede ser de otra manera, en la fecha de la revocación aquellos estén disponibles. Asimismo, en tales casos, el citado precepto señala que a la revocación procederá la devolución por el donante de los gastos de todo tipo originados al centro receptor.

D) Donación altruista con compensación

La LTRHA ha establecido que la donación, de gametos y preembriones, ha de ser altruista con compensación.

En este sentido, el artículo 5. 3 dispone que la compensación económica resarcitoria que se pueda fijar solo podrá compensar estrictamente las molestias físicas y los gastos de desplazamiento y laborales que se puedan derivar de la donación y no podrá suponer incentivo económico para esta. Cualquier actividad de publicidad o promoción por parte de centros autorizados que incentive la donación de células y tejidos humanos deberá respetar el carácter altruista de aquella, no pudiendo, en ningún caso, alentar la donación mediante la oferta de compensaciones o beneficios económicos. En concreto, dicho precepto destaca que la donación nunca tendrá carácter lucrativo o comercial. Por otro lado, añade que el Ministerio de Sanidad y

Consumo, previo informe de la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida, fijará periódicamente las condiciones básicas que garanticen el respeto al carácter gratuito de la donación. Considerando, en principio, muy positiva la regulación de la donación en el sentido de que resulte altruista, pero con una compensación económica resarcitoria, hemos de efectuar, sin embargo, las siguientes consideraciones.

En primer lugar, entendemos que existe una contradicción entre el carácter altruista de la donación y el hecho de que el donante reciba una compensación económica resarcitoria. Y, ello, porque, o bien es altruista, o bien el donante recibe una compensación. Si se unen ambas circunstancias, estaríamos, desde nuestro punto de vista, ante una donación comercial. En efecto, si la donación es altruista, solo se paga al donante los gastos directamente derivados de la donación o lo que ha dejado directamente de recibir o ganar por efectuar la donación, como pueden ser los gastos médicos, si fuese el caso, los de desplazamiento y los laborales. Pero, si junto con ello, se le indemniza por las molestias físicas ocasionadas, habrá de pagársele una compensación resarcitoria, en cuyo caso, consideramos que podríamos estar ante una donación comercial.

Ahora bien, admitiendo por nuestra parte que se tratase de una donación comercial, lo cierto es que hemos de efectuar dos precisiones a este carácter comercial que se otorga, a nuestro juicio, a la donación en la LTRHA, derivadas del hecho de que la citada Ley establece que la compensación resarcitoria no podrá suponer incentivo económico para la donación.

La primera consiste en hacer pública, no solo la cuantía que se ha establecido por la donación de semen, óvulos y embriones, sino también cómo se ha concretado dicha cantidad, esto es, los valores utilizados y los cálculos llevados a cabo para llegar a dicho valor económico. Ciertamente, el artículo 5.3 III LTRHA establece que el Ministerio de Sanidad y Consumo, previo informe de la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida, fijará periódicamente las condiciones básicas que garanticen el respeto al carácter básico gratuito de la donación. Pero esto no sería suficiente. En todo caso, habría que fijar una cantidad que sea pagada a modo de compensación que no sea tan elevada como para que no se done únicamente por recibir la contraprestación económica. Pero este dato es relativo, porque dependerá de la capacidad económica del donante. Por ello, efectuaremos la segunda precisión.

Esta segunda apreciación consiste en asumir y exigir legalmente en la LTRHA que, si queremos que la compensación económica no suponga un incentivo económico para la donación, hemos de exigir un determinado perfil socioeconómico al donante, con el propósito de garantizar que no se trata de un sujeto vulnerable. Desgraciadamente, la LTRHA no establece ningún requisito de esta naturaleza exigible al donante. A la vista de esta regulación actual de la LTRH cabe señalar que no es suficiente con la regulación

vaga e imprecisa del artículo 5.3.II cuando señala que cualquier publicidad o promoción de la donación por los centros autorizados deberá respetar su carácter altruista no pudiendo, en ningún caso, alentar la donación mediante la oferta de compensaciones o beneficios económicos. No existiría este peligro si, como hemos indicado mas arriba, se exigiese un determinado perfil de donante según el cual entre otros aspectos su capacidad económica fuese adecuada. Lo relevante no es tanto si una donación con compensación supone un incentivo económico, sino que ese incentivo se produzca en un donante que tiene unas condiciones económicas de vida insuficientes.

Para evitar esta situación, proponemos la modificación legislativa de la LTRHA en el sentido de establecer, no solo la cuantía por la donación tras la justificación de los conceptos y cálculos utilizados, sino también un perfil de donante que asegure su carácter realmente altruista, sin perjuicio de que por ello sea compensado.

E) Aspectos relativos a la filiación acordada y sin posibilidad de revocación

Con el propósito de afirmar que, conforme a la regulación de las TRHA autorizadas, la filiación resultante ha sido acordada y no existe posibilidad de revocación, expondremos dos casos que ya están previstos legalmente en la citada Ley. Y, junto con ello, queremos insistir que dicha filiación, en todos los supuestos en los que se utilizan TRHA, la filiación lo es por naturaleza y, en ningún caso, por adopción.

El primero estaba ya recogido en el artículo 6.3 de la LTRHA de 1988 y se contempla igualmente en la actual LTRHA. Dicho precepto contempla el caso de pareja heterosexual y casada donde el hombre no puede aportar su gameto, pero consiente en que su mujer sea usuaria de las TRHA, mediante la contribución, al menos, de donante masculino. El marido será su padre legal y por naturaleza, no por adopción, bastando para ello su consentimiento prestado antes del uso de las TRHA. Será su padre intencional porque ha llevado a cabo todos los actos necesarios (de naturaleza médica y legal) para que el nacimiento del bebé tenga lugar.

El segundo supuesto está previsto en el artículo 7.3 LTRHA y fue introducido en virtud del apartado uno de la disposición final quinta de 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. Este artículo contempla el caso de una pareja homosexual femenina, casada, en la que una de ellas aporta el óvulo y gesta, precisa de tecnología reproductiva, porque ha de ser fecundada con contribución, al menos, de donante masculino, y la segunda, que no puede aportar su óvulo, pues el método ROPA no está actualmente autorizado en la LTRHA, se limita a consentir en la filiación

respecto al hijo de su cónyuge. La cónyuge de la usuaria de las TRHA, que no tiene ni vínculo genético ni biológico con el menor, será su madre legal por naturaleza bastando para ello su consentimiento prestado antes del uso de las TRHA. Sería su madre intencional.

A la vista de ambos ejemplos, cabe afirmar que existen fundamentos legales para rechazar el argumento de un sector de la doctrina que señala que filiación no es disponible y que por ello no es susceptible de ser acordada. Y, ello, porque conforme a los dos ejemplos expuestos, los padres intencionales han consentido en la filiación y, además, en ambos casos son padres y madres legales por naturaleza y no por adopción, aun cuando no tienen vínculo genético con el menor. Y, asimismo, conforme al artículo 8.1, la filiación es irrevocable en el caso de pareja heterosexual.

Ciertamente, la situación anteriormente expuesta incide en los conceptos clásicos del Derecho de Familia, especialmente, en lo relativo a la noción de filiación¹⁴. Como se señala en el Informe Preliminar de 2012 sobre «*The issues arising from International Surrogacy Arrangements*» emitido por la Conferencia de La Haya sobre Derecho Internacional Privado¹⁵, la definición de paternidad está evolucionando, debido a la combinación de los modelos cambiantes de familia (surgidos con la aparición de familias compuesta por niños que nacen fuera del matrimonio de padres solteros que cohabitan o en familias monoparentales, con la introducción de alternativas al matrimonio, como el registro de parejas de hecho, o con la regulación del matrimonio de personas del mismo sexo), junto con los avances en las ciencias médicas (prueba de ADN y tecnologías en reproducción humana). Es por ello por lo que consideramos que el concepto de filiación, como tradicionalmente se ha entendido, está ya en gran medida superado conforme a la actual LTRHA. Tradicionalmente, se ha considerado que padre o madre es únicamente aquel y aquella que tiene un vínculo genético con el menor. Actualmente, esto es así en gran medida, pero no cuando se utilizan las TRHA, lo que cada vez es más frecuente. Ello ha supuesto el surgimiento de la denominada filiación intencional que, a nuestro juicio, está prevista actualmente en la LTRHA tal y como hemos justificado con los dos ejemplos anteriormente expuestos. Se ha incidido en esta cuestión porque la filiación intencional es la base sobre la que se sustenta la gestación por sustitución.

2. LA REGULACIÓN DE LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN NACIONAL Y TRANSFRONTERIZA EN EL CONTEXTO DE LAS TRHA: ESTABLECIMIENTO DE LA FILIACIÓN MEDIANTE SENTENCIA

Para destacar la consonancia que opera entre el *Surrogacy Law* de los Estados designados como nuestro modelo de referencia y la normativa es-

pañola en materia de GS como TRHA, destacaremos que la sentencia es la garantía que posibilita el establecimiento de la filiación por gestación por sustitución en España. En el caso de la GS nacional, porque aun cuando en principio no se admite que la filiación sea susceptible de acuerdo, porque establece la nulidad del contrato de GS (art. 10.1 LTRHA), sin embargo, es posible que se le reconozca finalmente la filiación al padre intencional mediante sentencia (art. 10.3 LTRHA). En el supuesto de la GS transfronteriza, dado que se admite el reconocimiento incidental de la sentencia extranjera que establece la filiación previamente acordada en un contrato de GS celebrado fuera de España, esto es, acepta, desde el inicio, que la filiación puede ser objeto de acuerdo siempre que se haya establecido mediante sentencia.

A) Contrato de gestación por sustitución celebrado en España

En caso de gestación por sustitución nacional, aun cuando se ha establecido la nulidad del contrato de GS (art. 10.1 LTRHA) y, por ello, la imposibilidad de que la filiación sea susceptible de acuerdo, sin embargo, ello es así únicamente en principio, a la vista de lo establecido en el artículo 10.3 LTRHA porque posibilita en última instancia que, mediante sentencia y tras un procedimiento judicial, el padre intencional pudiera asumir la filiación del menor.

Para comenzar, cabe afirmar que el legislador español reguló las técnicas de reproducción humana asistida en la Ley 35/1988, de 22 de noviembre y, posteriormente, en la que la sustituyó, la vigente Ley 14/2006, de 26 de mayo sobre técnicas de reproducción humana asistida. En el momento de su aprobación fue considerada una Ley avanzada, pues fue una de las primeras normas que, sobre esta materia, se promulgó en los países de nuestro entorno cultural y geográfico¹⁶. Sin embargo, hoy se encuentra superada por los avances en medicina reproductiva, lo que nos lleva a proponer una modificación de la citada LTRHA con el fin de incluir, en su caso, las nuevas tecnologías para la reproducción asistida que actualmente se utilizan¹⁷. Mientras dicha modificación legislativa no se produzca, son tres las técnicas de reproducción humana asistida autorizadas en el Anexo A de la LTRHA: la inseminación artificial, la fecundación in vitro (en adelante, FIV) e inyección intracitoplásmica de espermatozoides (en adelante, ICSI) con gametos propios o de donante y con transferencia de embriones y, finalmente, la transferencia intratubárica de gametos. Conforme lo anterior, el legislador no autorizó la GS, pero sí la reguló en esta Ley y, por tanto, en el marco de las TRHA, lo que fue un acierto, habida cuenta que esencialmente consiste en la aplicación de diversas técnicas reproductivas, que sí están expresamente previstas en el Anexo A, como son la FIV-ICSI con

gametos propios o de donante y con transferencia de preembriones con la intervención de una nueva persona, que es la mujer gestante.

En concreto el artículo 10 de dicha Ley ha previsto, en su número 1 que «será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero». Ciertamente, esta previsión normativa ha contribuido a abrir un amplio debate doctrinal¹⁸ entre los que se manifiestan favorables y los contrarios al tenor literal del citado artículo 10, habiendo prácticamente tantas posiciones sobre la GS como autores. A continuación, trataremos de exponer las principales razones postuladas por quienes, en virtud del referido artículo 10, rechazan o aceptan la GS. En primer lugar, cabe explicar la posición de aquellos¹⁹ que se consideran contrarios a la autorización de esta técnica porque el contrato de gestación por sustitución es y debe ser nulo (art. 10.1 LTRHA), la filiación será determinada por el parto (art. 10.2 LTRHA) y ello no debe ser modificado, lo que fundamentan, entre otros motivos, en que el estado civil es indisponible para los particulares. Respecto de esta postura, nos remitimos a lo expuesto anteriormente sobre el hecho de que con el uso de las TRHA autorizadas, el estado civil es disponible para los PIs. En segundo término, es posible destacar la de aquel sector doctrinal²⁰ que defiende la regulación de la GS, entre otros motivos, porque haría frente a un problema existente y creciente en nuestra sociedad. En cuanto al segundo grupo doctrinal, a cuyos argumentos me adhiero, resulta positivo que sigan avanzando hacia una futura regulación de la GS, lo que presupondría, en primer lugar, la derogación del referido artículo 10 LTRHA.

Junto con este debate, lo cierto es que con la actual regulación de la GS nacional establecida en el mencionado artículo 10, consideramos que la GS es una TRHA tolerada, eso sí, sin garantías para ninguna de las partes implicadas a falta de regulación, en la medida en que el artículo 10.3 LTRHA posibilita el reconocimiento de la filiación, mediante sentencia, al padre intencional.

Para explicar mejor esta posición, comenzaremos por el significado de nulidad. Algunos autores, al hilo de la expresión «nulidad» han considerado que la celebración de este contrato constituye una conducta sancionable²¹ o prohibida²² para las citadas partes firmantes del contrato. En este punto, es importante incidir en el hecho de que el legislador lo que ha establecido es la nulidad del contrato y no su prohibición porque si hubiese querido prohibir este contrato lo hubiese previsto así expresamente y, además, hubiera dispuesto sanciones aplicables en caso de celebrarse este contrato. Por el contrario, dispuso su nulidad, eso es, que no se reconociese efecto alguno de ese contrato o, lo que es lo mismo, que aun habiéndose celebrado dicho contrato, se volviese a la situación previa al cumplimiento del contrato.

Probablemente porque el propio legislador vislumbró la controversia que surgiría en torno a la expresión «nulidad de pleno derecho» fundamentalmente por parte de los detractores de la GS, estableció sus consecuencias en la regulación prevista en los números 2 y 3 del artículo 10.

Así, el artículo 10.2 estableció que «la filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto». Con esta afirmación, que no se regula con carácter general en las disposiciones sobre filiación prevista en el Código civil, se quiere subrayar que, en este caso, la madre es la mujer gestante porque es quien ha dado a luz.

Sin embargo, en relación con el artículo 10.3, las consecuencias son diferentes. Cabe comenzar reproduciendo lo que establece: «queda a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales». Conforme a él, cabe interpretar la posibilidad de que, en virtud de los artículos 764 y ss. LEC en los que se regulan las acciones que pueden llevarse a cabo para lograr la determinación legal de la filiación, el padre intencional podría llevar a cabo la correspondiente reclamación de la filiación mediante una prueba de ADN que podría finalizar mediante el establecimiento de dicho estado respecto al padre intencional por ser su padre genético. Asimismo, y, establecida dicha filiación paterna, tal y como ha señalado un sector doctrinal²³, la madre intencional podría proceder a la adopción con el consentimiento de la madre biológica que podrá prestarlo una vez transcurrido el plazo de seis semanas desde el parto (arts. 176.2.2 y 177 CC).

B) Contrato de gestación por sustitución celebrado fuera de España

En los casos de gestación por sustitución transfronteriza, se ha establecido legalmente el reconocimiento incidental, únicamente, de las sentencias extranjeras que establecen la filiación previamente acordada en un contrato de GS celebrado fuera de España, siempre que, insistimos en ello, en el Estado de origen se estableciera mediante sentencia.

Comenzamos señalando que hay un progresivo incremento de la *cross-border surrogacy* y, con ello, de solicitudes de inscripción en el Registro civil de la filiación en favor de los PIs, lo que, desde nuestro punto de vista, ha avivado el debate, ya existente, sobre esta materia y ha provocado la apuesta por su regulación en un sector doctrinal²⁴, en la sociedad²⁵ y en los partidos políticos²⁶. Para resolver estos casos, nuestro legislador ha establecido dos vías legales a los PIs para reconocerles como padres legales de los menores, en función de cómo y quién haya establecido la filiación en el Estado de origen, esto es, según cuál sea el título de la inscripción: un documento judicial, administrativo o notarial. Ciertamente, a la vista esencialmente

de la jurisprudencia del TEDH²⁷ dictada sobre este tema, la duda acerca de si ha de inscribirse la filiación en favor de los PIs o no está superada. La cuestión sería identificar el mejor procedimiento para su inscripción en el registro civil español²⁸, en cada caso, lo que analizaremos en un trabajo posterior. En este artículo, queremos poner el acento en el hecho de que, si la filiación se ha establecido en el Estado de origen mediante sentencia en favor de los *IPs*, el ordenamiento jurídico español ha establecido un procedimiento de reconocimiento incidental de esta sentencia extranjera. Por el contrario, si la filiación se ha fijado mediante otro tipo de resolución, el mecanismo regulado establece unos trámites procesales más lentos y complejos que generan incertidumbre al menor y su filiación.

En el primer caso, y en aras esencialmente del interés superior del menor establecido en el artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño y en el artículo 2 de la LO 1/1996, de 15 de enero de Protección Jurídica del menor, la DGRN dictó el 5 de octubre de 2010 una Instrucción sobre el régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución, cuya vigencia se ha respetado en la posterior Instrucción de la DGRN de 18 de febrero de 2019. Conforme a dicha Instrucción, si la sentencia ha sido dictada en el Estado de origen en un procedimiento equiparable a un procedimiento español de jurisdicción voluntaria ha de pasar por un procedimiento de reconocimiento incidental para que despliegue su eficacia en España. En tal caso, dicha Instrucción recoge los requisitos que han de cumplirse para ello²⁹. La propia Instrucción de la DGRN de 2010, expone la razón por la que exige la presentación ante el Encargado del Registro civil de una resolución judicial dictada por el Tribunal competente del Estado de origen, no siendo suficiente la certificación registral extranjera ni el certificado médico de nacimiento donde no conste identidad de la gestante. En este sentido, señala la Instrucción que «la exigencia de resolución judicial en el país de origen tiene la finalidad de controlar el cumplimiento de los requisitos de perfección y contenido del contrato respecto del marco legal del país donde se ha formalizado, así como la protección de los intereses del menor y de la madre gestante. En especial, permite constatar la plena capacidad jurídica y de obrar de la mujer gestante, la eficacia legal del consentimiento prestado por no haber incurrido en error sobre las consecuencias y alcance del mismo, ni haber sido sometida a engaño, violencia o coacción o la eventual previsión y/o posterior respeto a la facultad de revocación del consentimiento o cualesquiera otros requisitos previstos en la normativa legal del país de origen. Igualmente, permite verificar que no existe simulación en el contrato de gestación por sustitución que encubra el tráfico internacional de menores». Asimismo, la propia Instrucción reclama que para la aplicación de esta norma es necesario que la resolución judicial extranjera se haya dictado en el marco de un procedimiento equiparable a

uno español de jurisdicción voluntaria, esto es, sin que haya habido conflicto alguno entre los *PIs* y la mujer gestante, pues, de lo contrario, serían de aplicación la legislación española reguladora del procedimiento de *exequatur*.

La segunda vía se aplica al supuesto en que la filiación en favor de los padres de intención no se haya reconocido en una sentencia sino mediante una decisión dictada por una autoridad administrativa o notarial competente según la legislación del Estado de origen o, fundamentalmente, en una certificación de asientos extendidos en registros extranjeros³⁰. Tras pasar por diferentes etapas caracterizadas por su elevada inseguridad jurídica, finalmente, se ha dictado la Instrucción de la DGRN de 18 de febrero de 2019.

En concreto, en su punto 2.II y III se establece que no será posible la inscripción de la filiación de los *PIs* en el Registro Civil consular, a diferencia de lo que acontecía con anterioridad a la aprobación de esta Instrucción, ante la ausencia de medios de prueba susceptibles de apreciación dentro del procedimiento consular. Traslada a las autoridades locales el problema consistente en la expedición del pasaporte y permisos del menor para viajar a España, lo que no siempre podrá realizarse, porque dependerá de la normativa del Estado de origen. Y, asimismo, establece que, ya ante la Jurisdicción española y a fin de asegurar que se cumplen todas las garantías con el necesario rigor probatorio, los *PIs* tendrán que iniciar el correspondiente expediente para la inscripción de la filiación, con intervención del Ministerio Fiscal, o interponer las acciones judiciales de reclamación de dicha filiación. Aunque no es el objeto de nuestro estudio, consideramos desacertada esta normativa³¹. Desde nuestro punto de vista, la incertidumbre que tal proceso de adopción puede generar al menor, a la mujer gestante, que no quiere ser su madre legal de acuerdo a su legislación, y a la madre intencional, junto con el hecho de que en algunos casos la madre de intención tendrá que asumir su condición de madre adoptante aun cuando sea su madre genética es por lo que proponemos que el legislador español reflexione sobre ello y adopte nuevas medidas más favorables a la determinación legal de los padres de intención³². Y, ello, bajo la condición de que se controle, por las autoridades españolas competentes, que cada concreto proceso de *surrogacy* celebrado en tales países se haya llevado a cabo con el estricto cumplimiento de los derechos y deberes que han de reconocerse y resultar exigibles a la mujer gestante y a los padres de intención, de forma semejante, en este aspecto, a lo establecido en la Instrucción de la DGRN del 2010 anteriormente mencionada. De lo contrario, los menores seguirán en un limbo legal sin los mismos derechos que los demás niños hasta que su madre intencional se convierta en su madre legal, en España, por adopción.

Finalmente, cabe destacar el hecho de que en cualquier de los dos casos de subrogación transnacional anteriormente expuestos, nuestro Tribunal

Supremo ha dictado jurisprudencia³³ reconociendo la prestación por maternidad a los padres de intención cuya filiación ya esté reconocida en España.

III. ELEMENTOS ESENCIALES DEL CONTRATO DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA DE GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN

Conforme a los ordenamientos jurídicos de referencia designados, que prevén una GS con compensación y la filiación resultante se fija mediante sentencia y, en concreto, dictada antes del nacimiento del menor (*PBO*), expondremos los más destacados elementos subjetivos, objetivos, temporales y formales del contrato de reproducción asistida de gestación por sustitución.

1. REQUISITOS SUBJETIVOS: LAS PARTES DEL CONTRATO

Las partes que suscriben un contrato de GS son los padres de intención y la mujer gestante, que requieren de la preceptiva asistencia de abogado, tanto para la celebración del contrato, como para el posterior procedimiento judicial de validación de tal acuerdo.

En los Estados de referencia, esto es, Washington, California, Nevada, Maine, Vermont, New Hampshire, Connecticut, New Jersey, Delaware y el Distrito de Columbia, pero no en Utah, los padres de intención, a diferencia de otros Estados de USA, pueden serlo cualquier individuo que quiera formar una familia heteroparental, homoparental o monoparental y, por ello, con independencia de su estado civil, orientación sexual y vínculo genético con el menor. A modo de ejemplo, en el Estado de Nevada, en el NRS 126.590³⁴, se definen a los *IPs* como aquellas personas, casadas o no casadas, que manifiestan la intención de estar legalmente obligada como padre de un niño nacido como resultado de la reproducción asistida. En el Estado de California, la expresión *IPs* se define en la sección 7960 (c) *California Family Code* (en adelante, *CFC*)³⁵ como el individuo, casado o no, que manifiesta la intención de estar legalmente vinculado como el padre de un menor nacido conforme a técnicas de reproducción asistida, lo que implica que puede serlo al margen de su estado civil, orientación sexual³⁶ y el vínculo genético con el menor³⁷. En el Estado de Washington, el RCW 26.26A., ha añadido³⁸ que los *IPs* han de tener 21 años, haber dado a luz al menos a un niño, haber superado una evaluación médica y psicológica y ser asesorado sobre los términos del contrato y el alcance del mismo por un representante legal independiente. En el mismo sentido se regula en el estatuto N. H. Rev.Stat.Ann.168-B del Estado de New Hampshire³⁹.

En cuanto a la gestante es una mujer que, mediante un contrato de reproducción asistida por *surrogacy*, accede a gestar para los *IPs*. En el *CFC*, la figura de la gestante se regula en la Sección 7960 (f)⁴⁰ que la define como la mujer que porta un menor para otros gracias a una técnica de reproducción asistida y de acuerdo con un contrato escrito, según lo establecido en las Secciones 7606 y 7962. En concreto, la Sección 7960 (f) distingue dos tipos, como son la «gestante tradicional» (*traditional surrogate*) y la «portadora gestacional» (*gestational carrier*). En el número (1) de la Sección 7960 (f) se define a una «gestante tradicional» como a una mujer que acepta gestar un embrión, en la que ella misma es la donante del gameto y, en cuyo caso, el embrión fue creado con el esperma del padre de intención o un donante acordado por el padre o padres de intención. En el número (2) de la Sección 7960 (f) se indica, como segundo tipo de gestante, a la «portadora gestacional», que significa una mujer que no es una madre de intención y que acuerda la gestación de un embrión que no está vinculado genéticamente con ella, de acuerdo a un contrato de reproducción asistida. A pesar del tenor literal de la mencionada Sección, lo cierto es que, en la práctica, se utiliza exclusivamente la segunda opción⁴¹. Ello se sitúa en la línea de lo dispuesto, en el Estado de Nevada, en la NRS 126.580⁴², cuando define a la portadora gestacional como aquella mujer adulta que no es madre intencional y que firma un contrato de *surrogacy* con la intención de tener un hijo concebido utilizando los gametos de otras personas y no los suyos. Asimismo, el NRS 126.740 ha regulado los requisitos que han de cumplir las mujeres que pretendan ser gestantes. En este sentido, se les exige que completen una evaluación médica, consulten con un asesor legal independiente sobre los términos del contrato y sus consecuencias legales y que no contribuyan con su gameto. En el Estado de Washington, el RCW 26.26A. ha añadido⁴³ que la mujer gestante ha de tener al menos 21 años y superar una evaluación psicológica.

Finalmente, hemos de señalar que la intervención de dos abogados, uno por cada una de las partes en el contrato, resulta preceptiva. Ello es así desde 2013, en que se hizo efectiva la modificación de la sección 7962 (b) del *CFC* en el sentido de que los padres de intención y la mujer gestante debían ser representados por abogados distintos y de su confianza antes de la firma del acuerdo de reproducción asistida. En el Estado de Nevada⁴⁴, los *IPs* y la *gestational carrier* han de consultar con un asesor legal independiente sobre los términos del acuerdo gestacional y las posibles consecuencias legales del acuerdo. La asistencia letrada es asimismo obligatoria para que asistan a ambas partes en el procedimiento judicial, que se regula en las subdivisiones (e), (f) de la sección 7962 del *CFC*, dirigido a establecer la relaciones paterno-filiales.

2. REQUISITOS OBJETIVOS, FORMALES Y TEMPORALES

El contrato de reproducción asistida de gestación por sustitución es, sin duda, el contrato más importante de todos los contratos que han de firmarse en un proceso de *surrogacy*, pues constituye la piedra angular de la subrogación. A continuación, expondremos qué requisitos debe cumplir en relación con su contenido, forma y momento en el que ha de firmarse.

Desde un punto de vista objetivo, en relación con el contenido del *assisted reproduction agreement for gestational carriers*, en el *CFC*, la sección 7962, subdivisión (a) del *CFC* establece cuál debe ser la información mínima que ha de incluirse en un contrato de reproducción asistida para una portadora gestacional. Junto con ese contenido mínimo legalmente previsto, otras cuestiones han de comprenderse en el contrato, de acuerdo con el *Californian Case-Law* y la práctica judicial de los *CSC*. De hecho, la sección 7962 (a) establece que, si bien el contenido que en ella se regula es el mínimo legalmente exigible, no debe estar limitado a él.

En cuanto a la información mínima, comprende los siguientes datos: En primer lugar, en el número (1) se exige la fecha en la que dicho acuerdo fue ejecutado. Esta información es muy relevante porque, como veremos más adelante, el contrato ha de firmarse antes de la transferencia de los embriones según la sección 7962 (d). Asimismo, en el número (2) se reclama que el contrato contenga las personas de las que se originaron los gametos, esto es, la identidad de los donantes, si los hubiere, salvo que la donación hubiese sido anónima. En tercer lugar, la identidad del padre o padres de intención debe incluirse en el contrato, según el número (3) de la Sección 7962, subdivisión (a). Finalmente, un aspecto esencial es el referido a cómo se cubrirán los gastos médicos originados por el embarazo, que fue introducido y efectivo a partir del año 2015, cuando se añadió el número (4) a la Sección 7962 (a). Dicha reforma tuvo como fin exigir que el contrato debía contener la información o revelación de cómo los *IPs* cubrirán los gastos médicos de la portadora gestacional y del recién nacido o nacidos, incluyendo los específicos seguros que los padres fueran de contratar en cada caso. En concreto, añade la mencionada sección que, si la cobertura de atención médica es la utilizada para cubrir esos gastos, la información incluirá una revisión de las disposiciones de la póliza de atención médica relacionadas con la cobertura del embarazo de la gestante, garantías de responsabilidad civil de terceros u otra cobertura de seguro, así como cualquier requerimiento de notificación que pueda afectar la cobertura o responsabilidad de la gestante⁴⁵. Asimismo, la citada sección establece que la revisión mencionada anteriormente no constituye asesoría legal. En concreto, dicha póliza será comprobada por un profesional de los seguros, cuyo servicio será sufragado por los padres de intención.

Junto con dicho contenido mínimo legalmente previsto en la sección 7962 (a) del *CFC*, el contrato de reproducción asistida para una portadora gestacional ha de incluir otras cuestiones que el *Californian Case-Law* y la práctica judicial de los Tribunales Superiores de California ha revelado como aspectos esenciales que deben contenerse en el mencionado contrato. En concreto, las cuestiones más relevantes son las siguientes.

En primer lugar, el contrato debe indicar que la mujer gestante de forma libre y voluntaria y en ausencia de cualquier tipo de coacción económica o emocional firma el contrato con el fin de renunciar a cualquier derecho paternal o de custodia sobre el menor en favor de los padres de intención inmediatamente después del nacimiento y que dicha renuncia es definitiva e irrevocable. En consonancia con ello, el acuerdo debe contener que los *IPs* asumirán la responsabilidad paternal y la custodia del menor inmediatamente después de su nacimiento, con independencia de que el bebé nacido sufra alguna enfermedad física o mental o cualquier otro problema. Este es sin duda el aspecto más importante que, desde nuestro punto de vista, debe incluir el contrato, de acuerdo con el *case-law* sobre la *surrogacy* dictado en el Estado de California, aun cuando las secciones 7960-7962 *CFC* no lo han previsto legalmente.

El contrato tendrá que fijar que el nacimiento tendrá lugar en el Estado de California. Este dato, que en nada vulnera la libertad de movimientos de la gestante porque acuerda su cumplimiento con la firma del contrato, es extraordinariamente relevante porque el lugar de nacimiento determinará la Ley aplicable al procedimiento judicial de filiación y, ello, resulta esencial porque no todos los Estados son favorables a la subrogación.

Las partes habrán de incluir en el contrato aspectos referidos al proceso médico tales como en qué clínica reproductiva se llevará a cabo, el número de embriones que será transferido en el útero de la gestante y si se practicarán pruebas como amniocentesis o cualquier otra dirigida a comprobar la salud del feto. Asimismo, las partes deberán reflejar en el acuerdo cómo deberán proceder en caso de riesgo médico para la mujer gestante o para uno de los fetos o en el caso de que el feto no sea física o psicológicamente normal, esto es, tendrán que acordar, dentro del marco legal, si procederán, en los casos permitidos por la Ley, a la reducción o aborto. Asimismo, acordarán cómo procederán en el caso de que existan complicaciones médicas durante el embarazo, cómo tendrá lugar el parto, si natural o por cesárea, y en qué tipo de hospital dará a luz.

El contrato deberá establecer si ambas partes se someterán a evaluaciones psicológicas. Asimismo, deberá incluir el compromiso de la gestante de que llevará una vida saludable, como la que seguiría si fuese el embarazo de su propio hijo, siguiendo las instrucciones de un nutricionista y si así lo prescribe un médico.

Asimismo, el contrato tiene que incluir la compensación que los *IPs* habrán de pagar a la gestante por el conjunto de daños, molestias e inconvenientes que las obligaciones establecidas en este contrato conllevan para ella, la cual habrán de pagársela con independencia de que renuncie o no a los derechos paternales, a la entrega del menor e, incluso, a que el nacimiento del menor tenga lugar o no. En concreto, hemos de distinguir entre los gastos directos derivados del embarazo y el pago de una *base fee* en concepto de compensación adicional. En cuanto a los gastos directos serían los derivados del proceso médico, incluido el seguro médico contratado para ella, los pagos al resto de profesionales a los que acudirá la gestante, como al psicólogo o nutricionista, entre otros. Si únicamente se hubiesen de efectuar estos pagos directos, estaríamos ante un modelo altruista como el Reino Unido o Canadá. Junto con estos pagos que directamente se derivan del embarazo, en el Estado de California se entrega a la gestante una cantidad de dinero en concepto de compensación, lo que hace que sea un modelo comercial. En esta compensación se comprenden el conjunto de las molestias ocasionadas por el embarazo, como son las derivadas de la medicación que ha de tomar, de la asistencia a citas médicas, al psicólogo o al nutricionista y del hecho de tener de dejar de trabajar o cuidar de su familia para acudir a tales citas o tener que someterse a una amniocentesis, o reducción, entre otras situaciones previstas en el contrato.

Asimismo, el acuerdo debe contener que los *IPs* habrán de pagar un seguro de vida a la gestante. Junto con ello, el contrato debe incorporar el acuerdo de las partes de que la cantidad de dinero suficiente para pagar todos los gastos estimados tendrá que estar en la cuenta de fideicomiso con la que los *IPs* sufragarán todos los costes mencionados, con carácter previo al inicio del proceso de subrogación⁴⁶. Asimismo, debe indicarse quién gestionará dicha cuenta de fideicomiso que será el abogado de confianza nombrado por los *IPs*. El contrato debe incluir qué ocurrirá en caso de divorcio o muerte de los *IPs* en relación con el establecimiento de los derechos paternales en favor de ellos. En concreto, y respecto de este segundo supuesto, los *IPs* tendrán que comprometerse en el contrato a hacer testamento y nombrar un tutor, el cual deberá estar expresamente nombrado en este contrato. Asimismo, habrán de acordar cómo será la relación entre las partes durante y después del parto y qué ocurrirá si una de las partes incumple el contrato.

La gran mayoría de estas cuestiones, que no están legalmente previstas pero que, sin embargo, conforman el *California Surrogacy Law*, han sido expresamente reguladas en el *Nevada Surrogacy Law*⁴⁷. En este sentido, el NRS 126.720 establece que, si el *gestational carrier arrangement* cumple con los requisitos previstos en los NRS 126.740 y 126.750, el padre o padres intencionales serán los padres del niño tras su nacimiento y ni la portadora

gestacional ni su cónyuge legal o pareja de hecho se considerarán como tales y que, ello, debe estar contemplado en el acuerdo. Asimismo, dispone⁴⁸ que el contrato debe contener, los siguientes extremos que ha de cumplir cada parte. De un lado, ha de preverse que la portadora gestacional: 1) ha de someterse a la transferencia de embriones o gametos e intentar gestar y dar a luz al niño; 2) entregar la custodia legal y física del niño resultante; 3) el acuerdo expreso del cónyuge legal o, en su caso, pareja de hecho, para llevar a cabo las obligaciones impuestas a la portadora gestacional así como la entrega de la custodia legal y física del niño resultante tras su nacimiento; 3) el acuerdo expreso por escrito de cada parte para el uso por la portadora gestacional de los servicios de un médico de su elección, tras consultarlo con los *IPs*, para proporcionarle su asistencia durante el embarazo. De otro, ha de incluirse que los *IPs*: 1) aceptan la custodia legal y física del niño resultante inmediatamente después de su nacimiento, con independencia del número, género o condición mental y física del niño o niños; 2) asumen la responsabilidad exclusiva del apoyo de cualquier niño resultante inmediatamente después de su nacimiento. Junto con ello, es posible que las partes puedan pactar los siguientes puntos: 1) el hecho de que la portadora gestacional se someta a todos los exámenes médicos, tratamientos y procedimientos de monitoreo fetal recomendados para el éxito del embarazo por el médico elegido por la mujer gestante; 2) el acuerdo de la portadora gestacional de abstenerse de cualquier actividad que los *IPs* o el médico elegido considere que puede resultar perjudicial para el embarazo o futura salud del niño resultante, como fumar, beber alcohol o usar medicamentos no recetados; 3) el acuerdo de los *IPs* sobre el pago de una compensación razonable a la portadora gestacional, cuya cuantía debe negociarse de buena fe entre las partes y no debe estar condicionada por la calidad pretendida o los rasgos relacionados con el genoma de los gametos o embriones, tal y como establece el NRS 126.810; y 4) el acuerdo de los *IPs* en relación con el pago o reembolso a la portadora gestacional de los gastos razonables, incluidos, entre otros, los gastos médicos, legales u otros gastos profesionales relacionados con el contrato de *surrogacy*. En términos semejantes se establece la regulación sobre el contenido del contrato en el estatuto N. H. Rev.Stat.Ann.168-B del Estado de New Hampshire⁴⁹.

En cuanto a los requisitos formales, la sección 7962 (c) estableció, en el año 2013, que el contrato de reproducción asistida para una portadora gestacional será «notarizado o atestiguado por un método equivalente de afirmación», tal y como requiere la jurisdicción donde dicho acuerdo desplegará su eficacia. Así pues, es necesario que un *Notary Public* «notarice» el contrato y adjunte a la última página del mencionado acuerdo el *Certificate of Acknowledgement of Execution of an Instrument* con el sello oficial del

notario. Igualmente, este requisito se exige en el NRS 126.750.3.(c), en el Estado de Nevada.

Finalmente, respecto a los requisitos temporales, la sección 7962 (a) (1) *CFC* establece que el contrato debe indicar la fecha en la que es firmado. Este dato es esencial si lo ponemos en conexión con lo dispuesto en la sección 7962 (d) según la cual ni la transferencia del embrión ni el comienzo de ninguna medicación podrá llevarse a cabo antes de que el acuerdo sea firmado entre las partes. En definitiva, la firma del contrato tendrá que producirse una vez que la mujer gestante logre la *medical clearance*, esto es, la aptitud médica reconocida por la clínica de fertilidad que llevará a cabo la tecnología reproductiva. Y una vez firmado el contrato y, en consecuencia, cuando sea efectivo y ejecutable, esto es, cuando se produzca la *clearance legal*, se podrá comenzar con las actividades médicas encaminadas a la transferencia del embrión en el útero de la mujer gestante. Esta secuencia cronológica no es casual. Con ella se asegura que antes de la transferencia del embrión de los *IPs* habrán acordado en el contrato la renuncia de la patria potestad por parte de la gestante y, correlativamente, la asunción de dicha filiación por los *IPs*. En el mismo sentido, se ha regulado en el NRS 126.750 3.b) del Estado de Nevada.

IV. CONSECUENCIAS DEL INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA SOBRE GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN EN RELACIÓN CON LA FILIACIÓN

Expuestos algunos de los aspectos más relevantes del contrato de GS con compensación, analizaremos los efectos del incumplimiento del dicho contrato y, en concreto, de aquellas cláusulas que inciden sobre la filiación establecida mediante una sentencia, que es previa.

Vamos a partir del hecho de que el acuerdo de reproducción asistida es válido porque se ha llevado a cabo conforme al ordenamiento jurídico o *Surrogacy Law* del Estado en el que se ha celebrado.

En este sentido, en el Estado de California⁵⁰, la sección 7962 (i) *CFC* establece que un acuerdo de reproducción asistida sobre *surrogacy* que se ha desarrollado de acuerdo con esta sección es presumiblemente válido y no se rescindirá ni se revocará si no es mediante una orden judicial. De esta forma, cualquier incumplimiento de los requisitos de esta sección supondrá romper con la presunción de validez de este acuerdo de reproducción asistida. Asimismo, en el Estado de Nevada, el NRS 126.720.3 dispone que las partes en un acuerdo de *surrogacy* asumirán los derechos y obligaciones en relación a la filiación, los *IPs* asumiéndola y la mujer gestante renunciando a ella (NRS 126.720.1 y 2), siempre que la mujer gestante cumpla

con los requisitos para serlo previstos en la NRS 126.740, los *IPs* observen las condiciones establecidas en el NRS 126.740.2 y, finalmente, el acuerdo de *surrogacy* se lleve a cabo de acuerdo con las exigencias reguladas en el NRS 126.750.

Antes de llegar a un incumplimiento, es posible que las partes se pongan de acuerdo en la modificación del contrato. En tal caso, solo podrán hacerlo mediante un acuerdo escrito posterior firmado por ambas partes, tal y como suelen disponer los propios contratos.

Asimismo, cabe diferenciar entre algunas cláusulas referidas a la filiación que han de contenerse en los términos fijados en el *Surrogacy Law* y otras disposiciones susceptibles de acuerdo que, si finalmente se consensuan, han de cumplirse todas ellas y en los términos expresados para que el contrato surta efecto en relación con la filiación acordada en favor de los *IPs*.

Conforme a ello, en el Estado de California, el *CFC* no regula esta cuestión expresamente. Sin embargo, los contratos, que se elaboran asimismo de acuerdo con el *case-law* y las sentencias dictadas por los Tribunales Superiores de California, incluyen en sus últimas disposiciones una serie de actuaciones que han de cumplirse pues inciden esencialmente sobre la filiación. A este respecto, los contratos incluyen una cláusula en la que expresamente se señala que el contrato ha sido redactado y ejecutado en el Estado de California y que varios actos contemplados en el contrato deben ocurrir en el citado Estado como son, el mantenimiento de la cuenta de fideicomiso, el lugar de residencia de la mujer gestante durante el embarazo, el nacimiento del niño y declaraciones de maternidad y paternidad, salvo que las partes acuerden lo contrario. Por el contrario, en el Estado de Nevada, el NRS 126.750 distingue entre las previsiones que se han de contener en el acuerdo⁵¹ y aquellas que pueden incluirse en él⁵², si bien, en todo caso, han de ser cumplidas si finalmente se incorporan al contrato. Las primeras son: 1) por parte de la portadora gestacional, el acuerdo expreso y escrito de que se someterá a la transferencia de embriones o gametos e intentar llevar a cabo la gestación y dar a luz al niño resultante y de entregar la custodia legal y física del niño inmediatamente después de dar a luz a los *IPs*; 2) en relación con el cónyuge o pareja de hecho de la mujer gestante, el acuerdo expreso y escrito de llevar a cabo las obligaciones impuestas a la portadora gestacional de acuerdo a los términos del contrato y de entregar la custodia legal y física del niño inmediatamente después de su nacimiento; 3) el acuerdo expreso y escrito de cada parte para el uso por la *surrogate* de los servicios de un médico a su elección, previa consulta a los *IPs*; 4) por parte de los *IPs*, el acuerdo expreso y escrito para aceptar la custodia legal del niño resultante que no esté biológicamente relacionado con la mujer gestante y su cónyuge o pareja inmediatamente después de su nacimiento, con independencia del número de niños, su género o condición mental o física

y asumir la responsabilidad de mantener al niño resultante. Las segundas son: 1) el acuerdo de la portadora gestacional para someterse a todos los exámenes médicos, tratamientos y cualquier procedimiento necesario para el éxito del embarazo; 2) el acuerdo de la portadora gestacional de llevar a cabo cualquier actividad que los *IPs* o el médico crea que es perjudicial para el embarazo y futura salud del niño, como fumar o beber alcohol, entre otros; 3) el acuerdo de los *IPs* para el pago de una compensación razonable; y, 5) el acuerdo de los *IPs* para pagar o reembolsar a la *surrogate* los gastos razonables, incluidos los médicos, legales u otros profesionales relacionados con el contrato.

Ahora bien, suponiendo que el contrato se celebre conforme al *Surrogacy Law* de cada Estado, es posible que no sean observadas algunas cláusulas, que inciden sobre la filiación, por alguna de las partes. En este caso, el ordenamiento jurídico de cada Estado regula las consecuencias de dicho incumplimiento que serán introducidas asimismo en el contrato.

Con carácter general, en el Estado de California, el *CFC* no contiene expresamente disposición alguna sobre qué ocurre en caso de incumplimiento del acuerdo por alguna de las partes, a diferencia de lo que acontece en el *Nevada Surrogacy Law*. Ello, no obstante, los contratos celebrados en el Estado de California incluyen diversas cláusulas sobre ello, dirigidas a resolver este problema. En este sentido, los contratos establecen que las partes han acordado que cualquier conflicto, interpretación y/o aplicación del contrato o conducta contemplada en el acuerdo se regirá, interpretará y aplicará de conformidad con las leyes del Estado de California. Asimismo⁵³, también incluyen que las partes pueden resolver sus controversias mediante la mediación, para lo cual, someterán sus desavenencias a una mediación imparcial y neutral que esté autorizada para resolver la disputa pero no para imponer el acuerdo a las partes. Por otro lado, establecen que las partes pueden, en su caso, acudir a los Tribunales de California competentes, esto es, a los Tribunales Superiores de California del condado correspondiente (en adelante, *CSC*).

Respecto de este último mecanismo, destacaremos que, si el incumplimiento del contrato incidiese sobre la filiación previamente establecida en el contrato en favor de los padres de intención previa renuncia de la gestante, las partes firmantes del contrato podrían acudir a los tribunales competentes y presentar una acción para establecer la filiación de conformidad con la sección 7962 (e) y (f).

En concreto, cualquiera de las partes legitimadas, las firmantes del contrato con la preceptiva asistencia de sus respectivos abogados, han de presentar una *Parentage Action*, ante el órgano competente, para establecer la filiación en favor de los *IPs* tal y como se ha establecido en el contrato. En el Estado de California, conforme a lo dispuesto en la sección 7962 (e) *CFC*,

se regula un tipo de *Parentage Action* que puede ser presentada antes del nacimiento del menor, con el fin de obtener una *Pre-Birth Order (PBO)*. En virtud de esta sección podemos efectuar dos consideraciones. En primer lugar, este tipo de *Parentage Action* tiene como fin, como así lo establece el propio precepto, establecer la relación paterno-filial entre los padres de intención y el menor que ha sido concebido según el acuerdo de reproducción asistida para una portadora gestacional y, por ello, poner fin a cualquier responsabilidad parental de la mujer gestante y, en su caso, de su marido. En segundo término, en virtud de dicha acción, una *Parentage Action*, se determina la filiación por naturaleza y no por adopción de los *IPs* generalmente antes del nacimiento del menor, salvo que haya algún tipo de conflicto o incumplimiento del contrato que requiera ser probado en el proceso.

Junto con la solicitud, han de acompañarse diversos documentos, tal y como exige la sección 7962 (e) y (f) (1) así como la práctica de los *CSC* en primera instancia. En concreto, la sección 7962 (e) exige que se presente una copia del acuerdo de reproducción asistida para una portadora gestacional y la sección 7962 (f) (1) recuerda que dicho acuerdo ha de estar «notarizado», tal y como reclama la sección 7962 (c). Junto con dicha copia del contrato «notarizado», es preciso presentar otros documentos. En este sentido, la sección 7962 (e) establece que las partes del acuerdo, refiriéndose a sus abogados, atestiguarán bajo pena de perjurio y en su mejor conocimiento y convicción que las partes cumplen con lo dispuesto en esta sección al firmar el contrato de reproducción asistida para una portadora gestacional, lo que en ningún caso contravendrá la sección 912 del *Evidence Code* que establece el secreto profesional entre abogado y cliente. Son, refiriéndose a estos testimonios documentados, las declaraciones de los abogados independientes, las que han de adjuntarse junto con el acuerdo «notarizado» según la sección 7962 (f) (1). Y, la consecuencia de presentar dicho acuerdo junto con las declaraciones mencionadas es que, en virtud de tales documentos, y según la sección 7962 (f) (1)⁵⁴, se rebatirá cualquier presunción contenida en la parte 2, subdivisión (b) de la sección 7610, y las secciones 7611 y 7613, en virtud de las cuales la portadora gestacional y su esposo o pareja serían los padres del menor, esto es, con la presentación de dicha documentación se rompe la mencionada presunción en favor de la filiación de los *IPs*. Pero junto con dichas declaraciones, lo cierto es que cada uno de los *CSC* de cada condado considera que deben presentarse otros documentos adicionales para que pueda dictarse una *PBO*. En concreto, si sumamos el conjunto de documentos que exigen los 58 *CSC*, el número asciende a aproximadamente 20 diferentes. Este es otro de los ejemplos que explica la importancia de la práctica judicial en primera instancia en materia de *Surrogacy law* y de la necesidad de que se incluyan en un estatuto sobre *surrogacy* en el Estado de California.

Con carácter general, el proceso se desarrolla sin necesidad de vista, salvo, entre otras cuestiones, que una de las partes haya incumplido el contrato incidiendo, ello, sobre la filiación. En concreto, tal y como dispone la sección 7962 (f) (2) *CFC*⁵⁵, el *CSC* revisará toda la documentación presentada y, en principio, dictará una sentencia u orden en virtud de la cual se pondrá fin a cualquier derecho de paternidad de la gestante o su marido o pareja sin que tenga que celebrarse vista alguna donde practicar ninguna prueba. Sin embargo, esta regla general tiene una excepción que es la que nos interesa. A este respecto, la mencionada sección establece que sí se celebrará vista en el caso de que una de las partes del acuerdo de reproducción asistida para una portadora gestacional o el propio *CSC* tenga la creencia razonable y de buena fe de que dicho acuerdo de reproducción asistida o las declaraciones de los abogados no se han llevado a cabo conforme a los requisitos previstos en la sección 7962. Ahora bien, para que dicha vista finalmente se celebre, el *CSC* requerirá prueba suficiente de lo que las partes hayan alegado. El procedimiento que, en caso de inexistencia de conflicto, se desarrolla sin vista, se convertirá en un contencioso si las partes alegan un incumplimiento del contrato y, por ello, del *Surrogacy Law* que requerirá de una vista en la que se practique la prueba, tras lo cual, resolverá el *CSC*. Una vez que se ha seguido el procedimiento de acuerdo con todo lo establecido en la sección 7962, el *CSC* dictará sentencia o una orden estableciendo la relación paterno-filial de acuerdo con lo previsto en la sección 7630 que fija cómo se establece la relación entre padres e hijos.

A diferencia de lo que ocurre en el Estado de California, en el Estado de Nevada, su *Surrogacy Law*, establece expresamente qué ocurre en caso de incumplimiento del contrato de *surrogacy*. En este sentido, el NRS 126.780 dispone, en su número 1, que una portadora gestacional, su cónyuge legal o pareja de hecho, en su caso, o el padre o padres intencionales no cumplen con el contrato, cuando no observan alguna disposición del acuerdo gestacional o no cumplen con alguno de los requisitos previstos entre el NRS 126.710 y el NRS 126.810, ambos inclusive. En caso de incumplimiento, el NRS 126.790 dispone, de un lado, que el padre o los padres de intención tienen derecho al uso de cualquier remedio disponible por ley o equidad, salvo que se indique lo contrario en el NRS 126.780 o en una cláusula expresa del acuerdo gestacional; y, de otro, que la portadora gestacional tiene igualmente derecho a utilizar cualquier mecanismo establecido por ley o por equidad, salvo que se disponga expresamente algo diferente en algún apartado del contrato. En última instancia, señala el NRS 126.780, en su número 2, que en caso de incumplimiento, un tribunal competente determinará los derechos y obligaciones respectivos de las partes en el acuerdo de *surrogacy* basándose únicamente en la prueba de la intención original de las partes.

Expuesto el *Surrogacy Law* en materia de incumplimiento de contratos, cabe señalar que es bastante infrecuente en la práctica que ello tenga lugar. Y, cuando concurre, los tribunales resuelven teniendo en cuenta la voluntad inicialmente expresada por las partes en el contrato de manera que la filiación se atribuye en general a los *IPs*. Cabe recordar que el principal objetivo del contrato es el establecimiento de la filiación en favor de los *IPs* previa renuncia de la mujer gestante. En este sentido, hemos identificado un reciente asunto en el que hubo un incumplimiento por parte de la mujer gestante de una de las cláusulas del contrato. Tuvo lugar en el Estado de California y se trata del caso *Cook v. Harding et al*⁵⁶. En dicho asunto, el Tribunal de Apelación de California, en enero de 2017, tuvo que resolver el siguiente asunto. Los padres de intención y la gestante acordaron la transferencia de tres embriones y la posibilidad de que, bajo la condición de que existiera riesgo médico, la gestante debía acceder a la reducción de uno de ellos. A lo largo de la gestación, los médicos acreditaron riesgo médico pero la gestante incumplió el contrato y se negó a la reducción por convicciones éticas. Finalmente, nacieron trillizos y la gestante solicitó la custodia de uno de ellos alegando que, según ella, los padres de intención querían la reducción de uno de ellos porque, según le habían dicho, no podían permitirse el lujo de criarlo. El Tribunal de Apelación concluyó que, en este caso, los padres de intención eran los padres legales y naturales. El argumento que justificó dicha decisión consistió en afirmar que, como señaló el propio Tribunal, si se permitiese el cambio caprichoso de parecer de la gestante, se socavaría la previsibilidad del contrato de *surrogacy*. Añadió que si los padres de intención hubiesen sabido que la gestante podía cambiar de parecer no hubieran firmado el contrato con ella. Asimismo, en esta sentencia se cuestionó el hecho de que, debido a los pagos efectuados por los *IPs* a la gestante, esencialmente por las molestias producidas por el proceso de *surrogacy*, se producía la mercantilización del cuerpo de la gestante, a lo que el Tribunal resolvió señalando que cuestionar los pagos constituye un ataque a la legitimidad misma del contrato de *surrogacy*.

V. CONCLUSIONES

Conforme al análisis efectuado hemos confirmado provisionalmente nuestra hipótesis de partida lo que se concreta en las siguientes conclusiones preliminares:

I. Hemos designado como Estados de referencia para analizar los efectos del incumplimiento del contrato de gestación por sustitución a aquellos que establecen un modelo de GS compensada y una filiación

mediante sentencia porque son los que más se acercan a la regulación española sobre técnicas de reproducción asistida, tanto en relación con las TRHA autorizadas, como respecto a la GS como TRHA nacional y transfronteriza.

II. En los Estados de referencia, el contrato de reproducción asistida sobre *surrogacy*, firmado entre el o los padres de intención y la mujer gestante y, en su caso, su cónyuge o pareja de hecho, ha de contener diversas cláusulas que aseguren la filiación en favor de los padres intencionales en consonancia con la principal disposición que ha de incorporarse al contrato relativa a la parentalidad. Dicha cláusula es el establecimiento de la filiación del menor nacido como consecuencia de la aplicación de la *surrogacy* como TRHA en favor de los *PIs* y tras la renuncia libre e informada de la mujer gestante y, en su caso, de su pareja de derecho o de hecho.

III. No resulta admisible el cambio caprichoso de parecer por parte del o de los padres intencionales o de la mujer gestante y su pareja de derecho o hecho, si la tuviere, ni en relación con la piedra angular del contrato, la cláusula por la que los *PIs* asumen la filiación, ni respecto al resto de las disposiciones que inciden indirectamente sobre la parentalidad del menor que han sido acordadas y firmadas libre y con conocimiento de su alcance. Y ello, porque lo contrario, socavaría la previsibilidad del contrato de *surrogacy* y provocaría tal inseguridad jurídica, fundamentalmente al menor, que supondría la extinción de la *surrogacy* como técnica reproductiva.

IV. Dichas conclusiones son provisionales por lo que es necesario un estudio más completo de los efectos por el incumplimiento del conjunto de las cláusulas comprendidas en un contrato de gestación por sustitución que inciden en la filiación y, en todo caso, un análisis pormenorizado de las consecuencias del incumplimiento del contrato de gestación por sustitución en relación con la filiación en todos y cada uno de los ordenamientos jurídicos nacionales de referencia que hemos elegido, lo que haremos en trabajos futuros.

VI. RESOLUCIONES CITADAS

STEDH

- Asuntos *Mennesson* contra Francia y *Labasseé* contra Francia, de 26 de junio de 2014
- Asunto *D. et autres* contra Bélgica de 8 de julio de 2014
- Asunto *Laborie* contra Francia de 16 de enero de 2015
- Asunto *Paradiso y Campanelli* contra Italia de 27 de enero de 2015
- Asunto *Foulon y Bouvet* contra Francia de 21 de julio de 2016

- Asunto dictado por la Gran Sala *Paradiso y Campanelli* contra Italia de 24 de enero de 2017
- Asunto *D.* contra Francia de 16 de julio de 2020

NORTEAMERICANOS

- Caso *In re Marriage of Buzzanca* (1998), Tribunal de Apelación de California
- Caso *Johnson v. Calvert* (1993), Tribunal de Apelación de California
- Caso *In re Marriage of Moschetta* (1994), en el que el Tribunal de Apelación de California
- Casos, *Elisa B. v Superior Court, Kristine H. v. Lisa R. y K.M. v. E. G.* Tribunal Supremo de California (2005), tres *companion cases*

STS

- STS de 25 de octubre de 2016
- STS de 16 de noviembre 2016
- STS de 6 de febrero de 2014

JUZGADOS DE PRIMERA INSTANCIA

- Sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 15 de Valencia, de 15 de septiembre de 2010

INSTRUCCIÓN

- Instrucción DGRN de 18 de febrero de 2019
- Instrucción DGRN de 5 de octubre de 2010

INFORMES

- Informe emitido por el Comité de Bioética de 16 de mayo de 2017

VII. BIBLIOGRAFÍA

- ALKORTA IDIAKEZ, I. (2003). *Regulación jurídica de la medicina reproductiva. Derecho español y comparado*. Navarra: Thomson Aranzadi.
- BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R. (2009). Hijos made in California. *Aranzadi civil-mercantil*, número 3, 2117-2119.
- BLANCO MORALES, P. (2019). Gestación por sustitución en España. *Almacén de Derecho* (en línea), disponible en <https://almacenederecho.org/gestacion-por-sustitucion-en-espana-y-turismo-reproductivo>
- BRENA SESMA, I. (2011). Maternidad subrogada. En C. M. Romeo Casabona (dir.), *Enciclopedia de Bioderecho y Bioética*, Tomo II. Granada: Comares, (en línea), disponible en <https://enciclopedia-bioderecho.com/voces/203>
- CALAZA LÓPEZ, S. (2020). Cinco retos esenciales de la imprescindible reforma de nuestra moderna justicia civil de familia: unificar, economizar, simplificar, humanizar y transferir. En E. Pillado González (coord.), *Los conflictos de Derecho de Familia desde la justicia terapéutica*. Barcelona: Bosch, 25-62.
- CALVO CARAVACA, A.L.; CARRASCOSA 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* (en línea), Vol. 7, número 2, disponible en <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/2780/1558>
- CORERA IZU, M. (2016). Maternidad subrogada: la solución única, de momento, el Registro civil. *La Ley*, número 8813.
- CORRAL GARCÍA, E. (2013). El derecho a la reproducción humana. ¿Debe permitirse la maternidad subrogada? *Revista de Derecho y Genoma Humano*, número 38, 45-69.
- DE VERDA Y BEAMONTE, J.R. (2010). 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*, número 7501.
- FARNÓS AMORÓS, E. (2011). *Consentimiento a la reproducción asistida. Crisis de pareja y disposición de embriones*. Barcelona: Atelier.
- FLORES RODRÍGUEZ, J. (2014). Vientres de alquiler: más cerca de su reconocimiento legal en España. *La Ley*, número 8363.
- FURROW, B.R., GREANEY, T., JOHNSON, S.H., STOLTZFUS JOST, T., SCHWARTZ, R.L. (2014). *Health Law*. 3.^a ed. St Paul, Minn: West Academic Publishing.
- GÓMEZ SÁNCHEZ, Y. (1994). *El derecho a la reproducción humana*. Madrid: Marcial Pons.
- IGAREDA GONZÁLEZ, N. (2018). La gestación por sustitución: una oportunidad para repensar la filiación y la reproducción humana. *Revista de Bioética y Derecho*, número 44, 57-72.
- HEREDIA CERVANTES, I. (2013). La Dirección General de los Registros y del Notariado ante la gestación por sustitución. *ADC*, Tomo LXVI, Fasc. II, 687-715.
- LAMM, E. (2012). La importancia de la voluntad procreacional en la nueva categoría de filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida. *Revista de Bioética y Derecho*, número 24, 76-91.

- (2012). Gestación por sustitución. Realidad y Derecho. *InDret*, número 3, 1-49.
- LASARTE ÁLVAREZ, C. (2012). La reproducción asistida y la prohibición legal de la maternidad subrogada admitida de hecho por vía reglamentaria. *La Ley*, número 7777.
- MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, J.M.; MASSIGOGUE BENEGIU, J.M. (1994). *La maternidad portadora, subrogada o de encargo en el Derecho español*. Madrid: Dykinson.
- MORENO SÁNCHEZ-MORALEDA, A. (2014). La determinación legal de la filiación mediante gestación de sustitución reconocida en el derecho internacional privado español. *Revista Aranzadi*, número 9, 189-215.
- MORETÓN SANZ, M.F. (2019). Dinámica de las relaciones obligatorias contractuales y extracontractuales: principios generales de derecho y su aplicabilidad a los medios solutorios en los cambios de deudor, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, número 772, año 95, 994-1013.
- ROMEO CASABONA, C.M. (1994), *El derecho y la Bioética ante los límites de la vida humana*. Madrid: Edersa.
- SÁEZ-SATURTÚN PRIETO, M.A. (2014). La maternidad subrogada: estado actual de la cuestión a raíz de la STS de 6 de febrero de 2014. *La Ley*, número 8293.
- VELA SÁNCHEZ, A. J. (2011). Propuesta de regulación del convenio de gestación por sustitución o de maternidad subrogada en España. *La Ley*, número 7621.
- (2012). *La maternidad subrogada. Estudio ante un reto normativo*. Granada: Comares.
- (2014). Los hijos nacidos de convenio de gestación por sustitución «pueden» ser inscritos en el registro civil española propósito de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 26 de junio de 2014. *Diario La Ley*, número 8415.

NOTAS

¹ Los trabajos que han analizado la *surrogacy* desde un punto de vista médico, ético y económico han sido referenciadas por CALVO CARAVACA, A.L.; CARRASCOSA 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* (en línea), Vol. 7, núm. 2, disponible en <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/2780/1558>, 46, en nota núm. 1. Junto con la doctrina incluida en este trabajo, a la que nos remitimos, hemos de señalar, sin ningún ánimo de ser exhaustivos, dada la abundante literatura existente sobre esta materia, los siguientes estudios de carácter jurídico: ALKORTA IDIAKEZ, I. (2003). *Regulación jurídica de la medicina reproductiva. Derecho español y comparado*. Navarra: Thomson Aranzadi; BRENA SESMA, I. (2011). Maternidad subrogada. En C.M. ROMEO CASABONA (dir.), *Enciclopedia de Bioderecho y Bioética*, Tomo II. Granada: Comares, (en línea), disponible en <https://enciclopedia-bioderecho.com/voces/203>; FARNÓS AMORÓS, E. (2011). *Consentimiento a la reproducción asistida. Crisis de pareja y disposición de embriones*. Barcelona: Atelier; LAMM, E. (2012). Gestación por sustitución. Realidad y Derecho. *InDret*, núm. 3, 1-49; CORRAL GARCÍA, E. (2013). El derecho a la reproducción humana. ¿Debe permitirse la maternidad subrogada? *Revista de Derecho y Genoma Humano*, núm. 38, 45-69; FURROW, B.R., GREANEY, T., JOHNSON, S.H., STOLTZFUS JOST, T., SCHWARTZ, R.L. (2014). *Health Law*. 3.^a ed. St Paul, Minn: West Academic Publishing; IGAREDA

GONZÁLEZ, N. (2018). La gestación por sustitución: una oportunidad para repensar la filiación y la reproducción humana. *Revista de Bioética y Derecho*, núm. 44, 57-72.

² Está disponible en: <https://assets.hcch.net/upload/wop/gap2012pd10en.pdf>. Fecha de consulta: 7 de julio de 2020.

³ Previsto en Nev. Rev. Stat. NRS 126.500-126.810. Disponible en: <https://www.leg.state.nv.us/NRS/NRS-126.html#NRS126Sec500>. Fecha de consulta: 7 de julio de 2020.

⁴ Se regula en el California Family Law Sections 7960-7962. Disponible en: https://leginfo.ca.gov/faces/billNavClient.xhtml?bill_id=201120120AB1217. Fecha de consulta: 7 de julio de 2020. Asimismo, toma en cuenta el case law: Johnson v. Calvert (1993) y Buzzanca v. Buzzanca (1998).

⁵ Está previsto en Conn.Gen.Stat. §7-48a. Disponible en: <https://law.justia.com/codes/connecticut/2015/title-7/chapter-93/section-7-48>. Fecha de consulta: 7 de julio de 2020.

⁶ Se establece en: DC Law 21-0255. Disponible en: <https://code.dccouncil.us/dc/council/code/titles/16/chapters/4/>. Fecha de consulta: 7 de julio de 2020.

⁷ Autorizado en: Delaware Code 13, § 8-801 through § 8-810. Disponible en: <https://delcode.delaware.gov/title13/c008/sc08/index.shtml>. Fecha de consulta: 7 de julio de 2020.

⁸ Previsto en The Maine Parentage. Title 19A, Chapter 61.

⁹ Regulado en The New Jersey Gestational Carrier Agreement Act.

¹⁰ Establecido en: N.H. Rev. Stat. Ann. 168-B. Disponible en: <http://gencourt.state.nh.us/legislation/2014/SB0353.html>. Fecha de consulta: 7 de julio de 2020. Fecha de consulta: 7 de julio de 2020.

¹¹ Regulado en: RCW 26.26A. Disponible en: <https://app.leg.wa.gov/RCW/default.aspx?cite=26.26A>.

¹² Autorizado en The Vermont Parentage Act of 2018.

¹³ *Vide supra*, (p. 9) tales notas esenciales.

¹⁴ Así, entre otros, también lo entiende LAMM, E. (2012). La importancia de la voluntad procreacional en la nueva categoría de filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida. *Revista de Bioética y Derecho*, núm. 24, 76-91.

¹⁵ Puede consultarse en: <https://assets.hcch.net/upload/wop/genaff2011pd11e.pdf>, fecha de consulta: 7 de julio de 2020.

¹⁶ Así lo señala la exposición de motivos de la propia Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida.

¹⁷ Llama la atención que los actuales avances en tecnología reproductiva no se hayan ido incluyendo en la LTRHA, como el método ROPA, que significa Recepción de Óvulos de la Pareja, que constituye una técnica exclusivamente pensada para ser utilizada por parejas homosexuales formadas por mujeres, en virtud de la cual una será la madre genética (la que aporta el óvulo) y otra será la madre biológica (que gesta el embrión creado con el óvulo de su pareja y semen donado). Incluso, todavía es más llamativo el hecho de que, previendo la donación de preembriones (art. 5) no se incluya en el Anexo A la transferencia de un preembrión donado como otra técnica reproductiva, habida cuenta de que cuando se refiere en el citado Anexo A a la Fecundación in Vitro e Inyección Intracitoplásmica de espermatozoides ha establecido expresamente que se realice con gametos propios o de donante.

¹⁸ Los primeros trabajos en los que se aborda la gestación por sustitución fueron los de GÓMEZ SÁNCHEZ, Y. (1994). *El derecho a la reproducción humana*. Madrid: Marcial Pons; ROMEO CASABONA, C.M. (1994). *El derecho y la Bioética ante los límites de la vida humana*. Madrid: EDESA y MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, J.M.; MASSIGOGE BENEIGU, J.M. (1994). *La maternidad portadora, subrogada o de encargo en el Derecho español*. Madrid: Dykinson.

¹⁹ Entre otros, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (2009). *Hijos made in California*. *Aranzadi civil-mercantil*, núm. 3, 2117-2119; DE VERDA y BEAMONTE, J.R. (2010). 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*, núm. 7501; y, recientemente el Informe emitido por el Comité de Bioética de 16 de mayo de 2017, disponible en: http://assets.comitedebioetica.es/files/documentacion/es/informe_comite_bioetica_aspectos_eticos_juridicos_maternidad_subrogada.pdf, fecha de consulta: 21 de julio de 2017, si bien contó con un voto particular de Carlos M.^a ROMEO CASABONA.

²⁰ Entre otros, VELA SÁNCHEZ, A.J. (2011). Propuesta de regulación del convenio de gestación por sustitución o de maternidad subrogada en España. *La Ley*, núm. 7621; (2012). *La maternidad subrogada. Estudio ante un reto normativo*. Granada: COMARES; LASARTE ÁLVAREZ, C. (2012). La reproducción asistida y la prohibición legal de la maternidad subrogada admitida de hecho por vía reglamentaria. *La Ley*, núm. 7777; SÁEZ-SATURTÚN PRIETO, M.A. (2014). La maternidad subrogada: estado actual de la cuestión a raíz de la STS de 6 de febrero de 2014. *La Ley*, núm. 8293; quien defiende una interpretación flexible del artículo 10, en aras de la protección del interés superior del menor y reconociendo por ello su filiación en favor de los padres intencionales y, en última instancia, la regulación de un «convenio de maternidad subrogada»; FLORES RODRÍGUEZ, J. (2014). Vientres de alquiler: más cerca de su reconocimiento legal en España. *La Ley*, núm. 8363; CORERA IZU, M. (2016). Maternidad subrogada: la solución única, de momento, el registro civil. *La Ley*, núm. 8813.

²¹ Ciertamente, el Capítulo III del Título XII del CP han previsto y penado «la suposición de parto y de la alteración de la paternidad, estado o condición del menor» (arts. 220-222). Sin embargo, en tales preceptos, se regulan tipos penales que son de aplicación, tanto si el menor ha nacido como consecuencia de una relación sexual o de una técnica de reproducción asistida, únicamente cuando tenga lugar una suposición del parto o alteración de la paternidad, estado o condición del menor. El hecho mismo de que en España se utilice esta técnica reproductiva y, por ello, se aplique lo dispuesto en el artículo 10 no implica en sí mismo suposición del parto alguno. Solo se aplicarían dichos preceptos penales si, tanto en caso de gestación por sustitución como si no es mediante esta técnica reproductiva o si fuera mediante parto natural se cumpliera el tipo penal previsto en los artículos 220-222 CP. Sobre este tema puede leerse a DÍAZ ROMERO, M. R., La gestación por sustitución en nuestro ordenamiento jurídico, *La Ley*, núm. 7527, 14 de diciembre de 2010.

²² Así lo ha señalado HEREDIA CERVANTES, I. (2013). La Dirección General de los Registros y del Notariado ante la gestación por sustitución, *ADC*, Tomo LXVI, Fasc. II, 709.

²³ MORENO SÁNCHEZ-MORALEDA, A. (2014). La determinación legal de la filiación mediante gestación de sustitución reconocida en el derecho internacional privado español. *Revista Aranzadi* núm. 9, 3.

²⁴ Entre otros, VELA SÁNCHEZ, A. J. (2014). Los hijos nacidos de convenio de gestación por sustitución «pueden» ser inscritos en el registro civil española propósito de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 26 de junio de 2014. *Diario La Ley*, núm. 8415.

²⁵ En este sentido, la Sociedad Española de Fertilidad ha elaborado una Propuesta de Bases Generales para la Regulación en España de la gestación por sustitución que está disponible en: <http://www.sefertilidad.net/docs/grupos/etica/propuestaBases.pdf>, fecha de consulta: 21 de julio de 2017. y, asimismo, la Asociación para la Gestación Subrogada en España ha elaborado una ILP que está disponible en: <http://gestacionsubrogadaenespana.es/index.php/2013-10-16-13-08-07/texto-ilp>, fecha de consulta: 21 de julio de 2017.

²⁶ Ciudadanos es el partido político que lidera la aprobación de una ley reguladora de la gestación por sustitución. Puede consultarse en: <https://www.ciudadanos-cs.org/nuestro-proyecto>, fecha de consulta: 21 de julio de 2017. De hecho, Ciudadanos ha presentado una Proposición de Ley (núm. 20170627) reguladora del derecho a la gestación por subrogación, el 27 de abril de 2017.

²⁷ Dichas STEDH son principalmente los Asuntos *Mennesson* contra Francia y *Labasseé* contra Francia, de 26 de junio de 2014; Asunto *D. et autres* contra Bélgica de 8 de julio de 2014; Asunto *Laborie* contra Francia de 16 de enero de 2015, Asunto *Paradiso y Campanelli* contra Italia de 27 de enero de 2015, Asunto *Foulon y Bouvet* contra Francia de 21 de julio de 2016 y el Asunto dictado por la Gran Sala *Paradiso y Campanelli* contra Italia de 24 de enero de 2017. Quiero indicar que, en este último asunto contra Italia, no es que el TEDH haya cambiado su jurisprudencia, sino que el pronunciamiento es distinto porque los padres de intención no cumplieron con la normativa rusa sobre la *surrogacy* pues ninguno de ellos tenía vínculo genético con el menor a pesar de que la legislación rusa lo exige en un proceso de *surrogacy*.

²⁸ Con carácter general, puede leerse CALAZA LÓPEZ, S. (2020). Cinco retos esenciales de la imprescindible reforma de nuestra moderna justicia civil de familia: unificar, economizar, simplificar, humanizar y transferir. En E. PILLADO GONZÁLEZ (coord.), *Los conflictos de Derecho de Familia desde la justicia terapéutica*. Barcelona: Bosch, 25-62.

²⁹ Los requisitos que ha de controlar incidentalmente el encargado del Registro civil son: a) La regularidad y autenticidad formal de la resolución judicial extranjera y de cualesquiera otros documentos que se hubieran presentado. b) Que el Tribunal de origen hubiera basado su competencia judicial internacional en criterios equivalentes a los contemplados en la legislación española. c) Que se hubiesen garantizado los derechos procesales de las partes, en particular, de la madre gestante. d) Que no se ha producido una vulneración del interés superior del menor y de los derechos de la madre gestante. En especial, deberá verificar que el consentimiento de esta última se ha obtenido de forma libre y voluntaria, sin incurrir en error, dolo o violencia y que tiene capacidad natural suficiente. e) Que la resolución judicial es firme y que los consentimientos prestados son irrevocables, o bien, si estuvieran sujetos a un plazo de revocabilidad conforme a la legislación extranjera aplicable, que este hubiera transcurrido, sin que quien tenga reconocida facultad de revocación, la hubiera ejercitado.

³⁰ Es el caso, por ejemplo, de Ucrania o Rusia, donde los padres de intención han de ser pareja heterosexual, casada y al menos el padre ha de tener vínculo genético con el menor.

³¹ Dicha Instrucción ha sido objeto de algunas críticas por BLANCO MORALES, P. (2019). Gestación por sustitución en España. *Almacén de Derecho* (en línea), disponible en: <https://almacendederecho.org/gestacion-por-sustitucion-en-espana-y-turismo-reproductivo>

³² En este sentido, la STEDH *D.* contra Francia de 16 de julio de 2020 señala que los niños nacidos por gestación subrogada han de ser, en todo caso, inscritos como hijos de sus padres intencionales. Junto con ello, deja en manos de los Estados decidir si han de inscribirse como padres por naturaleza o por adopción, si bien, en este último caso, debe hacerlo en un plazo razonable y sin que conste la condición de hijo por subrogación.

³³ Son ya numerosas estas sentencias, que comenzaron con las SSTS de 25 de octubre y 16 de noviembre 2016.

³⁴ Así se establece en el NRS 126.500 a 126.810, ambos inclusive.

³⁵ La sección 7960(c) del CFC establece que «*Intended parent*» means an individual, married or unmarried, who manifests the intent to be legally bound as the parent of a child resulting from assisted reproduction».

³⁶ En 2005, el Tribunal Supremo de California decidió tres *companion cases*, esto es, tres asuntos que se resuelven conjuntamente porque se aplica en cada uno de ellos la misma norma, referidos a parejas de lesbianas quienes se habían reproducido a través de la subrogación. Fueron los casos, *Elisa B. v Superior Court*, *Kristine H. v. Lisa R. y K.M. v. E.G.* El tribunal sostuvo que, bajo la UPA, dos mujeres pueden ser los padres legales de un menor nacido a través de la subrogación. Esta regla se aplica presumiblemente a todos los miembros de la comunidad LGTB. Puede leerse en: <http://law.justia.com/cases/california/supreme-court/2005/s126945.html>, fecha de consulta: 7 de julio de 2020.

³⁷ En el asunto *In re Marriage of Buzzanca* (1998), el Tribunal de Apelación de California decidió que los padres de intención, aun no siendo ninguno de ellos los titulares de los gametos (se utilizaron gametos donados anónimos), eran los padres legales y naturales. Y ello, a pesar de que podían identificarse seis sujetos que podrían ser potenciales padres legales del menor: la donante de óvulos, el donante de esperma, la madre de intención, el padre de intención, la gestante o el marido de la gestante. Los argumentos esgrimidos para justificar que la madre de intención era la madre legal y natural fueron los dados en el caso *Johnson v. Calvert* (1993), que extiende y aplica a este caso. Respecto al padre de intención, el argumento que asumió para justificar que era el padre legal y natural, aun no siendo el titular del gameto, fue lo dispuesto en la sección 7613 CFC, según la cual el padre que consiente la inseminación a su mujer con esperma donado es padre legal y natural. Para ello, el Tribunal hizo una interpretación extensiva de dicho precepto al caso actual, lo que le permitió concluir que el padre de intención era el padre legal y natural porque tuvo la intención de serlo. Conforme a la intencionalidad determinada en el asunto *Johnson v. Calvert* (1993) para reconocer la filiación, el Tribunal igualmente la concretó, de forma semejante al caso de la madre de intención resuelto en dicho asunto, en el consentimiento dado en el contrato firmado entre los padres de intención y la mujer gestante, así como en el consentimiento prestado por ambos a todo proceso médico incluyendo la donación de gametos. Puede consultarse en: <http://law.justia.com/cases/california/court-of-appeal/4th/61/1410.html>. Fecha de consulta: 7 de julio de 2020.

³⁸ Ello se contempla en la sección en la sección 26.26A.705.

³⁹ En concreto, en la sección 168-B:9 del citado estatuto.

⁴⁰ La sección 7960 (f) señala: «*Surrogate*» means a woman who bears and carries a child for another through medically assisted reproduction and pursuant to a written agreement, as set forth in Sections 7606 and 7962».

⁴¹ Ello está motivado fundamentalmente por cómo se resolvió el caso *In re Marriage of Moschetta* (1994), en el que el Tribunal de Apelación de California trató la cuestión relativa a cómo determinar la filiación cuando un menor es concebido vía subrogación tradicional (en la que la gestante es la titular de los óvulos) y nace después de que los IPs se hubiesen separado. El Tribunal entendió que el padre de intención y la mujer gestante debían ser los padres legales del menor, perdiendo la madre de intención sus derechos de filiación. Puede leerse en: <http://law.justia.com/cases/california/court-of-appeal/4th/25/1218.html>. Fecha de consulta: 7 de julio de 2020.

⁴² Dispone: «*Gestational carrier means an adult woman who is not an intended parent and who enters into a gestational agreement to bear a child conceived using the gametes of other persons and not her own*».

⁴³ Ello se incluye en la sección 26.26A. 705.

⁴⁴ Así se establece en los NRS 126.740. 2 y 126.740 1. B).

⁴⁵ Dicha sección expresa, asimismo, que, si la cobertura de la responsabilidad es incierta, una declaración de ese hecho será suficiente para cumplir con los requisitos de esta sección.

⁴⁶ Para las relaciones jurídicas y la estipulación en favor en tercero en los seguros, léase, MORETÓN SANZ, M.F. (2019). Dinámica de las relaciones obligatorias contractuales y extracontractuales: principios generales de derecho y su aplicabilidad a los medios solutorios en los cambios de deudor, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 772, año núm. 95, 994-1013.

⁴⁷ Se han previsto, en concreto, en el NRS 126.750 y 126.720.

⁴⁸ Se establece en el NRS 126.750. 4.

⁴⁹ En particular, se incluye en la sección 168-B-9:10 y 168B-9:11.

⁵⁰ Con carácter previo a la regulación del CFC iniciada en el año 2003, el *Surrogacy Law* se conformaba únicamente con el *case-law*. En este sentido, dicha jurisprudencia se inició en el caso *Johnson v. Calvert* (1993). Este asunto ha constituido uno de los de mayor transcendencia en relación con los derechos en la subrogación (*surrogacy rights*)

que se ha dictado en USA y fue precisamente resuelto en el Estado de California. En este caso, los *IPs* eran los titulares de los gametos y firmaron un contrato de *surrogacy*, concretamente, de subrogación gestacional. A la hora de determinar la validez y eficacia de dicho contrato y, en consecuencia, de la filiación del menor, el Tribunal Supremo de California concluyó que los padres de intención, en un contrato de subrogación gestacional, deben reconocerse como los padres legales y naturales. En el caso del padre, no planteó mayores problemas considerar al padre genético como el padre natural. La discusión se planteó fundamentalmente en torno a la madre legal del menor a la que, entendió, habría de considerarse como madre legal y natural porque fue quien tuvo la intención de procrear. Justificó el Tribunal que tal intencionalidad se había concretado en la firma del contrato entre los padres de intención y la mujer gestante, así como en el consentimiento dado en todo el proceso médico por la madre de intención.

⁵¹ En el NRS 126.750. 4

⁵² En el NRS 126.750. 5.

⁵³ En relación con la posibilidad de acudir a la Jurisdicción, es posible que el incumplimiento de las partes lleve aparejada una reclamación de cantidad, en cuyo caso, el contrato dispone que las partes pueden acudir a los Tribunales competentes a tal fin.

⁵⁴ Su tenor literal es: «*A notarized assisted reproduction agreement for gestational carriers signed by all the parties, with the attached declarations of independent attorneys, and lodged with the superior court in accordance with this section, shall rebut any presumptions contained within Part 2 (commencing with Section 7540), subdivision (b) of Section 7610, and Sections 7611 and 7613, as to the gestational carrier surrogate, her spouse, or partner being a parent of the child or children*».

⁵⁵ Dispone la sección 7962 (f) (2): «*The judgment or order shall terminate any parental rights of the surrogate and her spouse or partner without further hearing or evidence, unless the court or a party to the assisted reproduction agreement for gestational carriers has a good faith, reasonable belief that the assisted reproduction agreement for gestational carriers or attorney declarations were not executed in accordance with this section. Upon motion by a party to the assisted reproduction agreement for gestational carriers, the matter shall be scheduled for hearing before a judgment or order is issued. Nothing in this section shall be construed to prevent a court from finding and declaring that the intended parent is or intended parents are the parent or parents of the child where compliance with this section has not been met; however, the court shall require sufficient proof entitling the parties to the relief sought*».

⁵⁶ La información sobre este asunto está disponible en: <https://dockets.justia.com/docket/california/cacdcel/2:2016cv00742/639176>, fecha de consulta: 7 de julio de 2020.

(Trabajo recibido el 15-4-2020 y aceptado
para su publicación el 18-5-2020)