

UNIVERSITAT DE VALÈNCIA

FACULTAT DE DRET



UNIVERSITAT
DE VALÈNCIA

DEPARTAMENTO DE FILOSOFÍA DEL DERECHO, MORAL I POLÍTICA

TESIS DOCTORAL

**LA DETERMINACIÓN DE LA FILIACIÓN EN LA
GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN.
PRINCIPIOS ÉTICOS, BIENES JURÍDICOS Y
DOCTRINA JURISPRUDENCIAL**

Presentada por

PATRICIA MARCO VILA

DIRIGIDA POR

PROF. DR. PEDRO TALAVERA FERNÁNDEZ

VALENCIA, 2016

ÍNDICE

Agradecimientos

Abreviaturas.....	10
--------------------------	-----------

INTRODUCCIÓN.....	12
--------------------------	-----------

PRIMERA PARTE

CAPÍTULO I. APROXIMACIÓN AL FENÓMENO DE LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN EN EL DERECHO COMPARADO Y EN EL DERECHO ESPAÑOL.....	20
--	-----------

1. La gestación por sustitución: terminología y conceptos fundamentales	22
2. Regulación de la gestación por sustitución en el Derecho comparado.....	29
2.1 Regulación en los Estados Unidos.....	30
2.2 Regulación en La India	32
2.3 Regulación en Ucrania y Rusia.....	33
2.4 Regulación en el Reino Unido y Canadá.....	33
2.5 Regulación en la República Sudafricana.....	34
3. La gestación por sustitución en el Ordenamiento español	35
4. Prestaciones sociales reconocidas en el Derecho español para los casos de gestación por sustitución	40
5. Prestación por maternidad. Jurisprudencia española reciente	45
6. El contradictorio <i>iter</i> administrativo y judicial de la gestación por sustitución en España	57
6.1 El <i>iter</i> administrativo en la DGRN.....	58
6.2 El <i>iter</i> jurisdiccional	63
6.3 Las resoluciones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos	69
6.4 La confusa situación actual y la tesis de los “rodeos jurídicos”	71
6.5 Una singular intervención del Ministerio de Justicia	74
6.6 El nuevo Auto del TS de 2 de febrero de 2015.....	76

6.7 La esquizofrenia jurídica: ¿continúa vigente la Instrucción de la DGRN de 2010?.....	78
--	----

CAPÍTULO II. PRESUPUESTOS ANTROPOLÓGICOS Y BIENES JURÍDICOS IMPLICADOS EN LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN 82

1. Una significativa transición terminológica. De <i>procreación</i> a <i>reproducción</i> . De <i>embarazo</i> a <i>gestación</i>	89
2. La conversión de los deseos en derechos como clave del planteamiento permisivo	96
3. La asunción del <i>dualismo antropológico</i> : lo racional frente a lo corporal.....	105
4. Bienes jurídicos fundamentales: el valor determinante del <i>parto</i> y la defensa del <i>interés superior del menor</i>	109

CAPÍTULO III. LA INEXISTENCIA DE FUNDAMENTO JURÍDICO QUE AMPARE UN “DERECHO A LA PROCREACIÓN” EN EL ORDENAMIENTO ESPAÑOL 122

1. Maternidad y nuevas tecnologías reproductivas	122
2. La reivindicación de un presunto “derecho a procrear”	128
3. Protección constitucional de la maternidad y la infancia	130
3.1. <i>Protección constitucional de la maternidad</i>	132
3.2. <i>Investigación de la paternidad</i>	137
3.4. <i>Conflicto entre investigación de la paternidad y reproducción asistida</i>	140
4. Inexistencia de un presunto derecho a procrear (derecho al hijo)	142
4.1. <i>Derecho a la procreación como ‘presunto’ componente de otros derechos fundamentales</i>	142
4.2. <i>Imposibilidad de fundamentar un derecho a la procreación</i>	151

CAPÍTULO IV. IMPOSIBLE ENCAJE JURÍDICO DE UN CONTRATO DE GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN EN EL DERECHO CIVIL ESPAÑOL 156

1. Precisiones terminológicas: ‘subrogación’ y ‘sustitución’ como figuras impropia­mente aplicadas a la maternidad en el derecho español 162
 - 1.1. *La gestación de un ser humano como ‘contrato’* 166
 - 1.2. *El contrato de gestación: el hijo como ‘objeto’ de un contrato* 169
2. Gestación por sustitución y determinación de la filiación 173
 - 2.1. *Problemática de la filiación derivada de las técnicas de reproducción humana asistida*..... 173
 - 2.2. *Clases de filiación y títulos de determinación. Situación anterior a la Ley 20/2011, del Registro Civil y su modificación por la Ley 19/2015, de 13 de Julio.* 175
 - 2.3. *Determinación de la filiación derivada de las técnicas de reproducción humana.*..... 180
 - 2.3.1. Determinación jurídica de la maternidad..... 180
 - 2.3.2 Determinación jurídica de la paternidad..... 181
 - 2.3.3. Situación creada por la Ley 20/2011, del Registro Civil y su modificación por la Ley 19/2015, de 13 de julio..... 185

SEGUNDA PARTE

CAPÍTULO V. LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN Y EL ORDEN PÚBLICO INTERNACIONAL 196

1. Noción de orden público y distinción con figuras afines 197
 - 1.1 *Ámbito de protección primario: la persona y los derechos humanos.* 201
 - 1.2 *Clausulas generales de orden público internacional: el art 12.3 CC.*..... 203
 - 1.3 *Art 10 LTRHA ¿Ley de policía o norma interna perteneciente al orden público internacional?*..... 207
 - 1.4 *Funcionamiento de la excepción del orden público internacional: la atenuación del orden público, el principio de proximidad y la reducción al núcleo duro.* 209
 - 1.5 *Control de legalidad y orden público en la gestación por sustitución. Tratamiento de la cuestión por la jurisprudencia española y la DGRN.* 214
 - 1.5.1. Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 18 de febrero de 2009 214

1.5.2. El criterio de la SJPI núm 15 de Valencia de 15 de septiembre de 2010.	221
1.5.3 Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010 sobre Régimen Registral de la Filiación de los hijos nacidos mediante gestación por sustitución	226
1.5.4 Mantenimiento de la doctrina anterior por la SAP de Valencia de 23 de noviembre de 2011	233
1.5.5. STS 835/2013, de 6 de Febrero de 2014. Confirmación de los criterios recurridos.	237
1.5.6. Conclusiones en materia de control de legalidad y orden público.	242
2. El fraude de ley y maternidad subrogada.	246
2.1 <i>Tratamiento en la DGRN y en la jurisprudencia</i>	246
2.2 <i>Conclusiones sobre el fraude de ley.</i>	250

CAPÍTULO VI. LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN Y EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR 256

1. El Derecho Internacional y el Principio del <i>Interés Superior del niño</i>	258
2. El Principio del <i>Interés Superior del niño</i> en el contexto actual. Observación general nº 14 del Comité de los derechos del niño de Naciones Unidas.	260
2.1. <i>Naturaleza del Interés Superior del niño</i>	261
2.2. <i>Obligaciones de los Estados</i>	263
3. El interés superior del niño en el Derecho español	264
3.1. <i>Evolución normativa</i>	264
3.2. <i>Ley orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección de la infancia y adolescencia. El nuevo art 2 de Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor.</i>	270
4. El ISM en la jurisprudencia española. Principales pronunciamientos	277
4.1. <i>Jurisprudencia del Tribunal Constitucional</i>	277
4.2. <i>Jurisprudencia del Tribunal Supremo Español.</i>	278
5. Concreción del interés del menor en la gestación por sustitución	285
5.1 <i>Doctrina de la DGRN</i>	292
5.2 <i>La posición de la Curia.</i>	295
6. Interés del menor y la posible vulneración del principio de igualdad y de prohibición de discriminación por razón de sexo conforma al art 14 CE.	305
7. El interés del menor y el derecho a la identidad.	308

CAPÍTULO VII. LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN EN LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS Y LA FUTURA CONVENCION INTERNACIONAL SOBRE LA MATERIA 316

1. Presupuestos jurisdiccionales previos 317
2. La jurisprudencia del TEDH en relación con la gestación por sustitución..... 322
3. El derecho a la vida privada y familiar en la jurisprudencia del TEDH. Del acceso a las técnicas de reproducción asistida como derecho a procrear. 323
4. Las Sentencias del TEDH, de 26 de junio de 2014 328
5. Los razonamientos y principios invocados por las Sentencias del TEDH..... 334
6. La STEDH, de 27 de enero de 2015 en el asunto *Paradiso et Campanelli vs. Italie*..... 342
7. El auto del Tribunal Supremo español, de 2 febrero de 2015. Examen comparativo con la jurisprudencia del TEDH. Analogías y diferencias. 349
8. Proyección de futuro sobre los efectos de la doctrina del TEDH..... 357
9. El Proyecto de Convención Internacional 360

CAPÍTULO VIII. ANÁLISIS CRÍTICO DE LAS PROPUESTAS PLANTEADAS PARA EL RECONOCIMIENTO EN ESPAÑA DE LA FILIACIÓN DERIVADA DE UN CONTRATO DE GESTACIÓN 370

1. El desafío de legislar en esta materia y los presupuestos jurisprudenciales 371
2. Proyectos de ley e iniciativas legislativas planteadas 378
 - 2.1. *Iniciativa legislativa popular. Análisis crítico*..... 379
 - 2.2. *Valoración crítica de la iniciativa legislativa. Dificil compatibilidad con el respeto a los derechos fundamentales de la gestante y del nasciturus* 404

CONCLUSIONES..... 412

BIBLIOGRAFÍA..... 422

ANEXOS 438

Agradecimientos

Quisiera agradecer al departamento de Filosofía del Derecho que me hayan permitido realizar en él el doctorado y la presente tesis doctoral.

Quisiera dedicar esta tesis a todas las personas que me han apoyado y ayudado en su elaboración, con todo mi cariño y agradecimiento:

A mi director, el profesor Pedro Talavera, en primer lugar por decirme sí a esta aventura, por animarme desde la prudencia y siempre siendo sincero conmigo. Gracias por su dirección, sus consejos y su confianza, por su trabajo, su dedicación y su decisiva ayuda.

Gracias al profesor Jesús Ballesteros por sus ánimos y su accesibilidad.

Gracias a mi marido, Luís, por su apoyo incondicional, por su paciencia infinita, por sus consejos y por creer en mí siempre.

Gracias a mis padres y hermanos por sus ánimos y por estar siempre dispuestos a ayudarme.

Gracias a mis hijos, Lucía, Rodrigo, Lucas y Luís, por esperar siempre a otro momento y por darme fuerzas y energía cada día.

Abreviaturas

Apdo.	Apartado.
Art./Arts.	Artículo/s.
BOE	Boletín Oficial del Estado Español.
Cap	Capítulo
Cc	Código Civil español.
CC.AA.	Comunidad Autónoma.
CCJC	Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil.
CE	Constitución Española.
CEDH	Convención Europea de Derechos Humanos.
cit.	Citada.
Cfr.	Confrontar.
Coord..(s)	Coordinador/a(es/as)
Dir(s).	director(res)/a(as)
DGRN	Dirección General de Registros y del Notariado.
FJ	Fundamento Jurídico
Ib./ Ibíd.	Ibídem (Lat: en el mismo lugar).
ISM	Interés superior del menor
JC	Jurisprudencia Civil.
LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil.
LTRHA	Ley sobre técnicas de reproducción humana asistida.
LO	Ley Orgánica.
LOPJ	Ley Orgánica del Poder Judicial.
LJV	Ley de La Jurisdicción Voluntaria.
LRC	Ley de 8 de junio de 1957, del Registro Civil
Núm/nº	Número.
p.	Página/s.
párr.	párrafo
RCDI	Revista Crítica de Derecho Inmobiliario.
RDN	Revista de Derecho Notarial.
RDP	Revista de Derecho Privado.
RGLJ	Revista General de Legislación y Jurisprudencia.

RJ	Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi.
SAP	Sentencia de la Audiencia Provincial.
SJPI	Sentencia de Juzgado de Primera Instancia.
SJS	Sentencia del Juzgado de lo Social.
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional.
STEDH	Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos
STS	Sentencia del Tribunal Supremo.
SSTS	Sentencias del Tribunal Supremo.
T./t.	Tomo.
TRA	Técnicas de reproducción asistida.
TC	Tribunal Constitucional.
Tít.	Título.
<i>vid.</i>	Véase.
<i>vol.</i>	Volumen.

INTRODUCCIÓN

En la actualidad, los parámetros fundamentales que rigen la gestación de un hijo han cambiado sustancialmente. Por un lado, el hijo viene considerado como un elemento más entre los distintos planes de vida impuestos por la sociedad de consumo; por otro lado, la concepción natural (fruto de una relación íntima y destinada a formar una familia) puede ser sustituida por un proceso de ‘producción’ del hijo y, en consecuencia, puede acabar subordinado a las reglas de la técnica e, incluso, sometido a las exigencias del mercado. Este proceso ha transformado y reinterpretado la realidad procreativa, de ahí que haya acabado designándola con un nuevo término: “reproducción”¹. Y esta modificación del lenguaje no se queda en un cambio meramente superficial, sino que está provocando un cambio profundo en el modo de entender esta realidad.

Las modalidades que se presentan actualmente en el ámbito de la ‘reproducción humana’ son de lo más variado y muchas de ellas responden a deseos e intereses individuales que han conseguido adquirir legitimidad social y jurídica. En multitud de casos, se caracterizan por la primacía del interés o deseo del adulto sobre los derechos y bienes más fundamentales de los hijos². Hay muchos factores de índole sociológica, antropológica, etc., que han influido en esta realidad, pero sin duda el más decisivo ha sido el exponencial desarrollo de la tecnología aplicada al campo de la genética y la reproducción humana. En este terreno, la técnica viene presentada siempre como un progreso absoluto e indiscutible. Con ello se propicia una total primacía de la *poiésis* (razón instrumental), de lo que se puede hacer, sobre la *praxis* (deliberación ética sobre lo que se debe hacer), de acuerdo con la naturaleza propia del ser humano. Ello, a su vez, conecta con una nueva forma de practicar la medicina (por ejemplo, la denominada medicina del “deseo” o

¹ LÓPEZ-MORATALLA, N., “El cigoto de nuestra especie es cuerpo humano”, *Persona y Bioética*, núm. 14 (2), 2010, 122.

² MOLINER, R., “Los derechos de autonomía y el interés superior del niño como ejes de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño. Su recepción en el Derecho español”, J. ALVENTOSA Y R. MOLINER, coord., *Estudios Jurídicos en homenaje al profesor Enrique Lalaguna*, Valencia, PUV, 2008, pp. 755-789.

del “cliente”)³.

Junto a esto, en relación a las nuevas tecnologías reproductivas, el pensamiento que actualmente puede denominarse como ‘ideología de género’⁴ ha convertido el recurso a estas técnicas en el presupuesto de los derechos de autonomía e independencia de la mujer en el terreno sexual, introduciéndolos en el contexto de los denominados “derechos sexuales y reproductivos”⁵.

Desde esta perspectiva, el recurso masivo a las técnicas de reproducción humana asistida (TRHA) y, con ello, la posibilidad de concebir nuevos seres humanos en condiciones absolutamente ajenas al contexto de la sexualidad entre un hombre y una mujer, está generando una consecuencia fundamental: la pérdida del carácter íntimo e interpersonal del proceso de gestación. No es necesario procrear en el contexto de una relación sexual, fruto del amor de dos personas que se entregan y se perpetúan, sino que la procreación puede ser el resultado de la técnica (sin mediar el acto sexual), en la camilla de una clínica. Esta realidad ha propiciado un escenario novedoso, en el que la pretensión de ‘tener un hijo’ se transforma fácilmente en un derecho y, por tanto, el recurso a prácticas como la maternidad ‘subrogada’ o gestación ‘por sustitución’, obtienen un eco muy favorable para su legitimación social y su reconocimiento jurídico. Fruto de este clima, se han introducido en el mercado “ofertas” reproductivas de todo tipo en el marco de la “industria de la fertilidad”, y se trata con normalidad al denominado “turismo reproductivo”⁶.

Es evidente que se está produciendo una profunda modificación en la forma de comprendernos a nosotros mismos y nuestras relaciones con la genética y la biología. No es irrelevante ni accidental que los progenitores, en

³ BELLVER, V., *Por una bioética razonable*, Granada, Comares, 2004, p. 78.

⁴ APARISI, A. «Persona y género: ideología y realidad» en *Persona y género*, APARISI, A. (edit.), Thomson Aranzadi, Pamplona, 2011.

⁵ LÓPEZ GUZMÁN, J., «Nuevas tecnologías reproductivas y postfeminismo de género», en APARISI, A. (edit.), *Persona y género*, cit., p. 45.

⁶ Se puede elegir el donante de esperma por catálogo, incluso por internet. En dichos catálogos se puede acceder a datos muy precisos del donante: peso, altura o etnia, etc. El “pedido” sigue el mismo procedimiento empleado para, por ejemplo, la compra un libro en la biblioteca virtual o un vestido en una de las grandes tiendas online.

muchos casos, se limiten a ser simples y eficientes donadores de gametos⁷. Tampoco es irrelevante que se haya multiplicado la tipología de posibles “padres”: padres *biológicos* (que han aportado sus gametos); padres *sociales* (que hacen las funciones de padres, pero no son los biológicos); madres *portadoras* (que gestan un embrión ajeno y lo entregan a otra persona); madres *gestantes* (que gesta un embrión propio y lo entrega a otra persona), etc. Estas nuevas modalidades de ser padre o madre configuran un complejo escenario social, con notable repercusión biológica y psicológica en el desarrollo de los propios sujetos y de su descendencia.

Cabría preguntarse si este nuevo escenario en el que se desarrolla la procreación de nuevos seres humanos supone realmente un beneficio, o supone más bien un riesgo para el propio ser humano, para la sociedad en su conjunto e, incluso, para las futuras generaciones. En concreto, el reconocimiento de un derecho a la ‘subrogación del útero materno’; es decir, la posibilidad de celebrar un contrato remunerado para que una mujer lleve a cabo la gestación de un embrión (propio o ajeno) y, una vez nacido, se obligue a entregarlo a una tercera o terceras personas, que en virtud de ese acuerdo adquirirán la condición de padres: ¿es un simple mecanismo que permite satisfacer un deseo de paternidad/maternidad, o se está legitimando con ello un atentado contra los valores esenciales sobre los que debe asentarse la procreación de un nuevo ser humano?⁸ En otras palabras, ¿los elementos del contexto procreativo (sexualidad, vínculos biológicos y emocionales entre feto y madre gestante, la lactancia, etc.) son o no son esenciales para el nuevo ser humano que se gesta? ¿Cabe introducir la gestación de un ser humano en un ámbito de transacciones económicas? ¿Cabe configurar la reproducción como un derecho? ¿Puede afirmarse que lo esencial en la paternidad/maternidad radica en la voluntad de tener un hijo y no en las exigencias que la biología impone para procrear?

⁷ LÓPEZ-MORATALLA, N., «El cigoto de nuestra especie es cuerpo humano», *Persona y Bioética*, cit., p. 136.

⁸ PALAZZANI, L., «Los valores femeninos en bioética», en APARISI, A., BALLESTEROS, J., *Por un feminismo de la complementariedad*, Eunsa, Pamplona, 2002, p. 63.

Si las respuestas a estas preguntas son afirmativas; es decir, si concluimos que la relación sexual, la dotación genética de los progenitores, la gestación y, en nuestro contexto, de manera fundamental, el parto, no son más que ‘simples condiciones’ impuestas por la biología al ser humano para que pueda procrear, pero que en absoluto pueden determinar o prevalecer sobre la decisión de ser padre o madre, que radica exclusivamente en la *voluntad* de serlo, entonces estamos legitimando el ‘derecho a procrear’ (el derecho al hijo) y con ello el recurso a cualquiera de los medios para conseguirlo. En este sentido, la *gestación por encargo* se constituiría como uno de los posibles mecanismos para hacer posible el ejercicio efectivo de ese ‘derecho al hijo’.

Por el contrario, si entendemos que las condiciones biológicas de la reproducción humana tienen un significado antropológico esencial, a la hora de comprendernos como sujetos, de discernir el significado de nuestra condición humana desde la paternidad y la filiación, entonces habrá que determinar y valorar con mucho cuidado y detenimiento si el mecanismo en función del cual se pretende satisfacer el deseo de paternidad/maternidad, es coherente con las exigencias de nuestra condición humana, en la que nos reconocemos como sujetos y, en la cual, debe verificarse una adecuada integración entre biología y libertad. Y desde esa óptica, como afirma Bellver, la razón apunta indiscutiblemente a que todo ser humano sea hijo “de quien le ha parido” y, por tanto, que resulte absolutamente reprobable una voluntaria separación de la mujer que da a luz y del hijo que ha gestado, aunque medie un acuerdo público o privado⁹.

Por otra parte, y con independencia de la reflexión filosófico-jurídica que pueda realizarse, el recurso al ‘alquiler de útero’, está siendo cada vez más demandado y, por ende, más ofertado en el contexto internacional. No parece importar que dicha práctica sea ilegal en casi todos los países del mundo, incluido España, que como es bien sabido la prohíbe expresamente en el art.

⁹ BELLVER, V., “¿Nuevas tecnologías? Viejas explotaciones. El caso de la maternidad subrogada internacional”, en *SCIO. Revista de Filosofía*, nº 11, Noviembre de 2015, p.30.

10 de la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida, de 1996 (LTRHA), declarando nulo cualquier contrato realizado al respecto. En consecuencia, a día de hoy, quienes optan por esta vía para ser padres lo hacen al margen de la ley aunque, paradójicamente, les baste con teclear en cualquier buscador de Internet “madre de alquiler” o “alquiler de vientres” para acceder a un enorme abanico de posibilidades que se ofrecen a satisfacer su deseo.

Ciertamente, hay países como Estados Unidos que la reconocen como una práctica legal; precisamente por eso, las parejas que recurren a ellos para formalizar ahí un contrato de gestación sufren las consecuencias no deseadas a su regreso al país de origen, en nuestro caso, a España. En efecto, aunque ostentan la condición jurídica de padres del recién nacido según la legislación del país en el que han realizado el contrato, las autoridades españolas, en principio, no otorgan al niño el visado de entrada ni permiten su inscripción registral, siquiera en calidad de hijo adoptivo. Lo cual provoca el recurso a unos intrincados vericuetos administrativos y judiciales que, como veremos, hasta la fecha han ofrecido soluciones contradictorias. A estos considerables inconvenientes hay que añadir, además, otros factores no menos relevantes, como puede ser un eventual arrepentimiento de la mujer gestante que culmine con la negativa de entregar al neonato.

Desde esta segunda perspectiva estrictamente jurídica, nos enfrentamos, pues, con una nueva encrucijada. El Derecho debe responder con inmediatez a acontecimientos que se precipitan en la sociedad y que, tras consumarse *de facto*, exigen su reconocimiento y protección jurídica, cuando en muchos casos los bienes que están en juego resultan difícilmente conciliables. De modo particular, en el caso de la gestación por sustitución, se enfrentan, por un lado, la exigencia de reconocimiento de un acto jurídico realizado en el extranjero que constituye una clara y objetiva vulneración de la legislación española al respecto (prohibición de recurrir a esta práctica y nulidad de cualquier contrato al efecto) y, por otro lado, la exigencia de salvaguarda del principio del *interés superior del menor*, que debe prevalecer siempre en cualquier decisión que le afecte. Todo ello sin olvidar que la dignidad (fundamento último de todos los

derechos, ex art. 10.1 CE), en principio, jamás debería permitir que un ser humano se convirtiera en objeto del tráfico comercial.

Debido a la relevancia de lo que está en juego, resultaría improcedente precipitarse en la redacción de un texto legal sobre la materia que se limite a facilitar la ansiada y demandada inscripción registral de los menores como hijos de los padres comitentes, provocando con ello la definitiva normalización de esta práctica sin haber calibrado suficientemente todos los elementos que hay en juego. El interés superior del menor ha de primar siempre y en cualquier circunstancia, pero no cabe establecer que éste sólo se garantiza permitiendo la inscripción registral automática de su filiación, sea cual fuere el origen y la causa de la misma.

Es preciso afinar mucho y tener muy en cuenta los principios que, al respecto, ha venido estableciendo tanto la jurisprudencia española como la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH). El análisis pormenorizado de dicha jurisprudencia es la que nos permitirá establecer cuáles son los principios básicos sobre los que debe articularse una correcta compatibilización entre el interés superior del menor y las exigencias del orden público que obligan al respeto de la Ley española, como límite intraspasable en el reconocimiento de efectos a actos jurídicos realizados bajo una legislación extranjera. Esas son las reflexiones que pretendemos ofrecer como presupuestos del debate sobre una eventual regulación que planteara reconocer efectos jurídicos en España a la gestación por sustitución. En el bien entendido de que se trataría, tan sólo, del reconocimiento de efectos, exclusivamente ligados al interés del menor, fruto de acuerdos cuya validez se fundamente en legislaciones extranjeras. En ningún caso cabría considerar la validez de dichos acuerdos si fueran suscritos en nuestro país, dado que nuestro ordenamiento los prohíbe expresamente a nivel legal y los excluye conceptualmente a nivel constitucional.

De acuerdo con su enfoque filosófico jurídico, la tesis se desarrollará en dos niveles. En primer lugar, realizaremos una reflexión filosófica y ética de fondo, para desentrañar los presupuestos antropológicos sobre los que se sustenta este procedimiento voluntarista de acceso a una maternidad que ya

no viene determinada por el parto. Y también, desde ese enfoque iusfilosófico, mostraremos la inexistencia de fundamentos o valores jurídicos, de orden internacional o constitucional, que amparen la existencia de un pretendido 'derecho a procrear'; junto con la imposibilidad de aplicar figuras jurídicas como la 'sustitución' o la 'subrogación' al proceso de gestación humana, considerando así al feto como el 'objeto' de un contrato.

En segundo lugar, asumiendo una perspectiva estrictamente jurídica, examinando con detenimiento la actual regulación legal de la figura en España y los contradictorios pronunciamientos administrativos y judiciales en la materia, analizaremos críticamente el confuso y esquizofrénico itinerario por el que ha discurrido el reconocimiento de efectos jurídicos en España a los contratos de gestación realizados en otros países y los gravísimos problemas de seguridad jurídica generados como consecuencia de esta permanente indefinición. A partir de ahí, expondremos los principios por los que hoy día debería regirse ese reconocimiento de efectos. Finalmente, intentaremos justificar la vigencia y absoluta validez del clásico principio jurídico *mater semper certa est*, es decir, del parto, como presupuesto ineludible de atribución de la maternidad, por entenderlo como el más coherente con la primacía del 'interés superior menor', frente al quienes proponen el criterio voluntarista de la 'intencionalidad' como determinante de la paternidad/maternidad, el cual acaba favoreciendo en este proceso no la primacía del interés superior del menor sino del *interés superior del mercado*.

PRIMERA PARTE

CAPÍTULO I

APROXIMACIÓN AL FENÓMENO DE LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN EN EL DERECHO COMPARADO Y EN EL DERECHO ESPAÑOL

En medio de una gran controversia a nivel mundial, las tecnologías de la reproducción asistida (TRHA) han desarrollado en los últimos años una nueva práctica dirigida a incrementar el número de individuos que puedan satisfacer el deseo de tener descendencia: la maternidad subrogada o gestación por sustitución. Aunque hace algo más de veinte años que se celebraron los primeros contratos de gestación subrogada de alcance internacional (aquellos en los que la mujer que cede su útero para gestar y quienes asumirán la paternidad de ese bebé viven en países distintos) su crecimiento exponencial ha tenido lugar en los últimos diez años.

Conviene subrayar aquí que la maternidad subrogada es, fundamentalmente, una práctica social, en absoluto una nueva tecnología reproductiva. Para llevarla a cabo, en efecto, no se precisa de ninguna tecnología. Solo si se pretende que la mujer gestante no sea, a la vez, la madre biológica, se recurrirá a un embrión fecundado in vitro a partir de un óvulo donado. Pero esta práctica no incorpora ninguna novedad biotecnológica, por ello no cabe configurarlo como una innovación y pretender legitimarla moralmente por esta vía.

La posibilidad de recurrir a la maternidad por subrogación surgió, en ese marco abierto de las nuevas tecnologías reproductivas, ante la realidad de

mujeres que padecían una patología uterina pero querían ser madres, facilitándoles la posibilidad de recurrir al útero de otra mujer. El primer acuerdo documentado de este tipo, con empleo de la inseminación artificial, se llevó a cabo en 1976. Dicho acuerdo fue patrocinado por el abogado Noel Keane, el cual creó en Michigan la *Surrogate Family Service Inc.*, cuya finalidad declarada era ayudar a parejas con dificultades para concebir, facilitándoles el acceso a madres sustitutas y gestionando los trámites jurídicos necesarios para llevar a el contrato de subrogación. Esta iniciativa contribuyó a divulgar una imagen *solidaria* de la gestación por subrogada: se presentaba a determinadas mujeres altruistas que se ofrecían para gestar un bebé y entregarlo a otras permitiendo así que mujeres incapaces de gestar pudieran tener ‘hijos biológicos’. Sin embargo, esta visión inicial altruista se ha difuminado velozmente, siendo sustituida por otra perspectiva, bien distinta, en la que concurren otro tipo de intereses mucho menos altruistas y claramente mercantilistas. Progresivamente, se ha pasado a una segunda etapa en la que ya se justifica que la maternidad subrogada pueda ser el fruto de una transacción económica. A partir de ahí, empezó a hacer fortuna la expresión “gestación por encargo” o “vientres de alquiler” que, si bien no gusta a los defensores de esta práctica (por presuntamente peyorativa), refleja bastante bien el núcleo de lo que con ella se realiza¹⁰.

En esta última década, el notable incremento del recurso a la maternidad subrogada internacional con respeto a la nacional por parte de quienes quieren tener un hijo, se debe a la intención de sortear los problemas legales que genera en aquellos países en los que está prohibida, o bien porque solo se permite si es gratuita¹¹. Por su parte, en aquellos países europeos en los que la gestación subrogada está prohibida -España, Alemania, Italia o Francia- centenares de personas la han realizado en al ámbito internacional, lo que ha dado pie a pronunciamientos judiciales en cada uno de esos países acerca de

¹⁰ LÓPEZ GUZMÁN, J., “Nuevas tecnologías reproductivas y postfeminismo de género”, cit., p. 257.

¹¹ Por ejemplo, se estima que en 2010 nacieron en Reino Unido unos 100 niños mediante gestación subrogada en el propio país (que sólo la contempla en su versión altruista), mientras que se inscribieron unos 1.000 nacimientos por esta práctica realizados en la India.

la licitud o imposibilidad de inscribir como hijos de los comitentes, en los respectivos registros civiles nacionales, a los niños así concebidos.

En el espacio jurídico europeo, como luego veremos, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos dictó dos sentencias, en 2014, que son vinculantes para todos los Estados miembros del Consejo de Europa, que obligaban, en principio, a la inscripción en los registros civiles correspondientes, como los hijos de los comitentes, a aquellos bebés concebido por una gestación sustitutiva, amparándose para ello en el art. 8 del *Convenio Europeo de Derechos Humanos*, que trata del derecho a la intimidad personal y familiar.

Veamos ahora algunos conceptos básicos y algunas precisiones terminológicas, que resultan imprescindibles para poder realizar un análisis ético-filosófico, social y jurídico del fenómeno, que abordaremos en los capítulos sucesivos. Nos limitaremos a destacar lo fundamental, para no alargar excesivamente esta exposición, dado que se trata de una cuestión sobradamente conocida y profusamente tratada y debatida en la última década.

1. La gestación por sustitución: terminología y conceptos fundamentales

La *gestación por sustitución* consiste, como he adelantado, en que una mujer presta su cuerpo para llevar a cabo la gestación y el nacimiento de un nuevo ser, en beneficio de otra mujer o pareja y, después del nacimiento, renuncia a la filiación materna y entrega el recién nacido a la madre comitente.

Los orígenes remotos documentados de dicha práctica se remontan a varios miles de años atrás, cuando en Mesopotamia era frecuente que las mujeres estériles acudieran a la gestación sustitutiva para no ser marginadas y apartadas de la sociedad cuando no eran capaces de engendrar. En ese caso se les permitía ofrecer una sierva a sus esposos y reconocer como propios a los hijos nacidos de dicha unión. Así, encontramos referencias expresas en el

Antiguo Testamento de la Biblia, dónde Sara, mujer de Abraham, ante la imposibilidad de darle hijos a su esposo, le dijo a éste: “Mira, Yahveh me ha hecho estéril. Llégate, pues, te ruego, a mi esclava. Quizá podré tener hijos de ella” (Génesis 16 1-4). También Raquel que, tras el nacimiento del hijo que su esposo Jacob concibió con su criada, manifestó: “Dios me ha hecho justicia, pues ha oído mi voz y me ha dado un hijo” (Génesis 30 1-6).

Son diversos los nombres empleados para referirse a esta práctica o a sus protagonistas: además de gestación por sustitución, también se han utilizado los de maternidad subrogada, subrogación uterina, madres o vientres de alquiler, madres sustitutas, etc. Aquí emplearemos indistintamente casi todos ellos, aunque existe un encendido debate acerca de la idoneidad de utilizar uno u otro¹². Lo fundamental, a nuestro juicio, es poner de manifiesto que el término gestación por sustitución no alude a una técnica biotecnológica en particular, sino una diversidad de actuaciones que cuyo único objetivo común es retirar la condición de madre a la mujer ha dado a luz a un bebé y atribuirla jurídicamente a otra, otro u otros. Al respecto, conviene recordar que la primera acepción de “madre” que aparece en el *Diccionario de la Real Academia* es: “Hembra que ha parido”; si bien la segunda amplía el alcance del término: “Hembra respecto de su hijo o hijos”.

El famoso *Informe Warnock* sobre fertilización humana y embriología (publicado en el Reino Unido en el año 1989) definió la ‘maternidad subrogada’, ‘portadora’ o ‘de alquiler’, como “la práctica mediante la cual una mujer gesta o lleva en su vientre un niño para otra mujer, con la intención de entregárselo después de que nazca”. En España, esta figura goza de una amplia terminología, siendo los términos empleados más frecuentemente los de “maternidad subrogada”, “gestación sustitutoria”, “maternidad de alquiler”, “madres suplentes”, “madres portadoras” o “madres gestantes”.

Así pues, nos encontramos ante la posibilidad de que llegue a haber hasta tres mujeres implicadas en la procreación de un niño y su nacimiento: la

¹² LAMM, E., *Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*, Universitat de Barcelona, Barcelona, 2013.

que toma la decisión de convertirse en madre, es decir, la mujer que “orquesta” la situación y da pie a que se produzca el contrato de subrogación de la maternidad; la madre genética, aquella que aporta el material genético, el óvulo; y finalmente aquella que lleva a cabo la gestación y el parto, la cual pone en riesgo su vida e integridad física al servicio de otros (normalmente) por una contraprestación de carácter económico o patrimonial. Es habitual que dos de estas funciones recaigan en la misma mujer, de esta forma es habitual que aquella que presta su cuerpo para la gestación ofrezca también su material genético ante la infertilidad de la comitente (la mujer que lleva a cabo la gestión para convertirse en madre). Igualmente se dan casos en que la comitente aporta su material genético pero es otra mujer la que llevará a cabo la gestación y el parto, por diferentes razones.

La práctica puede realizarse con distintas combinaciones: la *comitente* (mujer que contrata) puede aportar a esa gestación su material genético o no hacerlo, en cuyo caso la persona que aporte dicho material genético será la gestante o, incluso, una tercera mujer (normalmente se recurre a un familiar de la comitente).

En la doctrina se suelen distinguir dos modalidades dentro de la maternidad subrogada¹³:

- La “madre gestante” (madre de alquiler) cede no sólo su útero, sino también sus óvulos. El bebé resultante tiene vinculación genética con ella.

- La “madre gestante” no aporta el óvulo, sino que se le transfiere un embrión que ella se encarga de gestar. El bebé resultante no tiene vinculación genética con ella.

-

De esta forma encontramos que el fenómeno de la subrogación da pie a que se produzca una diversidad terminológica y una triple posibilidad en cuanto a la atribución jurídica de la maternidad¹⁴:

¹³ LEONSEGUI, R., “La maternidad portadora, sustituta, subrogada o de encargo”, *Boletín de la Facultad de Derecho, UNED*, Número 7, 1998, p.323

¹⁴ LAMM, E., “El elemento volitivo como determinante de la filiación derivada de

- *Maternidad por gestación*: gozaría de la condición de madre la mujer que gaste en su útero y dé a luz al bebé.

- *Maternidad genética*: tendría la condición de madre la mujer que preste el contenido genético (el óvulo).

- *Maternidad biológica*: sería aquella que abarcara las dos anteriores condiciones.

Sin embargo, la práctica es mucho más compleja y pueden llegar a darse bastantes modalidades de maternidad subrogada, dependiendo del criterio con el que decidamos clasificarlas. La más elemental contempla cuatro modalidades básicas.

En primer lugar puede producirse el hecho de que los titulares del material genético coincidan en su totalidad con los miembros de la pareja que desea tener un hijo, aportando de esta forma tanto el semen como el óvulo. En estos casos se produce una fecundación *in vitro homóloga* (“inseminación homóloga equivale al hecho de que la mujer es fecundada con el semen de su marido o conviviente”¹⁵), por la cual, una vez creado *in vitro* el cigoto, se implantará en el útero de la que será la mujer gestante, la cual llevará a cabo el embarazo y el parto/cesárea. En este supuesto, encontramos dos maternidades, por un lado de la madre gestante y por el otro la de la madre genética, que en este caso coincidirá con la comitente y la jurídica, pues la gestante renunciará a la filiación después del parto.

En segundo lugar es posible que sólo uno de los futuros progenitores pueda aportar el material genético, bien por imposibilidad del otro (infertilidad), bien porque nos encontremos ante un supuesto de pareja (o matrimonio) homosexual. En este caso se produce lo que la ley califica como fecundación *heteróloga* (“en la denominada inseminación artificial heteróloga el material seminal, como es obvio, no procede del varón de la pareja, sino de un tercero,

las técnicas de reproducción asistida”, cit., p. 106

¹⁵LASARTE ÁLVAREZ, C. “La reproducción asistida y la prohibición legal de maternidad subrogada admitida de hecho por vía reglamentaria”, *La Ley*, nº 7777, 2012, p. 6-7.

a través de los centros autorizados que la propia Ley regula”¹⁶). En estos casos se recurre a la donación del material genético, bien de óvulo o de semen, siendo dicho material de un tercero al que la ley le exige el anonimato. En caso de que el material donado sea el óvulo, nos encontramos ante tres maternidades, la gestante, la comitente y la genética; mientras que si el material donado es el semen del varón, se produciría un supuesto de doble maternidad y de doble paternidad, existiendo paternidad genética y comitente.

En tercer lugar, es posible que se produzca una situación parecida a la anterior pero en ambos progenitores, es decir, ninguno de ambos aporta material genético. Se recurre a la donación de dicho material y a la madre gestante para que aporte su útero, produciéndose un supuesto de triple maternidad y doble paternidad.

Finalmente, nos encontramos ante el caso en que la madre comitente no aporta su material genético pero no se recurre a un tercero para la donación del óvulo, sino que es la propia madre gestante la que, además de aportar el útero para llevar a cabo la gestación, aporta su óvulo. En este caso, maternidad gestante y genética coinciden en una única mujer.

No obstante, el profesor Bellver ha hecho una clasificación mucho más prolija y completa, basada en los siguientes criterios: (1) la finalidad con la que actúa la gestante; (2) las condiciones de entrega del bebé; (3) el origen de la dotación genética del bebé; (4) el tipo de padres legales que tendrá el bebé resultante de la maternidad subrogada; (5) la causa por la que se recurre a la subrogación; (6) la localización geográfica de los comitentes y la gestante; (7) el nivel de conocimiento y libertad de la gestante; (8) las características de la relación jurídica entre comitentes y gestante. Reproducimos aquí las peculiaridades que reviste cada una de ellas¹⁷.

(1) *La finalidad con la que actúa la gestante puede ser altruista o lucrativa.*

¹⁶ *Ibid.*, p. 7-8

¹⁷ BELLVER, V., “¿Nuevas tecnologías? viejas explotaciones. el caso de la maternidad subrogada”, cit., p. 24-27.

En el primer caso, la mujer no percibe retribución por su servicio, sino únicamente compensación por los gastos o la pérdida de ingresos que le ocasione la gestación. Normalmente en esos casos suele haber una relación previa (familiar o de amistad) entre la gestante y los comitentes. En el segundo, la gestante presta un servicio a cambio de una retribución.

(2) *Las condiciones de la entrega del bebé.* Se puede acordar que la gestante tiene libertad, en los días siguientes al parto, para decidir si finalmente entrega el bebé que ha parido a los comitentes o se lo queda ella. Pero también se puede establecer que el niño sea entregado en todo caso a los comitentes tras el parto.

(3) *El origen de la dotación genética del bebé.* El óvulo puede proceder de la madre gestacional, de la comitente o de una tercera, que lo haya donado o que lo haya vendido. El esperma, a su vez, puede proceder del comitente o de un tercero, en las mismas condiciones que el óvulo (donación o compraventa). Las combinaciones posibles son seis. Así el hijo puede tener como “padres genéticos”: al varón y a la mujer comitentes de la gestación subrogada; al comitente y a la mujer gestante; al comitente y a una donante del óvulo; a un donante de esperma y a la comitente; a un donante de esperma y a la mujer gestante; y a un donante de esperma y a una donante de óvulo. Cada una de estas combinaciones estará motivada por unas razones particulares y repercutirá de manera distinta en el hijo en función, sobre todo, de que se establezca o no el anonimato sobre los donantes de los gametos. Obviamente, en el momento en que se puedan crear y utilizar gametos artificiales para la reproducción se incrementarán las combinaciones posibles de la carga genética de los bebés obtenidos mediante maternidad subrogada.

(4) *El tipo de padres legales que tendrá el hijo.* Puede ser una pareja heterosexual, una pareja homosexual de varones o mujeres, una mujer o un varón solo, más de dos personas en modalidades diversas (poligámica o poliamorosa), o incluso una persona jurídica.

(5) *La causa de la subrogación.* Puede ser una razón médica, como la

incapacidad de una mujer para gestar; una imposibilidad biológica, cuando la pareja carece de un útero (fundamentalmente parejas de varones) o es un varón solo quien desea ser padre; o una razón profesional, social o personal (por ejemplo, cuando la mujer no quiere gestar por los inconvenientes que tendría para su vida profesional, o porque tiene miedo o disgusto por la gestación).

(6) *La localización geográfica de los comitentes y la gestante.* Pueden ser del mismo país, e incluso estar próximos y tener un contacto continuado, o ser de países distintos, de modo que la gestante lleva a término su embarazo y da a luz en un país distinto al de los comitentes. En estos casos, cabe presumir que no existía relación previa entre ambas partes y que tampoco se mantendrá una vez se haya producido la entrega del bebé.

(7) *El nivel de conocimiento y libertad de la gestante.* Aunque se suele dar por supuesto que la gestante es una mujer que consiente con plena libertad y conocimiento a la realización de ese servicio, es una ingenuidad pensar que siempre es así. Más bien hay que aceptar que circunstancias de todo tipo, entre las que indudablemente ocupan un lugar preeminente las escasas garantías jurídicas que pueden rodear a la subrogación, determinan el nivel de conocimiento y libertad de la gestante.

(8) *Las características de la relación jurídica entre comitentes y gestante.* También aquí encontramos muy diversas variables. Puede existir un contrato escrito que prevea minuciosamente las principales eventualidades que puedan suceder o uno que solo contemple las exigencias generales. Por lo general, la relación entre gestante y comitente se llevará a cabo mediando un agente, que bien puede ser una empresa que ofrece el servicio reproductivo completo a los comitentes, un mediador que pone en contacto a los comitentes con la gestante o incluso una agencia pública que lleva a cabo o vela por el buen desarrollo de todo el proceso. Se ha llegado a proponer que sean mujeres profesionalmente dedicadas a esta tarea, y bajo la supervisión del Estado, quienes se encarguen en exclusiva de prestar este servicio.

(9) *La existencia o no de un marco legal que garantice la seguridad jurídica.* Tenemos países que no han regulado específicamente esta materia, países que la han regulado pero que no son capaces de garantizar su cumplimiento con carácter general, y países en los que existe una normativa clara y que se cumple. Pero cuando se trata de subrogaciones internacionales, entran en juego regulaciones de dos países distintos, que no siempre estarán debidamente coordinadas y generan entonces, como se viene poniendo de manifiesto en los últimos años, graves situaciones de incertidumbre y desprotección jurídica, sobre todo, para los bebés nacidos mediante esta práctica.

2. Regulación de la gestación por sustitución en el Derecho comparado

Tres son las principales posturas adoptadas en relación con la paternidad subrogada.

En primer lugar, varios Estados de EEUU o países como Rusia, India, Ucrania, Georgia o Armenia, permiten acudir a esta técnica a título gratuito o a cambio de contraprestación económica. En segundo lugar, países europeos como Reino Unido, Grecia, Holanda, Bélgica o Dinamarca, y otros como República Sudafricana, Brasil, Ecuador, Israel o Canadá, que la admiten pero sólo en caso de que se realice altruistamente y concurren ciertos requisitos o condiciones, principalmente relacionados con problemas médicos en la madre comitente que le impidan la gestación. Y finalmente, nos encontramos con un tercer grupo de países que prohíben expresamente cualquier contrato de gestación por sustitución, tanto comercial como altruista, entre los que se encuentra España, la mayor parte de países europeos, como Austria, Italia, Alemania, Hungría, Islandia o Serbia, ciertos Estados de EEUU o Hong Kong, y también países como Arabia Saudí o Pakistán en que sus autoridades religiosas no lo autorizan, entre muchos otros.

También es preciso aludir a supuestos excepcionales, como el de China, en la que está proliferando dicha práctica a pesar de prohibirla expresamente el artículo 22 de su *Ley de Regulación de Tecnologías sobre Reproducción Humana Asistida* de 2001. O Tailandia, donde también se lleva a cabo sin estar expresamente permitida ni prohibida legalmente, lo que hace que no sea posible exigir el cumplimiento de un convenio en caso de que surgiera algún problema a lo largo del proceso, existiendo actualmente una propuesta de Ley para la protección de los niños nacidos a través de la subrogación, de las madres gestantes y para regular las relaciones legales entre los padres comitentes y las madres subrogadas, que todavía no ha sido aprobada definitivamente¹⁸. En todo caso, con la regulación de este fenómeno, unos países tienden a flexibilizar las exigencias (como Rusia, que ya permite la subrogación a parejas no casadas o personas individuales) y otros, en cambio, imponen una regulación más restrictiva debido a los abusos producidos (como la India, en que tan sólo se permitirá acceder a la paternidad subrogada a parejas heterosexuales con al menos dos años de matrimonio).

2.1 Regulación en los Estados Unidos

En los Estados Unidos, la situación varía enormemente de un Estado a otro, hallándose expresamente permitida en algunos, prohibida en otros y con un panorama confuso en otros –no siendo clara ni la legislación, ni la jurisprudencia existente al respecto-. La normativa aplicable, dependerá del Estado en que reside la madre subrogada, el lugar en que se suscribe el convenio y el lugar el alumbramiento.

La legislación de los Estados en que está permitida también es muy variada, siendo los más flexibles California, Arkansas, Illinois y Maryland. Illinois es el más estricto en cuanto a los procedimientos, ya que en su regulación se contemplan desde la firma del convenio hasta la emisión de los

¹⁸ VILAR GONZÁLEZ, S., “Situación actual de la gestación por sustitución”, *Revista de Derecho UNED*, núm. 14, 2014, p. 903-904.

Certificados de Nacimiento. Además, tan sólo se permite recurrir a este procedimiento a personas solas o parejas heterosexuales, y siempre que hayan aportado sus propios gametos.

California es el más permisivo, declarando legalmente a los padres comitentes como padres del niño nacido, tengan o no conexión genética con el mismo, e independientemente de su estado civil u orientación sexual.

También en Arkansas, el Acta 647, de 17 de marzo de 1989, prevé que el niño nacido como resultado de un tratamiento de inseminación artificial, sea reputado directamente como hijo biológico del padre y de su esposa –aunque ésta última no tenga conexión genética con el bebé-; o sólo del padre biológico –si no está casado-; o de la madre comitente –si el espermatozoides para el proceso fue donado-. A la hora de registrar el nacimiento, la madre gestante se presume que es la madre natural, pero se puede obtener un certificado de nacimiento alternativo, expedido por los Tribunales.

Otros Estados, a pesar de admitir la gestación por sustitución, establecen ciertas limitaciones o restricciones en torno a la misma. Como Dakota del Norte, en la que se permite la subrogación gestacional pero está prohibida la tradicional, o el Estado de Washington, en que se permite la subrogación altruista pero no la comercial. En Nevada se admite la subrogación gestacional, pero tan sólo entre parejas heterosexuales legalmente casadas. También existen Estados, como Idaho, Oregón o Carolina del Sur, en que no existe ley que regule la subrogación, pero en los que la jurisprudencia ha sido habitualmente favorable a la misma, y otros como Maryland, Ohio o Pennsylvania, en que no existen leyes que regulen dicha técnica, y en los que tampoco la jurisprudencia es uniforme al respecto.

Existe finalmente otro grupo de Estados que prohíben y castigan la subrogación comercial. Como Michigan, donde los acuerdos están legalmente prohibidos y se sancionan con fuertes multas económicas e incluso penas de prisión. O el Estado de Nueva York, en que se sancionan los contratos de subrogación comercial por contravenir el orden público, pero se admiten los

contratos de subrogación altruista, aunque sin poderse exigir judicialmente su cumplimiento¹⁹.

2.2 Regulación en La India

India ha sido uno de los principales países a los que se ha recurrido para optar por la maternidad subrogada, tanto por su menor coste económico como por la flexibilidad, ya que al no existir ninguna ley que la prohibiese, se llevaba a cabo ampliamente, tanto desde el altruismo hasta en su vertiente comercial. No obstante, se acaba de aprobar la *Ley de Regulación de Técnicas de Reproducción Asistida* (ART), aún sin desarrollar, que exigirá, entre otros requisitos, que el procedimiento de subrogación se lleve a cabo en clínicas reconocidas por el Consejo Indio para la Investigación Médica (ICMR) y que tan sólo permitirá el acceso a la subrogación a parejas heterosexuales que lleven al menos dos años casadas, y ya no a parejas homosexuales, parejas no casadas o personas solteras.

Ya en julio de 2012 fue dictada por su Ministro de Asuntos Interiores una Orden que denegaba el uso del visado turístico a extranjeros que visitaran India a efectos de acceder a la subrogación en dicho país, siendo preceptiva a partir de ese momento la obtención de un visado médico, con requisitos más duros. Dicha orden exige a los comitentes que, mediante un certificado emitido por el Ministerio de Asuntos Exteriores de su país de origen, o la Embajada correspondiente en India, acrediten que en dicho país de origen se admite la subrogación gestacional y que no tendrán problemas para que el o los bebés entren en el mismo; lo cual ha supuesto infinidad de problemas a diversas parejas españolas que se hallaban en trámites de traer a España a sus hijos y que no lograban acreditar los requisitos de esa Orden, al estar este tipo de subrogación prohibida en nuestro país²⁰.

¹⁹ VILAR GONZÁLEZ, S., "Situación actual de la gestación por sustitución", cit., p. 905-907.

²⁰ *Ibid.*, p. 907.

2.3 Regulación en Ucrania y Rusia

En cuanto a Ucrania, sus leyes son completamente permisivas con la gestación por sustitución, incluyendo la posibilidad de seleccionar el sexo del embrión. La ley no confiere a la gestante ningún derecho sobre el bebé, ni figurará su nombre en el Certificado de Nacimiento, estableciendo su *Código de Familia*, que los comitentes serán legalmente los padres del niño gestado. No obstante, sólo podrán acceder a la subrogación gestacional, parejas heterosexuales casadas o personas individuales.

En Rusia, se establece el régimen jurídico en la materia en su Código de Familia (artículos 51 y 52), que defiende tanto los derechos de la madre gestante como los de los padres comitentes. La Ley federal No. 323-FZ sobre las *Bases de Protección de la Salud de los Ciudadanos de la Federación Rusa*, confiere a parejas o a mujeres solteras, independientemente de su estado civil, el derecho a participar en el programa de maternidad subrogada. Sin embargo, no se permite acceder a este programa a parejas del mismo sexo ni a hombres solteros, ya que la *Orden No. 6720*, exige determinadas indicaciones médicas en la madre comitente para recurrir a un programa de gestación por sustitución (ausencia de útero, deformaciones del cérvix que carezca de tratamiento, enfermedades somáticas que contraindiquen la gestación, etc.). Finalmente, el artículo 16 de la *Ley Federal No. 143-FZ sobre Actas de Estado Civil*, permite a los padres comitentes ser inscritos directamente en el Libro de Nacimientos como padres del niño, si la madre gestante presta su consentimiento para ello²¹.

2.4 Regulación en el Reino Unido y Canadá

Entre los países que admiten solamente el supuesto altruista de la

²¹ *Ibid.*, p. 908.

gestación por sustitución, destaca Reino Unido, cuya Acta de Acuerdos de Subrogación (*Surrogacy Arrangements Act*) de 1985, prohíbe expresamente la subrogación comercial. La *Human Fertilization and Embryology Act* de 2008, permite, no obstante, que se satisfagan los gastos razonables en que la madre de alquiler haya incurrido, no cualquier otra cantidad adicional. Se reconocen los acuerdos de subrogación, pero no se garantiza el cumplimiento de los mismos, ya que la gestante será la madre legal del niño hasta el momento en que los comitentes obtengan una orden judicial que establezca la filiación (*paternal order*) o una orden de adopción que les convierta en los padres legales del menor, permitiéndose a la gestante conservar los derechos legales sobre el niño aunque no tenga vinculación genética con el mismo.

En Canadá, el *Acta de Reproducción Asistida Humana*, (*Assisted Human Reproduction Act*) de 2004, también prohíbe expresamente pagar, tanto a la madre subrogada, como a los intermediarios, pero no prohíbe la subrogación altruista siempre y cuando la gestante sea mayor de 21 años. No obstante, el Código Civil de la provincia de Quebec prohíbe cualquier contrato de subrogación, incluidos los altruistas.

2.5 Regulación en la República Sudafricana

En la República Sudafricana, la paternidad subrogada se regula en los artículos 292 a 303 del Acta de los Niños 38 de 2005²⁴, en vigor desde el abril de 2010, que admite tan sólo su modalidad altruista, pero permitiendo abonar a la madre subrogada los gastos derivados del trámite (médicos, legales, hospitalarios, de seguro, etc.), así como los ingresos que la gestante dejara de percibir como consecuencia de la gestación. Se requiere que los acuerdos de subrogación se realicen por escrito y que sean confirmados por los Tribunales. Un acuerdo válidamente celebrado tendrá como efecto que los nombres de los padres comitentes aparezcan directamente en el certificado de nacimiento del menor.

Los comitentes podrán ser una persona individual o una pareja, incluso del mismo sexo, pero se requiere que los gametos de, al menos uno de ellos, sean utilizados para la concepción. Se exige, asimismo, que el o los comitentes no sean capaces de dar a luz a un niño por motivos permanentes e irreversibles, y que la madre gestante tenga al menos un hijo propio. En caso de que la madre subrogada haya aportado su propio óvulo para la fertilización, tendrá derecho a romper el acuerdo de subrogación y reclamar el hijo para sí, sin incurrir en ninguna responsabilidad al respecto, debiendo tan sólo devolver a los padres comitentes los gastos que éstos le hayan abonado durante el embarazo.

3. La gestación por sustitución en el Ordenamiento español

En el ordenamiento jurídico español, la definición legal de la “gestación por sustitución”, se encuentra en el artículo 10.1 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre *Técnicas de Reproducción Humana Asistida* (LTRHA) que la define como “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». No obstante, una definición más amplia y aceptada en general por la doctrina es la que ofreció la Sentencia n.º 826, de la Sección 10.ª, de la Audiencia Provincial de Valencia, de 23 de noviembre de 2011, estableciendo que la gestación por sustitución “consiste en un contrato, oneroso o gratuito, a través del cual una mujer consiente en llevar a cabo la gestación, mediante técnicas de reproducción asistida, aportando o no también su óvulo, con el compromiso de entregar el nacido a los comitentes, que pueden ser una persona o una pareja, casada entre sí o no, que a su vez pueden aportar o no sus gametos”.

En ambos casos se habla de un *contrato*, en el que podrá mediar precio o realizarse gratuitamente, con dos partes intervinientes: por un lado, los futuros padres que efectúan el encargo –los padres comitentes-, que podrán ser una persona o una pareja, matrimonio o no, de carácter heterosexual u

homosexual, y que pueden aportar sus propios gametos o no; y, por otro, la mujer –la madre sustituta, subrogada, gestante, portadora, etc.- que se compromete a gestar en su vientre a un niño, que entregará a los padres comitentes una vez producido el parto, con la consiguiente renuncia a todos los derechos que le pudieran corresponder sobre el niño, fundamentalmente, a la filiación que le pertenecería como madre.

El tenor de estas definiciones parece indicar que estaríamos ante un acuerdo formalizado por escrito, con todos los requisitos y condiciones a que se somete la relación contractual; esto es, acreditando la capacidad de obrar de las partes y la prestación voluntaria del consentimiento, sin mediar coacción ni violencia, extremo fundamental a la hora de proteger a la madre gestante frente a posibles abusos. Los respectivos derechos y obligaciones de los firmantes dependerán de la legislación del país en el que se otorgue el convenio, ante cuya jurisdicción deberá acudir en el caso de que su clausulado se incumpla por cualquiera de ellos. Este contrato, que podría equipararse al de arrendamiento de obra o de servicios en el caso de hallarse tipificado, es el que marcaría el inicio de la relación entre la madre subrogada, los padres comitentes y el equipo médico interviniente en el proceso²².

En cualquier caso, el referido art 10 de la LTRHA, en su apartado primero, declara categóricamente que el contrato allí descrito es *nulo de pleno derecho*, de lo que se deduce que tal negocio jurídico está prohibido en nuestro ordenamiento. La locución *quod nullum est nullum effectum producit* expresa con simplicidad la consecuencia civil de esa declaración de nulidad: el/los comitente/s no puede/n ejercitar acción de cumplimiento de contrato para obligar a la mujer gestante a entregar al niño después del parto; ni puede/n exigir el reintegro de las cantidades entregadas para afrontar los gastos derivados del embarazo, ni las entregadas en concepto de precio; ni indemnización por daños y perjuicios ocasionados por el incumplimiento...Y el apartado segundo del propio art 10 LTRHA, en coherencia, y por si aún cupiese alguna duda, precisa que “La filiación de los hijos nacidos por gestación de

²² DÍAZ ROMERO, M. R.: «La gestación por sustitución en nuestro ordenamiento jurídico», *Diario La Ley*, n.º 7527, Madrid, 2010, p.1

sustitución será determinada por el parto” (desde el punto de vista legal la mujer gestante será, pues, la madre), aunque seguidamente, en el apartado tercero, prevé que “Queda a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales”.

Lo que viene a establecer este precepto es que la irrupción de las nuevas técnicas de reproducción humana asistida (TRHA), no han dejado obsoleto los supuestos de filiación previstos en el artículo 108 del Código Civil (filiación por naturaleza, matrimonial o no matrimonial, y filiación por adopción). Aun cuando el Derecho parezca algo rezagado con respecto a la realidad social existente, la gestación por sustitución no quiebra los tradicionales principios jurídicos de Derecho romano *mater semper certa est y pater est quem nuptiae demostrant*.

En los artículos 24 y siguientes de la LTRHA se establece que las infracciones en materia de reproducción humana asistida serán objeto de sanciones de tipo administrativo, sin perjuicio de las responsabilidades civiles, penales o de otro orden que puedan concurrir.

Por su parte, el Código Penal, a partir de su reforma del año 2003, establece en los artículos 220 a 222 CP las sanciones jurídico-penales relativas a la suposición del parto y a la alteración de la paternidad, estado o condición del menor. Ello sería así dado que el intento de realizar una gestación sustitutiva en España sería considerado una suposición de parto, que es lo que sanciona el Código Penal; es decir, la pretensión de hacer pasar por fruto de una pareja estéril el niño dado a luz por la madre gestante.

No obstante, la prohibición expresa y sanciones que resultan de las citadas normas, conviven en total contradicción con la *Ley sobre el Registro Civil*, de 8 de junio de 1957, y con el *Reglamento del Registro Civil*, de 14 de noviembre de 1958²³, ya que ambas permiten la inscripción de las resoluciones judiciales extranjeras firmes que establezcan la filiación del menor como hijo de

²³ Dicha Ley de 1957 será derogada con la entrada en vigor de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil, publicada en el BOE núm. 175, de 22 de julio de 2011, páginas 81468 a 81502, la cual se halla en la actualidad todavía en período de “vacatio legis”.

los padres subrogados, por lo que, en la práctica, nos encontramos con que los contratos de gestación por sustitución alcanzan finalmente efectos jurídicos, aun estando prohibidos en España. Este hecho ha suscitado una gran polémica, tanto a la hora de ser aplicado en los Registros civiles consulares, como en la interpretación que se ha hecho de esto en recientes resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado (DGRN)²⁴, que han venido admitiendo la inscripción de la filiación de los niños nacidos en el extranjero por subrogación, siempre y cuando exista una resolución judicial dictada por el órgano jurisdiccional competente en la que se determine la filiación del nacido, se haga constar que no se vulnerado el interés superior del menor y recoja el libre consentimiento y renuncia expresa de la gestante, todo ello de acuerdo con lo establecido en la *Instrucción*, de 5 de octubre de 2010, de dicha Dirección General²⁵.

Por su parte, el artículo 12.4 del Código civil, establece que “se considerará como fraude de Ley la utilización de una norma de conflicto con el fin de eludir una Ley imperativa española”, y en su apartado 3, que “en ningún caso tendrá aplicación la Ley extranjera cuando resulte contraria al orden público”.

Parte de la doctrina civil española, se halla expresamente a favor de

²⁴ Véanse, entre otras, la *Resolución de 18 de febrero de 2009*, sobre inscripción de nacimiento acaecido en el extranjero (publicada en Boletín del Ministerio de Justicia, “Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado (Registro Civil). De 7 de enero de 2009 a 28 de febrero de 2009”, Ministerio de Justicia Madrid, 2010, páginas 372 a 379); la *Resolución de 30 de noviembre de 2011* (publicada en Boletín del Ministerio de Justicia, “Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado (Registro Civil). De 1 de noviembre de 2011 a 31 de noviembre de 2011”, Ministerio de Justicia, Madrid, 2012, páginas 9 a 12); o la *Resolución de 22 de diciembre de 2011* (publicada en Boletín del Ministerio de Justicia, “Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado (Registro Civil). De 1 de diciembre de 2011 a 30 de diciembre de 2011”, Ministerio de Justicia, Madrid, 2012, páginas 9 a 12).

²⁵ *Instrucción de 5 de octubre de 2010*, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución, publicada en el BOE núm. 243, de 7 de octubre de 2010, páginas 84803 a 84805, que admite la inscripción en el Registro civil de nacimientos producidos en el extranjero como consecuencia de un contrato de gestación por sustitución, siempre que al menos uno de sus solicitantes sea español.

reconocer efectos a la maternidad subrogada²⁶, defendiendo expresamente los convenios de gestación por sustitución, con el fin de “solventar problemas de infertilidad que no pueden salvarse mediante los diferentes mecanismos establecidos en las sucesivas leyes de técnicas de reproducción humana asistida”²⁷.

Por el contrario, para otros juristas españoles²⁸, quienes acuden a países extranjeros para tener hijos a partir de la técnica de la gestación por sustitución, están cometiendo fraude de Ley, ya que buscan una norma de cobertura para lograr un resultado expresamente prohibido por una norma española. En este sentido, se considera que la LTRHA vigente constituye una norma de orden público, con efectos de obligado cumplimiento y superioridad en su aplicación, muy en especial, en lo que afecta a la prohibición de la gestación por sustitución, ya que vulneraría principios tales como el que la persona humana no puede ser objeto del comercio de los hombres; o lo que es lo mismo, que el niño no puede ser objeto de transacción, así la propia dignidad de la persona. Principios reflejados, además de en el artículo 10.1 de la Constitución; en su artículo 15, que reconoce el derecho a la integridad moral; el artículo 39.2 de la misma norma fundamental, que proclama que los poderes públicos aseguran la protección integral de los hijos y de las madres cualquiera que sea su estado civil; el artículo 1.271 del Código Civil, que prescribe que pueden ser objeto de contrato todas las cosas que no están fuera del comercio de los hombres y el artículo 1.275 del mismo cuerpo legal, que impide la producción de efectos a los contratos con causa ilícita (así lo proclamó la sentencia n.º 826, de 23 de noviembre de 2011, de la sección 10.ª de la Audiencia Provincial de Valencia).

Las contradicciones, como vemos, son patentes no sólo en la doctrina sino en la propia legislación española al respecto. Es la propia Ley española la

²⁶ VELA SÁNCHEZ, J.A., La maternidad subrogada. Estudio ante un reto normativo, Granada, Comares, 2012.

²⁷ VELA SÁNCHEZ, J.A., “La gestación por encargo desde el análisis económico del derecho. Medidas anticrisis desde el Derecho de Familia”. *Diario La Ley*, n. 8055 (Sección Doctrina). Madrid, 2013.

²⁸ QUIÑONES ESCÁMEZ, A., “Doble filiación paterna de gemelos nacidos en el extranjero mediante maternidad subrogada”, *In Dret, Revista para el análisis del Derecho*, julio 2009, p. 29.

que, por un lado, permite la inscripción de dicha filiación del recién nacido a través de, entre otros, la ley del Registro civil, el procedimiento de homologación de sentencias extranjeras previsto en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, o la mencionada *Instrucción* de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 5 de octubre de 2010, que analizaremos más adelante, siendo no menos que incongruente que se puedan producir efectos jurídicos de un hecho expresamente prohibido por una Ley española, que posteriormente, en un segundo momento resultan totalmente ineficaces debido a la sanción de nulidad del contrato, establecida en el artículo 10 de la Ley 14/2006 de TRHA.

La insuficiencia e incongruencia del actual panorama legislativo español en torno a la gestación por sustitución resulta evidente sea cual sea la posición que nuestro legislador hay decidido adoptar. En efecto, tanto si el legislador pretende que dicha figura continúe eficazmente prohibida, como si se pretende permitir que los ciudadanos españoles acudan libremente a dicha práctica y reconocerles posteriormente la filiación a su favor en nuestro país, o incluso si pretende que sea posible suscribir contratos de gestación sustitutiva con plenos efectos jurídicos en España, resulta imprescindible replantear a fondo todo el entramado jurídico nacional bajo el cual se rige actualmente dicha práctica.

4. Prestaciones sociales reconocidas en el Derecho español para los casos de gestación por sustitución

En el orden social, la situación de filiación generada por la gestación por sustitución no está contemplada como es obvio en ámbito del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, de esta forma no está citada ni en el artículo 48-4 del Estatuto de los Trabajadores (en adelante ET) aprobado por RDL 1/1995, de 24 de marzo,²⁹ ni el artículo 133 bis y ter del RDL 1/1994, de 20 de

²⁹ «En el supuesto de parto, la suspensión tendrá una duración de dieciséis semanas ininterrumpidas, ampliables en el supuesto de parto múltiple en dos semanas más por cada hijo a partir del segundo. El período de suspensión se distribuirá a

junio por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social (en adelante LGSS)³⁰, ni tampoco en el Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo de 2009 por el que se regulan las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural. Ninguna de estas normas hace referencia alguna, bien sea directa o indirectamente a la gestación por subrogación. Tampoco hay ninguna Sentencia de la Sala IV del Tribunal Supremo que arroje luz sobre la materia y complemente -como dice el art. 1.6 CC- el ordenamiento jurídico.

En esta tesitura, lo que se produce son sentencias divergentes de los diversos Juzgados de lo Social y de las Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia, cuyo sentido variará en función de lo que pongan en valor, atendida la ilegalidad de una práctica, la de la gestación por sustitución prohibida en la legislación española conforme al art 10 LTRHA, al decir 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

opción de la interesada siempre que seis semanas sean inmediatamente posteriores al parto. En caso de fallecimiento de la madre, con independencia de que ésta realizara o no algún trabajo, el otro progenitor podrá hacer uso de la totalidad o, en su caso, de la parte que reste del período de suspensión, computado desde la fecha del parto, y sin que se descuente del mismo la parte que la madre hubiera podido disfrutar con anterioridad al parto. En el supuesto de fallecimiento del hijo, el período de suspensión no se verá reducido, salvo que, una vez finalizadas las seis semanas de descanso obligatorio, la madre solicitara reincorporarse a su puesto de trabajo. En los supuestos de adopción y de acogimiento, de acuerdo con el art. 45.1.d) de esta Ley, la suspensión tendrá una duración de dieciséis semanas ininterrumpidas, ampliable en el supuesto de adopción o acogimiento múltiples en dos semanas por cada menor a partir del segundo. Dicha suspensión producirá sus efectos, a elección del trabajador, bien a partir de la resolución judicial por la que se constituye la adopción, bien a partir de la decisión administrativa o judicial de acogimiento, provisional o definitivo, sin que en ningún caso un mismo menor pueda dar derecho a varios períodos de suspensión. En los supuestos de adopción internacional, cuando sea necesario el desplazamiento previo de los progenitores al país de origen del adoptado, el período de suspensión, previsto para cada caso en el presente apartado, podrá iniciarse hasta cuatro semanas antes de la resolución por la que se constituye la adopción»

³⁰ «A efectos de la prestación por maternidad prevista en esta Sección, se consideran situaciones protegidas la maternidad, la adopción y el acogimiento, tanto preadoptivo como permanente o simple de conformidad con el CC o las leyes civiles de las Comunidades Autónomas que lo regulen, siempre que, en este último caso, su duración no sea inferior a un año, y aunque dichos acogimientos sean provisionales, durante los períodos de descanso que por tales situaciones se disfruten, de acuerdo con lo previsto en el art. 48.4 del Texto Refundido del ET. y en el art. 30.3 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la reforma de la función pública»,

materna a favor del contratante o de un tercero.” Dicha nulidad de pleno derecho conlleva, como es sabido, la ausencia de efectos jurídicos del contrato celebrado en tales términos. El ordenamiento jurídico español no contempla el derecho a dicha prestación en ninguno de los supuestos de gestación por sustitución, no reconociéndose, en consecuencia, el derecho a la misma ni en el caso de matrimonios o parejas homosexuales ni en el de heterosexuales, sin que exista diferencia de trato alguna al respecto. Además, hay que tener en cuenta que a través de una la gestación por sustitución un único varón puede llegar a aparecer como único progenitor reconocido de un hijo (en el caso de que sea reconocida registralmente dicha filiación), lo que conlleva una situación *sui generis* respecto al disfrute de los respectivos permisos laborales por maternidad y paternidad, y el disfrute, en su caso de las prestaciones que puedan corresponder a un sujeto a cargo de la Seguridad Social, dado nuestra tradición jurídica parte del adagio romano de “*mater semper certa est*”, lo que sin duda se refleja en la configuración actual de los permisos por maternidad y paternidad.³¹ Interesa tener en cuenta en este punto, que el pasado año 2014 el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en sus Sentencias de 18 de marzo de 2014 (asuntos C-167/12 y C-363/12)³² se pronunció de forma clara sobre la adecuación a las Directivas 92/85/CEE,³³ 2006/54/CE³⁴ (art. 14) y 2000/78/CE³⁵, de diversas normativas nacionales (británica e irlandesa), a propósito de sendas peticiones de decisión prejudicial entendiéndose:

³¹ SELMA PENALVA, A “Los nuevos retos de la prestación por maternidad ante los avances médicos en materia de reproducción asistida” Revista Bioderecho.es, Vol. 1, núm. 1, 2014 p.6.

³² Petición de decisión prejudicial planteada por el Employment Tribunal Newcastle Upon Tyne (Reino Unido) el 3 de abril de 2012 en el asunto C-167/12 C.D./S.T. y petición de decisión prejudicial planteada, por el Equality Tribunal (Irlanda), el 26 de julio de 2012, en el asunto C-363/12 Z. / A.

³³ Directiva 92/85/CEE del Consejo, de 19 de octubre de 1992, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia (Décima Directiva específica con arreglo al apartado 1 del artículo 16 de la Directiva 89/391/CEE) (DO L 348, p. 1).

³⁴ Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación (DO L 204, p. 23)

³⁵ Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación (DO L 303, p. 16).

a) El Derecho de la Unión no prevé a favor de las madres subrogantes un derecho a un permiso retribuido equivalente a un permiso de maternidad o a un permiso por adopción. el Derecho de la Unión no prevé a favor de las madres subrogantes un derecho a un permiso retribuido equivalente a un permiso de maternidad o a un permiso por adopción. En lo referente a la Directiva 92/85/CEE sobre las trabajadoras embarazadas, el Tribunal de Justicia recuerda que el objetivo de esa Directiva es promover la mejora de la seguridad y la salud de las trabajadoras embarazadas, que hayan dado a luz o se encuentren en período de lactancia; personas a las que se considera integrantes de un grupo expuesto a riesgos especialmente sensibles. En esa Directiva, la disposición relativa al permiso de maternidad se refiere expresamente al parto, y tiene la finalidad de proteger la salud de la madre durante la específica situación de vulnerabilidad derivada de su embarazo. El Tribunal de Justicia añade que si bien el permiso de maternidad también pretende proteger las relaciones especiales de la mujer con su hijo, ese objetivo sólo abarca sin embargo el período posterior «al embarazo y al parto». De ello resulta que la atribución de un permiso de maternidad con fundamento en la Directiva requiere que la trabajadora que se beneficie de él haya estado embarazada y haya dado a luz al niño. Por tanto, una madre subrogante que ha tenido un hijo gracias a un convenio de gestación por sustitución no entra en el ámbito de aplicación de la Directiva, incluso cuando puede amamantar a ese niño tras su nacimiento o lo amamanta efectivamente. Por consiguiente, la Directiva 92/85 debía interpretarse en el sentido de que los Estados miembros no están obligados a conferir un permiso de maternidad a una trabajadora, en su calidad de madre subrogante que ha tenido un hijo gracias a un convenio de gestación por sustitución. No obstante, el Tribunal de Justicia añade que, puesto que la Directiva referida tiene por objeto establecer algunas exigencias mínimas en materia de protección de la trabajadora embarazada, los Estados miembros tienen la libertad de aplicar reglas más favorables en favor de las madres subrogantes.

b) Que el art. 14 de la Directiva 2006/54 debía interpretarse en el sentido de que el hecho de que un empleador deniegue un permiso de maternidad a una madre subrogante que ha tenido un hijo gracias a un convenio de gestación por sustitución, no constituye una discriminación basada en el sexo porque un padre que sea parte en un convenio de gestación por sustitución tampoco tiene derecho a un permiso de esa clase, y la denegación no perjudica especialmente a las trabajadoras en comparación con los trabajadores. Por otro lado, el hecho de denegar un permiso retribuido equivalente a un permiso por adopción a una madre subrogante no entra en el ámbito de aplicación de la Directiva sobre la igualdad de trato. Ésta reconoce la libertad de los Estados miembros para conceder o no un permiso de adopción. La Directiva dispone únicamente que cuando se conceda ese permiso las trabajadoras interesadas deben tener protección frente al despido y derecho a reintegrarse a su puesto de trabajo o a uno equivalente.

c) Que la Directiva 2000/78 debía interpretarse en el sentido de que no constituye una discriminación por motivo de discapacidad el hecho de denegar la concesión de un permiso retribuido, equivalente a un permiso de maternidad o un permiso por adopción, a una trabajadora incapacitada para gestar a un niño y que ha acudido a un convenio de gestación por sustitución. Esta directiva prohíbe toda discriminación por motivo de discapacidad en el ámbito del empleo y de la ocupación. El Tribunal de Justicia considera indiscutible que la imposibilidad para una mujer de gestar un hijo puede ser causa de grave sufrimiento para ella. Sin embargo, el concepto de “discapacidad” en el sentido de la Directiva supone que la limitación que aqueja a la persona, al interactuar con diversas barreras, puede impedir su participación plena y efectiva en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores. Ahora bien, la incapacidad para tener un hijo por medios convencionales no constituye en principio un impedimento para que la madre subrogante acceda a un empleo, lo ejerza o progrese en él. Siendo así, el Tribunal de Justicia aprecia que la incapacidad para tener un hijo no constituye

una “discapacidad”, en el sentido de la Directiva 2000/78, y por tanto esa Directiva no es aplicable en una situación como la del asunto principal.

La remisión prejudicial permite que los tribunales de los Estados miembros, en el contexto de un litigio del que estén conociendo, interroguen al Tribunal de Justicia acerca de la interpretación del Derecho de la Unión o sobre la validez de un acto de la Unión. El Tribunal de Justicia no resuelve el litigio nacional, y es el tribunal nacional quien debe resolver el litigio de conformidad con la decisión del Tribunal de Justicia. Dicha decisión vincula igualmente a los demás tribunales nacionales que conozcan de un problema similar

5. Prestación por maternidad. Jurisprudencia española reciente

En primer lugar encontramos algunas sentencias que recogiendo la doctrina –vinculante– del Tribunal de Justicia de la Unión Europea mencionada ut supra, ha mantenido en los casos de gestación por sustitución la denegación del permiso de maternidad al entender que no existe ni discriminación por razón de sexo, ni por razón de discapacidad, por tanto, se entiende que resulta plenamente legítimo que se otorgue distinto tratamiento a la maternidad con gestación propia y a la maternidad con gestación por sustitución:

--Así por ejemplo la STSJ Madrid nº 612/2014, Sala de lo Social, Sec. 5.^a, de 7 de julio. En este caso la demandante se desplazó a California para celebrar un contrato de gestación por sustitución en aquél Estado. La Corte Suprema de California dictó sentencia declarando al nasciturus hijo de la actora y de su cónyuge. La madre subrogada alumbró al hijo de dichos padres en San Diego (California) en el año 2013, y el niño es inscrito en el Registro Civil de San Diego y meses después en el Consulado de España en los Ángeles. La actora solicitó la prestación de maternidad, siendo denegada por el INSS por no ser considerada la gestación de un menor por útero subrogado como situación protegida a los efectos de la prestación de maternidad. En la misma

resolución se deniega la prestación de paternidad al marido. No estando conforme la parte actora con la resolución anterior, interpuso reclamación previa y la Dirección Provincial del I.N.S.S. dictó resolución desestimatoria. La actora recurrió la resolución del INSS y el Juzgado de lo Social núm. 31 de los de Madrid, desestimó totalmente la demanda interpuesta por la actora y absolvió al INSS y TGSS. Contra dicha sentencia se interpuso recurso de suplicación y el TSJ de Madrid confirma la sentencia del Tribunal de Instancia.

Dice en su Fundamento de derecho primero que “Debe reseñarse que aunque esta Sala en sentencias que examinaban dos supuestos análogos al que es objeto de los presentes autos ha declarado el derecho de la beneficiaria a percibir la prestación de maternidad - sentencias de 8 de octubre de 2012 (Rec. 1875/2012) y de 3 de marzo de 2013 (Rec. 3783/2012)-, también debe destacarse que en reciente sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 13 de mayo de 2014 (Rec. 749/2014) se resuelve en sentido contrario, teniendo en cuenta la reciente jurisprudencia por parte del Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea recogida en dos sentencias de 18 de marzo de 2014, señalando la citada sentencia del Tribunal Superior de Justicia " ... al momento actual existe determinada jurisprudencia por parte del Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea, que nos vemos obligados a acatar, visto su origen, en relación a la denominada maternidad por sustitución, y desde el punto de vista del derecho o no a la prestación aquí también controvertida. Se trata en concreto de dos sentencias, ambas de 18-3-2014, asuntos C-167/12 y C- 363/12, respectivamente, y que tienen como origen sendas cuestiones prejudiciales planteadas por Tribunales de Gran Bretaña e Irlanda, también respectivamente.”

--En el mismo sentido podemos citar la STSJ del País Vasco (Bilbao), nº 944/2014 Sala de lo Social, 13 de Mayo de 2014 en este caso, al igual que el supuesto anterior, existía resolución judicial de la Corte Superior de Justicia del estado de California de fecha 2012, en la que se declara que la actora era la única progenitora legal de los niños. En ella se le atribuye la custodia legal y física de los niños. Los niños son inscritos como hijos de la actora en el Registro Civil Consular de España en Los Ángeles obteniendo el correspondiente Libro de Familia. Con fecha de 9 de septiembre de 2013 la

actora solicitó la prestación de maternidad que le es denegada por resolución administrativa por no encontrarse la solicitante en ninguna de las situaciones protegidas a efectos de la prestación de maternidad. Frente a dicha resolución se interpuso reclamación previa en vía administrativa. Tras obtener resolución desestimatoria interpuso demanda ante el Juzgado de lo Social num. Dos de los de Bilbao, que dictó sentencia de 13 de enero de 2014, estimando íntegramente la demanda presentada por la actora frente a INSS y TGSS, se reconoce el derecho de la actora a la prestación de maternidad. Como quiera que el Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) discrepara de dicha resolución, procedió a anunciar y, posteriormente, a formalizar, el pertinente Recurso de Suplicación que fue estimado por el TSJ País Vasco (Bilbao), Sala de lo Social, en sentencia de 13 de Mayo de 2014, revocando la sentencia del Tribunal de Instancia y aplicando la jurisprudencia del TJUE (“Debemos aclarar que nuestra postura jurídica inicial era coincidente con la de la resolución de instancia y por ende con la doctrina sentada por varios Tribunales Superiores de Justicia del Estado Español. Sin embargo, al momento actual existe determinada jurisprudencia por parte del Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea, que nos vemos obligados a acatar, visto su origen, en relación a la denominada maternidad por sustitución, y desde el punto de vista del derecho o no a la prestación aquí también controvertida”)³⁶ en el sentido de no reconocer la prestación de maternidad en este caso.

Además ambas sentencias se refieren tangencialmente a la legalidad de la filiación de los niños, para a continuación señalar que estas cuestiones “sobrepasan el ámbito jurídico en el que nos movemos” No obstante dice “Sin perjuicio de lo anterior, la sentencia del TS de 6-2-2014, rec. 245/2012, va en similar dirección, en el sentido de dejar sin efecto la Instrucción de 8 de febrero de 2009, de la Dirección General de los Registros y Notariado, y que aunque no afecta a la posterior de 5 de octubre de 2010... aparecen íntimamente relacionadas en lo que se refiere a su génesis y contenido.”³⁷

³⁶ FJ4

³⁷ FJ 4

Pero también encontramos resoluciones en sentido contrario en las que se ha reconocido el derecho a la prestación por maternidad a los padres legales de niños nacidos en el extranjero como consecuencia de un contrato de gestación por subrogación, y que habían sido inscritos en los Registros Consulares Españoles en aplicación de la Instrucción de 5/10/2010, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución acudiendo a la analogía como respuesta(básicamente con los supuestos de adopción).

--Así la STSJ Murcia. Sala de lo social, 292/2015, de 30 de marzo de 2015:

En este caso el demandante tuvo en el año 2013 dos hijos biológicos y mellizos, Landelino y Enriqueta en la ciudad de Nueva Delhi (India) resultado de la llamada "Gestación por sustitución" en virtud de un contrato regulador de esa técnica de reproducción humana. Los hijos del demandante fueron debidamente inscritos en el Registro Consular Español en Nueva Delhi, con sujeción a los requisitos establecidos en la legislación de Registro Civil española y, concretamente, conforme a la Instrucción de 5/10/2010, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución. En el Registro Civil español y en el correspondiente Libro de Familia, aparece reflejada como madre biológica de Landelino y Enriqueta, Doña Vanesa. La madre biológica renunció ante notario y de manera expresa, libre y voluntaria, el ejercicio de cualquiera de las funciones inherentes a los derechos como madre, dando su consentimiento al padre biológico para ejercer con exclusividad la guardia y custodia de los hijos, así como todas las funciones parentales y obligaciones en tanto que padre genético, natural y único progenitor legal de los menores. Así mismo estipularon que el actor asumiría todos los gastos y cargas que comportara la crianza de los hijos, siendo el accionante el único beneficiario de cualquier prestación o subsidio que se pudiera solicitar en España, incluido el permiso laboral para el cuidado de los menores durante sus primeros meses de vida, al ser el demandante el único que los cuida, constituyendo su único apoyo económico y emocional desde el nacimiento. El demandante obtuvo el permiso de maternidad e 18 semanas para el cuidado y protección de sus hijos pero el

Instituto Nacional de la Seguridad Social (en adelante INSS) le denegó la prestación de maternidad solicitada por no encontrarse en ninguna de las situaciones protegidas a los efectos de la prestación de maternidad, de acuerdo con lo previsto en el artículo 133 bis de la Ley General de la Seguridad Social (LGSS) El padre recurrió la resolución del INSS y el Juzgado de lo Social número 2 de Murcia le dio la razón en una sentencia que a su vez fue recurrida por la Seguridad Social.

Ahora, el TSJ de Murcia confirma esa sentencia y señala que, según la legislación vigente, el padre tiene derecho al subsidio por maternidad así dice: “El RD 295/2009 de 6 de marzo contiene el desarrollo reglamentario de las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social por maternidad y paternidad y, concretamente, en el artículo 3.4 contempla el supuesto de mujer trabajadora por cuenta propia que no tuviera derecho a prestación por maternidad, por no estar tal protección contemplada en la correspondiente mutualidad, en cuyo caso el otro progenitor tiene derecho al subsidio por maternidad, condicionando a que éste tenga derecho a disfrutar del descanso o suspensión de contrato por maternidad y el mismo derecho concede al otro progenitor "cuando la madre no tuviese derecho a prestaciones por no hallarse incluida en el Régimen Especial de la Seguridad social de Trabajadores por cuenta propia o autónomos ni en una mutualidad de previsión social alternativa"³⁸.

“Tal es la situación en la que se encuentra el demandante, pues la madre de sus dos hijos no tiene derecho a la suspensión de su contrato de trabajo, de modo que, de conformidad con la regulación legal y reglamentaria existente en España, el derecho que correspondería a ésta puede ser ejercido por el padre”, dice la sentencia.” El tribunal añade que “tanto la suspensión del contrato de trabajo como el disfrute de la prestación por maternidad se establecen para hacer efectiva la igualdad entre hombres y mujeres y en razón a la especial atención que requiere el recién nacido, por lo que, en el presente caso, existe una razón adicional para conceder al actor el derecho a la suspensión y

³⁸ FD 2.

prestación por maternidad, dado que es éste el que tiene la custodia de los hijos y no convive con la madre biológica”.

-- Sentencia del TSJ de Castilla-León 539/2010, de cinco de mayo, desestima el recurso de suplicación promovido por el INSS y la TGSS contra la sentencia del Juzgado de lo Social Dos de Valladolid por la que reconoce a la demandante la prestación de maternidad por gestación por sustitución producida en Kansas (Estados Unidos), en contra del criterio del INSS que se la denegó por no encontrarse en ninguna de las situaciones previstas en el art. 133bis del RDL 17/1994, y ello en base en Ley 39/1999, de 5 de noviembre, LO 3/2007, de 22 de marzo para la igualdad efectiva de mujeres y hombres y la CDN. Entiende la Sala que “no discutiéndose por las recurrentes la filiación de la recién nacida como hija de la demandante, debe incluirse a la demandante en alguna de las situaciones que dan lugar al derecho de prestación por maternidad. Cuando menos, debería equipararse el supuesto de la actora al de la adopción, en el que tampoco ha existido parto pero sí que aparece recogida en el mencionado artículo como situación generadora de la prestación aquí reclamada”.

--La Sentencia del TSJ de Oviedo 2320/2012, de 20 de septiembre desestima el recurso de suplicación interpuesto por el INSS contra la Sentencia del Juzgado de lo Social de Oviedo 212/2012, de nueve de abril, por la que reconoce el derecho de la actora al subsidio de maternidad por gestación por sustitución que tuvo lugar en Los Ángeles (Estados Unidos) habiéndolo inscrito en ese RCC como hijo de la actora y de su esposo, recurriendo al principio de igualdad. La Unidad de Personal del Sespa le denegó la expedición del certificado de empresa preciso para solicitar la prestación por maternidad basándose en que de acuerdo con la vigente normativa sólo cabe dicho permiso de maternidad en caso de parto, acogimiento o adopción, no siendo ninguno de ellos el que planteaba. Entiende la Sala que “el caso de la actora es equiparable a los demás porque existe un hecho indubitado que es la maternidad que fue declarada en la sentencia americana e inscrita en el Registro Civil español y si en los restantes supuestos distintos de la maternidad natural, se reconoce el derecho al subsidio para procurar la atención del menor,

la misma causa existe en el presente en el que el menor ni siquiera tiene un año y se trata de una filiación y no de un acogimiento temporal que también está amparado por la norma. El hecho de que la maternidad por sustitución no esté reconocida en España, es más esté prohibida, no es motivo para que no se le reconozca a la madre el subsidio...” Considera además que el art. 39 de la CE de 1978 prevé que los poderes públicos asegurarán la protección social, económica y jurídica de la familia y la protección integral de los hijos, iguales estos ante la Ley con independencia de su filiación, lo que además se conecta con el artículo 14 del mismo texto constitucional.

--En la Sentencia T.S.J. Madrid 668/2012, de 18 de octubre el supuesto que se plantea, es el del reconocimiento de una prestación por maternidad derivada del nacimiento de una niña a concebida en Estados Unidos a través de un vientre de alquiler por un matrimonio homosexual. Por el Registro civil consular de los Ángeles se denegó inicialmente la inscripción de nacimiento de la menor. El actor y su marido recurrieron dicha resolución y por el Ministerio de Justicia se les requirió la presentación de una resolución judicial dictada por el Tribunal competente en la que se determinara la filiación del nacido, que fue remitida a la *Dirección General de Registros y del Notariado* en fecha 13-1-11. La DGRN dictó resolución en fecha 3-05-2011, acordando estimar el recurso y dejar sin efecto el auto apelado y ordenar que se proceda a la inscripción solicitada. Conforme a lo ordenado en dicha resolución, en fecha 13 de Julio del 2011 por el Registro civil consular de los Ángeles se procede a la inscripción del nacimiento de la menor haciendo constar el Cónsul General que donde dice "padre" debe decir "progenitor A" y donde dice "madre" debe decir "progenitor B". El INSS reconoció al marido del actor la prestación de paternidad.

La sentencia de instancia, desestimó su demanda de que se le reconozca la prestación por maternidad, fundando su criterio “en que el actor no ha alumbrado a la menor y que no consta que la haya adoptado, habiendo reconocido éste que la madre biológica fue una mujer que la gestó por encargo ("vientre de alquiler"), siendo el contrato correspondiente nulo conforme al art 10 de la Ley 14/06, de 26 de mayo, de reproducción asistida, y que la filiación

de los menores nacidos de este modo viene determinada por el parto, añadiendo que en la inscripción registral no se refleja la condición de madre del actor”³⁹

El TSJM afirma en primer término que no consta que la RDGRN de 3-5-11, que es la que en este caso, ordena la inscripción de los nacidos en el Registro Civil consular de España en Los Ángeles haya sido recurrida “señalando previamente, entre otros extremos, que no es aplicable el art 10.1 y 2 de la Ley 14/06 (LTRA) porque lo que se pretende del encargado del Registro Consular es que se inscriba una relación de filiación previamente declarada por una autoridad judicial extranjera, es decir, una tutela por reconocimiento de las autoridades españolas y no otra cosa” lo que estima correcto el Tribunal dado que "para aquellos casos en los que la resolución derive de un procedimiento equiparable a un procedimiento español de jurisdicción voluntaria, nuestro TS ha proclamado en diversas ocasiones que su inscripción no quedaría sometida al requisito de obtener el reconocimiento a título principal, con lo que el particular podría lograr ante el Encargado del Registro el reconocimiento incidental de la resolución como requisito previo a su inscripción sin tener que recurrir al mencionado régimen de la LEC 1881" (se refiere a sus arts. 954 y ss) citando en tal sentido los AATS de 29-9 y 1- 12-98 y 18-6-00.”

A partir de ahí, entiende que lo que únicamente se precisa para resolver la contienda planteada es determinar si se cumplen los requisitos de la instrucción de la propia DGR de 5-10-10 pero esta cuestión no la resuelve el tribunal por entender que la sentencia -cuya confirmación solicita- "no se cuestiona la legalidad de la DGRN.....sino únicamente sus efectos respecto a la prestación contributiva de maternidad por parto".

Y considera que lo que procede examinar es cuál es el interés protegido por la norma, art 133 bis y ss de la LGSS y considerando que “aunque los beneficiarios sean "los trabajadores por cuenta ajena" a que alude el art 133 ter

³⁹ FD2.

de esa norma, lo que se trata de amparar es no sólo el cuidado de la madre, en los casos de maternidad biológica, sino también y en todo caso, el del menor, de ahí que se haya desgajado la previsión normativa de la regulación general de la incapacidad temporal donde inicialmente tenía cabida y que se contemplen los casos de adopción y acogimiento, que no conllevan parto previo de los adoptantes o acogedores.”

Y reiterando jurisprudencia de la propia Sala, en su sentencia de 30-11-09, afirma que se trata de un derecho que nos ocupa es la “cobertura prestacional a una situación de intereses complejos entre los que destaca, como predominante, la atención del menor durante la etapa inicial de su vida familiar, apareciendo como coyunturales la necesidad de atención a la madre, como consecuencia del parto.....”, teniendo, por otra parte y en otro orden de cosas, reconocida el TS en su sentencia de 15-9-10 la prestación en una pareja del mismo sexo (femenino) a la madre adoptante tras su disfrute por la madre biológica con la que aquélla se constituyó en pareja varios años después del nacimiento de la menor, señalando que incluso habiéndose generado el derecho en la segunda (madre biológica), se puede producir una situación posterior que permita después el disfrute prestacional por la adopción de ese/a menor, porque "aunque el sujeto causante sea el mismo, se han producido sucesivamente las dos situaciones protegidas" (dos mujeres como madres, una de carácter biológico y otra posteriormente adoptante), todo lo cual da idea, cuanto menos, de la amplitud de supuestos que se estima en la hermenéutica judicial que es propia de la normativa sobre el particular.”⁴⁰

En este, y otros muchos supuestos se opta, sin plantarse la cuestión de la admisión en nuestro derecho de la gestación por sustitución, por una la aplicación analógica de las normas del orden social y así dice: “...por lo que procede la aplicación analógica del art 133 bis de la LGSS, no cabiendo plantearse si la maternidad por subrogación debe admitirse o no, puesto que tal cuestión ha sido ya resuelta por la DGRN, que ordena que se proceda a la inscripción solicitada. Dicha parte alude también a la necesidad de que se

⁴⁰ FJ2.

tutele, en todo caso, el interés del menor y la aplicación analógica de lo prevenido para el supuesto de adopción por familia monoparental.”

Y así conforme al El art 133 bis de la LGSS, se consideran situaciones protegidas la maternidad, la adopción y el acogimiento sin que se dé previamente una definición de qué se entienda por lo primero. La analogía no cabe respecto de la licencia de maternidad concebida para proteger a las trabajadoras durante el periodo de embarazo y de recuperación después del parto, teniendo por finalidad cuidar la salud de la mujer trabajadora y la de su hijo durante el periodo inmediatamente anterior o posterior a la de su nacimiento. Junto a esa licencia y también relacionada con el nacimiento o la llegada al hogar de un hijo, natural o adoptivo, se establecen licencias parentales que tienen por objeto la atención del mismo y la conciliación de las responsabilidades familiares con la ejecución de una actividad profesional remunerada y que, por tanto, atienden a otras finalidades.

Y entiende el TSJM que “Hay, pues, dos situaciones que deben diferenciarse en relación con la llegada de un hijo/a al núcleo familiar, generador de ese derecho de licencia de maternidad o paternidad: a) La de parto, como causa de suspensión del contrato de trabajo, que sólo corresponde a la madre que físicamente ha gestado y ha dado a luz un/a hijo/a, y b), la situación sin parto de los otros progenitores que, en el grado y condición que corresponda, también se ven afectados por esa nueva configuración familiar pero desde otra perspectiva y relación con el sujeto que la motiva. La licencia por maternidad, aunque derive del parto, no tiene como única beneficiarla a la madre sino que, como ya se ha indicado, ese beneficio puede extenderse a otros sujetos distintos, aunque relacionados con aquélla, de ahí el derecho del progenitor a disfrutar del permiso por maternidad por sustitución en aquellos casos en que la madre, beneficiarla del derecho, lo trasfiere al otro progenitor”.

Es incuestionable que la primera no es posible en este caso porque el actor no es mujer y no ha sufrido un proceso de gestación ni ha parido. No ostenta la condición de sujeto beneficiario de la prestación de maternidad por parto, aunque figure como progenitor inscrito en el Registro Civil.

Para llegar a esta conclusión bastaría con examinar el contenido de la propia prestación de maternidad por parto y sus diferencias con la maternidad por adopción y la posición que en una y otra ocupa el "progenitor", como análisis que podría despejar cualquier invocación de trato discriminatorio, toda vez que en la prestación de maternidad por parto es la "madre biológica" la que tiene reconocido el derecho y sólo en contadas situaciones y circunstancias el legislador permite que pueda transferirse ese derecho al "otro progenitor", que lo obtendrá como tal derecho de maternidad y por existir madre biológica, de tal suerte que el otro progenitor jamás es beneficiario directo del derecho prestaciones e incluso jamás podrá disponer de determinado periodo que la norma reserva exclusivamente para la madre. Su condición de progenitor no le otorga la de madre biológica de la que trata el ámbito de protección de la Seguridad Social cuando se refiere a la maternidad como situación protegida en los términos expuestos anteriormente y relacionados con los derechos de suspensión del contrato de trabajo.

Junto a la maternidad por parto existe la maternidad por adopción y acogimiento familiar, donde los sujetos beneficiarios son los que la norma identifica como "progenitores" de esa clase. Ciertamente, el demandante y su pareja no han acudido a esta figura jurídica para establecer la relación familiar con su hijo y, por tanto, parece que no podría entenderse, en principio, que les fuera de aplicación ese régimen. Es entonces cuando el Juez acude a la figura jurídica de la analogía al decir "Ahora bien, parece igualmente evidente que la posición del demandante, a los efectos litigiosos, es similar a la que, también como "progenitores", ocupan aquellos que se hallan en supuestos de adopción o acogimiento familiar y cubriendo de igual manera la finalidad que persigue la norma, y ello en virtud de lo que establece el art 4.1 del C.C., porque aunque la maternidad derivada de la condición de progenitor inscrito como tal en el Registro Civil y en virtud de una gestación como la que se contempla en el caso presente no está contemplada en la LGSS, ni, en consecuencia, desarrollada en el Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo, los supuestos guardan semejanza, en tanto en cuanto la posición que ocupan los progenitores en uno y otro caso respecto del nacido, adoptado o acogido es la

misma en el marco de las relaciones laborales y familiares en las que están inmersos”.⁴¹ Se puede hablar incluso de “laguna legal” y la identidad de razón deriva de la necesidad de dar protección a quién ostenta la condición de progenitor por un título jurídico no previsto en la ley pero idóneo al haber sido inscrito por medio de lo que la Dirección General de los Registros y Notariado ha interpretado y resuelto a raíz de la Instrucción de 5 de octubre de 2010, le ha otorgado, reconociéndole la eficacia suficiente para generar el vínculo necesario para ser sujeto de las prestaciones que ahora se reclaman. Finalmente afirma que también puede llegarse a la misma solución partiendo de una interpretación extensiva de la norma.

En resumen, la situación de filiación generada por la gestación por sustitución no está contemplada en nuestro Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social y plantea especiales controversias respecto al reconocimiento del derecho a la suspensión del contrato de trabajo y de acceso a las prestaciones de Seguridad Social que permite la legislación laboral en casos de maternidad biológica o adopción (art. 48.4 ET y art. 133 bis LGSS). En general encontramos una variada y muy contradictoria jurisprudencia, desde las sentencias dictadas que sostienen que el hecho de que no haya habido parto no es causa suficiente para denegar la prestación de maternidad reclamada, teniendo en cuenta que tanto la Ley 39/1999 de Conciliación de la Vida laboral y familiar, como la LO 3/2007 para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres y la Convención sobre Derechos del Niño mantienen una noción amplia de la maternidad, “que centra su atención en el cuidado del menor y en los aspectos afectivos y familiares, alejándose de la dimensión propiamente física. De tal forma que a pesar de que la maternidad subrogada no se encuentre legalizada en España, no es motivo para que no se le reconozca a la madre el subsidio. En otras situaciones ilegales o también prohibidas, existe la protección del sistema para los afectados, como es el caso de la pensión de viudedad de la esposa de un causante de nacionalidad extranjera, natural de un país que reconoce la poligamia. Otros pronunciamientos, en cambio, niegan estas prestaciones apoyándose para ello en la jurisprudencia del TJEU. Parece a

⁴¹ FJ5

primera vista incongruente que, por una parte nuestro ordenamiento jurídico prohíba esta práctica y por otra la proteja, admitiendo diferentes sistemas de convalidación de efectos una vez realizada la gestación por sustitución en los países que lo permiten, eso sí , lo hace siempre con el fin de proteger el interés del menor. Llama enormemente la atención que se concedan efectos jurídicos a un contrato que nuestra legislación califica como nulo y que el Tribunal Supremo considera contrario a nuestro orden público internacional.

6. El contradictorio *iter* administrativo y judicial de la gestación por sustitución en España

El caso que desencadenó la intensa polémica administrativa y judicial en España comenzó su periplo en el año 2008, cuando un matrimonio formado por dos varones españoles pretendió inscribir en el *Registro Civil Consular* español de Los Ángeles (California) el nacimiento de dos niños gemelos recién nacidos por medio de gestación por sustitución. La filiación de los menores fue determinada a su favor por una resolución judicial, en virtud de la cual, la autoridad administrativa del Registro Civil californiano, emitió una certificación donde constaba dicho nacimiento y la filiación que por sentencia se determinó a favor de los cónyuges (de conformidad con lo dispuesto en la Sección 7633 del *California Family Code*)⁴². La pretensión de este matrimonio era que se reconociera dicha filiación en España, lo cual que acreditaban con la presentación de la mencionada certificación registral extranjera, sin aportación de la resolución judicial de la que derivaba y sin mención alguna ya de la identidad de la mujer gestante. El Registro Consular, a través de Auto dictado el 10 de noviembre de 2008, denegó dicha inscripción acogándose a la nulidad del contrato de gestación por sustitución, declarada en el art 10 de la LTRHA.

⁴² Seguimos aquí la excelente síntesis de PINILLA MIRANDA, I., “La gestación por sustitución transnacional: entre el interés superior del menor y el interés superior del mercado”, en: https://ddd.uab.cat/pub/tfg/2015/132982/TFG_ipinillamiranda.pdf.

6.1 El iter administrativo en la DGRN

El matrimonio recurrió entonces ante la *Dirección General de Registros y Notariado* (DGRN), que, con fecha de 18 de febrero de 2009, adoptó una *Resolución* (RDGRN) por la que se revocaba el Auto y se ordena que se practicara la inscripción solicitada. La DGRN, atendiendo al art 81 del Reglamento del Registro Civil (RRC), señaló que el encargado del Registro Civil Consular debe someter la certificación registral californiana al preceptivo control de legalidad, consistente en la comprobación de que la mencionada certificación reunía los requisitos formales exigidos (esto es, que se trataba de un documento público extranjero, autorizado por autoridad foránea, con funciones equivalentes a las españolas), así como que no producía efectos contrarios al Orden público internacional (OPIE). La *Resolución* no apreciaba la producción de efectos contrarios al OPIE, porque nuestro ordenamiento jurídico permite a los matrimonios homosexuales adoptar y admite la doble maternidad por naturaleza⁴³. Y entendía también que la inscripción de la filiación a favor de los dos varones constituía la solución más favorable al *interés superior del menor* (ISM) y a su derecho a tener una identidad única, descartando que se hubiera incurrido en fraude de ley. Finalmente, apuntaba que, de acuerdo con el art 17.1 a) del CC, los menores son españoles de origen, dado que dicho artículo no exigiría la previa determinación de su filiación respecto de padre o madre españoles, sino que bastaría con la existencia de “indicios racionales de su generación física por progenitor español” para atribuirles la nacionalidad española⁴⁴.

⁴³ Efectivamente la determinación de la filiación legal a favor de un matrimonio homosexual no constituye hoy un efecto contrario al orden público internacional español, sin embargo no sería éste el efecto de la certificación registral extranjera que se predicaría contrario a dicho orden público, sino la cosificación de la mujer gestante y del niño gestado que resulta del contrato de gestación por sustitución que está en el origen de la filiación.

⁴⁴ Igualmente Calvo Caravaca y Carrascosa González sostienen que los hijos nacidos por GXS en el extranjero serían, en atención al tenor literal del art 17.1 a) del CC, españoles y, como tales, debieran ser inscritos en el Registro Civil, como sujetos de nacionalidad española y, en consecuencia, obtener DNI español. Según los autores, el citado artículo del CC acoge el criterio de la atribución de la nacionalidad española mediante *ius sanguinis*, siendo españoles de origen “a) Los nacidos de padre o madre españoles”, sin que se exija que sean hijos de españoles, esto es, no se exigiría que hubiera quedado determinada legalmente la filiación, sino que bastaría con que concurriesen indicios racionales de su generación física por progenitor

El Ministerio Fiscal recurrió la *Resolución* de la DGRN ante el Juzgado de 1ª Instancia número 15 de Valencia, que, en Sentencia dictada el 15 de septiembre de 2010, estimaba el recurso, apreciando que —de conformidad con el art 23 de la Ley del Registro Civil de 1957 (LRC), de rango jerárquico superior a los arts. 81 y 85 del RRC aplicados por la DGRN- la inscripción por certificación registral extranjera podía practicarse “siempre que no haya duda de la realidad del hecho inscrito y de su legalidad conforme a la Ley española”. De modo que el control que debería haber llevado a cabo el encargado del Registro consular español no era de tipo meramente formal; en consecuencia, dada la imposibilidad biológica de la paternidad del matrimonio, la filiación que se pretende inscribir resultaría materialmente irreal y, además, contradiría abiertamente lo dispuesto en el art 10 de la LTRHA, que se considera norma de OPIE. La sentencia ordenaba, pues, la cancelación de la inscripción practicada en el *Registro Civil Consular* de Los Ángeles que había sido ordenada por la DGRN.

El 5 de octubre de 2010, la DGRN dictó una *Instrucción* en la que se desdecía de su *Resolución* de febrero de 2009, rechazando la inscripción de una filiación que trajera causa de un contrato de gestación por sustitución, a partir de la mera certificación registral extranjera o de la declaración del solicitante y estableciendo como título necesario para la inscripción: “la resolución judicial extranjera que determine la filiación del nacido, junto con el auto judicial de exequátur”. Justificaba esta exigencia argumentando que ello permitirá asegurar que el contrato de gestación por sustitución se había celebrado en cumplimiento de los requisitos de perfeccionamiento y contenido exigidos por la legislación del país de formalización. Sin embargo, añadía que el encargado del Registro Consular podría practicar la inscripción si la resolución judicial extranjera se dictaba en el marco de un procedimiento

español. Ello permite considerar a un sujeto como nacido de un español si existe posesión de estado, por ejemplo; o si existe inscripción en el Registro Civil (español o extranjero); o se acredita el hecho de que ha sido generado a partir de material genético de un individuo español, pues serían éstos indicios racionales de su generación física por progenitor español (Cfr. CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. “Filiación”. En CALVO CARAVACA, A.L.; CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Derecho Internacional Privado*, Vol. II, 11ª ed., Granada, Comares 2010, pp. 194-199).

similar a la jurisdicción voluntaria española y superara el previo reconocimiento incidental a que la someta dicho encargado, en el que se deberá comprobar que concurren una serie de requisitos, concretamente los cinco que la propia *Instrucción* fija en su Primera Directriz, apartado 3, a saber: a) que los documentos presentados sean regulares y auténticos; b) que la competencia judicial internacional del tribunal que dictó la sentencia se haya establecido en base a criterios equivalentes a los previstos en la legislación española; c) que en el procedimiento judicial se hayan garantizado los derechos procesales de las partes, particularmente, los de la madre gestante; d) que se hayan respetado tanto sus derechos, como el ISM; y e) que la referida resolución sea firme y los consentimientos prestados irrevocables de acuerdo con la legislación extranjera aplicable⁴⁵.

⁴⁵ La doctrina criticó muy duramente esta Instrucción, llegando a calificarla de ilegal, puesto que, además de excluir que una certificación registral extranjera pudiera ser título para la práctica de una inscripción (contraviniendo así el art 23 de la LRC de 1957), al fijar unos requisitos para la obtención del reconocimiento incidental, que no están previstos en ninguna ley, la DGRN estaría también usurpando competencias reservadas al legislador. Incluso hay quien ha querido ver en ella una “actitud tramposa” de la DGRN. Así, Barber Cárcamo considera que la remisión al procedimiento de exequátur —que difícilmente se superaría, dada la exigencia de adecuación de la resolución extranjera al OPIE (En virtud del art 954.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, aún vigente)- es sólo aparente, porque gran parte de los casos que se suscitan en nuestro país derivan de contratos de gestación por sustitución celebrados en algunos Estados de los EUA, donde se determina la filiación por sentencia dictada en procedimiento equivalente a la jurisdicción voluntaria española. De manera que, en la práctica, la homologación de la resolución extranjera acaba quedando en manos del órgano o autoridad ante el que se quiere hacer valer, esto es, ante el encargado del Registro, sujetándose este reconocimiento al control incidental de la concurrencia de cinco requisitos (no legales) fijados por la autoridad registral y desplazándose así la aplicación de aquellos otros que, en relación con el reconocimiento de resoluciones judiciales extranjeras adoptadas en procedimientos equivalentes al de jurisdicción voluntaria, ha fijado el Tribunal Supremo. Más allá de exigencias formales, el TS ha establecido que deben cumplirse también los requisitos que determine “la correspondiente norma material a la que apunte la norma de conflicto española” (El art 9.4 del CC, dentro del Capítulo IV relativo a las Normas de Derecho Internacional Privado, establece que “el carácter y contenido de la filiación, incluida la adoptiva y las relaciones paterno-filiales, se regirán por la Ley Personal del hijo y si no pudiera determinarse ésta, se estará a la de la residencia habitual del hijo”). En consecuencia, el contenido de la resolución de jurisdicción voluntaria ha de adecuarse a la ley que, de acuerdo con la norma de conflicto (contenida en el art 9.4 del CC) sea aplicable, que no es otra que la ley personal del hijo. Ello conduciría al art 10 de la LTRHA y, en consecuencia, también a la denegación de la inscripción. (Vid. BARBER CÁRCAMO, R., “La legalización administrativa de la gestación por sustitución en España (Crónica de una ilegalidad y remedios para combatirla)”, Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, número 739, Septiembre de 2013, pp. 2905–2950, en: <http://vlex.com/vid/486351314> (Id. vLex: VLEX-486351314).

En definitiva, con la Instrucción de 5 de octubre de 2010 de la DGRN, al evitarse el procedimiento de *exequátur* al que sólo aparentemente se remite, trató de eludir la operatividad de la excepción del OPIE (principal escollo para la inscripción de la filiación, que la *Resolución* de la DGRN de 2009 había salvado defectuosamente⁴⁶); y, por otra parte, al fijarse unos requisitos (que no están en la ley) de control incidental de las resoluciones extranjeras adoptadas en procedimientos equivalentes al de jurisdicción voluntaria, se trata de eludir la exigencia de adecuación a la ley material a la que remite la norma de conflicto, de nuevo el art 10 de la LTRHA, tal como exigiría la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Este obstáculo, el citado art 10, no sólo no desaparece al trasladarse la cuestión al ámbito del reconocimiento incidental extrajudicial, sino que, de cara al futuro, se refuerza en este ámbito, a través del art 96 de la nueva LRC, en la que se prevé tal exigencia de compatibilidad con el OPIE también respecto del reconocimiento incidental⁴⁷.

Tras la citada *Instrucción* dictada el 5 de octubre de 2010 por la DGRN se siguieron, a lo largo del año 2011, toda una serie de decisiones de este órgano administrativo, que posibilitaron la inscripción de otras filiaciones determinadas

⁴⁶ Según la nueva redacción que la Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio dio al apartado 4 del art 175 del CC, el ordenamiento jurídico español permite adoptar a los cónyuges homosexuales (así lo ha interpretado también el Tribunal Constitucional en Sentencia 198/2012, de 6 de noviembre). Y, tal y como señala la RDGRN de 18 de febrero de 2009, también nuestro ordenamiento admite la doble maternidad “por naturaleza” (art 7.3 de la LTRHA). Pero, si bien es cierto que este efecto de la gestación por sustitución -la posible determinación de la filiación a favor de dos progenitores del mismo sexo- no sería contraria OPIE, no es ésta la contrariedad que se discute, sino aquella que resulta de otros efectos que produce el uso de esta técnica: que pueda ser objeto de un contrato algo que esté “fuera del comercio de los hombres” (art 1271 CC) y el efecto *cosificador* que dicho contrato produce sobre la mujer gestante y el niño/a por ella gestado/a. La RDGRN omite hacer referencia alguna a esta otra dimensión de la cuestión.

⁴⁷ Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil, que en el apartado 2 del art 96 de la establece que la inscripción de las resoluciones judiciales extranjeras se podrá instar (además de previa superación del trámite del *exequátur*) “Ante el Encargado del Registro Civil, quien procederá a realizarla siempre que verifique:

- La regularidad y autenticidad formal de los documentos presentados.
- Que el Tribunal de origen hubiera basado su competencia judicial internacional en criterios equivalentes a los contemplados en la legislación española
- Que todas las partes fueron debidamente notificadas y con tiempo suficiente para preparar el procedimiento.
- Que la inscripción de la resolución no resulta manifiestamente incompatible con el orden público español

por resoluciones judiciales de distintas jurisdicciones de los EUA (mientras se rechazó inscribir filiaciones derivadas de esta misma práctica, pero realizadas en la India, por aportar solamente la certificación del Registro indio, sin la resolución judicial correspondiente)⁴⁸.

Por otro lado, debido a la inscripción registral —título acreditativo de la filiación así determinada- se han venido dictando toda una serie de sentencias, en la jurisdicción social, favorables al reconocimiento del permiso y prestación por maternidad, estableciendo una semejanza entre dicha filiación y la adopción, realizando con ello una interpretación analógica o nada restrictiva de la normativa laboral y de la Seguridad Social, en la que se ha atendido más que a la igualdad en relación con la filiación, a la igualdad en la situación fáctica de tener un menor a cargo⁴⁹.

⁴⁸ Cfr. BARBER CÁRCAMO, R., “La legalización administrativa de la gestación por sustitución en España ...”, cit., p. 2914: RRDGRN (4.^a y 6.^a) de 6 de mayo de 2011 (JUR 2012/110698 y JUR 2012/147776); RRDGRN (1.^a y 2.^a) de 9 de junio de 2011 (JUR 2012/151437 y 2012/151438); RDGRN (3.^a) de 9 de junio de 2011 (JUR 2012/151439); RRDGR (4.^a y 5.^a) de 23 de septiembre de 2011 (JUR 2012/168313 y 2012/168314); RDGR (2.^a) de 30 de noviembre de 2011 y RDGR (4.^a) de 22 de diciembre de 2011 (JUR 2012/307190).

⁴⁹ STSJ (Sala de lo Social) de Castilla y León (Valladolid), de 5 de mayo de 2010 (JUR 2010/215499); de Asturias, de 20 de septiembre de 2012; STSJ de Madrid, de 18 de octubre de 2012 (AS\ 2012\2503); STSJ de Catalunya, de 23 de noviembre de 2012 (AS\2013\845), entre otras. La normativa, interpretada analógicamente, en virtud de la que se reconoce el derecho a dicho permiso y a la subsiguiente prestación, básicamente la constituyen el art 133 bis de la *Ley General de la Seguridad Social* y el art 2.2 del RD 295/2009, de 6 de marzo, por el que se regulan las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social General de la Seguridad Social y el art 2.2 del RD 295/2009, de 6 de marzo, por el que se regulan las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social, por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural. Según el primero de los referidos artículos, a efectos de la prestación por maternidad, son situaciones protegidas: la maternidad, la adopción y el acogimiento, tanto pre-adoptivo, como permanente o simple, de acuerdo con el CC o las leyes civiles de las Comunidades Autónomas que lo regulen (al no definirse, no obstante, la maternidad, se entiende que la ley se refiere a la cualidad de madre, lo que permitiría incluir tanto a aquellas que lo sean habiendo dado a luz, como a las que no) y, de conformidad con el art 2.2 del RD 295/2009: “Se considerarán jurídicamente comparables a la adopción y al acogimiento pre-adoptivo, permanente o simple, aquellas instituciones jurídicas declaradas por resoluciones judiciales o administrativas extranjeras, cuya finalidad y efectos jurídicos sean los previstos para la adopción y el acogimiento pre-adoptivo, permanente o simple, cuya duración no sea inferior a un año, cualquiera que sea su denominación”.

6.2 El iter jurisdiccional

Paralelamente, en sede judicial, la Audiencia Provincial de Valencia (Sección 10ª), en Sentencia de 23 de noviembre de 2011 (JUR 2011/420242) confirmó la anterior sentencia del Juzgado de 1ª Instancia número 15 de Valencia (de 10 de septiembre de 2010) que había ordenado la cancelación de la inscripción solicitada por el matrimonio homosexual, y aceptada en 2009 por la Resolución de la DGRN, con que se inició este periplo administrativo y judicial que estamos refiriendo.

La perplejidad producida entre los juristas por este cruce de resoluciones contradictorias, que venía a reflejar una enconada batalla entre la DGRN y el poder judicial, no se había disipado todavía cuando el Tribunal Supremo (TS) entró también en liza, echando más gasolina al fuego y agravando más si cabe, la situación de inseguridad jurídica en que se encuentra el reconocimiento de efectos en España a la gestación por sustitución realizada en el extranjero. En efecto, la decisión de la máxima instancia judicial denegaba, en su Sentencia de 6 de febrero de 2014, no ya la inscripción en el Registro Civil español del nacimiento de los dos gemelos gestados en California como consecuencia del contrato de gestación por sustitución, sino la constancia de su filiación (conviene señalar que se adoptó en la Sala Primera del TS en medio de una evidente división del Pleno: cuatro votos particulares contrarios).

Así pues, a la sentencia, finalmente dictada por el TS, formuló un voto particular el magistrado Seijas Quintana (al que se adhirieron 3 magistrados más, a saber: Ferrándiz Gabriel, Arroyo Fiestas y Sastre Papiol)⁵⁰. Con esto quedó patente que la división de opiniones respecto a esta práctica presente en el plano doctrinal y social, se reproducía también en el seno del TS, de tal suerte que su decisión se adoptó, prácticamente, por obra del voto dirimente.

⁵⁰ Junto a esto conviene también precisar que una sola sentencia del TS no constituye jurisprudencia. Como sabemos, el CC, en su art 1.6, es claro en este sentido: “La jurisprudencia complementará el ordenamiento jurídico con la doctrina que, de modo reiterado, establezca el Tribunal Supremo al interpretar y aplicar la Ley, la costumbre y los principios generales del derecho”.

A grandes rasgos, la STS de 6 de febrero de 2014, rechaza el recurso planteado por los padres comitentes de la gestación sustitutiva, contra la ya mencionada sentencia de la Sección 10ª de la Audiencia Provincial de Valencia (de 23 de noviembre de 2011), respondiendo a cada uno de los 3 motivos de recurso esgrimidos: la prohibición de discriminación, el interés superior del menor y el derecho de éste a una identidad única.

Coincide el TS con los otros dos órganos jurisdiccionales del orden civil, que conocen del caso en 1ª y 2ª instancia (aunque basándose en argumentos distintos), en que la certificación registral extranjera en que consta la filiación de un menor que ha nacido fruto de esta práctica, infringe el Orden público internacional español (OPIE). Dicha certificación atribuye la condición de padres a los miembros del matrimonio que acordó contractualmente la gestación sustitutiva con una mujer gestante, lo cual resulta incompatible con normas que forman parte integrante del OPIE, por regular cuestiones tan fundamentales como la filiación, y que se inspiran en principios fundamentales recogidos en nuestra Constitución, como el de la autonomía y dignidad de la persona (art 10 CE); el respeto a su integridad física y moral (art 15 CE); el derecho a contraer matrimonio (art 32 CE); la protección integral de los hijos, iguales ante la ley, con independencia de su filiación (art 39 CE); o el derecho a la intimidad familiar (art 18.1 CE)⁵¹. Por otro lado, al ser la filiación una consecuencia directa y principal (y no periférica, como pretenden los recurrentes) del contrato de gestación por sustitución, éste y aquélla no pueden desligarse; de modo que, siendo ese contrato contrario al OPIE (el art 10 de la LTRHA se considera una norma de policía) y, por tanto, no válido, ni ejecutable en España, resulta también contrario al OPIE el acceso al Registro Civil de la filiación de él resultante. Esta argumentación ha sido muy criticada por algunos sectores doctrinales, que más adelante analizaremos con la debida profundidad⁵².

⁵¹ Cfr. F.J. 3º-10 de la STS de 6 de febrero de 2014.

⁵² Se ha criticado mucho que el TS confunda dos figuras distintas del Derecho Internacional Privado: el orden público internacional atenuado y el orden público internacional de proximidad. Por una parte, señala que, la sentencia excluiría el despliegue del efecto de la determinación de la filiación derivado de la institución

En relación con el presunto trato discriminatorio del que alegaban los recurrentes ser objeto, el TS aclara, por una parte, que la denegación de la inscripción en el Registro Civil de la filiación a favor del matrimonio homosexual no responde al hecho de que ambos cónyuges sean varones, sino a que dicha filiación trae causa de un contrato de gestación por sustitución prohibido en nuestro ordenamiento jurídico; y, por otra parte, justifica la oportunidad de que el art 7.3 de la LTRHA posibilite la inscripción de la filiación por naturaleza a favor de la cónyuge de una mujer que se haya sometido a un tratamiento de reproducción asistida y, por el contrario, no la permita en el caso de dos varones. La razón que esgrime el TS para explicar esta desigualdad radica en la desigualdad de los términos comparativos, esto es, en la desigualdad sustancial de los supuestos de hecho: en un caso cabe la maternidad biológica,

extranjera (el contrato de gestación subrogada) porque ese efecto no sería secundario o marginal, sino el propósito principal del contrato. Es decir, la inscripción en el Registro Civil de la filiación derivada del contrato prohibido no es una consecuencia periférica de éste, de modo que su admisión equivaldría a la admisión del contrato mismo en nuestro ordenamiento jurídico, de ahí que no quepa, en lo que concierne a la inscripción registral de la filiación, más que la aplicación radical, y no atenuada, del OPIE. Pero, por otra parte, se dice también que debe operar la excepción del OPIE, excluyendo el reconocimiento de la filiación determinada en el extranjero, porque los vínculos sustanciales de la situación jurídica con España son intensos, mientras que su vínculo con el Estado de California se ha construido artificialmente, dado que el matrimonio que solicita que se reconozca en España la resolución extranjera únicamente se desplazó a California para huir del ordenamiento jurídico español que declara nulo el contrato de GXS, forzando así un vínculo con la jurisdicción extranjera que no habría llegado a existir de no ser prohibitiva la normativa española. Además, si se entiende que el TS se refiere en realidad al orden público internacional atenuado (y no al de proximidad) podría considerarse que estaría dejando una puerta abierta al reconocimiento de ciertos efectos del contrato de gestación subrogada. Si bien respecto de la determinación de la filiación a favor de los padres comitentes, la intensidad de la atenuación del OPIE fuese mínima, de modo que su excepción impidiese el reconocimiento de este efecto del contrato (por ser esencial), podría admitirse el reconocimiento de otros efectos que sí serían periféricos. El recurso a la figura del orden público internacional atenuado permitiría distinguir entre lo nuclear (la inscripción de la filiación en el Registro Civil) y lo periférico, de manera que se podría admitir dar a los niños los nombres y apellidos del matrimonio, el derecho de alimento y los derechos sucesorios, y reconocer el efecto propio de la atribución de la patria potestad a los padres intencionales, pero que estos no pudieran inscribir su paternidad en el Registro Civil hasta que no hubiesen obtenido resolución constitutiva de la adopción de los niños. De este modo quedaría salvaguardado más contundentemente el ISM, sin menoscabo del OPIE que protege otros principios fundamentales (Vid. ÁLVAREZ DE TOLEDO QUINTANA, L., "El futuro de la maternidad subrogada en España: entre el fraude de ley y el correctivo del orden público internacional", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Revistas UC3M: Servicio de edición digital, Universidad Carlos Tercero de Madrid, Vol. 6, nº 2, octubre de 2014, p. 37, en: www.uc3m.es/cdtcit. p.19.

en el otro supuesto, el de la unión de dos hombres, no. También se ha criticado mucho este argumento⁵³.

Por lo que respecta al *Interés Superior del Menor* (ISM), el Fundamento jurídico 5.6 de la STS, afirma que su satisfacción no puede conseguirse infringiendo la ley pues ésta protege otros bienes jurídicos fundamentales que también resultan involucrados y, haciendo una ponderación de todos ellos, concluye que el ISM (que sirve para interpretar y aplicar la ley, integrando sus lagunas) no está por encima de otros valores como el del respeto a la dignidad y la integridad moral de la mujer gestante, el de evitar la explotación del estado de necesidad en que pueden encontrarse mujeres pobres, así como el de impedir la mercantilización de la gestación y la filiación. Si bien el art 3 de la *Convención sobre los Derechos del Niño* establece que el ISM es una “consideración primordial” a atender por los tribunales y demás instituciones,

⁵³ No obstante, no nos parece pertinente referirse en general (sin hacer ningún tipo de distinción) a la filiación determinada respecto de dos mujeres empleando el término “por naturaleza”, porque, en puridad, ello sólo sería predicable respecto de ambas mujeres en aquellos supuestos en que una de ellas fuese madre gestante y la otra madre genética, o ambas aportasen, como parece posibilitar ya la ciencia, una célula reproductiva que combinase material genético de ambas, esto es, que la célula reproductiva estuviera integrada por el núcleo del óvulo de una de ellas y el citoplasma del óvulo de la otra. Pero consideramos acertadas las consideraciones en torno a la ausencia de vulneración del principio de no discriminación. Como también se ha señalado “[...] por la propia naturaleza de la raza humana las parejas de dos mujeres no necesitan acudir a otra mujer a la que encomendar la gestación”, mientras que es materialmente imposible que un hombre, ya sea solo o en compañía de otro, geste y dé a luz a una hija o hijo. Esta viene a ser la explicación que el TS da, en el F.J. 4º de su sentencia, al trato desigual dispensado por la ley (art 7.3 de la LTRHA) a las parejas de mujeres y las parejas de hombres. La norma trata lo que es desigual de manera desigual, y de ahí que no pueda hablarse de trato discriminatorio, no, al menos, en el sentido de diferenciación injusta o arbitraria, o discriminación “contra”, sino únicamente en su acepción originaria y neutra, esto es, entendida como una mera diferenciación o distinción “entre”. En todo caso, si algún reproche puede hacerse en este sentido a la norma, esto es, al art 7.3 de la LTRHA — además de la ya señalada no diferenciación entre la cónyuge de la gestante que aporta material genético y aquella que no lo hace — es el de que estaría dispensando un trato injustamente desigual a las parejas no matrimoniales de mujeres en relación con las parejas matrimoniales, como puede colegirse fácilmente del tenor literal de la misma: “Cuando la mujer estuviere casada, y no separada legalmente o de hecho, con otra mujer, esta última podrá manifestar ante el Encargado del Registro Civil del domicilio conyugal, que consiente en que cuando nazca el hijo de su cónyuge, se determine a su favor la filiación respecto del nacido” (cfr. JIMÉNEZ MARTÍNEZ, M.V., “La inscripción de la filiación derivada de la gestación por sustitución. Problemas actuales”, *Anuario Facultad de Derecho*, nº 5, Madrid, 2012, p. 379, Servicio de Publicaciones de la Biblioteca Digital de la Universidad de Alcalá, en: <http://hdl.handle.net/10017/13801>).

tanto públicas como privadas, en todas las medidas concernientes a los niños⁵⁴, ello “no permite al juez alcanzar cualquier resultado”.

Y en lo concerniente al derecho de los menores a una identidad única, a respetar por encima de las fronteras estatales, el TS entiende que, al no existir en realidad un vínculo efectivo entre los niños y los Estados Unidos; es decir, al no estar vinculados realmente a dos Estados distintos, no existe riesgo real de vulneración de identidad única (los problemas de doble identidad surgirían, en la práctica, si los pequeños tuvieran un vínculo “efectivo” con dos Estados diferentes). En este caso, al haber nacido los niños en los Estados Unidos, obtuvieron, de conformidad con la normativa allí vigente, la ciudadanía de aquel país, pudiendo viajar a España con un pasaporte estadounidense. Con ello pasaron a residir en un país en el que, aunque no se reconoce su filiación respecto de los padres comitentes, se tiene que inscribir su nacimiento (por aplicación del art 7.1 de la *Convención sobre los Derechos del Niño*) e incluso se les tiene que atribuir la nacionalidad española⁵⁵. Así pues, aunque la paternidad pudiera quedar como desconocida, se respetaría su derecho a un nombre y apellidos (los derivados de la filiación determinada en España a favor de la mujer gestante) y, aunque estos no se correspondiesen con los que se les atribuiría según la regulación californiana (los apellidos de los padres comitentes) y ello constituya una vulneración del principio de identidad única, este bien jurídico es, en palabras textuales del TS, “de mucha menor importancia que los protegidos con la prohibición de gestación por

⁵⁴ El citado art 3 de la *Convención sobre los Derechos del Niño*, adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas, el 20 de noviembre de 1989, firmada por el Estado español ese mismo año y ratificada en 1990, se refiere al ISM en los siguientes términos: “En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”.

⁵⁵ Ya se ha hecho referencia supra al art 17.1 a) del CC español, en virtud del cual habrían de adquirir la nacionalidad española, pues bastaría para ello con que fueran hijos “nacidos de padre o madre españoles”, sin que exija dicho precepto que tenga que haberse determinado legalmente la filiación a favor de estos. Además, debe recordarse que el apartado segundo del art 7 de la citada Convención Sobre los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989, impone a los Estados partes la obligación de velar “por la aplicación de estos derechos de conformidad con su legislación nacional y las obligaciones que hayan contraído en virtud de los instrumentos internacionales pertinentes en esta esfera, sobre todo cuando el niño resultara de otro modo apátrida”.

sustitución”⁵⁶.

Además, el TS desdramatiza la situación de desprotección en que, según los padres intencionales (utilizando la exageración como legítimo recurso defensivo), quedarían los menores de no reconocerse la filiación determinada en el Estado de California. Descartando que pudieran ser enviados a un orfanato, o devueltos a los Estados Unidos, señala que por aplicación de las leyes y convenios vigentes en España, así como de la jurisprudencia que los interpreta⁵⁷, resultaría que, de existir una relación de familia entre los padres comitentes y los niños, el Estado tendría que permitir el desarrollo de ese vínculo y otorgarle la protección jurídica que posibilite la integración de los niños en esa familia, añadiendo, además, que ya el párrafo tercero del art 10 de la LTRHA apunta a la acción de reclamación de la paternidad ejercitable por el padre biológico como una institución que permitiría que resultasen protegidos. Y, como recursos alternativos (para el caso, por ejemplo, de que ninguno de los padres intencionales fuese padre biológico) se refiere al acogimiento familiar y la adopción⁵⁸.

⁵⁶ Vid. F.J. 5º-9 de la STS de 6 de febrero de 2014.

⁵⁷ Aquí el TS alude al apartado segundo del art 7 de la *Convención Sobre los Derechos del Niños*, de 20 de noviembre de 1989.

⁵⁸ En el caso que nos ocupa, el de los dos menores gemelos nacidos por GXS en California, resulta realmente exagerado hablar de “limbo jurídico”, porque sólo mientras se resolviese la acción de reclamación por paternidad que podría emprender el padre biológico, pudiera predicarse cierta “desprotección”, que, por otra parte, no sería mayor a aquella a la que están expuestos los menores respecto de los cuales se impugnase y anulase su filiación durante el tiempo en que no se determinase otra distinta. Situación diferente sería la de aquellos niños cuyos padres intencionales no hubiesen hecho aportación genética, porque la iniciación de un procedimiento de adopción no garantizaría la permanencia de los menores con ellos. Aquí el mecanismo de la constante posesión de estado que, de conformidad con el art 131 del CC, fundamentaría acción para declaración de la filiación, se ofrece insuficiente, dado que sólo posibilitaría que dicha filiación pudiera declararse en relación con únicamente uno de los padres intencionales, porque ese mismo precepto exceptúa “el supuesto en que la filiación que se reclame contradiga otra legalmente determinada”. Y no hay que olvidar que en otros supuestos sí se encontrarían los menores en auténticos “limbos jurídicos”, como ocurre cuando el país en que han sido gestados reconoce la filiación de los padres intencionales y, al considerar a los niños como extranjeros nacidos en su territorio, no les concede la nacionalidad, de manera que no obtienen pasaporte para viajar y si éste también les es denegado por el Estado de origen de los comitentes, se convierten en auténticos sin-papeles apátridas.

6.3 Las resoluciones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

Un paso más en esta carrera de despropósitos vino propiciado, pocos meses después del pronunciamiento de Tribunal Supremo español, por la Sentencia del TEDH, de 26 de junio de 2014, resolviendo dos casos que se habían suscitado en la jurisdicción francesa, dentro del ámbito de aplicación del *Convenio Europeo de Derechos Humanos*, y que, aun presentando algunas diferencias con el asunto resuelto por el TS, guardaban una clara relación con él.

El TEDH dio respuesta a las Demandas 65192/11 (caso *Mennesson c. Francia*) y 65941/11 (caso *Labassee c. Francia*), emitiendo dos sentencias coincidentes en sus fundamentos de derecho⁵⁹. Como en España, la gestación por sustitución está prohibida en Francia y ello movió a dos matrimonios heterosexuales franceses a recurrir a esta práctica en los Estados de California y Minnesota, respectivamente, donde sí es legal. En ambos casos se llevó a cabo una gestación sustitutiva plena, esto es, empleando un óvulo procedente de una donante anónima y semen de cada uno de los maridos de los matrimonios comitentes. En el Registro Civil francés se denegó la filiación a favor de estos matrimonios, oponiendo la excepción del orden público internacional francés. La diferencia en relación con el caso resuelto por el TS radicaba en que las autoridades francesas ignoraron incluso la paternidad biológica que en ambos casos concurría, impidiendo con ello que la filiación pudiera determinarse respecto de los respectivos maridos de los matrimonios comitentes.

El TEDH no consideró vulnerado, en estos dos casos, el derecho al

⁵⁹ El TEDH ha dictado una tercera sentencia sobre esta materia el 27 de enero de 2015, en el asunto *Paradiso y Campanelli c. Italia* (demanda nº 25358/12), aunque los hechos distan más del supuesto analizado, pues en él ninguno de los comitentes, pareja heterosexual, había aportado su material genético y la condena a Italia por vulnerar el artículo 8 CEDH deriva de no haber posibilitado vías para que los comitentes pudieran cuidar a su hijo que les fue arrebatado y dado en adopción cuando se tuvo conocimiento de que había sido gestado por sustitución.

respeto de la vida familiar reconocido en el art 8 del CEDH⁶⁰, porque el no reconocimiento de la filiación de los menores respectos de los matrimonios no impidió que pudieran convivir en Francia como auténtica una unidad familiar, en condiciones comparables a cualquier otra familia. Sin embargo, sí apreció una vulneración del derecho a la vida privada de los menores (contenido en ese mismo art 8 CEDH), entendiendo que dicho derecho comprende aspectos relacionados con la *identidad* de los menores, como la filiación. La indeterminación de la filiación de los menores, de su identidad filial, sí constituiría una transgresión de su derecho a la vida privada; sobre todo, cuando, como en estos casos, subraya el Tribunal, los menores eran hijos biológicos de cada uno de los cónyuges varones de los matrimonios.

El TEDH reconoce que los Estados miembros, de conformidad con los valores morales predominantes en su comunidad, tienen un amplio margen para regular la gestación por sustitución, ya sea prohibiéndola o permitiéndola, y también para fijar los efectos jurídicos que ésta deba tener en su territorio; pero cuando esos efectos alcanzan, además de a los padres comitentes, a los menores, debe prevalecer siempre el ISM. Dado que la situación en que acaban encontrándose los menores afecta a su identidad y, por ende, a su vida privada, al quedar indeterminada su filiación, lo cual resulta incompatible con el ISM. Por tanto, el margen de apreciación de los Estados respecto de la gestación por sustitución y las hipotéticas medidas destinadas a desalentar el recurso a esta práctica por parte de sus nacionales, tendría siempre como límite el ISM.

⁶⁰ El contenido literal del art 8 del *Convenio Europeo de Derechos Humanos* es el siguiente: "1.Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia". En el apartado segundo se añade que "No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás".

6.4 La confusa situación actual y la tesis de los “rodeos jurídicos”

Trasladando al ámbito de la jurisdicción española los elementos esenciales del fallo del TEDH, se suscitan muchas incógnitas, pero en última instancia podría sostenerse que la regulación actualmente vigente en España sería respetuosa con el ISM, ya que cuando uno de los padres comitentes fuera a la vez padre biológico (a diferencia de lo ocurrido en Francia) la inscripción de la filiación a su favor en el Registro Civil se acabaría produciendo más tarde o más temprano, ya que el art 10.3 de la LTRHA deja a salvo la acción de reclamación de paternidad. De modo que no se produciría esa posible indeterminación de la filiación, incompatible con el ISM, a que se refiere el TEDH. Además, existirían mecanismos para salvaguardar el ISM, pues la atenuación del OPIE —aunque no fuera de tal intensidad que permitiese el reconocimiento casi “automático” de la filiación a favor de los padres comitentes- sí posibilitaría el reconocimiento de efectos periféricos en beneficio de los menores (la inscripción de su nacimiento en el Registro Civil⁶¹; la atribución de la nacionalidad española; la determinación de sus apellidos; el reconocimiento del derecho de alimentos y de los derechos sucesorios, así como la protección que les reportaría el ejercicio de las funciones propias de la patria potestad, por parte de los padres comitentes, en tanto que no obtuviesen la determinación de la filiación a su favor)⁶².

En el caso, pues, de que uno de los padres comitentes fuese, además, padre biológico, podría determinarse la filiación respecto de él a partir del ejercicio de la acción de reclamación de la paternidad y, respecto del otro, se haría necesaria resolución judicial constitutiva de la adopción. Y esta última

⁶¹ No sólo por efecto del orden público internacional español atenuado, sino también por aplicación del art 7.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989 según el cual “El niño será inscripto inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos”. En realidad, parece que podría sostenerse que la cancelación de la inscripción que ordena el TS se referiría únicamente a la cancelación de la filiación, de modo que podría mantenerse la inscripción del nacimiento, pudiendo reputarse temporalmente la paternidad como “desconocida”, sin que ello afectase a la nacionalidad, ni al régimen del nombre y los apellidos, quedando protegidas de facto las relaciones familiares de los menores.

⁶² ÁLVAREZ DE TOLEDO QUINTANA, L., “El futuro de la maternidad subrogada en España: entre el fraude de ley y el correctivo del orden público internacional”, cit., p. 10.

solución apuntada sería también predicable respecto de los casos en que ninguno de los miembros del matrimonio hubiera hecho aporte genético. Parece que todo ello no sería contrario al respeto del ISM que exigirían las citadas decisiones del TEDH, y, al mismo tiempo no conduciría al menosprecio de los otros valores fundamentales en juego.

Puede oponerse a esta solución que no consistiría más que en obligar a los padres intencionales a dar unos absurdos “*rodeos jurídicos*” para, en definitiva, acabar llegando a la misma solución o resultado⁶³. Pero, si se tratase realmente del mismo resultado nada objetarían los padres comitentes y, sin embargo, objetan. Es esto lo que algunos autores reprochan a la redacción del art 10 de la LTRHA, que, al tiempo que prohíbe la gestación por sustitución en su apartado primero, luego en el tercero, absurdamente, acaba ofreciendo una salida legal a aquellos que, a pesar de la prohibición, recurren a ella: es ejercitar la acción de reclamación de paternidad (o, en su caso, la adopción, tal y como apuntó el propio TS).

Sin embargo, tales “*rodeos*” tienen un sentido: si esta práctica no es admisible en nuestro sistema —si todavía la prohibición del art 10 LTRHA responde a la existencia de unos valores fundamentales generalmente asumidos por la sociedad española—, con dichos “*rodeos*” lo que se estaría tratando es de dificultar y desincentivar el recurso a la gestación por sustitución entre los ciudadanos españoles. No hay que olvidar que los padres comitentes habrían incurrido en un fraude de ley procesal, buscando un foro de conveniencia que determinase la filiación a su favor, sin importarles la prohibición vigente en el Estado español, para luego forzar el reconocimiento de esa filiación en España, apelando al ISM, cuando habrían sido precisamente ellos los primeros en obviar dicho ISM al colocar a los pequeños en una situación comprometida.

⁶³ A esos “*rodeos jurídicos*” se refieren autores como DE VERDA Y BEAMONTE, J. R., “Inscripción de hijos nacidos mediante gestación por sustitución (a propósito de la Sentencia del Juzgado de 1ª Instancia número 15 de Valencia, de 15 de septiembre de 2010)”, *Diario La Ley, Sección Tribuna*, año XXXI, Ref. D-334, nº 7501, 3 noviembre de 2010, LA LEY, p. 5 y 6

Aun siendo razonablemente previsible que se encontrarían con dificultades al volver a su Estado de origen, ello no les habría frenado en su propósito de ser padres; de ahí que, si bien se descartaría que su actuación fuese merecedora de una sanción penal, sí parece que debiera ser objeto de algún tipo de reproche social, de una sanción civil: y, en este sentido, cuando menos, que sufran las molestias de tener que emprender un procedimiento civil para reclamar la paternidad (si, al menos, uno de ellos es padre biológico) e instar un procedimiento de adopción en el caso del otro padre intencional (o de ambos, si ninguno de ellos hizo aporte genético).

No cabe duda de que los padres comitentes, sin ninguna conexión ni vinculación previa con el foro extranjero (que no sea la nacionalidad de la mujer gestante y el hecho de que los niños hayan nacido allí) están huyendo del Derecho español para conseguir su propósito. Y, aunque puede (y debe) acabar admitiéndose, en atención al ISM, que los niños permanezcan con la familia comitente, no puede pretenderse que lleguen a España y, como si nada, se les reconozca la filiación, por encima de la prohibición expresa que nuestro Derecho impone a dicho contrato (aunque sean ellos nacionales y residentes en España y también los niños vayan a residir en España)⁶⁴.

En conclusión, la sentencia del TS y la dos del TEDH no parecen necesariamente opuestas. En primer lugar, porque las situaciones resueltas en uno y otro caso no son idénticas, puesto que el TS no niega la posibilidad de acceso al Registro Civil español de la paternidad del cónyuge comitente que participó en la gestación sustitutiva con su esperma (como tampoco impide la adopción por parte del otro padre intencional, o de ambos, si ninguno de ellos es padre biológico); y, en segundo lugar, porque podría entenderse que la STS,

⁶⁴ Se entiende que las dos dimensiones del OPIE no serían excluyentes, sino oponibles ambas. En el caso del OPIE atenuado la consecuencia sería la no admisión del efecto principal del contrato de gestación por sustitución (la determinación de la filiación a favor de los comitentes), pero no así de los mencionados efectos “periféricos”; mientras que la consecuencia de la operatividad del OPIE de proximidad sería el obligado ejercicio de la acción de reclamación de la filiación y, en su caso, la necesidad de promover un procedimiento de adopción, como sanción civil por incurrir en fraude de ley procesal (ÁLVAREZ DE TOLEDO QUINTANA, L., “El futuro de la maternidad subrogada en España: entre el fraude de ley y el correctivo del orden público internacional”, cit., p. 11).

cuando se refiere al OPIE atenuado, podría estar admitiendo, si no su atenuación en relación con el efecto esencial de la determinación de la filiación (lo cual equivaldría a la recepción sustantiva de una institución prohibida⁶⁵), sí un efecto disminuido de ese OPIE respecto de otras consecuencias periféricas de la gestación por sustitución, que posibilitarían la protección de los menores.

Sería posible, pues, sin perjudicar a los niños, sancionar a unos padres comitentes, que estarían reclamando una modificación de la ley, aunque hayan demostrado que la ley les importa muy poco y, se ajuste o no a sus deseos, están dispuestos a ignorarla; aunque, eso sí, sólo por el tiempo estrictamente necesario, porque, posteriormente vendrían a exigir todos los beneficios que, precisamente la ley, les reconocería como padres. Las trabas que les dificultarían la obtención de la pretendida filiación han de servir, pues, como tributo a pagar por la creación artificiosa de un foro de conveniencia para la satisfacción a cualquier precio de sus deseos, y como mecanismo disuasorio destinado a desanimar a otros a seguir sus pasos. Porque, si bien es cierto que la prohibición del art. 10 de la LTRHA no ha impedido que muchas parejas se desplacen al extranjero para contratar una gestación por sustitución, no permitida en España, ello no puede llevarnos a concluir que el precepto es ineficaz. En efecto, al margen de que continúa siendo de una práctica muy minoritaria, lo cierto es que desconocemos cuántas parejas recurrirían a ella de no estar prohibida.

6.5 Una singular intervención del Ministerio de Justicia

Tras las decisiones del TS y del TEDH, la situación de la gestación por sustitución en España, en principio, parecía que iba a mantenerse en esa

⁶⁵ De Verda y Beamonte partiendo de la consideración del art 10 de la LTRHA como norma de orden público, objeta a la Instrucción dictada el 5 de octubre de 2010 por la DGRN que no es que ésta “[...] pretenda atribuir ciertos efectos jurídicos a una institución prohibida por el Derecho español, sino que está proponiendo la recepción sustantiva de la misma, lo que no parece admisible [...]”. Vid. DE VERDA Y BEAMONTE, J.R., “Inscripción de hijos nacidos mediante gestación por sustitución”, cit., p. 7.

situación de incertidumbre jurídica. Por un lado, porque no quedaba clara la oposición entre dichas resoluciones y, por otro lado, porque la resolución del TS constituía únicamente la respuesta a un caso concreto, de modo que sólo ordenaba la cancelación de una de las diversas inscripciones registrales que ya se habían practicado, pudiendo, no obstante, ser aún el resto objeto de impugnación, aunque no se hubiese declarado nula la *Instrucción* de la DGRN de 5 de octubre de 2010⁶⁶.

Sin embargo, en julio 2014, el Ministerio de Justicia —entendiendo que las resoluciones de junio del TEDH venían a establecer la obligatoriedad de inscribir a los bebés nacidos por gestación sustitutiva— cursó una instrucción a los consulados españoles, y también a las oficinas del Registro Civil del territorio español, ordenando aquellas inscripciones de filiación que habían quedado paralizadas a raíz de la sentencia dictada en febrero de 2014 por el TS (aproximadamente unas veinte, sin computar las de los *nasciturus*), y anunció también una reforma de la legislación al objeto de regularizar la situación, cuya entrada en vigor se preveía cercana, aunque a fecha de hoy todavía no se ha producido, ni existen borradores de anteproyecto al respecto⁶⁷. En todo caso, sería de esperar que la anunciada reforma, cuando menos, resolviera con claridad la cuestión de la inscripción pero está por ver cuál será su alcance, esto es: si se optará por levantar definitivamente la prohibición del art 10 de la LTRHA, y se establecerán las previsiones legales necesarias, sucumbiendo a un sentir favorable en parte de la doctrina y la sociedad; o si persistirá la insostenible coexistencia de la prohibición de derecho y la permisión de hecho.

⁶⁶ Conviene, no obstante, señalar que, a pesar de la división en el Pleno de la Sala Primera del Supremo, en el recorrido judicial del asunto por todos los órganos jurisdiccionales inferiores, todos coincidieron en rechazar el reconocimiento de la filiación derivada de la gestación por sustitución.

⁶⁷ Cfr. GUTIÉRREZ CALVO, V. (2014, 10 de julio). “Justicia ordena volver a inscribir a los bebés de “vientre subrogado”. *Elpais.com*, en: http://sociedad.elpais.com/sociedad/2014/07/10/actualidad/1405018265_507916.html

6.6 El nuevo Auto del TS de 2 de febrero de 2015

En una nueva manifestación del pulso que mantienen todas las instituciones del Estado con relación a la gestación por sustitución, el TS volvió a manifestarse en un Auto, dictado el 2 de febrero de 2015, desestimando el recurso de nulidad de actuaciones interpuesto contra su sentencia de 6 de febrero de 2014, y reiterando la coherencia de la doctrina allí expuesta con la expresada por el TEDH. Sustancialmente, asume las tesis de compatibilidad que ya hemos expuesto anteriormente⁶⁸.

Afirma el TS que, en lo único que coincide su sentencia con las dictadas por el TEDH, es en la denegación de la transcripción al Registro Civil de las actas extranjeras de nacimiento que establecen la filiación de los niños respecto de los padres comitentes en contratos de gestación por sustitución; pero enumera hasta cuatro diferencias en los pronunciamientos para considerar que la doctrina del TEDH en estos casos no es aplicable a su sentencia de 2014.

La primera y principal es que el Tribunal de Casación francés impedía que en Francia se pudiera aceptar ningún tipo de relación de filiación entre el niño y los padres comitentes (*fraus omnia corrumpit*); sin embargo, el ordenamiento español sí permite reclamar la paternidad biológica, e incluso no existiendo esa paternidad, es posible recurrir a la adopción, teniendo en cuenta que los comitentes y los niños forman un núcleo familiar de facto (cosa que los recurrentes nunca plantearon puesto que siempre han pretendido transcribir las actas de nacimiento de California tal como allí fueron extendidas).

En segundo lugar, sostiene el TS que en Francia no era posible que las niñas adquirieran la nacionalidad francesa, ni heredaran de los comitentes en

⁶⁸ Seguimos la síntesis realizada por DURÁN AYAGO, A., "Una encrucijada judicial y una reforma legal por hacer: problemas jurídicos de la gestación por sustitución en España. A propósito del auto del Tribunal Supremo de 2 de febrero de 2015", en *Bitácora Millenium DIPr*, nº 2, disponible en: <http://www.millenniumdipr.com/ba-26-una-encrucijada-judicial-y-una-reforma-legal-por-hacer-la-gestacion-por-sustitucion>

calidad de hijas. Por el contrario, en España la sentencia del TS sólo acordó que se anulara la mención a la filiación de los menores en tanto se determinaba la filiación biológica paterna y posterior adopción por el otro miembro del matrimonio, por lo que una vez que se acreditara debidamente (conforme al ordenamiento jurídico español) la filiación, los niños ostentarían la nacionalidad española por ser hijos de españoles.

En tercer lugar, el Tribunal de Casación francés no aceptó la invocación del ISM ni el derecho a la vida privada del mismo ante la existencia de fraude. Por el contrario, el TS matizó que debía tenerse en cuenta el ISM tal como es protegido por el ordenamiento jurídico español y, además, se instó al Ministerio Fiscal para que se determinara en la medida de lo posible la correcta filiación de los menores y se les protegiera, considerando su efectiva integración en un núcleo familiar de facto.

Por último, en los casos resueltos por el TEDH, no sólo se planteaba la transcripción de las actas de nacimiento de las niñas al Registro Civil francés, sino que de forma subsidiaria se solicitaba que bien por impugnación de la filiación biológica, bien por adopción o por posesión de estado se permitiera establecer el vínculo de filiación respecto de los comitentes. Por el contrario, en el caso español sólo se juzgaba la pretensión de los recurrentes de transcribir las actas de nacimiento en el Registro Civil español, no habiéndose solicitado, en ningún momento, otras vías para acreditar debidamente la filiación.

Sostiene el TS español que para el TEDH no todo aquello que afecta a la filiación del menor supone una vulneración de su derecho a la vida privada, pero en el caso del Derecho francés sí lo supone porque, impidiendo reconocer cualquier vínculo de filiación entre los comitentes y el niño, no sólo impide la transcripción del acta de nacimiento norteamericana sino que, además, impide que se reconozca la filiación biológica paterna, además de la filiación por posesión de estado o por adopción. Señala también el Auto del TS que para el TEDH el derecho al respeto de la vida privada de estos menores no se infringe por la negativa a transcribir en el Registro Civil francés las actas de nacimiento de los niños nacidos en el extranjero por gestación por sustitución; lo que

sostiene el TEDH es que a esos niños hay que reconocerles un estatus definido, una identidad cierta en el país en el que van a vivir normalmente.

Reitera además el TS que en el caso español los inconvenientes que pudieran surgir en el proceso de la determinación de la filiación biológica paterna y de adopción son transitorios, superables y no alcanzan un nivel de gravedad tal que puedan considerarse constitutivos de un desequilibrio entre los intereses de la comunidad, fijados en su legislación sobre filiación y reproducción humana asistida, y el interés de los menores.

6.7 La esquizofrenia jurídica: ¿continúa vigente la Instrucción de la DGRN de 2010?

Poco antes de las sentencias *Menesson* y *Labassee*, el Consejo de Ministros había aprobado un proyecto de reforma de la Ley 20/2011 del Registro Civil, en la que se introducía un nuevo párrafo en el artículo 44, que imponía nuevas restricciones al reconocimiento en España de la filiación de los niños nacidos por gestación por sustitución en el extranjero⁶⁹. Debido a la presión que hicieron las asociaciones que en España promueven el reconocimiento de la gestación por sustitución, a raíz de las sentencias del TEDH, el Ministro de Justicia se comprometió a introducir una regulación acorde a estas sentencias⁷⁰, aunque finalmente se retiró la enmienda; en

⁶⁹ En concreto, el tenor de este párrafo era el siguiente: “En los casos de nacimiento fuera de España, cuyo régimen de filiación esté sujeto a la legislación extranjera, se consignará en todo caso la filiación materna correspondiente a la madre gestante, siendo necesaria para hacer constar la filiación paterna no matrimonial la declaración conforme del padre y de la madre sobre dicha filiación; si la madre estuviera casada y la legislación extranjera lo exigiera, se precisará la conformidad del marido respecto de tal filiación. En cualquier otro caso, para la inscripción en el Registro Civil de la filiación del nacido será necesario que haya sido declarada en una resolución judicial reconocida en España mediante un procedimiento de exequátur”. Vid. comentario DURÁN AYAGO, A. “Valoración del proyecto presentado por el gobierno para regular la filiación de los niños nacidos por gestación subrogada”, publicado en <http://www.gestacion-subrogada.com/valoracion-proyecto-de-ley-registro>.

⁷⁰ Puede consultarse una narración más completa de los hechos en DURÁN AYAGO, A., “Gestación por sustitución. Y de repente el PSOE...”, en <http://diarium.usal.es/aduran/2015/06/01/gestacion-por-sustitucion-y-de-repente-el-psoe/>.

buena medida debido a la interpretación que el TS realizó de las sentencias del TEDH. Así pues, en la publicación 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, ha desaparecido toda mención a la gestación por sustitución⁷¹.

A la vista de lo expuesto, cabría preguntarse en qué punto nos encontramos dentro de toda esta encrucijada judicial. En efecto, desde febrero de 2014, después de la sentencia del TS, se paralizaron las inscripciones en el Registro Civil de niños nacidos en el extranjero a través de gestación por sustitución. Sin embargo, a raíz de las dos sentencias del TEDH, la DGRN emitió una circular, el 11 de julio de 2014, por la que se autorizaba a los Cónsules españoles a seguir aplicando la *Instrucción* de 5 de octubre de 2010, apelando a dicha jurisprudencia europea y considerando que el caso tratado en la sentencia del TS solo afectaba a la transcripción de las certificaciones registrales extranjeras al Registro Civil español, mientras que la *Instrucción* no regula la transcripción, sino el procedimiento de reconocimiento que ha de seguirse *ad hoc* para poder inscribir a los niños nacidos en el extranjero a través de gestación por sustitución en el Registro Civil español⁷². Pero aunque esto es ciertamente así, continúan pesando sobre esa *Instrucción* las dudas sobre su legalidad, como ya vimos, puesto que va más allá de lo que la ley precisa; atribuyéndose un papel de *quasi* legislador que no le corresponde⁷³.

⁷¹ BOE nº. 167, de 14 de julio de 2015.

⁷² La distinción es importante. Puesto que en el caso de la transcripción lo que se pretendería es la incorporación casi automática al Registro Civil español del asiento que consta en el Registro Civil extranjero sin entrar a valorar la relación jurídica que lo provocó, siendo ésta lo determinante en el caso del reconocimiento, que es lo que regula la Instrucción DGRN de 2010. Vid. DURÁN AYAGO, A., "El acceso al Registro Civil ...", cit., p. 265-308.

⁷³ BARBER CÁRCAMO, R., "La "legalización administrativa" de la gestación por sustitución en España (Crónica de una ilegalidad y remedios para combatirla)", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nº 739, 2013, pp. 2905-2950; CALVO CARAVACA, A. L. / CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., "Notas críticas en torno a la Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 5 octubre 2010 sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución", cit., pp. 247-262; CERDÁ SUBIRACHS, J., "La insostenible legalización de facto de la maternidad subrogada en España. A propósito de la Instrucción de 5 de Octubre de 2010 de la DGRN". *Diario La Ley*, nº. 4893, *Sección Tribuna Abierta*, segundo trimestre de 2011; FERRER VANRELL, M. P., "La transgresión del principio de igualdad en la instrucción de DGRN 5-10-2010 sobre el régimen registral de los nacidos mediante gestación por

Así pues, nos encontramos en un insólito *impasse* que revela, sorprendentemente, que las posiciones jurídicas continúan siendo radicalmente opuestas en este campo y ninguna de las instancias implicadas en la materia consigue imponer su autoridad. Y, ante la impasibilidad del legislador, la respuesta a las distintas cuestiones que se van planteando se sigue improvisando judicial y administrativamente, con criterios diversos y soluciones contradictorias y dispares, con la consecuente merma de la seguridad jurídica⁷⁴.

sustitución”; en VERDERA IZQUIERDO, B. (dir.), *El principio de igualdad ante el derecho privado: una visión multidisciplinar*, Madrid, Dykinson, 2013, pp. 15-38; LASARTE ÁLVAREZ, C., “La reproducción asistida y la prohibición legal de maternidad subrogada admitida de hecho por vía reglamentaria”, *Diario La Ley*, nº. 7777, 17 de enero de 2012.

⁷⁴ Así, si el auto del Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Pozuelo de Alarcón (Madrid) de 25 de junio de 2012, otorgaba el exequátur a una resolución dictada por el Tribunal Superior de Justicia de California en la que se reconocía como madre de los gemelos nacidos en 2009 a través de gestación por sustitución en Los Ángeles a la comitente, de nacionalidad española (ROJ: AJP11 12/2012), poco después la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 24ª), en su auto núm. 1341/2012, de 3 de diciembre (ROJ: AAP M 19584/2012) confirmaba el auto dictado el Juzgado de Primera Instancia núm. 46 de Madrid por el que se denegaba el reconocimiento a una sentencia dictada por el Tribunal del Distrito del Condado de Boulder en el Estado de Colorado (Estados Unidos) con fecha de 5 de noviembre de 2009, en la que se declaraba como padre de dos niñas nacidas a través de gestación por sustitución al recurrente, de nacionalidad española.

CAPÍTULO II

PRESUPUESTOS ANTROPOLÓGICOS Y BIENES JURÍDICOS IMPLICADOS EN LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN

En la actualidad, el acceso a la maternidad subrogada ha dejado de ser algo excepcional y se ha extendido como una ‘opción’ disponible para cualquier persona que desee tener un hijo y no pueda gestarlo. Como es obvio, quienes más se han distinguido por acudir a esta práctica son las parejas homosexuales. En ese sentido, la *gestación por sustitución* ha adquirido un gran protagonismo mediático porque se ha convertido en un recurso adoptado por numerosas estrellas del cine o de la música, mundialmente famosas; lo que ha provocado no sólo que sea algo conocido por cientos de millones de personas, sino que haya adquirido un estatus de *quasi* normalidad en el ámbito reproductivo⁷⁵. Como afirma LÓPEZ GUZMÁN, el aura de normalidad que le ha proporcionado su enorme publicidad, tiende a privarla de sus graves implicaciones antropológicas, convirtiéndola en algo ‘cool’, de moda, revestido de cierta trivialidad. El caso de la actriz Elisabeth Banks resulta paradigmático. Esta era la imagen con la que lo explicaba en su blog: “Hicimos un ‘pastel de bebé’ y lo cocinamos en el horno de otra mujer”⁷⁶.

Pero, el recurso indiscriminado al “útero de alquiler” y las dudosas condiciones en las que se está llevando a cabo, ha sido objeto de fuerte controversia ética, también debido a la trascendencia pública de algunos escándalos como los que tuvieron lugar en Tailandia el año 2014: el de *baby*

⁷⁵ Son bien conocidos los casos de Michael Jackson, Nicole Kidman, Sharon Stone, Sarah Jessica Parker, Robert de Niro, Dennis Quaid, Elton John, Ricky Martin, Miguel Bosé, etc.

⁷⁶ LOPEZ GUZMÁN, J., APARISI MIRALLES, A., Aproximación a la problemática ética y jurídica de la maternidad subrogada”, cit., p. 258.

*Gammy*⁷⁷ y el del joven millonario japonés Mitsutoki Shigeta⁷⁸. La realidad de que unos padres comitentes no quisieran hacerse cargo del bebé gestado por causa de su deficiencia física, o que se pudiera utilizar esta práctica para conseguir una especie de “ejército de hijos” escandalizaron al mundo entero y provocaron una reforma de la regulación en ese país.

No obstante, a pesar de comprobar las evidentes distorsiones que puede provocar el hecho de que la gestación de un ser humano esté sometida a un acuerdo contractual, la percepción generalizada que se va abriendo paso en la sociedad respecto a la maternidad subrogada no es la de prohibirla (por considerar ilícito un contrato de este tipo). Tampoco es la de restringirla a supuestos muy excepcionales y desde una perspectiva altruista, como fue al principio. Por el contrario, hoy la tendencia más generalizada es aceptarla como una alternativa reproductiva más, siempre que esté adecuadamente regulada, sin importar el que se realice bajo contraprestación económica.

La opinión pública mundial ya se interesó por los aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada a raíz del escándalo de *Baby M*⁷⁹, que estalló en 1986, pero el debate se ha intensificado en esta última década como consecuencia de del notable incremento de la componente internacional de la

⁷⁷ Una pareja australiana subrogó el útero de una mujer tailandesa de campo para tener un hijo. A los siete meses de embarazo se descubrió que la mujer llevaba mellizos, un niño y una niña, y que el niño padecía Síndrome de Down. Al enterarse, la pareja le dijo a la gestante que abortara el bebé enfermo y ella se negó por razones de conciencia. Tras el nacimiento de los mellizos en diciembre de 2013, la pareja australiana se llevó a la niña y dejó al niño, mundialmente famoso como *Baby Gammy*, con su madre biológica.

⁷⁸ En agosto de 2014 se descubrió que ocho bebés que permanecían en un apartamento de lujo en Bangkok

a cargo de niñeras y que habían sido concebidos con el esperma de este joven de 24 años, que en total tenía entre 12 y 16 hijos obtenidos subrogación uterina, y que pretendía llegar a tener por esta vía tantos como pudiera; cfr. “Interpol opens probe as Thai police ID 'baby factory' dad”, *The Japan Times*, 23 de agosto de 2014, <http://www.japantimes.co.jp/tag/mitsutoki-shigeta/> (consultado el 20 de mayo de 2015); “Japanese Millionaire Mitsutoki Shigeta Awarded Custody”, *Chiang Rai Times*, 30 de enero de 2015, <http://www.chiangraitimes.com/japanese-millionaire-mitsutoki-shigeta-awarded-custody.html> (consultado el 25 de mayo de 2015).

⁷⁹ *Baby M* nació en UK por gestación subrogada en 1986. A partir de ese momento se desató una batalla judicial por la paternidad de la niña entre la gestante (que no quería renunciar a la maternidad de la niña tras el parto) y los comitentes. La mujer había sido inseminada con el esperma de quien hizo el encargo.

gestación sustitutiva. Afirma atinadamente BELLVER que, como siempre sucede con las novedades biotecnológicas controvertidas, también en este caso se suscitaron de inmediato tres tipos de posiciones: la ‘tecno-entusiasta’, que destaca las nuevas posibilidades de satisfacer la maternidad/paternidad que ofrece esta biotecnología y aboga por la liberalización y la autorregulación⁸⁰; la posición ‘prudente’, que alerta acerca de los problemas y riesgos que entraña, pero confía en la posibilidad de establecer una adecuada regulación para garantizar un uso correcto de esta opción⁸¹; y la posición ‘tecno-desconfiada’, que entiende que tales intervenciones suponen atentados directos contra bienes fundamentales de las personas o de la sociedad y que, en consecuencia, deberían ser prohibidas con carácter general⁸². En todo caso, existe una creciente presión para que tanto los Estados como los organismos internacionales que se ocupan de cuestiones relacionadas con la bioética adopten una posición (favorable y garantista) sobre esta práctica. A nivel internacional no existe ninguna normativa al respecto. Ni el Consejo de Europa ni la UNESCO –los organismos internacionales que han aprobado las principales normas sobre bioética de alcance internacional- se han pronunciado hasta ahora sobre esta materia⁸³.

Hay un dato fundamental que no podemos pasar por alto: la gestación por sustitución está prohibida actualmente en la casi totalidad de los países del mundo; y ello no por una cuestión meramente organizativa o administrativa, sino por una razón moral. En efecto, esta práctica se rechaza jurídicamente porque se considera éticamente inaceptable; entre otras cosas, por la enorme carga utilitarista que conlleva, por el ánimo de lucro que puede motivarla y porque, a pesar de los matices con los que se la pretenda considerar, resulta

⁸⁰ Cfr. HARRIS, J., *Superman y la mujer maravillosa. Las dimensiones éticas de la biotecnología humana*, Tecnos, Madrid, 1998, p. 174.

⁸¹ Cfr. PETERSEN, K., “Cross Border commercial surrogacy: a global patchwork of inconsistency and Confusion”, en Michael Freeman, Sarah Hawkes y Belinda Bennett (eds), *Law and Global Health. Current legal issues*, n. 16, Oxford University Press, Nueva York, pp. 209-222.

⁸² KASS, LEON R., *Toward a more natural science. Biology and human affairs*, Free Press, Nueva York, 1985, p. 110-114

⁸³ BELLVER CAPELLA, V., “¿Nuevas tecnologías? Viejas explotaciones. El caso de la maternidad subrogada internacional”, cit., p. 37 Vid. también, PETERSEN, K., “Cross Border commercial surrogacy: a global patchwork of inconsistency and Confusion”, CIT., p.209.

difícil (cuando no imposible) evitar contemplarla como una especie de compra-venta (semi oculta) de recién nacidos o como una incitación al tráfico comercial en esta materia, lo cual resulta, desde cualquier punto de vista, algo totalmente inadmisibile.

Como veremos más adelante, para interponer la excepción de orden público internacional ante la demanda de reconocimiento de la filiación derivada de la sustitución realizada en el extranjero, las consideraciones que se han hecho valer tienen todas una profunda componente antropológica y moral: “la indisponibilidad del cuerpo humano y del estado de las personas; el cuerpo humano es inviolable y no puede ser objeto de un derecho patrimonial; afecta además, a la dignidad de los seres humanos, al ser considerados como objetos –tanto la madre gestante como el niño producto de la procreación médicamente asistida– y no como fines en sí mismos; generaría “un derecho al niño”, como si éste fuera una cosa; la gestación de un niño mediante la donación de los gametos no puede asimilarse a la donación de un riñón o de un ojo; puede producir una confusión en la mente del niño acerca de quiénes son sus padres y ocasionar alteraciones psicológicas, en cuanto heredaría una filiación compleja; influiría también en la configuración antropológica del niño: parejas japonesas donan su embrión a mujeres indias, parejas europeas donan su embrión a mujeres africanas, etc.; sería un nuevo mecanismo de explotación de la miseria humana, ya que en la mayoría de los casos la maternidad por sustitución oculta un negocio de cifras muy abultadas, donde la madre por sustitución generalmente recibe una ínfima parte, y el resto va a las instituciones que funcionan como “bancos” de materiales genéticos, o incluso al Estado por vía indirecta a través de los impuestos aplicables, y en la mayoría de los casos al esposo de la mujer gestante. Finalmente, estaríamos pervirtiendo la naturaleza de una relación que saldría del ámbito del Derecho de las personas (con las profundas garantías jurídicas presentes aquí) para trasladarse al ámbito del Derecho de los contratos, o al del negocio jurídico de los bienes”⁸⁴.

⁸⁴ SANTOS BELANDRO, R., “La maternidad subrogada consumada en el extranjero. Eficacia extraterritorial de las decisiones judiciales y/o administrativas y de la circulación internacional de los documentos relacionados con ella”, en *Suplemento*

En España, epítome de las paradojas en estas materias, dado que no existe una regulación específica del tema (tan sólo una declaración de nulidad del contrato si se pretendiera realizar), parece como si no hubiese dilemas éticos respecto al mismo, sino que se tratara tan sólo de articular legalmente la figura y dotarla de las garantías necesarias para que funcione correctamente. El problema parece residir en legislar bien para evitar abusos y no en razonar a fondo sobre las gravísimas cuestiones antropológicas y éticas de fondo que subyacen en normalizar una práctica como esta.

Como hemos visto en el capítulo anterior, todo el debate en nuestro país sobre la gestación subrogada gira alrededor de matices jurídicos relativos a la garantía del interés superior del menor (ISM) y sus exigencias respecto al reconocimiento de su filiación por los padres comitentes, pero apenas unas superficiales alusiones por parte del TS (menos mal) a posibles vulneraciones de la dignidad o la libertad de la mujer gestante. Nada que decir u objetar sobre el procedimiento en sí mismo o sobre las razones de fondo que llevan a nuestra LTRHA a prohibirlo, ni tampoco sobre argumentos para reforzar el que continúe dicha prohibición. Al contrario, incluso se permite indicar las vías a través de las cuales cabría reconocer esa filiación (reclamación de la paternidad si se aportaron gametos) y la adopción. Esta ‘nada inocente’ ausencia de debate ético es la que nos impulsa a abordarlo aquí, con carácter previo al análisis técnico-jurídico; puesto que el dilema o conflicto ético existe, ya que la ‘gestación por sustitución’ solo puede concebirse como un *acto moral*, puesto que se encuentra bajo la voluntad y la responsabilidad de personas libres y, por tanto, adquiere una ineludible carga ética.

No hay posibilidad, en efecto, de sustraerse a un enjuiciamiento antropológico y moral de la cuestión. Quienes pretenden que una mujer geste un bebé, a cambio de un precio, para que luego les haga entrega del mismo, son los primeros que deben afrontar moralmente si dicho acto no supone convertir a un ser humano en una forma ‘especial’ de propiedad, concebida en

de Derecho Internacional Privado y de la Integración, del 25 de noviembre de 2011, 65; en: elDial.com.

clave de derecho transmisible, sometida a controles (incluso de calidad) plasmados en acuerdos específicos, mediante los cuales son transformados en “padres” y “madres” frente a quien realmente ha dado a luz. Por otra parte, quienes deben velar por la vigencia de los valores superiores del ordenamiento constitucional, fundamentados en la dignidad de todo ser humano, tampoco pueden sustraerse al juicio moral inherente a la legalización de este tipo de práctica, confrontándolo cuidadosamente con ese conjunto de principios y valores que constituyen el “fundamento del orden jurídico y de la paz social” (art. 10.1CE).

Ciertamente, como ha afirmado BELLVER CAPELLA, existe una tendencia bastante acusada a presentar los debates sobre cuestiones bioéticas controvertidas en términos simplistas. En efecto, con independencia de que el tema a debatir sea el aborto o la eutanasia, la reproducción asistida o la gestación sustitutiva, “parece que siempre existan solo dos posiciones y siempre las mismas: la conservadora, ligada a creencias religiosas irracionales, que renuncia por principio a todo progreso científico y se empeña en imponer sus prejuicios morales a toda la sociedad; y la progresista, que aboga por la emancipación del ser humano respecto de aquellas limitaciones que le impone la biología y le impiden el ejercicio de su libertad”⁸⁵. Compartimos con BELLVER el carácter erróneo de esta percepción. Resulta escasamente riguroso que a las denominadas “posiciones religiosas ultraconservadoras” (que para muchos están representadas principalmente por la iglesia católica y concretamente el Vaticano) se les impute y se les acuse, por principio y sin mayores indagaciones, de oponerse al progreso científico y a la libertad de la persona.

Pero más allá de las bases que sustentan dichas posiciones religiosas⁸⁶,

⁸⁵ BELLVER CAPELLA, V., “¿Nuevas tecnologías? Viejas explotaciones. El caso de la maternidad subrogada internacional”, cit., p. 37

⁸⁶ Una referencia fundamental sobre estos principios, bastante diferente de la visión que se le achaca, es la Constitución pastoral *Gaudium et Spes* sobre la iglesia en el mundo actual. Conviene recordar que el cristianismo parte de presupuestos teológicos que, lógicamente, no tienen por qué compartir los que no participan de esa fe, pero que tienen un profundo valor ético y hermenéutico para quienes los comparten, además de reflejar una muy profunda comprensión del ser humano:

basta mirar con un poco de atención a la realidad para descartar la presentación simplista y maniquea que se hace de los debates bioéticos. Ni siquiera en los debates más “clásicos”, como los del aborto o la eutanasia, se puede sostener con rigor la división entre fanáticos religiosos que pretenden imponer su moral particular y los razonables progresistas que buscan conquistar espacios de libertad para los individuos. Son tantos los aspectos de la vida humana que ya están siendo afectados por las biotecnologías, que el juicio moral sobre ellas ha de ser cada vez más más matizado. Y es, precisamente, en el ámbito de la gestación por sustitución donde el esquema explicativo maniqueo resulta más claramente incapaz de dar cuenta de la diversidad de matices y bienes implicados.

En consecuencia, resulta imprescindible someter la práctica de la gestación por sustitución a una rigurosa reflexión de corte racional, para determinar cuáles son los presupuestos antropológicos que han llevado a considerarla como una práctica plausible en la procreación de nuevos seres humanos, cuáles son los principios éticos que necesariamente han de tenerse

-El mundo es racional porque ha sido creado por Dios que es la suma inteligencia.

-El ser humano, creado a imagen de Dios, participa de la inteligencia divina, gracias a la cual puede explicar el funcionamiento del mundo, actuar sobre él y, sobre todo, descubrir el sentido de su existencia en ese mundo y obrar el bien. Por tanto, el ser humano no solo puede conocer la verdad sino también el bien. Para lograrlo la razón tiene diversos modos de actuar.

-El cuerpo humano no es una prótesis de la que se vale el espíritu para actuar en el mundo, ni tampoco un organismo completamente determinado por procesos bioquímicos sino el modo en que la persona es en el mundo. En consecuencia, la persona yerra en su autocomprensión tanto si se empeña en negar su condición corporal y mortal como su capacidad de actuar libremente.

-Al constatar su consustancial vulnerabilidad, el ser humano descubre que su desarrollo no puede ser sin los demás y que buena parte de su existencia consistirá en ayudar al desarrollo de los demás. Esa intuición queda ratificada y universalizada con el gran acontecimiento histórico que ilumina la existencia de la humanidad: la encarnación del Hijo de Dios, su entrega hasta la muerte por todos los seres humanos y la proclamación del mandato del amor universal al prójimo.

-La naturaleza en su conjunto, y los seres vivos en particular, están al servicio del ser humano no para utilizarlos a su antojo sino para hacerse responsable de su cuidado.

-El Derecho no debe obligar a todo lo moralmente correcto ni prohibir todo lo moralmente incorrecto. Su misión consiste en garantizar la dignidad y los derechos de cada ser humano, y procurar las condiciones para lograr el bien común. El Derecho, particularmente el Derecho penal, es el último recurso para proteger los bienes humanos más importantes frente a las agresiones más graves que puedan recibir, no para disuadir del pecado y obligar a la virtud.

en cuenta en esta materia y cuáles son los bienes jurídicos fundamentales que deben ser necesariamente protegidos.

1. Una significativa transición terminológica. De *procreación* a *reproducción*. De *embarazo* a *gestación*

Coetáneamente con el avance y generalización de las técnicas de reproducción humana asistida, pero muy especialmente con el incremento y masiva presencia pública de la gestación subrogada, se ha verificado una definitiva sustitución en el lenguaje, tanto cotidiano como especializado, del término *procreación* por el término *reproducción*. Esta transición, como ahora explicaremos, reviste una trascendencia espectacular en relación con la aceptación y generalización de una práctica como la gestación por sustitución. No se trata de una simple evolución del lenguaje, ni mucho menos. Por el contrario, la transformación del lenguaje constituye uno de los elementos más poderosos para la reconfiguración de la realidad.

Como ha señalado BALLESTEROS⁸⁷, esa ha sido una de las principales aportaciones del pensamiento post-estructuralista de la postmodernidad 'decadente', que ha calado profundamente en nuestra sociedad: un cambio terminológico acaba configurando un nuevo modo de percibir y concebir un hecho. En efecto, el pensamiento postmoderno niega la objetividad y, por tanto, niega la realidad, que se diluye en el proceso interminable de la interpretación y que culmina con la destrucción de todo significado (S. MALLARMÉ y J. DERRIDÀ). El estructuralismo, con Ferdinand SAUSSURE, defendió la existencia objetiva de los significados en el lenguaje a partir de la distinción entre significante y significado. El *significante* remite a la palabra escrita u oral, al modo en el que designamos la realidad. Pero el valor del significante consiste, precisamente, en que remite a un *significado*. Lo esencial del lenguaje

⁸⁷ BALLESTEROS LLOMPART, J., *Postmodernidad. Decadencia o resistencia*, Madrid, Tecnos 1998, p. 23-29.

está en los significados. Saussure afirmaba que la lengua no debe aislar sino comunicar, por tanto no puede ser un obstáculo para conocer la realidad; todo lo contrario: puesto que el conocimiento se realiza a través del lenguaje, éste resulta de una importancia colosal para conocer la realidad. Sólo con las palabras podemos llegar a conocer la realidad; es decir, que las palabras son el único instrumento (el único modo) de conocer la realidad. Por consiguiente, hay que buscar las palabras que *mejor* remitan a la realidad que pretenden transmitir: que mejor expresen el significado⁸⁸.

Pero la semiología estructuralista perdió la batalla frente al post-estructuralismo y la hermenéutica nihilista. Nietzsche ya afirmó que no podríamos librarnos de Dios si no nos librábamos de la *gramática* (o sea, de la creencia de que cada palabra remite a una realidad objetiva)⁸⁹. La deriva nihilista del pensamiento postmoderno estriba, precisamente, en negar el nexo entre palabra y realidad. La palabra remite únicamente a otra palabra; de ahí que el sujeto pueda atribuirle cualquier significado (Humpty Dumpty, el personaje ovalado de *Alicia a través del espejo*, lo expresa con toda contundencia: “cuando yo uso una palabra... quiere decir lo que yo quiero que diga..., ni más ni menos.”⁹⁰).

Como afirma MALLARMÉ, el primer paso en la destrucción del significado es la ruptura de la conexión entre realidad y verdad⁹¹. La manipulación del lenguaje, en efecto, es el instrumento que permite la manipulación de la realidad (“la cuestión está en saber quién es el que manda”, sentencia

⁸⁸ SAUSSURE, F., *El Curso de lingüística general*, Payot, Barcelona 1995, p. 138

⁸⁹ NIETZSCHE, F., *Así habló Zarathustra*, “Del nuevo ídolo”, Librodot.com.

⁹⁰ -¡Y sólo uno para regalos de cumpleaños! Ya ves. ¡Te has cubierto de gloria!

-No sé qué es lo que quiere decir con eso de la “Gloria” -observó Alicia-.

Humpty Dumpty sonrió despectivamente.

-Pues quiere decir que “ahí te he dado con un argumento que te ha dejado bien aplastada”.

-Pero “gloria” no significa “un argumento que deja bien aplastado” -objetó Alicia-.

-Cuando yo uso una palabra -insistió Humpty Dumpty con un tono de voz más bien desdeñoso- quiere decir lo que yo quiero que diga..., ni más ni menos.

-La cuestión -insistió Alicia- es si se puede hacer que las palabras signifiquen tantas cosas diferentes.

-La cuestión -zanjó Humpty Dumpty- es saber quién es el que manda..., eso es todo.

⁹¹ MALLARMÉ, S. *Divagaciones* (1897), Lima, PUC, 1998.

finalmente Humpty Dumpty). Así pues, la realidad aparece como algo sin sentido propio a la que se puede dotar de cualquier significado (paradigmática resulté en su momento, por ejemplo, la sustitución de la palabra *aborto* por la de *interrupción voluntaria del embarazo* –como si el embarazo fuera algo que se puede interrumpir y luego reanudar-; por no hablar del concepto de “*salud sexual y reproductiva*”, utilizado por la Ley 2/2010 del aborto, que pretende significar actividad sexual sin su correspondiente consecuencia biológica).

Para el pensamiento postmoderno lo central es el *significante* (la palabra) porque al dotarla del significado querido por el sujeto (sin vinculación a la realidad), éste recrea la propia realidad y la dota del *significado* que él mismo ha decidido. Por eso todo acaba siendo un problema de *interpretación* (no hay realidad objetiva cognoscible); y por eso y por eso las palabras asumen significados absolutamente arbitrarios. En consecuencia, si asumo que soy yo el que decide *arbitrariamente* el sentido y el significado de la realidad (el que construye la verdad, ‘su verdad’), entonces no debo ajustarme a ningún límite ni mucho menos estoy obligado a respetar algo ya dado; sencillamente porque nada en la realidad está dado, es el sujeto el que debe otorgarle el significado que libremente desee. Como ha afirmado DERRIDÀ, no hay esencias, sino únicamente apariencias. No hay verdad, sino únicamente interpretación indefinida. No hay realidad, sino únicamente palabras⁹².

Es en este contexto donde debemos encuadrar la sustitución del término *procreación* por el de *reproducción*. Como ha señalado LÓPEZ-MORATALLA⁹³, este cambio en el lenguaje tiene por objeto provocar “un cambio profundo en el modo de entender la realidad”. Los términos no han sido escogidos de forma fortuita o arbitraria. Todo lo contrario, tanto *procreación* como *reproducción* indican el mismo fin, el nacimiento de un nuevo ser, pero con el segundo se trata de reconfigurar la realidad más íntima de la generación de nuevos seres humanos, dotándola de un sentido y un significado absolutamente diferente. Frente a la *especificidad* del término *procreación*, cuyo significado remite a un

⁹² DERRIDÀ, J., *La escritura y la diferencia* (1967), Madrid, Anthropos 1989.

⁹³ LÓPEZ-MORATALLA, N., “El cigoto de nuestra especie es cuerpo humano”, *Persona y Bioética, cit.*, 122.

ámbito personalizado, la generación 'sexual' de un nuevo ser humano; se impone la *generalidad* del término reproducción, que desde una perspectiva 'impersonal', indeterminada, inespecífica, remite a la simple generación de un nuevo individuo de la especie. Con esta sustitución terminológica hemos reconfigurado la generación de seres humanos, desposeyéndola de su especificidad sexual y personalizadora y situándola en el mismo marco que la reproducción de cualquier especie. Con ello, damos a entender que lo esencial en el proceso generativo es el resultado no el medio que se utilice para conseguirlo, desposeyendo así a la sexualidad de todo valor intrínseco y esencial en relación con la generación de nuevos seres humanos (ruptura del vínculo sexualidad-procreación) y situando esa generación como un fin que puede conseguirse por cualquier otro medio que no tiene que ser la relación sexual entre un hombre y una mujer.

Así lo evidencia LÓPEZ-MORATALLA: estamos ante un cambio lingüístico que pretende remarcar, por un lado, lo prescindible que resulta la complementariedad entre mujer y hombre para concebir y tener descendencia, incluyendo en el ámbito de la reproducción a los nuevos colectivos sociales (personas solas o parejas de mismo género), que también pueden ver cumplidas sus perspectivas de tener descendencia (con o sin su efectiva aportación genética). Y, por otro lado, se hace patente que, si bien cabe considerar la procreación como un modo de reproducción, no cabe considerar toda reproducción como procreación, y ello se debe a la pérdida del carácter *interpersonal* que sí está presente en la procreación pero no en la reproducción⁹⁴.

La noción de *procreación* remite, pues, a un modo de reproducción interpersonal, fruto de la relación sexual entre dos personas unidas por un vínculo afectivo. Con ese concepto nos referimos a una actividad trascendental, situada en el ámbito de la *praxis*⁹⁵, configurada como una realidad que tiene un

⁹⁴ *Ibid.*, p. 123.

⁹⁵ *Praxis*: El fin que se persigue con la acción es immanente a la propia acción; reside en sí misma (lo que se hace, se hace porque es bueno en sí). Lo que se pretende es exclusivamente hacer algo bueno en sí, es decir, actuar virtuosamente para alcanzar la perfección personal (ARISTÓTELES, *Ética a Nicómaco*, VI). El ámbito

valor por sí misma, que se realiza por su propia perfección intrínseca y por ser el contexto más adecuado para la generación de un nuevo ser humano (*procrear*: contribuir al misterio de la creación de un nuevo ser). No sucede así con la idea de *reproducción*, en la que tanto el matiz personalizador como la vinculación afectiva entre sujetos son irrelevantes, ya que el concepto remite fundamentalmente a un resultado (*re-producir*: producir un nuevo ser semejante al original). Carece la reproducción de significado ontológico, su horizonte se reduce a lo puramente biológico. De ahí que reproducirse designe una realidad puramente instrumental, situada en el ámbito de la *poiesis*⁹⁶, regida por el imperativo de la eficacia en sus métodos y la consecución de su fin. Si, además, al concepto *reproducción* le añadimos el calificativo *artificial*, el carácter instrumental de dicha práctica se acentúa hasta el extremo, señalando a la tecnología como el mecanismo más eficaz para conseguir ese resultado.

En este sentido, pese a que el concepto *reproducción* es un término genérico (los diversos medios para la generación de nuevos seres vivos), cuyo significado abarca también la procreación, el uso que actualmente se hace de él ya no remite a este contenido amplio, sino que se ha consolidado como un concepto unívoco, tal y como se observa en la definición que de él hace la RAE: “Dicho de los seres vivos: Engendrar y producir otros seres de sus mismos caracteres biológicos”. Por otro lado, el concepto *procreación*, pese a que tiene un substrato reproductivo (el acto mediante el cual se generan nuevos miembros de la especie humana), sin embargo, es el más adecuado para definir la generación de seres humanos ya que posee una ineludible connotación cultural, puesto que en este acto no sólo confluye el instinto reproductivo de conservación de la especie, sino que dicho acto está revestido de una pléyade enorme de previsiones, planificaciones y ordenaciones, con el fin de que el nuevo ser humano se incorpore a un contexto humano de crianza

de la *praxis* es el que corresponde a la ética en general, que abarca al Derecho y la Moral. Todo lo tendente al perfeccionamiento del hombre.

⁹⁶ *Poiesis*: el término griego significa ‘creación’ o ‘producción’. El fin de la acción está más allá de la propia acción (la acción es un medio para conseguir otra cosa: es una acción instrumental). Lo que se persigue con la acción es obtener un resultado (un fin), para el cual esa acción constituye un simple medio (ARISTÓTELES, *Ética a Nicómaco*, VI). El ámbito de la *poiesis* es el propio de la técnica, de lo utilitario, de lo que se encamina a la consecución de resultados (la producción).

y desarrollo (la familia) y para que adquiriera los elementos culturales esenciales de la condición humana.

El desplazamiento de la generación humana desde el ámbito de la *procreación* al ámbito de la *reproducción*, como consecuencia de esta reconfiguración lingüística de la realidad, ha producido también sus efectos con relación al proceso de desarrollo intrauterino del nuevo ser humano. En efecto, con una clara intencionalidad despersonalizadora del proceso (coherente con las razones legitimadoras del aborto) se ha verificado también, en un sentido absolutamente paralelo al que acabamos de señalar, una transición terminológica desde el concepto específico, cultural y personalista de *embarazo*, hacia el término genérico, impersonal y estrictamente 'biológico' de *gestación*. Con el término *embarazo* estamos significando que en esa primera etapa intrauterina del ser humano se establece un diálogo personal, íntimo y comunicativo madre-hijo, en lo biológico y en lo psicológico, que constituye la realidad más profunda de la maternidad y la filiación, que jamás podrá perderse y que determina una inescindible vinculación existencial entre ambos⁹⁷. Por el contrario, cuando utilizamos el concepto *gestación*, estamos haciendo referencia a un 'proceso biológico genérico', que abarca las etapas del desarrollo intrauterino de un nuevo individuo de la especie, y que resulta desprovisto de toda connotación personal.

Como es obvio, tampoco esta transición terminológica se debe al azar, en absoluto. No es necesario reproducir aquí el diferente ámbito (de la *praxis* o la *poiesis*)⁹⁸ en el que se inserta cada una de estas dos realidades, pero la intencionalidad de reconfigurar la realidad personalista del embarazo hacia la realidad meramente biológica del proceso de gestación, tiene como fin difuminar las indelebles vinculaciones uterinas de la maternidad, situando esa

⁹⁷ LÓPEZ-MORATALLA, N., "El cigoto de nuestra especie es cuerpo humano", cit., p. 123-125.

⁹⁸ Como afirma LÓPEZ GUZMÁN, "no entendiéndose la gestación como parte del embarazo con las implicaciones afectivas que ello conlleva, sino como un requisito o estadio natural que puede ser suplido gracias a los avances tecnológicos. Se produce así una primacía de la *poiésis* (producción técnica) sobre la *praxis* (ética), propia de la modernidad" (LÓPEZ GUZMÁN J. y APARISI MIRALLES Á., "aproximación a la problemática ética y jurídica de la maternidad subrogada", cit., p. 256).

realidad en el plano de la voluntad, de la intencionalidad del sujeto. Lo que se quiere significar con ello es que la *gestación* no pasa de ser un puro proceso biológico (es algo meramente instrumental), que sólo da lugar a la *maternidad* cuando quien gesta decide voluntariamente vincularse ‘personal y emocionalmente’ con el nuevo ser.

En consecuencia, este cambio terminológico presupone que cabe escindir esas dos componentes que se verifican en la gestación humana: el desarrollo biológico del feto y el diálogo personal, emocional y psicológico que vincula a la madre y al bebé durante el embarazo. Sólo en este último radicaría la maternidad. Y, lógicamente, esto produciría la posibilidad de que se pudiera dar una ‘auténtica maternidad’ sin que medie gestación; y viceversa, que se pueda gestar y dar a luz un nuevo ser humano sin que quepa hablar de maternidad. Obviamente, esta reconfiguración de la realidad del embarazo es la que abre la puerta a concebir y legitimar una práctica como la ‘gestación por encargo’, en la cual, la mujer que gesta es un simple instrumento (carente de toda implicación personal en el proceso), la persona que encarga la gestación es la auténtica madre (porque emocionalmente se implica en el proceso) y el bebé fruto de la gestación es realmente hijo de la comitente (porque nada ha recibido de la gestante que no sea el substrato biológico para poder desarrollarse). Difícilmente puede justificarse algo tan absolutamente ajeno a la realidad existencial del embarazo. La prueba está en que, incluso las legislaciones permisivas con esta práctica protegen el derecho de la gestante a quedarse con el bebé concebido y no entregarlo, aun a costa de la compensación económica que se establezca.

Esta reconfiguración terminológica de la realidad nos permite entender también las razones por las cuales se van consolidando determinadas expresiones en relación con esta práctica y, sin embargo, otras se van arrinconando. En efecto, la inicial fortuna de la expresión “maternidad subrogada”, denotaba algo tan contradictorio como la posibilidad de ‘subrogarse’ en una condición, la maternidad, que en realidad nunca pudo tener la mujer gestante. Desde la perspectiva terminológica que acabamos de exponer, la gestante nunca fue *madre* (de hecho jamás se la denomina así en

ninguno de los textos legales que la regulan, ni en los convenios contractuales que formalizan un acuerdo de este tipo), tan sólo fue una *portadora* del feto, alguien que simplemente gesta para otra persona, que pretende ser la *única* madre. Esta es la razón por la cual, la terminología que, para definir esta práctica, utilizaba la expresión ‘madre’ o ‘maternidad’ han ido desapareciendo de la literatura especializada, cediendo su lugar a terminologías que incorporan el concepto ‘gestación’.

En esa misma línea, tampoco la idea de ‘subrogación’ resulta muy coherente con la realidad que se quiere re-configurar a través de estas nuevas expresiones. La persona comitente no pretende adquirir con posterioridad el *estatus* que otra mujer, la gestante, ha tenido antes que ella. Lo que se pretende con esta práctica es que otra mujer la ‘*sustituya*’ en una de las dos funciones propias de la maternidad, la gestación, (la que tiene un componente exclusivamente biológico), pero su vivencia *intencional* y *emocional* de la maternidad es contemporánea a la gestación que otra mujer está realizando por ella y que culmina en el momento en que recibe el bebé. Por tanto, no se trata de una subrogación *posterior* (en el sentido jurídico civil del término) sino de una ‘sustitución’ *actual* en una de las dos dimensiones de la maternidad. Eso explica que finalmente se haya ido consolidando en la literatura especializada el término “gestación por sustitución”, ya que es el que mejor refleja la realidad que se quiere configurar con esta práctica.

2. La conversión de los deseos en derechos como clave del planteamiento permisivo

El principal de los principios, a la vez ético y jurídico, invocado en relación con la gestación por sustitución es el de la libertad en el ámbito de la reproducción. Los argumentos basados en la *libertad reproductiva* afirman la existencia de una completa autonomía en las decisiones relativas a la procreación; es decir, que la afirmación de un derecho a la libre autodeterminación personal, necesariamente debe incluir uno de los aspectos

más esenciales de la condición humana: la libre decisión del sujeto de procrear (o no) y de elegir cuándo, con quién y cómo hacerlo. Y, en tanto que la libertad del sujeto es aquí la regla, cualquier limitación a ella (y más en este ámbito) debe ser considerada una excepción.

Estos presupuestos han sido reinterpretados por quienes sostienen que la “libertad de reproducirse” no constituye una simple *posibilidad* ligada a la capacidad biológica, sino un auténtico *derecho*; de ahí que hayamos de introducir la reproducción humana dentro de los, así denominados, “derechos reproductivos”. El concepto de *derechos reproductivos*, tiene una configuración reciente y muy cambiante. En una de sus primeras formulaciones, incluidas en la *Declaración en Teherán*, se concibieron como “un derecho de los padres”, entendido como “un derecho humano básico de determinar libremente y bajo su responsabilidad el número y esparcimiento de hijos”⁹⁹. En la actualidad, de acuerdo con la definición que de los mismos se ofreció en la *Conferencia sobre la Población* (Bucarest, 1974), son entendidos como “un derecho fundamental tanto de las parejas como de los individuos.”¹⁰⁰

A partir de aquí, la titularidad de los presuntos ‘derechos reproductivos’ se desplaza fundamentalmente hacia los individuos, acabando por consolidar la reproducción humana como un derecho individual. En esa línea, la *Conferencia Internacional sobre población y desarrollo* en el Cairo (Septiembre de 1994) y, especialmente, su continuadora, la *IV Conferencia Mundial sobre la Mujer*, celebrada en Pekín en 1995, definió los derechos reproductivos (y sexuales) como “aquellos derechos de las mujeres y los hombres a tener control respecto de su sexualidad, a decidir libre y responsablemente sin verse sujetos a la coerción, la discriminación y la violencia; el derecho de todas las parejas e individuos a decidir de manera libre y responsable el número y espaciamento de sus hijos y a disponer de la información, la educación y los medios para ello,

⁹⁹ PROCLAMACIÓN DE TEHERÁN/Conferencia Internacional de Derechos Humanos en Teherán, 13 de mayo de 1968 ap.16.

¹⁰⁰ PÉREZ DE ARMIÑO K., MAOÑO C., VÁZQUEZ N., *Diccionario de Acción Humanitaria y Cooperación al Desarrollo*, Bilbao: Icaria, Hegoa, 2000, vol 1. Disponible en web: <http://www.dicc.hegoa.ehu.es/listar/mostrar/66>

así como a alcanzar el nivel más elevado de salud sexual y reproductiva”.¹⁰¹ Esta definición se ha convertido en canónica respecto a la reproducción en clave de derechos y ha legitimado definitivamente la generalización del acceso a las técnicas de reproducción artificial y, en último término, del recurso a la gestación sustitutiva.

En definitiva, de lo que estamos hablando es de la transformación de legítimos *deseos* reproducirse (siempre sometidos a las propias capacidades biológicas) en *derechos* reproductivos exigibles (ligados a la técnica y a las posibilidades ofrecidas por el *Mercado*). Unos derechos que, en todo caso, pueden satisfacerse incluso mediante el recurso a una relación contractual, como lo es un convenio de gestación para terceros.

El último reducto ético que hoy cabe invocar en nuestra sociedad frente al hegemónico pensamiento de la postmodernidad, consiste en determinar el ámbito mínimo de lo *absolutamente indisponible*; y en nuestro contexto, eso supone, fundamentalmente, establecer el marco (y los límites) de lo que no se puede comprar y vender; es decir de aquello que, como exigencias básicas de la dignidad, no está sometido a la tiranía del Mercado. Quienes pretenden establecer el imperio de la voluntad y el consentimiento como la fuente definitiva de legitimidad de toda relación y vínculo interpersonal (*volenti non fit iniuria*) están poniendo las bases para disolver la propia sociedad. Convertir todo el horizonte de lo posible en ‘disponible’, sin establecer la existencia de lo *intocable*; es decir, aquello que, en clave kantiana, no pudiendo traducirse en valor económico, se constituye en valor absoluto y, por tanto, en merecedor de un respeto y un reconocimiento absoluto, como exigencia de su dignidad ontológica, supondría disolver el fundamento mismo del valor de la persona, sobre la que se ha edificado y construido toda nuestra civilización. En definitiva, supondría la desaparición del sujeto como *realidad ontológica*.

¹⁰¹ *Programa de Acción de la Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo*, El Cairo, 5–13 de septiembre, 1994, Doc. de la ONU A/CONF.171/13/Rev.1 (1995).

Como ha señalado BALLESTEROS ¹⁰², una de las características constitutivas de nuestro *ethos* social, dominado por el pensamiento de la postmodernidad decadente, es la disolución del YO; es decir, la desaparición del sujeto como una realidad ontológica y su reducción a un ‘cuerpo que siente’, disponible, manipulable y sometible a los dictados del deseo, que asombrosamente la técnica puede convertir en realidad: puede transformar el cuerpo a la imagen del deseo del individuo; puede fecundarlo y manipularlo a través de la genética, puede utilizarlo sin límites. Todo ello viene de la mano del post-estructuralismo francés y su asunción del planteamiento freudiano de la ‘liberación del inconsciente’ reinterpretado como ‘liberación del deseo’, como superación de toda ‘represión’.

Aunque el verdadero sentido de la obra de Freud apuntaba justamente a lo contrario –que el *deseo* (integrado en el “principio de placer” debe estar sometido al “principio de realidad”, para que la conciencia llegue a comprender y a controlar la dimensión del inconsciente (el Ello)-, BALLESTEROS subraya que la izquierda freudiana, planteó una lectura alternativa de Freud, encaminada a exaltar la *primacía del deseo* sobre la racionalidad. Propone, por tanto, la sustitución del YO (la dimensión racional del sujeto) por el Ello (su dimensión más irracional e inconsciente); es decir, la primacía del “principio de placer” sobre el “principio de realidad” (justo lo contrario de lo que Freud denomina la personalidad madura: “donde hay Ello debe haber Yo”). De este modo, el post-estructuralismo francés conecta con el postulado nietzscheano de la ‘reconstrucción del Yo’, al que se considera integrado por una pluralidad dionisiaca de personajes: el camello (como paradigma de la *opresión moral*), el león (como *voluntad de poder* y conquista del yo) y el “niño” (como inocencia y juego y como paradigma de “discontinuidad, placer, apetito, violencia, depredación”)¹⁰³.

Fueron Gilles DELEUZE (1925-1995) en colaboración con el psicoanalista Félix GUATTARI, quienes escribieron la obra que mejor revela la

¹⁰² BALLESTEROS LLOMPART, J., *Postmodernidad. Decadencia o resistencia*, cit., p. 23-29.

¹⁰³ NIETZSCHE, F. *Así habló Zarathustra* cit. n. 15-16.

descomposición producida por el primado del “principio de placer” sobre el “principio de realidad”: *El Antiedipo* (1972)¹⁰⁴. Partiendo de que el pensamiento de Freud estuvo limitado porque vivió en una época de escasez, se propusieron revisarlo (más bien invertirlo) en el contexto de la sociedad de consumo. Ya no se trataría de someter el inconsciente al consciente, sino de liberar totalmente el inconsciente. El sometimiento del ELLO al YO no representa otra cosa que la “represión”. La liberación del YO pasa por su disolución en el ELLO, es decir, por la *liberación de todo deseo*, considerando que ahí radica lo realmente humano, en no reprimir ninguno de los deseos que se generan en el individuo, en no admitir la represión de la razón ni de la moral¹⁰⁵. Esa disolución del YO acaba generando también la disolución del reconocimiento del ‘otro’. Si lo que está llamado a predominar en la persona es el ‘ELLO’ (el inconsciente, lo irracional) sobre el ‘YO’ (lo racional y moral), entonces el ‘otro’ desaparece como sujeto y pasa a ser visto únicamente como *objeto de deseo*. Desaparece así todo concepto de límite, para afirmar un total permisivismo, una total liberación de las pulsiones.

Al afirmar la *primacía del deseo* en el individuo desaparece el sentido de la moralidad de las acciones ligada a la ‘naturaleza’. Ya no tiene sentido hablar ‘lo natural’ en la sexualidad¹⁰⁶ o de ‘lo natural’ en la procreación; todo queda sumido en una indiferencia generalizada frente a cualquier tipo de posibilidades. Al igual que pierde sentido también hablar de identidad masculina o femenina (el sexo es una elección no una imposición biológica), tampoco cabe hablar de comportamientos ‘naturales’ o ‘antinaturales’ (la naturaleza no existe, todo es cultural). Hablar de valores o principios éticos aparece como un discurso represor y perpetuador de los tabús (en particular del sexual y del religioso).

¹⁰⁴ DELEUZE, G., GUATTARI, F., *El antiedipo*, Valencia, Pre-textos 1994. Es el primer volumen de la obra *Capitalismo y esquizofrenia*, cuyo segundo volumen, publicado en 1980, se titula *Mil Mesetas*. DELEUZE, G., GUATTARI, F., *El antiedipo*, Valencia, Pre-textos 1994.

¹⁰⁵ TALAVERA, P., *Filosofía del Derecho*, PUV, Valencia 2015, p. 165.

¹⁰⁶ Deleuze y Guattari admiten incluso el incesto, considerado el tabú universal por excelencia, el tabú que produce el paso de lo animal a lo humano (*Ibid.*, p, 239).

Se produce con ello la “muerte del sujeto” que se reduce a una ‘máscara’; o mejor: a múltiples y diversas máscaras. El sujeto vive en una permanente esquizofrenia estimulada por el capitalismo, con su escisión entre la moral del productor (austeridad, contención, ahorro) y la del consumidor (lujo, gasto y desenfreno), que favorece la intensidad del trabajo y el desenfreno del ocio y la diversión; y también la disociación entre la realidad de lo que se es (el yo) y la falsedad de lo que se quiere aparentar (la imagen)¹⁰⁷.

Michel FOUCAULT (1926-1984) ve también en el estallido del Yo, bajo el principio de placer, la aportación fundamental de la literatura y del pensamiento postmoderno¹⁰⁸. Su construcción antropológica resulta extremadamente preocupante porque representa la visión más clara del nihilismo. En su concepción, la propia expresión “naturaleza humana” sería en si misma represiva. Hablar de naturaleza humana significaría aceptar que de ésta derivan normas universales de comportamiento (la naturaleza impondría un modo determinado de hacer las cosas: lo correcto, lo justo, lo humano). Se acaba así con todo atisbo de universalidad (no hay naturaleza humana, no hay justicia, no hay verdad, no hay bien, no hay sujeto). Foucault, en clave nietzscheana, afirma que el YO es, sobre todo, ‘voluntad de poder’ y la verdad no es más que un modo de encubrir ese mismo afán. Tanto Foucault como Nietzsche sostienen los dos rasgos fundamentales del *nihilismo*:

Primado de la *voluntad* y del *poder de disposición* del sujeto como clave emancipadora. Se trata de una radicalización del voluntarismo que lleva, incluso, a la admisión del suicidio como derecho. El poder de disposición del sujeto pasa desde su proyección sobre las cosas (el mundo de la propiedad) al ámbito de la persona y de lo corporal, a la propia existencia física. Se produce una extensión del proceso emancipatorio del deseo que se proyecta sobre todo sin distinción ontológica de cualidad. Todas las cosas y todas las personas están disponibles, lo que viene proverbialmente aprovechado por el *Mercado*: puedes tenerlo todo si puedes pagar lo suficiente. Un voluntarismo sin barreras

¹⁰⁷ BALLESTEROS LLOMPART, J., *Postmodernidad, decadencia o resistencia*, cit., p. 45-47.

¹⁰⁸ FOUCAULT, M., *Saber y verdad* (1975), Madrid, Endymion 1991.

que conduce al ideal de la total liberación de los deseos. Este planeamiento lleva a confundir *mi deseo* con *mi derecho*. Se produce la sustitución del bien esencial que el Derecho debe proteger, por el deseo del adulto que el Derecho debe satisfacer: todo lo que deseo debe convertirse en un derecho: se tiene derecho a ser joven, a parecer guapo, a cambiar de sexo, a tener un hijo – aunque no puedas concebirlo- o a no tenerlo –aunque lo hayas concebido).

Primado de lo *fragmentario* y desintegrado sobre lo global e integral. Está en sintonía con la defensa de la esquizofrenia que proponían DELEUZE y GUATTARI, para evitar caer en la paranoia. Aplicado a la antropología, produce una visión decadente del hombre, que disuelve la noción de sustancia y lo reduce a una mera “sucesión de sensaciones”. Es lo que el profesor BALLESTEROS ha calificado como ‘instanteísmo’. La fragmentación del hombre en instantes sucesivos (solo importa el hoy porque nada es duradero): se tiende a destruir lo permanente y exaltar lo efímero, promoviendo la precariedad y la fugacidad en las relaciones humanas¹⁰⁹. Es algo muy ligado a la lógica del capitalismo y del Mercado: “transformación de la realidad en imágenes y fragmentación del tiempo en una sucesión de presentes perpetuos que reproduce la lógica del capitalismo de consumo”¹¹⁰.

Pero, además, la *primacía del deseo* como clave explicativa del individuo postmoderno, surgido tras la muerte del sujeto, ha encontrado un poderosísimo aliado en el espectacular desarrollo tecnológico que se ha producido en las últimas tres décadas. De manera que la tecnología se ha convertido en el más poderoso aliado del nihilismo, en el instrumento liberador por excelencia; en el medio a través del cual se puede garantizar la absoluta conversión del deseo en realidad.

En efecto, la realidad tecno-científica adopta un papel liberador porque permite al hombre concebir infinitas posibilidades de hacer y de hacerse. El

¹⁰⁹ BALLESTEROS LLOMPART, J., *Postmodernidad, decadencia o resistencia*, cit., p. 48.

¹¹⁰ JAMESON, F. *Postmodernismo y sociedad de consumo* (1984), Buenos Aires, Imago Mundi 1991, p. 23.

hombre de la posmodernidad (al que VATTIMO denomina el *ultrahombre*)¹¹¹, integrado plenamente en el mundo técnico-científico, “encuentra en la ciencia y en la técnica el marco de seguridad externa dentro del cual puede liquidar todas las estructuras, íntimas y externas, del dominio”¹¹². Es decir, la ciencia y la técnica deben ser utilizadas por el nuevo hombre postmoderno para liberarse de todo condicionamiento, incluso del biológico y del genético, y escapar así al dominio y sometimiento que sobre él han ejercido las estructuras de una sociedad que sólo es una ‘pura fábula’¹¹³.

En esta línea de afirmación liberadora de la tecno-ciencia se mueve el conocido y polémico ensayo del profesor alemán Peter SLOTERDIJK, *Regulations for the Human Park*. Originalmente constituye una respuesta al *Brief über den Humanismus* (‘Carta sobre el Humanismo’) de Martin Heidegger, en el cincuenta aniversario de su publicación. Los términos utilizados en el texto resultan muy esclarecedores, sobre todo al definir la humanidad como un “zoo humano” y al hablar de “domesticación” (*zähmung*) como la tarea del nuevo hombre, que debe ser como “un domador para el ser humano”. SLOTERDIJK constata el fracaso del humanismo y señala una nueva verdad científica: la conveniencia de “una domesticación del hombre por el hombre” en la cual tiene que jugar un papel decisivo la genética moderna. El nuevo hombre debe aceptar el nuevo poder que tiene sobre sí mismo: la biotecnología; incluso la posibilidad de una reforma genética de las propiedades de la especie. Y todo ello sin que este nuevo hombre, en el ejercicio de dicho poder, deba estar sometido a una instancia superior (Dios, el azar, etc.). Este nuevo hombre comparte no pocos rasgos con el *superhombre* descrito por Nietzsche. Está más allá del bien y del mal, pero no porque desprecie el orden establecido, sino porque tal orden se ha disuelto, y eso se percibe de un modo particularmente claro cuando se observa el poder de las nuevas tecnologías. Que el hombre de la biotecnología es el nuevo *superhombre* significa que ante un hacer tecnificado, para cuya regulación no hay fijados fines, objetivos ni normas

¹¹¹ VATTIMO, G., *El fin de la modernidad, Nihilismo y hermenéutica en la cultura posmoderna*, Gedisa, Barcelona 1987, p. 25.

¹¹² *Ibid.*, p. 149.

¹¹³ *Ibid.*, p. 97-98.

suficientes, lo único que cabe proponer es una dimensión liberadora, no sometida a los prejuicios metafísicos del bien y del mal.¹¹⁴

He ahí los dos elementos fundamentales sobre los que el pensamiento postmoderno edifica su legitimación de la gestación por sustitución. La única identidad del sujeto es su voluntad (su deseo). Esa voluntad es creadora, es capaz de (re)configurar la realidad (abrir nuevos espacios de libertad) con el fin de satisfacer el deseo convirtiéndolo en derecho. El Mercado y la tecnología son el instrumento que lo posibilita: todo es posible y todo está disponible. El deseo se desplaza con la misma indiferencia desde los objetos hacia los sujetos. Puedo *tener* un hijo y puedo *comprar* un hijo. Es importante la sutileza. No se trata, en absoluto, de comprar a un ser humano (como en el caso de la esclavitud), y tienen razón quienes entienden que esta objeción está fuera del horizonte de quienes acuden a la gestación sustitutiva. El *deseo* que se esconde bajo esta práctica es mucho más sofisticado: lo que se quiere comprar no es un bebé (ni tampoco el servicio de la mujer que lo gesta), eso son medios. El nuevo producto que el Mercado ofrece a quienes lo desean es un 'sentimiento' que se proyecta sobre una 'condición biológica': la paternidad o la maternidad. Nuestra condición postmoderna permite que la voluntad de los sujetos comitentes construya una nueva realidad que el Derecho sanciona: convertirles 'jurídicamente' en padre o madre biológicos, por su simple deseo de serlo, al margen de la propia biología.

El imperio de la voluntad del individuo sobre las exigencias de la biología ya comenzó cuando la sociedad asumió que el deseo de reproducirse debía prevalecer sobre las limitaciones fisiológicas para hacerlo y convirtió en derecho el acceso a la reproducción asistida. Más adelante, esta primacía del deseo acabó prevaleciendo sobre el sexo biológico del sujeto, permitiendo jurídicamente la ficción de lo que denominamos 'cambio de sexo'. El último paso en este camino es la afirmación de un derecho a 'ser madre o padre biológico' incluso sin haber gestado o ni siquiera haber aportado gametos.

¹¹⁴ SLOTERDIJK, P., *Normas para el Parque Humano. Una respuesta a la Carta sobre el Humanismo* (1999), Madrid, Siruela 2000.

Si la relación sexual, la dotación genética de los progenitores y la gestación ya no son sino ‘meras’ ataduras impuestas por la biología al ser humano para que pueda procrear, de la cuales la biotecnología nos ha liberado, eso significa que la reproducción ha abandonado definitivamente el ámbito de lo *indisponible* (de lo que constituye el fundamento de lo humano) y ha entrado en el ámbito de lo *consumible*, a través de las indefinidas formas que el ‘mercado reproductivo’ pueda ofrecer; de las cuales, la gestación por sustitución no es más que una de sus ofertas.

Si, por el contrario, como ha afirmado BELLVER, “se entiende que las condiciones biológicas de la reproducción humana nos dicen algo acerca de quiénes somos, habrá que discernir cuándo la biología aparece como un obstáculo que debe ser superado y cuándo aparece como una señal de nuestra identidad, de la que no podemos prescindir sin perder nuestra humanidad. Para quienes pensamos que la adecuada integración entre biología y libertad está en la entraña de la condición humana (y, más aún, que la libertad solo se puede desplegar desde el reconocimiento de nuestros condicionantes biológicos) existen buenas razones para estimar que *todo ser humano sea hijo de quien lo ha parido* y, por tanto, para rechazar cualquier propuesta dirigida a separar a la mujer que da a luz de su hijo.”¹¹⁵

3. La asunción del *dualismo antropológico*: lo racional frente a lo corporal

Como es bien sabido, Descartes representa el paradigma del *dualismo antropológico*. En efecto, para comprender al ser humano Descartes lo divide en lo que entiende que son sus dos componentes esenciales. El sujeto aparece, así, escindido en dos realidades: una *res extensa*, sometida a la física y una *res cogitans*, o sea, una mente racional y autoconsciente, fuera del

¹¹⁵ BELLVER CAPELLA, V., “¿Nuevas tecnologías? Viejas explotaciones. El caso de la maternidad subrogada internacional”, cit., p. 43.

espacio y del tiempo. Su planteamiento disyuntivo le impide concebir al sujeto como una *complementariedad* de cuerpo y espíritu; por el contrario, le conduce a afirmar que el sujeto es “una cosa que piensa” (*cogito ergo sum*), mientras que el cuerpo sólo es algo que “se tiene”, devaluando de esta manera el valor ontológico del cuerpo y reduciéndolo a mero objeto del que se puede disponer. Estas son sus palabras: “Yo soy una cosa que piensa, una substancia, cuya esencia es pensar y que carece de extensión. Tengo un cuerpo, que es una cosa extensa que no piensa. De ahí que mi alma, por la que yo soy, es completamente distinta de mi cuerpo y puede existir sin él”¹¹⁶.

El fundamento último de la gestación por sustitución radica en la asunción del *dualismo antropológico*, esto es, en la disgregación de la persona en dos componentes absolutamente independientes y de diferente valor: por un lado, su razón y su autonomía (lo realmente valioso) y, por otra, su dimensión corporal (lo disponible y manipulable)¹¹⁷. De acuerdo con este planteamiento, típico de la modernidad, la persona en realidad es pura autonomía: el sujeto humano se reduce a un ser pensante y autónomo, mientras que su cuerpo es simplemente “algo”, una cosa de la que puede disponer ya que no le constituye sustancialmente como persona. En consecuencia, esta antropología dualista considera que la relación de la persona con su cuerpo es de ‘dominio’: el cuerpo es mío, yo lo poseo y, por tanto, puedo disponer de él haciéndolo susceptible de cualquier transacción. Y dentro de la lógica del Mercado, según la cual, todo puede ser objeto de un intercambio comercial, también el cuerpo humano y sus funciones más esenciales, plantear el alquiler de un útero para gestar un bebé destinado a otros, resulta perfectamente legítimo.

Como ya vimos, quienes afirman que es posible desvincular lo corporal de lo psicológico y de lo espiritual, pretenden que la acción de gestar se reduzca a

¹¹⁶ DESCARTES, R. *Meditationes de prima philosophia*, VI.

¹¹⁷ Como señala Donati, el dualismo cartesiano lleva a cabo “una pericolosa scissione fra dimensioni corporee e dimensioni psichico-culturali, nonché spirituali della persona umana. Scissione che é una delle cause principali delle successive distorsioni e alienazioni indotte nell’uomo moderno” (DONATI, P., «Il problema della umanizzazione nell’era della globalizzazione tecnologica», en *The humanization of care in the age of the advanced technology*, Universidad Campus Biomédico, Roma, 2000, 65).

una función meramente corporal y fisiológica (sin más implicaciones que la de desarrollar un feto) y pretenden reducir el papel de la mujer gestante a una mera *supervisora imparcial*, que se limita a controlar que las funciones corporales propias del embarazo se desarrollen dentro de los parámetros biológicamente correctos (sin que ello le reporte ningún tipo de vínculo emocional, afectivo o psicológico con el fruto de ese embarazo). Algo que obviamente contradice las evidencias antropológicas más elementales de la maternidad y está en el origen de que las mujeres que realizan una gestación por encargo acaben sufriendo por tener que entregar a los niños que han llevado en su seno y que, en no pocos casos, requieran de terapias intensas para superar ese trauma¹¹⁸.

Como señala LÓPEZ GUZMÁN, citando a MONTERO, la mujer "...está condenada a considerar su embarazo desde una perspectiva puramente funcional y no como un acontecimiento que concierne todo su ser. Tiene proscrita la formación de todo vínculo sentimental con el niño que porta en ella. Dicho de otra forma, la madre portadora pone a disposición de la pareja interesada sus funciones reproductivas, pero esta fuerte implicación corporal no se traduce en un empeño de todo su ser: la madre uterina debe vivir su embarazo en la indiferencia, en la perspectiva del abandono, con el pensamiento de que no es su hijo. De ahí la ruptura de la unidad substancial de la persona que, en una antropología humanista, es indivisiblemente cuerpo y espíritu"¹¹⁹.

Así pues, la antropología dualista, aun en contra de las evidencias emocionales más patentes, desgaja a la mujer de su cuerpo, lo declara disponible y lo introduce en el Mercado convirtiéndolo en objeto de un contrato. Pero eso no sólo contradice los principios antropológicos y psicológicos más elementales, sino que violenta los fundamentos jurídicos más sólidos sobre los que ha asentado el Derecho y todos los sistemas jurídicos occidentales, desde su gestación en la época romana: la distinción básica entre *personas* y *cosas*.

¹¹⁸ WILKINSON, S., "The exploitation argument against commercial surrogacy", *Bioethics* 17 (2), 2003, p. 169-187.

¹¹⁹ LOPEZ GUZMÁN, J., APARISI MIRALLES, A., "Aproximación a la problemática ética y jurídica de la maternidad subrogada", cit., p. 258-259.

En efecto, frente a la libre disposición de las *cosas*, las *personas*, incluyendo el cuerpo humano como su manifestación humana esencial, nunca han podido ser objeto de comercio¹²⁰. Esta indisponibilidad del cuerpo humano para el Mercado, responde al presupuesto de la unidad sustancial del ser humano que no sólo *tiene* un cuerpo (del que puede disponer) sino que es un cuerpo, en cuya realidad material y biológica se expresa su identidad personal

De ahí que nadie pueda vender o comprar una *condición inherente* a la persona, no tanto porque no sea una ‘cosa’, cuanto porque pertenece al ámbito más estricto de la dignidad de la persona. Nadie puede comprar, por ejemplo, una identidad (ser hijo o padre de alguien) o una condición física (el rostro de alguien o los ojos de alguien) y mucho menos una *condición biológica* como la maternidad. En esta línea, carece de todo sentido jurídico la pretensión de comprar una ‘condición biológica’; o lo que es igual, establecer un contrato cuyo objeto sea ‘subrogarse en la maternidad de otra persona’. Como luego explicaremos, la pretensión de establecer la naturaleza jurídica de esta práctica acudiendo a figuras de derecho civil como la ‘subrogación’ carece por completo de fundamento. Nadie puede pretender constituirse como la madre biológica de un hijo sin haberlo gestado, de ahí la incongruencia de intentar legitimar esta incongruencia acudiendo a una presunta subrogación. Ya aludimos a esto cuando hablamos de la transición terminológica.

Una última cuestión cabría realizar al respecto: ¿puede el altruismo modular o matizar de alguna manera esta absoluta indisponibilidad del cuerpo humano en relación al Mercado? En otras palabras, ¿es únicamente el lucro lo que descartaría éticamente poner el propio cuerpo a disposición de un tercero para gestarle un bebé? La respuesta es obvia. No es el lucro lo determinante en la gestación por encargo, sino la instrumentalización del propio cuerpo; es

¹²⁰ Se podría objetar a esto la persistencia de la esclavitud, y la legalidad de la compraventa de esclavos hasta épocas bien recientes. Pero, aunque resulte una triste paradoja, el problema de los esclavos radicaba precisamente en el reconocimiento de su personalidad; es decir, en no ser considerados como personas sino como cosas, y por ellos, susceptibles de entrar en el comercio. Sólo cuando el estatus de persona se universaliza, en el proceso de generalización de los derechos humanos, la proscripción del comercio de esclavos se universaliza también. BALLESTEROS LLOMPART, J. (et alii), *Derechos Humanos*, PUV 2007, p. 65.

decir, la concepción de cuerpo como algo meramente instrumental que puede ponerse al servicio de cualquier finalidad, porque está plenamente disponible a los dictados de su 'dueño'. He ahí el planteamiento perverso del dualismo, el cuerpo es algo que 'tengo', que me pertenece, y que puedo utilizar instrumentalmente, de manera liberal o lucrativa. Ahí se esconde también el fundamento legitimador de la prostitución, el sado masoquismo, la drogadicción, etc.

4. Bienes jurídicos fundamentales: el valor determinante del *parto* y la defensa del *interés superior del menor*

La cuestión jurídica de fondo que se suscita en relación con la gestación por sustitución es la batalla encarnizada entre la biología y la voluntad por conseguir la atribución legal de la filiación. En efecto, el fin último de quienes recurren a esta práctica es exclusivamente ese: que la filiación de los bebés nacidos como consecuencia del contrato que celebran con la mujer gestante se determine legalmente a su favor, y que eso se haga fundamentado en su voluntad de querer ser los padres de esos nuevos seres, al margen de la realidad biológica (y hasta ahora jurídica) del parto.

Es cierto que el Derecho ya admitió la prevalencia del criterio *voluntarista* sobre el criterio de la *verdad genética* respecto de técnicas reproductivas como la *Fecundación in Vitro* o la *Inseminación Artificial*. Pero la prevalencia de ese criterio resulta totalmente improcedente cuando dichas técnicas se utilizan para llevar a cabo una gestación por sustitución; es decir, cuando la mujer que gesta el embrión (tenga o no participación en su dotación genética) y que da a luz es alguien que renuncia a la filiación materna, por medio de un contrato, en favor de la otra parte contratante o de un tercero. El conflicto que se plantea en este caso, no es simplemente entre la *voluntad procreativa* del comitente (o comitentes) y la *verdad genética*, sino entre la *voluntad procreativa*, la *verdad genética* y la *verdad biológica* (u obstétrica, o sea, el parto). Y, ante la confluencia presuntamente conflictiva de estos tres factores, dar

preponderancia a la *voluntad procreativa* de los comitentes carece de toda justificación, y ello porque para conseguir de su propósito de ser padres, a través del contrato de gestación, les resulta indispensable el concurso de una tercera persona, una mujer dispuesta a gestar cuyo grado de implicación en ese propósito (gestar un bebé) no es en absoluto comparable al de quienes hayan sido unos meros donantes de células reproductivas. Existe, obviamente, una diferencia cualitativa (también ontológica), insoslayable, entre donar un óvulo y gestar un embrión.

Es un hecho que los avances científicos en el terreno de la reproducción humana han posibilitado la disociación entre sexualidad y reproducción, y que también han propiciado una disociación entre lo *biológico* y lo *genético*; de modo que no sólo cabe concebir el sexo sin reproducción y la reproducción sin sexo, sino que también puede verificarse la maternidad/paternidad en quienes no tienen la capacidad biológica para engendrar. Es decir, se puede gestar un embrión por parte de quien no ha aportado el gameto. De manera que se puede ser *madre biológica*, porque se gesta el embrión y se da a luz, pero sin ser al mismo tiempo *madre genética* porque no se ha aportado el óvulo. Algo distinto sucede con la paternidad (cuando no se aporta el gameto masculino): se puede no ser padre genético y ser reconocido jurídicamente como padre por naturaleza, aunque eso no resulta relevante en este caso puesto que no hay una *paternidad biológica* (los hombres no paren), tan sólo cabe una paternidad legal.

Esta desintegración tecnológica del proceso reproductivo (unitario en su concepción natural), que se fragmenta en realidades independientes, es la que ha provocado todos los conflictos e interrogantes relativos a la atribución legal de la filiación. Por ello, solamente realizando un riguroso análisis sobre el peso y la incidencia que cada una de esas dimensiones tiene en el proceso reproductivo, podremos valorarse con fundamento el criterio que debe prevalecer cuando media un acuerdo de gestación por sustitución (la voluntad, la genética o la biología).

Con anterioridad a la irrupción de las TRHA el Derecho había resuelto el posible conflicto sobre la atribución de la filiación legal acudiendo al criterio *biológico* (el hecho del parto) y a las presunciones de paternidad o el reconocimiento, sin atribuir relevancia alguna a la voluntad o intencionalidad de cualquier otro de los agentes que pudiera estar implicado. Manifestaciones paradigmáticas de este criterio en nuestro sistema jurídico son: la imposibilidad para la madre de desconocer al hijo biológico¹²¹ y la posibilidad de imponer coactivamente la paternidad¹²². Ni siquiera en la ficción jurídica de la filiación adoptiva, concebida a imagen de la filiación natural, la voluntad de ser padres, con toda la importancia que reviste en este proceso, ha sido nunca determinante, porque la finalidad de esa institución jurídica no consiste en dar un niño a una familia, sino una familia a un niño, y de ahí que el art 176.1 CC prevea que “La adopción se constituye por resolución judicial, que tendrá en cuenta siempre el interés del adoptado y la idoneidad del adoptante o adoptantes para el ejercicio de la patria potestad”.

Pero, como ya hemos visto, existe una importante corriente de pensamiento en torno a la filiación, que aboga por fundamentar sobre la *voluntad* el criterio definitivo y prevalente que debería considerarse cuando entran en juego las TRHA. En esta línea, ha sido pionera en España la posición de Eleonora LAMM: “[...] el elemento volitivo adquiere importancia superlativa en la filiación derivada de las TRA, de modo que cuando en una misma persona no coinciden el elemento genético, el biológico y el volitivo, se

¹²¹ Recuérdese que la Sentencia de la Sala Primera del TS de 21 de septiembre de 1999, RGD 1999, nº 663, p. 14225, derogó por inconstitucionalidad sobrevenida las normas de la regulación registral que posibilitaban la ocultación de la identidad de la madre biológica por su propia voluntad. En el FºJº 5º de dicha sentencia se establece que el sistema diseñado por el art 47.1º de la Ley de Registro Civil de 1957 y los arts. 167, 182 y concordantes del RRC, por los que se posibilitaba el desconocimiento de la maternidad extramatrimonial “pugnan con el principio de libre investigación de la paternidad y con el de igualdad además de erosionar gravemente el artículo 10 [de la CE] al afectar a la dignidad de madre e hijo”

¹²² Recuérdese igualmente la STC (Sala Primera) 7/1994, de 17 de enero, RTC\1994\7, según la cual “[...] en los juicios de filiación prevalece el interés social y el orden público que subyace en las declaraciones de paternidad, en las que están en juego los derechos de alimentos y sucesorios de los hijos, objeto de especial protección por el art 39.2 de la CE [...]” que tendrá en cuenta siempre el interés del adoptado y la idoneidad del adoptante o adoptantes para el ejercicio de la patria potestad”.

debe dar preponderancia al último”¹²³. Esta autora alude aquí al supuesto denominado de gestación por sustitución *plena* o *gestacional* (también llamada *heteróloga*); es decir, el único supuesto en que esos tres elementos a los que se refiere (volitivo, genético y biológico) no concurren en una misma persona. Con ello, se acoge a la teoría de la intención que, en 1993, a propósito del caso *Johnson vs Calvert*, formuló la Corte Suprema de California y que inclinó la balanza, en el juicio ponderativo sobre los tres criterios, a favor de la *intención* de criar al niño como propio. Sin embargo, la gestación por sustitución presenta unas peculiaridades que van mucho más allá de las consideraciones de LAMM y que la hacen merecedora de un tratamiento jurídico mucho más específico y diferenciado.

También son muchas las voces que, junto a la de esta autora, se alzan a favor de una redefinición de la filiación, pretendiendo que el criterio de *verdad biológica* (que es el que acoge nuestro ordenamiento jurídico) pueda ceder, en el ámbito de la filiación derivada de las TRHA, ante el superior criterio de la *voluntad procreativa*¹²⁴. Se argumenta para ello que las consecuencias de la aplicación generalizada de dichas TRHA exige una revisión de la idea de filiación y justifica el reconocimiento legal de una tercera categoría en esta materia, un *tertius genus*, que habría de sumarse a las dos categorías ya existentes en nuestro ordenamiento jurídico: la filiación por naturaleza y la filiación adoptiva.

Y, ciertamente, cuando el elemento *biológico* y el elemento *volitivo* coinciden en una misma persona –esto es, cuando la propia mujer gestante es también aquella que tiene la intención de criar al bebé, de ejercer las funciones de madre-, y lo que se plantea es si el elemento *genético* (aportado por tercero

¹²³ LAMM, E., “La importancia de la voluntad procreacional en la nueva categoría de filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida”, en *Revista de Bioética y Derecho*, nº 24, enero de 2012: Publicación del Máster en Bioética y Derecho de l’ Observatori de Bioètica i Dret de la Universitat de Barcelona, p. 81, en: www.bioeticayderecho.ub.es

¹²⁴ Entre otras, las de VELA SÁNCHEZ, A. J., *La maternidad subrogada. Estudio ant un reto normativo*, Granada, Comares, 2012 y FLORES RODRÍGUEZ, J., “Vientres de alquiler: más cerca de su reconocimiento legal en Europa. Comentario a la STEDH de 26 de junio de 2014, recurso no 65192/11”, *Diario La Ley*, nº 8363, 2014, p.1-6.

o terceros) debe tener o no relevancia en la determinación de la filiación, no habría nada que objetar a la prevalencia de la *voluntad*, puesto que con ello, no sólo se produce la confluencia del factor *intencional* y del *biológico*, sino que se garantiza la prevalencia del factor *biológico*, que es lo que resulta determinante en este ámbito. En estos casos, ante la confluencia de lo *biológico* y de lo *intencional* frente a lo *genético* (que podría proceder de un tercero o de dos), la atribución de la filiación debe inclinarse siempre hacia lo *biológico*, nunca se debería invocar el factor *genético* como criterio determinante. Y la razón parece bastante evidente: la contribución genética de un tercero (o terceros) al proceso biológico de gestación no pasa de ser puramente instrumental: se aportan una serie de células reproductivas, que son fácilmente separables del organismo del donante, sin que ello le suponga ninguna implicación físico-emocional en el proceso, ni tampoco ningún riesgo vital. Es más, el donante ni siquiera tendrá conocimiento del ulterior decurso que han tenido las células reproductivas aportadas, ni será específicamente consciente de haber contribuido a la creación de un vida humana concreta.

Sin embargo, en el supuesto de la gestación por sustitución, la *voluntad* de los padres intencionales (aun cuando fuera acompañada de una aportación genética) difícilmente podría prevalecer sobre un factor tan determinante como es la *maternidad biológica*. En la gestación por sustitución concurre un factor trascendental distintivo, demasiado relevante como para ser obviado, y que impide remitir la filiación derivada de ella como un *tertium genus* basado en la voluntad. Como acertadamente afirmó, en 1993, la magistrada Joyce Luther Kennard, en su voto disidente frente a la sentencia que resolvió el caso *Johnson vs Calvert*, “la mujer gestante y feto constituyen una única unidad física, de tal forma que el bienestar de cada uno está entrelazado con el del otro y resultan inseparables. El feto nunca se convertiría en un ser viviente de no ser por la alimentación y cuidados que le proporciona la mujer embarazada, sobre quien recae todo el peso del proceso de procreación”¹²⁵.

¹²⁵ Sentencia de la *Supreme Court of California*, de 20 de mayo de 1993, caso *Johnson v. Calvert*, en:
<http://faculty.law.miami.edu/zfenton/documents/Johnsonv.Calvert.pdf>

No debemos perder de vista que, por más que la tecnología nos haya permitido controlar nuestra propia reproducción, no parece posible (ni ahora ni en un previsible futuro) la recreación artificial del útero femenino, de forma que en el proceso de generación de la vida humana, tenga ésta su origen en la voluntad de un individuo o en la de una pareja, se requiere ineludiblemente la participación de una *mujer* (sea o no ajena a ese individuo o pareja) que geste y dé a luz. Por consiguiente, la originaria voluntad procreativa de quien (o quienes) lo pretenden se ha de complementar necesariamente con la voluntad de procrear de una mujer que decida gestar. Y, lo que es más importante y trascendental, es imprescindible que esa gestación tenga lugar en el cuerpo mismo de la mujer (nada más y nada menos que durante 9 meses) y que esa misma mujer realice el parto. Así pues, junto a la voluntad procreativa de los comitentes ha de confluír la voluntad ‘gestativa’ de la mujer gestante, que debe asumir todas las exigencias y condicionantes físicos y psicológicos de la gestación y del parto.

Todas estas dimensiones resultan absolutamente peculiares, desde el punto de vista jurídico, cuando estamos ante una gestación por sustitución. Una de estas peculiaridades resulta de la incongruencia de atribuir legalmente la filiación a los comitentes antes del parto de la gestante, como viene sucediendo, por ejemplo, en California, en el marco del *Pre-birth-Judgement*, en función del cual se dictan las sentencias de filiación en el quinto o sexto mes de embarazo. Si durante ese período de gestación se atribuye ya la filiación legal a los comitentes, ello supone reconocer que son auténticos padres antes del parto; es decir, que la filiación de los comitentes se predica respecto de un *nasciturus* y no de un bebé nacido¹²⁶. Lo cual nos lleva a una conclusión

¹²⁶ De conformidad con el art 30 del CC “La personalidad se adquiere en el momento del nacimiento con vida, una vez producido el entero desprendimiento del seno materno”. De modo que el “nacimiento con vida” y el “entero desprendimiento del seno materno” son requisitos para adquirir la personalidad y, mientras no tiene lugar la rotura por completo del cordón umbilical, el feto humano no alcanza la completa independencia del claustro materno del que se desprende y, por tanto, no adquiere personalidad civil. En esta misma línea, la STC 53/1985, de 11 de abril (concretamente en el FºJº 5.c), si bien manifestó que la vida es una realidad desde el inicio de la gestación, también añadió que “tiene particular relevancia el nacimiento, ya que significa el paso de la vida albergada en el seno materno, a la vida albergada en la sociedad” y, aunque “la vida del *nasciturus*, en cuanto éste encarna un valor

absolutamente contradictoria con los presupuestos básicos sobre los que se establece la maternidad legal en nuestro propio ordenamiento, en el cual, ni siquiera en la filiación natural, el Derecho considera que la mujer es madre hasta que no ha dado luz (art. 30 CC). Es más, si ese reconocimiento de la maternidad/paternidad comporta también la atribución de algún tipo de derechos sobre el feto, ello supondría atribuir a los padres intencionales algún tipo de derecho sobre el cuerpo de la mujer gestante dado que, durante la gestación, el *nasciturus* es una parte de ella misma. En definitiva, al ser el útero inseparable del cuerpo femenino, resultaría absolutamente incongruente, desde el punto de vista racional y desde el punto de vista jurídico, otorgar a la gestación por sustitución un tratamiento similar al que se otorga a la mera cesión o donación de órganos o células reproductivas.

En definitiva, la determinación de la filiación legal derivada de la gestación por sustitución, al igual que sucede con la filiación natural, nunca puede someterse al criterio de la voluntad procreativa como criterio determinante. Es cierto que ni el factor genético, y ni siquiera el parto, pueden convertir a una mujer en *madre*, no en el sentido jurídico, sino en el cultural, psicológico o emocional; pero mucho menos puede pretenderse esa capacidad taumatúrgica del mero deseo, voluntad o intención de querer serlo (como tampoco la mera intención de esculpir convierte a un sujeto en escultor). Sin embargo, si se produjera la disyuntiva de tener que optar por uno u otro elemento, como medio para determinar de la maternidad legal, indudablemente el *parto* continúa siendo una prueba válida irrefutable, si no de ese tipo de maternidad que hemos denominado emocional, sí de un vínculo biológico indisoluble que durante nueve meses ha existido entre el neonato y la mujer gestante (no entre

fundamental —la vida humana— garantizado en el art 15 de la CE, constituye un bien jurídico cuya protección encuentra en dicho precepto su fundamento constitucional”, no por ello puede decirse que el concebido aún no nacido sea titular del derecho fundamental a la vida. Así que, a pesar de que el TC reconoció que había ya vida tras la concepción, entendió que no correspondía aún atribuir al *nasciturus* la titularidad del derecho a la vida (FºJº 7), en tanto que no nacido y, en consecuencia, no persona. Así que, a pesar de que el TC reconoció que había ya vida tras la concepción, entendió que no correspondía aún atribuir al *nasciturus* la titularidad del derecho a la vida (FºJº 7), en tanto que no nacido y, en consecuencia, no persona. Tales fueron, por cierto, las consideraciones que condujeron al TC a declarar la constitucionalidad del proyecto de ley orgánica despenalizadora del aborto de la que entonces conocía.

neonato y padres intencionales) y que resulta crucial y definitivo para la culminación del proceso de generación de una nueva vida. Constituye, pues, el parto, una *realidad material*, un hecho que sirve de referente objetivo y fehaciente que permite establecer, de forma directa, inmediata e indubitada, quien es el destinatario principal del deber de atención y cuidado del neonato. Así pues, *parto* determina el nexo más real objetivo, que necesariamente debe crearse, entre el recién nacido (una vez fuera del útero), completamente dependiente, y la persona a quien corresponda su cuidado, al menos, en el momento más inmediato al parto.

Obviamente, hasta el instante del parto, es la madre gestante a quien se ha encargado de ese cuidado e, incluso, una vez realizado el parto, es ella la que está físicamente preparada para procurarle alimento de forma autónoma en los primeros días de vida¹²⁷. De ahí que, de entre todas las posibles personas a quienes se podría calificar como ‘madre’ (la “genética”, la “volitiva” y la “gestante”), debería siempre prevalecer esta última como la *madre legal*, por ser la que hasta ese momento ha mantenido el más estrecho vínculo biológico con el menor, tan estrecho que hasta el momento de dar a luz formaban un mismo ser.

Buena prueba de ello es el poco peso (o ninguno) que la voluntad de los padres comitentes tiene, incluso habiéndose ya determinado judicialmente la filiación a su favor, en el caso de que la mujer gestante decida interrumpir su embarazo o desatender las necesidades del feto. Las previsiones expresamente establecidas en los contratos de gestación por sustitución, en relación con la necesaria renuncia de la mujer gestante a la filiación materna en

¹²⁷ Si el bebé sufre la separación de su madre gestante, se le impide que sea alimentado con la leche materna y que disfrute del contacto “piel con piel”, medidas promovidas en la actualidad en todo el mundo por pediatras y enfermeras por las evidencias de sus magníficos resultados para el buen desarrollo del bebé. Es cierto que el bebé podría ser alimentado con leche materna de bancos de leche y que los comitentes pueden ofrecer ese contacto “piel con piel”, pero no serán ni la leche ni la piel de la madre que lo ha gestado durante nueve meses. Más allá de los obvios efectos que tiene para el hijo la ruptura del vínculo con su madre, sería interesante conocer si esa ruptura podría tener también efectos negativos de carácter psicológico. (BELLVER CAPELLA, V., “¿Nuevas tecnologías? Viejas explotaciones. El caso de la maternidad subrogada internacional”, cit., p. 49).

favor del contratante o de un tercero, encierran en sí mismas el reconocimiento implícito de que la gestación y el parto son tan determinantes que, de no mediar dicha renuncia expresa, correspondería a atribuir a la mujer gestante la filiación legal. Si esto no fuera así, entonces no haría falta establecer la renuncia expresa a unos derechos que desde que formalizó el contrato ya no tendría.

Si pretendemos garantizar en esta práctica el mayor de los bienes jurídicos en juego, que es el *interés superior del menor*, resulta difícil justificar que se pueda romper el principio biológico y antropológico básico sobre el que se apoya la maternidad, que es la inescindible vinculación intrauterina entre el feto y la gestante y la posterior entre el neonato y la gestante. Sólo desde el fortalecimiento de esos presupuestos cabe contemplar los procesos de atribución de la filiación en el Derecho. Cabría recurrir aquí a planteamientos morales relativos a la *cosificación* al menor o la instrumentalización de la exclusiva capacidad gestacional de la mujer, ambos convertidos en objeto de comercio y, por tanto, despojados de la especial dignidad que merecen. Y sigue resultando sorprendente lo fácil que resulta reducir a una simple transacción la capacidad única de traer al mundo a un/a hijo/a¹²⁸. Tachar de obsoletos a los criterios antropológicos y jurídicos que han determinado durante siglos la filiación, y según los cuales, *madre es aquella que da a luz* constituye una manifestación ridícula de esnobismo jurídico o filosófico, y propicia un enorme riesgo de desprotección del ser humano nacido que, hasta ahora, se

¹²⁸ Como señala Beatriz Gimeno “Está claro que las resistencias a la comercialización absoluta de los cuerpos es mucho menor en el caso de los cuerpos femeninos, lo que no es extraño si pensamos que vivimos en una cultura que históricamente y hoy más que nunca comercializa los cuerpos femeninos de múltiples maneras y con multitud de excusas; la más usada es la que describe esta venta como una práctica de empoderamiento. Pues de la misma manera que tener que vender la propia sangre no empodera, que vender unas corneas no empodera, que trabajar por 600 euros en lugar de por nada no empodera... vender el útero o los óvulos tampoco lo hace. La prueba es que ninguna rica se someterá nunca a ello, así que la cuestión de la clase es, además de la de género, la cuestión absolutamente determinante en esta transacción, que es pura explotación. O nos resistimos con todas nuestras fuerzas a que el cuerpo humano sea una mercancía más y a que el mercado compre y venda nuestros cuerpos, o en poco tiempo no estaremos siquiera hablando de la fuerza de trabajo como mercancía, sino que tendremos que retomar el lenguaje puro y duro de la esclavitud”. Cfr. GIMENO, B., “Vientres de alquiler” en “El País: gato por liebre”, 2 de mayo de 2014, en <http://www.elplural.com/opinion/vientres-de-alquiler-en-el-pais-gato-por-liebre/>.

situaba como protagonista del reconocimiento y la protección maternal y jurídica. El discurso de un *tertium genus*, de una filiación intencional o contractual, esconde un tremendo menosprecio hacia un proceso tan trascendental como el de gestación y alumbramiento de un nuevo ser humano y, además, se erige como una tremenda amenaza contra la seguridad jurídica, la identidad y la protección de los menores, nacidos en virtud de un a gestación por sustitución.

Si lo que debemos asegurar en cualquier proceso es la prevalencia del *interés superior del menor*, hemos de arbitrar los mecanismos para evitar que quede a merced de algo tan voluble como la *voluntad* de unos y otros, así como de todos los imponderables que pueden surgir en el decurso de un contrato de gestación (como pudiera ser, por ejemplo, el fallecimiento de los comitentes). Y el instrumento jurídico más contundente en la defensa del interés superior del menor es, por excelencia, la aplicación del principio *mater semper certa est*. Con la fragmentación del proceso reproductivo, el riesgo de que un menor pueda quedar en situación de desamparo se ha incrementado exponencialmente, debido precisamente a la posible atribución de la condición de madre hasta a tres personas distintas¹²⁹. Y ello, paradójicamente, no constituye un factor para su seguridad; al contrario, se convierte en un elemento de grave incertidumbre, porque resulta también posible que ninguna de ellas, alegando no serlo enteramente, pueda eludir sus responsabilidades.

El único mecanismo jurídicamente eficaz (y antropológicamente fundado) para evitar la desprotección del menor consiste en asegurar que la mujer que consiente en gestar y parir no pueda desentenderse de la responsabilidad que asume con la reproducción. La decisión consciente de gestar y dar a luz, en tanto que decisión de crear una nueva vida, debe ser absolutamente inseparable de la asunción de responsabilidades respecto de esa vida. En consecuencia, el compromiso inquebrantable que realmente adquiere la mujer

¹²⁹ Actualmente incluso hasta a 4 mujeres, pues, dado que es posible que el gameto femenino combine el núcleo del óvulo de una mujer y el citoplasma del óvulo de otra (con una pequeña aportación de ADN), podría hablarse de 2 madres genéticas: <http://elpais.com/elpais/2015/02/03/ciencia/1422963738>.

gestante en el contrato de gestación por sustitución, no es frente a los comitentes, sino frente a la nueva vida que resultará de su decisión.

La atribución de la maternidad legal, en primera instancia, a la mujer gestante obliga a que si decide renunciar a ella, lo haga *a posteriori* (nunca a priori, como pretenden los contratos al respecto). Y eso es absolutamente congruente con la realidad antropológica de lo que allí se ha producido: sólo después del parto, cuando la gestante puede comprender, con toda la profundidad necesaria, a lo que está renunciando, entonces es cuando puede prestar su consentimiento. Jamás la renuncia previa puede comportar un verdadero consentimiento libre, aunque se haya prestado en sede judicial. Ese verdadero consentimiento sólo puede prestarse tras el parto. Y así es como se contempla legalmente para el supuesto de la filiación natural, sólo es admisible la renuncia a la filiación después de dar a luz y transcurridos los preceptivos 30 días de reflexión. Resultaría sorprendente negar esa posibilidad, en el marco de un contrato de gestación por sustitución, a la mujer que gesta y pare, sobre todo, por el bien del menor.

¿Cuál es el sentido último de la exigencia de un consentimiento irrevocable y previo al nacimiento en un contrato de gestación? Más allá de que el desequilibrio entre las partes proyecta una profunda sombra sobre la auténtica libertad en el consentimiento de la mujer gestante¹³⁰, la renuncia

¹³⁰ Como afirma Bellver: resulta más que dudoso calificar como derecho una actividad que solo llevan a cabo mujeres que necesitan dinero para atender sus necesidades personales y familiares, y que supone gestar un bebé para otra persona sujetándose a su supervisión. Por eso, otros concluyen que la subrogación uterina en cuanto tal es una forma de explotación. Aunque se pueda aceptar que no siempre tiene que ser así, se trata en todo caso de una práctica con un alto riesgo de explotación para las mujeres de los países en vías de desarrollo, que son especialmente vulnerables. Existe una gran asimetría en la relación entre la gestante y los comitentes, lo que dificulta que el contrato se lleve a cabo entre dos partes que verdaderamente son libres e iguales. Es probable que la gestante tenga dificultades para comprender en toda su magnitud el servicio para el que se ofrece y las condiciones en las que tiene que prestarlo. También es común que la gestante carezca de un asesoramiento legal que le permita comprender las obligaciones legales que adquirirá y las consecuencias legales de sus actos". (BELLVER CAPELLA, V., "¿Nuevas tecnologías? Viejas explotaciones. El caso de la maternidad subrogada internacional", cit., p. 49). También Beatriz Gimeno subraya que "[...] nadie gesta el hijo de un completo desconocido, con los enormes costes de salud y psicológicos que esto tiene, si no hay precio por medio, si no se necesita el dinero [...]", en GIMENO,

previa no es otra cosa que un instrumento para asegurar la satisfacción del interés superior, no del menor, sino de los comitentes, una vez que han introducido sus pretensiones en el circuito del consumo y del Mercado. El contrato de gestación por sustitución, antes que un *alguien* indeterminado, busca un *algo* definido, y lo pretende con garantías¹³¹, dentro de un plazo, y asegurando los más estrictos “controles de calidad” tanto genéticos, como obstétricos¹³².

Si se postergara la renuncia de la madre gestante a un momento posterior al parto, como ocurre en la adopción, el Mercado se resentiría al no ofrecer a los consumidores una garantía cierta de que conseguirían de propósito, de ahí que los contratos se aseguren de que esa renuncia se realice previa e irrevocablemente. El discurso actual tendente a considerar como prevalente la

B., cit.

¹³¹ Durante el embarazo, la gestante puede ver drásticamente limitada su libertad en la medida en que los comitentes tratan de controlar su vida para que sea conforme a lo que ellos entienden mejor para el bebé. Con ese afán, los comitentes podrían tratar de controlar no solo los hábitos alimentarios, el estilo de vida, sus relaciones sexuales o la realización de actividades físicas, sino hasta las mismas emociones. Entre las obligaciones que se suelen imponer a las gestantes destaca la cesárea como forma de dar a luz, con el fin de evitar el sufrimiento fetal durante el parto. Ante esta situación, la gestante se encuentra ante la disyuntiva de abdicar de sí misma durante nueve meses (y consecuentemente de sus criterios sobre el modo de llevar a cabo la gestación) o verse abocada a un probable conflicto con los comitentes. Las probabilidades de que el Derecho ponga límite a esta situación son reducidas, porque el mercado reproductivo siempre encontrará mujeres dispuestas a ofrecer, junto con el servicio de gestación por sustitución, su total disposición a cumplir todos los deseos que manifiesten los comitentes sobre el modo en que debe conducir su gestación (BELLVER CAPELLA, V., “¿Nuevas tecnologías? Viejas explotaciones. El caso de la maternidad subrogada internacional”, cit., p. 50).

¹³² Cerdà Subirachs se refiere a la gestación por sustitución como “[...] la última frontera para que las personas que quieran ser padres sin recurrir —por impedimento o sin él— a otras formas o a la adopción; todo ello con el valor añadido de la posibilidad de que el hijo porte su material genético y sea fruto de una gestación y alumbramiento con todas las garantías sanitarias, algo que a menudo no ocurre en el caso de las adopciones. Creemos que la maternidad subrogada se presente así como una alternativa de diseño a la adopción. Desde la perspectiva de los pudientes del mundo occidental la maternidad subrogada se visualiza como un *first class* en relación a la adopción en general y a la internacional en particular. Frente a la adopción, la maternidad subrogada supone la posibilidad de ser padre de un bebé sanitariamente controlado al que se tiene acceso desde el primer momento y que, en la mayoría de los casos, porta material genético propio”. (CERDÀ SUBIRACHS, J., “La insostenible legalización de facto de la maternidad subrogada en España. A propósito de la instrucción de 5 de octubre de 2010 de la DGRN”. *Abogados de Familia, Sección Tribuna Abierta*, nº 60, Segundo trimestre de 2011: LA LEY)

filiación intencional frente a la biológica, está otorgando prevalencia al *interés superior del Mercado* frente a los del menor y de la gestante. La ficción de un consentimiento libre de la gestante en relación con su renuncia a la maternidad legal previa al parto, supone introducir definitivamente la reproducción humana en la lógica del Mercado.

En conclusión, resultaría un enorme cataclismo jurídico y antropológico descartar la prevalencia del principio de *verdad biológica* respecto de la filiación derivada de la gestación por sustitución. Y resultaría un paso más en la disolución de los valores y fundamentos sobre los que se ha constituido nuestra civilización, introducir la lógica del mercado en el proceso de procreación de nuevos seres humanos.

CAPÍTULO III

LA INEXISTENCIA DE FUNDAMENTO JURÍDICO QUE AMPARE UN “DERECHO A LA PROCREACIÓN” EN EL ORDENAMIENTO ESPAÑOL

1. Maternidad y nuevas tecnologías reproductivas

El punto de partida para tratar todas las nuevas tecnologías reproductivas ha de ser necesariamente el concepto de maternidad. La primera acepción de “Madre” que aparece en el Diccionario de la Real Academia es “Mujer o animal o hembra que ha parido a otro ser de su misma especie” y la segunda acepción es “Mujer o animal o hembra que ha concebido”.

Desde el punto de vista filosófico es necesario preguntarse el por qué y para qué de estas Nuevas Tecnologías Reproductivas. Pero antes conviene preguntarse por qué las mujeres quieren ser madres. La respuesta a esta pregunta es compleja, pero tiene mucho que ver con el ideal de feminidad, con las prescripciones de género impuestas por las sociedades patriarcales. En ambos casos se asocia a la mujer con la naturaleza y a la feminidad con la maternidad, dando por hecho que entre feminidad y maternidad existe un determinismo biológico. En las sociedades, los saberes hegemónicos, incluidos la medicina o la psiquiatría, postularon un reduccionismo fisiológico de la mujer, en virtud del cual las mujeres hasta bien entrado el siglo XX eran sólo cuerpo, o mejor sólo útero, órgano que siempre se consideró que tenía tal influencia sobre la mujer que determinaba la identidad femenina. Las mujeres estaban destinadas biológicamente a la reproducción y el ejercicio de esa función era incompatible con el desarrollo de las cualidades intelectivas porque la

ejercitación de esas habilidades debilitaba la capacidad reproductora y ponía en peligro la supervivencia de la especie.¹³³ De esta forma, el hogar y la maternidad se configuran como referente fundamental de la feminidad.

En los últimos años la Teoría Feminista, la Filosofía de Género, las Ciencias Humanas y las Ciencias Sociales han llevado a cabo una importante labor de deconstrucción de esa concepción biologicista, poniendo de manifiesto que la identificación de la mujer con la maternidad y la representación de la función materna como un ideal universal para todas las mujeres no obedece a ninguna esencia femenina sino que se debe a una construcción e interpretación hecha por el saber-poder patriarcal. Así partir de los años setenta del siglo pasado, la categoría de género se utilizó para evidenciar que, en los roles femeninos y masculinos, existen junto a los elementos propios de la estructura humana, otros que dependen de las mentalidades y usos sociales. Partiendo de esta idea, la expresión género quiso significar que la realidad integral del ser humano supera la biología, en el sentido de que ésta no puede marcar un “destino ciego” o un rol social inamovible, ni para varones ni para mujeres y que en la conformación y desarrollo de la identidad sexual, poseen también mucha importancia la educación, la cultura y la libertad.¹³⁴

Consideradas de este modo, las categorías de sexo (biología) y género (cultura, libertad) confluyen en una misma realidad: la identidad sexual del ser

¹³³ Esta concepción de la maternidad nos remite a la división tradicional del trabajo, según la cual a las mujeres se les atribuye el trabajo reproductivo, es decir, el trabajo doméstico y la crianza, mientras que a los hombres les corresponde la provisión económica de la familia y el ejercicio de la autoridad. Este modelo, al que solemos denominar «la familia tradicional», no constituye una categoría universal y transhistórica, sino que alude a una forma específica y unívoca de relaciones de género que se impuso en la última fase de la industrialización. Así, de acuerdo con el ideal victoriano de las esferas separadas, el mundo exterior es «masculino» y el doméstico, «femenino», tal y como corresponde a las características esencialmente distintas, contrapuestas y complementarias que se suponen en mujeres y hombres. De esta forma, el hogar y la maternidad se configuran como referente fundamental de la feminidad.

¹³⁴ Los gender studies, desarrollados, fundamentalmente, en el ámbito anglosajón, han denunciado la visión tradicional según la cual las diferencias culturales y sociales entre varones y mujeres pueden ser consideradas como datos “naturales” e inmodificables.

humano.¹³⁵ Sin embargo, desde hace algunos años, el término género ha evolucionado, en su uso antropológico, adoptando posiciones mucho más radicales y ambiguas. Así se puede apreciar en las teorías de género de los Women Studies, especialmente en el ámbito anglosajón. La palabra género presuponía, inicialmente, la base biológica de la diferencia sexuada. Por el contrario, dichos estudios han tendido a suplantar dicha biología, llegando a ignorarla o abolirla. Llegamos así a la denominada teoría postfeminista de género o “ideología de género”. Que parte de la disociación absoluta entre las categorías de sexo (biología) y género (cultura, libertad). Desde esta perspectiva, el género se independiza del dato biológico y su elaboración se produce al margen de todo presupuesto empírico o natural. Se sostiene así que cualquier diferencia entre varón y mujer responde, íntegramente, al proceso de socialización e inculturación. En esta línea, y en general, muchas propuestas del postfeminismo de género parten de la defensa de la absoluta irrelevancia del sexo biológico, tanto en el ámbito personal, social e, incluso, jurídico. Por el contrario, exaltan la categoría del género, considerado como un dato convencionalmente elaborado y, en cualquier caso, dependiente de la autonomía individual. En consecuencia, en este segundo contexto, sexo y género ya no son dimensiones complementarias, sino antagónicas. Naturaleza – entendida en sentido biológico u ontológico, – y cultura entran en pugna y de esta confrontación resulta la aniquilación de la primera en beneficio de la segunda.¹³⁶ El postfeminismo de género se sitúa en el extremo opuesto del

¹³⁵ Un aspecto es natural o biológico –el sexo-, y remite al dato empírico –“dado” o “recibido”-, de la dualidad biológica varón/mujer. El otro es cultural –el género-, y conduce a la representación psicológica-simbólica, a la construcción histórica y antropológico-cultural –con los condicionamientos sociales y culturales que ello conlleva-, de la identidad masculina y femenina. En cualquier caso, interesa hacer notar que, en esta línea argumental, ambas perspectivas no se presentan como antagónicas, sino como complementarias. Se trata, por ello, de dimensiones que, en un desarrollo equilibrado de la persona, están llamadas a integrarse armónicamente. APARISI MIRALLES, A Modelos de relación sexo-género: de la “Ideología de género” al modelo de la complementariedad varón-mujer”, p.2 en: <http://www.laici.va/content/dam/laici/documenti/donna/filosofia/espanol/Modelos%20de%20relacion%20sexo-genero%20Aparisi.pdf>

¹³⁶ APARISI MIRALLES, A., destaca cómo existe bastante unanimidad en entender que los presupuestos básicos de la “ideología de género” se encuentran en Simone de Beauvoir (1908- 1986) En su obra *El Segundo Sexo* (1949) “estableció las bases sobre las que posteriormente se construiría una nueva forma de entender la identidad sexual humana” Partía del existencialismo de Sartre al presuponer un concepto de libertad desvinculado de cualquier realidad previa y, de manera especial,

biologicismo, radicalizando el componente cultural y la autonomía de la voluntad, considerándolos, en definitiva, como los únicos factores constitutivos de la identidad sexual. En este contexto, el postfeminismo de género puede ser entendido como una ideología que radicaliza la aspiración humana de igualdad entre los sexos, y para hacer posible esta igualdad absoluta hay que eliminar de la sociedad los rasgos de la masculinidad y la feminidad, que tienen un origen claro, la biología. La igualdad absoluta presupone, por tanto, ignorar la realidad biológica del ser humano, es decir su cuerpo, que pasa a ser absolutamente irrelevante.

¿Y cómo afecta el postfeminismo de género a la maternidad? Entre los “nuevos derechos humanos” que es preciso reconocer social y jurídicamente para hacer efectiva esta igualdad, encontramos los derechos sexuales y reproductivos. Estos derechos van a permitir a las mujeres evitar la maternidad, que pasa a ser considerada como la carga fundamental y la raíz de la discriminación histórica de las mismas. Como parte integrante del contenido esencial de los nuevos derechos encontramos el derecho a controlar la natalidad. De este modo, como dice APARISI MIRALLES, A “los anticonceptivos pasan a ser considerados como la clave para la igualdad, y el aborto se reclama como un derecho humano básico.”¹³⁷ Pero además la ideología de género también ha propiciado el recurso a las nuevas tecnologías reproductivas en sus diversas modalidades ofertadas. En este caso se trata de la reivindicación de derechos reproductivos positivos, como decisiones autónomas sobre el cuándo y el cómo de la reproducción, al margen de consideraciones sobre la fertilidad o la infertilidad, el estatuto del no nacido, la complementariedad hombre/mujer. Así, por ejemplo, se reclama el de llevar a cabo la gestación de un hijo propio o ajeno en el útero de otra mujer, previo

de la naturaleza humana. “...si la libertad es el único presupuesto a tener en cuenta en el ser humano, es imposible establecer alguna diferencia entre varón y mujer: “la igualdad -innegable- ahoga completamente la diferencia””. Al entender esta autora que la dominación de un sexo sobre otro, así como la perpetuación de esta situación a lo largo de la historia, tenía su raíz, básicamente, en la diferencia sexual, “la respuesta se imponía por sí misma: si lo biológico “condena” a la mujer a la subordinación, la salida está en convertir en irrelevante dicho aspecto”. *Ibidem*.

¹³⁷ APARISI MIRALLES, A., “Modelos de relación sexo-género: de la “Ideología de género” al modelo de la complementariedad varón-mujer, cit., p.8.

acuerdo contractual remunerado.¹³⁸ Es la gestación por encargo. Si el ser humano se reduce a ser pensante y autónomo el cuerpo es algo de lo que se puede disponer, pues no le constituye esencialmente como persona.¹³⁹ A partir de ese momento el cuerpo “deja de ser nuestro”. Puede ser por tanto objeto de contrato, y lo mismo sus funciones más esenciales, como la función reproductiva.

Desde la óptica feminista el llamado feminismo liberal, partiendo de la primacía absoluta de la autonomía individual, conecta con esta idea de un supuesto derecho a la reproducción que incluiría el recurso a las técnicas de reproducción artificial en cuanto proporcionarían a las mujeres mayor libertad de elección, al permitirles decidir sobre el hecho mismo de la reproducción y el cómo reproducirse, incluso a la mujer sola.¹⁴⁰ Las nuevas tecnologías reproductivas se convierten así, desde este punto de vista, en una forma de liberación de las mujeres.¹⁴¹

¹³⁸ PALAZZANI, L., “Los valores femeninos en bioética”, cit., p.63.

¹³⁹ “Esta postura presupone “una concepción dualista de la persona, que la disgrega en dos: por un lado, su razón y su autonomía y, por otra, su dimensión corporal. Es más, según este planteamiento, típico de la modernidad, la persona en realidad es pura autonomía: el sujeto humano se reduce a un ser pensante y autónomo, mientras que su cuerpo es «algo», una cosa de la que puede disponer a discreción y que no le constituye esencialmente como persona. En consecuencia, el dualismo considera que la dimensión corporal, al igual que el resto de la naturaleza, puede ser tratada como un objeto disponible y susceptible de cualquier transacción. Ello, como se puede advertir, desemboca en un liberalismo extremo, que no establece límites a la libertad contractual. Todo puede ser objeto de un contrato, también el cuerpo humano y sus funciones más esenciales. En esta línea, la concepción dualista de la persona legitima perfectamente el contrato de alquiler de vientre. El cuerpo de la mujer portadora queda reducido a desempeñar un papel puramente instrumental.” LÓPEZ GUZMÁN, J. y APARISI MIRALLES, A. “Aproximación a la problemática ética y jurídica de la maternidad subrogada, Cuadernos de Bioética, vol 23, nº 78, 2012, p.258.

¹⁴⁰ Yolanda Gómez se muestra a favor de la maternidad en solitario. GÓMEZ SÁNCHEZ, Y., El derecho a la reproducción humana. Madrid, Marcial Pons, 1994, p.63. Y también la legislación española permite la fecundación artificial postmortem (art 9 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida) y reconoce a la mujer sola como usuaria o receptora de las técnicas reguladas en la Ley.(art 6 de la citada Ley)

¹⁴¹ FERNÁNDEZ RUIZ-GÁLVEZ, E., “Mujeres y Técnicas de reproducción artificial. ¿Autonomía o sujeción?”, en BALLESTEROS, J. (coord.), La humanidad in vitro. Granada, Comares, 2002, p.164.

Se pierde el carácter íntimo e interpersonal del proceso de gestación. No se procrea tras un relación sexual, fruto del amor de dos personas que se entregan y se perpetúan, sino que esa reproducción es, como ya se ha indicado, resultado de la técnica (se realiza sin acto sexual, en soledad, en la camilla de una clínica, etc.) y la mujer gestante, parte de un contrato «...está condenada a considerar su embarazo desde una perspectiva puramente funcional y no como un acontecimiento que concierne todo su ser. Tiene proscrita la formación de todo vínculo sentimental con el niño que porta en ella. Dicho de otra forma, la madre portadora pone a disposición de la pareja interesada sus funciones reproductivas, pero esta fuerte implicación corporal no se traduce en un empeño de todo su ser: la madre uterina debe vivir su embarazo en la indiferencia, en la perspectiva del abandono, con el pensamiento de que no es su hijo. De ahí la ruptura de la unidad substancial de la persona que, en una antropología humanista, es indivisiblemente cuerpo y espíritu”.¹⁴²

Así las cosas, las nuevas tecnologías reproductivas y en concreto la gestación por encargo representan más bien, a nuestro juicio, un retroceso que un avance en los derechos de las mujeres, ya que incrementan notablemente el control patriarcal sobre la reproducción humana, que queda en manos de los “expertos” o de empresas con afán de lucro que mercantilizan con el hecho de traer un nuevo ser al mundo. Además, dada la variada amalgama de sujetos que pueden hacer uso de estas técnicas¹⁴³ se puede prescindir del marco de la complementariedad varón-mujer para concebir y educar a una nueva vida creando nuevos escenarios con notables repercusiones en la vida de los sujetos y de su descendencia y modificando profundamente las relaciones interpersonales, en especial en el ámbito familiar e incluso la forma de comprendernos a nosotros mismos.

¹⁴² MONTERO, E., “La summa divisio iuris entre las personas y las cosas a prueba de la maternidad de alquiler”, conferencia pronunciada en la clausura de la IV edición del Máster en Bioética. Universidad de Navarra, 2010 citada en LÓPEZ GUZMÁN, J. Y APARISI MIRALLES, A. “Aproximación a la problemática ética y jurídica de la maternidad subrogada” Cuadernos de Bioética, vol 23, nº 78, 2012, p.259

¹⁴³ Parejas de varones, parejas de mujeres, varones solos o mujeres solas.

2. La reivindicación de un presunto “derecho a procrear”

En los ordenamientos jurídicos nacionales e internacionales no aparece ninguna formulación jurídica que permita consagrar un derecho subjetivo a ser padre o madre. Sí se reconoce, en el ámbito internacional, el derecho de todo ser humano a fundar una familia¹⁴⁴, pero la maternidad/paternidad se ha considerado tradicionalmente como perteneciente al ámbito de lo privado, una cuestión que permanece en la esfera privada de las personas; eso sí, amparada por otros derechos como el derecho a la intimidad y a la vida familiar, que sí aparecen regulados. En efecto, casi todos los textos constitucionales recogen la protección a la maternidad (por ejemplo la Constitución española de 1978 o la Constitución italiana de 1947) pero ninguno de ellos recoge un derecho a la maternidad¹⁴⁵. Sólo cuando la maternidad o la paternidad entran “en conflicto” con algún otro interés general de la sociedad, son objeto de regulación legal específica; por ejemplo, de cara a garantizar la igualdad de los hijos con independencia de su filiación o la investigación de la paternidad (art, 39.2 CE).

Encontramos entonces, disposiciones jurídicas que protegen múltiples aspectos conectados con la maternidad o la paternidad, la mayoría de ellas normas de derecho laboral y de protección social.¹⁴⁶ Pero estas normas se

¹⁴⁴ El art 12 de la Convención para la Salvaguardia de los Derechos del Hombre y de las Libertades Fundamentales (Convenio de Roma) dice: "A partir de la edad núbil, el hombre y la mujer tienen el derecho de casarse y de fundar una familia según las leyes nacionales que rigen el ejercicio de este derecho". En similares términos la Declaración Universal de Derechos Humanos (art 16), El Pacto de Derechos Civiles y Políticos (art 23.2), o la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art 17.2).

¹⁴⁵ MARRADES PUIG, ANA I. Luces y sombras del derecho a la maternidad. Análisis jurídico de su reconocimiento. Valencia, Universitat de València, 2002, p.27.

¹⁴⁶ Artículo 39 Constitución española, de 1978; Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores; Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales; Ley 39/1999 de 5 de Noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras; Ley Orgánica 3/2007, de 22 de Marzo, para la Igualdad Efectiva entre Mujeres y Hombres; Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social; Ley 40/2003, de 18 de Noviembre, de protección a las familias numerosas; Ley

consideran una excepción, pues como regla general el Estado no interfiere en los asuntos relativos a la reproducción (procreación) humana al formar parte de la esfera privada de los individuos. En suma, la tutela de la libertad procreativa se entendía comprendida tradicionalmente en la protección de la familia, como lugar privilegiado donde el individuo afirma su personalidad, y donde el hombre y la mujer deciden cuándo y cuántos hijos quieren tener y tenía además un carácter más defensivo (negativo) que positivo: el Estado no debía inmiscuirse en la libertad de procrear de las personas.¹⁴⁷

La explícita reivindicación de la reproducción humana como un derecho está directamente vinculada a los espectaculares y veloces avances científicos en materia de reproducción asistida, puesto que dichas técnicas han buscado su legitimación social y jurídica precisamente en la existencia de un presunto 'derecho a procrear'. Se trata, pues, de un hipotético derecho que se ha ido consolidando de facto (por la posibilidad indiscriminada de acceso a las TRA), sin formulación explícita en ningún texto constitucional o legal, y que algunos autores tratan de deducir o identificar en el contenido de otros derechos fundamentales. En el ámbito internacional sí encontramos referencias a los llamados 'derechos sexuales y reproductivos'; como por ejemplo en la *Conferencia Mundial sobre Población y Desarrollo* celebrada en el Cairo en 1994, y en la *IV Conferencia Mundial de la Mujer en Beijing en 1995*¹⁴⁸, que los sitúan en el contexto de la llamada 'salud reproductiva'. Pero estos derechos reproductivos no son fáciles de definir; no están incluidos (ni siquiera

39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia; Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral. Y numerosas Leyes autonómicas como en la Comunidad Valenciana la Ley 6/2009, de 30 de junio, de la Generalitat, de Protección a la Maternidad.

¹⁴⁷ ALKORTA IDIAKEZ, I., "Nuevos límites del derecho a procrear", *Derecho Privado y Constitución*, nº 20, 2006, p. 12 y ss.

¹⁴⁸ Ambos instrumentos consagran que estos derechos se basan "en el reconocimiento del derecho básico de todas las parejas e individuos a decir libre y responsablemente el número de hijos, el espaciamiento de los nacimientos y el intervalo entre éstos y a disponer de la información y de los medios para ello y el derecho a alcanzar el nivel más elevado de salud sexual y reproductiva. También incluye su derecho a adoptar decisiones relativas a la reproducción sin sufrir discriminación, coacciones ni violencia, de conformidad con lo establecido en los documentos de derechos humanos. En ejercicio de este derecho, las parejas y los individuos deben tener en cuenta las necesidades de sus hijos nacidos y futuros y sus obligaciones con la comunidad."

implícitamente) en la *Declaración Universal de Derechos Humanos* y tampoco existe un consenso doctrinal sobre su naturaleza, alcance y contenido.¹⁴⁹

3. Protección constitucional de la maternidad y la infancia

En los ordenamientos jurídicos nacionales e internacionales no aparece generalmente una formulación jurídica que consagre el derecho a ser padre o madre. Si se reconoce, el derecho a fundar una familia en numerosos textos internacionales¹⁵⁰ algunos de los cuales se han incorporado a nuestro ordenamiento jurídico y, por tanto, de forma implícita, el derecho a tener descendencia propia (así como también de adoptar). Pero la maternidad/paternidad se ha considerado tradicionalmente como perteneciente al ámbito de lo privado, una cuestión que permanece en la esfera privada de las personas, eso sí, amparada por otros derechos como el derecho a la intimidad y a la vida familiar, que sí aparecen regulados.¹⁵¹ Sólo cuando la maternidad y la paternidad entran “en conflicto” con algún otro interés general de la sociedad, son objeto de regulación legal. Encontramos entonces, disposiciones jurídicas que protegen múltiples aspectos conectados con la maternidad o la paternidad, la mayoría de ellas normas de derecho laboral y de

¹⁴⁹ Las Conferencias Mundiales sobre Población y Desarrollo del Cairo, 1994 y la Conferencia Mundial sobre la Mujer, de Pekín, 1995, que como se ha visto definen los derechos sexuales y reproductivos, son importantes, “pero no generan normas de derecho internacional, sino que constituyen directrices comunes para la mejor ^{interpretación} y aplicación de derechos humanos previamente reconocidos en instrumentos vinculantes. El valor normativo de los derechos abordados es pues exógeno en el sentido de que descansa en el reconocimiento previo de los mismos por parte de convenios vinculantes.” ALKORTA IDIAKEZ, I., “Nuevos límites del derecho a procrear”, cit., p. 16.

¹⁵⁰ El art 12 de la Convención para la Salvaguardia de los Derechos del Hombre y de las Libertades Fundamentales (Convenio de Roma) dice: "A partir de la edad núbil, el hombre y la mujer tienen el derecho de casarse y de fundar una familia según las leyes nacionales que rigen el ejercicio de este derecho". En similares términos la Declaración Universal de Derechos Humanos (art 16), El Pacto de Derechos Civiles y Políticos (art 23.2), o la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art 17.2).

¹⁵¹ En este sentido Marrades Puig apunta que casi todos los textos constitucionales recogen la protección a la maternidad (por ejemplo la Constitución española de 1978 o la Constitución italiana de 1947) pero ninguno un derecho a la maternidad o un derecho de las madres. MARRADES PUIG, ANA I. Luces y sombras del derecho a la maternidad. Análisis jurídico de su reconocimiento, cit., p.27.

protección social.¹⁵² Pero estas normas se consideran una excepción, pues como regla general el Estado no interfiere en los asuntos relativos a la reproducción humana al formar parte de la esfera privada de los individuos. Así, la tutela de la libertad procreativa se entendía comprendida tradicionalmente en la protección de la familia, como lugar privilegiado donde el individuo afirma su personalidad, y donde el hombre y la mujer deciden cuándo y cuántos hijos quieren tener y tenía además un carácter más defensivo que positivo: el Estado no debía inmiscuirse en la libertad de procrear de las personas.¹⁵³

La Constitución Española dedica su art. 39 a la protección de la familia, la maternidad y la infancia. No reconoce expresamente el derecho a fundar una familia, pero sí encomienda a los poderes públicos la protección social, jurídica y económica de la familia.¹⁵⁴ Al respecto, afirma Yolanda Gómez que “en ningún caso se trata de un derecho subjetivo que obligue positivamente a los poderes públicos en orden a la creación por parte de los ciudadanos de unidades familiares”.¹⁵⁵ En otras palabras, se trata de algo que pertenece a la libertad individual de cada persona, sólo cuando esa libertad se activa y lleva al individuo a fundar una familia, entonces, es la familia ya constituida, la que debe ser protegida por el Estado.

¹⁵² Artículo 39 Constitución española, de 1978; Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores; Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales; Ley 39/1999 de 5 de Noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras; Ley Orgánica 3/2007, de 22 de Marzo, para la Igualdad Efectiva entre Mujeres y Hombres; Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social; Ley 40/2003, de 18 de Noviembre, de protección a las familias numerosas; Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia; Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral. Y numerosas Leyes autonómicas como en la Comunidad Valenciana la Ley 6/2009, de 30 de junio, de la Generalitat, de Protección a la Maternidad.

¹⁵³ ALKORTA IDIAKEZ, I., “Nuevos límites del derecho a procrear”, cit., p. 12 y ss.

¹⁵⁴ Artículo 39.1 de la CE “Los Poderes Públicos aseguran la protección social, jurídica y económica de la familia”.

¹⁵⁵ GÓMEZ SÁNCHEZ, Y., El derecho a la Reproducción humana, cit., p.57.

3.1. Protección constitucional de la maternidad

Art 39.2 CE recoge la protección de la maternidad, más literalmente la protección de las madres al decir que *“Los poderes públicos aseguran, asimismo la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación, y de las madres, cualquiera que sea su estado civil.”*¹⁵⁶ Se alude expresamente a la ‘protección de las madres’ no al hecho en sí de ‘ser madre’; de ahí que no consagre, en absoluto, un derecho a tener hijos, un derecho a la maternidad. En efecto, este precepto se halla ubicado en el capítulo III del título I de la Constitución, dedicado a los derechos sociales, proclamados asimismo en la Constitución como ‘principios rectores de la política social y económica’. Como sabemos, nuestra Constitución proclama los derechos fundamentales, *strictu sensu*, en el capítulo II del Título I (arts. 14 a 29 CE); son los que cuentan con unas garantías reforzadas que los identifican frente al resto. Los demás derechos recogidos en ese título, aun siendo ‘derechos constitucionales’, no tienen el carácter de derechos subjetivos sino el de ‘principio rector’; es decir, que deben inspirar necesariamente la legislación positiva que desarrolle dichas materias, pero carecen de fuerza para ser exigibles en el ámbito jurisdiccional¹⁵⁷. En definitiva, resulta obvio que la maternidad debe constituir (y de hecho constituye) uno de los más importantes ámbitos de ‘protección’ para el legislador constitucional, de ahí su presencia explícita como principio rector de toda la política social y económica; pero también resulta obvio que las peculiares exigencias requeridas para poder ‘ser madre’ impiden positivarla como un derecho fundamental. En efecto, en ningún caso los poderes públicos podrían garantizar a cualquier ciudadano un derecho subjetivo e incondicionado a ser madre¹⁵⁸.

¹⁵⁶ Artículo 39.2 de la CE.

¹⁵⁷ PÉREZ LUÑO, A.E. *Los derechos fundamentales*, Madrid, Tecnos 1995, p.57-104.

¹⁵⁸ En este sentido, no comparto el planteamiento de Marrades cuando afirma que la maternidad no se ha constituido como un auténtico derecho fundamental porque no era lo suficientemente importante para el legislador constitucional (MARRADES PUIG, ANA I. *Luces y sombras del derecho a la maternidad. Análisis jurídico de su reconocimiento*, cit., p.17). En este caso no está en cuestión la importancia de la maternidad, se trata de un problema de garantías de un derecho subjetivo. En efecto, puesto que la maternidad no puede garantizarse en todo caso, no

Sólo son constitucionales los derechos reconocidos expresamente en la Constitución, y aunque es verdad que ésta ofrece la posibilidad de que se reconozcan nuevos derechos constitucionales vía ratificación de tratados internacionales, no existe ningún tratado internacional que haya reconocido tal derecho¹⁵⁹ La Constitución española, pues, no reconoce (ni podría hacerlo) un derecho (expreso o vinculado a algún derecho fundamental) cuyo objeto sea “tener hijos”; es decir, no existe en el ordenamiento constitucional español un derecho a la paternidad/maternidad. Este ámbito aparece enunciado en la Constitución como *protección de la maternidad*; es decir, destinado a fomentar política de protección hacia quienes *ya son madres*; pero nunca como garantía de la voluntad o intención de querer serlo. El propio Tribunal Constitucional ha mantenido una postura clara respecto a no considerar como derechos subjetivos, los enunciados del art 39 CE, sin perjuicio de la obligación de tutela por parte por parte de los poderes públicos.¹⁶⁰ Estamos, por tanto, ante los denominados “derechos sociales” que la Constitución formula en términos del “principios rectores”. Estos principios rectores, vinculan a los poderes públicos (art 9.2 CE) en el sentido y con el alcance del art 53.3 CE:

“El reconocimiento, el respeto y la protección de los principio reconocidos en el Capítulo III informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos. Sólo podrán ser alegados ante la jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las Leyes que los desarrollen”¹⁶¹

puede constituirse como derecho subjetivo, tan sólo cabe reconocer su protección al máximo nivel; o sea, al nivel constitucional, tal y como viene reconocida en el art. 39 CE.

¹⁵⁹ MARRADES PUIG, ANA I. para quién además “Las clausulas interpretativas que nuestro ordenamiento jurídico nos ofrece posibilitan que el requisito positivista del reconocimiento del derecho no exija una fórmula expresa, sino que pueda hacerse a través de otros derechos reconocidos en el texto constitucional.” *Ibid*, p.21. y añade “La vía interpretativa del artículo 10.2CE serviría de cauce para fundamentar este derecho en el derecho a fundar una familia, recogido en el artículo 12 del Convenio europeo de Derechos Humanos que –creemos- es el que guarda una mayor similitud en el contenido y en la forma con el que aquí se analiza”. *Ibid*, p.168.

¹⁶⁰ En la STC 116/1999, de 17 de junio, se afirmaba que “El artículo 39 no regula ningún derecho o libertad pública”

¹⁶¹ En la STS 247/2014, de 16 de febrero se dice “Las normas que regulan los aspectos fundamentales de la familia y, dentro de ella, de las relaciones paterno-

Lo que la Constitución afirma aquí es que de los principios no nacen “derechos constitucionales”, sino que se convertirán en derechos ‘legales’ una vez que se desarrollen específicamente en las correspondientes leyes. Y esto significa que en el Capítulo Tercero de la Constitución no se contemplan “derechos” que puedan imponerse directamente al legislador, a partir de la sola Constitución.

En sentido contrario se pronuncian algunos autores, como MARRADES, para quién el artículo 39.2 CE sí contiene derechos.¹⁶² En su opinión, puede que no se trate de un derecho público subjetivo, por cuanto no puede ser invocado directamente ante los tribunales, pero su valor como ‘principio rector’ es incontestable; por lo que, aunque goce de menos garantías que otros derechos (los derechos fundamentales),¹⁶³ su conexión con algunos derechos fundamentales, sí permitiría que pudieran ser invocados ante los tribunales. Para esta autora, cuando el art 39 CE afirma que “*sólo podrán ser alegados ante la jurisdicción ordinaria de acuerdo con las leyes que los desarrollen*” no quiere decir que no puedan ser apreciados por los Tribunales ordinarios, sino que éstos no podrán reconocer prestaciones fundadas únicamente en estos preceptos.¹⁶⁴ Siendo esto cierto, conviene no olvidar que estamos hablando de principios; es decir, que aún debiendo tener un oportuno reflejo jurisprudencial y legislativo, no constituyen en absoluto derechos. Y mucho menos en el caso que nos ocupa, por cuanto el presunto bien que deberían tutelar (el derecho a

filiales, tienen anclaje en diversos preceptos constitucionales del Título I...: ...protección de la familia, protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación, y de las madres, cualquiera que sea su estado civil (art. 39). ...Todos estos derechos fundamentales y principios constitucionales recogidos en el Título I de la Constitución integran ese orden público que actúa como límite al reconocimiento de decisiones de autoridades extranjeras (STC núm. 54/1989, de 23 de febrero, FJ 4º) y, en definitiva, a la posibilidad de que los ciudadanos opten por las respuestas jurídicas diferentes que los diversos ordenamientos jurídicos dan a una misma cuestión.”

¹⁶² MARRADES PUIG, ANA I. *Luces y sombras del derecho a la maternidad. Análisis jurídico de su reconocimiento*, cit., p.185.

¹⁶³ Los derechos del Capítulo III, quedan excluidos además, de la garantía del recurso de amparo, reservado a los derechos fundamentales y libertades públicas y lo mismo ocurre con los recursos por vía ordinaria de carácter preferente y sumario que no podrán interponerse para la defensa directa de los derechos del artículo 39.

¹⁶⁴ MARRADES PUIG, ANA I. *Luces y sombras del derecho a la maternidad. Análisis jurídico de su reconocimiento*, cit., p. 186.

un hijo) resulta de imposible satisfacción para los poderes públicos en ninguno de los supuestos que pudieran considerarse en la actualidad o en el futuro.

Conviene recordar también que los principios de protección a las madres y, en general, de protección de la familia y de la infancia, recogidos en el artículo 39 CE gozan de las siguientes medidas de protección, establecidas por la propia Constitución:

-- El Defensor del Pueblo se encuentra designado, en virtud de lo establecido en el artículo 54 de la Constitución Española, como alto comisionado de las Cortes Generales para la defensa de los derechos recogidos en el Título I de la Constitución, encuadrándose el artículo 39 de la Constitución dentro del mencionado Título I.

-- El artículo 39 de la Constitución Española se integra dentro del Título I de la Constitución, prohibiéndose la adopción de Decretos-Leyes que afecten a los derechos, deberes o libertades recogidos en dicho Título I, aun en los supuestos de extraordinaria y urgente necesidad en los que, para la regulación de otras materias, sí resulta procedente recurrir a los Decretos-leyes (art. 86.1 de la Constitución Española).

-- Las leyes que desarrollan los principios rectores de la política social y económica están sujetas al control de constitucionalidad del art 161 CE.

-- Los derechos sociales del Capítulo III no son inmediatamente aplicables. Dichos principios sólo podrán ser alegados ante la Jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen (artículo 53.3 de la Constitución).

Conviene, además, destacar que la protección de la Constitución (Art 39. 2) se destina a las madres y no a las mujeres en general. La mujer, en nuestro texto constitucional, tiene la consideración de ciudadano en igualdad de derechos con el hombre.¹⁶⁵ Pero la aplicación del principio de igualdad no ha de suponer un comportamiento idéntico en cuanto a hombres y mujeres. Lo que hace la Constitución es valorar la especial situación de las mujeres, dentro

¹⁶⁵ GÓMEZ SÁNCHEZ, Y., "Familia y matrimonio en la constitución española de 1978", Revista de Derecho Político, Madrid, nº 36, 1996, p.349.

y fuera de familia, a la hora de dispensarle una protección especial.¹⁶⁶ El reconocimiento constitucional de la protección de la maternidad supone adoptar todas las medidas necesarias para, como dice Yolanda Gómez: “neutralizar la carga adicional que toda maternidad encierra, especialmente en los aspectos económicos y laborales que directamente debe asumir la mujer”. Y todas estas medidas, deberán basarse en el principio de igualdad.¹⁶⁷

La Constitución se refiere a las madres en el Art 39.2 CE, e implícitamente a los padres en el artículo 39.3 CE (comprendidos en la mención genérica “padres”, relativa a ambos sexos)¹⁶⁸. Es cierto que no existe aquí una mención constitucional expresa del padre que, como tal, ni queda protegido, ni se le reconoce su igualdad con independencia del estado civil, ni siquiera se le garantiza su igualdad con respecto a la madre; lo cual podría conculcar el principio de igualdad, sobre todo teniendo en cuenta las actuales situaciones legales previstas y reguladas que hacen perfectamente posible que la guarda y custodia sobre los hijos menores corresponda sólo al padre en los casos de separación y divorcio¹⁶⁹. Esta postura ha sido criticada por autores como García Cantero, para quién este silencio del artículo 39 CE respecto a los padres constituye “una desigualdad de trato, en cuanto a tutela constitucional directa, en relación con las madres, que no se compadece mucho con el principio de igualdad constitucional del artículo 14 CE”.¹⁷⁰ Pero esta omisión, como apunta Yolanda Gómez, puede corregirse con una interpretación sistemática del principio de igualdad. La igualdad, sostiene esta autora, tiene un valor relacional, no supone trato idéntico de cualquier situación, aunque sí trato igual para situaciones iguales.¹⁷¹ Además dicha protección llega a todas

¹⁶⁶ MARRADES PUIG, ANA I., *Luces y sombras del derecho a la maternidad*, cit., p. 196.

¹⁶⁷ GÓMEZ SÁNCHEZ, Y., “Familia y matrimonio en la constitución española de 1978”, cit., p. 355.

¹⁶⁸ Art 39.3 CE “Los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda.”

¹⁶⁹ ARROYO MORENO, A.M., “La constitucionalización del Derecho de familia”, *Diario La Ley*, nº 8333, Sección Tribuna, 2014.

¹⁷⁰ GARCÍA CANTERO, G. “Familia y Constitución”, en Ramírez Jiménez, M., (coord.), *El desarrollo de la Constitución española de 1978*, Pórtico, Zaragoza, 1982.p.82

¹⁷¹ GÓMEZ SÁNCHEZ, Y., *El derecho a la Reproducción humana*, Madrid, cit.,

las madres sin excepción, cualquiera que sea su estado civil, entendiendo que la maternidad acaecida en el matrimonio tiene el mismo valor que la surgida fuera del vínculo matrimonial.¹⁷²

3.2. Investigación de la paternidad

El art 39.2 de la CE se refiere, finalmente, a la obligación legislativa de “posibilitar” la investigación de la paternidad. Este precepto no consagra expresamente el derecho de toda persona a conocer el propio origen, pero en unión con otros preceptos constitucionales si lo fundamenta y justifica (arts. 10, 15 y 43 de la CE). Nuestro derecho atribuye personalidad jurídica a la persona por el simple hecho de serlo. La identidad individual forma parte de la personalidad del ser humano. Por lo que toda persona, debe gozar, por el simple hecho de serlo, del derecho a conocer quiénes son sus progenitores, permitiendo así el pleno desarrollo de su personalidad. Pero además, uno de los elementos que conforman la dignidad humana es el conocimiento de los propios orígenes, saber quiénes son los propios progenitores. En este sentido “si todas las personas tiene derecho a una vida digna, esta dignidad es difícil de alcanzar cuando no se sabe de dónde se proviene”.¹⁷³ Toda persona tiene el derecho a saber quiénes son sus verdaderos progenitores, “no sólo por la necesidad de reclamar de éstos los deberes de afecto y ayuda material conectados a la paternidad o maternidad, sino también porque con ello puede reconocerse y determinarse como individuo humano singular y único”.¹⁷⁴

Dignidad y libre desarrollo de la personalidad integran los llamados derechos de la personalidad, que tiene su base legal en el art 10 CE.¹⁷⁵ El

p. 68.

¹⁷² GÓMEZ SÁNCHEZ, Y., Familia y matrimonio en la Constitución Española de 1978, cit., p. 351.

¹⁷³ VELA SÁNCHEZ A.J., “El derecho del adoptado a conocer sus orígenes biológicos.” *La Ley*, nº 7526, 2010, p. 3.

¹⁷⁴ CORRAL TALCIANI, H., “Intereses y derechos en colisión sobre la identidad del progenitor biológico: los supuestos de la madre soltera y del donante de gametos”, *Ius et Praxis*, nº 2, 2010, p. 61.

¹⁷⁵ Art 10 CE “La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad...son fundamento del orden político y

conocimiento del propio origen se manifiesta como fundamental para construir una personalidad psicológicamente sana. Pero además el art 15 CE consagra el derecho fundamental a la integridad moral. Impedir que una persona pueda conocer su origen biológico atentaría contra la esencia misma de este derecho. De ahí que la exigencia de toda persona a conocer la identidad de sus progenitores adquiera el perfil de un derecho humano, asumiendo también la forma jurídica de un derecho fundamental (derecho de la personalidad) tutelado por los instrumentos jurídicos de más alto rango: tratados internacionales¹⁷⁶ y preceptos constitucionales. La Constitución tan sólo recoge la investigación de la paternidad, pero el desarrollo de la Ley civil ha ampliado esta previsión también a la investigación de la maternidad.¹⁷⁷

Pero, además de la importancia que para la persona tiene el hecho de conocer su origen biológico, por cuanto que su desconocimiento atenta a su dignidad y podría “frustrar” su derecho al libre desarrollo de la personalidad; el conocer los datos biológicos cumple también otras funciones importantes: permite, por ejemplo, el tratamiento inmediato de ciertas anomalías que pueden ser corregidas al conocerse los antecedentes genéticos del individuo o para determinar compatibilidades que aumenten el éxito de trasplantes de órganos.¹⁷⁸ En este sentido, el desconocimiento de los orígenes biológicos podría dificultar el diagnóstico y tratamientos médicos, vulnerando así el

de la paz social”.

¹⁷⁶ La Convención de Derechos del Niño dispone que “el niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos” (art. 7 N° 1). Agrega además que “Los estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley y sin injerencias ilícitas” (art. 8 N° 1). El tratado sigue diciendo que “cuando un niño sea privado ilegalmente de alguno de los elementos de su identidad o de todos ellos, los estados Partes deberán prestar la asistencia y protección apropiadas con miras a restablecer rápidamente su identidad (art. 8 N° 2).

¹⁷⁷ Artículo 764.1 LEC indica que “Podrá pedirse de los Tribunales la determinación legal de la filiación, así como impugnarse ante ellos la filiación legalmente determinada en los casos previstos por la legislación civil”. Igualmente el artículo 767.2 LEC señala aclara que “En los juicios sobre filiación será admisible la investigación de la paternidad y de la maternidad mediante toda clase de pruebas, incluidas las biológicas”.

¹⁷⁸ GÓMEZ SÁNCHEZ, Y., “Familia y matrimonio en la constitución española de 1978”, cit., p. 360.

derecho la protección de la salud, consagrado en el art 43 de la Constitución Española.

Sin embargo, este derecho y esta necesidad de conocer el origen biológico choca frontalmente con las actuales técnicas de reproducción humana asistida y con la idea de que los donantes de esperma y óvulos deben quedar protegidos por el secreto de su identidad, tal y como expone el art. 5.5 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana (en adelante LTRHA).

Paradójicamente el art. 7.1 del mismo texto legal bajo el título “Filiación de los hijos nacidos con las técnicas de reproducción asistida”, reconduce su regulación a “las Leyes civiles, a salvo de las especificaciones establecidas en los tres siguientes artículos” (arts. 8, 9 y 10 LTRHA), normas civiles que desde la reforma del código civil por la Ley 11/1981 , de 13 mayo optan por un sistema de determinación de la filiación basado en la verdad biológica, en cuya virtud se favorece que quien es padre biológico, sea tenido por padre legal.¹⁷⁹ En definitiva la LTRHA resulta contradictoria pues al tiempo que garantiza el anonimato del donante, remite a una regulación (la del CC) articulada en torno al principio de verdad biológica.

Pero, por otra parte, LTRHA española admite la fecundación con semen de donante anónimo, la donación igualmente anónima de óvulos e incluso de pre-embriones. Así, el anonimato del donante, se presenta en la Ley (art. 5.5), como uno de los pilares sobre los que se asienta la reproducción humana asistida en nuestro derecho, de modo que la revelación de la identidad de los donantes de gametos es excepcional. Sólo en circunstancias extraordinarias que comporten un peligro cierto para la vida o la salud del hijo o “cuando proceda” en una investigación criminal podrá revelarse dicha identidad, siempre y cuando, además, esta revelación sea indispensable para evitar el peligro o conseguir el fin legal propuesto (art. 5.5.3 LTRHA). Además si por esta vía, llega a conocerse la identidad del donante, ello en ningún caso implicará

¹⁷⁹ BÁRBER CÁRCAMO, M^a R., “Reproducción asistida y determinación de la filiación”, *Redur* 8, 2010, p. 27-28.

determinación legal de la filiación (art 8.3 LTRHA). Con esta regulación quiebra el principio de verdad biológica y la consideración como padre legal al padre genético que se sustituye por la voluntad de ser progenitor con independencia del origen genético del material reproductor empleado.¹⁸⁰

3.4. Conflicto entre investigación de la paternidad y reproducción asistida

El conflicto entre el derecho a conocer el origen biológico y el derecho del donante a preservar su anonimato y con ello su intimidad, es todavía objeto de continuos debates. También la jurisprudencia resulta contradictoria en este punto. Por una parte la STC 116/1999, de 17 de junio, que resolvió el recurso de inconstitucionalidad interpuesto sobre la referida Ley en su totalidad, y subsidiariamente sobre varios de sus preceptos (por cuestiones que se refieren a la posibilidad de utilización de las técnicas por una mujer sola, por aspectos relativos al anonimato y la filiación y por el mismo rango de la norma), ratificó la constitucionalidad del anonimato del donante, justificándolo sobre la base de la admisible separación entre la filiación legal y la biológica.

El recurso alegaba que el anonimato era contrario a la investigación de la paternidad, y se desestimó al observar que tal principio no es absoluto, y puede excepcionarse justificadamente, como en este caso, en que tal revelación no se ordena al establecimiento de la relación legal paterno-filial, sino sólo a la identificación del donante de los gametos.¹⁸¹ Para Barber Cárcamo, el

¹⁸⁰ *Ibidem.*

¹⁸¹ STC 116/1999, de 17 de junio “La Constitución ordena al legislador que «posibilite» la investigación de la paternidad, lo que no significa la existencia de un derecho incondicionado de los ciudadanos que tenga por objeto la averiguación, en todo caso y al margen de la concurrencia de causas justificativas que lo desaconsejen, de la identidad de su progenitor”. El Tribunal Constitucional pretende “no olvidar, como base de partida, que la acción de reclamación o de investigación de la paternidad se orienta a constituir, entre los sujetos afectados, un vínculo jurídico comprensivo de derechos y obligaciones recíprocos, integrante de la denominada relación paterno-filial, siendo así que la revelación de la identidad de quien es progenitor a través de las técnicas de procreación artificial no se ordena en modo

argumento del TC sería sostenible si la Ley se hubiera asegurado de que todo nacido a través de TRHA tuviera un padre legal, pues “el anonimato se funda en lo innecesario de señalar un sujeto a quien la Ley no va a admitir como padre legal, porque ya hay uno señalado como tal”, pero la propia LTRHA posibilita el nacimiento de niños sin padre, en cuyo caso, el anonimato no hace sino desatender los derechos del hijo nacido mediante estas técnicas.¹⁸² Paradójicamente, tres meses después, la Sentencia del Tribunal Supremo nº 773/1999, de 21 de septiembre de 1999, supuso un hito en materia de reconocimiento del derecho al conocimiento del origen biológico, al derogar los preceptos de la legislación del Registro Civil que permitían a la madre ocultar la maternidad, omitiendo su identidad en el parte médico de asistencia al parto, lo que vulneraba el derecho del hijo al conocer su identidad biológica. El Tribunal Supremo declara que este sistema se opone frontalmente a diversos preceptos constitucionales. No puede permitirse que el hijo biológico pierda por completo el nexo que le permitiría conocer su verdadera filiación, debido a un acto voluntario de la madre, expresivo de su no asunción de la maternidad y sus responsabilidades inherentes.¹⁸³

alguno a la constitución de tal vínculo jurídico, sino a una mera determinación identificativa del sujeto donante de los gametos origen de la generación, lo que sitúa la eventual reclamación, con este concreto y limitado alcance, en un ámbito distinto al de la acción investigadora que trae causa de lo dispuesto en el último inciso del artículo 39.2 de la Constitución”.

¹⁸² BÁRBER CÁRCAMO, M^a R., “Reproducción asistida y determinación de la filiación”, cit., p. 34.

¹⁸³ STS 773/1999 de 21 de septiembre de 1999 en su Fundamento de Derecho Quinto.3 considera que el sistema diseñado en los artículos 167, 182 y concordantes del Reglamento del Registro Civil, y sus disposiciones de desarrollo “pugnan con el principio de libre investigación de la paternidad (artículo 39.2 de la Constitución española), y con el de igualdad (artículo 14), además de erosionar gravemente el artículo 10 de la Constitución Española, al afectar a la misma dignidad de madre e hijo, a sus derechos inviolables inherentes a ella, y al libre desarrollo de su personalidad y al mismo artículo 24.1 en cuanto resulta proscriptivo de la indefensión. La coincidencia entre filiación legal y paternidad y maternidad biológica deben ser totales. Esta es la base desde la que decae la regulación reglamentaria permisiva de tal ocultación. Y desde ella deben ser contrastados sus elementos restrictivos.

En líneas generales la regulación reglamentaria del Registro Civil supone una contradicción con el principio constitucional de igualdad e investigación libre de la paternidad, al situar a la madre biológica en situación relevante frente al padre, e incluso frente al mismo, ya que al padre se le puede imponer coactivamente la paternidad, en tanto que la madre, que puede determinar libremente si va a continuar la gestación o cortar por completo sus relaciones con la persona nacida, tiene el camino despejado para eludir sus obligaciones. El hijo biológico, además, pierde por completo el nexo que permitiría, en su momento, conocer su verdadera filiación,

4. Inexistencia de un presunto derecho a procrear (derecho al hijo)

Como ya hemos adelantado, nuestro Ordenamiento Jurídico no reconoce de forma explícita un derecho a la maternidad o a la reproducción. Pero la presunta existencia de un 'derecho a procrear' ha suscitado un interesante debate doctrinal.

4.1. Derecho a la procreación como 'presunto' componente de otros derechos fundamentales

Ya hemos visto cómo postfeminismo de género ha supuesto un caldo de cultivo para las nuevas tecnologías reproductivas. Si la relación sexual, la dotación genética de los progenitores y hasta la gestación no son más que condiciones impuestas por la biología al ser humano para que se pueda procrear, cabe perfectamente, en aras de la absoluta igualdad entre hombres y mujeres liberarnos de estos procesos biológicos mediante el recurso a la tecnología. La reproducción formaría así parte de la libertad de cada individuo "que podrá satisfacer conforme al método "tradicional" o recurriendo a la tecnología para sortear los obstáculos que le haya impuesto la biología."¹⁸⁴

La doctrina de los derechos reproductivos fue elaborada por la jurisprudencia estadounidense en los años 70. La reproducción humana es regulada teniendo en cuenta, no las necesidades e intereses básicos de la persona humana sino el interés (contingente y variable) del Estado en la salud pública, bienestar y moralidad, contrapesado con el derecho de los individuos de estar libres de cualquier pesada interferencia del Estado en la regulación de

debido a un acto voluntario de la madre, expresivo de su no asunción de la maternidad y sus responsabilidades inherentes..."

¹⁸⁴ BELLVER CAPELLA, V., "¿Nuevas tecnologías? viejas explotaciones", cit., p. 30.

su propia fertilidad. Pero lo cierto es que también los espectaculares y veloces avances científicos en materia de reproducción humana asistida han llevado a la necesidad de reconocer explícitamente un derecho a la reproducción, pues, argumentado la existencia de un derecho a procrear se pueden llegar a legitimar las técnicas de reproducción asistida. Sin embargo no encontramos textos legales que recojan una formulación explícita de este hipotético derecho a procrear, que algunos autores tratan de deducir de otros derechos fundamentales.

En el ámbito internacional sí encontramos referencias a los llamados derechos sexuales y reproductivos. Así En la IV Conferencia Mundial de la Mujer en Beijing en 1995, “se entiende por salud reproductiva un estado general de bienestar físico, mental y social, y no de mera ausencia de enfermedades o dolencias” que entraña “la capacidad de disfrutar de una vida sexual satisfactoria y sin riesgos, y de procrear y la libertad para decidir hacerlo o no hacerlo, cuándo y con qué frecuencia”. Esta última condición, continúa diciendo “lleva implícito el derecho del hombre y la mujer a obtener información y de planificación de la familia de su elección, así como a otros métodos para la regulación de la fecundidad que no estén legalmente prohibidos, y acceso a métodos seguros, eficaces, asequibles y aceptables, el derecho a recibir servicios adecuados de atención de la salud que permitan los embarazos y los partos sin riesgos y den a las parejas las máximas posibilidades de tener hijos sanos.”¹⁸⁵ A partir de este amplio concepto de salud reproductiva, la IV Conferencia Mundial de la Mujer en Beijing en 1995 y también la Conferencia Mundial sobre Población y Desarrollo celebrada en el Cairo en 1994 acogieron otros derechos complementarios bajo el término de “derechos reproductivos” tratando de reemplazar la condición sexuada de los seres humanos por la de género.¹⁸⁶ En cambio no encontramos ninguna referencia a ellos en la Declaración Universal de Derechos Humanos.

¹⁸⁵ Plataforma de Acción de Beijing, de 15/09/1995, párrafo 94.

¹⁸⁶ También nuestra ley orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo. Cuyo art 3.2 declara que “Se reconoce el derecho a la maternidad libremente decidida”. Sin embargo sólo menciona los derechos sexuales y reproductivos en la Exposición de Motivos y derivados de otros derechos fundamentales pero no los regula directamente en su

La libertad de procreación en sentido positivo, ínsita en la persona misma, comprende la capacidad de decidir engendrar u individuo de la misma especie. Se trata sin embargo de una libertad primaria por su carácter central para la identidad, la dignidad personal y el sentido de la propia vida. En los países desarrollados, especialmente en aquéllos donde las reglas del mercado en la has llegado a la reproducción asistida, el derecho a la reproducción tiende a considerarse como una especie de derecho al hijo, al haberse modificado y ampliado la noción de infertilidad mediante la aplicación de técnicas cada vez más avanzadas. Ahora bien ¿Nos encontramos realmente ante un derecho subjetivo? Y en caso afirmativo, ¿quién lo garantizaría? ¿Podría reclamarse judicialmente su cumplimiento?

Inicialmente las TRHA se presentan como unas técnicas capaces de corregir un “fallo de la madre naturaleza” y que determina que determinadas mujeres sean estériles. Por esta vía se permitió a la mujer que no podía concebir recurrir a la reproducción asistida (incluso con la donación de óvulos) para tener un hijo. Admitido esto, podía parecer razonable que si la mujer no podía gestar, pero podía aportar su óvulo, se le permitiera recurrir a otra mujer para que le gestara un hijo genéticamente propio. En el primer caso se atendía la voluntad de gestar un hijo, aunque no fuera genéticamente propio, y en el segundo el deseo de tener un hijo genéticamente propio, aunque lo gestara otra mujer. Poco a poco se fueron aumentado las posibilidades con la misma pretensión, tener un hijo genéticamente propio a varones solos y parejas homosexuales masculinas. Llegados a este punto Bellver Capella se pregunta “Pero, ¿qué ocurre entonces cuando quien quiere tener un hijo por maternidad subrogada es una mujer que no puede aportar el óvulo o un varón cuyo esperma carece de la capacitación para fecundar? ¿Se les debe decir que, puesto que el niño resultante de la maternidad subrogada les será tan genéticamente extraño como el procedente de adopción, acudan a la adopción y que la maternidad subrogada les está vetada?”¹⁸⁷ Si entendemos la razón

articulado

¹⁸⁷ BELLVER CAPELLA, V. “¿Nuevas tecnologías? viejas explotaciones”, cit., p. 28.

para admitir la maternidad subrogada es proporcionar un hijo genéticamente propio a quien no puede gestarlo, la adopción sería la única alternativa viable para estas personas. En cambio si la maternidad subrogada es entendida como un recurso más para hacer efectivo un hipotético derecho de todo individuo a reproducirse, entonces podrá acceder ella incluso quién no aporte un gameto propio a la concepción.

Y es que la realidad es que las TRA “lejos de mantenerse como un recurso para superar la infertilidad de las parejas heterosexuales, se ha convertido en una forma alternativa de reproducción humana.”¹⁸⁸ Y lo mismo ocurre con la gestación por encargo, que tampoco parece posible limitarla a algunos supuestos descartando otros.

En efecto, hay autores para quienes no cabe negar la existencia de un ‘derecho a procrear’ y la inclusión en el mismo del derecho a la utilización de las técnicas de reproducción asistida (TRHA). Claramente partidaria de esta posición se ha mostrado Yolanda Gómez, para quién en el Ordenamiento Jurídico Español existe un derecho a la reproducción integrado, por una parte, en el derecho fundamental a la libertad (art 17.1 CE), con fundamento, además, en el valor de la libertad, la dignidad de la persona humana y el libre desarrollo de su personalidad (arts. 1.1 y 10.1 CE); y, por otra parte, protegido por el derecho a la intimidad personal y familiar (art 18.1.CE) que no puede ser restringido arbitrariamente o sin justificación suficiente. En última instancia, el derecho a la reproducción encontraría una manifestación con rango legal en el reconocimiento del derecho a fundar una familia, recogido en los textos internacionales de derechos incorporados a nuestro ordenamiento jurídico (art. 10.2 CE).¹⁸⁹ Y sería además, según esta autora, un derecho cuyo sujeto es la persona física individual quién podrá ejercitarlo concurriendo para ello con la voluntad de otro sujeto o por sí sola mediante donación de gametos.¹⁹⁰ Este derecho a procrear tampoco sería un derecho absoluto, como tampoco lo son los principios y valores de los que resulta, estos límites son los derivados del

¹⁸⁸ *Ibíd.*, p. 29.

¹⁸⁹ Yolanda Gómez Sánchez, *El derecho a la reproducción humana*, cit., p. 58.

¹⁹⁰ *Ibíd.*, p. 63.

ejercicio de la propia libertad y de la libertad de los demás; del ejercicio de los propios derechos y del respeto a los derechos de los demás.¹⁹¹

Fundamenta esta autora el “derecho a la reproducción” en nuestro ordenamiento constitucional, en el *derecho a la libertad* (art 17.1 CE) entendida ésta como “derecho-autonomía que, en un principio, postula la no injerencia de los poderes públicos en la esfera de la autonomía personal”¹⁹². A su juicio, de acuerdo con la jurisprudencia del TC: “la libertad constitucionalizada en el artículo 17.1 CE no alcanza a cualquier decisión o actividad humana, aunque sí creo que protege las que derivan de la autodeterminación física del sujeto, de tal modo que al excluirlas del contenido esencial de este derecho lo vaciarían de contenido y lo desnaturalizarían”¹⁹³. De esta manera, el derecho a la reproducción sería una manifestación directa de la autodeterminación física del sujeto integrada en el contenido del derecho a la libertad, entendido éste como derecho-autonomía. En refuerzo de esta posición se alude al derecho que la legislación española otorga a cualquier mujer para el acceso a las técnicas de reproducción asistida, como manifestación y concreción de ese presunto derecho fundamental a la procreación.

También se ha tratado de fundamentar la existencia de un derecho a la reproducción (legitimado por el recurso a la TRHA) en el *derecho fundamental a la protección de la salud*, entendido éste como un derecho a la actuación médica ante la esterilidad¹⁹⁴. En consecuencia, siendo esto así, sólo podrían

¹⁹¹ *Ibíd.*, p.364. En sentido parecido MARRADES PUIG para quién “Sólo son constitucionales los derechos reconocidos expresamente en la Constitución, aunque ésta ofrece la posibilidad de que se reconozcan nuevos derechos constitucionales vía ratificación de tratados internacionales” y añade “Las cláusulas interpretativas que nuestro ordenamiento jurídico nos ofrece posibilitan que el requisito positivista del reconocimiento del derecho no exija una fórmula expresa, sino que pueda hacerse a través de otros derechos reconocidos en el texto constitucional.” “La vía interpretativa del artículo 10.2CE serviría de cauce para fundamentar este derecho en el derecho a fundar una familia, recogido en el artículo 12 del Convenio europeo de Derechos Humanos que –creemos- es el que guarda una mayor similitud en el contenido y en la forma con el que aquí se analiza”. ANA I. MARRADES PUIG, ANA I., Luces y sombras del derecho a la maternidad. Análisis jurídico de su reconocimiento, cit., p. 21 y 168-169.

¹⁹² *Ibíd.*, p. 73.

¹⁹³ *Ibídem.*

¹⁹⁴ El art 43.1 de la CE dispone que “Se reconoce el derecho a la protección de

ser usuarios de las TRHA aquellas personas con dificultades para concebir por medios naturales. Pero esta fundamentación resulta difícil de sostener con la legislación actualmente vigente, que permite el desarrollo de otras técnicas (como el diagnóstico genético preimplantacional) que no se constriñen a resolver un problema de esterilidad sino que permiten evitar la aparición de enfermedades genéticas en las personas nacidas que no tienen tratamiento curativo, o seleccionar embriones para que en determinados casos, y bajo el debido control y autorización administrativa, puedan servir de ayuda para salvar la vida de un familiar enfermo.¹⁹⁵ Además, conviene recordar que el recurso a las TRHA no es, ni mucho menos, la única respuesta para tratar la esterilidad cuando es sabido que, por ejemplo a través de la adopción, se crean los mismos vínculos jurídicos y afectivos, entre adoptantes y adoptados, que mediante la procreación natural sin necesidad de nexo biológico.

En la línea del derecho a la autodeterminación de la persona, opina Itziar Alkorta que “el derecho a tomar decisiones sobre la propia procreación de forma libre y consensuada entre ambos miembros de la pareja, sin injerencias externas y contando con la información y los medios adecuados para su realización está emergiendo en el ámbito internacional como un derecho humano básico, consustancial al concepto contemporáneo de individuo libre y capaz de dirigir su propia vida.”¹⁹⁶ Y en ese sentido, relaciona el supuesto ‘derecho a la reproducción’ con el *derecho a la intimidad personal y familiar* (art 18.1 de la CE). “No forma parte del contenido esencial de este derecho la decisión del sujeto acerca de su propia reproducción (ya que esta es un acto de libertad), sino que impide las intromisiones ilegítimas en la vida privada del sujeto y, por ello, alcanza a las decisiones y circunstancias que rodean a la reproducción humana, ya se produzca ésta por medios naturales, ya se haga por medios artificiales legalmente autorizados”.¹⁹⁷

la salud”.

¹⁹⁵ SERNA MEROÑO, E., “Las técnicas de reproducción humana asistida: limitaciones para su práctica.” *Derecho Privado y Constitución*, nº 26, 2012, p. 273-307.

¹⁹⁶ ALKORTA IDIAKEZ, I., “Nuevos límites del derecho a procrear”, *Derecho Privado y Constitución*, nº 20, 2006, p. 20.

¹⁹⁷ *Ibíd.*, p. 55.

Al respecto se ha pronunciado el propio Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante TEDH), en la Sentencia 2010/56, caso S.H. y otros contra Austria, en la que decide acerca del recurso presentado por varios ciudadanos austríacos, fundamentado en la vulneración de derechos de los demandantes por la contradicción existente entre las prohibiciones de aplicación de las TRHA, establecidas en la ley Austríaca de Procreación Artificial, promulgada en 1992, y los derechos a la igualdad y a la vida privada y familiar reconocida por el *Convenio europeo de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales* de 1950 (CEDH). En la citada Sentencia el TEDH reitera que el concepto de “vida privada” que aparece en el art 8 es muy amplio¹⁹⁸, considerando que el derecho de la pareja a concebir un hijo y hacer uso de la procreación medicamente asistida para tal fin es claramente una manifestación de la vida privada y familiar¹⁹⁹. Y, a propósito de la posible vulneración del art 14 (también invocado en el caso a que dio lugar la sentencia)²⁰⁰, el Tribunal reitera que el citado precepto solo complementa otras disposiciones sustantivas del Convenio y de sus Protocolos, no teniendo existencia independiente, y que su aplicación no supone necesariamente una violación de los derechos sustantivos garantizados, sino únicamente el hecho de que pueda haber quedado afectado el disfrute de los derechos y libertades garantizados en el convenio,²⁰¹ disfrutando los Estados contratantes de un margen de discrecionalidad en su evaluación, que debe ser alto en relación con la regulación de la procreación asistida, toda vez que no existe un enfoque uniforme de la cuestión entre los estados firmantes del Convenio y habida

¹⁹⁸ ARTÍCULO 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Derecho al respeto a la vida privada y familiar.

“1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia.

2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad.”

¹⁹⁹ J (60).

²⁰⁰ ARTÍCULO 14 Prohibición de discriminación

“El goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación.”

²⁰¹ J (61).

cuenta del que el uso de la FIV da lugar a cuestiones morales y éticas sensibles en un trasfondo de desarrollo acelerado de desarrollo médico y científico. Este margen de apreciación alcanza incluso a la posibilidad de no establecer regulación que permita la procreación artificial²⁰², pero en el caso de que el Estado acepte en su jurisdicción la práctica de la “procreación artificial” deberá hacerlo estableciendo una regulación coherente que permita tomar en cuenta adecuadamente los diferentes intereses legítimos subyacentes y de forma acorde con las obligaciones derivadas del Convenio.²⁰³

Como apunta VIDAL MARTÍNEZ, aunque la mencionada sentencia supone un reproche al establecimiento de restricciones absolutas a la práctica de técnicas específicas de reproducción asistida, difícilmente puede extraerse la conclusión de que el derecho a la utilización de las técnicas de reproducción asistida constituya en sí misma un derecho o libertad fundamental, antes bien podría llegarse a la conclusión contraria si se considera que el rotundo pronunciamiento del TEDH en relación con la completa discrecionalidad de los estados para permitir la práctica de las TRA y establecer en su caso la correspondiente legislación.²⁰⁴ Para es autor, de esta sentencia y de otras del TEDH²⁰⁵ se puede deducir que los Estados firmantes del Convenio de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales de 1950, a resultas de lo dispuesto en el artículo 8 del mismo, tienen el derecho a no sufrir interferencias arbitrarias en el disfrute de su vida privada y familiar lo que incluye la posibilidad de recurrir a las TRHA.

De ello se deriva una obligación negativa para el Estado, a la que pueden añadirse obligaciones positivas necesarias para el respeto efectivo del citado derecho pero “ello no puede significar, evidentemente, que le estado tenga la obligación positiva de proporcionar a los ciudadanos los medios para acceder a

²⁰² Fundamentos 69 y 74 de la Sentencia.

²⁰³ Véase últimos incisos del párrafo 74 de la Sentencia (mi traducción).

²⁰⁴ VIDAL MARTÍNEZ, J., “Acerca de la Sentencia del Tribunal Europeo de derechos Humanos. Caso S. H. y Otros contra Austria. TEDH 2010/56 de 1 de abril, en materia de reproducción humana asistida y su incidencia en el panorama legislativo europeo.” *Revista de derecho y genoma humano*, nº 34, 2011, p. 155-201.

²⁰⁵ Caso Evans versus United Kingdom nº 6339/05 y Caso Dickson versus United Kingdom nº 44362/04.

las TRHA como un derecho alternativo a la libertad de procrear...”.²⁰⁶ Por tanto, para Vidal Martínez, habría que diferenciar entre la libertad de procrear, inherente a la persona humana, esencial del derecho a casarse y fundar una familia, reconocida en el artículo 12 del CEDH y 16 de la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH), y el derecho de acceso a las TRHA, como manifestación del derecho de disfrute de la vida privada y familiar, pero de contenido contingente y variable, que no puede ser limitado por el Estado pero que tampoco implicará obligaciones positivas para éste, sino en la medida que éste quiera y pueda asumirlas.²⁰⁷

En el mismo sentido se manifiesta Itziar Alkorta, para quién el derecho a fundar una familia reconocido en el artículo 12 del CEDH y reiterado en la sección 23.2 del Pacto sobre Derechos Civiles y Políticos, ha sido interpretado por el Comité de Derechos Humanos del Consejo de Europa (1991) en el sentido de que sólo hace referencia a la prohibición de obstaculizar la posibilidad de procrear, pero no alcanza a crear una obligación al Estado para proporcionar los medios de curar la infertilidad o de suplir sus consecuencias mediante métodos de asistencia a la procreación.²⁰⁸ Además, conviene tener en cuenta que asociar un derecho a la reproducción con el derecho a fundar una familia, reduciría el concepto de familia a núcleos de convivencia entre personas unidas por lazos biológicos, cuando nuestro ordenamiento jurídico admite claramente familias cuyos integrantes carecen de nexo biológico entre ellos, como ocurre en el supuesto de la adopción.

²⁰⁶ VIDAL MARTÍNEZ, J., “Acerca de la Sentencia del Tribunal Europeo de derechos Humanos. Caso S. H. y Otros contra Austria. TEDH 2010/56 de 1 de abril, en materia de reproducción humana asistida y su incidencia en el panorama legislativo europeo” cit., p.155-201

²⁰⁷ *Ibíd.*, p.188.

²⁰⁸ ALKORTA IDIAKEZ, I., “Nuevos límites del derecho a procrear” cit., pág18.

4.2. Imposibilidad de fundamentar un derecho a la procreación

A pesar de que en nuestro país la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre TRHA, concede el derecho a acceder a esas técnicas a cualquier mujer, es evidente que el reconocimiento de un derecho a procrear, en sentido positivo, carece de todo fundamento internacional, constitucional o legal. Es decir, elevar la mera posibilidad de tener hijos a la categoría de 'derecho', tutelado legalmente y que legitime de manera global un derecho incondicionado a acceder a las técnicas de reproducción humana asistida, no tiene respaldo jurídico alguno, ni puede tenerlo. A pesar de las sofisticadas argumentaciones anteriores, queda claro que no existe ningún texto jurídico internacional, ni existe ningún derecho fundamental establecido por la Constitución española, en los que pueda ampararse el reconocimiento de un pretendido 'derecho al hijo'.

Como atinadamente afirma Encarnación Fernández (citando a Meyer-Bisch) estamos ante un problema de "*hipertrofia de libertades*"; es decir, una ampliación indebida del contenido de determinados derechos, en este caso de los llamados "derechos reproductivos", que genera supuestos conflictos de derechos que desaparecen en cuanto reducimos cada derecho a su contenido esencial, que es en realidad su verdadero contenido.²⁰⁹ Estos "derechos reproductivos", aparte de ser discutidos en sí mismos, tenían en su origen una finalidad defensiva, defender a las mujeres frente a la agresión que a su libertad supone imponerles una maternidad contra su voluntad; y asimismo evitar las intromisiones o interferencias de los poderes públicos en las decisiones reproductivas de las parejas menoscabando o vulnerando su derecho a la intimidad.

Así en las Conferencias Mundiales sobre Población y Desarrollo (El Cairo, 1994) y sobre la Mujer (Beijing, 1995) el contenido de los derechos reproductivos aparece formulado en los siguientes términos: "Los derechos reproductivos abarcan ciertos derechos humanos que ya están reconocidos en

²⁰⁹ FERNÁNDEZ RUÍZ-GÁLVEZ, E., "Mujeres y Técnicas de Reproducción Artificial. ¿Autonomía o sujeción?", cit., p.163.

las leyes nacionales, en los documentos internacionales sobre derechos humanos y en otros documentos pertinentes de las Naciones Unidas aprobados por consenso. Esos derechos se basan en el reconocimiento del derecho básico de todas las parejas e individuos a decidir libre y responsablemente el número de hijos, el espaciamiento de los nacimientos y el intervalo entre estos y a disponer de la información y de los medios para ello y el derecho a alcanzar el nivel más elevado de salud sexual y reproductiva. También incluye su derecho a adoptar decisiones relativas a la reproducción sin sufrir discriminación, coacciones ni violencia, de conformidad con lo establecido en los documentos de derechos humanos. En ejercicio de este derecho, las parejas y los individuos deben tener en cuenta las necesidades de sus hijos nacidos y futuros y sus obligaciones con la comunidad. La promoción del ejercicio responsable de esos derechos de todos deben ser la base primordial de las políticas y programas estatales y comunitarios en la esfera de la salud reproductiva, incluida la planificación de la familia.”.

El hecho de que las Conferencias del Cairo y Beijing hablen, en relación con la reproducción, del derecho de todas las parejas e individuos, ha sido interpretado en el sentido de entender comprendida no sólo la reproducción natural, sino también la realizada mediante las tecnologías reproductivas. De esta forma, como apunta Encarnación Fernández: “insensiblemente” los “derechos reproductivos” se han convertido, por esta vía de la ampliación indebida del contenido de los derechos, en un “derecho a la reproducción”, un derecho a engendrar la vida humana por cualquier medio y a cualquier precio.²¹⁰

En este sentido, Ballesteros delimita claramente el derecho que nos ocupa. “...no existe el derecho a tener hijos, ya que el hijo es un don gratuito y además tiene identidad propia...Sólo hay derecho a que el Estado no obstaculice la libre decisión de los padres en la generación de la vida. Mientras que el hijo, sí tiene derecho al amor de sus padres, a una familia...”.²¹¹ Y como veremos, si son muchos los textos internacionales que reconocen el derecho

²¹⁰ *Ibíd*, p.162.

²¹¹ BALLESTEROS, J., *Ecologismo personalista*, Madrid, Tecnos, 1995, p.99

de los niños a unos padres y a una familia. Por tanto la autonomía procreativa no puede ser un derecho a la procreación efectiva, sino libertad de disposición de las potencialidades de la propia persona orientadas a la procreación.

Ciertamente, los movimientos feministas llamados liberales defienden con toda firmeza la idea de un supuesto derecho a la reproducción, que incluya el recurso a las técnicas de reproducción artificial, partiendo de la primacía absoluta de la autonomía individual. En efecto, dicho derecho proporcionaría a las mujeres una auténtica libertad de elección en relación con su reproducción, al poder decidir la mujer sola sobre ese hecho.²¹² De este modo, las nuevas tecnologías reproductivas se convertirían en una forma de liberación de las mujeres.²¹³

Pero también existe un 'feminismo crítico' para quien el aumento de las posibilidades de elección no siempre implica un aumento de la libertad y de la autonomía. Para este feminismo las técnicas de reproducción artificial estarían embebidas de valores patriarcales y postulados tecnocráticos. La herencia cultural del patriarcado que constriñe a la mujer a su función reproductora y ve la maternidad como un fenómeno exclusivamente biológico y cómo la realización indispensable de la feminidad.²¹⁴ Este papel preestablecido determina una fuerte presión social para las mujeres respecto a la maternidad, que convierte las técnicas de reproducción artificial más que en una liberación en una nueva forma de opresión. Además, estas técnicas se presentan como una forma de superar los límites de la naturaleza pero para conseguir, de una forma que no deja de ser contradictoria, una maternidad biológica. Y este argumento aún resulta más contradictorio si se recurre a la donación de

²¹² YOLANDA GÓMEZ se muestra a favor de la maternidad en solitario. GÓMEZ SÁNCHEZ, Y., El derecho a la reproducción humana, cit., p. 63. Y también la legislación española permite la fecundación artificial post mortem (art 9 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida) y reconoce a la mujer sola como usuaria o receptora de las técnicas reguladas en la Ley. (art 6 de la citada Ley)

²¹³ FERNÁNDEZ RUÍZ-GÁLVEZ, E., "Mujeres y Técnicas de reproducción artificial. ¿Autonomía o sujeción?", cit., p.164 ss.

²¹⁴ TUBERT, S., Mujeres sin sombra. Maternidad y Tecnología, Madrid, Siglo XXI de España, 1991, p.95 y ss.

gametos, donde no hay maternidad biológica sino, a lo sumo, maternidad gestativa. Frente a ello, se puede argumentar que hay instituciones de integración familiar, acogimiento y adopción que pueden constituir un cauce adecuado para satisfacer las necesidades afectivas de quienes quieren ser padres sin lograrlo y que pueden proporcionar una maternidad/paternidad, que si bien es cierto que no biológica, sí podría calificarse como natural.

CAPÍTULO IV

IMPOSIBLE ENCAJE JURÍDICO DE UN CONTRATO DE GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN EN EL DERECHO CIVIL ESPAÑOL

La denominada por la LTRHA ‘gestación por sustitución’²¹⁵, ha acabado por consolidarse mayoritariamente en la doctrina con la expresión “maternidad subrogada”. Esta terminología, no obstante, no está exenta de deficiencias e imprecisiones, si hemos de interpretar estos términos en el sentido que se les otorga en la dogmática civilista. Si hablamos de ‘*subrogación*’ estamos ante un término absolutamente inapropiado, porque la mujer no gestante no se subroga en la maternidad de la gestante (porque la gestante no adquirió nunca la condición de madre) sino que la mujer no gestante asume directamente la maternidad sin haber gestado y alumbrado al niño. En ese sentido, lo que realmente se realiza de manera subrogada es la gestación, no la maternidad; más allá de que la “maternidad” engloba una realidad mucho más extensa que la referida a la estricta gestación. En consecuencia, resulta bastante más adecuado hablar de ‘gestación’ en lugar de maternidad, pues de lo que se trata es de prestar el útero para gestar un embrión, que desde el momento de la concepción ya es ajeno; es decir, que nunca ha sido hijo de la persona que lo gesta.²¹⁶ Podemos intuir con facilidad que la batalla terminológica en esta materia es de trascendental importancia.

²¹⁵ Terminología adoptada por el art. 10 de la LTRHA. También por SOUTO GALVAN, B., “Aproximación al estudio de la gestación de sustitución desde la perspectiva del Bioderecho” *Foro, Nueva época*, nº 1, 2005, p.26. y por LAMM, E: *Gestación por sustitución: ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*, cit., p.26.

²¹⁶ LAMM, E., *Gestación por sustitución: ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*, cit., p.26

Se han llegado a contabilizar en los estudios doctrinales hasta más de 10 nombres distintos en español para referirse a esta peculiar manera de traer al mundo a un ser humano²¹⁷, se habla de:

Alquiler de vientre; alquiler de útero; arriendo de útero; arrendamiento de vientre; donación temporaria de útero; gestación por cuenta ajena o por cuenta de otro; gestación subrogada; madre portadora; maternidad sustituta; maternidad de sustitución; maternidad suplente; maternidad o madre de alquiler; vientre de alquiler; gestación por encargo; gestación por sustitución,...

La sola existencia de tal cantidad de denominaciones resulta muy sintomática, se nos aparece como claro indicio de la distinta percepción que de esta práctica se tiene y, en consecuencia, de lo difícil que se presenta la consecución de un consenso a través del debate que está en curso, porque la manera de nombrar las cosas, lejos de ser desinteresada o casual, revela la visión que de ellas se tiene y pone el acento en uno u otro aspecto de la realidad, exagerando, atenuando, normalizando, disimulando... La mayoría de esos nombres enfatizan su carácter comercial, usando terminología contractual y eludiendo toda alusión a las palabras madre o maternidad; entre ellos, algunos hacen aparecer la gestación como una actividad ordinaria, carente de toda importancia y susceptible de sujetarse al tráfico jurídico, como pudiera serlo cualquier otra actividad humana; y otros, más osados, llegan a presentar el útero como un objeto, deshumanizado, dissociable de cualquier referente personal²¹⁸. A efectos prácticos y, aunque resultaría más fiel con la realidad del hecho utilizar el de 'maternidad por encargo', el término gestación por sustitución²¹⁹, parece más adecuado a la realidad jurídica de los que se

²¹⁷ ARÁMBULA REYES, A., "Maternidad subrogada", Centro de Documentación, Información y Análisis: Dirección de Servicios de Investigación y Análisis, Subdirección de Política Exterior, Cámara de Los Diputados, LX Legislatura, México, 2008.

²¹⁸ "[...] como si esos vientres flotaran en el éter y fueran por su cuenta.", dice BEATRIZ GIMENO, en GIMENO, B., "Vientres de alquiler en "El País": gato por liebre", en <http://www.elplural.com/opinion/vientres-de-alquiler-en-el-pais-gato-por-liebre/>, 2 de mayo de 2014.

²¹⁹ Acuñado por el "Informe de la Comisión Especial de Estudio de la Fecundación In Vitro y la Inseminación Artificial Humanas" (Informe Palacios), cuyas conclusiones y recomendaciones, a las que ya se ha hecho referencia en la nota 2,

pretende establecer como objeto de un contrato, además de ser la terminología empleada en la legislación española, si bien no resulta el más coherente con el criterio de *veracidad biológica* por el que opta el legislador y cuya plena vigencia, incluso en relación con la propia gestación por sustitución, sostendremos en este trabajo.

La Organización Mundial de la Salud (OMS) incluye la gestación por sustitución entre las técnicas de reproducción humana asistida (TRHA), las cuales se definen como “todos aquellos tratamientos o procedimientos que incluyen la manipulación, tanto de ovocitos, como de espermatozoides, o embriones humanos, para el establecimiento de un embarazo, incluyendo, pero sin limitarse a: la fecundación in vitro y la transferencia de embriones; la transferencia intratubárica de gametos de cigotos y de embriones; la criopreservación de ovocitos y embriones; la donación de ovocitos y embriones; y el “*útero subrogado*”²²⁰

Así pues, de acuerdo con esta definición, la gestación por sustitución sería una de las diversas TRHA. Pero si atendemos a otras definiciones, como la que nos ofrece VELARDE D'AMIL²²¹, las TRHA serían aquellos procedimientos médicos que tienen por finalidad ayudar a concebir a las personas con problemas de infertilidad (y añadiríamos “o esterilidad”)²²², por

fueron debatidas y aprobadas por el Pleno del Congreso de los Diputados en la sesión del 10 de abril de 1986 y constituyeron la base para la elaboración de la proposición de ley que culminó con la aprobación de la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre técnicas de reproducción humana asistida

²²⁰ cfr. ZEGERS-HOCHSCHILD, F., ADAMSON, G.D., DE MOUZON, J. et altri Glosario de terminología en Técnicas de Reproducción Asistida (TRA). Versión revisada y preparada por el International Committee for Monitoring Assisted Reproductive Technology (ICMART) y la Organización Mundial de la Salud (OMS), en

http://www.who.int/reproductivehealth/publications/infertility/art_terminology2/es

²²¹ VELARDE D'AMIL, Yvette. “Comentario a la sentencia de la audiencia provincial de Valencia, núm. 949/2011 826 23-11/2011: No inscripción en el registro civil de los menores nacidos mediante gestación por sustitución”, Revista sobre la infancia y la adolescencia, nº. 3, 2012, p. 61-70, en: <http://ojs.upv.es/index.php/reinad/article/view/1298>.

²²² La infecundidad es la ausencia de hijos y puede ser voluntaria o involuntaria. Cuando es involuntaria, puede deberse, o bien a causas desconocidas (no hay causa aparente); o bien a la infertilidad, esto es, a la imposibilidad — después de 12 meses

medio de la manipulación de las células reproductivas masculinas y femeninas. La gestación por sustitución debiera entonces conceptuarse, no como una TRHA en sí misma, sino como uno de los procedimientos o prácticas que puede realizarse en base a tales técnicas²²³.

El art. 10 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida (LTRHA) viene —más que a definir— a describir en qué consiste la gestación por sustitución, refiriéndose a la celebración de un contrato por el que se conviene “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”²²⁴. Una de las partes contractuales, una mujer (porque no puede ser de otra manera), consiente en llevar a cabo la gestación, esto es, se compromete a gestar una criatura, utilizando TRHA, y se obliga a entregar el recién nacido fruto de esa gestación a la otra parte, los comitentes o padres intencionales. El contenido del contrato incluye la renuncia de la mujer gestante a la filiación legal materna, es decir, ésta hace dejación de sus derechos de filiación a favor de los padres intencionales, siendo el propósito principal del contrato (y no una cuestión menor) que los comitentes puedan ser padres (genéticos o no), esto es, que se determine legalmente su filiación.

Además de las dos modalidades a las que ya apunta la propia ley, onerosa y gratuita, según si la mujer gestante recibe o no a cambio una contraprestación, la ciencia médica posibilita diversas combinaciones en relación con el material genético empleado (óvulo y espermatozoides), de

de relaciones sexuales no protegidas — de llevar a término un embarazo, que culmine con el nacimiento de un recién nacido vivo (ZEGERS-HOCHSCHILD, F., ADAMSON, G.D., DE MOUZON, J. et altri Glosario de terminología en Técnicas de Reproducción Asistida (TRA) cit.,p.7, lo cual es considerado por la OMS como una enfermedad del sistema reproductivo); o bien a la esterilidad, que es la incapacidad para tener hijos (la imposibilidad de lograr un embarazo, como la que presentan los miembros de la pareja homosexual cuando de lo que se trata es de concebir entre sí).

²²³ No olvidemos que también es posible llevarla a cabo sin aplicación de TRHA, esto es, concibiendo de manera sexual y luego atribuyendo a un tercero la maternidad o paternidad.

²²⁴ El apartado 1º del mencionado artículo es del siguiente tenor: “1. Será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero”.

modo que, en base a este otro criterio, se distinguen otras modalidades. Así, se habla de gestación por sustitución parcial o tradicional cuando la mujer gestante, además de gestar y dar a luz, contribuye genéticamente al feto, con su óvulo, el cual puede ser inseminado o bien con el esperma del sujeto comitente, o con el de uno de los comitentes, si son dos, o bien con el esperma de un tercero (donante anónimo). En la gestación por sustitución plena o gestacional, por contra, la mujer gestante es inseminada en un óvulo que no es suyo, pudiendo éste provenir de la mujer comitente (de una de ellas, si son dos) o de una tercera mujer donante anónima. En cuanto al gameto masculino, puede proceder del comitente (o uno de ellos, si son dos) o de un donante anónimo.

En cualquier caso, el referido art 10 de la LTRHA, en su apartado primero, declara categóricamente que el contrato allí descrito es nulo de pleno derecho, de lo que se extrae que tal negocio jurídico está prohibido en nuestro ordenamiento. La locución *quod nullum est nullum effectum producit* expresa con simplicidad la consecuencia civil de esa declaración de nulidad: el/los comitente/s no puede/n ejercitar acción de cumplimiento de contrato para obligar a la mujer gestante a entregar al niño después del parto; ni puede/n exigir el reintegro de las cantidades entregadas para afrontar los gastos derivados del embarazo, ni las entregadas en concepto de precio; ni indemnización por daños y perjuicios ocasionados por el incumplimiento...Y el apartado segundo del mismo art 10, en coherencia, y por si aún cupiese alguna duda, precisa que “La filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto” (desde el punto de vista legal la mujer gestante será, pues, la madre), aunque seguidamente, en el apartado tercero, prevé que “Queda a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales”²²⁵.

²²⁵ Aunque se dice que la ley se limita a prohibir, absteniéndose de regular situaciones que, a pesar de la prohibición pudieran producirse, lo cierto es que sí habría una cierta previsión legal, aunque sea sólo respecto de algunas de las situaciones transnacionales que están teniendo lugar, concretamente se estarían regulando aquellas en que uno de los padres intencionales aporta material genético, y la solución que se daría a dicha situación pasaría por la aplicación de las reglas generales: determinación de la filiación por el parto y legitimación del padre biológico para el ejercicio de la acción de reclamación de la paternidad.

Pero más allá de la prohibición derivada del citado artículo de la LTRHA, de acuerdo con la teoría general del contrato resulta discutible la naturaleza contractual misma del negocio jurídico en él descrito. El contrato es instrumento jurídico idóneo para procurar el intercambio de bienes y servicios. En sentido estricto sólo es contrato aquel que tiene un contenido o carácter patrimonial, que se dirige a constituir una obligación y satisfacer un interés patrimonial, de manera que aquellos negocios jurídicos que — como el acuerdo en torno a la gestación por sustitución — afectan a la esfera personal “han quedado, siempre, fuera del estricto marco contractual y de su influencia [...] técnicamente el concepto de contrato no puede predicarse o utilizarse para aquellos negocios que no tienen por objeto la regulación de intereses patrimoniales”²²⁶.

Y algunos autores sostienen que, incluso si la LTRHA no declarase nulo el contrato de GXS, su nulidad vendría igualmente determinada por la ilicitud de su causa, por oponerse ésta a las leyes o la moral (art 1.275 CC); por tener por objeto cosa *extra commercium*, pues no se puede comerciar con la capacidad reproductiva de la mujer, ni los niños pueden ser objeto de un contrato (art 1.271 CC); y por rebasar los límites que el art 1.255 del CC impone al poder de autorregulación reconocido al individuo, al ser contrario a las leyes, a la moral y al orden público. Además, al resultar implicada de lleno materia propia del Derecho de Persona y de Familia, se invoca también el carácter indisponible de las normas de estos sectores del Derecho para negar la posibilidad de contratar en relación con la gestación por sustitución y los efectos que de dicha contratación dimanarían²²⁷.

Todas estas razones nos llevan a dedicar este capítulo a tratar de precisar, con el máximo rigor, todos los elementos terminológicos que

²²⁶ GETE-ALONSO Y CALERA, M.C. *Estudios sobre el contrato*. Barcelona, 2008, Atelier, p. 37.

²²⁷ Cfr. JIMÉNEZ MARTÍNEZ, M.V. “La inscripción de la filiación derivada de la gestación por sustitución. Problemas actuales”, *Anuario de la Facultad de Derecho*, nº 5, 2012, p. 368, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Alcalá., en: <http://hdl.handle.net/10017/13801>.

concurrir en esta figura y su coherencia o incoherencia con el substrato jurídico del que *originalmente proceden*.

1. Precisiones terminológicas: ‘subrogación’ y ‘sustitución’ como figuras impropriamente aplicadas a la maternidad en el derecho español

El Diccionario de la Real Academia de Lengua Española define subrogar como “Sustituir o poner a alguien o algo en lugar de otra persona o cosa.”

Afirma ROCA-SASTRE que en sentido jurídico subrogar significa sustituir a una persona o una cosa respecto de una misma situación jurídica determinada. Cuando lo sustituido es una persona se habla de subrogación personal (cambio de deudor o de acreedor en una relación obligatoria); cuando lo sustituido es una cosa surge la subrogación real. La subrogación real podemos definirla como “la sustitución jurídica de un bien por otro en el patrimonio de una misma persona, de tal modo que el bien nuevo ocupe el lugar del bien antiguo, para ser sometido a su mismo régimen”²²⁸ Precisa por tanto un requisito dinámico: la mutación, el cambio de cosas o elementos patrimoniales. En definitiva que en un determinado patrimonio una cosa sea sustituida por otra. Respecto del patrimonio general de las personas, la subrogación real actúa siempre por la misma naturaleza del patrimonio; si se cede, vende o permuta un derecho, la contraprestación obtenida, ha de ingresar necesariamente en el propio patrimonio. Cuando por cualquier circunstancia existe un patrimonio especial, (patrimonios o son masas de bienes sometidos por la ley de algún modo a un régimen jurídico especial que los mantiene autónomos y relativamente separados del resto del patrimonio de una persona) la subrogación real debe producirse también en el mismo con el mismo carácter general, pero con ciertas limitaciones. Así se observa en la sociedad de gananciales o en la comunidad hereditaria. Finalmente, con

²²⁸ CASTAN TOBEÑAS, J., *Derecho Civil Español, Común y Foral, Tomo I: Introducción y parte general. Volumen 2: Teoría de la relación jurídica. La persona y los derechos de la personalidad. Las cosas*. Madrid, REUS. Madrid, 2007.

relación a los bienes concretos o singulares que existan dentro de un patrimonio, la subrogación real, sólo podrá tener lugar en los casos previstos expresamente por la ley, como ocurre en materia urbanística (reparcelaciones de fincas) cuando haya convenio entre los interesados. Pero, en todo caso, hablamos, como adelantábamos, de cosas o elementos patrimoniales, por lo que en ningún caso podría aplicarse a la gestación, en donde lo que se sustituye de entrada es una mujer por otra, por lo que, de admitirse, sería un supuesto de subrogación personal, aunque como veremos a continuación tampoco nos parece que ésta (subrogación personal) pueda aplicarse a la maternidad.

Desde el punto de vista civil la subrogación personal hace referencia a varios conceptos: por un lado tenemos la llamada acción subrogatoria que se regula en el art. 1.111 CC cuando dice *“Los acreedores, después de haber perseguido los bienes de que esté en posesión el deudor para realizar cuanto se les debe, pueden ejercitar todos los derechos y acciones de éste con el mismo fin, exceptuando los que sean inherentes a su persona; pueden también impugnar los actos que el deudor haya realizado en fraude de su derecho”*. En nuestro derecho civil por tanto la acción subrogatoria es un recurso subsidiario, los acreedores no pueden recurrir a ella más que cuando de otro modo no obtengan satisfacción y se concibe como un poder de los acreedores para ejercitar los derechos y acciones de su deudor que, inactivo, deja por ello de aumentar su patrimonio frustrando la satisfacción de aquéllos.²²⁹ Interesa destacar cuál es el objeto de la subrogación que constituye “los derechos y acciones del deudor”, es decir, las pretensiones de éste contra terceros y se exceptúan los que sean “inherentes a su persona.”, entre los que se cuentan los que carecen de interés pecuniario y los que su ejercicio exige la previa apreciación de un interés moral o íntimo que es exclusivo del deudor.²³⁰ La acción subrogatoria es, pese a su nombre, distinta de la subrogación. Esta última implica un cambio en la persona del acreedor; mientras que aquélla supone únicamente una sustitución en la acción para exigir el pago.

²²⁹ DÍEZ PICAZO, L y GULLÓN, A. *Instituciones de Derecho Civil. Volumen I*, Madrid, Tecnos, 1995. pp. 560 y ss.

²³⁰ *Ibíd.*, p 561 y ss

La subrogación, propiamente dicha, también llamada subrogación crediticia o subrogación en el crédito, supone el cambio de acreedor en la relación obligatoria. La subrogación sería aquí aquella consecuencia que se produce cuando realiza el pago una persona distinta del obligado; y dándose ciertos requisitos, en lugar de extinguir la obligación, sólo se cambia la persona del acreedor, convirtiendo al que paga una deuda ajena en acreedor del primitivo deudor. Un supuesto especial es el previsto por la Ley 30 Marzo 1994 subrogación y modificación de préstamos hipotecarios (posteriormente modificada en 2007) y que permite, al amparo del art. 1.211 CC que el deudor de un préstamo hipotecario concedido por una entidad financiera, pueda subrogar a otra entidad acreedora tomando de ésta a préstamo el dinero y haciendo constar en la escritura pública su propósito de pagar a la primera entidad De la regulación legal contenida en los arts. 1.210 a 1.213 del Cc,²³¹ interesa destacar el contenido del art el art. 1.212 del Código civil según el cual "La subrogación transfiere al subrogado el crédito con los derechos a él anexos, ya contra el deudor, ya contra los terceros, sean fiadores o poseedores de las hipotecas." Por tanto, la subrogación es también una forma de transmisión de las obligaciones, algo que no puede adjudicarse a la maternidad

²³¹ Art. 1209 CC: "La subrogación de un tercero en los derechos del acreedor no puede presumirse fuera de los casos expresamente mencionados en este Código. En los demás será preciso establecerla con claridad para que produzca efecto."

Art. 1210 CC: "Se presumirá que hay subrogación:

1º Cuando un acreedor pague a otro acreedor preferente.

2º Cuando un tercero, no interesado en la obligación, pague con aprobación expresa o tácita del deudor.

3º Cuando pague el que tenga interés en el cumplimiento de la obligación, salvos los efectos de la confusión en cuanto a la porción que le corresponda."

Art. 1.211 CC: "El deudor podrá hacer la subrogación sin consentimiento del acreedor, cuando para pagar la deuda haya tomado prestado el dinero por escritura pública, haciendo constar su propósito en ella, y expresando en la carta de pago la procedencia de la cantidad pagada."

Art. 1212 CC "La subrogación transfiere al subrogado el crédito con los derechos a él anexos, ya contra el deudor, ya contra los terceros, sean fiadores o poseedores de las hipotecas."

El subrogado no puede reclamar más de lo que realmente pagó no el importe total del crédito.

art. 1213 CC: "El acreedor a quien se hubiere hecho un pago parcial, puede ejercitar su derecho por el resto con preferencia al que se hubiere subrogado en su lugar a virtud del pago parcial del mismo crédito. "

subrogada, ya que la mujer que contrata no puede ser sustituida por otra mujer contratante.

Para algunos autores la expresión “subrogación” no es jurídicamente correcta por no englobar todas las situaciones que pueden darse. Solo habría subrogación cuando la gestante aporta proceso de gestación y material genético, pero esto no acontece en la mayoría de los casos. Por ello estos autores han comenzado a utilizar el término sustitución para especificar que se gesta por otro y para otro que no puede hacerlo. Se habla así de gestación por sustitución considerando que la maternidad no se subroga, pues algo mucho más amplio que el sólo gestar, lo que se subroga es la gestación.²³²

En conclusión, y al margen de estas consideraciones, es difícil admitir que la madre sustituta se subrogue en todos los derechos y obligaciones de la madre sustituida, por lo que las palabras “sustitución” y “subrogación”, que prácticamente son similares en su significado, pues toda subrogación evoca una sustitución, en el sentido de colocar o poner a una persona en el lugar o posición de otra, no parece que puedan aplicarse a la maternidad ni a la gestación.

En este sentido, Vela Sánchez considera más apropiada la expresión “gestación por encargo”. Esta locución, según expone, “además de eliminar otras ciertamente malintencionadas —como madres de alquiler, alquiler o arriendo de vientre o de útero, etc.—, tiene la virtud de abordar mejor el tema, pues no sólo las mujeres optan por este instrumento contractual para ser madres —en cuyo caso sí convendría el término maternidad subrogada o gestación por sustitución o subrogación—, sino también los hombres, solos o en pareja homosexual”.²³³

²³² LAMM, E., *Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*, cit., p. 25

²³³ VELA SÁNCHEZ A.J., “Comentario a la iniciativa legislativa popular para la regulación de la gestación por subrogación en España”, *La Ley* núm. 8457, Sección Doctrina, nº 8457, 2015, p. 1-15. A favor del término “gestación de sustitución”, SOUTO GALVAN, B “Aproximación al estudio de la gestación de sustitución desde la perspectiva del Bioderecho” cit., p.277 quién afirma que “ se trata de un término que se adecua en mayor grado a la realidad que comprende que cualquier otro...sin embargo,

Ahora bien, la modificación del lenguaje no es, en el ámbito de la reproducción artificial, un mero cambio superficial, sino que implica –y persigue decididamente– provocar un cambio profundo en el modo de entender la realidad. No se procrea tras un relación sexual, fruto del amor de dos personas que se entregan y se perpetúan, la reproducción pasa a ser el resultado de la técnica. Esta realidad ha dado lugar a un nuevo escenario, en el que han irrumpido con fuerza ciertos términos ambiguos: no sólo madres “de alquiler” o madres “subrogadas”, sino también otros como “bancos de esperma” o “crio-conservación de embriones”

1.1. La gestación de un ser humano como ‘contrato’

El Artículo 10 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de reproducción humana asistida, encabezado por la expresión “Gestación por sustitución”, dispone lo siguiente:

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

Como vemos, el precepto legal configura el acuerdo entre una mujer sustituta y una pareja comitente, o bien, un hombre o mujer solos, como un “contrato”. Cabe preguntarse, en primer lugar, qué ha llevado al legislador a

podrían plantearse también algunas objeciones en el caso de que la mujer que va llevar a cabo la gestación aporte su material genético, ya que en este supuesto la gestante asume también la maternidad biológica”

calificar este acuerdo de *contrato* ya que esta denominación representa tradicionalmente una relación de índole patrimonial y naturaleza privada.

Si entendemos el contrato en el sentido clásico, que Puig Peña define como “aquel acuerdo de voluntades, anteriormente divergentes, en virtud del cual las partes dan vida, modifican o extinguen una relación jurídica de carácter patrimonial”; nótese que se refiere a una relación jurídica de orden patrimonial, lo que en la doctrina se denomina “negocio Jurídico”. En este sentido, cabría preguntarse si este tipo de relación jurídica, por la cual se contrata los servicios de una madre subrogada, constituye una relación de índole patrimonial, económica o pecuniaria. Admitir esto sería considerar que el vientre de una mujer (claustro uterino) es de disposición de la titular del mismo, y que ejerce su derecho de disposición sobre él.

Si por el contrario se acepta la concepción más amplia del contrato como equivalente a cualquier convención dirigida a crear, modificar o extinguir relaciones obligatorias y a constituir derechos reales y relaciones familiares, no ofrece duda alguna que el pacto de gestación por encargo reviste tal naturaleza contractual. Hoy, como ha puesto de relieve Díez Picazo se puede aplicar la idea de contrato para designar todos los negocios jurídicos bilaterales de derecho privado, abarcando tanto los de derecho patrimonial, como los de derecho de familia o sucesiones. En este sentido debe reputarse contrato el acuerdo de maternidad subrogada.²³⁴

²³⁴ DÍEZ PICAZO, L *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial. I. Introducción. Teoría del Contrato*. Madrid, Civitas, p. 122. Para VELA SÁNCHEZ, A. J., *La maternidad subrogada: estudio ante un reto normativo*, cit., p 75: “se trata de un convenio en cuanto que interviene la voluntad humana” calificado como “negocio jurídico especial de Derecho de Familia” con lo que se pretende destacar su singularidad en nuestro ordenamiento jurídico, su carácter de interés público, esencialmente afrontar la infertilidad y favorecer la maternidad o paternidad biológica- evitando su consideración como genérico contrato civil y la aplicación del régimen general de nulidad de éste. En contra Jaime Vidal Martínez para quién “el calificativo de contrato para ajustarse al propósito empírico de las partes que pretenden incorporar bienes de la personalidad y servicios personalísimos a una relación patrimonial susceptible de producir efectos jurídicos, se configure como derivada de un contrato oneroso o gratuito, existiendo una evidente concatenación entre las diversas prestaciones, lo cual conduce a una cosificación de la persona, incompatible con normas legales y principios básicos del ordenamiento jurídico español” VIDAL MARTÍNEZ, J., “La regulación de la reproducción humana asistida en el derecho

Antes de abordar la cuestión de su naturaleza jurídica debemos ver las características del contrato en cuestión, contrato que no se haya tipificado en nuestro derecho:

--Bilateral, ya que ambas partes se obligan recíprocamente, la arrendadora a la gestación y posterior entrega del nacido y la arrendataria al pago del servicio

--Oneroso. Tiene por objeto la utilidad de ambos contratantes-

--No conmutativo. Entiendo que las prestaciones jamás podrían ser equivalentes por más que se acuerde un precio.

--Principal. El contrato subsiste por sí mismo sin necesidad de otra convención.

--Innominado, al no estar tipificado en ley española. Las partes lo celebran en aplicación del principio de "autonomía de la voluntad".

--Consensual lo que significa que basta el consentimiento de las partes celebrarlo, esto es consecuencia de su carácter innominado, aunque las partes pueden acordar sujetarlo a solemnidades. Podría llegar a ser un contrato solemne si al regularlo se exigiesen ciertos requisitos sin los cuales el contrato no produzca ningún efecto civil.

--Contrato de familia en oposición a los de patrimonio que tiene por objeto un derecho apreciable en dinero.

--Entre vivos. No se requiere la muerte de una de las parte para producir sus efectos propios

--Puro y simple. Produce sus efectos de inmediato ("desde luego") pero de ejecución diferida, es decir, que parte de sus efectos están postergados.

Así las cosas, el contrato de gestación por sustitución participa de la naturaleza de un arrendamiento de servicios (en cuanto que se promete la gestación del feto, la prestación de un servicio de incubadora, etc.), y a la vez

español" en VIDAL MARTÍNEZ, J. (Coord.), BENÍTEZ ORTUZAR, J y VEGA GUTIERREZ, A. M., *Derechos reproductivos y técnicas de reproducción asistida*, Comares, Granada 1998, p. 119-120.

de la naturaleza de un contrato de obra (en cuanto que se promete la entrega de un niño). Si además la prestación no se realiza a título oneroso, sino gratuito, (con independencia de que puedan indemnizarse los gastos o molestias ocasionados), participaría de la naturaleza de la donación.²³⁵

1.2. El contrato de gestación: el hijo como 'objeto' de un contrato

Según el Art. 1.271-1º del CC "Pueden ser objeto de contrato todas las cosas que no están fuera del comercio de los hombres, aun las futuras." Y Según el art 1275 "Los contratos sin causa, o con causa ilícita, no producen efecto alguno. Es ilícita la causa cuando se opone a las leyes o a la moral." Además, el *Artículo 10 de la CE dispone* "1. La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social."

Nuestro ordenamiento jurídico, como vimos, no permite el convenio de gestación por sustitución, o maternidad subrogada, en España (declarado nulo en el art 10 LTRHA). Pero aunque no existiera norma prohibitiva en nuestro ordenamiento, la mayoría de la doctrina considera que el convenio de gestación por sustitución sería nulo en primer lugar por inexistencia o ilicitud de la causa (art 1275 CC)²³⁶. También sería nulo por carecer de objeto, pues no es sólo que la capacidad generativa sea indisponible, intransferible y personalísima²³⁷, constituyendo una *res extra commercium* (art 1.271-1º CC),

²³⁵ LÓPEZ PELÁEZ, P., "Aproximación jurídica al acuerdo de gestación por sustitución (Madres de Alquiler) en Derecho Español", en ALVENTOSA DEL RÍO, J. y MOLINER NAVARRO, R.M. (coord.), *Estudios Jurídicos en homenaje al Profesor Enrique Lalaguna Domínguez*, vol I, Valencia, Universidad de Valencia, 2008, p. 667.

²³⁶ VERDERA IZQUIERDO, B., "Anotaciones a la Ley de Reproducción Asistida", *Actualidad civil*, nº 10, 2007, p. 1117.

²³⁷ LLEDÓ YAGÜE, F., "Reflexión jurídica sobre las nuevas formas de concepción humana" *La Ley*, nº2, 1985, p. 101, para quién " el objeto del contrato es a todas luces ilícito, porque , entre otras razones capacidad generativa es, desde luego, indisponible, intransferible y personalísima, luego es evidente que constituye una *res extracomercium*"

sino el cuerpo humano en si, por lo que estaríamos ante un contrato nulo por falta de objeto (art. 1.261 CC: No hay contrato sino cuando concurren los requisitos siguientes: 2.º Objeto cierto que sea materia del contrato)²³⁸; o bien por contradecir las buenas costumbres, la moral y el orden público (art. 1.255 CC: “Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral, ni al orden público.”) y por oponerse al principio de indisponibilidad del cuerpo humano (art 10.1ºCE).²³⁹

El hijo, por tanto no puede ser objeto de contrato entre el comitente y la gestante. Las personas están fuera del comercio y este argumento de derecho civil se fortalece aún más desde la perspectiva constitucional: el reconocimiento constitucional de la dignidad de la persona impide que la persona del hijo pueda ser objeto de un contrato pactado inter partes. En la maternidad por encargo la integridad física deja de ser un fin en sí mismo convirtiéndose en medio para que otros individuos cumplan su voluntad procreacional. Los sistemas jurídicos occidentales tradicionalmente han entendido que, frente a la libre disposición de los objetos, las personas, incluyendo el cuerpo humano, no pueden ser objeto de comercio. De este modo, la libertad de los individuos para establecer contratos en mutuo provecho tiene límites, en concreto, cuando el objeto de dicho contrato es el mismo ser humano, su cuerpo y sus funciones más esenciales, tal y como ocurre con el contrato de gestación por encargo.

La obligación acordada por una mujer que arrienda parte de su cuerpo mediante una determinada remuneración importa atentar contra su integridad

²³⁸ LLEDÓ YAGÜE, F., *Fecundación Artificial y Derecho*, Madrid , Técnos, 1988, p148 “...el objeto de este contrato de incubación en útero ajeno es la persona misma...y entiendo que afrenta a la dignidad ser tratado cual si fuera un objeto, o una mercadería, algo de interés patrimonial, y no como alguien que constituye una finalidad, per se...queda fuera de la autonomía de la voluntad de las partes negociar con un materia cuya indisponibilidad es absoluta.”

²³⁹ CÁRCABA FERNANDEZ, M., *Los problemas jurídicos planteados por las nuevas técnicas de procreación humana*, Barcelona, Bosch, 1995. p.169, advierte además que este convenio de maternidad subrogada muchas veces “supone un fraude a las normas de la adopción. Cae dentro del imperio del Derecho penal, pues se acerca a la compraventa de niños, incita al abandono de los mismos, y en ocasiones lleva consigo un delito de suposición de parto”

física lo que no resulta admisible, salvo que se enmarque dentro un fin terapéutico o de interés general.

Se lesiona la integridad y dignidad de la mujer gestante, pues esta efectúa una cesión poniendo a disposición de manera temporal una parte no separable de su cuerpo para su utilización por otros o en beneficio de otros. Lo anterior, teniendo en cuenta que el objeto cedido no es propiedad de la mujer gestante, sino que forma parte de su integridad física.²⁴⁰

Además, no puede olvidarse que las normas reguladoras de la filiación y del estado civil de las personas son imperativas o de *ius cogens* y de orden público, por los fuertes imperativos éticos y la función social que las preside, por lo que son indisponibles al ser por encima de la voluntad de las partes. De esta forma un contrato de maternidad subrogada sería nulo porque trataría de modificar las normas que determinan la constitución de la relación jurídica paterno-filial y la atribución de la condición jurídica de progenitor e hijo. Asimismo no cabe renunciar al hijo concebido y gestado por la madre sustituta puesto que dicha renuncia contravienen los principios de orden público aplicables a las relaciones paterno-filiales.

La nulidad del contrato sería, además, una nulidad de pleno derecho (art. 10 LTRHA), absoluta, *erga omnes* y definitiva, de manera que el convenio no produciría efecto alguno y la maternidad quedaría determinada por el principio *mater semper certa est*.²⁴¹

La madre gestante será siempre la madre biológica, sólo habrá que atender al hecho del alumbramiento y el hijo será inscrito en el Registro civil como suyo. La mujer gestante no asumirá obligación alguna de entregar al hijo tras el parto, ni de indemnizar a la otra parte en caso de incumplimiento de

²⁴⁰ SANCHEZ ARISTI, R., "La Gestación por Sustitución: Dilemas Éticos y Jurídicos", *Humanitas Humanidades Médicas*, nº 49, 2010, p.12.

²⁴¹ Algunos autores como Vela Sánchez entienden su índole especial (negocio jurídico especial de derecho de familia) y su finalidad de interés público esencialmente afrontar la infertilidad y favorecer la maternidad o paternidad biológica- excepcionarían su nulidad. VELA SÁNCHEZ, A.J. *La maternidad subrogada: estudio ante un reto normativo*. Cit., p. 75

dicho deber establecido en el contrato aunque se hubieran entregado cantidades de dinero por consecuencia de la gestación, y por supuesto podría reclamar al hijo en caso de haberlo entregado ya a los comitentes (art 1301 y 1306 CC). Asimismo tampoco podrá la gestante reclamar la recepción del nacido en caso de negativa por los comitentes, ni los pagos previstos y no realizados y indemnización alguna por daños y perjuicios.²⁴²

Cierto sector doctrinal –entre los que se incluyen Vela Sánchez, Lamm o Camacho- sostiene que, a pesar de los problemas que se suscitan, es preferible regular la maternidad por subrogación que prohibirla, ya que siempre va a haber países que la permitan y, de esta forma, se evitaría la especulación y el turismo procreativo dado que esta práctica existirá en la clandestinidad y no habría ningún recurso para las partes involucradas.²⁴³

Pero todos ellos parten de la existencia de un derecho a procrear entendido como “derecho al hijo”.

²⁴² VELA SÁNCHEZ, A.J. *La maternidad subrogada: estudio ante un reto normativo*. Cit., p. 46.

²⁴³ En este sentido CAMACHO, J.M., *Maternidad subrogada: una práctica moralmente aceptable. Análisis crítico de las argumentaciones de sus detractores*, 2009 (recuperado el 15 de octubre de 2015 de <http://www.fundacionforo.com/pdfs/maternidadsubrogada.pdf>) donde afirma que : “por potenciales malos manejos o problemas asociados no podemos alegar que no es moral o que es objetable éticamente. Igualmente creemos que deberían hacerse bien las cosas y atender a las partes involucradas para minimizar los posibles riesgos o complicaciones que puedan surgir. Por eso consideramos que el problema no está en la práctica en sí misma, sino en que no haya un marco legal que permita regular, controlar y establecer criterios para poder llevarla a cabo atendiendo a los intereses de todos las partes involucradas, tanto la mamá subrogante, la o las personas contratantes y el niño o niña fruto de ese acuerdo” y añade que “La maternidad sustituta es una práctica basada en la decisión libre de adultos que ejercen sus derechos y prerrogativas, sin perjudicarse ni perjudicar a terceros, razón por la cual no puede señalarse ni objetarse a las personas que la ejercen ni a la práctica en sí misma. Todos los participantes y personas involucradas se suelen beneficiar de la misma: el niño que nace de dicho acuerdo no hubiera nacido si la práctica no se hubiera realizado y encuentra una familia que lo recibe con mucho amor y que lo deseó profundamente, los padres logran acceder a la paternidad y tienen la posibilidad de dar amor y brindarle todos los cuidados necesarios a su hijo y por último la mujer portadora puede satisfacer sus deseos de ayudar a otras personas y obtener un beneficio, en general económico a cambio de esa ayuda.”

2. Gestación por sustitución y determinación de la filiación

Es cierto que en los tiempos que vivimos, las relaciones familiares están siendo objeto de profundos cambios con consecuencias en todo el derecho de familia y que éstos cambios se muestran más evidentes a la luz de las nuevas tecnologías reproductivas. En materia de filiación las TRA han generado lo que se conoce como “revolución reproductiva”, debido a que éstas técnicas separan radicalmente la reproducción humana de la sexualidad. De tal forma que hoy se hace posible la reproducción sin sexo²⁴⁴ generando con ello una problemática que desborda las estructuras jurídicas existentes. En efecto, la TRHA con su regulación ha afectado a las relaciones de filiación, en su contenido, fundamento y determinación, alterando las premisas sobre las que las leyes civiles articularon nuestro derecho de filiación sobre todo a partir de la Ley 11/1981, de 13 de mayo y obligando a revisar las nociones tradicionales de maternidad, paternidad, embarazo o incluso parto²⁴⁵.

2.1. Problemática de la filiación derivada de las técnicas de reproducción humana asistida

Antes de la aparición de las TRA, sólo existía la procreación por medios naturales, a través del acto sexual. Consecuentemente, aquel que dejaba embarazada a la mujer, era necesariamente el mismo que aportaba el material genético y la mujer que gestaba el niño en su vientre lo hacía siempre con

²⁴⁴ También consecuencia de esta revolución es el “sexo sin reproducción” posible gracias a la aparición y uso de diferentes métodos anticonceptivos.

²⁴⁵ La máxima del derecho romano que expresa “Mater semper certa est”, consagrando, de este modo, la atribución de la maternidad por el hecho del parto, ha sido conmovida cuando la ciencia posibilitó que sea una mujer extraña a la autora genética la que llevase a cabo la gestación y el trabajo de parto. En otras palabras, ha comenzado a cuestionarse la noción de parto como determinante de la maternidad. LAMM, E., “La importancia de la voluntad procreacional en la nueva categoría de filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida”, *Revista de Bioética y Derecho*, nº. 24, 2012, p. 76-91.

propios óvulos. Es decir, los elementos genético, biológico y volitivo, en general coincidían en una misma persona.²⁴⁶

Como hemos adelantado, las TRA ha dado un paso más en la separación de dos dimensiones que hasta entonces habían sido inseparables: la procreación como resultado de la unión sexual. Es decir, el hijo es el resultado de una serie de procedimientos tecnológicos y científicos, que no incluyen necesariamente la unión conyugal. De esta forma, para la procreación o generación de un hijo se requeriría simplemente la colaboración de un padre genético, que aporta el espermatozoide y de una madre genética, que aporta el óvulo. Adicionalmente, podría ser requerida la colaboración de una madre por encargo quien aporta su útero, y uno o dos padres adoptivos, socialmente reconocidos como padres del hijo. Esta reproducción sin sexo que posibilita las TRA ha ampliado los tipos de familia. Las TRA permiten ser padres a quienes no podían serlo; habilitan paternidades y/o maternidades inconcebibles o imposibles años atrás, tales como la maternidad de mujeres estériles, la paternidad de hombres estériles, la maternidad sin paternidad, la paternidad sin maternidad, la paternidad y/o maternidad de ambos miembros de una pareja homosexual, Incluso posibilitan la maternidad de mujeres a edades muy avanzadas. Hoy, como consecuencia de la aparición de las TRA, lo biológico ya no comprende lo genético, (mujer que acude a la donación de óvulos o los casos de maternidad subrogada gestacional) ni lo genético comprende lo biológico. (Puede suceder que una persona aporte únicamente material genético (por ej. donación de semen o que se utilice material genético del hombre que quiere tener un hijo, pero el embarazo se produzca a través de las TRA.) En otras palabras hoy el aporte puede exclusivamente genético.

¿Pero como afecta esta “revolución reproductiva” a la filiación? En el presente punto el objeto de análisis lo constituye la determinación de la filiación dimanante de la utilización de las técnicas de reproducción humana asistida. Es, sin duda un tema sumamente importante por cuanto supone la

²⁴⁶ LAMM, E., *Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres, cit., p.* 50

determinación de los sujetos de la relación filial y la atribución consiguiente de todos los efectos jurídicos correspondientes. Pero además es una cuestión de gran complejidad pues son muchos los intereses en conflicto que hay que atender.

2.2. Clases de filiación y títulos de determinación. Situación anterior a la Ley 20/2011, del Registro Civil y su modificación por la Ley 19/2015, de 13 de Julio.

Como ya hemos visto, las leyes civiles distinguen entre filiación por naturaleza y por adopción. La primera une a las personas que descienden unas de otras, y engloba tanto la filiación biológica o filiación de hecho como la filiación legalmente determinada o de derecho. La filiación adoptiva, por su parte, constituye la forma más típica de paternidad social.

La determinación legal de la filiación consiste en la atribución por ministerio de la ley de una relación paterno-filial a una persona. En general, para determinar la relación jurídica de filiación y establecer así el conjunto de efectos que comporta (patria potestad, obligaciones de vela y custodia, alimentos, apellidos, derechos sucesorios y estado civil de enorme importancia puesto que sirve de punto de conexión para para determinar la nacionalidad y vecindad civil de una persona y por tanto, mediatamente, para decidir la ley que rige la capacidad), el Derecho prevé unos hechos y actos concretos a los que atribuye tal función. De ahí su nombre de títulos de determinación de la filiación, en cuanto sirven para establecerla. Estos títulos vienen a responder a la pregunta: “¿quién debe ser el padre/madre de un niño?”, lo que supone admitir de partida que la relación biológica de filiación y la jurídica son distintas y que no siempre coinciden. Esta realidad condiciona, sin duda, el sistema jurídico de filiación y coloca al legislador ante una disyuntiva: regular un sistema jurídico de filiación que asuma esta separación entre realidad biológica y filiación jurídica o legislar un sistema que tienda a la coincidencia entre

ambas.²⁴⁷ Y ello, además, deberá hacerse teniendo en cuenta las previsiones constitucionales que inspiran esta materia, en concreto los siguientes:

a) El principio de no discriminación por razón de nacimiento: art. 14 CE (esto es, la igualdad en el tratamiento jurídico de los hijos con independencia del origen matrimonial o extramatrimonial de su nacimiento).²⁴⁸

b) La protección de la familia, obligación de todos los poderes públicos (art. 39.1 CE).

c) La protección de los hijos y de las madres con independencia de su estado civil (art. 39.2 CE).

d) La investigación de la paternidad, recogida inmediatamente después de la obligación anterior, y al servicio de la primera (art. 39.2 CE). La recepción constitucional de la obligación legislativa de «posibilitar» la investigación de la paternidad supuso el fin de una situación histórica de evidente abuso cobijada bajo el principio de la prohibición de la investigación de la paternidad dotando así al varón de una coartada eficaz que le permitía no responder de sus actos, cuando éstos se encuadraban en su actividad reproductora y que era merecedora de todo secreto.

Promulgada la Constitución, buena parte de la regulación jurídica del código civil vigente hasta entonces, adolecía de inconstitucionalidad sobrevenida. La Ley 11/1981 de 13 de mayo abordó la reforma del régimen de filiación del código civil, en concreto de la filiación por naturaleza y partiendo de los principios constitucionales antes mencionados, consagra un sistema de

²⁴⁷ BÁRBER CÁRCAMO, M^a R., “Reproducción asistida y determinación de la filiación”, cit., p. 25-37.

²⁴⁸ El derecho preconstitucional partía de un supuesto radicalmente distinto al actual pues distinguía entre hijos legítimos (que eran los habidos dentro del matrimonio) y los ilegítimos, (habidos fuera de él), y dentro de estos últimos, se distinguía entre: Los hijos ilegítimos naturales, que eran aquellos cuyos progenitores, al tiempo de la concepción, podían casarse con dispensa o sin ella. Y los hijos ilegítimos no naturales, en los que se comprendían las antiguas clasificaciones de adulterinos, sacrílegos, incestuosos, etc. Sólo respecto de los hijos ilegítimos naturales se permitía establecer un estado de filiación, aunque de efectos más limitados que el de los hijos legítimos. Con la Constitución, desaparece así la distinción discriminatoria entre hijos legítimos e ilegítimos sustituyéndola por la de hijos matrimoniales y no matrimoniales, distinción que se hace, no en orden a que ostenten distintos derechos, sino en cuanto a los mecanismos de determinación de la filiación.

determinación de la filiación basado en la verdad biológica. Efectivamente, uno de los presupuestos de esta ley, fue asentar la filiación sobre la verdad biológica, en cuyo virtud se favorece que quién es el padre biológico sea tenido por padre legal, lo que conlleva importantes efectos en lo que se refiere a las acciones de filiación.²⁴⁹

Por lo que respecta a la filiación adoptiva, con la aprobación de la Constitución se produce también una modernización de la adopción, auspiciada en las correspondientes reformas del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil. La Ley 21/1987, de 11 de noviembre fue la encargada de adecuar la filiación adoptiva a los principios constitucionales, suprimiendo la adopción simple y quedando regulada únicamente la adopción plena: una modalidad que equipara totalmente sus efectos a los de la filiación natural o biológica. Pero la construcción de la adopción es judicial y obviamente se asume la falta de relación biológica adoptante/adoptado de forma que la construcción “ope legis” del vínculo de filiación se configura como un instrumento de integración, fundado en la necesaria primacía del interés del adoptado.

Pues bien, y ¿qué sucede con la reproducción asistida? Como ya hemos dicho la determinación de la filiación de las personas nacidas por el empleo de estas técnicas es una de las cuestiones más importantes que plantea su uso y donde nuestras leyes se muestran más insuficientes. La posición adoptada tanto por la primera Ley española de Reproducción Humana Asistida, la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, como por la vigente Ley 14/2006, de 26 de mayo fue la de considerar la filiación de los nacidos tras el sometimiento de sus

²⁴⁹ Sería un sistema legal de determinación de la filiación de los denominados por Rivero como “realistas” presidido por el “principio de veracidad” que aun reconociendo que la filiación jurídica no es mera relación biológica, facilita mecanismos jurídicos que permitan llegar a ella, al menos en la vía judicial, y siempre que sea posible alcanzar la realidad biológica, para ello abre las puertas a la investigación de la paternidad/maternidad tanto en el orden positivo (declaración de la filiación desconocida) como negativo (impugnación de la filiación no veraz) y permite en este contexto la utilización de toda clase de pruebas. Rivero Hernández, Francisco. ¿Mater Semper certa est? Problemas en la determinación de la maternidad en el ordenamiento español.

progenitores a técnicas de reproducción asistida como filiación natural. Por ello, su régimen de determinación debe reconducirse al de la filiación natural.

Así el artículo 7 de la LTRHA bajo el título Filiación de los hijos nacidos mediante técnicas de reproducción asistida dispone “1. *La filiación de los nacidos con las técnicas de reproducción asistida se regulará por las leyes civiles, a salvo de las especificaciones establecidas en los tres siguientes artículos*” (Art 8,9 y 10).

Esta remisión a las leyes civiles comprende no sólo la regulación que en materia de filiación ofrece tanto el Código Civil, sino también la que se contiene en las normas autonómicas de Derecho Civil existentes, la Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia (Capítulo V, artículos 235-1 a 235-29) y el Fuero Nuevo de Navarra, Ley Foral 5/1987, de 1 de abril, (leyes 68 a 72) que recogen un régimen filiación propio, salvo a lo que se refiere en los tres artículos siguientes de la Ley 14/2006.

Por tanto, en virtud de esta regla hemos de entender aplicable el régimen del Código Civil sobre determinación de la filiación *por naturaleza*, que sólo queda desplazado por la existencia de *norma especial* en los tres artículos siguientes. La aplicación del Código civil no es subsidiaria, sino directa, y sólo queda desplazada en presencia de norma concreta contenida en esta Ley especial. El legislador ha renunciado a establecer una tercera clase de filiación, a sumar a la natural y la adoptiva, o a discriminar según el tipo de reproducción asistida empleada, opciones defendidas por parte de la doctrina, simplemente se ha limitado a establecer unas normas especiales a integrar con el régimen general de la filiación natural.

Y este punto de partida no deja de ser sorprendente, dado que el sistema de filiación del Código civil está basado, desde la reforma de 1981, en el triunfo de la verdad biológica, mientras que la LTRHA española admite que la fecundación se realice con semen de donante anónimo, la donación igualmente anónima de óvulos e incluso de pre-embriones, es decir que el aporte puede

ser puramente genético, y dicho anonimato se protege férreamente en la Ley (art. 5.5), de modo que la revelación de la identidad de los donantes de gametos es excepcional. Sólo en circunstancias extraordinarias que comporten un peligro cierto para la vida o la salud del hijo podrá revelarse dicha identidad, siempre y cuando, además, esta revelación sea indispensable para evitar el peligro (art. 5.5.3 LTRHA).

Por consiguiente, el lugar que para el Código ocupa la verdad biológica, y la tendencia a que sea padre legal el genético, en la LTRHA lo sustituye la *voluntad* de quien desea ser progenitor, con independencia del origen genético del material reproductor empleado.²⁵⁰ Pero el anonimato que se propugna quiebra de raíz las bases del Derecho de filiación y hace ilusorio el propósito legal de que se determine con arreglo al sistema general establecido en el Código Civil (art. 7 LTRHA). A priori, ambas regulaciones parecen difícilmente conciliables, aunque como vimos en el capítulo anterior el Tribunal Constitucional, en la STC 116/1999, de 17 de junio, encontró una vía para su conciliación, declarando constitucional dicho anonimato, fundándose para ello en las reglas especiales de los artículos 8 a 10 LTRHA.

²⁵⁰ LAMM, E., en “La importancia de la voluntad procreacional en la nueva categoría de filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida”, cit., p. 81, enfatiza la relevancia que adquiere el elemento volitivo en la filiación derivada de las TRA, de manera que cuando en una persona no coinciden el elemento genético, el biológico y el volitivo debe otorgarse preponderancia a este último, implicando las nuevas realidades una desbiologización y/o desgenetización de la filiación.

BARBER CÁRCAMO, refiriéndose al principio inspirador de la determinación de la filiación en la reproducción humana asistida, resalta que la filosofía de la ley es que la voluntad de generar un nuevo ser humano a través de la aplicación de estas técnicas sustituye al dato biológico, si bien esa voluntad no tiene el carácter de título de determinación de la filiación, aplicándose los contemplados en el CC (arts. 115 y 120), introduciendo el consentimiento para aquéllas sólo modulaciones en sus efectos, con la salvedad de la previsión legal del art. 7.3 LTRHA, que ha de entenderse como un nuevo título de determinación de la filiación. BARBER CÁRCAMO, M^a.R., en “Reproducción asistida y determinación de la filiación”, cit., p. 29.

2.3. Determinación de la filiación derivada de las técnicas de reproducción humana.

2.3.1. Determinación jurídica de la maternidad

Hasta su reforma por la Ley 3/2007, de 15 de marzo, de rectificación registral del sexo (en adelante LRRRSP), la LTRHA se regía en cuanto a la determinación de la maternidad jurídica por el axioma *mater certa semper est*, en virtud de la cual el origen del material genético es irrelevante para la determinación de la maternidad: es madre quien da a luz. Sin embargo, una vez legitimada la unión matrimonial entre dos mujeres por Ley 13/2005, la posibilidad de una maternidad compartida en el seno de esa unión la consagró la citada LRRRSP que incluyó, como párrafo 3 del propio art. 7 la posibilidad de que sean tenidas, como madres de un hijo, dos mujeres casadas entre sí al disponer que “cuando la mujer estuviere casada, y no separada legalmente o de hecho, con otra mujer, esta última podrá manifestar ante el encargado del Registro Civil del domicilio conyugal, que consiente en que cuando nazca el hijo de su cónyuge, se determine a su favor la filiación respecto al nacido”.

Se establece con ello un criterio totalmente contrario al ligamen de la maternidad con el parto y al principio de verdad biológica que inspira nuestro derecho de filiación, al permitir que la cónyuge de la madre que da a luz por su sola manifestación de voluntad de ser tenida como madre, ante el Encargado del Registro Civil y antes del nacimiento del hijo sea tenida como madre legal. Hasta entonces, la doble maternidad legal sólo tenía como vía de la de la adopción del hijo de la esposa. Ahora, si la esposa de la madre biológica ejercita la potestad que le brinda el art. 7.3 de la LTRHA una simple declaración de voluntad es suficiente para la determinación de la filiación matrimonial a su favor y, consiguientemente, la doble maternidad legal habrá sido válidamente constituida. Esta previsión legal no puede entenderse sino como un nuevo título de determinación de la filiación.²⁵¹

²⁵¹ BARBER CÁRCAMO, afirma que nuestro Derecho admite hoy, inexplicablemente, la doble maternidad por naturaleza, artificial y difícil de encajar en nuestro sistema, por ajena a cualquiera de sus principios y que aun cuando la

Ahora bien, la LTRHA, sólo habla de “mujer casada”, por lo que sólo contempla la posibilidad de determinar la filiación sobre la base del consentimiento para el supuesto de parejas casadas.²⁵² Y por otra parte la absoluta falta de filtros en el establecimiento de esta filiación derivada exclusivamente de la voluntad podría colisionar con el principio constitucional de protección integral de los hijos (art. 39 CE) resultando probablemente excesiva la relevancia concedida a la voluntad, sin tener en cuenta, ningún tipo de control sobre la misma.²⁵³ No existe, pues control judicial ni administrativo previo, como ocurre por ejemplo en el caso de la adopción.

2.3.2 Determinación jurídica de la paternidad

Como ya se ha avanzado, la LTRHA no ha introducido un título nuevo, diferente a los recogidos en el Código. Podría haberlo hecho, otorgando la

Dirección General de los Registros y del Notariado, que en su resolución (4ª) de 14 de octubre de 2009, tras referirse a dicha manifestación como «el derecho al reconocimiento de la filiación materna de la casada con la madre gestante», afirma inexplicablemente que el art. 7.3 LTRHA «no altera el principio de unidad de la maternidad que consagra el ordenamiento», lo cierto es previsión del art. 7.3 LTRHA no puede calificarse técnicamente de reconocimiento de filiación, por ser manifiesta y evidente su falta de correspondencia con la realidad. *Idid*, p.30

²⁵² Distinto es lo que sucede en Cataluña. El CCCat en el art. 235-13 expresamente permite la determinación de la maternidad de la mujer que consiente la aplicación de TRA de su compañera sobre la base del consentimiento previamente prestado. La única posibilidad que brinda nuestro ordenamiento para determinar la filiación del hijo nacido a favor de la conviviente no gestante será la adopción por ésta última. Sin embargo, en opinión de LAMM (2012, p. 85), el éxito de la adopción dependerá del criterio del juez por lo que no siempre estará asegurada. Igualmente plantea situaciones fácilmente concurrentes en la tramitación del proceso de adopción como puede ser la disolución de la unión bien por fallecimiento de la madre legal o por voluntad conjunta de ambas.

²⁵³ MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C. “La filiación, entre biología y derecho” *Prudentia Iuris*, nº 76, 2013, p. 79-106. Choca así con otros supuestos en los que la voluntad juega un papel decisivo en el establecimiento de la filiación, como puede ser el reconocimiento (que conforme al art. 124 requiere consentimiento expreso del representante legal del reconocido, o aprobación judicial), la adopción (que precisa declaración de idoneidad, propuesta de la entidad administrativa y resolución judicial: art. 176 CC) o el caso del art. 8.2 LTRHA (en el que la atribución de paternidad se hace a través del expediente gubernativo del art. 49 LRC, con sus correspondientes cautelas: falta de oposición del Ministerio fiscal o de la parte interesada notificada personalmente, de manera que si hay oposición será precisa decisión judicial en el procedimiento ordinario).

condición de progenitor a quien manifestara su voluntad de serlo y accediera a cualquiera de las prácticas de fecundación asistida de una mujer concreta que la Ley admite con amplitud.²⁵⁴

Ello, no obstante, la LTRHA ha introducido la consideración de un nuevo elemento que si bien no constituye (pues no lo dice la Ley) título de atribución de la paternidad sí es determinante para la filiación del hijo. Nos referimos al consentimiento prestado por el varón para la práctica en la mujer de una determinada fecundación con contribución de donante o donantes, consentimiento que según el art 8.1 de la referida ley habrá de ser “formal, previo y expreso”. Este consentimiento no determina la paternidad, ésta, según lo expuesto, quedará determinada por los mecanismos habituales, es decir, por lo determinado por el Código Civil, distinguiendo según se trate de mujer casada o soltera. Si es casada, la paternidad del marido quedará determinada por la presunción de paternidad del art 116 Cc.²⁵⁵ Si no está casada, el medio habitual de determinación de la filiación es el reconocimiento del padre, previsto en el art 120.1 Cc que podrá realizar libremente. Se plantea entonces el problema de determinar qué papel juega el consentimiento previo a la práctica de las TRHA. Pues bien, en el primer caso se recurriría al escrito de consentimiento en el caso de que se pretendiera impugnar la paternidad, es decir, el consentimiento previo determina la imposibilidad de impugnar (tanto la mujer como el marido) una filiación que no es conforme con la verdad biológica (art. 8.1),²⁵⁶ En el segundo caso, es decir cuando la filiación es no matrimonial

²⁵⁴ BARBER CÁRCAMO, afirma que hubiera sido mucho más claro, y hubiera comportado la adición, a los títulos de determinación contemplados en el Código, de uno propio, especial, de la LTRHA. BARBER CÁRCAMO, M^a.R., en “Reproducción asistida y determinación de la filiación”, cit., p. 31.

²⁵⁵ Artículo 116 Cc: “Se presumen hijos del marido los nacidos después de la celebración del matrimonio y antes de los trescientos días siguientes a su disolución o a la separación legal o de hecho de los cónyuges.” Además para el caso de parejas casadas el art 6.3 no distingue la ley entre fecundación homóloga y heteróloga, quedando compendiadas las dos. Art 6.3 de la LTRHA “*Si la mujer estuviera casada, se precisará, además, el consentimiento de su marido, a menos que estuvieran separados legalmente o de hecho y así conste de manera fehaciente. El consentimiento del cónyuge, prestado antes de la utilización de las técnicas, deberá reunir idénticos requisitos de expresión libre, consciente y formal.*”

²⁵⁶ BARBER CÁRCAMO, M^a.R., en “Reproducción asistida y determinación de la filiación”, cit., p. 31. Además esta autora defiende la aplicación analógica del mismo art 8.1 para el supuesto de que quien preste el consentimiento sea varón no casado que

¿que añade el consentimiento? Para este supuesto el art 8.2 LTRHA dispone que: “Se considera escrito indubitado a los efectos previstos en el artículo 49 de la Ley del Registro Civil el documento extendido ante el centro o servicio autorizado en el que se refleje el consentimiento a la fecundación con contribución de donante prestado por varón no casado con anterioridad a la utilización de las técnicas.” Por tanto el consentimiento añade la posibilidad de que, a falta de reconocimiento, sirva como escrito indubitado a efectos de determinar la filiación por la vía del expediente gubernativo (art. 8.2 LTRHA) y, si éste deviene contencioso, a través de una acción de reclamación. Que, lógicamente, no será la contemplada en el Código, dirigida a poner de manifiesto la verdad biológica, sino otra distinta, cuya pretensión vendrá basada en dicho consentimiento.

Adviértase que este precepto sólo contempla el consentimiento del «varón no casado» para la fecundación con contribución de donante. Ahora bien, esta laguna legal, no significa que una pareja de hecho no pueda recurrir a fecundación asistida homóloga, esto es, con gametos procedentes del varón.

El varón prestará en tal caso su consentimiento previo a la práctica de la reproducción asistida y éste tendrá el mismo valor que el prestado por varón no casado para la fecundación heteróloga pero además quedará además a salvo la acción de reclamación de la filiación, cuyo *petitum* sí se dirigirá en este caso a la prueba de la verdad biológica: en este caso, el consentimiento y el dato biológico coinciden. La impugnación de esta filiación, por otra parte, no resulta problemática, dada dicha coincidencia: no es necesario recurrir a la aplicación analógica del art. 8.1 LTRHA.²⁵⁷

consiente la fecundación heteróloga, y ello porque parece de justicia negar al varón no casado la impugnación de la paternidad que se le niega al marido, en iguales condiciones. Para LAMM ello demuestra que en definitiva el vínculo queda determinado sobre la base de este consentimiento y no de la presunción. LAMM, E., “La importancia de la voluntad procreacional en la nueva categoría de filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida”, cit., p.76-91.

²⁵⁷ BARBER CÁRCAMO, M^a.R., en “Reproducción asistida y determinación de la filiación”, cit., p. 33.

Además, la LTRHA advierte que, en los casos excepcionales en que proceda, la revelación de la identidad del donante en ningún caso implicará determinación legal de la filiación: esto es, el origen biológico del material genético empleado nunca podrá alegarse para determinar la filiación y sus efectos jurídicos (art. 8.3).

Seguidamente, el art. 9 LTRHA contempla la llamada fecundación *post mortem*: regula los presupuestos bajo los que debe realizarse para que el hijo ostente la filiación del fallecido. El legislador permite atribuir la paternidad al marido o conviviente con la madre no sólo si a su fallecimiento se encontraba el «material reproductor» (art. 9.1) ya implantado en el útero, sino también si el varón (marido o conviviente) hubiera prestado su consentimiento formal para la utilización de *su* material genético en un plazo de 12 meses posteriores a su fallecimiento. El legislador, además, presume prestado dicho consentimiento cuando antes del fallecimiento del varón se hubiere iniciado sobre la mujer un proceso de transferencia de preembriones ya constituidos (art. 9.2.2).

Finalmente las reglas especiales sobre determinación de la filiación se cierran con el art 10.3 sobre gestación por encargo, que tras haber declarado en su párrafo primero la nulidad del este contrato y reiterar en el párrafo segundo el criterio de determinación de la maternidad por el hecho del parto añade “*Queda a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales*”. Tropezamos de nuevo con la parquedad del legislador que nos obliga a un esfuerzo interpretativo a menudo imposible pues el precepto permite reclamar la paternidad a quién aportó sus gametos para el contrato de gestación por encargo “conforme a las normas generales” pero ¿qué ocurre si se contó con un donante o se acudió a la donación de un pre embrión? ¿Dónde queda el anonimato del donante? Parece que en este caso, deberá estarse a la regla general del anonimato e imposible determinación de la paternidad.

2.3.3. Situación creada por la Ley 20/2011, del Registro Civil y su modificación por la Ley 19/2015, de 13 de julio

El 21 de julio de 2011 se sancionó la Ley 20/2011, del Registro Civil (BOE nº 175, de 22 de julio) con una vocación modernizadora, en virtud de que la importancia del Registro Civil hacía necesario un nuevo modelo adaptado a los valores constitucionales y a la realidad actual social española. Esta ley ha ordenado la desjudicialización del Registro Civil en España y su entrada en vigor quedó sometida a un plazo de *vacatio legis* de tres años de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado».

El plazo de *vacatio legis* fue prorrogado por el RDL 8/2014, de 8 de julio (a su vez convalidado por la disposición adicional vigésima de la Ley 18/2014, de 15 de octubre) y vencía el 15 de julio de 2015. Pero la Ley 20/2011, del Registro Civil ha sido modificada por 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 que entrará en vigor el 15 de octubre de 2015 con excepciones. En concreto, resulta preciso que entre en vigor de modo inmediato –15 de julio de 2015– la modificación de la D.F.10ª de la Ley de Registro Civil, para evitar su entrada en vigor prevista, como hemos dicho, para esa fecha, retrasándose hasta el 30 de junio de 2017. Su último párrafo dice: *“Hasta la completa entrada en vigor de esta Ley, el Gobierno adoptará las medidas y los cambios normativos necesarios que afecten a la organización y funcionamiento de los Registros Civiles.”* Estos cambios estarán relacionados, lógicamente, con la decisión definitiva acerca de qué cuerpo de funcionarios ha de ser el encargado de su llevanza. Sin embargo, entrarán en vigor el 15 de octubre de 2015 los artículos de la Ley de Registro Civil ahora modificados, es decir, 44 al 47, 64, 66 y 67, relacionados con las inscripciones de nacimientos y defunciones.²⁵⁸

²⁵⁸ Ley 19/2015, de 13 de julio, de medidas de reforma administrativa en el ámbito de la Administración de Justicia y del Registro Civil. Artículo segundo. Modificación de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil. La Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil, queda modificada como sigue:

Diez. La disposición final décima queda redactada del siguiente modo: «Disposición final décima. Entrada en vigor. La presente Ley entrará en vigor el 30 de

Con esta modificación legal se pretende que, a partir de la entrada en vigor de la citada Ley, la inscripción de los recién nacidos se realice directamente desde los centros sanitarios, a modo de “ventanilla única” donde los padres, asistidos por los facultativos que hubieran asistido al parto, firmarán el formulario oficial de declaración al que se incorporará el parte facultativo acreditativo del nacimiento, que se remitirá telemáticamente desde el centro sanitario al Registro Civil, amparado con el certificado reconocido de firma electrónica del facultativo. No será necesario, por tanto, acudir personalmente a la Oficina de Registro Civil para realizar la inscripción del nacido. Ello conlleva la modificación del Código Civil, así como de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida. De esta forma se instaura la certificación médica electrónica a los efectos de la inscripción en el Registro Civil, tanto de los nacimientos como de las defunciones, acaecidos, en circunstancias normales, en centros sanitarios.

Pero las modificaciones que más nos interesan, a efectos de este trabajo, son las que se refieren a la determinación de la filiación, en particular a la derivada de la utilización de las TRA. En este punto la Ley introduce como novedad la modificación del art 120 Cc sobre determinación de la filiación no matrimonial añadiendo un nuevo modo de determinar legalmente la misma. Este precepto ha de ponerse en relación con el art. 44 LRC que ahora desarrolla ampliamente los criterios para determinar la filiación. Además modifica la LTRHA en un intento de uniformar la situación respecto de la inscripción de los nacidos mediante TRA.

junio de 2017, excepto las disposiciones adicionales séptima y octava y las disposiciones finales tercera y sexta, que entrarán en vigor el día siguiente al de su publicación en el “Boletín Oficial del Estado”. Sin perjuicio de lo anterior, entrarán en vigor el 15 de octubre de 2015 los artículos de la presente Ley modificados por el artículo segundo 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...”

Ya han sido derogadas diversas disposiciones adicionales de la Ley 18/2014, de 15 de octubre: vigésima (prórroga de la entrada en vigor de la Ley de Registro Civil hasta el 15 de julio de 2015.) vigesimoprimer (llevanza del Registro Civil por los Registradores Mercantiles) vigesimotercer (adaptación de la Ley de Registro Civil para la llevanza por los Registradores) vigesimocuarta (sistemas y aplicaciones informáticas únicos en las Oficinas del Registro Civil) vigesimoquinta (funciones de los Juzgados y Tribunales en materia de Registro Civil).

En primer lugar por lo que respecta a la LTRHA se modifica el apartado 3 del artículo 7 relativo a la doble maternidad legal, que pasa a tener la siguiente redacción *“Cuando la mujer estuviere casada, y no separada legalmente o de hecho, con otra mujer, esta última podrá manifestar conforme a lo dispuesto en la Ley del Registro Civil que consiente en que se determine a su favor la filiación respecto al hijo nacido de su cónyuge.”*²⁵⁹

Se suprime con ello la necesidad de acudir personalmente a la Oficina de Registro Civil para realizar la prestación del consentimiento. Además no parece ya necesario que este consentimiento sea previo al nacimiento del hijo aunque sí que sea prestado por “mujer que estuviere casada”, sin extender legislativamente esta posibilidad a la unión de hecho entre mujeres.

La segunda modificación es la que se refiere a la modificación del apartado 2 del artículo 8 que pasa a tener la siguiente redacción: “Se considera escrito indubitado a los efectos previstos en el apartado 8 del artículo 44 de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil el documento extendido ante el centro o servicio autorizado en el que se refleje el consentimiento a la fecundación con contribución de donante prestado por varón no casado con anterioridad a la utilización de las técnicas.” Pero el citado artículo (art 44.8 de la Ley del Registro Civil) hace referencia a “supuestos de controversia y en aquellos otros que la ley determine”, en los cuales para hacer constar la filiación paterna se exige una previa resolución judicial.²⁶⁰

²⁵⁹ Disposición final quinta. Modificación de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida. En vigor desde 15 de octubre de 2015.

²⁶⁰ En la anterior regulación, el consentimiento a la fecundación podía ser considerado como escrito indubitado a los efectos de la determinación de la filiación por la vía del expediente gubernativo que se regulaba en el artículo 49 de la Ley de 8 de junio de 1957, del Registro Civil. Sin embargo el nuevo art 8.2 de la LTRHA remite al apartado 8 del artículo 44 de la Ley 20/2011, de 21 de julio del Registro Civil (en su redacción dada por la Ley 19/2015) que entrará en vigor el 15 de octubre de 2015 y que se refiere a la determinación de la filiación por vía jurisdiccional. En la nueva Ley del Registro Civil este expediente gubernativo se regula en el apartado 7 del mismo artículo 44. Y lo mismo sucede con la modificación del apartado 3 del artículo 9 de la LTRHA (tercero de los preceptos modificados por esta Ley) relativo a la determinación de la filiación derivada del uso de las TRA en caso de premoriencia del marido, cuando

Pero como decíamos, la modificación más importante es la del art. 120 Cc relativo a los títulos de determinación de la filiación no matrimonial introduciendo como novedad en nuestro derecho la posibilidad de que la filiación no matrimonial quede determinada legalmente “En el momento de la inscripción del nacimiento, por la declaración conforme realizada por el padre en el correspondiente formulario oficial a que se refiere la legislación del Registro Civil.” Precepto que como hemos dicho es necesario conectar con el art 44 de la Ley 20/2011, de 21 de julio del Registro Civil.²⁶¹

quien presta el consentimiento es el varón no unido por vínculo matrimonial. Dicho consentimiento dice el precepto “servirá como título para iniciar el expediente del apartado 8 del artículo 44 de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil, sin perjuicio de la acción judicial de reclamación de paternidad.”

²⁶¹ Artículo 44 “Inscripción de nacimiento y filiación

1. Son inscribibles los nacimientos de las personas, conforme a lo previsto en el artículo 30 del Código Civil.

2. La inscripción hace fe del hecho, fecha, hora y lugar del nacimiento, identidad, sexo y, en su caso, filiación del inscrito.

3. La inscripción de nacimiento se practicará en virtud de declaración formulada en documento oficial debidamente firmado por el o los declarantes, acompañada del parte facultativo. A tal fin, el médico, el enfermero especialista en enfermería obstétrica-ginecológica o el enfermero que asista al nacimiento, dentro o fuera del establecimiento sanitario, comprobará, por cualquiera de los medios admitidos en derecho, la identidad de la madre del recién nacido a los efectos de su inclusión en el parte facultativo. Los progenitores realizarán su declaración mediante la cumplimentación del correspondiente formulario oficial, en el que se contendrán las oportunas advertencias sobre el valor de tal declaración conforme a las normas sobre determinación legal de la filiación.

En defecto del parte facultativo, deberá aportarse la documentación acreditativa en los términos que reglamentariamente se determinen.

El Encargado del Registro Civil, una vez recibida y examinada la documentación, practicará inmediatamente la inscripción de nacimiento. Tal inscripción determinará la apertura de un nuevo registro individual, al que se asignará un código personal en los términos previstos en el artículo 6 de la presente Ley.

4. La filiación se determinará, a los efectos de la inscripción de nacimiento, de conformidad con lo establecido en las leyes civiles y en la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida.

Salvo en los casos a que se refiere el artículo 48, en toda inscripción de nacimiento ocurrida en España se hará constar necesariamente la filiación materna, aunque el acceso a la misma será restringido en los supuestos en que la madre por motivos fundados así lo solicite y siempre que renuncie a ejercer los derechos derivados de dicha filiación. En caso de discordancia entre la declaración y el parte facultativo o comprobación reglamentaria, prevalecerá este último.

La filiación paterna en el momento de la inscripción del hijo, se hará constar:

a) Cuando conste debidamente acreditado el matrimonio con la madre y resulte conforme con las presunciones de paternidad del marido establecidas en la legislación civil o, aun faltando aquellas, en caso de que concurra el consentimiento de ambos cónyuges, aunque existiera separación legal o de hecho.

Si el reconocimiento puede hacerse en cualquier tiempo y si se hace dentro del plazo para practicar la inscripción de nacimiento no precisa de ningún otro consentimiento ¿en que se diferencia de la declaración anterior? En la filiación derivada del uso de las técnicas de reproducción asistida ¿qué papel jugará entonces el consentimiento previsto en el art 8.1 de la ley? ¿Sirve

b) Cuando el padre manifieste su conformidad a la determinación de tal filiación, siempre que la misma no resulte contraria a las presunciones establecidas en la legislación civil y no existiere controversia. Deberán cumplirse, además, las condiciones previstas en la legislación civil para su validez y eficacia.

En los supuestos en los que se constate que la madre tiene vínculo matrimonial con persona distinta de la que figura en la declaración o sea de aplicación la presunción prevista en el artículo 116 del Código civil se practicará la inscripción de nacimiento de forma inmediata sólo con la filiación materna y se procederá a la apertura de un expediente registral para la determinación de la filiación paterna.

5. También constará como filiación matrimonial cuando la madre estuviere casada, y no separada legalmente o de hecho, con otra mujer y esta última manifestara que consiente en que se determine a su favor la filiación respecto al hijo nacido de su cónyuge.

6. En los casos de filiación adoptiva se hará constar, conforme a la legislación aplicable, la resolución judicial o administrativa que constituya la adopción, quedando sometida al régimen de publicidad restringida previsto en la presente Ley.

7. El reconocimiento de la filiación no matrimonial con posterioridad a la inscripción del hijo podrá hacerse con arreglo a las formas establecidas en el Código Civil en cualquier tiempo. Si se realizare mediante declaración del padre ante el Encargado del Registro Civil, se requerirá el consentimiento expreso de la madre y del representante legal del hijo si fuera menor de edad o de este si fuera mayor. Si tuviera la capacidad modificada judicialmente se precisará, según la sentencia, el consentimiento de su representante legal, el asentimiento de su curador o el consentimiento del hijo. Para que sea posible la inscripción deberán concurrir, además, los requisitos para la validez o eficacia del reconocimiento exigidos por la Ley civil.

Podrá inscribirse la filiación mediante expediente aprobado por el Encargado del Registro Civil, siempre que no haya oposición del Ministerio Fiscal o de parte interesada notificada personal y obligatoriamente, si concurre alguna de las siguientes circunstancias:

1ª Cuando exista escrito indubitado del padre o de la madre en que expresamente reconozca la filiación.

2ª Cuando el hijo se halle en la posesión continua del estado de hijo del padre o de la madre, justificada por actos directos del mismo padre o de su familia.

3ª Respecto de la madre, siempre que se pruebe cumplidamente el hecho del parto y la identidad del hijo.

Formulada oposición, la inscripción de la filiación sólo podrá obtenerse por el procedimiento regulado en la Ley de Enjuiciamiento Civil.

8. En los supuestos de controversia y en aquellos otros que la ley determine, para hacer constar la filiación paterna se requerirá previa resolución judicial dictada conforme a las disposiciones previstas en la legislación procesal.

9. Una vez practicada la inscripción, el Encargado expedirá certificación literal electrónica de la inscripción de nacimiento y la pondrá a disposición del declarante o declarantes.”

ya como declaración conforme para la determinación de la filiación no matrimonial?

Para concluir, podría afirmarse, en primer lugar, que las pretensiones de libertad procreativa absoluta, fomentadas por las TRA, disminuyen la conexión relacional entre padres e hijos. La separación entre la unión sexual y la capacidad de procrear también afecta a los lazos que unen al niño y a los padres en el proceso reproductivo. En el caso de la “fecundación heteróloga”, es decir, los procedimientos que implican la utilización de los gametos masculinos o femeninos de personas distintas de los aspirantes a ser padres, la paternidad o la maternidad biológica se disocia del niño resultante. Mientras que las tecnologías pueden satisfacer el deseo de un hijo, los padres asumen que los deseos son derechos, y tratan a los hijos como bienes de consumo. En segundo lugar, mediante el derecho positivo se exige el reconocimiento de situaciones de filiación que tienen poco o nada que ver con la realidad, por lo menos con la realidad biológica de las personas (doble maternidad legal) Como consecuencia, la definición jurídica de la filiación es cada vez más ajena a la naturaleza y, en su lugar, se sustenta en una preferencia explícita por una cultura de la autonomía.

Por otra parte, como se expuso anteriormente, se ha evidenciado que las modificaciones legislativas en materia de filiación, como la reciente Ley 19/2015, de 13 de julio, de medidas de reforma administrativa en el ámbito de la Administración de Justicia y del Registro Civil, lo que han buscado y han venido logrando, es que sea el aspecto volitivo, es decir, el “consentimiento”, el factor determinante de la filiación.

Esto ha contribuido a que se regule de manera uniforme y equivalente la filiación pretendida por parejas heterosexuales y parejas homosexuales. En definitiva, se busca que se reconozcan en el ámbito jurídico una serie de situaciones que en la realidad biológica de las personas son totalmente imposibles, tal y como sucede con la exigencia de reconocimiento de la filiación natural (matrimonial) a parejas del mismo sexo.

A pesar de existir vías legales en el derecho español para dar solución a los problemas concretos de filiación por parte de parejas del mismo sexo, se ha preferido seguir el camino de la reforma legislativa para dar la misma solución a situaciones distintas, es decir, que se dé el mismo tratamiento jurídico a las cuestiones de filiación de parejas heterosexuales que a las de parejas homosexuales. De esta manera, se ponen en plano de igualdad situaciones que de hecho son diferentes. En primer lugar, se comparan parejas que pueden procrear y parejas que no pueden hacerlo. Así, se evidencia una instrumentalización del derecho positivo.

Las técnicas que requieran auxilio ajeno en forma de donación del espermatozoide para la mujer, impulsan de suyo el desconocimiento de la filiación biológica (cfr. art. 5 LTRHA), pues para eso sirve (cfr. art. 8 LTRHA). Resulta una verdadera paradoja que a través de una especie de dogma biológico terminen por impedirse las consecuencias naturales de los vínculos de parentesco, pero así es. La LTRHA no sólo es poco clara y poco específica, sino también contradictoria por prever su integración con las normas civiles generales, basadas en el principio de verdad biológica, sistemáticamente desatendido en ella. Una regulación, llena de lagunas, caracterizada por desatender cualquier consideración sobre el interés del hijo más allá de su propio nacimiento, focalizando exclusivamente la regulación sobre los intereses de los usuarios de las técnicas y las clínicas que brindan su aplicación. A ello se suma la nueva situación generada por la ley del Registro Civil y sus modificaciones aun anteriores a su entrada en vigor.

SEGUNDA PARTE

PRINCIPIOS Y BIENES JURÍDICOS IMPLICADOS EN EL RECONOCIMIENTO EN ESPAÑA DE LA FILIACIÓN DERIVADA DE UN CONVENIO DE GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN, DE ACUERDO CON LAS RESOLUCIONES ADMINISTRATIVAS Y JURISPRUDENCIALES HABIDAS AL RESPECTO

Como ya sabemos, el ordenamiento jurídico español declara “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” (art 10 LTRHA) y que, en consecuencia la filiación materna quedará determinada por el parto; de manera que la mujer gestante será, desde el punto de vista legal, la madre del niño nacido y ello con independencia de la procedencia del material reproductor empleado. También hemos visto que esta sanción de nulidad es coherente con el sistema establecido en nuestro ordenamiento jurídico, puesto que este contrato adolecería también de nulidad absoluta por *ilicitud* de la causa (art. 1.275 Cc) y por estar su objeto fuera del comercio de los hombres (art. 1.271.1 Cc), ya que ni se puede comerciar con personas, ni se puede considerar a un niño como objeto de un contrato.

Asimismo, este presunto contrato también incumpliría los límites de la autonomía, establecidos por el artículo 1.255 Cc, al ser su contenido contrario a la ley (como se acaba de exponer), a la moral y al orden público. En efecto, en este último caso no hay que olvidar que las normas relativas al estado civil de las personas son indisponibles para los particulares. De igual modo, resultaría

improcedente la posibilidad de introducir en nuestro ordenamiento jurídico un contrato de “maternidad subrogada” por ser contrario a la dignidad de la madre gestante y a la del hijo, entendida ésta en el sentido del artículo 10.1 CE; esto es, como fundamento del orden político y de la paz social. En ese sentido, la utilización de una mujer con el único fin de “arrendar su útero” sólo puede considerarse como la instrumentalización de un ser humano. Y, mucho más, el sometimiento del *nasciturus* a un hipotético control de calidad como presupuesto para que el pretendido contrato de subrogación maternal se perfeccione. Finalmente, el riesgo de que un contrato de esta naturaleza pueda incentivar, en un contexto internacional, la explotación de la mujer joven con escasos recursos, no sólo es extremo sino que se está haciendo patente en un elevadísimo número de casos.²⁶²

Como también vimos, a consecuencia de la nulidad de origen que afecta al presunto contrato, el comitente nunca podría obligar a la mujer gestante a entregar al niño tras el parto (no procede aquí invocar la acción de cumplimiento de contrato), ni tampoco cabría exigirle indemnización alguna por los daños producidos como consecuencia de su incumplimiento. Es más, ni siquiera el comitente podría exigir a la mujer gestante que reintegre las cantidades que se le han entregado para hacer frente a los gastos generados por el embarazo, dado que estamos ante un contrato ilícito. Por otro lado, es preciso señalar que, en su último párrafo, este artículo 10 LTRHA deja “a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad interpuesta por el padre biológico, conforme a las reglas generales”.

En el ámbito internacional, además de España, la mayor parte de los países europeos prohíben la práctica de la maternidad subrogada (Francia, Italia, Alemania, Austria, Suiza y Portugal, entre otros muchos). No obstante, hay otros, como es el caso de Reino Unido, Grecia, Suecia, Rusia, Ucrania (y fuera de Europa, Israel, Sudáfrica, India, Canadá y algunos Estados de

²⁶² QUIÑONES ESCÁMEZ, A. “Doble filiación de gemelos nacidos en el extranjero mediante maternidad subrogada”, cit., p.18. Pone de ejemplo las denominadas “granjas de mujeres” existentes en la India. Asimismo, pone en duda la validez de la prestación del consentimiento informado de las mismas cuando dichas mujeres carecen de capacidad de obrar en sus países.

Estados Unidos y de México), en los que sí está permitido este contrato, con determinadas peculiaridades propias de cada Estado²⁶³. La facilidad, sin perjuicio de la onerosidad, para celebrar un acuerdo de maternidad subrogada en los Estados que le otorgan efectos jurídicos ha incrementado los casos internacionales de gestación por sustitución. Piénsese que tanto la pareja comitente como las candidatas a madre subrogada pueden cursar su solicitud *on-line* en las páginas web de las agencias o de los centros de reproducción asistida que actúan de intermediarios y comenzar así el “trámite”, desarrollándose todo un “negocio de selección y proceso de calidad de mujeres y posibles futuros bebés”.²⁶⁴ Tal como ha reconocido la Conferencia de La Haya, la maternidad subrogada es un “negocio global”.

Esta dispar regulación en los Derechos nacionales motiva que dichos acuerdos se celebren entre personas situadas en países distintos, abarcando en la práctica los lugares más distantes del mundo y dando lugar a lo que se ha denominado “turismo procreativo”. Estamos, sin duda ante una actividad comercial en auge. Y esta circunstancia ha tratado de ser aprovechada por los nacionales españoles para lograr la inscripción en el Registro Civil Español de los hijos nacidos en países con regulación al efecto, como consecuencia de un contrato de gestación de sustitución. Sin embargo, la prohibición de inscribir a los niños nacidos por subrogación internacional en el Registro Civil español a favor de los comitentes, es, hasta el momento, la manera más efectiva de disuadir a los posibles padres de acudir a la maternidad de alquiler y así, reducir el comercio de niños y el tráfico humano que esta práctica supone. La alternativa sería, entonces, la adopción, como una vía legítima de ser padres por otros medios diferentes a la concepción y gestación.

En España, esta cuestión ha sido tratada de forma muy contradictoria por parte de los tribunales y autoridades públicas, especialmente a partir de

²⁶³ SCOTTI, L. B. “El reconocimiento extraterritorial de la “maternidad subrogada”: una realidad colmada de interrogantes sin respuestas jurídicas”, *UBA. Revista de la Facultad de Derecho*, nº. 38, 2015, p. 213-249.

²⁶⁴ PROFESIONALES POR LA ÉTICA., *Vientres de Alquiler. Maternidad subrogada. Una nueva forma de explotación de la mujer y de tráfico de personas*, Madrid, 2015, en <http://www.womenworldplatform.com/files/20150610084815-v-alquiler impresion.pdf>).

Resolución de la DGRN de 18 de febrero de 2010. A continuación nos proponemos analizar de forma sistemática los criterios esenciales manejados por la jurisprudencia, nacional e internacional, relativa a la inscripción de la filiación derivada de un convenio de gestación por sustitución y que, como decimos, involucran numerosos principios y bienes jurídicos: desde las cuestiones del control de legalidad y orden público internacional, en su aplicación estricta o atenuada; el fraude de ley y el interés del menor, tal y como lo entiende la jurisprudencia y tal y como se define en el ámbito de la gestación por sustitución. Es este un tema nuclear en relación con esta práctica, puesto que se trata de dilucidar si verdaderamente es en “interés del menor” que el concebido de este modo quede al cuidado de los comitentes; o bien, si se trata de una trampa, fraude o coartada, para inscribir en el Registro Civil español una filiación derivada de un convenio gestacional expresamente prohibido en nuestro Derecho por el citado art. 10 LTRHA y del que no debería derivarse efecto jurídico alguno. En este mismo sentido de la protección del menor, habrá que considerar también el derecho a “la identidad del menor” y el derecho a la “vida privada y familiar” como factores que deben salvaguardarse ante todo y que podrían exigir o hacer conveniente la inscripción de su filiación en relación a los comitentes.

Principalmente, son tres las grandes cuestiones que se encuentran involucradas en el reconocimiento de la filiación derivada de una gestación por sustitución en un país que expresamente la prohíbe (como es el caso de España) cuando ésta se ha realizado en un país que sí la permite (como es el caso de algunos estados de los Estados Unidos): el problema del orden público internacional; el reconocimiento y ejecución de la sentencia correspondiente y la determinación del interés superior de menor. Analizaremos a continuación, uno a uno, todos estos elementos.

CAPÍTULO V

LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN Y EL ORDEN PÚBLICO INTERNACIONAL

Al Derecho Internacional Privado del siglo XXI le corresponden hacerse cargo de numerosas situaciones y relaciones jurídicas inimaginables cuando se gestó la disciplina. Principalmente, son tres las cuestiones de Derecho Internacional Privado que se encuentran involucradas con relación a la filiación derivada de un contrato de gestación por sustitución: el problema de la jurisdicción competente, la determinación del derecho aplicable a la relación jurídica y el reconocimiento y ejecución de sentencias. Partimos, obviamente, de que esta figura contractual esté expresamente prohibida, como ocurre en nuestro caso (Art 10 LTRHA) y en la mayoría de países de nuestro entorno (Francia, Alemania, Italia...). Y, además, debemos recordar que la aplicación en España de una Ley extranjera puede y debe ser rechazada cuando su aplicación resulte contraria al orden público (art. 12.3 CC). De ahí la trascendencia de esta figura en nuestro trabajo. El orden público internacional actúa como garante de que la Ley extranjera, en su aplicación en España, no resulte contraria a los principios fundamentales del Derecho español. Los derechos fundamentales dan contenido, al menos en el mundo Occidental, al orden público internacional, al operar como límites a la aplicación de un Derecho extranjero que los vulnere. El orden público, además, deja también su impronta en el ámbito del reconocimiento y ejecución de sentencias operando como una excepción que puede obstar al reconocimiento de las mismas.

El Derecho de familia es un terreno fecundo para su aplicación por tratarse de un ámbito en el que con mayor asiduidad se confrontan sistemas jurídicos que responden a concepciones sociales, culturales y religiosas totalmente diferentes. De ahí que debamos responder, al menos, a las

siguientes preguntas: ¿qué entendemos por orden público?; ¿puede un concepto tan disponible ser determinante de la validez en España de un contrato de gestación por sustitución celebrado en el extranjero?; ¿forma parte el art. 10 LTRHA del orden público internacional español?

1. Noción de orden público y distinción con figuras afines

En el intento de conceptualización del orden público internacional, hay que empezar por asumir la imposibilidad de obtener un resultado absoluto. Nuestro ordenamiento jurídico contiene continuas referencias a esta figura pero sin ofrecernos una definición objetiva. No resulta sencillo dar una definición precisa de Orden Público Internacional. Estamos ante un concepto que los juristas denominan como indeterminado (*undefined legal concept/notion*)²⁶⁵. El “orden público” constituye un *standard* jurídico, un concepto de contenido variable que deja su concreción a los órganos jurisdiccionales encargados en última instancia de resolver los problemas que de su aplicación deriven.

Una noción inicial la proporcionan Díez-Picazo y Gullón, para quienes el orden público lo constituyen los principios jurídicos, públicos y privados, políticos, morales y económicos que son “absolutamente obligatorios para la consecución del orden social en un pueblo y en una época determinada”, siendo además “principios o directivas que en cada momento informan las instituciones jurídicas...”²⁶⁶. Otros autores hablan de “los valores fundamentales e irrenunciables sobre los que se apoya nuestro ordenamiento jurídico.”²⁶⁷

En el concepto clásico de orden público se identificó éste con una ley imperativa, ya que tanto uno como otro tenían como objetivo velar por los intereses generales de la comunidad frente a los intereses individualizados de

²⁶⁵ CORERA IZU.M., “Abandonados, apátridas y sin padres”, *La Ley*, nº 8345, 2014, p.11.

²⁶⁶ DIEZ PICAZO, L. y GULLÓN, A. *Sistema de derecho Civil*, Vol I, 8ª edición, Madrid, Técnos, 1992, p. 382.

²⁶⁷ CORERA IZU, M. “Abandonados, apátridas y sin padres”, cit., p.11.

los particulares. Según esta teoría para que intervenga la noción de orden público como limitador de la autonomía de la voluntad es preciso que se contenga en una “Ley imperativa”. Para Espín Cánovas, esta arraigada doctrina y jurisprudencia del orden público, que exigía que viniese siempre regulado por la ley, debe abandonarse reafirmando el carácter necesariamente extra positivo de esta noción ya que esta característica va implícita en su propio sentido.²⁶⁸

Identificar orden público y ley imperativa supondría eliminar toda la operatividad del concepto, que puede quedar diluido al arbitrio del legislador de turno; incluso para algunos autores esta noción puede contradecir la letra de la ley imperativa por obedecer a unos principios superiores que inspiran todo el ordenamiento jurídico. Todo ello en beneficio del interés general o mejor del bien común, que es lo que se intenta proteger con esta noción²⁶⁹.

Cuestión distinta sería la cercanía de este concepto y las normas constitucionales fundamentales, como veremos, cuya modificación requiere no sólo un amplio consenso parlamentario sino en ocasiones la aprobación directa de la ciudadanía en referéndum, mediante un rígido proceso de reforma constitucional.

²⁶⁸ ESPÍN CÁNOVAS, D., “Ideas sociales reflejadas en el Código Civil español (Derecho Flexible)”, *Centenario del Código Civil (1889-1989)*, Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, 1990, p.845, donde precisa que muchas veces un principio de orden público puede venir recogido en normas imperativas, en cuyo caso el acto contrario quebranta la ley, pero también el principio de orden público en ella contenido, y que el carácter extrapositivo del orden público referido no impide que algún principio pueda ser “positivado”.

²⁶⁹ ACEDO PENCO, A., “El orden público actual como límite a la autonomía de la voluntad en la doctrina y la jurisprudencia”, *Anuario de la Facultad de Derecho*, nº 14-15, 1996-1997, p. 336. Y en el mismo sentido, CARRASCOSA GONZÁLEZ, para quién “Para considerar que un principio jurídico concreto forma parte del “orden público internacional español” tal principio debe ser un principio fundamental, un eje central o principio básico del ordenamiento jurídico español. Un principio fuerte del Derecho español. En caso contrario (=si el orden público internacional se considerase integrado por “todos” los principios o normas imperativas del Derecho español), las normas de conflicto se volverían inoperantes y no podrían designar con justicia y eficiencia la Ley aplicable a las situaciones privadas internacionales (...) un principio jurídico es “fundamental” o “básico” cuando refleja valores esenciales e irrenunciables, es decir “intereses generales de la sociedad” necesarios para la conservación de dicha sociedad en una época determinada” CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., “Orden Público internacional y externalidades negativas”, *Boletín del Ministerio de Justicia*, Año 62, nº 2065, 2008, p. 2360.

También se ha hablado de la identificación entre el orden público y las buenas costumbres, considerando que la primera, en un sentido amplio englobaría también a la segunda. Sin embargo, Espín Cánovas explica como entre los autores franceses también se diferencian ambos conceptos en el sentido de aludir a la inmoralidad cuando se atenta a las buenas costumbres. En cambio cuando se atenta contra el orden público se atenta contra la legalidad.²⁷⁰ En España el término de “buenas costumbres” se ha venido identificado con el de moral, puesto que nuestro ordenamiento los utiliza indistintamente con significado análogo (así la moral a que se refieren los artículos 1255 y 1275 es la misma que las buenas costumbres citada en el art 1116 y 1271 por ejemplo).²⁷¹

Además, otra diferencia apreciable entre las nociones de moral y de buenas costumbres con la de orden público, radicaría en el carácter jurídico de esta última en contraposición a los al carácter ético de las dos primeras, aunque ha de apreciarse que éstas se incorporan al mundo jurídico por medio de la ley.

Finalmente tendríamos que diferenciar las nociones de orden público y “principios generales del derecho”. Estos aportan una regulación integradora del Ordenamiento jurídico en defecto de ley o costumbre aplicable al caso concreto (art 1.4 CC). Pretenden conseguir soluciones jurídicas en situaciones en las que exista en el tráfico jurídico una colisión de intereses El orden público está llamado a determinar dentro del ordenamiento jurídico los valores esenciales que escapan de la voluntad individual aspirando a proteger a la

²⁷⁰ COLIN Y CAPTAIN define el orden público “por referencia al interés general del estado y las buenas costumbres por referencia a la moral” entendida ésta como moral social. ESPÍN CÁNOVAS, D., “Las nociones de orden público y buenas costumbres como límites a la autonomía de la voluntad en la doctrina francesa, Anuario de derecho Civil, vol. 16, nº 3, 1963, p. 801-802.

²⁷¹ No obstante considera CALVO ÁLVAREZ, considera que la moral se refiere a una realidad duradera, de factor inmutable. Las buenas costumbres contienen lo que él llama la histórica y variable asunción social de tales normas variables fijas. “Las buenas costumbres ni reflejan toda la moral ni contienen toda al moral, aunque siempre incluyen algo de moral...” CALVO ÁLVAREZ, J. *Orden Público y factor religioso en la Constitución Española*, Navarra, Navarra, 1983, p.25-26.

comunidad de los ataques que sufran estos valores, actuando en tal caso como límite a la autonomía privada.

Aunque la noción de orden público está impregnada en buena medida por principios, incluso de carácter jurídico, el orden público se refiere a los principios que en cada momento informan las instituciones jurídicas; son los más fundamentales que rigen el funcionamiento de la comunidad según las convicciones sociales aceptadas, atemperados desde luego con la realidad social y económica del momento y que pueden extraerse de su norma constitucional básica (en un estado social y democrático de derecho), características estas que no están presentes en todos los principio generales del derecho.²⁷² Es decir, no todos los valores incorporados a nuestro Ordenamiento jurídico ordinario alcanzan el calificativo de esenciales, superiores e irrenunciables. Sería contraproducente, incluso, que fuese así. Requieren reflejo constitucional y alcance internacional.

Es, por tanto, el concepto de orden público un concepto netamente jurídico, pero que no limita su ubicación a los estrechos márgenes de la ley, sin que pueda estar recogido en ella, pero que está próximo a determinados principios constitucionales, y por tanto, necesariamente jurídicos.²⁷³ Y esos otros principios (sociales o morales) se integran en el contenido del orden público en el momento en que son recogidos por el Derecho; es decir se “juridifican”. Por tanto, la noción de orden público se localiza en el ámbito de los principios jurídicos, aunque no es un principio más. Teniendo en cuenta que los principios jurídicos dan unidad al ordenamiento jurídico, el orden público - principio de principios- armoniza y jerarquiza esos principios.

Además, el orden público es objeto de control judicial; es decir, son los órganos jurisdiccionales, administradores diarios del Derecho en el caso concreto, los encargados de aplicarlo en su caso.

²⁷² ACEDO PENCO, A., “El orden público actual como límite a la autonomía de la voluntad en la doctrina y la jurisprudencia”, cit., p. 342.

²⁷³ *Ibídem*.

Si además debe reflejar las convicciones sociales imperantes en una comunidad, la utilización de este mecanismo protector debe ser excepcional; es decir, solo debe invocarse en caso de indeseables desviaciones, ya que lo normal será una actuación de la comunidad acorde a las convicciones morales que conforman el orden público. Esta excepcionalidad también viene impuesta por el propio carácter cambiante y dinámico de esta noción, unida a la vigencia en nuestro sistema del principio de seguridad jurídica establecido en el art 9.3 CE. Precisamente, considera Espín Cánovas, que esta variabilidad es la que imposibilita la enumeración acertada del contenido del orden público o su “definición”, ya que estaría siempre en constante revisión.²⁷⁴

1.1 *Ámbito de protección primario: la persona y los derechos humanos.*

La persona es la realidad jurídica primaria ya que por su causa existe todo el derecho, por lo que todo lo referido a la protección de la persona y al ámbito en que se desenvuelve, los derechos de la personalidad, serán objeto de protección por parte de la noción de orden público.²⁷⁵

La forma o el modo particular de estar cada individuo en la sociedad determinará su estado civil, y la protección de éste va unida al reconocimiento de los valores personales de cada ser humano; por ello, afirma De Castro, “la condición civil de la persona interesa a la misma estructura de la comunidad”, razón por la que todo lo referente al estado civil de las personas se considera de orden público.²⁷⁶

La persona es, por lo tanto, el principal bien que trata de proteger el orden público, y seguramente la primordial y fundamental, pero además la dimensión

²⁷⁴ ESPÍN CÁNOVAS, “Ideas sociales reflejadas en el Código Civil español (Derecho Flexible) en Centenario del Código Civil, Asociación de Profesores de Derecho civil Madrid, 1990, p.845 y 847.

²⁷⁵ DIEZ PICAZO, L. y GULLÓN, A. “Sistema de derecho Civil” Madrid 1986, Vol I, p.224. “Los bienes de la personalidad” constituyen cualidades consustanciales de la persona humano en cuanto que son intransmisibles, irrenunciables e imprescriptibles, son innatas a ella.

²⁷⁶ DE CASTRO Y BRAVO. F., *Derecho civil de España, Parte General*, I, Madrid, 1955, p. 602.

de apertura personal del ser humano es la familia, por ello, son tradicionalmente de orden público los principios que se refieren a la familia y las normas que regulan la institución familiar. Debido a la trascendencia social de estas materias, “por razones superiores”, afirma De Castro, las mismas se hallan sustraídas al poder de disposición de los individuos siendo precisamente el orden público quien exige esta indisponibilidad²⁷⁷. El orden público ampara las libertades humanas y tiene como una de sus funciones principales la defensa y promoción del ser humano y del libre ejercicio de lo propiamente personal, siendo consustancial y previo a todo lo anterior la existencia de ciertos derechos innatos a toda persona humana, los llamados derechos humanos.

Por ello, el concepto de orden público y de su contenido, se desliza en nuestros días hacia la protección de la persona, como miembro integrante de la comunidad, y de los derechos más fundamentales de aquella, extremos éstos que apuntan, a un concepto más próximo a los valores y principios recogidos en el art. 10.1 nuestra Constitución vigente.²⁷⁸ Esta concepción supone por tanto entender, en cierta medida, el orden público como aquella noción integrada por los preceptos de la Constitución referidos a la dignidad de la persona y al respeto de sus derechos fundamentales pero también por los demás principios y valores arrancados de la Constitución para interpretar e integrar esos mandatos.²⁷⁹

²⁷⁷ Explica DE CASTRO que es invocado el interés u orden público “por el carácter irrenunciable de los derechos y facultades unidos al ser de la persona (derechos de la personalidad), al cumplimiento de ciertos deberes (patria potestad, tutela, etc.), de protección de personas... y de todos los derechos o facultades sustraídas, por razones superiores, al poder de disposición del individuo (estado civil, familia)”. *Ibidem*.

²⁷⁸ Título I. De los derechos y deberes fundamentales Artículo 10.1. “La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social.”

²⁷⁹ ACEDO PENCO considera que “La noción actualizada de orden público que proponemos estaría formada, básicamente, como hemos dicho, por aquellas disposiciones constitucionales que defienden la dignidad de la persona y los derechos fundamentales de ésta, pero no sólo por tales preceptos positivos, sino también, y esto es de gran importancia, por los valores y principios básicos que se extraen de la propia Constitución a la hora de integrar e interpretar estos mandatos, y desde luego, por la jurisprudencia constitucional y ordinaria en su fructífera labor de aplicar analizadamente aquellos principios y preceptos dándoles su más eficaz sentido en

1.2 Clausulas generales de orden público internacional: el art 12.3 CC.

Partiendo de la idea de que dicho concepto no es privativo de este precepto, pues el legislador lo ha empleado también en muchas otras normas tanto del CC²⁸⁰ como del resto del ordenamiento jurídico, el «orden público» como cláusula general en el sistema de Derecho internacional privado, aparece recogida en el art 12.3 Cc cuando dice *“En ningún caso tendrá aplicación la ley extranjera cuando resulte contraria al orden público”*. El artículo 12.3 del Código civil, como se ha dicho, presupone una remisión a la ley extranjera, declarada aplicable por una norma de conflicto multilateral española y opera en la fase final del proceso de aplicación de la norma de conflicto. Y contiene la respuesta jurídica a una cuestión específica que puede suscitarse en ese momento ante el Juez o autoridad española: la eventual contradicción de lo dispuesto por dicho ordenamiento con el “orden público” del foro. Respuesta que consiste, en esencia, en la no aplicación la ley extranjera que, en otro caso, debía servir de fundamento para decidir sobre las pretensiones de las partes.

La referencia “ley extranjera” en el art 12.3, en cuanto noción jurídica general, comprende todas aquellas normas que no forman parte del ordenamiento español. En segundo lugar, que es indiferente el rango de la ley extranjera –norma constitucional, ley ordinaria o norma infralegal– así como su naturaleza civil, mercantil... pero teniendo en cuenta que ha de tratarse de la ley “material” extranjera²⁸¹

cada supuesto y momento determinados.” ACEDO PENCO, A., “El orden público actual como límite a la autonomía de la voluntad en la doctrina y la jurisprudencia”, cit., p.359.

²⁸⁰ En el ámbito de las normas civiles otros tres artículos del Código civil (además del art. 12, 3.), incluyen una referencia al “orden público”. En el artículo 1, 3., esta noción opera como límite o reserva legal frente a la costumbre; en el artículo 6, 2.º, también como límite o reserva legal frente a “la exclusión de la ley aplicable y la renuncia en los derechos en ella reconocidos”, junto al “interés público”. Y en el artículo 1.255, finalmente, es la misma función de límite o reserva legal la que opera en la contratación, en relación con la autonomía privada y la libertad contractual.

²⁸¹ Para GONZÁLEZ CAMPOS y FERNÁNDEZ ROZA, “Esto es, a aquellas

Una vez establecido que el artículo 12.3º, opera exclusivamente en el ámbito del conflicto de leyes o de la determinación del Derecho aplicable a los supuestos de tráfico externo, cabe preguntarse si la cláusula general del precepto aquí comentado se diferencia, en atención a su objeto, de otras cláusulas generales de “orden público” también existentes en el sistema español de Derecho internacional privado. En este punto interesa destacar la nueva Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil en vigor desde 20 de agosto de 2015²⁸² en su Artículo 46 regula las causas de denegación del reconocimiento y dice “1. Las resoluciones judiciales extranjeras firmes no se reconocerán: a) Cuando fueran contrarias al orden público.” La diferenciación es clara respecto a la cláusula general de “orden público” del artículo 12.3 Cc, al operar ésta exclusivamente, frente a las resoluciones judiciales extranjeras firmes a la que se pretende dar eficacia en España.²⁸³

normas que en el sistema extranjero regulan sustantivamente la materia incluida en el supuesto de la norma de conflicto española –sucesiones, divorcio, donaciones, etcétera– con exclusión de las normas de Derecho internacional privado de dicho sistema” GONZÁLEZ CAMPOS, J. D. y FERNÁNDEZ ROZA, J.C., “Orden Público como correctivo funcional: artículo 12, apartado 3 del Código Civil” en Comentarios al Código civil y Compilaciones forales (M. Albaladejo y S. Díaz Alabart, eds.), t. I, vol. 2, Jaén, Edersa, 1995, p.899

²⁸² Así los artículos 951 a 958 de la LEC de 1881 han sido derogados por el número 1 de la disposición derogatoria única de la Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil («B.O.E.» 31 julio). Vigencia: 20 agosto 2015

²⁸³ Por su parte la nueva Ley del Registro Civil Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil que entrará en vigor el 30 de junio de 2017 contiene también referencias al orden público, concretamente en el Cap X. En todos los supuestos, para inscribir en el Registro Civil español la resolución, el documento público extranjero no judicial o la certificación registral extranjera, se exige «que no resulte manifiestamente incompatible con el orden público español. Así el art 96. “Resoluciones judiciales extranjeras.

1. Sólo procederá la inscripción en el Registro Civil español de las sentencias y demás resoluciones judiciales extranjeras que hayan adquirido firmeza. Tratándose de resoluciones de jurisdicción voluntaria, éstas deberán ser definitivas. En el caso de que la resolución carezca de firmeza o de carácter definitivo, únicamente procederá su anotación registral en los términos previstos en el ordinal 5º del apartado 3 del artículo 40 de la presente Ley.

2. La inscripción de las resoluciones judiciales extranjeras se podrá instar:

1. Previa superación del trámite del exequátur contemplado en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881. Hasta entonces sólo podrán ser objeto de anotación en los términos previstos en el ordinal 5º del apartado 3 del artículo 40 de la presente Ley.

De otra parte, aun operando exclusivamente en el ámbito del “conflicto de leyes” o de la determinación del Derecho aplicable a las situaciones de tráfico externo, cabe preguntarse cuáles son las relaciones de la cláusula general de “orden público” del artículo 12, 3.º, con otras normas del sistema español de Derecho internacional privado que, por estar destinadas también a la protección de valores fundamentales del propio ordenamiento, son imperativamente aplicables a dichas situaciones por el Juez español, cualquiera que sea la ley rectora del acto o contrato de los particulares. Esto es, las llamadas “normas de aplicación necesaria”, “normas de aplicación inmediata” o “normas materiales imperativas”. Pues bien, como se ha indicado reiteradamente, la cláusula general del artículo 12.3º, sólo opera una vez que se ha efectuado la remisión al Derecho extranjero de conformidad con lo dispuesto por una norma de conflicto multilateral española. De manera que la norma que incluye esta cláusula general se vincula, exclusivamente, con dichas normas de conflicto multilaterales; estimándose por la doctrina que la intervención del “orden público” es un posible correctivo del “funcionamiento”

2. *Ante el Encargado del Registro Civil, quien procederá a realizarla siempre que verifique:*

- a. *La regularidad y autenticidad formal de los documentos presentados.*
- b. *Que el Tribunal de origen hubiera basado su competencia judicial internacional en criterios equivalentes a los contemplados en la legislación española.*
- c. *Que todas las partes fueron debidamente notificadas y con tiempo suficiente para preparar el procedimiento.*
- d. *Que la inscripción de la resolución no resulta manifiestamente incompatible con el orden público español.*

Artículo 98. “Certificación de asientos extendidos en Registros extranjeros.

1. La certificación de asientos extendidos en Registros extranjeros es título para la inscripción en el Registro Civil español siempre que se verifiquen los siguientes requisitos:

- a. *Que la certificación ha sido expedida por autoridad extranjera competente conforme a la legislación de su Estado.*
- b. *Que el Registro extranjero de procedencia tenga, en cuanto a los hechos de que da fe, análogas garantías a las exigidas para la inscripción por la Ley española.*
- c. *Que el hecho o acto contenido en la certificación registral extranjera sea válido conforme al ordenamiento designado por las normas españolas de Derecho internacional privado.*
- d. *Que la inscripción de la certificación registral extranjera no resulta manifiestamente incompatible con el orden público español.*

de aquéllas dentro del proceso de aplicación por el Juez o autoridad española. En cambio, las normas materiales imperativas para las situaciones de tráfico externo del sistema español de Derecho internacional privado deberán ser directamente aplicadas por el Juez español, cualquiera que sea el ordenamiento que rijan la situación; y, por tanto, con independencia de la ley designada por una norma de conflicto multilateral.

Este tipo de normas son calificadas por la doctrina española con la expresión “normas materiales imperativas” o, más extensamente, “normas materiales imperativamente aplicables al tráfico externo”. Se trata de una serie de disposiciones de la ley del foro, tanto de Derecho público como de Derecho privado, cuyo interés para la sociedad estatal es demasiado relevante para que puedan entrar en concurrencia con las leyes extranjeras. Su ámbito de aplicación se determina, en consecuencia, teniendo en cuenta, fundamentalmente, el fin que persiguen, y su aplicación se suele calificar de “inmediata” o de “necesaria”, porque opera, en principio, al margen del procedimiento de atribución. A título de ejemplo, inspira en el Derecho internacional privado español, el mandato de aplicación de la ley española contenido en el artículo 9. 6º III, del Código civil, el cual después de hablar de La ley aplicable a la protección de las personas mayores de edad añade que “Será de aplicación, sin embargo, la ley española para la adopción de medidas provisionales o urgentes de protección.”

En la distinción entre normas materiales imperativas y leyes de policía podemos decir que mientras que las normas materiales imperativas obedecen al carácter imperativo que en el orden internacional tienen determinados sectores normativos del Derecho privado, las “lois de pólíce” suelen estar referidas al carácter propiamente imperativo y territorial de las normas del Derecho público. La jurisprudencia española hace uso complementario de ambas técnicas normativas, lo que evidencia la escasa funcionalidad de su distinción.²⁸⁴

²⁸⁴ GONZÁLEZ CAMPOS, J. D. y FERNÁNDEZ ROZA, J.C., “Orden Público como correctivo funcional: artículo 12, apartado 3 del Código Civil”, cit., p. 914.

1.3 Art 10 LTRHA ¿Ley de policía o norma interna perteneciente al orden público internacional?

El método conflictual o de conflicto de leyes responde o toma en consideración a los intereses privados, evitando que las personas vean modificado su estado civil o su identidad por el vadeo de una frontera. Sin embargo, existen materias donde la protección de los intereses públicos (políticas legislativas) se enfatiza. Ello es así en materias donde existe mayor antagonismo jurídico entre los Estados y ante normas de carácter imperativo. Cuando estamos en un ámbito donde existe una fuerte presencia de intereses estatales encontrados que afectan a las relaciones privadas de carácter internacional, la necesaria atención a los intereses estatales o al llamado “orden público” cobra mayor protagonismo, y se manifiesta, para aspectos concretos, a través de las *leyes de policía*. La gestación por sustitución es, hoy, una de estas cuestiones. En algunas legislaciones la maternidad subrogada está prohibida con carácter imperativo, incluso sancionada penalmente; en otras legislaciones donde se admite o se tolera, la regulación o bien es escasa o bien se reglamenta de manera estricta. Por lo que es ésta una materia proclive a la presencia de Leyes de policía. ¿Podría considerarse entonces que el art 10 de la LTRHA participa de esta naturaleza?²⁸⁵ ¿Cuál es exactamente la naturaleza de la norma del art. 10.2 de la Ley 14/2006 LTRA? Porque según cuál sea esta naturaleza, bien una norma de policía o bien una ley interna perteneciente a orden publico internacional, las consecuencias podrían ser muy distintas en orden a admitir un cauce de reconocimiento de certificaciones o de decisiones extranjeras dado que, como hemos visto, el mecanismo de funcionamiento de las normas materialmente imperativas o de policía es distinto al de normas de conflicto generales.

²⁸⁵ Una noción de ley de policía cabe extraerla del artículo 9.1 del Reglamento nº 593/2008 sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales (“Roma I”) a cuyo tenor: “Una ley de policía es una disposición cuya observancia un país considera esencial para la salvaguardia de sus intereses públicos, tales como su organización política, social o económica, hasta el punto de exigir su aplicación a toda situación comprendida dentro de su ámbito de aplicación, cualquiera que fuese la ley aplicable al contrato según el presente Reglamento.”

Y si admitiéramos que el art 10.2 LTRHA no es más que una ley o norma de policía, habría que precisar su ámbito de aplicación territorial²⁸⁶, pues en principio tendría el carácter de norma de ámbito estrictamente territorial, sin que pudiera extenderse a la validez o nulidad de los contratos de maternidad por sustitución que se suscriban mas allá de nuestras fronteras. Así resulta de lo dispuesto en el art. 8 CC, según el cual “Las leyes penales, las de policía y las de seguridad pública obligan a todos lo que se hallen en territorio español.”

Como sostiene Quiñónes Escamez “el que se invocara el artículo 10 de la citada ley como una ley de policía permitiría asegurar el respeto a una determinada política legislativa, prohibitiva de la maternidad subrogada, y que interpreta que tal prohibición es necesaria para impedir que la persona humana sea objeto del comercio de los hombres”²⁸⁷. Si estamos ante una ley de policía, no es que la ley extranjera competente –designada por la norma de conflicto- pueda verse descartada por la excepción de orden público internacional (como ocurre en el método conflictual) sino que la misma técnica conflictual, toda ella en bloque, ha de ser descartada al considerarse el artículo 10 de la LTRHA es una norma de aplicación necesaria (de orden público) e inmediata (sin necesidad del reclamo o la intermediación de la norma de conflicto) al ámbito internacional. Ahora bien, el propio artículo 10 LTRHA permite establecer la filiación biológica paterna, aunque ello requiera el acudir a los tribunales, lo que en opinión de la misma autora justificaría una suerte de disociación entre “la nulidad del contrato (total o parcial) y los efectos de la filiación”. Es decir estaríamos “ante una ley de policía contractual y los tribunales pueden

²⁸⁶ Los profesores Calvo–Caravaca y Carrascosa señalan que el art. 10 de la LTRA no contiene un indicador de aplicación espacial, por lo que no tiene una vocación intrínseca de ser aplicada en los casos internacionales. De donde derivan su conclusión de que, en los supuestos en que se adopte una metodología conflictual, de conformidad con lo dispuesto en el art. 9.4 del Código Civil, sólo se aplicará dicha norma cuando tal conexión nacionalidad nos remita al Derecho español. CALVO CARAVACA, A.L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., “Gestación por sustitución y Derecho Internacional Privado: Consideraciones en torno a la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 18 de febrero de 2009”, cit., p.306.

²⁸⁷ QUIÑONES ESCÁMEZ, A., “Doble filiación paterna de gemelos nacidos en el extranjero mediante maternidad subrogada. En torno a la RDGRN de 18 de febrero de 2009”, cit., p.18.

establecer, por reconocimiento, la paternidad biológica”.²⁸⁸ Y además en cuanto al ámbito de aplicación de la norma se aplicaría no sólo a los contratos y a la práctica médicas de maternidad subrogada que tuvieran lugar en el territorio, ya afectara ésta a los nacionales o a los extranjeros que se hallaren en el mismo sino también a los supuestos internacionalizados por la voluntad de los particulares,²⁸⁹ y al amparo de una ley extranjera que no establece límites internacionales ni para el acceso a la práctica médica ni para el establecimiento de la filiación. Si por el contrario entendemos que no estamos ante una norma materialmente imperativa o una ley de policía sino una norma que pertenece a campo del orden público internacional, entonces podrá quedar modalizada en función del menor y cualquier petición de reconocimiento de decisiones extranjeras o de traslación de actas registrales extranjeras al derecho español, se topará inexorablemente con las distintas normas que incorporan la excepción de orden público internacional, contenidas en los convenios internacionales ratificados por España o en el art. 954 de la LEC de 1881.²⁹⁰

1.4 Funcionamiento de la excepción del orden público internacional: la atenuación del orden público, el principio de proximidad y la reducción al núcleo duro.

Se tiene generalmente admitido que el orden público internacional tiene un efecto negativo que consiste en la exclusión de la ley extranjera

²⁸⁸ *Ibid.*, p.20.

²⁸⁹ Sería en sentido estricto más una norma materialmente imperativa que una ley de policía según la diferenciación apuntada supra.

²⁹⁰ “Si la maternidad subrogada constituye siempre y en todo caso una rebaja – incluso una renuncia– a la dignidad de la madre gestante que se niega como persona y como tal madre, entonces es palmario que las autoridades españolas deben descartar cualquier proyección de efectos sobre la sociedad España, de un tal contrato aunque se haya celebrado en el extranjero, aunque la integridad del consentimiento de la madre portante/gestante sea intachable, y aun cuando hubiese prestado su ser para el nacimiento del niño a título gratuito.” ÁLVAREZ DE TOLEDO QUINTANA, L. “El futuro de la maternidad subrogada en España: entre el fraude de ley y el correctivo de orden público internacional”, cit., p. 44.

normalmente competente, es decir la aplicación de un derecho extranjero que conduce a un resultado incompatible con el orden público del foro es descartada o excluida, esto es lo que se conoce como el efecto negativo; Al quedar implicada la ley extranjera, surge la necesidad de colmar ese vacío de regulación, lo cual se logra mediante la sustitución de la ley excluida por la ley material del foro (*lex fori*), que es el aspecto positivo de la cuestión. El efecto negativo que significa la evicción del Derecho extranjero apareja el efecto positivo de la aplicación del Derecho propio. Sustitución de la ley del foro (la aplicación de la *lex fori*) a la ley extranjera competente. Esta función excluyente se justifica por la protección de los valores jurídicos fundamentales del ordenamiento español. De manera que la cláusula general de «orden público», por su significado negativo o excluyente, puede considerarse que constituye el cauce jurídico de «depuración» de cualquier normatividad extranjera que atente contra dichos valores fundamentales. Lo que explica que la doctrina haya aludido al orden público como un “filtro” o una “válvula de seguridad” frente al Derecho extranjero²⁹¹

Sin embargo tratándose de algunos supuestos vinculados en general al Derecho de Familia, relativos a los impedimentos matrimoniales, a la poligamia, a ciertas formas de disolución del vínculo matrimonial, a las diferencias entre los hijos matrimoniales y extramatrimoniales, a la atribución de la guarda de los hijos al padre luego del divorcio y más recientemente en el ámbito de la gestación por sustitución, han determinado en ocasiones tanto a la doctrina como a la jurisprudencia a considerar que el orden público debe funcionar de distinta manera cuando se pretende constituir una situación jurídica con arreglo a un derecho extranjero y cuando lo que se pretende es que se le reconozcan efectos a ciertas situaciones jurídicas ya consolidadas en otros Estados. En el primero de los casos el orden público actúa de forma enérgica y en el segundo no tanto, aludiéndose en este caso al efecto atenuado del orden público o directamente orden público atenuado. El orden público internacional atenuado se caracteriza por excluir la aplicación de la

²⁹¹ GONZÁLEZ CAMPOS, J. D. y FERNÁNDEZ ROZA, J.C., “Orden Público como correctivo funcional: artículo 12, apartado 3 del Código Civil” en Comentarios al Código civil y Compilaciones forales (M. Albaladejo y S. Díaz Alabart, eds.), t. I, vol. 2, Jaén, Edersa, 1995., p. 910.

institución de Derecho extranjero sólo en su órbita constitutiva, esencial o nuclear, permitiendo, para preservar la seguridad jurídica internacional, que tal institución o relación jurídica constituida fuera de España despliegue en nuestro suelo ciertos efectos considerables como secundarios o marginales, afectantes a planos jurídicos distintos.

Se trataría en definitiva, de admitir que leyes extranjeras que vulneran principios básicos y esenciales del ordenamiento jurídico español produzcan determinados efectos en España. Es el caso, por ejemplo, de los matrimonios poligámicos. Pueden llegar a producir efectos en cuanto a pensiones de viudedad o alimentos de los hijos habidos con varias mujeres. Ahora bien, una cosa es reconocer determinados efectos concretos a una situación que en nuestro país choca con los principios y valores del Estado, y otro aspecto, la cuestión sustantiva de que la poligamia es incompatible con el orden público español. Como dice la STS, Secc. 3.^a, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 19 de junio de 2008. La poligamia implica desigualdad entre mujeres y hombres y, además, la sumisión de aquéllas a éstos. Añadiendo que la poligamia es tan opuesta al orden público español, que el acto de contraer matrimonio mientras subsista otro matrimonio anterior es delito en España (art. 217 CP).

Tratándose de la gestación por sustitución y para el caso del acceso de las resoluciones extranjeras que han determinado una filiación conforme a un ordenamiento extranjero, conociendo que el contrato de gestación por sustitución es nulo en España, “en interés superior del menor”, son muchos los que se inclinan por una aplicación atenuada de la doctrina del orden público, incluida la propia DRGN. Esta proyección del orden público atenuado ha sido defendida como ya vimos, por los profesores Calvo Caravaca y Carrascosa González. Ese enfoque permitiría reconocer ciertos efectos jurídicos en España a la filiación contratada fuera de nuestro territorio, sin perjuicio de reconocer la eficacia estrictamente territorial del art. 10.1 de la LTRA, en cuanto excluiría una institución dañosa para la organización de la sociedad española.

Así pues, el orden público internacional español operaría de modo radical ante la celebración en España del contrato de maternidad por sustitución, pero no intervendría de la misma manera en el marco de la inscripción de la certificación de la filiación de unos menores nacidos fuera de España como consecuencia de dicho contrato. Lo prohibido, es el propio contrato y la filiación a que da lugar. Pero la admisión de un orden público atenuado permitiría, por ejemplo, el acceso a las prestaciones de la Seguridad Social.

Sin embargo, no es ésta la opinión dominante en la doctrina española, que entiende que en estos casos no se estaría asignando meros efectos periféricos a una institución prohibida por el Derecho español, sino que se estaría permitiendo la recepción sustantiva de lo nuclear de dicha institución.

Por otra parte se habla también de orden público internacional de proximidad para excluir la aplicación del Derecho extranjero cuando la situación privada internacional se mantiene tan próxima a la esfera del Estado del foro que puede poner en peligro las bases del comportamiento y las normas de cohesión de la sociedad. Según la teoría del “orden público internacional de proximidad” se justifica la aplicación del orden público, con el consiguiente rechazo de la aplicación de la ley extranjera, cuando exista una conexión importante entre la situación privada internacional y el Estado del foro.²⁹² Pero frente a esto cabe señalar que la dignidad de la persona humana, no debe conocer excepciones. En este sentido, tenemos que compartir la opinión de Fernández Rozas en el sentido de que “...si la aplicación de la ley extranjera resulta gravemente contraria a la dignidad de la persona o atenta al principio de no discriminación e igualdad de sexos...es difícil que el intérprete pueda evitar, por imperativo constitucional y de los tratados internacionales suscritos por España en materia de derechos humanos, la aplicación del correctivo de orden público, independientemente de la ausencia de conexión del supuesto con el ordenamiento del foro.”²⁹³

²⁹² ÁLVAREZ DE TOLEDO QUINTANA, L. “El futuro de la maternidad subrogada en España: entre el fraude de ley y el correctivo de orden público internacional” cit., p.19.

²⁹³ FERNÁNDEZ ROZAS, J.C. Y SÁNCHEZ LORENZO, S., *Derecho Internacional Privado*, Madrid, Thomson–Civitas (6ª edición), 2011.p.149.

Sin embargo, es lo cierto que el insatisfactorio criterio del orden público internacional de proximidad ha llegado a encontrar acomodo en nuestra Ley 54/2007 de 28 de diciembre de adopción internacional, muchos de cuyos criterios son susceptibles de ser trasladados, *mutatis mutandis*, al reconocimiento de decisiones extranjeras en materia de maternidad subrogada.

La jurisprudencia del TS en materia de gestación por sustitución, que después comentaremos, parece confundir estos dos efectos del orden público internacional, no siendo posible esclarecer si se refiere al orden público internacional “de proximidad” o un orden público “atenuado”.

Así que podría admitirse, en razón de ese interés superior de los menores, un orden público internacional atenuado considerando que los vínculos sustanciales del caso con España no pueden ser determinantes del mayor o menor grado de reconocimiento de la dignidad, tanto de la madre portadora/gestante, como del propio niño nacido de la operación de maternidad por sustitución. Cualquiera que sea el alejamiento de ese contrato y de la relación originada, la dignidad y los derechos fundamentales deben ser observados en todo supuesto del que conozcan nuestras autoridades. Además la dinámica que abre el método del orden público internacional atenuado permite distinguir lo nuclear (La inscripción de la filiación en el Registro Civil Español) de lo periférico (Nombre y apellidos, prestación de maternidad, obligaciones alimenticias, derechos sucesorios y, sobretodo, patria potestad). Por este camino, podría defenderse la posibilidad de atribuir a la decisión extranjera, el efecto propio de la atribución de patria potestad a los padres comitentes, aunque éstos no puedan inscribir su paternidad en el Registro Civil español hasta haber obtenido una resolución constitutiva de la adopción de los menores.

1.5 Control de legalidad y orden público en la gestación por sustitución. Tratamiento de la cuestión por la jurisprudencia española y la DGRN.

1.5.1. Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 18 de febrero de 2009

El ordenamiento español empezó a verse obligado a salir de su recogimiento cuando dos varones españoles, casados entre sí en 2005, solicitaron en el Registro Civil consular de Los Ángeles la inscripción del nacimiento como hijos suyos de dos niños ocurrido en California el 24 de octubre de 2008, mediante el recurso a una “gestación por sustitución” (admitida en dicho Estado americano²⁹⁴). Con anterioridad al nacimiento, las autoridades judiciales californianas ya habían declarado que los nacidos debían ser considerados como hijos naturales de los varones españoles (*pre-birth judgement*), y así se hizo constar en el Registro Civil californiano y en la certificación registral californiana de nacimiento presentada para su inscripción en el Registro Civil consular español, en la que constaba la paternidad de los varones. Cabe señalar que los certificados de nacimiento de los menores no contenían referencia alguna al modo en que fueron gestados, a su filiación materna, ni a cuál de los hombres había aportado el esperma con el que fueron concebidos²⁹⁵; únicamente declaraban su doble paternidad. Tras adjuntar

²⁹⁴ La permisión no es, sin embargo, la regla general en los EE.UU. Las TRA no están prácticamente reguladas y ello unido a su sistema federal, explica la controversia que ha suscitado la maternidad subrogada en aquel país, así como la diversidad de soluciones que ofrecen los estatutos y el case law. Casi la mitad de estados norteamericanos cuentan con legislación permisiva, prohibitiva o que otorga ciertos efectos a los acuerdos de maternidad subrogada. Unos diez estados permiten el acceso a la maternidad subrogada, siempre sujeta a regulación. El acceso a la maternidad subrogada por parejas homosexuales está admitido en nueve estados, entre los cuales se encuentra California. Como mínimo diez estados prohíben completamente el acceso a la maternidad subrogada, o lo hacen en determinadas circunstancias a través de los estatutos o del case law. Entre los estatutos restrictivos destacan los casos de Kentucky [Ky. Rev. Stat. Ann. § 199.590(4)] y Nueva York (N.Y. Dom. Rel. Law §§ 121-123), que consideran los acuerdos de maternidad subrogada contrarios al interés público (public policy) del estado y, por lo tanto, nulos. En el resto de estados la validez de los acuerdos de maternidad subrogada es incierta.

²⁹⁵ Circunstancia ésta no deja ser relevante para el ordenamiento jurídico

certificados de nacimiento de los menores expedidos por la autoridad registral de California, en los que aparecían como hijos de los solicitantes, integrantes del matrimonio, el encargado del Registro Civil dictó auto con fecha 10 de noviembre de 2008 denegando la inscripción, alegando que el contrato era nulo de pleno derecho en base a la prohibición establecida en el artículo 10 de la Ley española 14/2006, de 26 de mayo (en adelante, TRHA) y que debía considerarse madre legal de los niños a la gestante. También se indicaba que resultaba imposible que los dos varones fueran los padres de los niños, por ser necesaria para la procreación, la concurrencia de una mujer que aporte sus óvulos y que llevo a cabo la gestación. No se cumplían de esta manera dos de los requisitos establecidos en el art 23 de la Ley del Registro Civil de 1957 (en adelante LRC): legalidad conforme a la Ley española y realidad del hecho inscrito.²⁹⁶

Tras la denegación, los interesados recurrieron ante la Dirección General de los Registros y del Notariado solicitando la revocación de la decisión del encargado y la inscripción de los menores. La DGRN dictó resolución estimatoria del recurso en 18 de febrero de 2009, y ordenó que se procediera a la inscripción del nacimiento tal y como constaba en las certificaciones registrales extranjeras presentadas, en las que ambos recurrentes figuraban

español pues, como hemos visto, el art. 10.3 LTRHA deja a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad por parte del padre biológico, que sólo puede ser uno. Actualmente, sólo se permite la doble filiación biológica materna, es decir, de dos mujeres, siempre y cuando estén casadas entre sí (art. 7.3 LTRHA). Ninguno de los dos comitentes solicitantes de la inscripción –ambos varones– podía afirmar ser la madre alumbradora, por lo que, con arreglo a la legislación española, el libro de familia expedido por las autoridades californianas no tenía valor probatorio ni tampoco constitutivo del vínculo de filiación que los solicitantes pretendían mantener con los niños nacidos de tales técnicas.

²⁹⁶ La posición mantenida de forma permanente por la DGRN en multitud de resoluciones sobre cuestiones de nacimiento viene recogida y valga por todas en la resolución 19 de noviembre de 2008, con idéntico contenido, 24 de febrero de 2009 o 30 de enero de 2009 "Para que un nacimiento acaecido en el extranjero pueda inscribirse en el Registro Civil español es necesario que afecte a algún ciudadano español, pudiendo prescindirse de la tramitación del expediente de inscripción fuera de plazo cuando se presente certificación del asiento extendido en un Registro extranjero, "siempre que no haya duda de la realidad del hecho inscrito y de su legalidad conforme a la ley española (art. 23, II, LRC) y siempre que el Registro extranjero" sea regular y auténtico, de modo que el asiento de que se certifica, en cuanto a los hechos de que da fe, tenga garantías análogas a las exigidas para la inscripción por la ley española" (art. 85, I, RRC).

como padres de los nacidos. La RDGRN de 18 de febrero de 2009 partía de la premisa previa de que existía una “decisión” previa dictada por las autoridades californianas, consistente en una certificación registral en la que ya constaban el nacimiento y la filiación del nacido. Al haberse determinado la filiación de los menores en otro país, la DGRN considera inaplicable al caso el art. 10 LTRHA y se centra en determinar si la filiación establecida en virtud de certificado registral extranjero puede acceder al Registro Civil (FJ 3º).²⁹⁷ Para argumentar esta postura la DGRN utiliza diversos argumentos de justicia material que le permiten justificar la no aplicación de la prohibición de maternidad subrogada que contiene el citado precepto y desde el punto de vista del derecho internacional privado se sirve del método del reconocimiento de las situaciones creadas en el extranjero al amparo de otra autoridad y su ordenamiento.

El control de legalidad al que se procede la DGRN no es ni un control conflictual ni un control basado en la exigencia previa del exequátur de la decisión judicial californiana. Si bien, la sentencia judicial extranjera es la que establece la filiación de los menores y la que ordena la expedición de los certificados un antes del nacimiento de los niños.²⁹⁸ El control de legalidad se

²⁹⁷ CALVO CARAVACA, A.L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., “Gestación por sustitución y Derecho Internacional Privado: Consideraciones en torno a la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 18 de febrero de 2009”, Cuadernos de Derecho Transnacional, vol. 1, nº 2, 2009, p. 295-298; En efecto, la DGRN indica que, “en este caso, la cuestión controvertida (= filiación de los nacidos en California: ¿quiénes son sus padres?) no suscita un problema de “Derecho aplicable a la filiación”, sino una cuestión de “efectos jurídicos en España de una decisión pública extranjera”. Se trata, realmente, de una cuestión de “validez extraterritorial de decisiones” (extranjeras) en España. En consecuencia, para decidir en torno al eventual acceso de la decisión registral californiana al Registro civil español, las autoridades registrales españolas no deben aplicar las normas de conflicto españolas y tampoco deben aplicar la Ley sustantiva designada por tales normas de conflicto (= la Ley 14/2006 de 26 mayo 2006 sobre técnicas de reproducción humana asistida). Las autoridades registrales españoles deben proceder a la aplicación de otro conjunto distinto de normas: las normas específicas que, en Derecho internacional privado (DIPr.) español, disciplinan el acceso de las certificaciones registrales extranjeras al Registro Civil español (= normas que forman parte integrante del sector “validez extraterritorial de decisiones” en DIPr. español y que no son normas de conflicto, y en concreto se trata del art. 81 RRC”

²⁹⁸ El proceso judicial para declarar la filiación a favor de los comitentes se hace en el quinto mes de embarazo de la gestante. En consecuencia, antes del nacimiento, los padres contratantes ya disponen de la resolución judicial y serán ellos quienes aparecen como padres tanto en el hospital como en la certificación. En la misma no se reflejarán, caso de ser distintas, ni la madre que da a luz ni la madre biológica. Por ello

ciñe a la *eficacia probatoria* de los certificados de nacimiento; y, se basa, en buena medida, en el límite del “orden público internacional”, que atiende al interés superior de los menores en el caso concreto, como después veremos.

Entiende la resolución que el control de legalidad de las certificaciones registrales extranjeras debe abarcar 1º la comprobación de que se trate de un documento “público”, esto es, autorizado por una autoridad extranjera competente. Interesa destacar que la competencia judicial internacional de la autoridad extranjera (californiana) para pronunciarse sobre la filiación de los menores se basa en el contrato de maternidad subrogada o, si se quiere, en el lugar de nacimiento de menores. Entendemos que podría ser una conexión débil aunque la RDGRN no la pone en duda, pues afecta a una familia de españoles residentes. El tribunal californiano decide, de hecho, sobre la filiación de unos menores que no han nacido todavía (no son aún norteamericanos en el momento en que se pronuncia sobre la doble filiación paterna). La competencia se funda, en realidad, en el contrato de maternidad subrogada y en la práctica médica realizada. 2º Que la certificación hubiese sido elaborada y adoptada por una autoridad registral que desempeñe funciones equivalentes a sus respectivas españolas, conforme a lo establecido en los arts. 81 y 85 Reglamento del Registro Civil (en adelante RRC) (fundamento de derecho IV). 3º Finalmente se requiere un control de legalidad del acto contenido en la certificación registral extranjera pero se defiende que el control de legalidad, no abarca el examen de si la solución jurídica dada es idéntica a la que habría alcanzado una autoridad registral española mediante la aplicación de nuestra normativa,²⁹⁹ esto es, el encargado del Registro español no determina la

la mayor parte de los ciudadanos españoles que desean ser padres a través de la gestación por sustitución se dirigen a Estados Unidos porque es el país que más garantías jurídicas ofrece. Al Estado que más ciudadanos españoles acuden es el de California. CORERA IZU.M. “Abandonados, apátridas y sin padres”, cit., p.5.

²⁹⁹ RDGRN 18 febrero 2009, FD III in primis: “Con arreglo al art. 81 del Reglamento del Registro Civil, el legislador español no exige que la solución dada a la cuestión jurídica que consta en la certificación registral extranjera sea igual o idéntica a la solución que ofrecen las normas jurídicas españolas. En efecto, pudiendo haberlo exigido en tal sentido, no lo ha hecho en modo alguno, sino todo lo contrario. El art. 81 del Reglamento del Registro Civil acoge otra perspectiva diametralmente opuesta: las certificaciones registrales extranjeras deben superar, naturalmente, un “control de legalidad”, pero dicho control de legalidad no consiste en exigir que la autoridad registral extranjera haya resuelto el caso de modo idéntico a como lo habría resuelto

filiación jurídica conforme a nuestro Derecho —aplicando el art. 10 LTRHA—, sino que se limita a registrar una ya determinada legalmente conforme a una legislación extranjera vigente y ello porque lo contrario supondría “desconocer que cada Estado dispone de su propio derecho y de su propio sistema de derecho internacional privado” además de “ un perjuicio notable para la seguridad jurídica...en el contexto internacional” y para los particulares supondría además “un elevado coste , pues les obligaría a plantear de nuevo la cuestión jurídica ante las autoridades españolas”.

Lo que no desvela la resolución es la relación existente entre los certificados de nacimiento y la decisión judicial, que ordena su expedición y que determina la filiación de los menores incluso antes de su nacimiento, siendo que existe una relación de causa-efecto, que hace a la sentencia inseparable de los documentos administrativos. Sin embargo el título que, conforme al artículo 81 RCC, sirve de base para practicar el asiento correspondiente al nacimiento, de gran importancia al ser el inicial, es, en este caso, el certificado administrativo expedido por las autoridades administrativas californianas encargadas del Registro civil.

Así en opinión de algún autor como QUIÑONES ESCÁMEZ, A.³⁰⁰ cabe preguntarse si, de haberse tenido en cuenta la sentencia extranjera, el control de legalidad hubiera estado sujeto a un previo exequátur conforme al artículo 83 RRC. Es decir, si el título extranjero por el que se inscribe el asiento relativo al nacimiento en los supuestos de maternidad subrogada (certificados de nacimiento) es inseparable de la sentencia californiana que establece la filiación y ordena su expedición, y cuyo reconocimiento de su eficacia registral estaría sujeto al del reconocimiento de las decisiones extranjeras (en este caso, no existiendo tratado con los EE.UU de Norteamérica, al régimen común del artículo 954 y siguientes de la LEC).La DGRN deja claro que el control de legalidad al que procede sigue el método del reconocimiento (sobre la base del

una autoridad registral española. Esta solución es lógica y se explica por varias razones”.

³⁰⁰ QUIÑONES ESCÁMEZ, A. "Doble filiación paterna de gemelos nacidos en el extranjero mediante maternidad subrogada", cit., p.13

81 RRC), pero que no consiste ni en un control conflictual ni, tampoco, en la exigencia previa del exequátur de la sentencia californiana. La certificación norteamericana que, al igual que ocurre con los métodos de procreación asistida, no menciona la maternidad subrogada, pues tales datos no acceden a los registros. Sólo figuran en la sentencia extranjera, que es el título constitutivo del vínculo jurídico de la filiación entre los menores y los padres intencionales. A través de la decisión judicial extranjera se homologa y ejecuta el contrato de maternidad subrogada, y se establece la filiación, antes del nacimiento de los menores, y se ordena la inscripción en el registro civil norteamericano y la expedición de los certificados de nacimiento de los menores lo que plantea la duda de si no hubiera sido exigible el reconocimiento previo de la sentencia para pasar el control de legalidad dada la relación de causa-efecto existente.

De ser así, considera esta autora, el control de legalidad de los documentos vinculados a la maternidad subrogada iría algo más allá de lo previsto en el artículo 81 RRC. En definitiva, requeriría el exequátur previo de la sentencia californiana (no es exigido al no requerirse el efecto de cosa juzgada) previsto en el artículo 83 RRC.

Pero como decimos, la DGRN deja claro que el control de legalidad al que procede sigue el método del reconocimiento (sobre la base del 81 RRC), pero que no consiste ni en un control conflictual ni, tampoco, en la exigencia previa del exequátur de la sentencia californiana. Y que esto es así, dado que la cuestión que resuelve no prejuzga las cuestiones de fondo ni las relativas a la filiación ni las relativas a la eficacia de juzgada de la sentencia californiana. Centra su quehacer sólo en el control de la eficacia probatoria de los certificados extranjeros de nacimiento y su posible transcripción en el Registro civil español. En definitiva, la transcripción sólo sienta una presunción iuris tantum respecto al contenido, ya que su función propia es la de dar publicidad registral a los hechos, actos o circunstancias personales, que han tenido lugar incluso con independencia de su inscripción. Tales documentos obedecen, cuando menos, a un acto público extranjero o a una “realidad jurídica registral” extranjera (amparada por su ley y autoridades). Lo que parece olvidarse –a nuestro entender- es que tal realidad jurídica se sustenta en la decisión judicial

californiana que establece la filiación. Los certificados de nacimiento y la sentencia que ordena su expedición son inseparables por lo que cabría entender que procede el control del exequátur o del reconocimiento de la decisión judicial californiana, pues ésta es el título que permite establecer la filiación de los menores.

Además la Resolución mantiene que esta inscripción no vulnera el orden público internacional español. Para la DGRN, el orden público internacional español garantiza *“la cohesión moral y jurídica de la sociedad española”* y está compuesto por *“los principios jurídicos básicos del Derecho español”*. En consecuencia, el orden público internacional español salvaguarda los *“intereses generales”*, esto es, la *“estructura jurídica básica del Derecho español”* *“la organización moral y jurídica general, básica y fundamental de la sociedad española”*, así como el *“correcto y pacífico funcionamiento de la sociedad española como estructura supraindividual”*.³⁰¹ Ello significa que, para la DGRN, el orden público internacional protege *“estructuras generales”* y su tarea consiste en procurar que, en este caso, la introducción en el orden jurídico español de una decisión extranjera (certificación registral californiana) no produzca una *“externalidad negativa”* (un daño a la sociedad española tal y como la regula el legislador español). La resolución aplica la idea de que debe exigirse un orden público atenuado o aligerado, más bien, atento a la eficacia en el territorio de las situaciones jurídicas ya creadas en el extranjero. Dicha figura, como hemos visto, permite reconocer ciertos efectos jurídicos en España a instituciones prohibidas en nuestro Derecho. En consonancia con esta idea, la DGRN entiende que el acceso de los menores al Registro Civil español no sería más que una mera consecuencia última y periférica del contrato de gestación por sustitución. Para el Centro Directivo, el contenido de la certificación extranjera, *“no perjudica la estructura básica del Derecho español.”*

A juicio de la DRGN esta inscripción no vulnera el orden público internacional español, esencialmente y en primer lugar por la necesidad de dar

³⁰¹ FJ.5.

respuesta al denominado “interés superior del menor” ya que de rechazarse la inscripción los menores quedarían privados una filiación inscrita vulnerando su “derecho a una identidad única”; en segundo lugar entiende que la imposibilidad de inscribir esta doble paternidad no adoptiva es lo que sería contrario al orden público, de forma que éste no es empleado como motivo que obstaculiza el reconociendo de una decisión extranjera, sino como fundamento de la obligatoriedad de inscribirla y en tercer lugar porque no hay fraude de la Ley española, fenómeno al que alude el art 12,4 CC para los casos internacionales y el art 6.4 CC en general.

1.5.2. El criterio de la SJPI núm 15 de Valencia de 15 de septiembre de 2010.

El Ministerio Fiscal presentó demanda impugnando dicha resolución de la DGRN, por entender que vulneraba el artículo 10 LTRHA y, en su consecuencia, resultar contraria al orden público español. Esta impugnación fue estimada íntegramente por el Juzgado de Primera Instancia Número 15 de los de Valencia, el cual acordó dejar sin efecto y cancelar la inscripción de nacimiento previamente acordada en la resolución impugnada.

Impugnada esta resolución, la SJPI núm. 15 de Valencia de 15 de septiembre de 2010, rechazó la solución dada por la DGRN, basándose en la nulidad en nuestro ordenamiento jurídico del convenio de gestación por sustitución que da lugar a la filiación jurídica que se pretende inscribir (ex art. 10.1 LTRHA).

Afirma el Alto Tribunal que el Centro Directivo al ceñir el control de legalidad de las certificaciones registrales extranjeras a la comprobación de que al registro accedan documentos en los que consten actos presumiblemente válidos pero sin que éste el control de legalidad abarque el examen de si la solución jurídica en el contenida es idéntica a la que habría alcanzado una autoridad registral española mediante la aplicación de las normas españolas

excluye la aplicación de las normas de conflicto españolas y con ello la ley 14/2006 de técnicas de reproducción humana asistida y en concreto su artículo 10 relativo a la gestación por sustitución de los nacidos³⁰² Da por sentado la DGRN que la certificación registral californiana cumple escrupulosamente con los requisitos formales para la inscripción y por lo tanto el único escollo que debe salvar para su inscripción es que *"no produzca efectos contrarios al orden público internacional español"*, procediendo en los siguientes párrafos a justificar porque no vulnera dicho orden público según vimos en los apartados anteriores de este trabajo. Según el Tribunal la conclusión a la que llega la resolución es que al cumplirse con los requisitos formales y no vulnerarse el orden público internacional español, debe procederse a la inscripción y ello con independencia de que "los contratos de gestación por sustitución están expresamente prohibidos por las leyes españolas" y que la filiación de los hijos así nacidos será determinada por el parto , pues este precepto no es aplicable en este caso pues no se trata de determinar la filiación de los nacidos sino de precisar si una filiación ya determinada en virtud de una certificación registral extranjera puede acceder al registro Civil español.

Por tanto, según el Tribunal la primera cuestión que debe resolverse es si es o no aplicable al caso el artículo 10 de la ley 14/2006 y ello exige previamente determinar cuáles son los requisitos que debe cumplir la resolución registral extranjera para tener acceso a nuestro registro. Admitido el

³⁰² "Es claro que nos encontramos ante un supuesto de inscripción en el Registro Civil español por aportación de una certificación registral extranjera en la que consta el nacimiento y la filiación...y que para situaciones como esta se argumenta en el recurso de la DGRN la legislación prevé el mecanismo técnico específico que debe aplicarse que es el recogido en el artículo 81 del RRC..."y añade "La aplicación de este procedimiento implica según la DGRN que no puedan aplicarse las normas españolas de conflicto de leyes y concretamente el artículo 9.4 del CC "El carácter y contenido de la filiación, incluida la adoptiva, y las relaciones paterno- filiales, se regirán por la Ley personal del hijo y si no pudiera determinarse ésta, se estará a la de la residencia habitual del hijo. Y en su consecuencia tampoco resulta de aplicación la ley 14/ 2006 de técnicas de reproducción humana asistida y en concreto su artículo Artículo 10 relativo a la gestación por sustitución." Y añade "Entiende la Dirección General que en supuestos como este el control de legalidad de las certificaciones registrales extranjeras debe abarcar en primer lugar la comprobación de que se trate de un documento público autorizado por una autoridad extranjera, en segundo lugar que la certificación hubiese sido emitida por una autoridad registral que desempeñe funciones equivalentes a las sus respectivas españolas, en atención a lo establecido en el artículo 85 del RRC" FD 2.

cumplimiento de los requisitos formales la discrepancia se centra en el alcance del examen de fondo de la resolución.

Se declara por el Tribunal que no es definitivo el criterio deducido de los arts. 81 y 85 RRC, en los que la DGRN fundamenta jurídicamente su argumentación, obviando que tales preceptos completan y desarrollan el art. 23 LRC, de mayor valor normativo³⁰³ y según el cual «Las inscripciones se practican en virtud de documento auténtico o, en los casos señalados en la Ley, por declaración en la forma que ella prescribe. También podrán practicarse, sin necesidad de previo expediente, por certificación de asientos extendidos en Registros extranjeros, siempre que no haya duda de la realidad del hecho inscrito y de su legalidad conforme a la Ley española».³⁰⁴ La dicción literal de este artículo otorga una nueva perspectiva a la argumentación que efectúa la DGRN respecto a la no aplicabilidad de la ley de TRHA. Ello implica un control, no sólo formal sino también material. En cuanto al primero de los requisitos, la comprobación por el encargado del registro de la realidad del hecho inscrito supone que el encargado tenga claro que lo que consta en la

³⁰³ Los art 81 y 85 RRC lo son de un texto, el RRC que desarrolla y completa otro texto, la LRC.

³⁰⁴ JIMÉNEZ MUÑOZ, FJ. *La reproducción asistida y su régimen jurídico, Colección jurídica general*, Madrid, Reus, 2012, considera este autor que el equivalente del art 23 en la nueva Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil es el Artículo 98 que dice “Certificación de asientos extendidos en Registros extranjeros.

1. La certificación de asientos extendidos en Registros extranjeros es título para la inscripción en el Registro Civil español siempre que se verifiquen los siguientes requisitos:

Que la certificación ha sido expedida por autoridad extranjera competente conforme a la legislación de su Estado.

Que el Registro extranjero de procedencia tenga, en cuanto a los hechos de que da fe, análogas garantías a las exigidas para la inscripción por la Ley española.

Que el hecho o acto contenido en la certificación registral extranjera sea válido conforme al ordenamiento designado por las normas españolas de Derecho internacional privado.

Que la inscripción de la certificación registral extranjera no resulta manifiestamente incompatible con el orden público español. 2. En el caso de que la certificación constituya mero reflejo registral de una resolución judicial previa, será ésta el título que tenga acceso al Registro. Con tal fin, deberá reconocerse la resolución judicial de acuerdo a alguno de los procedimientos contemplados en el artículo 96 de la presente Ley.”

3. Se completarán por los medios legales o convencionales oportunos los datos y circunstancias que no puedan obtenerse directamente de la certificación extranjera, por no contenerlos o por defectos formales que afecten a la autenticidad o a la realidad de los hechos que incorporan” y entiende que el primero de los requisitos del art 23 desaparece con esta nueva redacción quedando tan sólo el segundo.

certificación es real, lo que incluye determinar “que realmente ambos solicitantes son los padres de los menores cuya inscripción se pretende”, y ello, si bien parece cierto desde el punto de vista formal “no lo es, ni puede serlo a efectos materiales pues biológicamente resulta imposible”³⁰⁵, surgiendo la duda sobre la realidad del hecho inscrito. En cuanto al segundo examen por parte del encargado del registro, examinar si la inscripción que se pretende es conforme con la ley española, advierte la sentencia que lo que exige el art 23 LRC no es que el hecho se acomode en cuanto a su legalidad al orden público, pues el legislador “no utiliza aquí expresiones genéricas como el orden público, ni siquiera un término un poco más concreto como legislación u ordenamiento jurídico español; se exige , en cambio que el encargado del registro compruebe si el hecho hubiera ocurrido en España se consideraría legal, es decir, conforme en este caso, al art 10 de la LTRHA.³⁰⁶ Y apunta la sentencia que el hecho de que estemos ante un supuesto de gestación por sustitución no constituye un hecho controvertido aun cuando en la certificación nada conste pues implícitamente es reconocido a través de todo el proceso, por lo tanto debe partirse de esta realidad. Al ser el nacimiento de los menores mediante maternidad subrogada un hecho no controvertido, el Juzgado de Primera Instancia de Valencia no duda en afirmar que no se cumple el requisito de la legalidad del hecho inscrito del art. 23 LRC, pues el art. 10 LTRH establece la nulidad de pleno derecho del contrato de gestación por sustitución, con independencia de que medie o no precio, y que la filiación de los nacidos por convenio de gestación por sustitución siempre *“será determinada por el parto, es decir, que la filiación del menor así engendrado se otorga por disposición de la ley a la madre que lo ha dado a luz, lo que supone que la ley española prohíbe expresamente que la filiación en casos de gestación por sustitución no se inscriba a favor de persona que lo ha parido, en conclusión la legislación española prohíbe la gestación por sustitución y puesto que el encargado del registro civil consular debe conforme al art. 23 LRC examinar la legalidad conforme a la Ley española del certificado extendido en Registro extranjero con*

³⁰⁵ FJ 3.

³⁰⁶ FJ 3. “ No existe duda de que la ley 14/2006 es una ley española y por lo tanto el encargado de registro viene compelido por este artículo 23 a examinar si la certificación extranjera vulnera el contenido de esa ley y por lo tanto para resolver esta cuestión debe examinarse si existe o no vulneración de la misma.”

carácter previo a su inscripción en el Registro Civil español, al estar prohibida en España la gestación por sustitución debe impedirse el acceso al registro de la inscripción así intentada”.

En definitiva podríamos decir que el TS no aplica la noción de orden público por considerarla como una noción demasiado genérica pero si el art 10 LTRHA como contenido normativo de una “ley española” que ha sido vulnerada y que por tanto el encargado del registro viene compelido a aplicar conforme al *art. 23 LRC*.

En cuanto a los argumentos que esgrime la resolución de la DGRN justificando que la inscripción no vulnera el orden público internacional español la primera refutación recae sobre la consideración de que si el ordenamiento jurídico español permite que los hijos adoptados puedan tener dos padres varones (ex art. 44.2CC, tras la Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio) y la ley no distingue entre hijos adoptados e hijos naturales (ex art. 108.2 CC), los hijos naturales deben poder tener dos padres naturales.

Este argumento es objetado fácilmente por el Juzgado de Primera Instancia que estima que los hijos naturales no pueden tener dos padres naturales por una sencilla razón de carácter biológico: en el estado actual de la ciencia, dos varones no pueden concebir ni engendrar entre sí un hijo. Es cierto que nuestro ordenamiento jurídico ha admitido y regulado el matrimonio homosexual y la adopción por parte de parejas del mismo sexo, esto no implica que pueda ni deba certificarse un hecho imposible.

La segunda refutación recae sobre el argumento de que no permitir la inscripción de la filiación por naturaleza en el Registro Civil a favor de dos varones en base a que se trata de sujetos del mismo sexo resultaría discriminatorio por razón de sexo (art. 14 CE), pues el art. 7.3 de la LTRHA admite la doble filiación materna en nuestro derecho. Sin embargo, la sentencia del Juzgado pone de manifiesto que la no procedencia de la inscripción “no nace de que los solicitantes sean varones sino de que los bebés nacidos lo son

como consecuencia de un contrato de gestación por sustitución, esta consecuencia jurídica le sería aplicable en el mismo supuesto tanto a una pareja de varones, como de mujeres, hombre o mujer sola o pareja heterosexual, pues la ley no distingue en estos supuestos de sexos sino que el hecho determinante es la forma del alumbramiento, quizá en supuestos de mujeres o parejas heterosexuales existirá el problema del conocimiento por parte del encargado del registro de que se encuentra ante un supuesto de gestación por sustitución, pero una vez conocida esta circunstancia la consecuencia debe ser la misma denegar la inscripción”.³⁰⁷

El contrato de gestación por sustitución es nulo, defiende la sentencia, porque se opone al principio de indisponibilidad del cuerpo humano, ya que recae sobre las facultades reproductivas y de gestación de la madre, haciendo objeto del comercio una función de la mujer, tan elevada, como es la maternidad, la cual no puede ser objeto de tráfico jurídico. Se opone también al principio de indisponibilidad del estado civil, ya que trata de modificar las normas que determinan la constitución de la relación jurídica paterno-filial y la atribución de la condición jurídica de progenitor e hijo. Este razonamiento es válido, para el juzgador, con independencia del sexo de los miembros de la pareja que acudan a la gestación por sustitución.

1.5.3 Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010 sobre Régimen Registral de la Filiación de los hijos nacidos mediante gestación por sustitución

Para confirmar la posición fijada por su resolución de 18 de febrero de 2009 de admitir la inscripción en el Registro Civil español de los nacimientos producidos en el extranjero como consecuencia de un contrato de gestación por sustitución, la DGRN dictó la Instrucción de 5 octubre 2010³⁰⁸. La razón que

³⁰⁷ FD 4.

³⁰⁸ “Sobre régimen registral de la filiación de los hijos nacidos mediante gestación por sustitución” BOE núm. 243, de 7 de octubre de 2010.

justifica esta decisión de la DGRN vuelve a ser, a su juicio, la protección del interés del menor. Sin embargo la DGRN, se desdice de lo que meses atrás, había establecido en la resolución referenciada, rechazando ahora la inscripción de una filiación que traiga causa de un contrato de gestación por sustitución a partir de la mera certificación registral extranjera o de la declaración del solicitante y estableciendo como título necesario para la inscripción la “resolución judicial dictada por Tribunal competente en la que se determine la filiación del nacido”³⁰⁹ La DGRN exige que haya recaído una resolución judicial en el extranjero en la que se haya acreditado la filiación de un menor nacido tras una gestación por sustitución en relación con el padre biológico, y siendo español, al menos uno de los progenitores. Esta exigencia tiene como finalidad, según dice, “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.” A diferencia de la posición mantenida por el Centro Directivo anteriormente, “en ningún caso se admitirá como título apto para la inscripción del nacimiento y filiación del nacido, una certificación registral extranjera o la simple declaración, acompañada de certificación médica relativa al nacimiento del menor en la que no conste la identidad de la madre gestante”³¹⁰.

Pero además incorpora otro requisito, que dicha resolución judicial extranjera obtenga el *exequatur* en España según los Convenios internacionales vigentes para España o en su defecto, a través del procedimiento contemplado en el art. 954 LEC 1881. Deberá adjuntarse a la solicitud de la inscripción, el auto judicial definitivo, expedido por autoridad judicial española, que ponga fin al *exequátur*.³¹¹ Ahora bien esta exigencia lo es, para el supuesto de que la resolución judicial extranjera hubiera sido dictada en un procedimiento contencioso, sólo en este caso será necesario

³⁰⁹ Directriz primera apartado 1 Instrucción DGRN de 5 de octubre de 2010.

³¹⁰ Directriz segunda Instrucción DGRN de 5 de octubre de 2010.

³¹¹ “Salvo que resultara aplicable un Convenio internacional, la resolución judicial extranjera deberá ser objeto de *exequátur* según el procedimiento contemplado en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881. Para proceder a la inscripción de nacimiento deberá presentarse ante el Registro Civil español, la solicitud de la inscripción y el auto judicial que ponga fin al mencionado procedimiento de *exequátur*” Directriz primera apartado 1 Instrucción DGRN de 5 de octubre de 2010.

instar por el particular el exequátur ante los Juzgados de Primera Instancia (arts. 954 y ss. LEC). Sin embargo, si la resolución judicial extranjera ha sido dictada como consecuencia de un “procedimiento análogo a uno español de jurisdicción voluntaria”, no es preciso acudir a un reconocimiento judicial por homologación previo a la inscripción registral. En tal caso, el mismo Encargado del Registro Civil controlará, incidentalmente, como requisito previo a su inscripción, si tal resolución judicial puede ser reconocida en España. En este reconocimiento el encargado del Registro Consular deberá acreditar varios extremos, que la propia Instrucción fija en su Primera Directriz, apartado 3, a saber: *“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 éste hubiera transcurrido, sin que quien tenga reconocida facultad de revocación, la hubiera ejercitado”*.³¹²

Finalmente destacar del contenido de la Instrucción que el fundamento de la exigencia de una previa resolución judicial resulta según la misma Instrucción, de lo dispuesto en el artículo 10.3 Ley 14/2006 sobre técnicas de reproducción asistida humana, a través de la remisión a las reglas generales sobre determinación de la filiación, del que la DGRN deriva ahora que impone “el ejercicio de acciones procesales y la consecuente resolución judicial para la

³¹² Directriz primera apartado 3 Instrucción DGRN de 5 de octubre de 2010.

determinación de la filiación paterna de los menores nacidos como consecuencia de gestación por sustitución.”³¹³

Estas por tanto, son las directrices establecidas por la DGRN para la calificación, por parte de los Encargados del Registro Civil, de las solicitudes de inscripción de nacimiento, formuladas por ciudadanos españoles, de los menores nacidos en el extranjero mediante la técnica de gestación por sustitución, estableciendo la Instrucción que “A estas directrices deberá ajustarse la práctica registral en esta materia en beneficio de su conveniente uniformidad y de la deseable seguridad jurídica”.

³¹³ En todo caso, si este es el fundamento cabe cuestionar si los efectos que puede producir en España la resolución extranjera pueden ir más allá de determinar la filiación paterna, habida cuenta de que la limitación a ésta en el artículo 10.3 se relaciona con el dato de que la Ley 14/2006 establece que la filiación materna viene en todo caso determinado por el parto. También puede resultar controvertido que lo dispuesto en el artículo 10.3 Ley 14/2006 sea fundamento suficiente para imponer esa exigencia específica en la medida en que no opere en relación con la inscripción del nacimiento y filiación de los nacidos de otro modo; De Miguel Asensio, P. La Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010 sobre gestación por sustitución. <http://pedrodemiguelasensio.blogspot.com.es/2010/10/la-instruccion-de-la-dgrn-de-5-de.html> (consultado el 30-09-2015). En el mismo sentido CALVO CARAVACA, A.L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J para quienes “No obstante, para que el citado art. 10 Ley 14/2006 sea aplicable, debe serlo también, lógicamente, con carácter previo, toda la Ley 14/2006, esto es, la cuestión de la filiación de estos menores debe quedar sujeta al Derecho sustantivo español. Debido a un deficiente manejo de los métodos del Derecho internacional privado, la DGRN no percibe que, en los supuestos internacionales, la determinación, en Derecho español, de la filiación de un sujeto nacido como consecuencia de una gestación por sustitución puede llevarse a cabo a través de dos mecanismos legales diferentes: mediante una «tutela por declaración» o mediante una «tutela por reconocimiento». Ambos mecanismos deben ser clara y cuidadosamente diferenciados.” Y añade que “El art. 10 Ley 14/2006 sólo es aplicable cuando la cuestión jurídica suscitada constituye una cuestión de “tutela por declaración”, es decir, cuando se trata de una controversia relativa al Derecho aplicable a la filiación que debe decidirse por las autoridades españolas en el marco de un “proceso de cognición directo” y la Ley aplicable a la filiación es, por mandato de las normas de conflicto españolas, la Ley sustantiva española” En consecuencia considera que el art. 10. Ley 14/2006 no es aplicable cuando la filiación ya ha sido determinada por autoridades extranjeras en una “decisión pública”. En tal supuesto, la cuestión suscitada no estriba en “establecer la filiación del nacido”, sino en decidir si una “filiación ya establecida” en virtud de una decisión pública extranjera puede ser introducida en el orden jurídico español y surtir en España sus efectos legales. CALVO CARAVACA, A.L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J “Notas críticas en torno a la Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 5 octubre 2010 sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución”. Cuadernos de Derecho Transnacional (Marzo 2011), Vol. 3, Nº 1, p. 250-251.

La doctrina ha criticado dicha Instrucción llegando a calificarla de ilegal, pues — además de excluir que una certificación registral extranjera pueda ser título para la práctica de una inscripción, contraviniendo así el art 23 de la LRC de 1957³¹⁴ —, al fijar unos requisitos para la obtención del reconocimiento incidental que no están previstos en ley alguna, la DGRN estaría también usurpando competencias reservadas al legislador. Incluso hay quien ha querido ver una “actitud tramposa”³¹⁵ Así, Roncesvalles Barber Cárcamo considera que la remisión al procedimiento de exequátur — que difícilmente se superaría, dada la exigencia de adecuación de la resolución extranjera al Orden público internacional español— es sólo aparente, porque gran parte de los casos que se suscitan en nuestro país derivan de contratos de gestación por sustitución celebrados en algunos Estados de los EUA, donde se determina la filiación por sentencia dictada en procedimiento equivalente a la jurisdicción voluntaria española. De manera que, en la práctica, la homologación de la resolución extranjera acaba quedando en manos del órgano o autoridad ante el que se quiere hacer valer, esto es, ante el encargado del Registro, sujetándose este reconocimiento al control incidental de la concurrencia de 5 requisitos (no legales) fijados por la autoridad registral y desplazándose así la aplicación de aquellos otros, que — en relación con el reconocimiento de resoluciones judiciales extranjeras adoptadas en procedimientos equivalentes al de jurisdicción voluntaria — ha fijado el Tribunal Supremo. Más allá de exigencias formales, el Alto Tribunal ha establecido que deben cumplirse también los requisitos que determine “la correspondiente norma material a la que apunte la norma de conflicto española”³¹⁶ esto es, el contenido de la resolución de jurisdicción voluntaria ha de adecuarse a la ley que, de acuerdo con la norma de conflicto (contenida en el art 9.4 del CC), sea aplicable, que no es otra que la ley de la residencia habitual del hijo en el momento del establecimiento de la

³¹⁴ Desde luego en esta cuestión, la DGRN no tuvo en cuenta la nueva Ley del Registro Civil cuyo proyecto ya conocía en el momento de elaborar esta Instrucción que confirma que es perfectamente posible que una certificación registral extranjera pueda acceder a nuestro Registro Civil, es verdad que no matiza por materias, pero la actual legislación tampoco. Es simple y llanamente equivocar el objetivo.

³¹⁵ BARBER CÁRCAMO, M^a.R., “La legalización administrativa de la gestación por sustitución en España (Crónica de una ilegalidad y remedios para combatirla)”, cit., p. 2905–2950.

³¹⁶ Esto es, el art 9.4 CC.

filiación y a falta de residencia habitual del hijo, o si esta ley no permitiere el establecimiento de la filiación, se aplicará la ley nacional del hijo en ese momento. Ello conduciría al art 10 de la LTRHA y, en consecuencia, también a la denegación de la inscripción.

En definitiva, con la Instrucción de 5 de octubre de 2010 de la DGRN, al evitarse el procedimiento de *exequátur* al que sólo aparentemente se remite, por una parte, se trata de eludir la operatividad de la excepción del orden público internacional español (escollo para la inscripción de la filiación, que la RDGRN de 2009 había salvado defectuosamente, como vimos anteriormente); y, por otra parte, al fijarse unos requisitos (que no están en la ley) de control incidental de las resoluciones extranjeras adoptadas en procedimientos equivalentes al de jurisdicción voluntaria, se trata de eludir la exigencia de adecuación a la ley material a la que remite la norma de conflicto, de nuevo el art 10 de la LTRHA. Este obstáculo, el citado art 10, no sólo no desaparece al trasladarse la cuestión al ámbito del reconocimiento incidental extrajudicial, sino que, es más, de cara al futuro, se refuerza en este ámbito, a través del art 96 de la nueva Ley del Registro Civil, que positiviza tal exigencia de compatibilidad con el orden público internacional español también respecto del reconocimiento incidental.³¹⁷

³¹⁷ Con carácter general, indica Bouza Vidal que “deben también concretarse mejor las condiciones del reconocimiento, en particular por lo que respecta a: la exigencia de un mínimo de contactos con el Estado donde la situación jurídica se ha constituido; la ausencia de fraude de ley por parte de los interesados; la obligación de respetar las leyes de policía y la posibilidad de invocar la excepción del orden público internacional” BOUZA VIDAL, N., “La globalización como factor de cambio del Derecho internacional privado”, en MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J. (coord.), *Estados y organizaciones internacionales ante las nuevas crisis globales*, Madrid, 2010, p. 305. Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil, que en el apartado 2 del art 96 de la establece que la inscripción de las resoluciones judiciales extranjeras se podrá instar (además de previa superación del trámite del *exequátur*) “Ante el Encargado del Registro Civil, quien procederá a realizarla siempre que verifique:

La regularidad y autenticidad formal de los documentos presentados.

Que el Tribunal de origen hubiera basado su competencia judicial internacional en criterios equivalentes a los contemplados en la legislación española

Que todas las partes fueron debidamente notificadas y con tiempo suficiente para preparar el procedimiento.

Que la inscripción de la resolución no resulta manifiestamente incompatible con el orden público español”

Esta instrucción además muestra unas “carencias jurídicas alarmantes en el campo del Derecho internacional privado y del Derecho Civil.”³¹⁸ Para CALVO CARAVACA, A.L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ la Instrucción citada confunde el derecho aplicable a la filiación, con el reconocimiento de una filiación ya legalmente determinada por autoridades públicas extranjeras. Y *considera que El art. 10 Ley 14/2006 no es aplicable a la filiación de los nacidos tras gestación por sustitución ya declarada por autoridades públicas extranjeras (tutela por reconocimiento) en estos casos, entienden que la cuestión de la determinación de la filiación queda sustraída a la aplicación del derecho sustantivo español, es decir que no se aplicaría Ley 14/2006, y lógicamente tampoco su art 10.*³¹⁹

³¹⁸ Para estos autores, la solución legal a los supuestos de determinación de la filiación de los menores nacidos en otros países a través de las técnicas de gestación por sustitución podía ser alcanzada mediante un uso inteligente y coherente de las normas de Derecho internacional privado ya vigente en el sistema jurídico español. Como ya hiciera la DGRN de 18 febrero 2009 que desde su punto de vista solventó con éxito esta cuestión con relación a un caso particular. CALVO CARAVACA, A.L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., “Notas críticas en torno a la Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 5 octubre 2010 sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución”, cit., p. 260.

³¹⁹ Considera que la Instrucción no distingue entre “la tutela por declaración” y “la tutela por reconocimiento”. En la tutela por declaración se instará por vez primera la determinación de la filiación ante autoridades españolas, registrales o judiciales. Al tratarse de un supuesto “internacional”, las autoridades españolas aplicarán, en primer término, la norma de conflicto española, esto es art 9.4 Cc y en segundo término aplicarán el derecho sustantivo determinado por la norma de conflicto española y, en consecuencia, los criterios sustanciales que hayan sido acogidos por tal ordenamiento jurídico para atribuir la filiación al nacido tras una gestación por sustitución. Sólo si el nacido es español, se aplicará el Derecho español, y, en consecuencia, la Ley 14/2006 y el art. 10 de la misma. En los casos de tutela por reconocimiento, se ha acudido ya a autoridades públicas extranjeras, que ya han declarado, mediante una «decisión», cuál es la filiación del nacido tras una gestación por sustitución. Se trata, ahora, de concretar qué efectos jurídicos puede surtir en España esa decisión pública extranjera no suscita una cuestión de «Ley aplicable» a la filiación, sino una cuestión de “reconocimiento”, en España, de actas registrales extranjeras. Por ello, el art. 9.4 CC es inaplicable en estos casos. También es inaplicable, en los supuestos de “tutela por reconocimiento”, el art. 10 Ley 14/2006. CALVO CARAVACA, A.L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., “Notas críticas en torno a la Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 5 octubre 2010 sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución”, cit., p. 250-251

1.5.4 Mantenimiento de la doctrina anterior por la SAP de Valencia de 23 de noviembre de 2011

Tras el fallo de la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia Nº 15 de Valencia, de 15 de septiembre de 2010, los interesados interpusieron recurso de apelación ante la Audiencia Provincial de Valencia³²⁰ que, con fecha de 23 de noviembre de 2011, dictó sentencia por la que ratificó la decisión acordada por el Juzgado de Primera Instancia, de dejar sin efecto la inscripción realizada en el Registro Civil consular de Los Ángeles de la filiación surgida en EE.UU mediante maternidad subrogada. Así, la sentencia nº826/2011 de la Audiencia Provincial de Valencia confirmó la de la instancia inferior que dio lugar a la demanda interpuesta por el Ministerio Fiscal y ordenó dejar sin efecto la inscripción. Por ser fecha posterior la sentencia se refiere a la Instrucción de la DGRN, pero curiosamente nada dice sobre su evidente contradicción con el sistema jerárquico de fuentes de nuestro ordenamiento jurídico y por ende, de su nulidad radical por contrariar una norma de rango superior (el art 10 LTRHA), ni de su posible inconstitucionalidad por infringir el principio de igualdad de todos los españoles ante la ley.³²¹

Sobre el control de legalidad coincide plenamente con la sentencia objeto de apelación al indicar que ni el art. 81 ni el 85 RRC pueden ser invocados para contrariar lo dispuesto por el precepto legal transcrito, en virtud del principio de jerarquía normativa reconocido en el art. 9.3 CE. Por lo tanto, previamente a acordar su inscripción, la certificación extranjera tiene que superar un control de legalidad que deriva del art. 23 LRC y del art 85 de su reglamento³²², como

³²⁰ Y ello aun cuando los requisitos de la Instrucción de la DRRN sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución de 5 de octubre de 2010, según la Audiencia Provincial de Valencia, no concurrían en este caso (especialmente el relativo a la resolución judicial extranjera).

³²¹ VELA SÁNCHEZ, A.J., *La maternidad subrogada: estudio ante un reto normativo*. Comares, 2012, p. 64.

³²² "Se trata en consecuencia de decidir si una certificación registral extranjera que documenta una filiación que es consecuencia de la gestación por sustitución, puede acceder al Registro Civil español pese a la prohibición de la ley española. Para ello debe tenerse en cuenta el tenor del artículo 23 de la Ley del Registro Civil de 8 de junio de 1.957 que dice: "Las inscripciones se practican en virtud de documento auténtico o, en los casos señalados en la Ley por declaración en la forma que ella prescribe. También podrán practicarse, sin necesidad de previo expediente, por

ha afirmado la propia Dirección General de los Registros y del Notariado (Resoluciones de 18 de diciembre de 2000, de 28 de abril de 2008, de 9 de febrero de 2009, de 19 de febrero de 2009 y de 27 de febrero de 2009 y otras muchas), que deriva del art. 23 de la Ley del Registro Civil y del art. 85 de su Reglamento. Por tanto, y en virtud del art 23 LRC, el Encargado del Registro Civil español, deberá atender a la legalidad en España de la situación jurídica, conformada en el extranjero, que se pretende inscribir (la filiación jurídica respecto de comitentes españoles) lo que impedirá la inscripción, por aplicación directa del art 10 LTRHA.

Además recuerda la SAP que no consta en este procedimiento que exista resolución judicial alguna, ni tampoco la identidad de la madre gestante, por lo que no es posible aseverar, como hacen los apelantes, que conforme a la nueva Instrucción (se refiere a la Instrucción de la DGRN 7 de octubre de 2.010) la filiación californiana de los menores se inscribiría en el Registro Civil español.³²³

certificación de asientos extendidos en Registros extranjeros, siempre que no haya duda de la realidad del hecho inscrito y de su legalidad conforme a la Ley española. Encontramos por lo tanto en el texto de la ley un impedimento para la inscripción de la filiación certificada por los funcionarios estadounidenses, consistente en su contrariedad a la legalidad española, y en concreto al artículo 10 de la ley 14/2.006 sobre técnicas de reproducción humana asistida, que como se ha dicho, declara la nulidad del contrato de gestación por sustitución; ni el artículo 85 del Reglamento del Registro Civil ("Para practicar inscripciones sin expediente en virtud de certificación de Registro extranjero se requiere que éste sea regular y auténtico, de modo que el asiento de que se certifica, cuanto a los hechos de que da fe, tenga garantías análogas a las exigidas para la inscripción por la Ley española. Se completarán por los medios legales los datos y circunstancias que no puedan obtenerse de la certificación o parte extranjero, por no contenerlos, por no merecer en cuanto a ellos autenticidad o por ofrecer, por cualquier otro motivo, dudas sobre su realidad. La falla de inscripción en el Registro extranjero no impide practicarla en el español mediante título suficiente,") ni tampoco el artículo 81 de la misma norma aprobada por Decreto do 14 de noviembre de 1.958, ("El documento auténtico, sea original o testimonio, sea judicial, administrativo o notarial, es título para inscribir el hecho de que da fe. También lo es el documento auténtico extranjero, con fuerza en España con arreglo a las leyes o a los tratados internacionales") pueden ser invocados para contrariar los dispuesto con claridad por el precepto legal transcrito, en virtud del principio de jerarquía normativa reconocido en el artículo 9-3 de la Constitución." Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia (Sección 10ª), de 23 de noviembre de 2011, Fundamento Jurídico I.

³²³ Esta sentencia es posterior en el tiempo a la Instrucción de la DGRN de 7 de octubre de 2010. La SAP de Valencia se refiere a las razones de peso por las que se impide el convenio de gestación por sustitución en nuestro derecho limitándose a constatar que "precisamente esos aspectos altamente problemáticos" son los que han llevado a la DGRN a dictar la referida Instrucción admitiendo la posibilidad de la

En cuanto a la vulneración del orden público español considera la SAP de Valencia de 23 de noviembre de 2011, en la misma línea que el Tribunal de instancia, que la certificación californiana infringe el orden público internacional español, lo que constituye un grave obstáculo para su inscripción³²⁴. La Audiencia Provincial recoge las razones que, a juicio del Tribunal, guiaron al legislador español a prohibir el contrato de gestación por sustitución en nuestro ordenamiento jurídico y que son los problemas que esta figura suscita, con relación a determinados valores y principios fundamentales consagrados en nuestro ordenamiento jurídico y relacionados en su mayoría con la dignidad de la persona humana.³²⁵ Incluso, termina la SAP Valencia de 23 de noviembre de

inscripción del nacimiento de menores en el extranjero como consecuencia del uso de técnicas de gestación por sustitución en la forma examinada supra.

³²⁴ “...existen importantes obstáculos a la inscripción en Registro Civil español de la filiación pretendida, aun sin exigir, como preconiza este método, que la decisión extranjera coincida con la que se hubiera adoptado aplicando el Derecho español. Estos obstáculos radican en la infracción por la certificación registral californiana del orden público internacional español (tal como prescriben para sus respectivos ámbitos los artículos 954-3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1.881 y el artículo 23 de la ley de Adopción Internacional y 34-1 del Reglamento 44/2001)” Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia (Sección 10ª), de 23 de noviembre de 2011, Fundamento Jurídico II.

Art. 954.3 LEC: “(...) las ejecutorias tendrán fuerza en España si reúnen las circunstancias siguientes: (...) 3. Que la obligación para cuyo cumplimiento se haya procedido sea lícita en España.”

Art. 23 de la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción Internacional: “En ningún caso procederá la aplicación de una ley extranjera cuando resulte manifiestamente contraria al orden público internacional español. A tal efecto se tendrá en cuenta el interés superior del menor y los vínculos sustanciales del supuesto con España. Los aspectos de la adopción que no puedan regirse por un Derecho extranjero al resultar éste contrario al orden público internacional español, se regirán por el Derecho sustantivo español”.

Art. 34.1 del Reglamento CE N°44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil: “Las decisiones no se reconocerán: 1) Si el reconocimiento fuere manifiestamente contrario al orden público del Estado miembro requerido. (...)”. Reseñar que desde el pasado día 10 de enero de 2015 es aplicable Reglamento 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil en el caso del reconocimiento y ejecución de títulos ejecutivos extranjeros, el nuevo reglamento solamente se aplicará a aquellas solicitudes de reconocimiento o ejecución de resoluciones extranjeras dictadas en procedimientos judiciales iniciados con posterioridad al 10 de enero de 2015.

³²⁵ En palabras de la propia sentencia “Se trata de los problemas que suscita esta figura en relación con principios tales como el que la persona humana no puede ser objeto del comercio de los hombres, o lo que es lo mismo, que el niño no puede

2011, puede “considerarse al art. 10 de la Ley 14/2006 como una norma de policía, en el sentido del art. 9.1 del Regl. (CE) 593/2008, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales: una disposición cuya observancia un país considera esencial para la salvaguardia de sus intereses públicos, tales como su organización política, social o económica, hasta el punto de exigir su aplicación a toda situación comprendida dentro de su ámbito de aplicación”.³²⁶

Sin embargo, en otro momento de su argumentación da entender que se trata de una norma perteneciente al orden público al rechazar, para el supuesto que nos ocupa, la admisión de un orden público atenuado o relativo por considerar la filiación que se solicitada un efecto demasiado vinculado al contrato prohibido.³²⁷

ser objeto de transacción, así la propia dignidad de la persona, principios reflejados, además de en el artículo 10-1 de la Constitución, en su artículo 15 , que reconoce el derecho a la integridad moral, el artículo 39-2 del la misma norma fundamental, que proclama que los poderes públicos aseguran la protección integral de los hijos y de las madres cualquiera que sea su es civil, el artículo 1.271 del Código Civil , que prescribe que pueden ser objeto de contrato todas las cosas que no están fuera del comercio de los hombres y el artículo 1.275 del mismo cuerpo legal, que impide la producción de efectos a los contratos con causa ilícita.” Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia (Sección 10ª), de 23 de noviembre de 2011, Fundamento Jurídico I.

³²⁶ Nuevamente se plantea la cuestión de diferenciar entre orden público y normas imperativas o de aplicación inmediata. Como dice CAMARERO GONZÁLEZ, “una cosa es el orden público, es decir el conjunto de normas y principios que, en un momento histórico determinado, refleja el esquema de valores esenciales, a cuya tutela atiende de una manera especial cada ordenamiento jurídico concreto, y otra las llamadas normas imperativas o de aplicación inmediata, que expresan también valores y principios fundamentales del ordenamiento, pero que, a) operan en la fase de determinación del Derecho aplicable, siendo de aplicación inmediata por su contenido material; b) al ser de aplicación inmediata impiden la consulta y aplicación del derecho extranjero en el punto concreto que regulan, a diferencia de la excepción de orden público que requiere la consulta previa del derecho designado por la norma de conflicto; c) son de origen legal, en tanto que la cláusula de orden público es activada por el juez en cada caso concreto. En este sentido, el art 10 de la LTRHA es una norma imperativa pero no de orden público” CAMARERO GONZÁLEZ, G.J., “Notas sobre la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 18 de febrero de 2009, en un caso de gestación por sustitución”, La Ley, nº 7910, 2012, p.3.

³²⁷ “No se acepta por este Tribunal la equiparación entre el supuesto que nos ocupa y los casos de instituciones no admisibles en el Derecho español, que sin embargo producen determinados efectos derivados de ellas, como es el caso de la poligamia, que puede dar lugar a la percepción de pensiones de viudedad, (sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 2/4/2002.) porque en el caso presente, lo que se solicita es la inscripción en el Registro Civil de algo mucho más vinculado al contrato prohibido, como es la filiación a que da lugar, mientras que el caso citado más arriba, se reconocen en España unos efectos considerablemente más alejados de la

1.5.5. STS 835/2013, de 6 de Febrero de 2014. Confirmación de los criterios recurridos.

El criterio de la SJPI núm.15 de Valencia de 15 de septiembre de 2010³²⁸ fue confirmado, como hemos visto, por la SAP de Valencia de 23 de noviembre de 2011 acordando dejar sin efecto, y por tanto, cancelar, la inscripción de nacimiento de los menores. Tras ver desestimada la apelación que formularon ante la Audiencia Provincial de Valencia, los iniciales solicitantes del reconocimiento recurrieron en casación invocando como único motivo la vulneración del artículo 14 de la Constitución Española, relativo al principio de igualdad, en relación con el derecho a la identidad única de los menores y al interés superior de los menores consagrado en la Convención de Derechos del Niño de Naciones Unidas, hecha en Nueva York el 2 de noviembre de 1989.

El Tribunal Supremo desestimó el antedicho recurso de casación por sentencia de 6 de febrero de 2014³²⁹, en una controvertida decisión que contó con el voto particular del magistrado Seijas Quintana al que se adhirieron los magistrados José Ramón Ferrándiz Gabriel, Francisco Javier Arroyo Fiestas y Sebastián Sastre Papio.

El Tribunal Supremo, al resolver el recurso de casación no deniega la inscripción de los menores, pero sí la constancia de su filiación. Así dice la

esencia de la institución prohibida. No se admite en consecuencia, que como dicen los apelantes, la filiación sea sólo "una consecuencia última y periférica de dicho contrato", sino que constituye su causa para los comitentes y el objeto de la prestación de la madre gestante, conforme al artículo 1.274 del Código Civil español, y por ello, un elemento esencial del mismo." Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia (Sección 10ª), de 23 de noviembre de 2011, Fundamento Jurídico IV.

³²⁸ Que denegó la inscripción como hijos de los demandados, a los gemelos nacidos en California como consecuencia de un contrato de gestación por sustitución, basándose en la prohibición de la establecida en el artículo 10 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo (en adelante, TRHA

³²⁹ EDJ 2014/7037. Tribunal Supremo, Sala 1ª, Sentencia de 6 de febrero de 2014, nº 835/2013, rec. 245/2012

sentencia, “...la denegación de reconocimiento de la certificación registral de California ha de afectar exclusivamente a la filiación en ella determinada, pero no al resto de su contenido” instando al Ministerio Fiscal para que “ejercite las acciones pertinentes para determinar en la medida de lo posible la correcta filiación de los menores y para su protección, tomando en consideración, en su caso, la efectiva integración de los mismos en un núcleo familiar “de facto”.

En cuanto al control de legalidad las cuestiones suscitadas en las dos instancias recorridas por el Ministerio Fiscal y las partes demandadas, son examinadas por el TS desde la óptica del *método del reconocimiento de las decisiones extranjeras*.³³⁰ Consiguientemente y tal como se había sostenido en las sentencias de primera instancia y de apelación, asume la obligada aplicación del art. 23 de la Ley del Registro Civil, que exige no un control meramente “formal”, sino que “...ha de extenderse a cuestiones de fondo”. Ese examen de fondo, para el Tribunal Supremo exige, en realidad, un juicio de valor acerca de la “legalidad conforme a la Ley española”, pero no debe pretenderse una conformidad de la situación internacional con todas y cada una de las exigencias de nuestra legislación, lo que, según se reconoce, haría prácticamente imposible el reconocimiento, sino que debe circunscribirse a una conformidad con “...las normas, principios y valores que encarnan el orden público internacional español.” Concreción del orden público Partiendo, pues, de que el hecho a inscribir en el Registro Civil Español no sea contrario al orden público patrio, el alto Tribunal entiende como tal “el sistema de derechos y libertades individuales garantizados en la Constitución y en los convenios internacionales de derechos humanos ratificados por España, y los valores y principios que estos encarnan.” De esta forma, el convenio de gestación por

³³⁰ “Tal como ha sido planteada la cuestión ante este tribunal, no estamos ante un “hecho” que haya de ser objeto por primera vez de una decisión de autoridad en España y que al presentar un elemento extranjero (el lugar de nacimiento, cuanto menos) deba ser resuelto conforme a la ley sustantiva a la que remita la norma de conflicto aplicable. La técnica jurídica aplicada no es la del conflicto de leyes, sino la del reconocimiento. Existe ya una decisión de autoridad, la adoptada por la autoridad administrativa del Registro Civil de California al inscribir el nacimiento de los niños y determinar una filiación acorde con las leyes californianas. Hay que resolver si esa decisión de autoridad puede ser reconocida, y desplegar sus efectos, en concreto la determinación de la filiación a favor de los hoy recurrentes, en el sistema jurídico español.” Fundamento jurídico tercero-2

sustitución infringe dicho orden público en cuanto resulta incompatible con las normas que regulan aspectos esenciales de las relaciones familiares, en concreto la filiación, inspiradas en los valores constitucionales de la dignidad de la persona, respecto a su integridad moral y protección a la infancia.³³¹

Más adelante expone el Tribunal Supremo que el orden público internacional de nuestro país, tal como ocurre en otros Estados de nuestro entorno, no tolera, en instituciones como la adopción o en la disciplina reguladora de las técnicas de la reproducción humana asistida, que se vulnere la dignidad de la mujer gestante y del niño, mercantilizando la gestación y la filiación, “cosificando” a la mujer gestante y al niño, al permitir a determinados intermediarios realizar negocio con ellos, posibilitando la explotación del estado de necesidad en que se encuentran mujeres jóvenes en situación de pobreza y creando una especie de “ciudadanía censitaria” en la que sólo quienes disponen de elevados recursos económicos pueden establecer relaciones paterno-filiales vedadas a la mayoría de la población.

“Consecuencia lógica de lo expuesto”, concluye el Tribunal Supremo, “es que las normas aplicables a la gestación por sustitución o maternidad subrogada, en concreto el art. 10 de la Ley de Técnicas de Reproducción

³³¹ “Las normas que regulan los aspectos fundamentales de la familia y, dentro de ella, de las relaciones paterno-filiales, tienen anclaje en diversos preceptos constitucionales del Título I dedicado a los derechos y deberes fundamentales: derecho al libre desarrollo de la personalidad, entendido como la autonomía de la persona para elegir libre y responsablemente, entre las diversas opciones vitales, la que sea más acorde con sus preferencias (art. 10.1 de la Constitución), derecho a contraer matrimonio (art. 32), derecho a la intimidad familiar (art. 18.1), protección de la familia, protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación, y de las madres, cualquiera que sea su estado civil (art. 39). También forma parte de este orden público la protección de la infancia, que ha de gozar de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos (art. 39.4 de la Constitución). Asimismo, el derecho a la integridad física y moral de las personas tiene reconocimiento constitucional (art. 15), y el respeto a su dignidad constituye uno de los fundamentos constitucionales del orden político y de la paz social (art., 10.1 de la Constitución).” Fundamento Jurídico tercero-5 y añade “Por tanto, todos estos derechos fundamentales y principios constitucionales recogidos en el Título I de la Constitución integran ese orden público que actúa como límite al reconocimiento de decisiones de autoridades extranjeras (STC núm. 54/1989, de 23 de febrero, FJ 4º) y, en definitiva, a la posibilidad de que los ciudadanos opten por las respuestas jurídicas diferentes que los diversos ordenamientos jurídicos dan a una misma cuestión.” Fundamento jurídico cinco-in fine

Humana Asistida, integran el orden público internacional español.” Y esta, es la declaración más trascendental que contiene la decisión judicial comentada: que el art. 10 de la LTRA pertenece al *orden público internacional*,³³² lo que supone que el correctivo debe ser actuado en todo caso por nuestros jueces y autoridades –también los futuros encargados del Registro Civil, sean quienes fueren, tras la entrada en vigor de la Ley 21/2011 de 21 de julio, del Registro Civil. El incumplimiento de este requisito de legalidad determina la decisión del TS sustentada en el sometimiento del juez al imperio de la ley, conforme al art 117 CE. Y esta legalidad se reconduce tanto al ámbito de contravención de la legislación interna como de contravención del orden público español.

Si bien, sigue diciendo nuestro más Alto Tribunal que el orden público internacional español se caracteriza por ser un orden público “atenuado”, aunque “...la intensidad de tal atenuación es menor cuanto mayores son los vínculos sustanciales de la situación jurídica con España”³³³ En este marco o contexto, el Tribunal Supremo llega a analizar la posible consideración de la inscripción de la filiación como una cuestión “periférica” derivada del contrato de gestación concluido en California. Pero, según el Supremo, “No puede admitirse la disociación entre el contrato y la filiación que sostienen los recurrentes.” Pues la filiación cuyo acceso al Registro Civil se pretende es justamente la consecuencia directa y principal del contrato de gestación por sustitución.

En definitiva, según la sentencia analizada, la “filiación cuyo acceso al Registro Civil se pretende es frontalmente contraria a la prevista en el art. 10 de la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida y, como tal, incompatible con el orden público, lo que impide el reconocimiento de la decisión registral extranjera en lo que respecta a la filiación que en ella se determina”. Aquí,

³³² ÁLVAREZ DE TOLEDO QUINTANA, L., “El futuro de la maternidad subrogada en España: entre el fraude de ley y el correctivo de orden público internacional”, cit., p 14.

³³³ Con estas dos frases concatenadas considera ÁLVAREZ DE TOLEDO QUINTANA, revela el Tribunal Supremo, que está confundiendo dos realidades nítidamente definidas y diferenciadas en el ámbito del derecho internacional privado: el orden público internacional atenuado y el orden público internacional de proximidad. *Ibid.*, p.19.

estaría, en opinión de Vela Sánchez³³⁴, el gran escollo para la registración de una filiación derivada de un convenio de gestación por sustitución, en la prohibición expresa de nuestro ordenamiento jurídico de dicho contrato, regulación contraria que, como indica la sentencia comentada, no sólo «se limita a proclamar la nulidad de pleno derecho del contrato de gestación por sustitución», sino que también “prevé cuál debe ser el régimen de la filiación del niño que sea dado a luz como consecuencia de dicho contrato: la filiación materna quedará determinada por el parto y se prevé la posibilidad de ejercicio de la acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico”.

El voto particular formulado contra la STS de 6 de febrero de 2014 argumenta que no resulta aplicable el artículo 10 de la Ley 14/2006, puesto que la filiación ya ha sido determinada por una autoridad extranjera ("decisión de autoridad"), y por tanto lo que se somete a la autoridad española no es la legalidad del contrato, sino el reconocimiento de una decisión extranjera válida y legal conforme a su normativa. Con lo que el problema se trasladaría a resolver si esta decisión contraría o no el orden público internacional, orden público en esta materia no debe valorarse desde la perspectiva de la contrariedad con la normativa interna, sino desde la consideración que merezca la tutela del interés del menor, al que después nos referiremos. Además, considera que el orden público atenuado, o inexistente en la práctica, como explica el voto particular “es lo que ha permitido reconocer ciertos efectos en nuestro ordenamiento a esta suerte de contratos referidos a prestaciones de paternidad o maternidad por parte de los comitentes en el ámbito de los tribunales sociales de nuestro país”.

Sin embargo, a nuestro juicio, no cabe hacer uso de la figura del *orden público atenuado* para descartar su aplicabilidad en los supuestos más alejados de la esfera española; pues la dignidad de la gestante y del menor supone el reconocimiento universal de la misma a toda persona que deduzca o frente a la

³³⁴ VELA SÁNCHEZ, A. J “Los hijos nacidos de convenio de gestación por sustitución no pueden ser inscritos en el registro civil español. A propósito de la sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014”, *Diario La Ley*, nº 8279, 2014, p.6.

cual se deduzcan pretensiones ante la jurisdicción española, según el tenor del art. 1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

1.5.6. Conclusiones en materia de control de legalidad y orden público.

En materia de control de legalidad:

-A la vista de la jurisprudencia examinada, para situaciones de gestación por sustitución creadas en el extranjero al amparo de otra autoridad y su ordenamiento, y al margen de la admisión o no de la pretendida inscripción en el Registro Civil español, no se definen nítidamente los requisitos de control de legalidad.

-Tanto la DGRN como el TS rechazan el método conflictual y se decantan por el método del reconocimiento de situaciones creadas válidamente en el extranjero. El hecho de que el encargado del Registro no esté procediendo a determinar una filiación sino a determinar si una filiación ya determinada puede acceder al Registro no supone declarar inaplicable el art 10 LTRHA. La ley 14/2006 es una ley española y por tanto por aplicación del art 23 LRC debe comprobarse si ha vulnerado o no el contenido de la misma.

- La DRGN en su Instrucción de 5 de octubre de 2010 exige que la inscripción en el Registro Civil de los hijos nacidos mediante convenio de Gestación por sustitución en los países cuya normativa lo permita, se funde en una resolución judicial extranjera que determine tal filiación respecto a progenitor español. Dicha Instrucción ha llegado a ser calificada de ilegal, pues (además de excluir que una certificación registral extranjera pueda ser título para la práctica de una inscripción, contraviniendo así el art 23 de la LRC de 1957), fija unos requisitos para la obtención del reconocimiento incidental que no están previstos en ley alguna, usurpando con ello competencias reservadas al legislador. La Instrucción se escuda en la exigencia de una resolución judicial

extranjera para acreditar la filiación de los nacidos por gestación por sustitución sin que ello derive ni de la Ley del Registro Civil ni de su Reglamento ni de ninguna otra disposición legal. Por tanto, la Instrucción carece de validez por infracción del principio de jerarquía normativa.

- En todo caso y en virtud del principio de jerarquía normativa, resulte ineludible la aplicación del art 23 LRC de donde resulta que el control de legalidad será no meramente formal sino también material o de fondo, ya estemos ante una resolución judicial extranjera u otro documento público extranjero no judicial (art 96 y 97 de la nueva Ley del Registro Civil de 2011).

En materia de orden público:

- La DGRN en su Instrucción de 2010 olvida el «orden público internacional» como motivo de rechazo del «reconocimiento incidental» en España de la resolución extranjera que establece una filiación en casos de gestación por sustitución. Entre la lista de requisitos que según la DGRN, debe controlar el encargado del Registro Civil español, de modo incidental, cuando se le presenta una resolución judicial extranjera dictada como consecuencia de un proceso de jurisdicción voluntaria o similar, no se ha incluido el “orden público internacional”. El orden público internacional, es un “concepto jurídico indeterminado” son los tribunales españoles los que deben decidir la cuestión de si los efectos que produce una resolución extranjera en España vulneran, en el caso concreto, el orden público internacional español. Esta perspectiva del orden público como concepto jurídico indeterminado, universalmente admitida, ha sido ignorada por la DGRN en su Instrucción de 5 octubre 2010.

- Se plantea el problema de determinar la naturaleza del art 10 LTRHA. No queda claro si nos encontramos ante una norma de policía o norma material imperativa o bien ante una norma integrante del orden público internacional español, siendo que una u otra calificación redundaría en una distinta operatividad en sede de ley aplicable y de reconocimiento. La jurisprudencia del TS no ha hecho hincapié en esta distinción pero es concluyente en el sentido de considerar que este art 10 debe ser aplicado en

todo caso por los jueces y tribunales. Entendemos que en cualquier caso el requisito de la legalidad debe ser analizado trascendiendo el contenido del art 10 LTRHA para analizar dicha legalidad desde la perspectiva del conjunto de principios y valores de nuestra sociedad que han de ser respetados, rechazando cualquier técnica que vulnere la dignidad de la mujer gestante y del niño, la mercantilización de la gestación y la filiación y la explotación de mujeres pobres, entendiendo que los contratos de gestación por sustitución vulneran estos principios.³³⁵

- Se plantea asimismo si se admite el efecto atenuado del orden público en materia de gestación por sustitución. La jurisprudencia del TS (en contra del criterio de la DGRN y de un sector de la doctrina) considera que aun cuando el orden público español se caracteriza por ser un orden público atenuado, no cabe reconocer este efecto cuando hablamos de gestación por sustitución, sin que la inscripción de la filiación se pueda considerar en ningún caso como una mera cuestión periférica. No cabe disociar contrato y filiación. Lo prohibido, es el propio contrato y la filiación a que da lugar. La inscripción de unos menores nacidos como consecuencia de un contrato de maternidad subrogada no es una consecuencia última y periférica de dicho contrato, sino la razón de ser o la causa del mismo. La admisión de la inscripción de una tal filiación en base a una aplicación atenuada del orden público supondría en este punto la recepción sustantiva de la gestación por sustitución en nuestro derecho, lo que no es admisible en ningún caso.³³⁶

³³⁵ La jurisprudencia del TS y en particular a raíz de la ST de febrero de 2014 integra el contenido del orden público internacional con la referencia a la mercantilización del cuerpo de la mujer gestante y de niño nacido a resultas de la gestación–persona humana–, desarrollando luego la idea del principio-valor de la dignidad de la persona; dignidad que atribuye tanto al niño o niños alumbrados como a la madre gestante, aludiendo sólo marginalmente a la indisponibilidad del propio cuerpo por parte de ésta.

³³⁶ En contra el voto particular alegado contra la STS de 6 de febrero de 2014 “Este orden público atenuado, o inexistente en la práctica, es lo que ha permitido reconocer ciertos efectos en nuestro ordenamiento a esta suerte de contratos referidos a prestaciones de paternidad o maternidad por parte de los comitentes en el ámbito de los tribunales sociales de nuestro país (Sentencia del Juzgado de lo social núm. 2 de Oviedo de 9 de abril de 2012, confirmada por la Sentencia del TSJ de Asturias de 20^{de} septiembre de 2012; Sentencias del TSJ de Madrid de 18 de octubre de 2012 y 13 de marzo 2013, y Sentencia TSJ de Cataluña de 23 de noviembre de 2012). También se ha tenido en cuenta por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (conclusiones de

-Tampoco creemos que pueda aplicarse el llamado orden público de proximidad, pues la dignidad de la persona y la salvaguarda de sus derechos fundamentales no deben conocer excepciones independientemente de la ausencia de conexión del supuesto con el ordenamiento del foro. En la mayoría de los casos, además, los vínculos con el territorio español son intensos, lo que disminuye las posibilidades de que se considere que estamos ante un supuesto de eficacia extra-territorial de las situaciones válidamente creadas (sin fraude de ley) en el extranjero.

-- Lo cierto es que el orden público internacional se presenta como un concepto demasiado disponible para servir como elemento para determinar la validez de un contrato, en este caso, el de gestación por sustitución.

-- Las legítimas expectativas de los particulares, la cristalización de las situaciones válidamente creadas en el extranjero, no implican que el Estado de reconocimiento que contiene una ley prohibitiva, se vea obligado a aceptar las situaciones creadas por la voluntad de los interesados con el concurso de las autoridades y al amparo de una legislación permisiva que, de manera militante, abre sus instituciones tanto a nacionales como a extranjeros no residentes sin tener en cuenta el riesgo de crear situaciones claudicantes, válidas en el país que las crea, pero no en los otros. Cuando tales situaciones claudicantes además afectan a menores -a su estado civil y a su filiación- la cuestión es delicada, y cabe esperar de los Estados que admiten la maternidad subrogada mayores cautelas, pues la situación de los menores podría resultar incierta en el país de reconocimiento (donde realmente viven o tienen su residencia habitual).

-Las soluciones no pueden tener como saldo final el sacrificar las propias concepciones en favor de las de otro Estado en el marco de un supuesto reconocimiento mutuo. Éste como hemos dicho, tiene como presupuesto la existencia de un orden público común o de cierta homogeneidad legislativa.

la Abogado General presentadas el 26 de septiembre de 2013, sobre permiso de maternidad de una madre subrogada o de alquiler)." STS 835/2013 de 6 de febrero de 2014 Fundamento de derecho segundo-3.

-Conforme al Derecho español, siempre se considerará que una mujer es la madre biológica, y es la mujer que da a luz, con independencia de que otra mujer haya aportado el material genético a partir del cual se desarrolló en embrión. Como tal madre, se deberá inscribir en el asiento correspondiente al nacimiento de su hijo, aunque posteriormente renuncie a la maternidad y el hijo pueda ser adoptado.³³⁷

2. El fraude de ley y maternidad subrogada.

Otro correctivo implicado en los contratos de gestación por encargo celebrados por españoles en países que admiten esta figura y que pretenden ser legalizados en España, es el fraude de ley. En efecto, algunos juristas consideran que los que acuden a países extranjeros para tener hijos a partir de la técnica de la gestación por sustitución, están cometiendo fraude de Ley, ya que buscan una norma de cobertura para lograr un resultado expresamente prohibido por una norma española, el art 10 de la Ley de Reproducción Asistida vigente.

2.1 Tratamiento en la DGRN y en la jurisprudencia

Este correctivo vinculado al límite del orden público internacional, es valorado por la DGRN en su resolución de 18 de febrero de 2009, acotándolo a lo que se entiende estrictamente por fraude a la ley en los conflictos de leyes (derecho aplicable). Es decir, a la manipulación artificial o maliciosa del punto de conexión previsto en la norma de conflicto española.³³⁸

³³⁷ Sea “por un hombre (por ejemplo, por el cónyuge o pareja del padre biológico) o por dos (si ninguno es el padre biológico).” OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, P., “Reconocimiento en España de la filiación creada en el extranjero a través de una maternidad de sustitución”, en Navas Navarro, S. (dir), *Iguals y diferentes ante el derecho Privado*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012, p. 487-488.

³³⁸ Ar 12.4 Cc “Se considerará como fraude de ley la utilización de una norma de conflicto con el fin de eludir una ley imperativa española.” Resulta interesante destacar como este correctivo funcional se ha deslindado por la DGRN en esta resolución del

Para la DGRN no existe, aquí, tal fraude, pues los interesados no han utilizado la norma de conflicto con el fin de eludir una norma imperativa española.³³⁹ Y tampoco considera la DGRN que haya “fraude a la jurisdicción”, pues estima que los interesados no han “incurrido en el conocido como “*Forum Shopping fraudulento*” deslocalizando o internacionalizando “la cuestión de la determinación de la filiación en manos de las autoridades californianas con el fin de eludir la Ley imperativa española”. Recuerda además, que los documentos extranjeros no producen el efecto de cosa juzgada en nuestro país, y por tanto no sería posible que desembocaran en un estado de filiación inalterable y oponible erga omnes.³⁴⁰ En definitiva, excluye el fraude de ley considerando que el interés del menor se impone sobre cualquier otra consideración en juego.³⁴¹

Posteriormente la misma DGRN en su Instrucción de 5 de octubre de 2010 excluye cualquier análisis de confrontación de valores con nuestro sistema jurídico: no hay control del orden público y no hay control del fraude dándose cobertura al turismo gestacional, desde el momento en que no sanciona ni controla la posibilidad de que padres intencionales domiciliados en

correctivo del orden público. Es cierto que ambos correctivos actúan en momentos distintos y con dos funciones igualmente diversas. El orden público suspende la consecuencia jurídica de la norma de conflicto; el fraude a la ley pretende defender el ámbito normal de aplicabilidad de la norma del foro defraudada. Así, el orden público altera el sistema normal de distribución de competencias, en tanto que el fraude a la ley lo protege.

³³⁹ “... no cabe afirmar que los interesados han llevado a cabo un fraude de Ley, fenómeno al que aluden el artículo 12.4 del CC para los casos internacionales y, en general, el artículo 6.4 del CC. Los interesados no han utilizado una "norma de conflicto" ni tampoco cualquier otra norma con el fin de eludir una ley imperativa española. No se ha alterado el punto de conexión de la norma de conflicto española, mediante, por ejemplo, un cambio artificioso de la nacionalidad de los nacidos para provocar la aplicación de la Ley de California mediante la creación de una conexión existente pero ficticia y vacía de contenido con el Estado de California.” RDGRN de 18 de Febrero de 2009 Fundamento de derecho V.

³⁴⁰ “En efecto, la certificación registral californiana no es una sentencia judicial que causa estado de cosa juzgada y que se intenta introducir en España para provocar un estado inalterable de filiación oponible erga omnes.” RDGRN de 18 de Febrero de 2009 Fundamento de derecho V.

³⁴¹ “Dicho aspecto debe ser vinculado con el interés del menor, que es un interés ‘superior’, de forma, modo y manera que dicho interés se impone sobre cualquiera otra consideración en juego, tal y como podría ser la represión de movimientos presuntamente fraudulentos a los que, por cierto, el auto recurrido denegatorio de la inscripción ni siquiera se ha referido.” RDGRN de 18 de Febrero de 2009 Fundamento de derecho V.

España se desplacen a Estados Unidos con el fin de lograr la inscripción en España de los nacidos allí como resultado de un contrato de gestación por encargo. Lo que ya hemos visto puede interpretarse como una clara elusión de la prohibición legal contenida en el artículo 10.1 de la Ley 14/ 2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción asistida. La DGRN vuelve a utilizar el principio general de la protección del interés del menor para justificar una posición similar a la mantenida en la Resolución de 2009 y permitir así un fraude de Ley, esto es la posibilidad de inscribir en el Registro civil el nacimiento y la filiación a favor de un español de los niños nacidos en el extranjero como consecuencia de la existencia de un contrato de maternidad subrogada. En definitiva el contenido de la citada resolución no respeta la regulación contenida en nuestro ordenamiento jurídico, de modo que por vía reglamentaria pretende resolver un problema para el que no tiene competencia.³⁴² La Instrucción de la Dirección General parece haber olvidado que una instrucción no puede cambiar una ley. En principio, parece que la Instrucción no pretende, no es su competencia, regular la licitud o ilicitud de una convención de gestación por sustitución, sino simplemente facilitar “la continuidad transfronteriza de una relación de filiación declarada por Tribunal extranjero”; sin embargo, lo hace y por eso se puede llegar a decir que la Instrucción comentada se halla afectada de nulidad de pleno derecho por contravenir el artículo 10.1 de la LTRHA.³⁴³ La DGRN impone sus propios criterios para determinar qué convenciones de gestación por sustitución producirán efectos en España y cuáles no. Con ello, sin decirlo, deja claro que

³⁴² En el mismo sentido, FERNÁNDEZ-SANCHO TAHOCES, A.S., “Eficacia jurídico registral del contrato de gestación subrogada”, *Aranzadi Doctrinal*, nº 6, 2011, p.15. VELA SÁNCHEZ, A. J., *Gestación por encargo. Tratamiento judicial y soluciones prácticas. La cuestión jurídica de las madres de alquiler*. Reus. Madrid, 2015, p.6, quien considera que la instrucción sienta las premisas necesarias para modificar nuestro ordenamiento jurídico e introducir el contrato de maternidad subrogada. En este sentido, realiza una propuesta relativa al que podría ser el régimen jurídico del contrato de gestación por sustitución, estableciendo como requisito sine qua non que una de las partes sea aportante del material genético necesario para la reproducción. Vid, también LASARTE ÁLVAREZ, C., “La reproducción asistida y la prohibición legal de maternidad subrogada admitida de hecho por vía reglamentaria”. *La Ley*, nº 7777, 2012, p.12.

³⁴³ SALVADOR GUTIÉRREZ, S., “Reconocimiento registral de la determinación en el extranjero de doble filiación paterna mediante técnicas de gestación por sustitución”, *Boletín Derecho de Familia*, n.º 126, Madrid, 2012, págs. 4 a 6.

la prohibición del artículo 10 no forma parte del orden público internacional español ni es una ley de policía, y además que el recurso a la gestación por sustitución en un país extranjero no constituye fraude de ley.

En cuanto a la postura de los tribunales de justicia españoles el JPI núm 15 de Valencia en su ST de de 15 de septiembre de 2010 sin entrar a valorar el carácter fraudulento o no de la acción, deja entrever que los interesados sí han incurrido en Fórum Shopping Fraudulento, es decir que los ciudadanos españoles han buscado la jurisdicción extranjera, perfectamente conocedores de que en España la gestación por sustitución está prohibida y que si el nacimiento se produce en nuestro país se reflejará registralmente la identidad de la madre que ha dado a luz.³⁴⁴ Posteriormente la SAP de Valencia de 23 de noviembre de 2011 habla expresamente de “huida de la norma de conflicto española” y considera que la falta absoluta de conexión previa de los demandantes con el Estado de origen acrecienta la entidad de los obstáculos al reconocimiento de la decisión registral extranjera en España.³⁴⁵ Concluye que no puede decirse por ello que los demandados hayan utilizado una norma de conflicto para eludir una ley imperativa española, como prevé el artículo 12-4 del Código Civil , sino que simplemente, hay indicios consistentes para pensar

³⁴⁴ “La única justificación posible a su acción es clara son conocedores que en España la gestación por sustitución está prohibida y que de producirse el alumbramiento en este país no podrían inscribir a los nacidos como hijos naturales de ambos, es por ello y no por otra razón por la que acuden a California con el conocimiento de que allí está permitido y que allí los bebés podrán ser inscritos en su registro civil como hijos naturales de ambos, pero también son conocedores que los registros españoles ponen trabas a la inscripción tal como ellos la pretenden, ello no obstante asumen el riesgo y actúan con conocimiento de que en cualquiera de las sucesivas instancias hasta la presente e incluso venideras su voluntad de proceder a inscribir a los nacidos como hijos naturales de ambos podía ser desestimada, pasando de una cuestión de probabilidad a absoluta certeza caso de que el nacimiento se hubiese producido en España, es por ello por lo que deciden acudir a EEUU, asumiendo con ello la consecuencia que su decisión conlleva.” FD 4.

³⁴⁵ “La entidad de los obstáculos al reconocimiento de la decisión registral extranjera en España es más relevante en un supuesto como el presente en el que la conexión previa de los demandantes con Estado de origen que ha dictado la decisión es inexistente, porque los dos son ciudadanos españoles que buscaron la jurisdicción extranjera mediante la suscripción de un contrato de gestación por sustitución que posibilitó a las autoridades de California determinar la filiación de los menores nacidos allí aplicando sus propias normas de conflicto, huyendo tanto de la aplicación de la norma de conflicto española, como de los más exigentes requisitos que establecen otras legislaciones que admiten el contrato de gestación por maternidad subrogada” SAP de Valencia, de 23 de Noviembre de 2011 FD TERCERO.-

que han huido de ella, poniendo la determinación de la filiación en manos de las autoridades californianas mediante el desplazamiento a aquel Estado y la suscripción allí de un contrato permitido según la ley de California, que tiene por objeto además una materia, como es la filiación y el estado civil, caracterizado por la indisponibilidad. Y la misma posición adopta la STS 835/2013, de 6 de febrero de 2014 que también elude referirse en términos explícitos a un posible fraude a la ley española por parte de los recurrentes,³⁴⁶ pero sí hace consideraciones de las que se desprende un juicio de valor acerca de la intención de los mismos de eludir la aplicación de la ley material imperativa española (art. 10 de la LTRA) en cuanto reputa *nulo* el contrato de maternidad subrogada.³⁴⁷

2.2 Conclusiones sobre el fraude de ley.

-Lo cierto es, que el “Forum Shopping” o “subasta del foro” es el medio más empleado en el ámbito del Derecho Internacional privado para acometer fraude de ley. Varios estados quieren fijar su competencia jurisdiccional. Las partes hacen su elección. El paso al fraude de ley se da cuando obtenida la sentencia

³⁴⁶ La doctrina científica tampoco suele reconocer un papel destacado al fraude de ley en el campo del Derecho Internacional Privado, ni en España ni en el extranjero, principalmente por conducir en el plano finalístico a unas consecuencias parejas a las del correctivo de orden público internacional, sin embargo el Tribunal Supremo ha utilizado la dialéctica del fraude en el terreno del reconocimiento de decisiones extranjeras, para efectuar un control de competencia de las mismas, cuando las partes han salido de su propio suelo buscando un foro de conveniencia. ÁLVAREZ DE TOLEDO QUINTANA, L., “El futuro de la maternidad subrogada en España: entre el fraude de ley y el correctivo de orden público internacional”, cit., p 35.

³⁴⁷ “...los recurrentes, nacionales y residentes en España, se desplazaron a California únicamente para concertar el contrato de gestación por sustitución y la consiguiente gestación, parto y entrega de los niños, porque tal actuación estaba prohibida en España. La vinculación de la situación jurídica debatida con el estado extranjero cuya decisión se solicita sea reconocida es completamente artificial, fruto de la “huida” de los solicitantes del ordenamiento español que declara radicalmente nulo el contrato de gestación por sustitución, no reconoce la filiación de los padres intencionales o comitentes respecto del niño que nazca como consecuencia de dicha gestación por sustitución (sin perjuicio de la reclamación de paternidad que pueda efectuar el padre biológico), e incluso tipifica ciertos supuestos como delito, también cuando la entrega del menor se ha producido en el extranjero (art. 221.2 del Código Penal).” STS 835/2013, de 6 de Febrero de 2014 Fundamento de derecho tercero-7

favorable que las partes esperan, la destinan a que sea aplicada en otro país, cuyos tribunales la habrían rechazado de haber sido requeridos para ello.

- Parece claro, en el concreto caso analizado, que los interesados “huyeron” de la ley imperativa española y dejaron en manos de las autoridades californianas la determinación de la filiación y el estado civil, materias indisponibles conforme al art 751.1 LEC.

-Entendemos, en efecto, que existe cierta estrategia jurídica al permitir la competencia judicial internacional para la cuestión de filiación sobre la base de un acuerdo contractual (maternidad subrogada) y una técnica de reproducción asistida regulada en el territorio. Subyace a tal procedimiento un “fraude al conflicto de calificaciones”. Es decir, el contrato de maternidad subrogada permite anticipadamente al juez californiano homologar el contrato y establecer, siguiendo el derecho de familia de California, la cuestión relativa al estado civil - o la relativa a la filiación- conforme a la ley americana, antes de que nazcan los menores de la madre subrogada. La competencia judicial internacional para establecer la filiación la decide el contrato que se homologa (la voluntad de las partes) y el que la práctica de reproducción asistida tenga lugar en dicho territorio. Es decir, decide no sólo la ejecución del contrato sino, también, la cuestión de la filiación. El juez extranjero se pronuncia (en base a su ley) sobre la filiación de unos futuros hijos de españoles residentes, antes incluso de su nacimiento, no teniendo su competencia origen más que en la voluntad de las partes (contrato) en una materia (la filiación y el estado civil de los menores) que no es de la libre disposición de las mismas. El contrato de gestación por sustitución permite un “fraude al conflicto de calificaciones”; y, por ende, a la norma de conflicto, pues por esta vía los tribunales californianos se consideraran internacionalmente competentes para analizar el contrato y la filiación de los menores, lo que comporta, en tal sistema, la aplicación de su ley. El *forum shopping* se inicia por la voluntad de las partes y mediante el contrato de maternidad subrogada, desplaza toda la situación (incluyendo la

relativa al estado civil y a la filiación) al foro contractual (y de la práctica médica), incluso antes del nacimiento de los hijos.³⁴⁸

La maternidad subrogada concierne al orden público del foro. No se admite tal contrato. Parece lógico que no pueda admitirse, tampoco, ni el que un juez extranjero pueda pronunciarse (en base a su ley) sobre la filiación (de los futuros hijos de españoles residentes), cuando su competencia no está basada más que en la voluntad de las partes (contrato), y no siendo ni la filiación ni el estado civil de los menores de la libre disposición de las mismas. La pretensión jurídica relativa al establecimiento de la filiación queda deslocalizada por la voluntad contractual (y la práctica médica) operándose un fraude al conflicto de calificaciones. Por tanto, a la norma de conflicto. En otras palabras, cabe dudar que competa al juez y a la ley californiana –para las autoridades españolas de reconocimiento- el establecer la filiación de los nacidos de españoles residentes, aunque el contrato y el acceso a la práctica prohibida (con el consiguiente nacimiento de los menores) tuvieran lugar en California, por voluntad de las partes y al desplazarse a dicho país (y Estado) los futuros padres. La legislación californiana pone límites inter-federales, pues la madre subrogada ha de residir en California³⁴⁹ pero no es respetuosa con las legislaciones prohibitivas de los otros países. De tal forma que siendo una materia que no es de la libre disposición de las partes, el reconocimiento se

³⁴⁸ En contra ALVAREZ DE TOLEDO, para quién las motivaciones posibles son demasiado numerosas como para que deba presumirse una finalidad de fraude en el sujeto o sujetos que cruzan nuestras fronteras para procrear en el extranjero a través de los mecanismos de la maternidad subrogada. El hecho de que los sujetos con residencia en nuestro país se desplacen al extranjero para aprovechar las técnicas de reproducción asistida y suscribir un contrato de maternidad subrogada, no es equivalente a un *forum shopping for law shopping*, cuando existen conexiones objetivas con el Estado de recepción, en el que normalmente coincidirán la residencia de la madre gestante, su nacionalidad, y el nacimiento en ese mismo suelo estatal del niño nacido de tales técnicas. ALVAREZ DE TOLEDO QUINTANA, L. “El futuro de la maternidad subrogada en España: entre el fraude de ley y el correctivo de orden público internacional”, cit., p 36.

³⁴⁹ Los controles de residencia que ya prevén algunas legislaciones nacionales sobre TRA resultan indispensables para acceder a la misma con seguridad jurídica. La griega puesto que Ley griega 3089/2002 por poner un ejemplo, la madre intencional y la subrogada deben tener su domicilio en Grecia y ley inglesa La sec. 54(4)(b) HFEA (2008) exige vínculos con el territorio del Reino Unido para que sus jueces dicten una *parental order* que establezca la filiación con respecto a los padres intencionales; y, que este requisito ha sido igualmente exigido cuando la maternidad subrogada ha tenido lugar en el extranjero.

vería facilitado si el país de origen limitara el acceso a la maternidad subrogada con respecto a los extranjeros no residentes.

-Para DRGN no hay fraude al “punto de conexión” de la norma de conflicto. No cambian artificialmente su domicilio o nacionalidad, al no ser necesario a tenor de la legislación californiana. Pero entendemos que sí hay fraude a la norma de conflicto si se atiende a la pretensión o a la situación jurídica en su conjunto como objeto del conflicto de calificaciones que subyace a la maternidad subrogada. Tanto si el artículo 10 LTRHA es una ley de policía contractual como si se trata de una norma material imperativa tendría vocación de aplicarse a este caso, que se ha visto internacionalizado por la voluntad de los particulares, y al amparo de una ley extranjera que no establece límites internacionales ni para el acceso a la práctica médica ni para el establecimiento de la filiación. Ahora bien considera Quiñoñes Escámez que la nulidad del contrato (total o parcial) derivada de la aplicación del art 10 LTRHA como norma de policía y los efectos de la filiación son dissociables. De hecho, el propio artículo 10 LTRHA procede a tal disociación, pues permite el establecer la filiación biológica paterna, aunque ello requiera el acudir a los tribunales.³⁵⁰

Los problemas de conflicto de leyes relativos a la filiación que pudieran plantearan tendrían que resolverse conforme a la ley que le es aplicable; es decir, mediante el método conflictual. Y, aquí, no plantea excesivas dudas el que los tribunales españoles serían competentes (artículo 22 LOPJ) y que la ley española se vería reclamada para las cuestiones relativas al

³⁵⁰ Estamos ante una ley de policía contractual y los tribunales pueden establecer, por reconocimiento, la paternidad biológica. Considera esta autora que “La transcripción en el registro español de los certificados de nacimiento, expedidos en el extranjero según la ley local (lex loci), una vez efectuada, podría ser anulada a demanda del Ministerio Fiscal por motivos de orden público. Pero si tal hiciera, las consecuencias para los menores serían que no podrían hacer valer en España las actas de nacimiento extranjeras. Cabría sólo el reconocimiento de la paternidad biológica de uno de los padres. La madre, empero, sería la madre norteamericana que da a luz, pero que es ajena a la verdad social y biológica de la filiación. E incluso a la verdad jurídica en un contexto internacional, pues en las actas de nacimiento de California no es la madre, y no lo ha sido en ningún momento en California (ni consta siquiera como tal madre en los documentos del hospital). QUIÑONES ESCÁMEZ, A., “Doble filiación paterna de gemelos nacidos en el extranjero mediante maternidad subrogada. En torno a la RDGRN de 18 de febrero de 2009”, cit., p 20.”

establecimiento de la filiación de los menores (y, con ella, se vería aplicado el artículo 10 LTRHA).³⁵¹

- La reacción que suscita la RDGRN 19 febrero 2009 es, a nuestro juicio, la de entender que cualquier sujeto puede acudir a las autoridades californianas a fin de que éstas declaren la filiación del nacido en favor de los contratantes y no en favor de la madre contratada que da a luz al nacido, constituyéndose una “vía libre” para poder “puentear” la legislación española sobre técnicas de reproducción humana asistida. De ese modo, el sujeto que desee contratar a una madre de alquiler o madre por sustitución o madre gestante, no tiene más que “irse a California”. Es decir, se produce la impresión de que los particulares pueden “internacionalizar” fácilmente a su propio arbitrio y voluntad una situación jurídica “meramente nacional”, en el sentido de estar conectada exclusivamente con España (son ciudadanos españoles residentes en España) y evitar, a través de dicha maniobra, la aplicación de la Ley española. La DGRN con esta resolución abrió una vía irregular para dar respuesta a conductas prohibidas en el ordenamiento jurídico español, que puede fomentar el desplazamiento masivo de ciudadanos españoles hacia países que permiten la maternidad subrogada.

-Ciertamente hemos de advertir el riesgo de la mercantilización de la práctica. Además no se han sopesado las repercusiones en el Niño (y en la persona humana en general) y bajo la apariencia de proteger “el interés del menor”³⁵² se ha invertido el principio del “derecho del niño a una familia” en aras a satisfacer un “derecho al niño” que nuestra opinión no es tal.

-En los casos de maternidad subrogada, como el que nos ocupa, además de la vía del reconocimiento de la paternidad biológica de uno de los padres

³⁵¹ Art 9.4 Cc “La determinación y el carácter de la filiación por naturaleza se regirán por la ley de la residencia habitual del hijo en el momento del establecimiento de la filiación. A falta de residencia habitual del hijo, o si esta ley no permitiere el establecimiento de la filiación, se aplicará la ley nacional del hijo en ese momento. Si esta ley no permitiere el establecimiento de la filiación o si el hijo careciere de residencia habitual y de nacionalidad, se aplicará la ley sustantiva española”.

³⁵² Y de considerar que éste interés superior del menor debe colocarse por encima de cualquier otra consideración acerca de la ilicitud del contrato de maternidad subrogada celebrado en el extranjero.

intencionales acudiendo a los tribunales (artículo 10 LTRHA), cabría de abrir, según la jurisprudencia, la vía de la adopción del hijo del cónyuge (artículo 178 CC), lo que a nuestro juicio supondría además un fraude a las normas que regulan la adopción. Y Ello aún se complicaría más en los supuestos en que no exista vínculo filiativo alguno con los comitentes dado que para la adopción “es necesaria la propuesta previa de la entidad pública a favor del adoptante o adoptantes que dicha entidad pública haya declarado idóneos para el ejercicio de la patria potestad”, según el art. 176.2 CC, y que conforme al art. 1.830. III LEC-1881 “en las adopciones que exijan propuesta previa, en ningún momento se admitirá que el asentimiento de los padres se refiera a adoptantes determinados”.

CAPÍTULO VI

LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN Y EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR

El principio del interés superior del niño es uno de los principios cardinales en materia de derechos del niño, niña y adolescente, entendiendo desde este momento que, de acuerdo a como lo establecen los estándares internacionales, en particular el artículo 1° de la Convención sobre Derechos del Niño de 1989 (en adelante la CDN), niño es todo ser humano menor de dieciocho años de edad.³⁵³ Se trata de uno de los principios rectores en materia de derechos del niño (niños y adolescentes). Es un concepto de suma importancia que transformó sustancialmente el enfoque tradicional que informaba el tratamiento de los menores de edad, de manera total y absoluta. En el pasado, el menor era considerado “menos que los demás” y, por consiguiente, su intervención y participación, en la vida jurídica (salvo algunos actos en que podía intervenir mediante representante) y, en la gran mayoría de situaciones que lo afectaban, prácticamente era inexistente o muy reducida.

El “interés superior del niño” tiene un reconocimiento convencional en el artículo 3.1. de la CDN de 1989, el cual reza como sigue: “En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”. Esta norma se consagró como que la norma guía de toda actuación relacionada con la infancia, si bien el principio de interés superior del niño como idea rectora en el área de los derechos del niño es una idea antigua en el orden internacional. Pero la Convención sobre los Derechos del Niño, como instrumento internacional de carácter vinculante, establece un

³⁵³ Artículo 1°: “Para los efectos de la presente Convención, se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad”.

antes y un después en la protección de los derechos de los niños y en su definitivo establecimiento como “sujetos plenos de derechos”. El niño deja de ser considerado como un objeto de protección, para convertirse en un sujeto titular de derechos que debe ser empoderado en los mismos.³⁵⁴ Este principio goza de reconocimiento internacional universal y ha adquirido el carácter de norma de Derecho Internacional general. En los distintos ordenamientos recibe similares denominaciones, así en el mundo anglosajón, recibe el nombre de “best interests of the child” o “the welfare of the child”, en el mundo hispano se habla del principio del “interés superior del niño” y en el modelo Francés se refiere a “l'intérêt supérieur de l'enfant”. Sin embargo, en todos los ordenamientos jurídicos, este principio forma parte integrante del sistema jurídico de protección de los derechos del niño, pudiendo ser considerado, además, por esa razón, como un “principio general de derecho”-

La constante apelación de las leyes a tal interés tiene una justificación objetiva tanto en la particular situación de vulnerabilidad de los niños, niñas y adolescentes, como en la imposibilidad que tienen de dirigir plenamente sus vidas con la suficiente madurez y responsabilidad, así como en la necesidad de que las circunstancias que les rodean les sean especialmente favorables en esta etapa vital de su desarrollo como ser humano.

El principio del ISN ha recibido diferente tratamiento en la doctrina jurídica especializada, dando lugar a posiciones que van desde la denuncia de su indeterminación y consecuente inutilidad práctica; pasando por los que anuncian el peligro de su uso abusivo; aquellos otros que identifican el principio con los derechos reconocidos; y los que resaltan su utilidad e importancia desde una perspectiva antropológica e interdisciplinaria en la realización efectiva y concreta de los derechos expresa o implícitamente reconocidos a los niños apuntando ya a su consideración como derecho.³⁵⁵

³⁵⁴ CARDONA LLORENS, J. “El interés superior del niño balance y perspectivas del concepto en el 25º aniversario de la Convención sobre los Derechos del Niño”, *Revista Española de Desarrollo y Cooperación*, nº extra 34, 2014 p. 21-40.

³⁵⁵ DIEZ OJEDA, A., “El interés superior del niño necesidad de su regulación legal, nota al fallo de la SC de la Provincia de Buenos Aires”, *La Ley* t.1999-C, p. 238-253.

1. El Derecho Internacional y el Principio del *Interés Superior del niño*

En el contexto del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, la primera declaración que consagró los derechos de los niños fue la Declaración de Ginebra sobre los Derechos de los niños que fue aprobada por la Sociedad de Naciones el 26 de Diciembre de 1924. Posteriormente, el 10 de diciembre de 1948 la Asamblea General (en adelante la AG) de la Organización de las Naciones Unidas (en adelante la ONU) aprobó la Declaración Universal de Derechos Humanos que implícitamente incluía los derechos del niño. Más adelante, en 1959, ante la necesidad de una más directa protección de los derechos de los niños en el mundo, la AG de la ONU, aprobó la Declaración de los Derechos del Niño, que consagró el interés superior del niño en su párrafo Segundo³⁵⁶

Sin embargo, dada la necesidad de contar con un instrumento normativo internacional, coercitivo y vinculante para los Estados partes y ya no tan sólo con una Declaración, nace la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General de la ONU en su resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989, cuya entrada en vigor se produjo tan sólo 9 meses después a su adopción, el 2 de septiembre de 1990.

La Convención es el tratado internacional que presenta la mayor ratificación en el mundo, ya que todos los Estados, excluyendo a Estados Unidos, Sudán del Sur y Somalia, la han ratificado, lo que demuestra el grado ampliamente generalizado de reconocimiento y aceptación de la fuerza obligatoria de las normas sobre derechos humanos de los niños, contenidas en

³⁵⁶ Principio 2 “El niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios, dispensado todo ello por la ley y por otros medios, para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad. Al promulgar leyes con este fin, la consideración fundamental a que se atenderá será el interés superior del niño.”

dicha Convención.³⁵⁷ Una de las mejores maneras de explicar el hecho de que casi todos los países del mundo han ratificado la CDN es debido a que aun antes de la fecha de adopción de dicha Convención, la comunidad internacional –individuos, grupos y pueblos– reconocían sus principios y normas fundamentales. En efecto, este hecho no hace más que confirmar la característica de derecho consuetudinario de sus normas.

La CDN establece diversas normas de resguardo de los derechos humanos del niño. Así, por ejemplo, *inter alia*, en el artículo 3 inciso 1° se establece, como hemos visto, el principio del interés superior del niño, en el artículo 5, el llamado principio de la autonomía progresiva del niño, en el artículo 14 el derecho a la libertad de conciencia, de pensamiento y de religión, en el artículo 17 el derecho de acceso a la información, mientras que en el artículo 24 se establece el derecho a la salud de los niños y en el artículo 28 el derecho a la educación. En el artículo 12, se recoge el derecho de participación de los niños con la siguiente redacción “*Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño*”. Es decir, no se trata sólo de “oír” al niño, sino de “escuchar”, lo que significa que su opinión debe ser tenida en cuenta (debiendo justificar los motivos por los que quien decide se separa de la misma) y que dicha opinión sea escuchada en el momento necesario para que pueda influir, en su caso, en la decisión. Ambos principios, “interés superior del niño” y el principio que impone la obligación de “escuchar al niño en todas las decisiones que le afecten”, contenidos en los arts. 3 y 12 de la Convención respectivamente, deben ser siempre interpretados y aplicados conjuntamente y están en la base del nuevo estatuto del niño como “sujeto de derecho”.³⁵⁸

³⁵⁷ El punto principal que ha impedido la ratificación por estos países, es el hecho de que la Convención prohíbe expresamente la aplicación de la pena de muerte en los niños. Estados Unidos no ha ratificado la Convención pero si sus Protocolos. Sudán del Sur por su parte en un Estado de reciente creación.

³⁵⁸ CARDONA LLORENS, J., “El interés superior del niño balance y perspectivas del concepto en el 25º aniversario de la Convención sobre los Derechos del Niño”, cit., p. 21-40.

En el ámbito europeo, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión, aprobada por el Parlamento Europeo el 15 de noviembre de 2000, establece en su artículo 24 que: *“En todos los actos relativos a los niños llevados a cabo por las autoridades públicas o instituciones privadas, el superior interés del menor constituirá una consideración primordial”*.

2. El Principio del *Interés Superior del niño* en el contexto actual. Observación general nº 14 del Comité de los derechos del niño de Naciones Unidas

Como ya hemos reseñado El artículo 3 inciso 1º de la Convención sobre los derechos del niño consagra el principio del interés superior del niño. El problema es esclarecer lo que debíamos entender por interés superior del niño dado que la misma Convención no lo señala. Pretender definir lo que debe entenderse como “interés superior del niño” es una tarea compleja, tradicionalmente por haber sido calificado como un concepto jurídico indeterminado o una cláusula general. Algunos estados consideran que interés superior del niño es lo que ellos consideran que es mejor para el niño, con independencia de sus derechos, utilizando este principio para despojar al niño de su condición de sujeto de derecho y volviendo a convertirlo en objeto de propiedad. Tampoco es infrecuente encontrarse con la idea de que los padres son los que saben lo que es mejor para el niño y, por tanto, lo que ellos decidan es siempre en interés superior del niño. Se olvida de esta forma lo señalado reiteradamente por el Comité de naciones Unidas de que “lo que a juicio de un adulto es el interés superior del niño no puede primar sobre la obligación de respetar todos los derechos del niño enunciados en la Convención”³⁵⁹.

Esta situación de abuso está en la base de la decisión que adoptó el Comité, en el cumplimiento de la función asignada en la Convención, sobre la necesidad de ayudar a los Estados a clarificar el significado del interés superior

³⁵⁹ Observación general Nº 13 (2011) sobre el derecho del niño a no ser objeto de ninguna forma de violencia (CRC/C/GC/13), párr. 61.

del niño, cómo debe evaluarse y determinarse, qué criterios deben ser utilizados. Y como resultado de una ardua tarea de elaborar una Observación General sobre el Interés Superior del Niño vio la luz en febrero de 2013, la Observación General n° 14 sobre “El derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial”.³⁶⁰ El interés superior del niño es un concepto que no debe ser interpretado en una forma estática sino que, por el contrario, deberá entenderse en una forma dinámica, flexible, de manera que podamos ir perfilando caso por caso una concreción acerca de lo qué es el favor filii. El Comité de los Derechos del Niño (el Comité) ha determinado que el artículo 3, párrafo 1, enuncia uno de los cuatro principios generales de la Convención en lo que respecta a la interpretación y aplicación de todos los derechos del niño, y lo aplica como un concepto dinámico debe evaluarse adecuadamente en cada contexto.

2.1. Naturaleza del Interés Superior del niño

La naturaleza del interés superior del niño se describe en el párrafo 5 de la OG 14 Conforme con dicho párrafo:

“6. El Comité subraya que el interés superior del niño es un concepto triple:

a) Un derecho sustantivo: el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial que se evalúe y tenga en cuenta al sopesar distintos intereses para tomar una decisión sobre una cuestión debatida, y la garantía de que ese derecho se pondrá en práctica siempre que se tenga que adoptar una decisión que afecte a un niño, a un grupo de niños concreto o genérico o a los niños en general. El artículo 3, párrafo 1, establece una

³⁶⁰ Aprobada por el Comité de los Derechos del Niño de Naciones Unidas en su 62º período de sesiones (14 de enero a 1 de febrero de 2013).

obligación intrínseca para los Estados, es de aplicación directa (aplicabilidad inmediata) y puede invocarse ante los tribunales.

b) Un principio jurídico interpretativo fundamental: si una disposición jurídica admite más de una interpretación, se elegirá la interpretación que satisfaga de manera más efectiva el interés superior del niño. Los derechos consagrados en la Convención y sus Protocolos facultativos establecen el marco interpretativo.

c) Una norma de procedimiento: siempre que se tenga que tomar una decisión que afecte a un niño en concreto, a un grupo de niños concreto o a los niños en general, el proceso de adopción de decisiones deberá incluir una estimación de las posibles repercusiones (positivas o negativas) de la decisión en el niño o los niños interesados. La evaluación y determinación del interés superior del niño requieren garantías procesales. Además, la justificación de las decisiones debe dejar patente que se ha tenido en cuenta explícitamente ese derecho. En este sentido, los Estados partes deberán explicar cómo se ha respetado este derecho en la decisión, es decir, qué se ha considerado que atendía al interés superior del niño, en qué criterios se ha basado la decisión y cómo se han ponderado los intereses del niño frente a otras consideraciones, ya se trate de cuestiones normativas generales o de casos concretos”.

El interés superior del niño es más que un principio. Todo lo relativo a la legislación en materia de la infancia debe de estar “traspasado” por el interés superior del niño. Es, por tanto, en primer lugar un derecho, que puede ser invocado directamente ante los tribunales en los casos en lo que no se respete dicho interés para obtener la reparación adecuada por la violación de su derecho. Pero, además de un principio y un derecho, es también una regla de procedimiento. El interés superior del niño implica una serie de garantías en el procedimiento de evaluación y determinación de ese interés superior del niño que deben de ser respetadas. Es decir, para respetar el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial, quien deba adoptar la decisión debe evaluar y determinar ese interés superior. Y para ello debe

seguir un procedimiento y demostrar que lo ha hecho. Si no es así, se viola el derecho del niño y, por tanto, el acto jurídico está viciado de nulidad.

El objetivo del concepto de interés superior del niño es garantizar el disfrute pleno y efectivo de todos los derechos reconocidos por la Convención y el desarrollo holístico del niño. Recuerda que en la Convención no hay una jerarquía de derechos; todos los derechos previstos responden al "interés superior del niño" y ningún derecho debería verse perjudicado por una interpretación negativa del interés superior del niño.

Todos los Estados partes deben respetar y poner en práctica el derecho del niño a que su interés superior se evalúe y constituya una consideración primordial, y tienen la obligación de adoptar todas las medidas necesarias, expresas y concretas para hacer plenamente efectivas este derecho. La observación también clasifica las obligaciones de los Estados a este respecto.³⁶¹

2.2 Obligaciones de los Estados

A la luz de la naturaleza y alcance del concepto de interés superior del niño, las obligaciones de los Estados derivadas del artículo 3, párrafo 1, pueden clasificarse en tres grandes grupos, a saber:

- a) La obligación de *garantizar que el interés superior del niño se integre de manera adecuada y se aplique sistemáticamente en todas las medidas de las instituciones públicas*, en especial en todas las medidas de ejecución y los procedimientos administrativos y judiciales que afectan directa o indirectamente a los niños;

³⁶¹ Parágrafo 14 Observación núm 14.

b) La obligación de *velar por que todas las decisiones judiciales y administrativas, las políticas y la legislación relacionadas con los niños dejen patente que el interés superior de estos ha sido una consideración primordial*; ello incluye explicar cómo se ha examinado y evaluado el interés superior del niño, y la importancia que se le ha atribuido en la decisión.

c) La obligación de *garantizar que el interés del niño se ha evaluado y ha constituido una consideración primordial en las decisiones y medidas adoptadas por el sector privado*, incluidos los proveedores de servicios, o cualquier otra entidad o institución privadas que tomen decisiones que conciernan o afecten a un niño.

3. El interés superior del niño en el Derecho español

3.1. Evolución normativa

El principio de interés superior del niño se ha ido incorporando progresivamente a nuestro sistema normativo hasta poder afirmar, sin temor a equivocarnos, que la última Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia con sus reformas de otras leyes relacionadas con la protección de los menores, ha situado a nuestro país en la vanguardia en materia de regulación explícita del interés superior del niño. En cuanto al encuadre normativo de este “principio”³⁶² en el derecho español, la Constitución Española de 1978 al enumerar, en el capítulo III del Título I, los principios rectores de la política social y económica, hace mención en primer lugar a la obligación de los Poderes Públicos de asegurar la protección social, económica y jurídica de la familia y dentro de

³⁶² Veremos cómo tras la reforma legislativa operada en 2015, se acoge el criterio de la observación nº 14 de configurar el interés superior del niño como un auténtico derecho.

ésta, con carácter singular, la de los menores y el artículo 39.4 de la CE consagra que los niños gozaran de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos, lo que ha obligado a trasladar estos mandatos constitucionales y los de los Convenios internacionales a las leyes ordinarias en varios ámbitos jurídicos.³⁶³

Consecuente con el mandato constitucional y con la tendencia general apuntada, se ha llevado a cabo, en los últimos años, un importante proceso de renovación de nuestro ordenamiento jurídico en materia de menores.

Primero fue la Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación de la Filiación, Patria Potestad y Régimen Económico del Matrimonio, que suprimió la distinción entre filiación legítima e ilegítima, equiparó al padre y a la madre a efectos del ejercicio de la patria potestad e introdujo la investigación de la paternidad. La Ley de 7 de julio de 1981 (comúnmente conocida como “Ley del divorcio”) introdujo asimismo la audiencia de los menores “si tienen suficiente juicio” y, en todo caso, cuando son mayores de 12 años.

Después se han promulgado, entre otras, las Leyes 13/1983, de 24 de octubre, sobre la tutela; la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, por la que se modifican determinados artículos del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de adopción y que introdujo cambios sustanciales en el ámbito de la protección del menor; Destaca por incorporar, por primera vez en nuestro Código civil, la figura del acogimiento, que se une al listado de medidas protectoras de la infancia en situación de desamparo y por regular todo un régimen nuevo de adopción así como el papel relevante que se otorga al Ministerio Fiscal como eje vertebrador de la protección socio-jurídica de las personas menores de edad, en todas sus manifestaciones. A partir de este mismo escenario, queda claro que el espíritu de la Ley ha cambiado en algo

³⁶³ La Convención de Derechos del Niño, de Naciones Unidas, de 20 de noviembre de 1989 fue ratificada por España el 30 de noviembre de 1990, y marca el inicio de una nueva filosofía en relación con el menor, basada en un mayor reconocimiento del papel que éste desempeña en la sociedad y en la exigencia de un mayor protagonismo para el mismo.

fundamental; el carácter asistencialista que tenía la legislación anterior, aquí, se pierde. La siguiente escala de este itinerario en torno a los derechos del menor lo constituye la aprobación por parte del legislador español de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, (en adelante Ley Orgánica de protección jurídica al menor) que abordó una reforma en profundidad de las tradicionales instituciones de protección del menor reguladas en el Código Civil. Se abre paso el reconocimiento pleno de la titularidad de derechos en los menores de edad y de una capacidad progresiva para ejercerlos. En el artículo 2 (Principios generales) de dicha Ley, determina que en su aplicación *“primará el interés superior de los menores sobre cualquier otro interés legítimo que pudiere concurrir.”* Y añade en el párrafo 2º *“Las limitaciones a la capacidad de obrar de los menores se interpretarán de forma restrictiva”*, un reconocimiento general a la capacidad del menor, disponiendo que las incapacidades se interpreten de forma restrictiva. Además, esta supremacía del interés del menor queda configurada en esta norma como uno de los principios rectores de la actuación de los poderes públicos (art. 11.2). El art 3, por su parte, se refiere a los instrumentos internacionales en similares términos que la Constitución.³⁶⁴

De innovadora se puede calificar la distinción introducida por esta Ley Orgánica de protección jurídica al menor, dentro de las situaciones de desprotección social del menor, entre situaciones de riesgo y de desamparo que dan lugar a un grado distinto de intervención de la entidad pública. En

³⁶⁴ “Artículo 3. Referencia a Instrumentos Internacionales. Los menores gozarán de los derechos que les reconoce la Constitución y los Tratados Internacionales de los que España sea parte, especialmente la Convención de Derechos del Niño de Naciones Unidas y la Convención de Derechos de las Personas con Discapacidad, y de los demás derechos garantizados en el ordenamiento jurídico, sin discriminación alguna por razón de nacimiento, nacionalidad, raza, sexo, discapacidad o enfermedad, religión, lengua, cultura, opinión o cualquier otra circunstancia personal, familiar o social. La presente ley, sus normas de desarrollo y demás disposiciones legales relativas a las personas menores de edad, se interpretarán de conformidad con los Tratados Internacionales de los que España sea parte y, especialmente, de acuerdo con la Convención de los Derechos del Niño de Naciones Unidas y la Convención de Derechos de las Personas con Discapacidad. Los poderes públicos garantizarán el respeto de los derechos de los menores y adecuarán sus actuaciones a la presente ley y a la mencionada normativa internacional.” Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

materia de adopción, la Ley introduce la exigencia del requisito de idoneidad de los adoptantes y aborda la regulación de la adopción internacional. Esta ley crea un marco regulador que garantiza a los menores una protección uniforme en todo el territorio del Estado, y que ha servido de referencia a la legislación que las Comunidades Autónomas han ido aprobando de acuerdo con su competencia en materia de asistencia social, servicios sociales y protección pública de menores.

En realidad todo el desarrollo legislativo postconstitucional refleja esta tendencia, introduciendo la condición de sujeto de derechos a las personas menores de edad. Así, el concepto “ser escuchado si tuviere suficiente juicio” se fue trasladando a todo el ordenamiento jurídico en todas aquellas cuestiones que le afectan. Este concepto introduce la dimensión del desarrollo evolutivo en el ejercicio directo de sus derechos.

Sin embargo, transcurridos casi veinte años desde la aprobación de la citada norma, se han producido importantes cambios sociales que inciden en la situación de los menores y que demandan una mejora de sus instrumentos de protección jurídica en aras del cumplimiento efectivo del citado artículo 39 de la Constitución. Así, y con el fin de mejorar los instrumentos de protección jurídica de la infancia y adolescencia y constituir una referencia para las Comunidades Autónomas en el desarrollo de su respectiva legislación en la materia, se ha llevado a cabo una profunda reforma del sistema de protección de menores. La reforma está integrada por dos normas, la Ley 26/2015, de 28 de julio, de Protección a la Infancia y a la Adolescencia, y la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección de la infancia y adolescencia que introduce los cambios necesarios en aquéllos ámbitos considerados como materia orgánica, al incidir en los derechos fundamentales y las libertades públicas reconocidos en los arts. 14, 15, 16, 17.1, 18.2 y 24 CE.

Para ello se lleva a cabo una profunda reforma de la LO 1/1996 y otra veintena de normas más relacionadas con la materia, entre ellas la Ley de Enjuiciamiento Civil (en adelante LEC), la Ley Orgánica del Poder Judicial (en

adelante LOPJ), la Ley Orgánica sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y la Ley Orgánica de Protección contra la Violencia de Género.

De otro lado, el Código Civil, recoge en numerosos artículos esta expresión, INTERES DEL MENOR, para darle relevancia y preferencia en cualquier ocasión en que viene a regular derechos de los menores. Así:

a) El art. 92, que regula las medidas a tomarse en relación a los hijos en caso de separación, divorcio y nulidad del matrimonio de sus padres, estipula en su numeral 4, que estos podrán acordar en el convenio regulador, o el juez aprobar, que la patria potestad sea ejercida total o parcialmente por uno de los cónyuges. En el numeral 8 se determina que el Juez, a instancia de una de las partes, y cuando se den los supuestos del numeral 5, “podrá acordar la guarda y custodia compartida fundamentándola en que sólo de esta forma se protege adecuadamente el interés superior del menor”.

b) En el artículo 103 (que regula las medidas provisionales una vez admitida la demanda de nulidad, separación y divorcio y no existiendo acuerdo de los cónyuges aprobado judicialmente) se establece que el Juez determinará en “interés de los hijos” con cuál de los cónyuges han de quedar sujetos a la patria potestad de ambos y tomar las disposiciones apropiadas de acuerdo al mismo Código, y “la forma en que el cónyuge que no ejerza la guarda y custodia de los hijos cumplirá el deber de velar por éstos y el tiempo, modo y lugar en que podrá comunicar con ellos y tenerlos en su compañía”.

c) El obligado a prestar alimentos podrá, a su elección: satisfacerlos, pagar la pensión que se fije, o recibiendo y manteniendo en su casa, no obstante esto no autorizará cuando “Esta elección...podrá ser rechazada cuando concurra justa causa o perjudique el interés del alimentista menor de edad.” (art. 149).

d) La patria potestad, como responsabilidad parental, se ejercerá siempre en interés de los hijos, de acuerdo con su

personalidad, y con respeto a sus derechos, su integridad física y mental. (art.154); en los casos en caso de que los padres vivan separados, y no alcanzaran un acuerdo con quién de ellos se quedará el hijo menor, el Juez es el que lo decidirá tomando la decisión siempre en beneficio de los hijos (art. 159). En caso de que los padres vivan separados la patria potestad la ejerce quien conviva con el hijo menor, sin embargo el Juez a petición del otro progenitor podrá otorgar el ejercicio conjunto con el otro progenitor o distribuirla entre el padre y la madre, la decisión podrá ser tomada en interés del hijo (*in fine* del artículo 156).

e) En el artículo 161, a propósito de las “visitas y comunicaciones que correspondan a los progenitores, abuelos, hermanos y demás parientes y allegados respecto a los menores en situación de desamparo” (menor acogido) faculta al Juez a “acordar motivadamente, en interés del menor, la suspensión temporal de las mismas”.

f) El párrafo segundo del art. 170 determina que, en los supuestos de privación parcial o total de la patria potestad, “Los Tribunales podrán, en beneficio e interés del hijo, acordar la recuperación de la patria potestad cuando hubiere cesado la causa que motivó la privación”.

g) Las normas del Código Civil que regulan otras instituciones de protección a los menores de edad establecen como parámetro de decisión al interés del menor. Artículo 172 bis “1. Cuando los progenitores o tutores, por circunstancias graves y transitorias debidamente acreditadas, no puedan cuidar al menor, podrán solicitar de la Entidad Pública que ésta asuma su guarda durante el tiempo necesario, que no podrá sobrepasar dos años como plazo máximo de cuidado temporal del menor, salvo que el interés superior del menor aconseje, excepcionalmente, la prórroga de las medidas.” Artículo 172 ter “1. La guarda se realizará mediante el acogimiento familiar y, no

siendo éste posible o conveniente para el interés del menor, mediante el acogimiento residencial.” 2. “Se buscará siempre el interés del menor y se priorizará, cuando no sea contrario a ese interés, su reintegración en la propia familia y que la guarda de los hermanos se confíe a una misma institución o persona para que permanezcan unidos.” 3. “La Entidad Pública podrá acordar, en relación con el menor en acogida familiar o residencial, cuando sea conveniente a su interés, estancias, salidas de fines de semana o de vacaciones con familias o con instituciones dedicadas a estas funciones.”

h) Acogimiento familiar temporal tendrá una duración máxima de dos años, salvo que “el interés superior del menor aconseje la prórroga de la medida por la previsible e inmediata reintegración familiar, o la adopción de otra medida de protección definitiva” Artículo 173 bis.2 b). Y en acogimiento familiar permanente “La Entidad Pública podrá solicitar del Juez que atribuya a los acogedores permanentes aquellas facultades de la tutela que faciliten el desempeño de sus responsabilidades, atendiendo, en todo caso, al interés superior del menor.” Artículo 173 bis.2 c)

i) En el art. 179.1 se faculta al Juez a decidir la extinción de la adopción siempre que esta « no perjudique gravemente al menor».

3.2 Ley orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección de la infancia y adolescencia. El nuevo art 2 de Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor.

Entre las novedades más importantes de la Ley orgánica 8/2015, de 22 de julio de modificación del sistema de protección de la infancia y adolescencia está sin duda la modificación del art. 2 Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor, incorporando con ella tanto la Jurisprudencia del Tribunal Supremo de

los últimos años como los criterios de la Observación General núm. 14, de 29 de mayo de 2013, del Comité de Naciones Unidas de Derechos del Niño, sobre el Derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial.

Dos. Se modifica el artículo 2, que queda redactado como sigue:

“Artículo 2. Interés superior del menor. 1. Todo menor tiene derecho a que su interés superior sea valorado y considerado como primordial en todas las acciones y decisiones que le conciernan, tanto en el ámbito público como privado. En la aplicación de la presente ley y demás normas que le afecten, así como en las medidas concernientes a los menores que adopten las instituciones, públicas o privadas, los Tribunales, o los órganos legislativos primarán el interés superior de los mismos sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir. Las limitaciones a la capacidad de obrar de los menores se interpretarán de forma restrictiva y, en todo caso, siempre en el interés superior del menor. 2. A efectos de la interpretación y aplicación en cada caso del interés superior del menor, se tendrán en cuenta los siguientes criterios generales, sin perjuicio de los establecidos en la legislación específica aplicable, así como de aquellos otros que puedan estimarse adecuados atendiendo a las circunstancias concretas del supuesto: a) La protección del derecho a la vida, supervivencia y desarrollo del menor y la satisfacción de sus necesidades básicas, tanto materiales, físicas y educativas como emocionales y afectivas. b) La consideración de los deseos, sentimientos y opiniones del menor, así como su derecho a participar progresivamente, en función de su edad, madurez, desarrollo y evolución personal, en el proceso de determinación de su interés superior. c) La conveniencia de que su vida y desarrollo tenga lugar en un entorno familiar adecuado y libre de violencia. Se priorizará la permanencia en su familia de origen y se preservará el mantenimiento de sus relaciones familiares, siempre que sea posible y positivo para el menor. En caso de acordarse una medida de protección, se priorizará el acogimiento familiar frente al residencial. Cuando el menor hubiera sido separado de su núcleo familiar, se valorarán las posibilidades y conveniencia de su retorno, teniendo en

cuenta la evolución de la familia desde que se adoptó la medida protectora y primando siempre el interés y las necesidades del menor sobre las de la familia. d) La preservación de la identidad, cultura, religión, convicciones, orientación e identidad sexual o idioma del menor, así como la no discriminación del mismo por éstas o cualesquiera otras condiciones, incluida la discapacidad, garantizando el desarrollo armónico de su personalidad. 3. Estos criterios se ponderarán teniendo en cuenta los siguientes elementos generales: a) La edad y madurez del menor. b) La necesidad de garantizar su igualdad y no discriminación por su especial vulnerabilidad, ya sea por la carencia de entorno familiar, sufrir maltrato, su discapacidad, su orientación e identidad sexual, su condición de refugiado, solicitante de asilo o protección subsidiaria, su pertenencia a una minoría étnica, o cualquier otra característica o circunstancia relevante. c) El irreversible efecto del transcurso del tiempo en su desarrollo. d) La necesidad de estabilidad de las soluciones que se adopten para promover la efectiva integración y desarrollo del menor en la sociedad, así como de minimizar los riesgos que cualquier cambio de situación material o emocional pueda ocasionar en su personalidad y desarrollo futuro. e) La preparación del tránsito a la edad adulta e independiente, de acuerdo con sus capacidades y circunstancias personales. f) Aquellos otros elementos de ponderación que, en el supuesto concreto, sean considerados pertinentes y respeten los derechos de los menores. Los anteriores elementos deberán ser valorados conjuntamente, conforme a los principios de necesidad y proporcionalidad, de forma que la medida que se adopte en el interés superior del menor no restrinja o limite más derechos que los que ampara. 4. En caso de concurrir cualquier otro interés legítimo junto al interés superior del menor deberán priorizarse las medidas que, respondiendo a este interés, respeten también los otros intereses legítimos presentes. En caso de que no puedan respetarse todos los intereses legítimos concurrentes, deberá primar el interés superior del menor sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir. Las decisiones y medidas adoptadas en interés superior del menor deberán valorar en todo caso los derechos fundamentales de otras personas que pudieran verse afectados.

5. Toda medida en el interés superior del menor deberá ser adoptada respetando las debidas garantías del proceso y, en particular: a) Los derechos del menor a ser informado, oído y escuchado, y a participar en el proceso de acuerdo con la normativa vigente. b) La intervención en el proceso de profesionales cualificados o expertos. En caso necesario, estos profesionales han de contar con la formación suficiente para determinar las específicas necesidades de los niños con discapacidad. En las decisiones especialmente relevantes que afecten al menor se contará con el informe colegiado de un grupo técnico y multidisciplinar especializado en los ámbitos adecuados. c) La participación de progenitores, tutores o representantes legales del menor o de un defensor judicial si hubiera conflicto o discrepancia con ellos y del Ministerio Fiscal en el proceso en defensa de sus intereses. d) La adopción de una decisión que incluya en su motivación los criterios utilizados, los elementos aplicados al ponderar los criterios entre sí y con otros intereses presentes y futuros, y las garantías procesales respetadas. e) La existencia de recursos que permitan revisar la decisión adoptada que no haya considerado el interés superior del menor como primordial o en el caso en que el propio desarrollo del menor o cambios significativos en las circunstancias que motivaron dicha decisión hagan necesario revisarla. Los menores gozarán del derecho a la asistencia jurídica gratuita en los casos legalmente previstos.”

Lo primero que conviene resaltar es que el nuevo art 2 incorpora el “interés superior del menor” en su triple consideración de derecho sustantivo, principio jurídico interpretativo fundamental y norma de procedimiento, como establece la antes citada Observación General num. 14 del Comité de los Derechos del Niño. Por una parte, es un derecho sustantivo en el sentido de que el menor tiene derecho a que, cuando se adopte una medida que le concierna, sus mejores intereses hayan sido evaluados y, en el caso de que haya otros intereses en presencia, se hayan ponderado a la hora de llegar a una solución. Por otra, es un principio general de carácter interpretativo, de manera que si una disposición jurídica puede ser interpretada en más de una forma se debe optar por la interpretación que mejor responda a los intereses

del menor. Pero además, en último lugar, este principio es una norma de procedimiento.

En estas tres dimensiones, el interés superior del menor tiene una misma finalidad: asegurar el respeto completo y efectivo de todos los derechos del menor, así como su desarrollo integral. A la luz de estas consideraciones, es claro que la determinación del interés superior del menor en cada caso debe basarse en una serie de criterios aceptados y valores universalmente reconocidos por el legislador que deben ser tenidos en cuenta y ponderados en función de diversos elementos y de las circunstancias del caso, y que deben explicitarse en la motivación de la decisión adoptada, a fin de conocer si ha sido correcta o no la aplicación del principio. Se acoge la idea de que la aplicación del interés superior del niño conlleva un proceso de evaluación y determinación de ese interés y para llevar a cabo esas actividades acoge una lista de elementos, no exhaustiva ni jerárquica,³⁶⁵ que podrían formar parte de la evaluación del interés superior del niño que lleve a cabo cualquier responsable de la toma de decisiones. Al respecto, el precepto distingue entre: a) elementos que deben tenerse en cuenta al evaluar el interés superior del niño; b) criterios para un equilibrio (ponderación) entre los elementos de la evaluación del interés superior; y c) garantías procesales para velar por la observancia del interés superior del niño. El derecho español ha acogido, en buena medida, los criterios de la Observación 14 con alguna variante.³⁶⁶ Con esta modificación, el "interés superior del menor" ya no es un concepto jurídico indeterminado sino un derecho fundamental y concreto.

El otro principio vertebrador del estatuto del menor como "sujeto pleno de derechos" es, como ya hemos dicho, aquél que impone la obligación de "escuchar al niño en todas las decisiones que le afecten". Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio de modificación del sistema de protección de la infancia y

³⁶⁵ "Sin perjuicio de los establecidos en la legislación específica aplicable, así como de aquellos otros que puedan estimarse adecuados atendiendo a las circunstancias concretas del supuesto".

³⁶⁶ No se prevé por ejemplo la evaluación del impacto en los derechos del niño como garantía procesal.

adolescencia modifica asimismo el art. 9 y 10 de la Ley Orgánica de Protección Jurídica al Menor, y desarrolla, de forma más detallada, el derecho fundamental del menor a ser oído y escuchado de acuerdo con lo establecido en el Convenio del Consejo de Europa para la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual, y con los criterios recogidos en la Observación núm. 12, de 12 de junio de 2009, del Comité de Naciones Unidas de Derechos del Niño, sobre el derecho del niño a ser escuchado.

En líneas generales se establece el derecho del menor ser oído y escuchado sin discriminación alguna por edad, discapacidad o cualquier otra circunstancia, tanto en el ámbito familiar como en cualquier procedimiento administrativo, judicial o de mediación en que esté afectado. Se sustituye el término juicio por el de madurez, considerando, en todo caso, que los menores tienen suficiente madurez a los doce años cumplidos. Además se establece que en los procedimientos judiciales o administrativos, las comparecencias o audiencias del menor tendrán carácter preferente. Se detallan las especiales necesidades que el menor tiene para poder ejercer adecuadamente este derecho y los correspondientes medios para satisfacerlas. Se incorpora la posibilidad de que los menores planteen sus quejas ante la figura del Defensor del Pueblo o instituciones autonómicas homólogas. Se refuerza la tutela judicial efectiva de los menores introduciendo la posibilidad de solicitar asistencia legal y nombramiento de un defensor judicial.

El "empoderamiento" del menor se traduce así en un refuerzo de su derecho a ser oído y escuchado y participar en todos los procesos que le afecten de una manera "amigable", empoderamiento que también se concreta en el reconocimiento de sus deberes como ciudadano, fundamentalmente el del respeto a los demás tanto en el ámbito familiar, escolar como social.

Una reforma en profundidad del sistema de protección de menores español tanto en la "entrada" al mismo a través del desamparo o la guarda voluntaria, como en relación a las medidas de protección existentes: acogimiento familiar, residencial y adopción. Se da prioridad a las soluciones familiares frente a las residenciales, a las permanentes frente a las temporales

y a las consensuadas frente a las impuestas. Se busca que el centro de gravedad del sistema sea el niño y su derecho a vivir en familia por encima de todo lo demás. Finalmente, una reforma en la que la protección contra la violencia en la infancia se convierte en prioridad transversal. La protección y prevención contra todo tipo de violencia será un principio general de la actuación de las administraciones, los condenados por delitos sexuales no podrán trabajar con niños y los menores también serán considerados como víctimas de violencia de género. Se trata en definitiva de una reforma "en interés superior del menor", que obligará partir de ahora a que todas las leyes y reglamentos que se aprueben tengan en cuenta su "impacto" en la infancia y la adolescencia.

Ya que la nueva legislación apuesta por las soluciones familiares, se agiliza los procesos de acogimiento, de modo que no será necesaria la intervención del juez; se concreta una nueva tipificación del acogimiento familiar, que incluye el acogimiento familiar de urgencia para menores de 6 años; se favorecerá que si son varios hermanos los que están en situación de ser acogidos, permanezcan juntos; y se crea el Estatuto del Acogedor, con sus derechos y deberes. Dentro del acogimiento residencial, la legislación regula por primera vez los centros para menores con problemas de conducta, al tiempo que se le dotará a cada menor un plan individual de protección revisable cada 3 ó 6 meses. También se agiliza el trámite de adopción y se incorporan figuras nuevas en beneficio del menor adoptado, como el derecho a conocer sus orígenes (que se extrapola al menor en acogimiento familiar), la guarda con fines de adopción (que el menor y la familia declarada idónea puedan iniciar la convivencia antes de que se proponga al juez la adopción, y así, se pueda evitar que el niño o la niña pase por un centro) o la adopción abierta, que consiste en que el menor mantenga contacto con su familia biológica siempre y cuando haya acuerdo al respecto de la familia adoptante. Además, se regulan los factores de idoneidad de los adoptantes y se facilita el proceso que han de seguir las madres que entregan a sus hijos en adopción, reduciendo plazos y trámites. Se refuerza el derecho de acceso a los orígenes de las personas adoptadas, obligando a las Entidades Públicas a garantizarlo y mantener la

información durante el plazo previsto en el Convenio Europeo de Adopción (al menos años tras haberse hecho definitiva la adopción).

4. El ISM en la jurisprudencia española. Principales pronunciamientos

4.1. Jurisprudencia del Tribunal Constitucional

El Tribunal Constitucional español ha sido muy claro al advertir que no es de su competencia efectuar “la ponderación de cuál sea el interés superior” en un caso concreto, recordando que la determinación casuística del interés superior es una cuestión de legalidad ordinaria³⁶⁷ siendo de su competencia examinar si la motivación y la fundamentación de la motivación se ha sustentado en el principio del interés superior y si no se han lesionado derechos fundamentales.³⁶⁸

De la STC 185/2012, de 17 de octubre del 2012. BOE, Núm. 274, de 14 de noviembre de 2012 se puede obtener un resumen de los aspectos principales de la doctrina del Constitucional español en relación al interés superior del menor:

1) Existe un interés público evidente en la protección de la familia y la protección integral de los hijos por parte de los poderes públicos;³⁶⁹

2) Cuando está en juego el interés de los menores, dice el TCE, sus derechos exceden del ámbito estrictamente privado y tienen una consideración más cercana a los elementos de *ius cogenes*.³⁷⁰

³⁶⁷ STC 71/2004, de 19 de abril; STC 221/2002 de, 25 de noviembre, F. 4.

³⁶⁸ STC 71/2004, de 19 de abril, F. 8.

³⁶⁹ FJ 4.

³⁷⁰ FJ 4.

3) El criterio que debe presidir la decisión judicial en materia de relaciones paternofiliales es, a la vista de las circunstancias concretas de cada caso, el interés prevalente del menor, ponderándolo con el de sus progenitores, que aun siendo de menor rango –recuerda el TCE- no resulta desdeñable.³⁷¹

Cuando el ejercicio de alguno de los derechos inherentes a los progenitores afecta las relaciones filiales, y podría repercutir de un modo negativo en el desarrollo de la personalidad del hijo menor, el interés de los progenitores nunca es preferente.³⁷² FJ 4.

4) El interés superior del niño opera, precisamente, como contrapeso de los derechos de cada progenitor y obliga a la autoridad judicial a valorar tanto la necesidad como la proporcionalidad de la medida reguladora de la guarda y custodia.

5) El derecho que tienen los menores de edad, que estén en condiciones de formarse un juicio propio, a ser escuchados en todo procedimiento judicial o administrativo que les afecte, ya sea directamente o por medio de representante o de un órgano apropiado.³⁷³

4.2. Jurisprudencia del Tribunal Supremo Español.

Los últimos pronunciamientos del alto Tribunal referidos al ISN se refieren a las siguientes cuestiones: En materia de **guarda y custodia compartida** la Sentencia Nº 257/2013 de 29 de abril de 2013 recoge la línea positiva del TS

³⁷¹ FJ 4. recogiendo las SSTC 141/2000, de 29 de mayo, FJ 5; 124/2002, de 20 de mayo, FJ 4; 144/2003, de 14 de julio, FJ 2; 71/2004, de 19 abril, FJ 8; 11/2008, de 21 de enero, FJ 7.

³⁷² FJ 4.

³⁷³ FJ 9. Recogiendo la STC 183/2008, de 22 de diciembre, FJ 3.

en favor de este modelo de guarda, y establece la siguiente doctrina jurisprudencial:

“La guarda y custodia compartida debe estar fundada en el interés de los menores que van a quedar afectados por la medida que se deba tomar, que se acordará cuando concurren criterios tales como la práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con el menor y sus aptitudes personales; los deseos manifestados por los menores competentes; el número de hijos; el cumplimiento por parte de los progenitores de sus deberes en relación con los hijos y el respeto mutuo en sus relaciones personales; el resultado de los informes exigidos legalmente, y, en definitiva, cualquier otro que permita a los menores una vida adecuada, aunque en la práctica pueda ser más compleja que la que se lleva a cabo cuando los progenitores conviven. Señalando que la redacción del artículo 92 no permite concluir que se trate de una medida excepcional, sino que al contrario, habrá de considerarse normal e incluso deseable, porque permite que sea efectivo el derecho que los hijos tienen a relacionarse con ambos progenitores, aun en situaciones de crisis, siempre que ello sea posible y en tanto en cuanto lo sea”.³⁷⁴ Siendo ahora pocas las ocasiones en que el TS ha denegado la guarda y custodia compartida como por ejemplo es la Sentencia de 30 de octubre de 2014, por considerar que la situación de conflictividad existente entre los progenitores resultaba perjudicial para el interés del menor. TS estableció que no es posible acordar la guarda y custodia compartida cuando la situación de conflictividad entre los progenitores la desaconseja. El Tribunal recuerda los criterios establecidos en su Sentencia de 29 de abril de 2013 y concluye: “Esta Sala debe declarar que la custodia compartida conlleva como premisa la necesidad de que entre los padres exista una relación de mutuo respeto que permita la adopción actitudes y conductas que beneficien al menor, que no perturben su desarrollo emocional y que pese a la ruptura afectiva de los progenitores se mantenga un marco

³⁷⁴ FJ 4.

familiar de referencia que sustente un crecimiento armónico de su personalidad".³⁷⁵

La SSTS 282/2015, de 18 de mayo por la que reitera como doctrina jurisprudencial que "la atribución del uso de la vivienda familiar a los hijos menores de edad es una manifestación del principio del interés del menor que no puede ser limitada por el juez salvo lo establecido en el artículo 96 del Código Civil".³⁷⁶ En la sentencia 181/2014, de 3 de abril, la Sala 1ª del alto tribunal mantiene el criterio de atribución a los hijos en consideración al mandato imperativo del artículo 96 del CC. "Como reiteran las sentencias de 1 y 14 de abril y 21 de junio de 2011, aunque ésta pudiera llegar ser una solución en el futuro, no corresponde a los jueces interpretar de forma distinta esta norma, porque están sometidos al imperio de la ley (art. 117.1 CE)..."³⁷⁷. "Efectivamente, esta norma (art 96.1Cc) no permite establecer ninguna limitación a la atribución del uso de la vivienda a los menores mientras sigan siéndolo, porque el interés que se protege en ella no es la propiedad de los bienes, sino los derechos que tiene el menor en una situación de crisis de la pareja, salvo pacto de los progenitores, que deberá a su vez ser controlado por el juez. Una interpretación correctora de esta norma, permitiendo la atribución por tiempo limitado de la vivienda habitual, implicaría siempre la vulneración de los derechos de los hijos menores, que la Constitución incorporó al ordenamiento jurídico español (arts. 14 y 39 CE) y que después han sido desarrollados en la Ley Orgánica de protección del menor".³⁷⁸

En cuanto a la atribución de la vivienda en supuestos de guarda y custodia compartida SSTS 149437/2014, de 24 de octubre: "todo cambio de circunstancia está supeditado a que favorezca al interés del menor" Ponderación de las circunstancias concurrentes en cada caso con posibilidad de imponer una limitación temporal en la atribución del uso.. por la que establece que la regla aplicable para atribuir el uso de la vivienda familiar en caso de atribución a los padres la custodia compartida sobre los hijos menores,

³⁷⁵ FJ 6.

³⁷⁶ FJ 3.

³⁷⁷ FJ 2.

³⁷⁸ FJ 2.

es el párrafo segundo del art. 96 CC, que regula el supuesto en el que existiendo varios hijos, unos quedan bajo la custodia de un progenitor, y otros bajo la del otro, y permite al juez resolver "lo procedente".³⁷⁹

El concepto de desamparo, la STS 582/2014 de 27 de octubre concreta el interés superior del menor en los casos de guarda de hecho sentando la siguiente doctrina:

“En atención a lo expuesto respecto a la guarda de hecho interpretada bajo el principio del superior interés del menor al que también hemos hecho mención, ha de ponderarse en esta materia las singularidades de cada caso, pues la situación de desamparo es casuística y, de ahí que para legalizar la situación del menor sometido a guarda de hecho debe acudir a plurales soluciones jurídicas en atención a las circunstancias concurrentes, para que la respuesta sea la más adecuada al interés del menor. Será necesario un análisis objetivo de la situación en cada caso concreto, ya que todos los supuestos de guarda de hecho no merecen la misma interpretación e idéntica intervención administrativa. Corolario de tal reflexión es fijar como doctrina de la Sala que «cuando un guardador de hecho preste a un menor la necesaria asistencia, supliendo el incumplimiento de los progenitores de los deberes

³⁷⁹ FJ 3. “Lo cierto es que el artículo 96 establece como criterio prioritario, a falta de acuerdo entre los cónyuges, que el uso de la vivienda familiar corresponde al hijo y al cónyuge en cuya compañía queden, lo que no sucede en el caso de la custodia compartida al no encontrarse los hijos en compañía de uno solo de los progenitores, sino de los dos; supuesto en el que la norma que debe aplicarse analógicamente es la del párrafo segundo que regula el supuesto en el que existiendo varios hijos, unos quedan bajo la custodia de un progenitor, y otros bajo la del otro, y permite al juez resolver "lo procedente". Ello obliga a una labor de ponderación de las circunstancias concurrentes en cada caso, con especial atención a dos factores: en primer lugar, al interés más necesitado de protección, que no es otro que aquel que permite compaginar los periodos de estancia de los hijos con sus dos padres. En segundo lugar, a si la vivienda que constituye el domicilio familiar es privativa de uno de los cónyuges, de ambos, o pertenece a un tercero. En ambos casos con la posibilidad de imponer una limitación temporal en la atribución del uso, similar a la que se establece en el párrafo tercero para los matrimonios sin hijos, y que no sería posible en el supuesto del párrafo primero de la atribución del uso a los hijos menores de edad como manifestación del principio del interés del menor, que no puede ser limitado por el Juez, salvo lo establecido en el art. 96 CC (SSTS 3 de abril y 16 de junio 2014 , entre otras).”

de protección establecidos por las leyes respecto de la guarda de aquel, ni se excluye ni se impone declarar la situación de desamparo, debiendo ser las circunstancias concretas de la guarda de hecho, interpretadas al amparo del superior interés del menor, las determinantes a la hora de decidir la situación jurídica respecto de su eficaz protección”.³⁸⁰

Descendiendo a la situación de guarda de hecho la Circular 8/2011 de la Fiscalía General del Estado concreta dicho interés superior del menor en: i) la necesidad de asegurar, en la medida de lo posible, que los menores afectados sean cuidados por personas idóneas que puedan proporcionarles seguridad y perspectivas de futuro, respetando su derecho a la estabilidad familiar; ii) como regla general preservar el vínculo de apego que pueda haberse generado entre el menor y sus guardadores; iii) evitar que a través de vías de hecho se consoliden fraudulentamente vínculos con menores desamparados sin respetar las exigencias legalmente establecidas para garantizar la idoneidad de guardadores, acogedores y adoptantes; iv) promover la seguridad jurídica, evitando zonas de penumbra y situaciones confusas derivadas de la coexistencia de plurales personas con intereses contrapuestos y con simultánea habilitación legal para velar por el menor y representarlo...”; **la equiparación de los hijos mayores de edad con minusvalía a los menores, a efectos de la pensión de alimentos STS de 10 octubre de 2014 (143848/2014) "En la STS, nº 325/2012, de 30 de mayo de 2012, citada por la parte recurrente, se sienta como doctrina que los hijos incapacitados deben ser equiparados a los menores por ser también su interés el más necesitado de protección. Y si bien es cierto que lo hace en el marco del artículo 96.1 C.C , esto es, del uso de la vivienda familiar como medida definitiva consecuencia de la separación y el divorcio, también lo es que en la interpretación del precepto se acude a la necesidad de protección de las personas con discapacidad acordada en la Convención Internacional de los Derechos de las Personas con Discapacidad, de 13 de diciembre de 2006, ratificada por el Instrumento de 23 de noviembre de 2007, y en la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas**

³⁸⁰ FJ 10.

con Discapacidad.”³⁸¹ y la STS de 7 de julio de 2014 (**78879/2014**) “la situación de discapacidad no determina por sí misma la extinción o modificación de los alimentos que los padres deben prestarle en juicio matrimonial y deberán equipararse a los que se entregan a los menores mientras se mantenga la convivencia del hijo en el domicilio familiar y se carezca de recursos. se apoya para ello también en la legislación citada en la Sentencia de 30 de mayo de 2012 , apreciándose que en ambas late, como doctrina jurisprudencial, la equiparación de los hijos mayores de edad discapacitados con los menores”³⁸²; la reducción de la cuantía de la pensión de alimentos hasta el mínimo vital (150 euros) en la STS 2 de marzo de 2015, 6651/2015; “ante una situación de dificultad económica habrá de examinarse el caso concreto y revisar la Sala si se ha conculcado el juicio de proporcionalidad del artículo 146 del CC (STS 16 de diciembre de 2014, Rc. 2419/2013)... lo normal será fijar siempre en supuestos de esta naturaleza un mínimo que contribuya a cubrir los gastos repercutibles más imprescindibles para la atención y cuidado del menor, y admitir sólo con carácter muy excepcional, con criterio restrictivo y temporal, la suspensión de la obligación, pues ante la más mínima presunción de ingresos, cualquiera que sea su origen y circunstancias, se habría de acudir a la solución que se predica como normal, aún a costa de una gran sacrificio del progenitor alimentante”;³⁸³ la atribución de los gastos ordinarios de la comunidad de propietarios al excónyuge al que se adjudica el uso de la vivienda ganancial, la STS de 25 de septiembre de 2014, 140058/2014 dispone “es evidente, que en las relaciones entre la Comunidad de Propietarios y los propietarios individuales, los gastos de comunidad corresponden al propietario, y éste o éstos serán los legitimados pasivamente para soportar las acciones de la comunidad en reclamación de las correspondientes cantidades, sin perjuicio de las acciones de repetición entre los copropietarios, si procediere (art. 9 LPH).Ahora bien, nada obsta a que un Tribunal de familia acuerde, en aras al equilibrio económico entre las partes (art. 103 C. Civil), que el excónyuge que utilice la vivienda ganancial, sea el que deba afrontar los gastos ordinarios de

³⁸¹ FJ 7.

³⁸² FJ 7.

³⁸³ FJ 2.

conservación...”³⁸⁴ ; Hay otras sentencias referidas a otros temas como el reparto de cargas derivadas de los desplazamientos para ejercitar el régimen de visitas de los hijos menores (SSTS de 26 de mayo de 2014, 74352/2014) y de 19 de noviembre de 2014 158715/2014); o la calificación como ordinarios de los gastos causados al comienzo del año escolar (STS de 15 de octubre de 2014, 174458/2014).

Al apelar al interés superior del menor, no nos estamos refiriendo al algo abstracto e indeterminado, sino que hablamos de un “un menor perfectamente individualizado, con nombre y apellidos, que ha crecido y se ha desarrollado en un determinado entorno familiar, social y económico que debe mantenerse en lo posible, si ello le es beneficioso”. Así lo describe la STS de 13 de febrero de 2015 (3763/2015) recurso núm. 2339/2013, “Es el interés del menor el que prima en estos casos, de un menor perfectamente individualizado, con nombre y apellidos, que ha crecido y se ha desarrollado en un determinado entorno familiar, social y económico que debe mantenerse en lo posible, si ello le es beneficioso... El interés en abstracto no basta”³⁸⁵

Finalmente citar, pues será objeto de estudio pormenorizado en capítulos sucesivos, el Auto del Tribunal Supremo de 2 de febrero de 2015 (2301/2015), en el que, en incidente de nulidad de actuaciones contra la STS de 6 de febrero de 2014(2868/2014) que denegó la inscripción en España de la filiación de dos menores nacidos en EE.UU en virtud de un contrato de gestación por sustitución, el Tribunal confirma su decisión y acuerda no haber lugar a declarar su nulidad. Este Auto tiene un voto particular firmado por cuatro magistrados, entre ellos el propio José Antonio Seijas.

En Conclusión, en la jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo, el ISM se constituye como el marco (directriz, tamiz, filtro) fundamental para decidir en todos aquellos casos en que estén en juego ante los tribunales, situaciones que afecten a menores, a sus derechos o incluso a su situación, otorgándoles un plus de protección, con carácter de orden público

³⁸⁴ FJ 2.

³⁸⁵ FJ 3.

y prevalente ante cualquier otro interés o derecho, que pudiera entrar en conflicto con el interés del menor, decidiendo siempre a tenor de las circunstancias del caso concreto.

5. Concreción del interés del menor en la gestación por sustitución

Como hemos visto en el apartado anterior, el interés superior del niño, o del menor, ocupa un lugar de privilegio en la legislación, jurisprudencia y la doctrina contemporánea referida al derecho de familia y a los derechos de los niños, niñas y adolescentes. Y en este tema debemos partir, ineludiblemente, de los siguientes presupuestos:

a) El ISM es un concepto que si bien debe ser evaluado para cada caso en concreto debe abarcar todos los derechos del niño en cuanto que él es un sujeto de derechos. El ISM está vinculado con necesidades psicológicas, educativas, sociales, jurídicas, medio ambientales y de recursos del niño y para el niño. Estas necesidades son derechos incorporados en los “Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos” y en la Constitución Española (que los recepciona), además en las legislaciones nacionales. El objetivo del concepto de interés superior del niño es garantizar el disfrute pleno y efectivo de todos los derechos reconocidos por la Convención y el desarrollo holístico del niño.³⁸⁶

b) El concepto de ISM es un concepto jurídico indeterminado, que su contenido debe determinarse caso por caso. El legislador, el juez o la autoridad administrativa, social o educativa podrán aclarar ese concepto y ponerlo en práctica de manera concreta mediante la interpretación y aplicación del artículo 3, párrafo 1, teniendo presentes

³⁸⁶ Concepto holístico que abarca el desarrollo físico, mental, espiritual, moral, psicológico y social del niño" (Observación general N° 5, párr. 12).

las demás disposiciones de la Convención. Por consiguiente, el concepto de interés superior del niño es flexible y adaptable. Debe ajustarse y definirse de forma individual, con arreglo a la situación concreta del niño o los niños afectados y teniendo en cuenta el contexto, la situación y las necesidades personales. Pero afirmar que el interés superior del niño es un concepto jurídico indeterminado no es lo mismo que afirmar que es un concepto jurídico discrecional que depende de la cultura, escala de valores o actitud del que adopta la medida. Con el nuevo art 2 ya no se trata de dejar sólo en manos de la jurisprudencia la determinación del interés superior del niño, se trata de dar orientación legislativas y además de poner la obligación de que en la legislación sectorial se pongan más elementos que ayuden a evaluar y determinar mejor el interés superior del niño a la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia. Esta Ley ha situado la legislación española en la vanguardia de la regulación jurídica del interés superior del menor desde la perspectiva de derechos fundamentales.

c) Con la reforma, en el Derecho español el ISM es un *derecho*, un *principio* y una *norma de procedimiento* basados en una evaluación de todos los elementos del interés de uno o varios niños en una situación concreta: como *derecho sustantivo*, que le otorga al niño el derecho a que su interés superior sea “una consideración primordial que se evalúe y tenga en cuenta al sopesar distintos intereses para tomar una decisión sobre una cuestión debatida”; como un *principio jurídico interpretativo fundamental*, a ser aplicado en aquellos casos en los que una disposición jurídica admite más de una interpretación, debiendo otorgarse preferencia a la interpretación que “satisfaga de manera más efectiva el interés superior del niño”, teniendo los derechos contenidos en la CDN y sus protocolos adicionales el “marco interpretativo”; y, como una *norma de procedimiento*, que se concreta como *garantía* que se aplica siempre que deba adoptarse una decisión que afecte a un niño, un grupo concreto o genérico de niños o los niños en general. El interés

superior del niño es un concepto dinámico que abarca diversos temas en constante evolución.

Nos corresponde ahora ahondar en la concreción del interés del menor en la maternidad subrogada. ¿Por qué entender que las personas que han manifestado su consentimiento inicial a ser padres son los mejores padres por naturaleza que los menores pueden tener, frente a la mujer que lo llevó en su vientre durante toda la gestación y los dio a luz, como de parte en un contrato limitándose a cumplir con las prestaciones asumidas en el mismo?. En el iter jurisprudencial que venimos examinando a lo largo de este trabajo los recurrentes consideran que reconocer la filiación que ha sido reflejada en el asiento registral realizado por la autoridad registral de California, y que es consecuencia del contrato de gestación por sustitución conforme a la legislación de dicho estado, es el único modo de satisfacer el interés superior del menor. Quienes "encargaron" la gestación, es decir los comitentes, serían los padres de los menores (eran mellizos). No sería madre la mujer que les dio a luz. La justificación que dan los recurrentes es que los mejores padres son los que han manifestado su consentimiento inicial a ser padres, mediante un contrato de gestación subrogada (prohibido por la ley española) y están interesados en los menores. Sin embargo entendemos que esta afirmación está llena de objeciones, mayores sin duda en el caso de que no haber con los comitentes vínculo biológico alguno.³⁸⁷ Si de modo fraudulento se consiguiera la inscripción de la maternidad a favor de la comitente, tal inscripción daría publicidad de un hecho falso pero además no puede olvidarse que estamos ante el establecimiento de una filiación que contradice los criterios previstos en la ley española para su determinación, en concreto el art 10 LTRHA. Según

³⁸⁷ “No puede considerarse que la posición de la legislación española per se sea contraria al interés superior del menor, pues no está dicho que, en principio, lo mejor para éste sea que se le reconozca la filiación siempre respecto de los comitentes, en vez de respecto de la madre gestante, sin examinar las circunstancias del caso concreto, lo que, además, supondría posibilitar que los jueces crearan una regla general de atribución de la filiación, contraria a la claramente establecida por el legislador, en una aplicación discutible de un concepto jurídico indeterminado, como es el “interés del menor”, respecto del cual no existe unanimidad.” DE VERDA Y BEAMONTE, J. R. “Notas sobre la gestación por sustitución en el Derecho Español”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, nº. 4, 2016, p. 354.

este precepto, no está permitido en España el nacimiento de hijos mediante la gestación por sustitución. El art. 221 del Código Penal tipifica como delito la conducta de quienes, mediando compensación económica, entreguen a otra persona un hijo, descendiente o cualquier menor aunque no concorra relación de filiación o parentesco, eludiendo los procedimientos legales de la guarda, acogimiento o adopción, con la finalidad de establecer una relación análoga a la de filiación. Dicha conducta se castiga con penas de prisión de uno a cinco años y de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de la patria potestad, tutela, curatela o guarda por tiempo de cuatro a diez años. Además, en el número 2 del mismo precepto, se castiga a la persona que lo reciba y el intermediario, aunque la entrega del menor se hubiese efectuado en país extranjero. A mayor abundamiento el art 220 del Código Penal señala también que la suposición de un parto será castigada con las penas de prisión de seis meses a dos años y la misma pena se impondrá al que ocultare o entregare a terceros un hijo para alterar o modificar su filiación. Por tanto, es indudable que los comitentes, partes en un contrato de maternidad subrogada, pueden incurrir en responsabilidad penal, y que la misma además de a penas privativa de libertad, puede conducirles a la inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad.³⁸⁸ ¿Puede entonces considerarse que es “interés del menor” quedar al cuidado de quién ha conculcado la ley española incurriendo incluso en responsabilidad penal por ello?

Además el mismo argumento de determinar la filiación a favor de quién tenga interés en el menor debería llevar a admitir la determinación de la filiación a favor de personas de países desarrollados, en buena situación económica, que hubieran conseguido que les fuera entregado un niño procedente de familias desestructuradas o de entornos problemáticos de zonas depauperadas, cualquiera que hubiera sido el medio por el que lo hubieran conseguido, puesto que el interés superior del menor justificaría su integración en una familia en buena posición y que estuviera interesada en él.

³⁸⁸ También el art 170 del CC “El padre o la madre podrán ser privados total o parcialmente de su potestad por sentencia fundada en el incumplimiento de los deberes inherentes a la misma o dictada en causa criminal o matrimonial.”

La invocación indiscriminada del "interés del menor" serviría de este modo para hacer tabla rasa de cualquier vulneración de los demás bienes jurídicos tomados en consideración por el ordenamiento jurídico nacional e internacional que se hubiera producido para situar al menor en el ámbito de esas personas acomodadas.

Otra cuestión afectante directamente al interés del menor es la derivada del posible daño que para éste puede representar el hecho de que la gestante "evite" generar apego³⁸⁹ hacia la vida que está gestando, dado que va a ser separada del bebé después de nacido. De acuerdo a diversos autores, el vínculo madre-hijo se inicia desde la gestación, a través de las representaciones que la madre va construyendo durante el embarazo.³⁹⁰ Es lógico pensar que una gestante que no va a ser la madre legal del bebé evite encariñarse de quién después le van a separar. Es posible que le dé todo el cariño y los cuidados que precisa pero sin duda es un reto muy difícil de asumir. ¿Puede entonces considerarse que es en interés del menor privarle del afecto materno durante todo el embarazo?. El embarazo genera vínculos, de una u otra forma entre la madre gestante y el hijo, como lo demuestra el hecho

³⁸⁹ *"La importancia de las relaciones de apego para la comprensión del origen y mantención de las relaciones cercanas, el desarrollo de la personalidad y la psicopatología, ha sido bien documentada en la literatura."* *"En las últimas décadas, se ha reconocido que la relación de apego entre una madre y su hijo se comienza a establecer durante el embarazo, lo cual es conocido como apego prenatal."* *"Su importancia radica en que existen asociaciones entre el apego prenatal y postnatal, lo que tiene importantes implicancias para el desarrollo cognitivo, emocional y social posterior del bebé, al asociarse directamente con la calidad de la relación madre-hijo y la sensibilidad para captar y responder a las manifestaciones de apego del bebé, luego del nacimiento del mismo. El inicio de este vínculo prenatal emerge a partir de las representaciones o imágenes internas que la madre va construyendo acerca de su hijo, siendo el embarazo un período clave para la emergencia de dichas representaciones."* LUA GRIMALT O. y ELIANA HERESI M., "Estilos de apego y representaciones maternas durante el embarazo", *Revista Chilena de Pediatría*, n° 3, 2012, p.240, (recuperado el 3 de septiembre de 2015 de <http://www.scielo.cl/pdf/rcp/v83n3/art05.pdf>).

³⁹⁰ "En primer lugar, nos encontramos con que la gestante tiene que cuidar de la vida que está desarrollándose en su interior, pero no debe implicarse en el proceso como lo que es, una madre, puesto que será separada del bebé tras el nacimiento y no será su madre legal. No hace falta esperar a tener evidencias para entender que no es una tarea fácil de llevar a cabo. Parece lógico que la gestante evite encariñarse con la vida que está gestando, para reducir así el duelo que pueda llegar a sufrir en el momento de la separación." BELLVER CAPELLA, V., "¿Nuevas tecnologías? viejas explotaciones.cit., p.42.

que en muchas de las legislaciones donde se admite la gestación por encargo se regula un plazo de reflexión para la madre, que después del parto, puede decidir quedarse con el niño alumbrado.

En la misma línea apunta BELLVER CAPELLA los inconvenientes de privar a bebé de la posibilidad de que sea alimentado con la leche materna y que disfrute del contacto “piel con piel”³⁹¹ Se ha demostrado que el contacto piel a piel ofrece múltiples beneficios tanto para el recién nacido como para su madre. Su influencia ha sido comprobada a través de los años mediante diversos estudios, concluyendo que no solo favorece los cambios inmediatos que ocurren en el neonato durante el período adaptativo y logra una mejor transición de la vida intrauterina a la extrauterina³⁹², sino que también provee innumerables beneficios adaptativos a la madre, en este caso gestante, promoviendo un período puerperal, inmediato y tardío mucho más beneficioso.³⁹³

En otro orden de ideas, la gestación por encargo incide también en otras cuestiones, como la toma de decisiones sobre cuidados prenatales que pueden generar conflicto entre las partes contratantes, conflictos que incluso pueden alcanzar a la continuación o no del embarazo, sobre todo cuando hay aportación genética por parte de la gestante, pero también en los demás casos.

³⁹¹ “Es cierto que el bebé podría ser alimentado con leche materna de bancos de leche y que los comitentes pueden ofrecer ese contacto “piel con piel”, pero no serán ni la leche, ni la piel de la madre que lo ha gestado durante nueve meses”, *Ibid*, p.43.

³⁹² Son incontables los trabajos realizados al respecto, y reflejan todos ellos las ventajas y beneficios alcanzados con esta práctica, que son numerosos: en el recién nacido provee estabilización de las funciones vitales mejora los niveles de saturación de oxígeno, mantiene estable la temperatura corporal, disminuye la percepción de dolor confiere períodos más largos de sueño, mayor desarrollo neuronal, disminución del llanto y favorece la lactancia materna precoz, entre otros. Algunos estudios han demostrado una mejor evolución fisiológica en el neurocomportamiento de los recién nacidos que fueron beneficiados con el contacto piel a piel inmediato. RIVARA DÁVILA, G. RIVARA DÁVILA, P., “Contacto piel a piel inmediato: efecto sobre el estado de ansiedad y depresión materna posparto y sobre la adaptabilidad neonatal hacia la lactancia materna precoz” *Revista Peruana de Pediatría*, vol 60, n° 3, 2007, p. 141.

³⁹³ Acortamiento del período de alumbramiento, mejora en la percepción del parto, reducción del sangrado posparto, fortalecimiento del vínculo madre-hijo, estimulación de la lactancia materna y reducción de los niveles de ansiedad y depresión puerperal.

No resulta fácil delimitar en un contrato quién y en qué circunstancias puede decidir interrumpir el embarazo, lo que no hace sino acrecentar la incertidumbre sobre la vida prenatal.

Pero además el derecho a conocer la identidad biológica está dentro de esos valores superiores e irrenunciables que constituyen nuestro orden público español. Obviar este derecho no puede ser nunca en “interés superior del menor”. Pero en la gestación por encargo este derecho e interés del hijo por conocer el modo en que fue gestado y la identidad de la gestante es probable que colisione con el interés de los de los comitentes o incluso de la propia gestante. Es probable que el hijo se encuentre con que su madre legal no sea ni su madre genética, ni su madre gestante, y que el derecho no le permita conocer la identidad de la madre genética porque las donaciones de óvulos sean anónimas, ni de la madre gestante porque las normas no lo prevean y sus padres legales no se lo faciliten. “¿Es deseable para un niño verse en esa situación, en la que son sus propios padres quienes le hurtan el conocimiento de sus orígenes biológicos?”³⁹⁴ Y más allá del derecho a conocer “quienes somos en realidad”, desde lo filosófico³⁹⁵ ¿Puede ser atentatorio para la dignidad del niño imponerle una disociación entre filiación biológica y filiación legal?. ¿No es razonable pensar que el interés del menor exige que su madre biológica sea también la legal?. Entendemos que todo ser humano merece que su madre biológica sea también su madre legal.³⁹⁶

³⁹⁴ BELLVER CAPELLA, V. “¿Nuevas tecnologías? viejas explotaciones”, cit., p.44.

³⁹⁵ La psicología distingue la natura de la nurtura, lo heredado y lo adquirido. ¿Soy hijo de quien me dio parte de sus genes? ¿Soy hijo de quien me llevó en su vientre, me alimentó durante nueve meses, formó mis huesos, mi carne, la sangre que circula por mis venas? ¿Soy hijo de quien me tuvo en sus “intenciones”?

³⁹⁶ Existen dos situaciones excepcionales en las que este no se podría garantizar: cuando la madre biológica se ve incapaz de llevar adelante la crianza, y cuando la madre biológica es objetivamente incapaz de llevarla a cabo y se le retira la patria potestad. El primer caso supone un ejercicio de responsabilidad (y generosidad) por parte de la madre. El segundo lo es por parte de los poderes públicos, cuando advierten que mantener al niño con su madre constituye un daño extraordinariamente grave contra el niño (y, a veces, incluso, contra la propia madre). *Ibid.*, p.34.

Por último, debe tenerse en cuenta la repercusión psicológica y social sobre el niño de las circunstancias en que fue concebido. Si ya resulta difícil asimilar una adopción, es previsible que los niños nacidos mediante recurso a la gestación por encargo internacional padezcan dificultades análogas o incluso superiores para asimilar sus orígenes.

Finalmente entendemos que el interés del “niño”, de todos los niños en general, exige poner a la persona humana al abrigo del comercio; es decir, de los efectos perversos que entraña la mercantilización de la práctica médica y el contrato de gestación por sustitución. En otras palabras, el que un niño pueda ser “objeto” de contrato para hacer efectivo el supuesto derecho de todo individuo a reproducirse; y, el que jóvenes, en situación de precariedad, devengan instrumentos de alienación o explotación en manos de intermediarios. La mercantilización que supone que la filiación de un menor resulte determinada, a favor de quien realiza el encargo, por la celebración de un contrato para su gestación, atenta contra la *dignidad del menor* al convertirlo en objeto del tráfico mercantil, y también a la identidad de la gestante. Cabe tener en cuenta que en algunos países la mujer casada gestante no tiene capacidad de obrar (contratar), y más que hablar de un “consentimiento informado” hay que hablar una elección económica y familiar, pues no se puede desconocer que la práctica totalidad de las mujeres que se prestan a este servicio a cambio de una retribución son mujeres que necesitan de los ingresos obtenidos mediante él para vivir. Si, además, son mujeres de otros países es muy probable que tengan graves dificultades para entender y negociar las condiciones de su contrato.

5.1 Doctrina de la DGRN

El interés superior de los menores es el principal argumento al que recurre la RDGRN de 18 de febrero de 2009, para justificar la inscripción y otorgar efectos a una institución, la maternidad subrogada, prohibida en España por el art. 10.1 LTRHA. Puesto que en el certificado registral no constaba que los mellizos habían sido concebidos a partir del recurso a la

maternidad subrogada, ni tan sólo su filiación materna, la alternativa era dejar sin filiación inscrita en el Registro Civil a unos menores que ya se hallaban en territorio español (FJ 5º, VII). Y ello, aun cuando la propia DGRN ordena que se proceda a la transcripción de los certificados de nacimiento extranjeros, pero deja claro que su decisión no prejuzga las cuestiones de fondo relativas a la validez del contrato, la filiación y el efecto de cosa juzgada de la decisión judicial extranjera, que establece la doble paternidad de los menores antes de su nacimiento de modo que la cuestión de fondo no es la relativa a la filiación de los menores, sino al reconocimiento de la eficacia probatoria de los certificados registrales extranjeros. Ahora bien, al no ser los certificados expedidos por las autoridades californianas que declaraban la doble filiación paterna de los menores sentencias judiciales que causan “estado de cosa juzgada”, una vez inscritos en el Registro Civil español, son impugnables ante los tribunales españoles por la vía ordinaria en los plazos previstos para las acciones de filiación correspondientes.³⁹⁷

En tal caso, los Tribunales españoles *establecerán de modo definitivo la filiación de los nacidos*. Ello plantearía el problema de que en el caso de que la madre subrogada, que en principio estaría legitimada para reclamar la filiación materna respecto de los menores, entablara la correspondiente acción y esta prosperase la filiación quedaría determinada legalmente respecto de tres personas. Y por el contrario, difícilmente tendrán los menores una *doble filiación* si la madre que da a luz –que no consta ni en los certificados de nacimiento ni en los documentos del hospital- no los reclama. La solución no es afortunada.

Se argumenta, como decimos, que con la inscripción se protege el interés del menor porque de otro modo quedarían privados de una filiación inscrita en el Registro Civil español, vulnerando con ello el art 3 de la Convención sobre

³⁹⁷ “(...) cualquier parte legitimada puede impugnar el contenido de dicha inscripción ante los Tribunales españoles en la vía civil ordinaria. En tal caso, los Tribunales españoles establecerán de modo definitivo la filiación de los nacidos. (...)” (FJ 5º, VII).

los Derechos del niño³⁹⁸, que exige, dice la resolución, que éstos queden al cuidado de los “sujetos que han dado su consentimiento para ser padres” ya que ello constituye el ambiente que asegura al niño “la protección y el cuidado que son necesarios para su bienestar”. En la misma línea se expresa la Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010 sobre Régimen Registral de la Filiación de los hijos nacidos mediante gestación por sustitución, que se refiere a la finalidad de *“dotar de plena protección jurídica el interés superior del menor...facilitando la continuidad transfronteriza de una relación de filiación declarada por el Tribunal extranjero, siempre que tal resolución sea reconocida en España”* y su directriz 1ª, en su apartado 3, d), habla de que *“no se hay producido una vulneración del interés superior del menor”*. La Instrucción permite por tanto, sin haberse modificado nuestra legislación interna (art 10 LTRHA) y en aras al interés superior del menor, la inscripción en el Registro Civil patrio de la filiación de los nacidos mediante gestación por encargo, en los países cuya normativa lo permita, cuando se cumplan con los requisitos que establece la propia Instrucción sobre el control de legalidad examinados supra. La DGRN considera que “el interés del menor” consiste en dar continuidad a una filiación producto de un contrato, el de gestación por encargo, prohibido en nuestro derecho, permitiendo que el menor se inscriba como hijo de los comitentes, incluso sin resultar acreditado la aportación de material reproductor por ninguno de los que se postulan como “padres legales” e imponiendo a los

³⁹⁸ Art. 3 CDN: “1. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño. 2. Los Estados. Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas. 3. Los Estados Partes se asegurarán de que las instituciones, servicios y establecimientos encargados del cuidado o la protección de los niños cumplan las normas establecidas por las autoridades competentes, especialmente en materia de seguridad, sanidad, número y competencia de su personal, así como en relación con la existencia de una supervisión adecuada”. El tratado sigue diciendo que “cuando un niño sea privado ilegalmente de alguno de los elementos de su identidad o de todos ellos, los Estados Partes deberán prestar la asistencia y protección apropiadas con miras a restablecer rápidamente su identidad” (art. 8 N° 2).

menores la ruptura entre su filiación biológica y su filiación legal, sin cuestionarse si con ello se vulnera o no el interés del menor.³⁹⁹

A la vista de lo que venimos diciendo sobre la concreción del interés del menor en sede de maternidad subrogada no creemos, que acierte la DGRN al traducir ese interés, cuando afirma que obliga a la inscripción de la filiación para que los menores no queden privados de una filiación inscrita.

5.2 La posición de la Curia.

Con respecto a la posición de los Tribunales españoles también la SJPI de 15 de septiembre de 2010 parte de la considerar “acertado” para el interés superior del menor la inscripción en el RC español de la filiación que consta en el registro extranjero, pues en caso contrario los menores podrían quedar privados de filiación inscrita en el Registro civil y los menores tienen derecho a una identidad única, sin embargo afirma la sentencia que “*el fin no justifica los medios, el ordenamiento jurídico español tiene medios e instrumentos suficientes para conseguir esa concordancia...*”,⁴⁰⁰ Se ha destacado que esta

³⁹⁹ Incluso en otras resoluciones indica que “el hecho de que en la propia resolución (judicial) se declare la custodia inmediata, total, conjunta, exclusiva, legal y física permanente de los padres intencionales, desde el momento del nacimiento de la menor, aseguran que ésta recibirá la protección y el cuidado necesarios para su bienestar, de acuerdo con lo exigido por el art 3 de la Convención de 20 de noviembre de 1989 sobre los derechos del niño”. RDGNR de 3 de mayo de 2011. Y en la RDGRN de 6 de mayo de 2011 se refiere a que en la propia resolución judicial extranjera se declare “padre genético y natural y único tutor legal” al padre intencional y añade respecto de la madre gestante y su marido que “no tendrán ningún derecho, obligación o responsabilidad” sobre el niño y que “cualquier derecho que pudieran tener sobre él queda por la presente resolución revocado” e incluso se llega a decir que “la ruptura absoluta del vínculo de los menores y su cónyuge con la madre gestante garantizan el derecho de los menores a disponer de una filiación única, válida para todos los países”

⁴⁰⁰ SJPI núm 15 de Valencia, de 15 de septiembre de 2010 establece que “...el interés superior del menor aconseja la inscripción en el RC español de la filiación que consta en el registro extranjero pues en caso contrario los menores podrían quedar privados de filiación inscrita en el Registro civil y los menores tienen derecho a una identidad única, resulta indudable que esta afirmación es acertada pero el fin no justifica los medios, el ordenamiento jurídico español tiene medios e instrumentos suficientes para conseguir esa concordancia y que los hijos consten a nombre de sus

sentencia haga un guiño a la posibilidad de que el matrimonio de varones pueda alcanzar el mismo resultado que se le ha negado utilizando otros mecanismos ofrecidos por nuestro ordenamiento jurídico. Parece que esta alusión se refiere a la posibilidad, ya expuesta, de que aquel de los varones que fuera padre biológico del nacido reclamara la paternidad de los menores, haciendo uso de la posibilidad que le brinda el último párrafo del art. 10.3º de la LTRHA y posteriormente, previa renuncia de la madre gestante, el hijo fuera adoptado por el otro cónyuge sin necesidad de mediar declaración de idoneidad. Pero esta solución podría representar un fraude a las normas que regulan la adopción⁴⁰¹

En todo caso debe tenerse muy presente que se requiere que la mujer gestante quiera dar el hijo en adopción, previa renuncia a su maternidad jurídica, de manera que si se arrepiente de lo hecho, no se podrá obligar a que entregue al hijo, cualquiera que sea la forma jurídica que se emplee para

Bienvenido y Genaro , pero la consecución de ese fin no legitima actuaciones contrarias a ese propio ordenamiento jurídico, sino que el resultado debe conseguirse a través de las vías que el derecho español establece.” SJPI núm 15 de Valencia, de 15 de septiembre de 2010. Fundamento de derecho TERCERO.-

⁴⁰¹ De VERDA Y BEAMONTE, afirma que “Esta solución nos sería posible en Francia donde una adopción tal supondría concluir un proceso fraudulento destinado a tener un niño, un niño concebido en virtud de un contrato que tenía por objeto el abandono de la madre al tiempo del nacimiento, y que, por lo tanto, atentaba a los principios de la indisponibilidad del cuerpo humano y del estado civil de las personas” De VERDA Y BEAMONTE, J.R “Inscripción de hijos nacidos mediante gestación por sustitución (a propósito de la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 15 de Valencia, de 15 de septiembre de 2010), cit., p.5.

En el mismo sentido JIMÉNEZ MUÑOZ, para quién “En cualquier caso, y reconociendo que es ésta una cuestión especialmente polémica en la doctrina, lo que a nuestro entender no cabe es que en los casos de gestación por sustitución la madre gestante renunciara a su maternidad y se produjera una adopción por parte de los comitentes, pues con carácter general en todos los supuestos vendría a suponer un fraude de ley.” Y añade “Ello aún se complicaría en los casos en que la fecundación se produjera con semen de un donante, si tenemos en cuenta que entonces —al no haberse producido un vínculo filiativo ni siquiera con el hombre comitente— para la adopción “es necesaria la propuesta previa de la entidad pública a favor del adoptante o adoptantes que dicha entidad pública haya declarado idóneos para el ejercicio de la patria potestad”, según el art. 176.2 CC, y que conforme al art. 1.830. III LEC-1881 “en las adopciones que exijan propuesta previa, en ningún momento se admitirá que el asentimiento de los padres se refiera a adoptantes determinados”. JIMÉNEZ MUÑOZ, FJ., “Denegación de la inscripción de la filiación determinada por la celebración de un contrato de gestación por sustitución. Comentario a la STS 835/2013, de 6 de febrero de 2014 (RJ 2014, 736)” *Revista Boliviana de Derecho*, nº 18, 2014, p. 408.

determinar la filiación. La SAP de Valencia de 23 de noviembre de 2011 en su fundamento quinto reitera acertadamente, que toda resolución que afecte a los menores de edad debe tener como guía el principio del interés del menor pero la satisfacción de dicho interés no puede conseguirse infringiendo la ley, máxime cuando la propia ley española ofrece cauces para la inscripción de la filiación de los menores a favor de los demandados y la gestación por sustitución persigue⁴⁰², al menos en abstracto, la defensa del interés de los menores, pues como se ha dicho, pretende impedir que la vida humana sea objeto del comercio. Es decir no cabe utilizar como coartada el interés superior del menor, para dar cabida, en nuestro ordenamiento jurídico a una filiación derivada de un convenio de gestación por sustitución que es nulo, de pleno derecho por aplicación del art 10 LTRHA.⁴⁰³ Y apunta a que la prohibición de la gestación por sustitución persigue, al menos en abstracto, la defensa del interés de los menores al impedir que la vida humana sea objeto de comercio. La STS de 6 de febrero de 2014 parte de que el interés superior del menor es un concepto jurídico indeterminado que en casos como este tiene la consideración de “concepto esencialmente controvertido” al expresar un criterio normativo sobre el que no existe unanimidad social.⁴⁰⁴ En cualquier caso, la aplicación de la cláusula general de la consideración primordial del interés superior del menor no permite al juez alcanzar cualquier resultado: la concreción de dicho interés del menor debe hacerse tomando en consideración los valores asumidos por la sociedad como propios, contenidos tanto en las reglas legales como en los principios que inspiran la legislación nacional y las convenciones internacionales, no los personales puntos de vista del juez; sirve

⁴⁰² Se refiere la SAP estudiada al mecanismo que consagra el art 10.3 de la LTRHA de “la posible acción de reclamación de la paternidad, respecto del pare biológico, conforme a las reglas generales” y a la institución jurídica de la adopción regulada en los artículos 175 y ss del Código Civil.

⁴⁰³ VELA SÁNCHEZ, A.J., La maternidad subrogada: estudio ante un reto normativo, cit., p. 62.

⁴⁰⁴ “El interés superior del niño, o del menor, es un concepto jurídico indeterminado, esto es, una cláusula general susceptible de concreción que el propio legislador introduce conscientemente para ampliar los márgenes de la ponderación judicial. Pero en ocasiones estos conceptos jurídicos indeterminados son lo que se ha denominado “conceptos esencialmente controvertidos”, esto es, cláusulas que expresan un criterio normativo sobre el que no existe una unanimidad social porque personas representativas de distintos sectores o sensibilidades sociales pueden estar en desacuerdo acerca del contenido específico de ese criterio.” F.J QUINTO-3

para interpretar y aplicar la ley y colmar sus lagunas, pero no para contrariar lo expresamente previsto en la misma. Y debe ponderarse con los demás bienes jurídicos concurrentes, como son el respeto a la dignidad e integridad moral de la mujer gestante, evitar la explotación del estado de necesidad en que pueden encontrarse mujeres jóvenes en situación de pobreza, o impedir la mercantilización de la gestación y de la filiación.⁴⁰⁵ La protección del interés superior de los menores no puede fundarse en la existencia de un contrato de gestación por sustitución y en la filiación a favor de los padres intencionales, sino que habrá de partir, de ser ciertos y ajuicio del Tribunal, de la ruptura de todo vínculo de los menores con la mujer que les dio a luz, la existencia actual de un núcleo familiar formado por los menores y los recurrentes, y la paternidad biológica de alguno de ellos respecto de tales menores. El Supremo, reconoce que es cierto que el no reconocimiento de la filiación establecida en la inscripción registral de California *puede* suponer un perjuicio para la posición jurídica de los menores. Pero seguidamente apunta que no puede olvidarse

⁴⁰⁵ “La cláusula general de la consideración primordial del interés superior del menor contenida en la legislación no permite al juez alcanzar cualquier resultado en la aplicación de la misma. La concreción de dicho interés del menor no debe hacerse conforme a sus personales puntos de vista, sino tomando en consideración los valores asumidos por la sociedad como propios, contenidos tanto en las reglas legales como en los principios que inspiran la legislación nacional y las convenciones internacionales.

La aplicación del principio de la consideración primordial del interés superior del menor ha de hacerse para interpretar y aplicar la ley y colmar sus lagunas, pero no para contrariar lo expresamente previsto en la misma. No hacerlo así podría llevar a la desvinculación del juez respecto del sistema de fuentes, que es contraria al principio de sujeción al imperio de la ley que establece el art. 117.1 de la Constitución. Hay cambios en el ordenamiento jurídico que, de ser procedentes, debe realizar el parlamento como depositario de la soberanía nacional, con un adecuado debate social y legislativo, sin que el juez pueda ni deba suplirlo.” F.J QUINTO -6

“En el art. 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, el interés superior del menor tiene la consideración de "una consideración primordial" a la que han de atender los tribunales y demás instituciones públicas y privadas en todas las medidas concernientes a los niños. Pero, además de lo expuesto respecto de la pertinencia de concretar tal principio conforme a las pautas de la legislación en la materia, ha de tenerse en cuenta que tal principio no es el único que se ha de tomar en consideración. Pueden concurrir otros bienes jurídicos con los que es preciso realizar una ponderación. Tales son el respeto a la dignidad e integridad moral de la mujer gestante, evitar la explotación del estado de necesidad en que pueden encontrarse mujeres jóvenes en situación de pobreza, o impedir la mercantilización de la gestación y de la filiación. Se trata de principios amparados por los textos constitucionales de nuestro país y de los de su entorno y en convenios internacionales sobre derechos humanos, y otros sectoriales referidos a la infancia y las relaciones familiares, como es el Convenio relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en materia de Adopción Internacional, hecho en La Haya el 29 de mayo de 1993.” F.J QUINTO-7

que el establecimiento de una filiación que contradiga los criterios previstos en la ley para su determinación supone también un perjuicio para el menor y que la indefinición temporal de la filiación (en tanto no se establezca otra determinada), en sí misma perjudicial, “tiene encaje adecuado en nuestro ordenamiento jurídico”.⁴⁰⁶

Nuestra propia LTRHA concede acción al progenitor biológico para reclamar la filiación, aun nacida de un contrato nulo de gestación por sustitución, por lo que dicho progenitor tiene un instrumento adecuado para lograr la determinación de la filiación jurídica respecto del hijo así concebido y nacido, filiación que, obviamente, una vez determinada, podrá inscribirse en nuestro Registro Civil. El otro comitente, en cambio, deberá acudir a la institución jurídica de la adopción, convirtiéndose en padre adoptivo (art. 176.2.º.2.ª CC), sin requerir siquiera la propuesta de la entidad pública competente, esto es, nada más y nada menos que sin necesidad de que medie declaración de idoneidad del adoptante.⁴⁰⁷

Pero si tal núcleo familiar existe actualmente, si los menores tienen relaciones familiares “de facto” con los recurrentes, la solución que ha de buscarse habría de partir de este dato y permitir el desarrollo y la protección de estos vínculos, y así el propio art. 10 LTRHA permite la reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, por lo que si alguno de los recurrentes lo fuera, podría determinarse la filiación paterna respecto del mismo, además de figuras jurídicas como el acogimiento familiar o la adopción.⁴⁰⁸

⁴⁰⁶ “En línea con lo expuesto, un dato a tomar en consideración es que el Código Civil no exige que cuando se formule una acción de impugnación de la filiación respecto de un menor haya de fijarse simultáneamente otra filiación alternativa, de modo que el éxito de tal acción supone privar al menor de la filiación hasta ese momento determinada. Por tanto, la anulación de una filiación que es contraria al ordenamiento jurídico, pese a que no se sustituya inmediatamente por otra que sí lo sea, tiene encaje adecuado en nuestro ordenamiento jurídico, pues este considera perjudicial para el menor, dentro de ciertos parámetros, la determinación de una filiación que no se ajuste a los criterios legales para su fijación.” F.J QUINTO-8

⁴⁰⁷ VELA SÁNCHEZ, A. J “Los hijos nacidos de convenio de gestación por sustitución no pueden ser inscritos en el registro civil español.” A propósito de la sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014 Diario La Ley, Nº 8279, 26 Mar. 2014.p.10.

⁴⁰⁸ Ahora bien, a la hora de priorizar quiénes deben ser los padres de los menores nacidos de convenios de gestación por sustitución, dicho interés superior del

El voto particular formulado contra la sentencia del TS analizada, en cambio, sí consideró que el interés de los menores queda afectado gravemente. A los niños, de nacionalidad española, se les coloca en un limbo jurídico incierto en cuanto a la solución del conflicto y a la respuesta que pueda darse en un supuesto en el que están implicados unos niños que siguen creciendo y creando vínculos afectivos y familiares irreversibles. Se recuerda que este interés del menor es superior y también de orden público y este principio no se defiende contra los niños sino a partir de una regulación que impida su conculcación.⁴⁰⁹ El derecho a la no discriminación en función de la filiación supone un orden público y el carácter ilegal de una filiación no justifica ningún trato diferenciado por parte de las autoridades públicas o instituciones privadas (STSJ, Sala de lo Social, de Madrid de 13 de marzo de 2013)... ». Pero además en el voto particular se argumenta que este convenio de gestación por sustitución supone una manifestación del derecho a procrear, especialmente importante, para quienes no pueden tener un hijo genéticamente propio, como en este caso; que no se puede subestimar sin más la capacidad de consentir de la madre gestante; que el consentimiento de la madre se hace ante la autoridad judicial, que vela porque se preste con libertad y conocimiento de las consecuencias, y que tratándose de un acuerdo voluntario y libre

menor sí exige que tengan preferencia los comitentes con quienes forma una familia de hecho, de no existir vínculo biológico alguno entre ellos generador de acción de reclamación de la filiación (ex art. 10.3 LTRHA). *Ibid.*, p.9

⁴⁰⁹ “Este interés se protege antes y después de la gestación. Se hizo por los tribunales americanos en el primer caso. Se ha negado en el segundo. Se ignora una nueva realidad y no se procuran las soluciones más beneficiosas para los hijos, y es evidente que ante un hecho consumado como es la existencia de unos menores en una familia que actúa socialmente como tal y que ha actuado legalmente conforme a la normativa extranjera, aplicar la normativa interna como cuestión de orden público, perjudica a los niños que podrían verse abocados a situaciones de desamparo, como la del caso italiano, y se les priva de su identidad y de núcleo familiar contrariando la normativa internacional que exige atender al interés del menor; identidad que prevalece sobre otras consideraciones, como ha destacado el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (SSTJUE de 2 de octubre 2003 -caso García Avello, y 14 de octubre de 2008- caso Grunkin-Paul).” SEGUNDO-5 Voto particular.

En contra incluso *Vela Sánchez* para quien este argumento del interés superior del menor aun siendo fundado (tiene acogida en textos legales, instrumentos y resoluciones judiciales nacionales e internacionales—y convincente—se trata, básicamente, de no privar al menor de identidad y de núcleo familiar), sin embargo, no es decisivo si debe confrontarse con el cumplimiento de una ley imperativa o prohibitiva, es decir, que el interés superior del menor no puede utilizarse por el juez ilimitadamente. VELA SÁNCHEZ, A. J., “Los hijos nacidos de convenio de gestación por sustitución no pueden ser inscritos en el registro civil español”, cit., p.9

difícilmente se le explota o cosifica en contra de su libertad y autonomía y en ningún caso afecta al interés del menor que nace en el seno de una familia que lo quiere. Es al niño al que se da una familia y no a la familia un niño y es el Estado el que debe ofrecer un marco legal que le proteja y le proporcione la necesaria seguridad jurídica.⁴¹⁰ No podemos estar más en desacuerdo con estas afirmaciones. En primer lugar la aprobación de la gestación por sustitución como una manifestación del derecho a procrear se sustenta sobre la errónea consideración que la intención o deseo de ser padre debe ser atendida de forma preeminente.⁴¹¹ En segundo lugar por lo que respecta a la mujer gestante resulta dudoso hablar de consentimiento voluntario y libre cuando la mayoría de las mujeres que se ofrecen como gestantes, necesitan el dinero para atender sus necesidades personales y familiares y el contrato las obliga a someterse a los dictámenes de los comitentes sobre la forma de llevar el embarazo, cuidados de su cuerpo e incluso forma de alumbramiento. Además y con todo, no se puede pensar en el contrato de maternidad subrogada con el esquema estructural de una contratación entre iguales desde el momento en el que una de las partes siempre es una mujer, mientras que ese factor (el del

⁴¹⁰ Y en el mismo sentido se ha pronunciado parte de la doctrina como Vela Sánchez para quién “en la salvaguarda de la dignidad humana —la de la mujer gestante o la del hijo así concebido— no se encuentra en absoluto el único valor fundamental que debe asegurarse frente al convenio de gestación por sustitución, pues hay que pensar también en la protección del matrimonio o de la familia — particularmente en su tradicional función procreadora—, defensa garantizada también constitucionalmente respecto de esta última en el art. 39 CE. Asimismo, el argumento de la mercantilización o de la cosificación es muy discutible, pues puede contestarse que, en realidad, no se comercializa al niño así engendrado y nacido, sino simplemente la capacidad generativa de una mujer —que tiene derecho a disponer libremente de su cuerpo en ocasiones tasadas por el Derecho—, a fin de satisfacer el legítimo deseo de tener un hijo de la persona individual o de la pareja matrimonial o de hecho comitente.” *Ibid.*, p.5- 6. Y añade ÁLVAREZ DE TOLEDO “*Las consideraciones que contiene la Sentencia del Tribunal Supremo en relación con el mercantilismo no pueden descartar la procedencia de inscribir en el Registro Civil español una filiación derivada de la maternidad por sustitución, cuando no haya mediado retribución, recompensa, promesa, ni siquiera reembolso de gastos, entre los padres comitentes y la madre portante o gestante*”, ÁLVAREZ DE TOLEDO QUINTANA, L., “El futuro de la maternidad subrogada en España: entre el fraude de ley y el correctivo de orden público internacional”, cit., p 38.

⁴¹¹ “Si se afirma que existe un derecho a reproducirse.... El derecho se satisfaría facilitando a quien lo deseara el acceso a la reproducción asistida y, en su caso, a la maternidad subrogada.” BELLVER CAPELLA, V. “¿Nuevas tecnologías? viejas explotaciones, cit., p.29.

género) es variable respecto del/ los comitente/s, es decir, el/los padre/s intencional/es.

Y finalmente en cuanto al argumento de que es al niño al que se le da una familia cabe objetar que el niño no existe cuando la pareja recurre a la gestación subrogada, luego no cabe duda de que es la pareja comitente la que busca un niño y satisface su derecho de esta forma.⁴¹² Ni nuestra Constitución, ni nuestras leyes ordinarias⁴¹³ reconocen explícitamente la existencia de un derecho a la procreación o derecho al hijo, que no existe como tal. Debiendo diferenciar entre la libertad de procrear inherente a la persona humana, ínsita en el derecho del hombre y la mujer a casarse y fundar una familia al que se refiere el art 12 del Convenio de derechos humanos y el art 16 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y el derecho de acceso a las técnicas de reproducción asistida, como una manifestación del disfrute a la vida privada y familiar a que se refiere el art 8 del Convenio, de carácter contingente y variable que no puede ser limitado por Estado pero tampoco comportará obligaciones para este, sino en la medida en que este pueda y quiera asumirlas. Es el niño el que tiene derecho a una familia y no al revés.

La maternidad subrogada constituye siempre y en todo caso una rebaja – incluso una renuncia– a la dignidad de la madre gestante que se niega como persona y como tal madre, siendo entonces incuestionable que las autoridades españolas deben descartar cualquier proyección de efectos en España de tal contrato aunque se haya celebrado en el extranjero, aunque la integridad del

⁴¹² Como dice CORRAL GARCÍA: “La frase aludida sólo se puede predicar de la adopción: nos encontramos ante un menor en situación de desamparo y se procura encontrar una familia en la que pueda crecer y madurar como persona, luego ahí si se da una familia al niño; pero lo anterior no se puede predicar de la gestación por sustitución en ningún caso. Por eso se exige a los adoptantes un certificado de idoneidad, algo que no se pide a la mujer que se somete a una técnica de reproducción artificial”. CORRAL GARCÍA, E., “Los menores nacidos mediante gestación por sustitución no pueden ser inscritos en el Registro Civil. Comentario a la STS de 6 de febrero de 2014”, *RCDI*, nº 744, 2014, p.1912.

⁴¹³ Aunque la Ley Orgánica 2/2010 de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, dispone en su art. 3.2 que “Se reconoce el derecho a la maternidad libremente decidida”, tal declaración no constituye una proclamación del derecho a la paternidad, pues tiene un alcance conceptual limitado dentro del campo aplicativo de dicha Ley Orgánica.

consentimiento de la madre portante gestante se presente formalmente intachable, y aun cuando hubiese prestado su ser para el nacimiento del niño a título gratuito.

En conclusión se valora positivamente la posición del TS en el sentido de entender que no hay vulneración del derecho a la identidad única del menor, que cabe perfectamente una indeterminación transitoria de la filiación en tanto se resuelve la acción de reclamación de la filiación por la vía del art 10.3 LTRHA. En efecto, nuestra propia LTRHA concede acción al progenitor biológico para reclamar la filiación, aun nacida de un contrato nulo de gestación por sustitución, por lo que dicho progenitor tiene un instrumento adecuado para lograr la determinación de la filiación jurídica respecto del hijo así concebido y nacido, filiación que, obviamente, una vez determinada, podrá inscribirse en nuestro Registro Civil. Sin embargo ya hemos visto, que a nuestro juicio el interés del menor no parece compatible con la determinación de la filiación a favor de unos comitentes (no aportantes de material biológico) y la consiguiente disociación entre la filiación biológica y la legal. No entendemos que necesariamente redunde en interés del menor permitir el desarrollo y protección de unos vínculos porque formaran ya una familia (renunciando expresamente la mujer gestante a la filiación a ella concerniente) sobretudo en el supuesto de que ninguno de los comitentes hubiera aportado su material reproductor en la concepción del hijo nacido de un convenio de gestación por encargo, y tampoco parece razonable que los padres de facto pudieran ser preferentes en el desenvolvimiento de instituciones jurídicas como la adopción o el acogimiento, defraudando en muchos casos la leyes que regulan aquéllas.⁴¹⁴ Es decir, si hay vinculación biológica es imposible obviarla y debe

⁴¹⁴ En contra ÁLVAREZ DE TOLEDO para quién si ninguno de los comitentes es progenitor biológico, sólo el acogimiento familiar o de facto servirían para legalizar la situación de hecho existente, teniendo presente que dichos padres preferentes en el desenvolvimiento de tales instituciones jurídicas. La “*guarda de hecho* de los padres recurrentes... Podría transitar a medio plazo hacia una *tutela*, en cuanto los menores no están sujetos a ninguna potestad o responsabilidad parental (art. 222.1º del Código Civil): ni a la de sus guardadores, que no son *padres*, ni a la de su madre biológica, que carece de potestad legal según su propia legislación californiana, la cual ha expresado en un contrato, todo lo *ilícito* que se quiera pero radicalmente real como *hecho jurídico*, que no pretende mantener ningún vínculo jurídico ni ejercer potestad alguna, sobre el nacido de su vientre. Una vez constituida tal *tutela*,... se puede acceder a la *adopción* por los comitentes que hayan tenido a los niños bajo su guarda legal durante al menos un año, sin necesidad de solicitud, aunque sí de audiencia, de

ser protegida, pero eso no significa que los menores deban ser inscritos a nombre de la pareja, sin ni siquiera mediar declaración de idoneidad. Y si no hay vínculo biológico alguno con los comitentes no tiene ningún derecho preferente a tener un hijo sobretodo porque han llevado a cabo una práctica a todas luces ilegal en España. A lo que hay que añadir la posibilidad de una demanda de la madre biológica, en cuyo caso se aplicaría la ley española de forma implacable: la madre es la que ha alumbrado al niño (art. 10 de la LTRA) y es a ella a quien corresponde el ejercicio de la patria potestad (arts. 154 a 156 del Código Civil). Pero más allá de estas consideraciones en torno a la disociación entre las filiaciones (biológica y legal) del menor entendemos, que la práctica de la gestación subrogada es en sí misma un atentado contra la dignidad de la mujer y del futuro bebé. La disociación entre las filiaciones es sólo una de las aristas del problema. Se echa en falta, en la fundamentación jurídica del Supremo, una valoración a nivel constitucional de los derechos fundamentales que se encuentran juego qué punto y con qué alcance vinculante para los jueces españoles. Pero, por otra parte, también se ha omitido, cualquier consideración referente a un posible derecho fundamental a la procreación para que se concluyese, la inexistencia en nuestro derecho de dicho derecho subjetivo al hijo.

la entidad pública competente en materia de protección de menores (art. 176.2.3ª del Código Civil). A esta adopción se le aplica la ley española al tener el menor adoptando su residencia habitual en España en el momento de la adopción (art. 18.1 de la Ley 54/2007 de Adopción Internacional). Así que, siendo de aplicación la ley española, aunque sólo uno de los comitentes llegue a adoptar al niño, quedará extinguida toda relación jurídica del adoptando con su familia de origen (art. 178 del Código Civil)”
ÁLVAREZ DE TOLEDO QUINTANA, L., “El futuro de la maternidad subrogada en España: entre el fraude de ley y el correctivo de orden público internacional”, cit., p.32.

6. Interés del menor y la posible vulneración del principio de igualdad y de prohibición de discriminación por razón de sexo conforma al art 14 CE.

La RDGRN de 18 de febrero de 2009 parte del principio constitucional de igualdad para negar que el reconocimiento de la filiación de los hijos respecto de dos sujetos varones vulnere el orden público internacional español.

La DGRN fundamenta el reconocimiento de la doble filiación paterna en las normas que, en sede de filiación adoptiva o derivada de fecundación asistida, ya admiten la doble paternidad o maternidad en el derecho español.

Así, la Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio (BOE nº 157, de 2.7.2005), al legalizar el matrimonio homosexual extendió la posibilidad de adopción a las parejas homosexuales casadas y, con ella, la posibilidad de establecer la filiación de un menor a favor de dos hombres o de dos mujeres.⁴¹⁵

En el contexto de la filiación derivada de fecundación asistida, como ya hemos visto, a partir del mayor reconocimiento legal de las parejas del mismo sexo, legislaciones como la española han empezado a admitir la posibilidad de establecer la doble filiación materna a favor de la madre gestante y de otra mujer. En España, esta posibilidad fue introducida por la Disposición Adicional 1ª de la Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas (BOE nº 65, 16.3.2007), adicionando para ello un tercer apartado al artículo 7 de la LTRHA, del que ya

⁴¹⁵ “En primer término, la inscripción en el Registro Civil español del nacimiento y de la filiación de los nacidos en California en favor de dos sujetos varones no vulnera el orden público internacional español ya que también en Derecho español se admite la filiación en favor de dos varones en casos de adopción, sin que quepa distinguir entre hijos adoptados e hijos naturales, ya que ambos son iguales ante la Ley (art. 14 de la Constitución española). Si la filiación de un hijo adoptado puede quedar establecida en favor de dos sujetos varones, idéntica solución debe proceder también en el caso de los hijos naturales.” FD 5

nos ocupamos al tratar de la filiación derivada de la TRA.⁴¹⁶ A la vista de esta incorporación al derecho español, la DGRN consideró que no permitir que la filiación de los nacidos de un contrato de maternidad subrogada, conste a favor de dos varones resultaría discriminatorio por una razón de sexo, lo que está radicalmente prohibido por el art 14 CE.⁴¹⁷

Por su parte la SAP de Valencia de 23 de noviembre de 2011 considera que la negación de la inscripción no implica una infracción del principio de igualdad y de prohibición de discriminación por razón de sexo, de acuerdo con el artículo 14 de la Constitución española, en cuanto que en el artículo 7-3 de la ley 14/2006 permite la inscripción en el Registro de la filiación por naturaleza a favor de dos mujeres, mientras que no se permite la inscripción a favor de dos hombres, pues las parejas de dos mujeres no necesitan acudir a otra mujer a la que encomendar la gestación: de modo que no puede considerarse discriminatorio el tratar desigualmente lo que es desigual; por otro lado, en el supuesto de que una pareja de mujeres acudiera a la gestación por sustitución también le sería aplicable la prohibición, de modo que la misma no implica una discriminación por razón de sexo, sino que se fundamenta en la modalidad utilizada para la procreación de los menores, gestación por sustitución, que la ley española considera nula. En este punto la SAP de Valencia sigue el criterio de la SJPI núm 15 de Valencia, de 15 de septiembre de 2010.⁴¹⁸ Y se confirma

⁴¹⁶ Es cierto que en la actualidad, en Derecho español, no es ya un axioma dogmático que la filiación natural quede determinada, en todo caso, por la “vinculación genética” entre progenitores e hijos.

⁴¹⁷ “(...) no permitir que la filiación de los nacidos conste en favor de dos varones resultaría discriminatorio por una razón de sexo, lo que está radicalmente prohibido por el art. 14 de la CE (...)” (FJ 5º, II).

⁴¹⁸ “El primer argumento que esgrime la resolución de la DGRN justificando que la inscripción no vulnera el orden público internacional español se formula en forma de silogismo, si los hijos adoptados pueden tener dos padres varones y la ley no distingue entre hijos adoptados e hijos naturales los hijos naturales deben poder tener dos padres varones naturales, la propia lectura del argumento provoca su desestimación, los hijos naturales no pueden tener dos padres varones naturales por la sencilla razón que los varones no pueden, en el estado actual de la ciencia concebir ni engendrar.” Y añade “...la no procedencia de la inscripción no nace de que los solicitantes sean varones sino de que los bebés nacidos lo son como consecuencia de un contrato de gestación por sustitución, esta consecuencia jurídica le sería aplicable en el mismo supuesto tanto a una pareja de varones, como de mujeres, hombre o mujer sola o pareja heterosexual, pues la ley no distingue en estos supuestos de sexos sino que el hecho determinante es la forma del alumbramiento, quizá en supuestos de mujeres o

nuevamente en la STS 835/2013, de 6 de febrero de 2014, quizás el aspecto más quebradizo de la impugnación planteada por los comitentes⁴¹⁹.

En la doctrina también Farnós Amorós sostiene también que la diferencia de trato está justificada porque se basa en situaciones desiguales: por razones biológicas, las parejas de mujeres no necesitan recurrir a otra mujer que lleve a cabo la gestación. Es decir, los hijos naturales no pueden tener dos padres varones naturales por obvias razones biológicas de imposibilidad de concebir. Asimismo afirmar que el art 10 LTRHA es contrario al art 14 CE porque impide el acceso a la TRA a las parejas de dos hombres equivale a decir que el citado precepto es inconstitucional, cuando no lo es". Si fuese una pareja de mujeres la que acudiese a la gestación por sustitución también le sería aplicable la prohibición.⁴²⁰ Otros autores consideran por el contrario que el criterio jurisprudencial no es razonable, dado que el recurso a la gestación por sustitución es la única salida posible para matrimonios gays apuntando incluso, a la necesidad de salvar la diferencia biológica o natural para conseguir una verdadera igualdad entre todos los matrimonios en España⁴²¹. Es evidente que posiciones como ésta sólo se pueden defender desde una concepción de la maternidad subrogada entendida como un recurso más para hacer efectivo el supuesto derecho de todo individuo a reproducirse, de tal forma que si la

parejas heterosexuales existirá el problema del conocimiento por parte del encargado del registro de que se encuentra ante un supuesto de gestación por sustitución, pero una vez conocida esta circunstancia la consecuencia debe ser la misma denegar la inscripción." FD CUARTO.-

⁴¹⁹El motivo de la discriminación sexual, esgrimido por los recurrentes, carecía verdaderamente de fundamento: la denegación de la inscripción de la filiación no era la condición de varones de los solicitantes de la inscripción, sino antes bien, el hecho de que la filiación pretendida trajese causa de una gestación por sustitución contratada por ellos en California.

⁴²⁰FARNÓS AMORÓS, E., "Acceso a la reproducción asistida por parejas del mismo sexo en España: estado de la cuestión, propuestas y retos", *Revista de Derecho de Familia*, nº 49, 2011, p.165.

⁴²¹"...a fin de quedar éstos igualados, a los demás matrimonios que, a diferencia de aquéllos, sí cuentan con otras vías alternativas dentro de las propias técnicas de reproducción asistida a fi de alcanzar el mismo resultado. Es, en definitiva, la diferencia biológica o natural la que, legal y ficticiamente, hay que salvar o superar, para así lograr la igualdad entre todos los matrimonios en España" CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G., "Copaternidad y matrimonio entre hombres la derogación tácita y parcial de la proscrita gestación por sustitución, fundada en razones de igualdad", *Revista de derecho privado*, nº 98, 2014, p. 25.

admitimos para algunos supuestos no se entiende por qué no es posible admitirla para otros.

Por lo demás en cuanto a la similitud con la adopción, es cierto que nuestra legislación admite ahora la adopción conjunta por personas del mismo sexo pero como recuerda Talavera "...la adopción no constituye un derecho de estas parejas (ni de ninguna otra), puesto que se trata de una institución esencialmente protectora, tuitiva y no declarativa de derechos (no se plantea desde la perspectiva de quienes quieren adoptar sino de quien va a ser adoptado). Por consiguiente, en sentido estricto, nadie, sea individuo o pareja (casada o no casada) tiene derecho a adoptar un menor; al contrario, es el menor quien tiene derecho a ser protegido en sus derechos fundamentales y en su desarrollo educativo por la persona o personas más idóneas. Y esa protección es la que debe garantizarse por el legislador con las medidas jurídicas pertinentes."⁴²²

7. El interés del menor y el derecho a la identidad

Toda persona nace con una carga biológica, cultural y social transmitida a través de las generaciones que la precedieron, que configura sus características esenciales como persona. Consiste en la calidad de «mismidad», es decir, ser «uno mismo». Y la forma de ser «uno mismo» implica conocer los orígenes (biológicos), la pertenencia (cultural) y la inserción (social) Esto hace que un ser humano sea distinto de otro, tenga raigambre que lo enlaza con su grupo social de origen y también determina que cada persona presente determinadas peculiaridades que, unidas a lo posteriormente adquirido con su madurez, lo constituye en un ser completo y tendente al

⁴²² TALAVERA, P. "El derecho europeo ante el matrimonio y las uniones de hecho de personas del mismo sexo" IUS, *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla* nº 20, 2007, p. 24.. En el mismo sentido BELLVER CAPELLA, V. para quién "...la adopción no garantiza en absoluto ser padre o madre cuando se desee: los procesos de adopción escapan al control de los futuros adoptantes" BELLVER CAPELLA, V. "¿Nuevas tecnologías? viejas explotaciones", cit., p.29

equilibrio. Cuando hablamos de los menores, desde el momento en que nace, el niño tiene derecho a un nombre, un apellido, una nacionalidad y vínculos afectivos que le permita formalizar su existencia y sentirse parte de un lugar en el mundo. El derecho a la identidad es uno de los derechos más importantes que recoge la Convención de los Derechos del Niño⁴²³. Como una vertiente del derecho de todo ser humano a conocer su propia historia destaca el derecho a saber quiénes fueron sus padres, a conocer la identidad de origen, su realidad biológica, pero también su verdad del parto⁴²⁴. Pero además el derecho a conocer la identidad biológica está dentro de esos valores superiores e irrenunciables que constituyen nuestro orden público español. Cuando hablamos de niños nacidos mediante el recurso a técnicas de reproducción asistida y más aun cuando la vía ha sido la gestación por encargo las cuestiones relacionadas con la necesidad de saber “quienes somos en

⁴²³ El derecho a la “identidad única” resulta del art 3 de la convención de los Derechos del Niño. Efectivamente Convención de Derechos del Niño avanza más hacia el derecho a conocer el origen biológico y dispone que “El niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos” (art. 7 N° 1). Y que “Los Estados Partes velarán por la aplicación de estos derechos de conformidad con su legislación nacional y las obligaciones que hayan contraído en virtud de los instrumentos internacionales pertinentes en esta esfera, sobre todo cuando el niño resultara de otro modo apátrida.” (art. 7 N° 2). Agrega además que “Los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley y sin injerencias ilícitas” (art. 8 N° 1) y que “cuando un niño sea privado ilegalmente de algunos de los elementos de su identidad o de todos ellos, los Estados Partes deberán prestar la asistencia y protección apropiadas con miras a restablecer rápidamente su identidad.” Los artículos 7 y 8 de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño tratan sobre la identidad. Se tienen en cuenta numerosos aspectos, como el origen de un niño, su nombre, su familia, su idioma, su pertenencia étnica, etc.; cada uno de ellos merecen por sí mismos una reflexión y un documento específicos. La nacionalidad es una parte integrante de la identidad de cada ser humano.

⁴²⁴ “...ya que si bien su padres son quienes aportaron el material genético, no se puede desconocer el vínculo físico y psíquico que ha engendrado con su madre gestante, es decir, con la mujer que lo cuidó y alimentó durante todo el embarazo. De esta manera, se estará contribuyendo con la realización del niño, al ser consciente de su realidad y con la personalización de la mujer gestante, quien no es un medio sino un fin en sí mismo”. ZABALA, G. y SCHIRO, MV., “La maternidad subrogada y el mediatización del ser humano”, *Investigación y Docencia*, n° 38, 2005, p.141-150. En http://www.centrodefilosofia.org.ar/lyD/iyd38_9.pdf

realidad” aumentan. Obviar este derecho no puede ser nunca en “interés superior del menor”.

Sin embargo la DGRN en su resolución de 2009 no se plantea el problema de determinar cuál es el alcance del derecho del nacido a conocer sus orígenes, aquí consistentes tanto en la identidad de la mujer que aportó sus óvulos, como en la de la mujer que llevó a cabo la gestación sino que centra la cuestión de la identidad en la filiación, los apellidos y la nacionalidad. Así considera la resolución de la DGRN, que la inscripción de la certificación registral californiana en el Registro Civil español es el modo más efectivo para dar cumplimiento al derecho de los menores a una identidad única por encima de las fronteras estatales. En íntima conexión con el interés superior del menor, y en la misma dirección, se invoca la necesidad de garantizar una identidad única de los menores a través de las fronteras y, por ende, el reconocimiento de la creada en un “Estado amigo” al amparo de su ordenamiento; En otro caso el menor, entiende la DGRN, se ve abocado a una situación en la que es identificado con apellidos distintos según el Estado de que se trate (Instrucción de la DGRN de 23 de mayo de 2007, BOE núm. 159, de 4 de julio de 2007). No se puede obligar al interesado a cambiar de apellidos cada vez que cruza la frontera (núm. IV de la Instrucción de la DGRN de 24 de febrero de 2010, BOE núm. 60, de 10 de marzo de 2010). El Centro Directivo fundamenta el derecho de los menores a una identidad única en la STJUE de 2 de octubre de 2003, en el asunto García Avello, C-148/2002. La sentencia del TJUE citada falló en el sentido de estimar contraria al Derecho comunitario la normativa belga. La segunda de las sentencias de las Comunidades Europeas que la Dirección General fundamenta el derecho del menor a una identidad única es en el asunto C-353/2006 (Grunkin-Paul), de 14 de octubre de 2008. El Tribunal de Justicia reconoce que las normas que rigen el apellido de una persona son competencia de los Estados miembros, pero éstos deben respetar el Derecho comunitario en situaciones que presenten algún vínculo con este Derecho. A ello cabría objetar, que un tal reconocimiento procede siempre que la identidad no ofrezca dudas y que el Estado de origen sea competente para establecerla. Las soluciones no pueden tener como saldo final el sacrificar las propias concepciones en favor de las de otro Estado en el marco de un supuesto

reconocimiento mutuo. Éste tiene como presupuesto la existencia de un orden público común o de cierta homogeneidad legislativa, como después veremos.⁴²⁵

Pero además parece que el Centro Directivo cuestiona la identidad del menor por el hecho de cambiar de nacionalidad.

En cuanto a la nacionalidad en los casos de niños nacidos fuera de España de la situación de madre portante/gestante, se plantea la situación conocida como de *doble espejo*, que es la que suscita cualquier supuesto en que la determinación de la nacionalidad se vincula por vía del criterio del *ius sanguinis* a la cuestión de la filiación y, al propio tiempo, la cuestión de la filiación se hace depender, cual hacen el art. 9.4 del Código Civil de y un buen número de normas de Derecho Internacional Privado de otros Estados de nuestro entorno, a la determinación de la nacionalidad del nacido. La DGRN no pone en duda la nacionalidad española de los menores (nacidos de español) con arreglo al art 17.1.a) del CC.⁴²⁶

⁴²⁵ QUIÑONES ESCÁMEZ, A. "Doble filiación paterna de gemelos nacidos en el extranjero mediante maternidad subrogada. En torno a la RDGRN de 18 de febrero de 2009", cit., p. 1-42.

⁴²⁶ Artículo 17. 1 Cc "Son españoles de origen: a) Los nacidos de padre o madre españoles." Nótese que dice "los nacidos" Es una precisión legal extraordinariamente importante ya que si no está acreditada la filiación del nacido se podría producir un «círculo vicioso» o lo que en Derecho Internacional Privado se denomina como situación de «doble espejo» entre los arts. 17.1 c) y 9.1 y 4 CC, en la que la nacionalidad y la filiación del menor son, respectivamente, cuestiones previas la una respecto de la otra, sin que ninguna de las dos se pueda definir sin determinar antes la otra. Pues bien lo que la expresión «nacidos» hace es romper el «doble espejo» siendo suficiente, no que quede determinada legalmente la filiación, no, será suficiente que quede acreditado el «hecho físico de la generación» (FJ VI, RDGRN, 1.ª, de 18 de febrero de 2009) CORERA IZU.M. "Abandonados, apátridas y sin padres", cit., p.7. En el mismo sentido CALVO CARAVACA, A.L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J para quienes "Los nacidos en el extranjero en virtud de técnicas de gestación por sustitución son españoles si concurren indicios racionales de su generación física por progenitor español sin necesidad de ninguna sentencia judicial que así lo establezca". En base a este el argumento critican estos autores la Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010 que a su juicio ignora paladinamente la distinción entre sujetos «hijos de españoles» y sujetos «nacidos de españoles lo que "comporta consecuencias muy relevantes. Si existen tales "indicios racionales de la generación del menor por parte de un ciudadano español", el menor nacido en el extranjero a través de técnicas de gestación por sustitución debe ser considerado "español" (art. 17.1.a CC). Debe ser inscrito en el Registro Civil español como sujeto de nacionalidad española. Debe ser documentado como ciudadano español. Debe obtener su DNI y su pasaporte, como

La Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010 por su parte exige que en la certificación médica conste la identidad de la madre gestante,⁴²⁷ para garantizar el derecho del menor a conocer su origen biológico.⁴²⁸

En cuanto a la posición de los Tribunales españoles ni la SJPI núm 15 de Valencia, de 15 de septiembre de 2010 si considera que la negativa a inscribir puede atentar al derecho a la identidad única del menor pero dado que “el fin no justifica los medios” habrá que utilizar las vías que el derecho español establece. La STS 23 de noviembre de 2011 por su parte niega que con la negativa a la inscripción en el Registro civil español de la filiación que consta en el Registro extranjero se atente contra el derecho a la identidad única de los menores, pues éstos tienen la que resulta de la certificación californiana que será la que publique el Registro Civil español si acceden a él de acuerdo con la ley. Se afirma además que no procede traer a colación en este punto la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que citan los recurrentes que no tiene por objeto supuestos de gestación por sustitución.

En la misma línea la STS de 6 de febrero de 2014 concluye que “No existe un riesgo real de vulneración de una identidad única”, ya que el menor siempre tendría la identidad que deriva de la legislación española, que atribuye

todo ciudadano español. Si posteriormente se impugna su filiación tal y como aparece inscrita en el Registro Civil español, se impugna entonces la filiación de un «sujeto español», de forma, modo y manera que la cuestión de la determinación / impugnación de dicha filiación se regirá por el Derecho español, en sintonía con el art. 9.4 CC” CALVO CARAVACA, A.L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J “Notas críticas en torno a la Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 5 octubre 2010 sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución”, cit.,p. 257-258.

⁴²⁷ *“En ningún caso se admitirá como título apto para la inscripción del nacimiento y filiación del nacido, una certificación registral extranjera o la simple declaración, acompañada de certificación médica relativa al nacimiento del menor en la que no conste la identidad de la madre gestante” Instrucción de 5 de octubre de 2010, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución. directriz segunda.-*

⁴²⁸ *“Según se expresa en el artículo 7, número 1, de la Convención sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989, artículo 12 de la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción Internacional, así como en Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de septiembre de 1999.” Instrucción de 5 de octubre de 2010, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución.*

su maternidad a la mujer que alumbró a los menores aplicándose, a partir de aquí, las normas españolas sobre nombre y apellidos.⁴²⁹ A propósito de las Sentencias del TJUE en relación con el alcance del principio de inmutabilidad o estabilidad de los apellidos,⁴³⁰ hace notar el Supremo que la cuestión del nombre y apellidos de los menores en los casos resueltos por el Tribunal de Luxemburgo, es “... un bien jurídico de mucha menor importancia que los protegidos por la prohibición de gestación por sustitución.” Según el propio TS en cumplimiento a lo previsto en el art. 7.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño el niño tendrá derecho desde que nace a un nombre y a adquirir una nacionalidad por ello “la denegación de reconocimiento de la certificación registral de California ha de afectar exclusivamente a la filiación en ella determinada, pero no al resto de su contenido.”

En conclusión podemos afirmar lo siguiente:

--La CE en su art 39.3 dice que los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos, lo que nos conduce a la Convención de los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989, que en su art 7 señala el derecho del niño a “conocer a sus padres. Por tanto el derecho a conocer la identidad biológica está dentro de esos valores superiores e irrenunciables que constituyen nuestro orden público español. Una certificación registral o una resolución judicial donde no se identifica a la madre gestante vulnera el principio básico del derecho español a conocer los orígenes

⁴²⁹ En lo sucesivo resultará inútil preguntarse cuál sería la nacionalidad de un sujeto nacido fuera de España bajo la cobertura de cualquier régimen de maternidad por sustitución: la solución del Tribunal Supremo es que, tenga la nacionalidad que tenga, los tribunales españoles vendrán obligados a aplicar el art. 10 de la LTRA, bien porque la ley española resulte llamada en aplicación en virtud de lo dispuesto en el art. 17.1 en relación con el 9.4 del Código Civil, o bien por forzosa inaplicación de la ley extranjera contraria a nuestro orden público internacional: el artículo 12.3 del Código Civil dispone que en ningún caso se aplicará la ley extranjera cuando resulte contraria al orden público internacional. En el caso que los menores pudieran ser norteamericanos y españoles (tener una doble nacionalidad) no sería un obstáculo a la aplicación de la ley española que, en este caso, se vería privilegiada (artículo 9.9 del CC).

⁴³⁰ Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 30 de marzo de 1993, asunto C-168/91, caso *Konstantinidis*; de 2 de octubre de 2003, asunto C-148/02, caso *García Avello*, de 14 de octubre de 2008, asunto C-353/06, caso *Grunkin-Paul*, y de 22 de diciembre de 2010, asunto C-208/09, caso *Ilonka Fürstin von Sayn Wittgenstein*.

biológicos. Obviar este derecho no puede ser nunca en “interés superior del menor”. En el asiento de nacimiento en el Registro Civil español deberá constar la filiación materna por lo que resulte del parte facultativo. La madre no puede ocultar su identidad. En la colisión de los intereses que pueden concurrir, el del hijo a conocer su filiación biológica y el de la madre a ocultar su identidad, por muy legítimos que sean ambos, prevalece sobre cualquier otro interés con el que pudiera concurrir, el del derecho del hijo a conocer su origen biológico, asumiendo además que la relación con la madre juega un papel muy importante en el descubrimiento por el hijo de su propia identidad, por lo que la división de la maternidad (en biológica y legal), podría amenazar el desarrollo de la personalidad del hijo y dar lugar a otros posibles conflictos. Conocer el propio origen, y la propia historia se presenta como fundamental para construir una personalidad psicológicamente sana. Este derecho del hijo a construir su propia identidad asume entonces la característica de un derecho humano, derecho fundamental o derecho de la personalidad tutelado por instrumentos jurídicos de alto rango: tratados internacionales y constituciones.

-- Las parcelas del nombre y apellidos y del vínculo filial se mueven en el marco más general del *estatuto personal*. Tanto el derecho a una filiación prefijada como el derecho a disponer un nombre desde el nacimiento, son inescindibles del *derecho del niño a tener una identidad única*, pero no cabe cuestionar la identidad del menor por el hecho de cambiar de nacionalidad. -- El TJUE no ha podido hasta el momento extender a las cuestiones de filiación su doctrina sobre la libertad de circulación y de establecimiento, por la sencilla razón de que no existe ninguna norma comunitaria sobre la determinación, la reclamación y la impugnación de la filiación. Aunque trascendental, la jurisprudencia del TJUE en orden al derecho de todo ciudadano europeo a una identidad única, lleva el lastre de todo lo vinculado a una libertad comunitaria: sólo pueden ser invocadas por ciudadanos comunitarios.

CAPÍTULO VII

LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN EN LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS Y LA FUTURA CONVENCIÓN INTERNACIONAL SOBRE LA MATERIA

El panorama jurídico actual de la GS no deja de ser un poco desconcertante y desolador. En los últimos años, el Derecho español ha vivido la confirmación del criterio contrario a la gestación por sustitución en nuestro territorio (LTRHA 14/2006, que sigue el criterio de la ilicitud que ya mantenida la Ley 36/1988); dos versiones de una regulación del reconocimiento de decisiones extranjeras favorables a la inscripción de la filiación derivada de la maternidad subrogada (RDGRN de 18 de febrero de 2009 e IDGRN de 5 de octubre de 2010); De ellas, la Instrucción de 5 de octubre de 2010 no establece ningún control de orden público internacional.⁴³¹ Si ya la falta de rango normativo de la Instrucción para contradecir la nulidad establecida por la Ley es patente, el que se impongan requisitos procedimentales a autoridades extranjeras, obviamente no dependientes de la Dirección General autora de aquella, es totalmente insostenible; Y la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014 que acaba con toda viabilidad de una petición de reconocimiento por consideraciones de orden público internacional, y también con la posibilidad de utilizar un enfoque conflictual. No sabemos si la Sentencia

⁴³¹ Solución sorprendente, que en todo caso no impide que el orden público internacional español despliegue su fuerza excluyente del reconocimiento.

del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014 constituye doctrina jurisprudencial aunque en ella se deja claro que la prohibición de maternidad subrogada forma parte de nuestro orden público internacional.⁴³² Finalmente la Nueva Ley del Registro civil, que sí impone un control de orden público internacional en todo caso, no entrará en vigor hasta el 2017.

1. Presupuestos jurisdiccionales previos

La Sentencia dictada por la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo y en el marco de un contencioso privado, ha dejado sin efecto la resolución de la DGRN de 18 de febrero de 2009, que, dictada en relación con un supuesto concreto de filiación entre partes conocidas y determinadas, no era *Derecho objetivo*. Pero no parece haber dejado sin efecto, en cambio, la posterior Instrucción de 5 de octubre de 2010, dictada cuando ya había surgido el conflicto interpersonal que dio lugar a aquella Resolución de 2009. Esta instrucción, sin embargo, es contraria a las determinaciones contenidas ahora en la NLRC de 2011.⁴³³ En todo caso, las soluciones contenidas en la

⁴³² Por otro lado la STS 835/2013, de 6 de febrero de 2014 ¿Es suficiente una Sentencia del Tribunal Supremo para definir de forma inobjetable el contenido del orden público internacional? No, si nos atenemos al nivel que se confiere a la jurisprudencia, en el marco de las fuentes del Derecho, en el art. 1.6 del Código Civil. La jurisprudencia debe ser reiterada, es decir, la doctrina debe encontrar acomodo en dos decisiones del Tribunal Supremo, cuando menos, para que cumpla esa función de complementariedad o contribución a la forja del Derecho. Desde este punto de vista la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014, no constituiría doctrina jurisprudencial y no es una guía segura de lo que nuestro orden público internacional dispone en referencia al contrato de maternidad subrogada celebrado en el extranjero y la reconocibilidad en España de una decisión extranjera al respecto.

⁴³³ Como no podía ser de otro modo, la Ley 20/2011 de 2 de julio no hace ninguna referencia a la maternidad subrogada. Las disposiciones que se dedican a la inscripción del nacimiento, como hecho, y la filiación, como relación jurídica perteneciente al arco de las menciones de la identidad, quedan embebidas, no contienen ningún material jurídico sustantivo, y ello mismo debe sorprendernos. Una ley registral no es el enclave apropiado para definir lo que sea o no el orden público internacional, máxime cuando confiesa desde el primero de sus artículos la modesta pretensión de servir de instrumento probatorio para unas realidades extrarregistrales que son susceptibles de prueba por otros medios.

Lo que sí incorpora la nueva ley registral (en adelante, NLRC) es una regulación del traslado de las inscripciones registrales practicada en registros extranjeros que aparece presidida por las siguientes pautas fundamentales:

Instrucción, no son compatibles con la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014, que los jueces vienen obligados a considerar en el estudio de los casos que ante los mismos se plantean, pero que no parece que estén obligados a acatar como una verdadera doctrina jurisprudencial.

A través de las Instrucciones de la DGRN se proporcionan directrices a los Encargados de los Registros Civiles para que procedan sobre unas pautas comunes. Pero estas pautas o directrices se deben fijar respetando, como no puede ser de otra manera, la legalidad vigente y el orden público español. Sin embargo, las matizaciones que se introducen en esta Instrucción van más allá de esta legalidad; la modulan sobrepasando lo que establecen los artículos que son aplicables al caso: 23 LRC y 81, 83 y 85 RRC, que tanto en el caso de la Resolución como en el de la Instrucción son ignorados o interpretados a conveniencia y a mayor abundamiento en ambos casos vulnerando el orden público español. Nuestro texto constitucional, en su art 39.2, refleja que la ley posibilitará la investigación de la paternidad.

Tras la precitada Instrucción dictada el 5 de octubre de 2010 por la DGRN se siguen a lo largo del año 2011 toda una serie de decisiones⁴³⁴ de este órgano administrativo que posibilitan la inscripción de otras filiaciones determinadas por resoluciones judiciales de distintas jurisdicciones de los Estados Unidos mientras por ejemplo, se rechaza la inscripción de filiaciones derivadas de contrato de gestación por sustitución realizadas en la India, por

1ª. Toda inscripción practicada en un registro extranjero que sea mero reflejo de una decisión del Estado del foro, sólo puede ser trasvasada a nuestro registro español cumpliendo inexorablemente las exigencias propias del reconocimiento de esa decisión.

2ª. Prioridad del Derecho comunitario y del Derecho convencional sobre las disposiciones de la propia Ley registral

⁴³⁴ BÁRBER CÁRCAMO, Mª R., "La legalización administrativa de la gestación por sustitución en España (crónica de una ilegalidad y remedios para combatirla)", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nº 739, 2013, p. 2914 en: <http://vlex.com/vid/486351314> (Id. vLex: VLEX-486351314): RRDGRN (4.ª y 6ª) de 6 de mayo de 2011 (*JUR* 2012/110698 y *JUR* 2012/147776); RRDGRN (1.ª y 2.ª) de 9 de junio de 2011 (*JUR* 2012/151437 y 2012/151438); RDGRN (3.ª) de 9 de junio de 2011 (*JUR* 2012/151439); RRDGR (4.ª y 5.ª) de 23 de septiembre de 2011 (*JUR* 2012/168313 y 2012/168314); RDGR (2.ª) de 30 de noviembre de 2011 y RDGR (4.ª) de 22 de diciembre de 2011 (*JUR* 2012/307190)

pretenderse a partir de la mera aportación de la certificación del Registro indio, sin presentación de resolución judicial. Siguiendo a BARBER CÁRCAMO, esta admisión administrativa sucesiva de la gestación por sustitución practicada en los Estados Unidos, que tiene lugar a partir de la Instrucción de la DGRN de 2010 crea “una suerte de régimen registral de filiación alternativo, construido a partir del reconocimiento de una decisión de jurisdicción voluntaria extranjera”, régimen que se opone al vigente en el Estado español y que, aunque provisional (puesto que no produce, obviamente, efectos de cosa juzgada), provoca en el sistema la incoherencia de que si bien el contrato de gestación por sustitución es nulo de pleno derecho en virtud del art 10 de la LTRHA se admite registralmente la inscripción de la filiación de él derivada, cuando éste se ha celebrado en el extranjero.

Para algún autor esta Instrucción establece las premisas esenciales para la regulación del convenio de maternidad subrogada en España.⁴³⁵ Sin embargo como hemos visto, son más los que destacan su incompatibilidad absoluta con nuestra legislación vigente que prohíbe expresamente la gestación por sustitución en el art 10 LTRHA. Así LASARTE ÁLVAREZ para quién la Instrucción es contraria a la legislación vigente técnica y axiológicamente, pretende que cuanto la ley excluye pueda admitirse por la vía reglamentaria y que sólo resuelve aparentemente problemas que no pueden ser objeto de dice “ocurrencias ministeriales de urgencia”.⁴³⁶ Incluso se pregunta algún autor como Pérez Vaquero C.⁴³⁷ si no parece esta Instrucción un atajo, irregular, para reconocer consecuencias jurídicas en España a una

⁴³⁵ VELA SÁNCHEZ, A.J., *La maternidad subrogada: estudio ante un reto normativo*, Granada, Comares, 2012, pp.57-59: “Atendiendo a su Exposición de motivos y a sus concretas directrices podríamos configurar la estructura básica del convenio de gestación por sustitución para una futura regulación en nuestro ordenamiento jurídico” deduciendo de ella, aspectos como la capacidad de obrar plena y el consentimiento voluntario de las parte intervinientes, la irrevocabilidad del consentimiento prestado, la posibilidad de que el hijo conozca el origen biológico e incluso, en base a la Instrucción, considera este autor la posibilidad de recomendar pero no exigir que al menos uno de los padres intervinientes sea progenitor biológico.

⁴³⁶ LASARTE ÁLVAREZ, C. “La reproducción asistida y la prohibición legal de maternidad subrogada admitida de hecho por vía reglamentaria”, cit., p.12.

⁴³⁷ PÉREZ VAQUERO, C., “Diez claves para conocer los vientres de alquiler”. *Noticias Jurídicas*. Artículos Doctrinales: Generalidades, diciembre de 2010, en: <http://noticias.juridicas.com/articulos/00-Generalidades/201012-8941256875258.html>

conducta que nuestro ordenamiento prohíbe. ¿No se estaría reconociendo in genere esta institución en nuestro ordenamiento jurídico por una vía, la reglamentaria, distinta de la procedente?⁴³⁸ En efecto, basándonos en el carácter de norma de orden público del art 10 LTRHA, no es que se pretenda otorgar ciertos efectos jurídicos a una institución prohibida por el Derecho Español, sino que se está proponiendo la recepción sustantiva de la misma, lo que no es admisible.

A pesar de todo ello, según informa la revista *La Ley Derecho de Familia*, la Dirección General de los Registros y del Notariado emitió un informe, de fecha 11 de julio de 2014, en relación al régimen registral de la filiación de los nacidos fuera de España mediante gestación por sustitución, tras la sentencia del TS de 6 de febrero de 2014, que rechazaba dicha inscripción. Según dicho Informe, la DGRN establece que: “[e]n el estado legislativo y jurisprudencial actual, la instrucción de 5 de octubre de 2010, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución está plenamente vigente, por lo que debe seguir siendo aplicada por los Registros Civiles españoles a fin de determinar la inscribibilidad del nacimiento y filiación en los casos que entran en su ámbito de aplicación, sin que la Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014 constituya un obstáculo legal para ello” Y todo ello, señala el Centro Directivo, "con independencia de las modificaciones de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil, que puedan tramitarse en la materia a fin de dotarla de mayor

⁴³⁸ Para VELA SÁNCHEZ la revisión, de la radical prohibición de la maternidad subrogada, es a su juicio, el problema de fondo que ha de ser afrontado en nuestro ordenamiento jurídico a través de una regulación realizada a través de la debida modificación normativa, respetando el sistema jerárquico de fuentes (art 9.3 y 1.2 Cc), en vez de conculcarlo sistemática y frontalmente, mediante el recurso a la vía reglamentaria a base de voluntaristas resoluciones e Instrucciones de la DGRN. VELA SÁNCHEZ, A.J., *La maternidad subrogada: estudio ante un reto normativo*, cit., p. 65. En el mismo sentido FARNÓS AMORÓS para quién “Si en último término se pretende otorgar efectos jurídicos a la gestación por sustitución, la respuesta debe venir exclusivamente del legislador, a través de una reforma del art 10 LTRHA que regularizara los contratos de gestación por sustitución celebrados cumpliendo las garantías mínimas que el legislado considere necesario de acuerdo con los principios de nuestro ordenamiento” FARNÓS AMORÓS, E., “Acceso a la reproducción asistida por parejas del mismo sexo en España: estado de la cuestión, propuestas y retos”, cit., p.177.

seguridad jurídica."⁴³⁹ El texto definitivo de la Ley del Registro Civil, como hemos dicho nada dice de la gestación por sustitución.

Esta contradicción interna se hace todavía más evidente si tenemos en cuenta:

1. Que en España, de facto, se está admitiendo la **publicidad** de agencias intermediarias⁴⁴⁰ y, sin embargo, Reino Unido que admite maternidad subrogada prohíbe la publicidad y la intervención de agencias intermediarias.

2. La jurisprudencia reciente del TEDH (STEDH, DE 26 DE JUNIO DE 2014 en los asuntos MENNESSON Y LABASSEE VS FRANCE y STEDH, de 27 de enero de 2015 en el asunto *PARADISO ET CAMPANELLI vs. ITALIE* que examinamos a continuación y que mientras para algunos autores limita determinadamente la eventualidad de entender contrario al orden público interno el reconocimiento, en los Estados miembros del Convenio, de la filiación legalmente establecida en país extranjero por sentencia judicial, incluso si deriva de un convenio de gestación por sustitución o encargo, pues deben salvaguardarse los derechos a la vida privada y familiar y a la identidad del niño así nacido, en base al principio cardinal del interés superior del menor,⁴⁴¹ para otros esta jurisprudencia permite proteger a menores y madres sustitutas a través de cláusulas como el orden público, al tiempo que se garantiza el derecho a la vida privada y familiar de los implicados puesto que este derecho no pasa necesariamente por un reconocimiento sin condiciones de filiaciones constituidas en el extranjero.

⁴³⁹ LAMM, E., "Gestación por sustitución. La importancia de las sentencias del Tribunal Europeo de derechos humanos y su impacto" *Ars Iuris Salmanticensis*, vol. 2, 2014, p. 48.

⁴⁴⁰ <http://www.subrogalia.com/es/>

⁴⁴¹ VELA SÁNCHEZ, A. J "Los hijos nacidos de convenio de gestación por sustitución "pueden" ser inscritos en el registro civil español A propósito de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 26 de junio de 2014", cit., p.3-4.

2. La jurisprudencia del TEDH en relación con la gestación por sustitución

En la última década el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) ha tenido ocasión de pronunciarse sobre la reproducción asistida vinculándola con derechos de la esfera privada de la persona y el desarrollo de la personalidad (derecho a fundar una familia, derecho a la intimidad personal y familiar, derecho a la no discriminación). La generalización de estas técnicas ha planteado problemas acerca de su acceso y utilización y ha suscitado controversias de diversa índole, enmarcados en el más amplio debate acerca de los denominados “derechos reproductivos”, de su reconocimiento y de su protección. El TEDH, en distintos asuntos ha entrado a examinar el alcance de la procreación médica y los derechos a ella asociados dándoles cabida en el sistema del Convenio Europeo de Derechos del Hombre (CEDH) a partir de una interpretación amplia de los derechos reconocidos en el mismo. A través de los litigios planteados hemos ido conociendo los conflictos derivados o que pueden derivar de la reproducción humana asistida, así como los intereses y derechos que se ven implicados en el empleo de sus técnicas. La gestación por sustitución también ha sido objeto de examen por el TEDH. Dos aspectos en particular centran nuestra atención: por un lado, la amplitud con la que se concibe el artículo 8 CEDH en la que queda incluida la decisión de tener un hijo ⁴⁴² ; por otro, el valor dado al consenso europeo y al margen de discrecionalidad de los Estados, como parámetros para resolver los conflictos planteados, ⁴⁴³ parámetros que unidos al principio de justo equilibrio han sido utilizado por el TEDH para valorar la desproporcionalidad de la interferencia estatal con los derechos del reclamante y para imponer a los Estados sujetos

⁴⁴² Y también el TEDH entiende que el acceso a la procreación médica queda comprendido en el derecho al respeto de la vida privada que recoge el artículo 8 de la Convención europea, como derecho a recurrir a las técnicas reproductivas artificiales.

⁴⁴³ Las cuestiones en litigio permiten entrar a valorar las legislaciones de los Estados parte de la Convención en una materia caracterizada por la heterogeneidad normativa. Recientes sentencias del Tribunal de Estrasburgo han tenido por objeto el análisis y valoración de las regulaciones aprobadas por los Estados miembros del Convenio europeo en relación con la procreación artificial. La Corte europea ha tenido ocasión de pronunciarse sobre la prohibición al acceso de la fecundación heteróloga, el diagnóstico genético preimplantacional (PGD), la recuperación de embriones creados in vitro criopreservados, la inseminación artificial, la fecundación in vitro, el destino de los embriones sobrantes y la implantación de embriones

del Convenio obligaciones positivas a fin de hacer efectivo, en ocasiones, un supuesto derecho a procrear no reconocido en el Convenio.

3. El derecho a la vida privada y familiar en la jurisprudencia del TEDH. Del acceso a las técnicas de reproducción asistida como derecho a procrear.

El derecho a la salud no se encuentra explicitado, de manera general, entre los derechos reconocidos y protegidos por el Convenio Europeo de Derechos Humanos, y tampoco figura en su elenco un derecho a la salud sexual o reproductiva, con carácter particular.⁴⁴⁴ Este Convenio, firmado en 1950 por los países parte del Consejo de Europa, protege derechos civiles y políticos, esencialmente, derechos humanos y libertades fundamentales de la persona. Tampoco en las modificaciones y desarrollo que ha sufrido el Convenio mediante protocolos adiciones se ha añadido su reconocimiento expreso.

El encaje de nuevos derechos en la esfera de protección del Convenio europeo ha tenido y tiene lugar a partir de una interpretación extensiva de su texto que es llevada a cabo por el TEDH.

Como dice Vidal Martínez, *“El Derecho Europeo en general, y el Derecho Español en particular, están siendo fuertemente influenciados por la doctrina foránea del right to privacy que exalta la autonomía de la persona sin más límite que el interés extrínseco del Estado, habiendo dado lugar en la jurisprudencia americana a la doctrina de los derechos reproductivos y al derecho a decidir (de la mujer) sobre la propia salud sexual y reproductiva que*

⁴⁴⁴ Si se reconoce, en cambio el derecho de todo ser humano a fundar una familia, Así el art 12 del Convenio Europeo de derechos Humanos: "A partir de la edad núbil, el hombre y la mujer tienen el derecho de casarse y de fundar una familia según las leyes nacionales que rigen el ejercicio de este derecho". En similares términos la Declaración Universal de Derechos Humanos (art 16), El Pacto de Derechos Civiles y Políticos (art 23.2),o la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art 17.2).

incluye como reverso y dramática secuela la implantación del “derecho al aborto”, lo que dificulta la correcta aplicación de las normas y principios establecidos en relación con las técnicas de reproducción asistida, así como los avances en embriología y genética humanas, que trascienden con mucho el ámbito de cualquiera de los ordenamientos positivos, cada vez más interdependientes, en la era de la globalización.”⁴⁴⁵

De esta forma, en el marco de lo que se han venido a llamar derechos reproductivos, se ha reconocido por TEDH el derecho a la integridad física y moral de la mujer embarazada, el derecho a la autonomía personal, el derecho al respeto de la decisión de ser o no ser padre en el sentido biológico del término, la libertad de recibir o de comunicar informaciones sobre el aborto y cuestiones de salud sexual y reproductiva, así como el derecho de una pareja a concebir un hijo y acceder para tal fin a la reproducción asistida prevista por la ley.

En particular, la consideración de los nuevos derechos que surgen del acceso y utilización de las técnicas de reproducción asistida, previstas en las legislaciones europeas, se ha efectuado a partir de una concepción expansiva de la noción de “vida privada” que se reconoce como derecho en el artículo 8 CEDH. En efecto, en los conflictos que nos ocupan los demandantes invocan la vulneración de derechos reconocidos en el CEDH resultantes de las previsiones normativas nacionales en materia de procreación médica. Pero, en todos ellos, el punto común es la aplicación por la Corte estrasburguesa del artículo 8 del Convenio europeo como eje para dirimir los asuntos y en el que se reconoce el derecho al respeto de la vida privada. Sobre esta virtualidad expansiva el TEDH ha sostenido que la vida privada y familiar comprende el derecho a respetar la decisión de tener o no tener un hijo, bien sea en el sentido genético a partir de gametos de los propios padres⁴⁴⁶, bien en sentido

⁴⁴⁵ VIDAL MARTÍNEZ, J “Acerca del derecho a la protección de la salud en relación con los avances en biomedicina desde la perspectiva del derecho español” *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, nº. 2, 2015, p. 35.

⁴⁴⁶ Asuntos Evans c. Reino Unido, apartado 71; Dickson c. Reino Unido, apartado 66

biológico a partir de terceros donantes⁴⁴⁷. Comprende también la decisión de usar las técnicas de reproducción asistida, cuando la legislación estatal regula el uso de las mismas, así como la decisión de disponer de los embriones congelados, hacer efectivo el proyecto de implantación.

La noción de vida privada no es fácil de definir, es sin duda una noción compleja. Se emplean por igual las expresiones de “vida privada”, “intimidad,” “esfera privada”, “ámbito íntimo”. En España la legislación civil y penal suele recurrir a la expresión intimidad y no al concepto de vida privada. Sin embargo, esta última es la denominación que para la materia utiliza el Convenio Europeo de Derechos Humanos, en concreto en su artículo 8. El TEDH realizando una labor hermenéutica ha ido ampliando los contornos de este derecho otorgando al derecho a la vida privada un sentido mucho más amplio que el derecho al intimidad y cercano a la doctrina americana del *right to privacy*, entendiendo que comprende la esfera en que cada uno puede realizar libremente su personalidad, incluido el derecho a desarrollar relaciones con otras personas y con el mundo exterior. Cuestión que se plantea relevante en la medida en que permite en cierta forma al Tribunal establecer una cierta distinción entre intimidad y vida privada, en la medida que ya no considera a esta última como el “círculo íntimo” de una persona. Así, la vinculación de la noción de vida privada con la idea de desarrollo de la personalidad y la libertad de tomar decisiones concernientes a la propia vida han hecho del reconocimiento del derecho al respeto a la vida privada un derecho con contornos maleables utilizado en ocasiones por la Corte Suprema para garantizar una amplia esfera de autonomía de actuación y desarrollo personal.

En materia de reproducción asistida el Tribunal reconoció que el derecho al uso de las técnicas de procreación artificial está incluido en el ámbito protegido por el art. 8 del Convenio, pero matiza Tribunal que estos no comprenden la obligación de que un Estado regule la procreación asistida sino que, por el contrario, se reconoce la completa discrecionalidad de que dispone cada Estado para permitir o no la práctica de estas técnicas y establecer en su

⁴⁴⁷ Asunto S.H y otros c. Austria, apartado 82.

caso la correspondiente legislación Por ello, a la vista de la Jurisprudencia del TEDH⁴⁴⁸ cabe colegir, que el citado derecho a la reproducción mediante TRA tiene un carácter contingente y variable, dependiente de que el Estado acepte la práctica de la procreación artificial y de los términos en que queden regulados, a diferencia de la libertad de procrear ínsita en el derecho al matrimonio y a la fundación de la familia (art. 12 del Convenio Europeo de Derechos Humanos).

Sin embargo una vez admitido esto y merced a esta interpretación ampliativa del derecho a la vida privada más allá de la intimidad del individuo e influida por la corriente de los derechos reproductivos, el TEDH ha llegado a incluir en la art 8 CEDH “el derecho-deseo a tener un hijo sano”. Así, en el asunto *Costa y Pavan c. Italia*⁴⁴⁹ aunque el Tribunal define el interés de la pareja demandante a tener un hijo sano como un “deseo” en vez de como un “derecho”, esta calificación no trasciende a la hora de otorgarle la protección prevista en el artículo 8 CEDH, y considera que este “deseo” sí resulta amparado por la Convención.⁴⁵⁰

⁴⁴⁸ VIDAL MARTÍNEZ, J., “Acerca de la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Caso S.H. y Otros contra Austria en TEDH 2010/56 de 1 de abril, en materia de reproducción humana y su incidencia en el panorama legislativo europeo”, cit., p. 155-201, comenta la Sentencia del TEDH 2010/56 que acoge favorablemente el recurso de cuatro ciudadanos austriacos (dos parejas casadas) contra el Estado Austríaco que alegaron que las prohibiciones contenidos en las Ley Austríaca de 1992 de procreación artificial impidiendo el uso de óvulos y semen en la fecundación in vitro habían generado un trato discriminatorio para los demandantes, vulnerando el art. 14 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. El Tribunal reconoció que el uso de las técnicas de procreación artificial está incluido en el ámbito protegido por el art. 8 del Convenio, pero sin que ello implique obligación por parte del Estado de permitir o regular las citadas técnicas, evitando si lo hace incurrir en discriminación. De esta afirmación deduce el autor el carácter contingente del derecho a utilizar técnicas reproductivas respecto a la libertad inherente a la persona humana insita en el derecho a fundar una familia (art. 12 Convenio).

⁴⁴⁹ Sentencia de 28 de agosto de 2012, los demandantes son una pareja italiana que sufre una enfermedad que se puede transmitir al hijo. Con anterioridad la pareja había tenido un hijo que había sido afectado por la enfermedad. En 2010, para evitar el riesgo de transmitir la enfermedad, solicitan un diagnóstico genético preimplantacional (PGD), técnica que permite identificar la enfermedad genética del embrión en el marco de una fecundación in vitro implantando aquel que no estuviese afectado. La prueba fue denegada porque la legislación italiana solo permite la reproducción asistida a parejas estériles o infértiles.

⁴⁵⁰ BELLVER CAPELLA, V., “Bioética y dignidad de la persona”, en CONTRERAS, F.J., y otros, *El sentido de la libertad. Historia y vigencia de la idea de ley natural*, Barcelona, Stella Maris, 2014 pp. 315-358 (en particular, p. 356), destaca

En el asunto Costa y Pavan c. Italia, el análisis de la protección otorgada al embrión se hace en comparación a la alternativa de abortar un feto (autorizado por la ley). La Corte subraya dos aspectos: que la noción de “niño” no es asimilable a la de embrión y responde así al argumento del gobierno italiano que fundamenta la prohibición del acceso a la técnica debatida sobre la base de la protección de la salud del niño; que las consecuencias de abortar un feto, cuyo estado de desarrollo es más avanzado que el de un embrión, son más trascendentes que aquellas que se derivan de una selección in vitro de un embrión. Se vuelve aquí a poner el acento en el valor de la autonomía de la voluntad y la libertad individual como aspecto significativo en la configuración del derecho de acceso y utilización de las técnicas de reproducción asistida. Es cierto que este proceso se realiza en el marco de las disposiciones legales pero da a entender que el embrión no es una persona humana en la medida en que puede ser instrumentalizado. Reconocido como incluido en el artículo 8 el derecho a procrear un hijo no afectado por una enfermedad, el Tribunal considera inadecuado que el único medio para garantizar este derecho sea el aborto unido con el diagnóstico prenatal. En cuanto al acceso al diagnóstico genético pre-implantacional (D.P.I.), el Gobierno reconoció explícitamente que en la legislación interna se prohíbe el acceso a este diagnóstico a cualquier clase de personas. La prohibición en cuestión, por tanto, constituye una

la amplia aceptación social de lo que se ha venido en llamar “medicina del deseo”, cuyo paradigma es la fecundación in vitro y la sucesiva externalización de todos los procesos ligados a las nuevas formas de reproducción humana, al tiempo que se atisban posibilidades inconcebibles hace unos pocos años, en relación con el “mejoramiento humano” y el “posthumanismo”.

En este sentido VIDAL MARTÍNEZ afirma “A la vista de la Jurisprudencia del TEDH cabe colegir, que el citado derecho a la reproducción mediante TRA tiene un carácter contingente y variable, a diferencia de la libertad de procrear insita en el derecho al matrimonio y a la fundación de la familia (art. 12 del Convenio Europeo de Derechos Humanos). Pero, habrá que analizar en cada caso la legitimidad de actuaciones médicas que actualmente posibilita el desarrollo tecnológico. Así, La Sentencia del TEDH de 28 de agosto de 2012, en el caso Costa y Pavan contra Italia, admite implícitamente la alegación del Gobierno italiano de que el Convenio no protege el derecho a tener un hijo sano, pero constata que el derecho alegado por los demandantes era el de utilizar las técnicas de procreación asistida y el DPI para procrear un hijo que no estuviera afectado de mucoviscidosis y este deseo de los demandantes, sí resultaba protegido por el artículo 8 de la Convención, constituyendo una forma de expresión de su vida personal y familiar VIDAL MARTÍNEZ, J “Acerca del derecho a la protección de la salud en relación con los avances en biomedicina desde la perspectiva del derecho español” cit., p.36.

injerencia en el derecho de los demandantes al respeto de su vida privada y familiar. El Tribunal no se limita a escrutar el conflicto desde la ausencia de un acuerdo claro entre los Estados parte y la presunción de compatibilidad de la legislación establecida, sino que da un paso adelante y realiza un examen más estricto que le lleva a considerar el concreto contenido de la regulación y a evaluar su efectiva proporcionalidad y la coherencia del sistema.

En definitiva la jurisprudencia del TEDH, a partir de una interpretación basada en la hegemonía de la autonomía de la persona sin más límite que el interés extrínseco del Estado, ha introducido muy diversos contenidos en el objeto del derecho a la vida privada consagrado en el art 8 del Convenio, llegando a comprender, “el derecho al hijo”.

Frente a ello entiende VIDAL MARTÍNEZ que “La construcción jurídica de los derechos de la personalidad, que reconoce bienes y derechos inherentes al ser humano que no pueden ser objeto de renuncia o disposición como regla general salvo que exista una causa justificada en Derecho, apoyada en el principio de dignidad de la persona que emerge hoy en Europa y a escala internacional, permite , en mi opinión, modificar y completar el alcance de la doctrina de los derechos reproductivos, protegiendo más eficazmente a la persona en la actual etapa de desarrollo tecnológico, en tanto se concilia la dignidad y la libertad humanas sin suprimir, en relación con los distintos agentes, la responsabilidad derivada de los actos realizados en detrimento de los bienes y derechos de la personalidad.”⁴⁵¹

4. Las Sentencias del TEDH, de 26 de junio de 2014

El Tribunal Europeo de los Derechos Humanos dictó una sentencia de fecha 26 de junio de 2014, en los asuntos 65192/11 (Mennesson vs Francia) y 65941/11 (Labassee vs Francia). Los casos se referían a la negativa a

⁴⁵¹ *Ibid.*, p.37

conceder el reconocimiento legal en Francia, de las relaciones entre padres e hijos que se había establecido legalmente en los Estados Unidos, entre los niños nacidos como consecuencia de un tratamiento de gestación por sustitución y las parejas que habían accedido al tratamiento.

En ambos casos, el Tribunal de Justicia declaró, por unanimidad, que no había violación del artículo 8 (derecho al respeto de la vida privada y familiar) del Convenio Europeo de Derechos Humanos, en relación con el derecho de los demandantes al respeto de su vida familiar pero sí una violación del artículo 8 en relación con el derecho del niño al respeto de su vida privada.

La Corte observa que las autoridades francesas, a pesar de ser conscientes de que los niños habían sido identificados en los Estados Unidos como los hijos de los señores Mennesson y el señor y la señora Labassee, sin embargo, determinó negarles este estado bajo el derecho francés. Considera el Tribunal que esta contradicción socavaba la identidad de los niños dentro de la sociedad francesa. El Tribunal señaló además que la jurisprudencia francesa había impedido por completo el establecimiento de una relación jurídica entre los hijos nacidos como resultado de tratamiento de subrogación en el extranjero y su padre biológico y que ello sobrepasó el amplio margen de apreciación dejado a los Estados en la esfera de las decisiones relativas a la maternidad subrogada.

En el primer caso, Asunto Mennesson vs. France. Los Mennesson, un matrimonio de nacionalidad francesa y residencia en Francia, no podían tener hijos debido a la infertilidad de la mujer. Después de haber intentado la fecundación in vitro con sus propios gametos, decidieron recurrir a la fecundación in vitro utilizando el esperma del Sr. MENNESSON y óvulos de una donante. Los embriones producidos fueron implantados en el útero de otra mujer. Para ello se trasladaron a California, donde este tipo de TRA está permitida por la ley, y celebraron un contrato de gestación por sustitución. Por sentencia de 14 de julio de 2000, el Tribunal Supremo de California, declaró la paternidad legal de los Mennesson con el consentimiento de todas las partes implicadas (los padres de intención, la mujer subrogada y, en este caso, el

marido de la misma). La sentencia también precisaba que en el acta de nacimiento, los Menesson, debían figurar como padre y madre de las niñas. El 25 de octubre de 2000, nacieron dos gemelas. A principios de noviembre de 2000, el Sr. Menesson acudió al Consulado francés en los Ángeles solicitando la transcripción del acta de nacimiento y la inscripción de las hijas en su pasaporte para poder entrar con ellas en Francia. Los servicios consulares se opusieron a tal solicitud, al sospechar que estaban ante un caso de gestación por sustitución, prohibido por la legislación francesa –no se aportó la prueba física del parto de la esposa–. La administración federal americana había expedido a las gemelas los pasaportes estadounidenses en los que los Menesson, figuraban como sus padres. Así fue como los cuatro pudieron entrar en Francia en noviembre de 2000. En mayo de 2001, el Ministerio Fiscal interpuso una acción penal fundada en el art. 227-12 Código Penal francés relativa al delito de simulación de parto y alteración del estado civil. Ésta fue archivada tres años después, -el 30 de septiembre de 2004-, en virtud del principio de territorialidad de la ley penal. El 16 de mayo de 2003, el Ministerio Fiscal instó una acción civil ante el Tribunal de Grande Instance de Créteil, sobre la base del art. 16-7 y art. 16-9 CC francés, que prohíbe la maternidad subrogada, al objeto de solicitar la transcripción de oficio de las actas de nacimiento en el Registro Civil francés, pero a los únicos efectos de interesar la anulación de la misma por contravenir el orden público, en particular: el principio de indisponibilidad del cuerpo humano y el estado civil de las personas. Por tanto, ni la Sentencia del Tribunal Supremo de California de 14 de julio de 2000 ni la certificación extranjera de nacimiento fundada en la misma, podían ser reconocidas en Francia. Por Sentencia de 13 de diciembre de 2005, el mencionado tribunal desestimó la demanda por considerar que no reunía determinadas condiciones legales. Con posterioridad, la Court d'Appel de París, por sentencia de 25 de octubre de 2007, rechaza la acción de nulidad del Ministerio Fiscal. Y ello, sobre la base de que el Ministerio Público no se había opuesto al reconocimiento de la decisión californiana ni a los documentos públicos californianos relativos al estado civil sobre la base del art. 47 del CC, relativo a la transcripción en el Registro, sin necesidad del exequatur, de las actas relativas al estado civil extranjeras. De igual forma, invoca un orden público internacional atento al interés superior del menor, sobre la base del art.

3 del Convenio de Naciones Unidas sobre Derechos del Niño (1989). Esta decisión fue recurrida por el Abogado General del Tribunal de apelación en un recurso de casación en interés de ley, ante la Court de Cassation, el 17 de diciembre de 2008. Pero, el alto tribunal se limita a resolver la cuestión relativa a la facultad del Ministerio Fiscal, considerando su demanda admitida, esto es, el Ministerio Fiscal tenía facultad para instar la anulación por motivos de orden público. La Court de Cassation omite la referencia al interés superior del menor no tomando partido por las cuestiones de fondo, y reenvía la cuestión al Tribunal de Apelación. Por sentencia de 18 de marzo de 2010, la Cour d'Appel de París, ordena anular la transcripción de las certificaciones de nacimiento y proceder a la transcripción de la sentencia al margen de la inscripción de nacimiento anulada. Los argumentos sobre los que fundamenta su decisión el citado tribunal son los siguientes: 1º) las actas de nacimiento han sido establecidas sobre la base de una sentencia californiana que declara padres legales de las menores a los Srs. Mennesson, por tanto, tales actas son indisociables de la decisión judicial, y su eficacia queda subordinada a la regularidad internacional de esta última; 2º) Para que una decisión judicial extranjera pueda ser reconocida en Francia es necesario que se cumplan tres condiciones: a) competencia indirecta el juez extranjero fundada en un vínculo del litigio con la jurisdicción de origen; b) conformidad con el orden público internacional francés y; c) ausencia de fraude de ley; 3º) los contratos de gestación por sustitución están prohibidos en Francia, considerándose nulos de pleno derecho, por tanto sin necesidad de buscar si existe o no un fraude de ley, cabe afirmar que la sentencia californiana que valida indirectamente un contrato de gestación por sustitución es contraria al orden público internacional; 4º) La invocación del interés superior del menor no puede permitir, hacer válido a posteriori un proceso cuya ilicitud está consagrada por el legislador francés, además, la ausencia de inscripción no tiene por efecto privar a los dos niñas de su estado civil americano e impugnar el vínculo de filiación que les ha sido reconocido por el derecho californiano. Los Mennesson recurrieron en casación haciendo valer, de una parte, el desconocimiento del interés del menor, en el sentido del art. 3.1 Convención de Naciones Unidas sobre derechos del niño-, y de su derecho a tener reconocida una filiación estable, y de otra, una vulneración del art. 8 Convenio Europeo de Derechos Humanos en sí mismo

considerado y en relación con el art. 14 de la misma Convención. Además sostienen que la sentencia extranjera que reconoce la filiación de un hijo respecto a una pareja que ha celebrado válidamente un contrato de gestación por sustitución con una mujer subrogada no es contraria al orden público internacional, que no puede confundirse con el orden público interno.

En el segundo caso *Asunto Labassee vs France*. A grandes rasgos, el *Asunto Labassee* coincide con el supuesto de hecho del *Asunto Mennesson*, algo que explica que haya sido resuelto de la misma manera por el TEDH. En este caso concreto, se trataba también de un matrimonio francés con residencia en Francia. Como consecuencia de un problema de infertilidad de la esposa, deciden celebrar un contrato de gestación por sustitución en EEUU (Minnesota). La paternidad legal de los Labassee queda establecida mediante resolución judicial americana. Nacida la niña, esta fue inscrita en el Registro civil de aquél país. Unos años más tarde, las autoridades francesas se niegan a inscribir el acta de nacimiento y filiación extranjera por considerarla contraria al orden público internacional francés. Es entonces cuando los Labassee intentan la inscripción de la filiación recurriendo a la figura de la posesión de estado.⁴⁵²

En ambos casos las reclamaciones de los demandantes fueron desestimados en última instancia por el Tribunal de Casación, el 6 de abril de 2011. Según la Court de Cassation, el contrato de gestación por sustitución es nulo en Francia por ser contrario al orden público internacional francés, que establece la indisponibilidad del cuerpo humano y del estado de las personas (Arts. 16-7 y 16-9 del Código Civil francés).⁴⁵³ Cuando el nacimiento es el

⁴⁵² En el caso *Labassee*, la pareja no impugnó la negativa de registrar el nacimiento, pero trató de que la relación jurídica reconocida sobre la base del disfrute de facto del estado ("posesión de estado"). Obtuvieron un "acte de notoriété", un documento emitido por un juez que acredita la condición de hijo o hija, es decir, la existencia de una relación padre-hijo de facto, pero el fiscal se negó también a su registro.

⁴⁵³ Sobre la gestación por sustitución recae en el Derecho francés una prohibición de orden público (art. 16-9 del Código Civil). Todo pacto o contrato con este fin, aunque pueda ser lícito en el extranjero, resulta contrario al principio de indisponibilidad del estado de las personas, por lo que será nulo conforme a lo dispuesto en el artículo 16-7 del Código Civil. Admitir la inscripción equivaldría a aceptar tácitamente que el derecho interno fuera derogado, poniéndose en entredicho la coherencia interna de la prohibición.

resultado, en fraude de la ley francesa, de un convenio de gestación por sustitución lícito en el extranjero, está viciado de nulidad. La Court de Cassation niega así cualquier efecto que se pueda derivar del contrato de gestación por sustitución. Si bien los recurrentes invocaron el art. 8 del Convenio (respeto a la vida privada y familiar) por los inconvenientes que para el núcleo familiar y el perjuicio que para el interés superior del menor se derivaban de no poder obtener en Francia el reconocimiento de una filiación legalmente reconocida en el extranjero, el Tribunal de Casación francés consideró que la gestación por sustitución impide absolutamente el establecimiento del vínculo de filiación con los comitentes, sea mediante la inscripción de las actas de nacimiento expedidas en el extranjero, sea mediante la inscripción del acta de notoriedad de la relación de filiación fundada en que los solicitantes han criado y educado al niño desde su nacimiento (posesión de estado), sea mediante la constatación de la filiación biológica paterna, sea mediante la adopción. El Tribunal de Casación manifestó que “en presencia de este fraude ni el interés superior del niño garantizado por el artículo 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, ni el respeto a la vida privada y familiar en el sentido del artículo 8 de la Convención (...) podían ser invocados útilmente”.

Además, y según el citado tribunal, esta situación no había privado a los menores de la filiación materna y paterna legalmente reconocida por las leyes de California y Minnesota, ni se les había impedido vivir con sus padres de intención en Francia, no vulnerando ni el derecho al respeto de la vida privada y familiar (art. 8 CEDH), ni el interés superior del menor garantizado por el art. 3.1 CNUDN.

Tras esta decisión y basándose en el artículo 8 (derecho al respeto de la vida privada y familiar) del Convenio, las partes demandantes denunciaron ante el TEDH el hecho de que, en detrimento de los mejores intereses de los niños, habían sido incapaces de obtener el reconocimiento en Francia de las relaciones filiales que habían sido legalmente establecidas en el extranjero. Los demandantes en el caso MENNESSON alegaron, en particular, una violación

del artículo 14 (Prohibición de la discriminación)⁴⁵⁴ en relación con el artículo 8, con el argumento de que su incapacidad para obtener el reconocimiento coloca a los niños en una situación jurídica discriminatoria en comparación con otros niños en el ejercicio de su derecho al respeto de su vida familiar. En tercer lugar se aducía una contravención del art 12 CEDH⁴⁵⁵, ya que los reclamantes se quejaban de una violación de su derecho a fundar una familia resultado de la negativa de las autoridades a reconocer el lazo de filiación entre ellos y los menores. Finalmente se argüía incluso una trasgresión del artículo 6 CEDH, relativo al derecho a un proceso equitativo.⁴⁵⁶

Las solicitudes fueron presentadas ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos el 6 de octubre de 2011. Las demandas fueron turnadas a la misma sección del Tribunal, que acordó su instrucción simultánea, dictando sentencia en el mismo día y en base a los mismos argumentos

5. Los razonamientos y principios invocados por las Sentencias del TEDH.

En los conflictos que nos ocupan los demandantes invocan la vulneración de derechos reconocidos en el CEDH resultantes de las previsiones normativas nacionales en materia de procreación médica. En todos ellos, el punto común es la aplicación por la Corte estrasburguesa del artículo 8 del Convenio

⁴⁵⁴ Art 14 que titulado “Prohibición de discriminación”, señala que “El goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación.”

⁴⁵⁵ Art 12 que titulado, “Derecho a contraer matrimonio” señala que “A partir de la edad núbil, el hombre y la mujer tienen derecho a casarse y a fundar una familia según las leyes nacionales que rijan el ejercicio de este derecho.”

⁴⁵⁶ Art 6 que titulado “Derecho a un proceso equitativo” señala que “ 1. Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un Tribunal independiente e imparcial, establecido por ley, que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil o sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella...”

europeo como eje para dirimir los asuntos y en el que se reconoce el derecho al respeto de la vida privada. Establece el citado precepto que:

“1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia”.

“2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás”.

Las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en los casos Labassee y Mennesson, cuyos fundamentos relevantes son coincidentes, señalan que este precepto es aplicable, tanto en su aspecto "vida familiar" como en su aspecto de "vida privada". En primer lugar, no había duda de que los cónyuges demandantes habían atendido a los niños como los padres desde su nacimiento y que los cuatro vivían juntos en una forma que era indistinguible de la "vida familiar" en el sentido aceptado del término. En segundo lugar, el derecho a la propia identidad es una parte integral del concepto de la vida privada y existe una relación directa entre la vida privada de los niños nacidos después del tratamiento de subrogación y la determinación legal de su filiación.

Partiendo del hecho admitido de que la negativa de las autoridades judiciales francesas a reconocer la relación de filiación constituye una injerencia en el derecho al respeto a la vida privada y familiar de los demandantes, el Tribunal de Estrasburgo constata que tal injerencia está “*prevista por la ley*” en el sentido del artículo 8 del Convenio.⁴⁵⁷ El Tribunal admite también que la injerencia litigiosa afecta a dos de los objetivos legítimos enunciados por el artículo 8: la “*protección de la salud*” y la “*protección de los derechos y libertades de los demás*”, al encuadrarse en el propósito de proteger a los niños y a las madres de sustitución, desde la concepción del ordenamiento jurídico francés. Considera que el rechazo de Francia a reconocer el vínculo de filiación

⁴⁵⁷ De manera que “ los demandantes no podían ignorar , en estas circunstancias que había al menos un grave riesgo de que el juez francés concluyera del modo en que lo hizo”(apartado 58)

entre los niños nacidos de una gestación por sustitución en el extranjero y las parejas que han recurrido a este método procede de la voluntad de desanimar a sus nacionales a recurrir fuera de Francia a un método de procreación que prohíbe en su territorio con el objetivo, de preservar a los niños y a la madre gestante.

El Tribunal examina a continuación si esta injerencia, prevista en la ley y que responde a fines legítimos, es “*necesaria en una sociedad democrática*”. En este sentido subraya que, consideradas las delicadas cuestiones éticas involucradas en el tema y la falta de consenso sobre el mismo en Europa, los Estados deben disponer de un amplio margen de apreciación en la toma de decisiones relativas a la gestación por sustitución. Sin embargo dicho margen debe ser reducido, matizado o relativizado cuando el problema se refiere a la filiación, en la medida en que ésta constituye un aspecto esencial de la identidad del niño. Así pues resulta “conveniente atenuar el margen de apreciación del que dispone el Estado en este asunto”.⁴⁵⁸ Por otra parte, incumbe al Tribunal decidir si se ha alcanzado un justo equilibrio entre los intereses del Estado y los de los individuos directamente afectados, habida cuenta en particular del principio esencial según el cual, cada vez que está en cuestión la situación de un niño, sus intereses deben prevalecer.

Por lo que se refiere a la injerencia en el derecho al respeto de la vida familiar de los recurrentes, el Tribunal observa que esta se ve necesariamente afectada por la falta de reconocimiento en el Derecho francés de la relación de filiación entre los hijos y los esposos que contrataron la gestación en el extranjero.

Pero constata que los obstáculos con los cuales se han encontrado los demandantes no son insuperables y que los demandantes no se han visto impedidos de disfrutar en Francia del derecho al respeto de su vida familiar. Se ha acreditado que padres e hijas se han podido establecer juntos en Francia

⁴⁵⁸ En efecto, “*cuando un aspecto particularmente importante de la existencia o de la identidad del individuo está en juego, el margen dejado al Estado se encontrará de ordinario restringido*” Apartado 77.

poco después del nacimiento, que viven juntos en una situación globalmente comparable a aquella en las que viven otras familias y que no se ha estimado que exista el riesgo de que las autoridades decidan separarles con motivo de su situación respecto del Derecho francés. Además, como consecuencia de un examen del caso concreto, los jueces franceses han estimado que las dificultades prácticas con las que se han encontrado los recurrentes no han excedido los límites que impone el respeto a la vida familiar. En consecuencia, según el Tribunal de Estrasburgo, se ha alcanzado un justo equilibrio entre los intereses de los recurrentes y los del Estado por lo que se refiere a su derecho al respeto a la vida familiar. Tal conclusión es plenamente consecuente con la línea jurisprudencial consolidada del TEDH basada en una concepción fáctica de las relaciones familiares.⁴⁵⁹

Sin embargo, por lo que se refiere al respeto de la vida privada de los niños así nacidos, el Tribunal de Estrasburgo aprecia en sus sentencias que estos se encuentran en una situación de incertidumbre jurídica: sin ignorar que los niños han sido identificados en el extranjero como hijos de los recurrentes, Francia les niega esta consideración en su ordenamiento jurídico, porque la gestación por sustitución impide absolutamente el establecimiento del vínculo

⁴⁵⁹ Tal criterio ha sido establecido por el TEDH, entre otras, en la STEDH, de 28 de junio de 2007, asunto nº 76240/01, en el asunto Wagner J.M.W.L. vs. Luxemburgo y en la STEDH, de 3 de mayo de 2011, nº 56759/08 dictada en el asunto Negreponitis-Giannisis vs. Grecia. El criterio sustentado en ambas decisiones parte de un denominador común basado en la protección de la vida familiar generada entre adoptantes y adoptando. Esta última además incide en la limitada operatividad de la cláusula de orden público. La denegación de reconocimiento y ejecución de una decisión extranjera que implique una injerencia en “la vida privada y familiar” con base en la interpretación de orden público, si no responde a una necesidad social imperiosa, supone que se haya hecho un empleo arbitrario y desproporcionado de la noción de orden público. Esta sentencia ampara el principio de favor recognitionis de las decisiones judiciales extranjeras. En este caso se trataba de la negativa fundada en el “orden público internacional griego” a dar efectos en Grecia a la adopción, perfectamente legal, constituida en EEUU, por sacerdote ortodoxo sobre su sobrino debido a que las tradiciones y normas religiosas seguidas en Grecia prohíben que los monjes adopten a otras personas. El TEDH consideró que dicha prohibición no forma parte de la legislación oficial griega y además, su observancia no constituye un eje cardinal de la cohesión jurídica de la sociedad griega. De ello se deriva además una vulneración de la “vida privada y familiar” del adoptado (art. 8 CEDH). Los tribunales del Estado requerido no pueden “ignorar una situación jurídica creada válidamente en el extranjero y que correspondía a una vida familiar con arreglo al art. 8 CEDH”, pues ello supone “rechazar el reconocimiento de los lazos familiares que ya existían de facto y prescindir de un examen de la situación”.

de filiación con los comitentes, sea mediante la inscripción de las actas de nacimiento expedidas en el extranjero, sea mediante la inscripción del acta de notoriedad de la relación de filiación por constar que los solicitantes crían y educan al niño desde su nacimiento, sea mediante la constatación de la filiación biológica paterna, sea mediante la adopción. El Tribunal considera que tal contradicción atenta al reconocimiento de su identidad en el seno de la sociedad francesa. Y así en el apartado 99 (asunto Menesson) y apartado 78 (asunto Labasse) se dice que *“Cabe la posibilidad de que Francia pueda querer disuadir a sus nacionales de recurrir al extranjero para utilizar un método de procreación que prohíbe en su territorio...Sin embargo, se deduce de lo anterior, que los efectos de la falta de reconocimiento en la ley francesa de parentesco entre los hijos así concebidos y los padres intencionales no se limitan a la situación de estos últimos, que sólo han hecho la elección de la modalidad de procreación que le reprochan las autoridades francesas: también afectan a los propios niños, pues el respeto al derecho de la vida privada, que significa que todo el mundo puede establecer la sustancia de su identidad, incluyendo su filiación, se encuentra afectado significativamente. Esto plantea una cuestión grave de la compatibilidad de esta situación con el interés superior de los niños, pues el respeto debe regir toda decisión que les concierna”*⁴⁶⁰ Por añadidura, a pesar de que sus padres biológicos sean franceses, las niñas se ven abocadas a una inquietante incertidumbre en cuanto a la posibilidad de ver reconocida su nacionalidad francesa, una indeterminación susceptible de afectar negativamente a la definición de su propia identidad. El Tribunal aprecia, además, que estas niñas no pueden heredar de los esposos recurrentes sino en tanto que legatarias de los mismos, de forma que los derechos sucesorios se calculan de forma menos favorable, evidenciando así otro elemento de la identidad filial del que se encuentran privadas. El derecho de las niñas derecho al respeto a la vida privada, que implica que cada uno pueda establecer la sustancia de su identidad, incluida su filiación, se encuentra significativamente afectada. Con ello se plantea una grave cuestión de compatibilidad entre esta situación y el interés superior de los niños, cuyo respeto ha de guiar cualquier decisión que les afecte. Según el

⁴⁶⁰ Traducción de VELA SÁNCHEZ, A. J., *Gestación por encargo. Tratamiento judicial y soluciones prácticas*, cit., p. 164.

Tribunal de Estrasburgo, este análisis adquiere un relieve especial cuando, como en los casos enjuiciados, uno de los miembros de la pareja es a la vez el que engendró al niño (en ambos casos, el marido era el padre biológico). En consideración a la importancia de la filiación biológica como elemento de la identidad de todo individuo, no cabe pretender que sea conforme con el interés superior del niño el privarle de un vínculo jurídico de esta naturaleza cuando la realidad biológica de dicho vínculo ha sido establecida y el niño y el padre afectados reivindican su pleno reconocimiento. Sin embargo, en los casos enjuiciados, no solo no ha sido admitida por los tribunales franceses la relación entre las niñas y sus respectivos padres biológicos con motivo de las solicitudes de transcripción de sus respectivas actas de nacimiento, sino que incluso su reconocimiento por vía de una demanda de paternidad, de adopción o por efecto de la posesión de estado, chocaría con la jurisprudencia prohibitiva establecida al respecto por el Tribunal de Casación francés.

Obstaculizando de esta manera tanto el reconocimiento como el establecimiento de su vínculo de filiación respecto de su padre biológico, el Estado francés ha ido más allá de lo que le permitía su margen discrecional, por lo que el Tribunal de Estrasburgo concluyó en ambos casos que se había ignorado el derecho de los niños al respeto a su vida privada, violando el artículo 8 del Tratado.

En definitiva, lo que lleva al Tribunal a considerar vulnerado el art. 8 del Convenio, en su aspecto de derecho a la vida privada de los menores, es que el ordenamiento francés, considerando que existe un vicio de origen, no permita el reconocimiento de la filiación entre los matrimonios comitentes y las niñas gestadas por subrogación por ningún medio (transcripción de actas de nacimiento, filiación biológica paterna, adopción, posesión de estado), y especialmente, que no admita el reconocimiento de la filiación paterna biológica, lo que merece al Tribunal un especial reproche pues “en faisant ainsi obstacle tant à la reconnaissance qu'à l'établissement en droit interne de leur

lien de filiation à l'égard de leur père biologique, l'État défendeur est allé au-delà de ce que lui permettait sa marge d'appréciation".⁴⁶¹

En consecuencia, se vulnera el derecho a la vida privada de las menores, protegido por el artículo 8 del Convenio, y así lo reconoce el TEDH, que, una vez constatado lo anterior, no considera necesario entrar en el análisis de una eventual vulneración de la prohibición de discriminación prevista en el artículo 14.

Recogiendo toda la fundamentación anterior del TEDH podemos extraer la siguiente doctrina jurisprudencial:

-- El TEDH dice que para garantizar el derecho al respeto a la vida familiar, el art. 8 CEDH presupone la existencia de una familia, pudiendo ser los vínculos familiares "de facto". Lo que importa a tal fin en este tipo de situaciones, es la realidad concreta de la relación de los interesados, algo que en el Asunto Mennesson y en el Asunto Labassee se cumple a todas luces.

--- El TEDH estima que resulta absolutamente necesario distinguir entre el derecho de los demandantes a su vida familiar y de otra, el derecho de los hijos al respeto a su vida privada.

--En el primer supuesto, -derecho de los demandantes a su vida familiar-, el TEDH llega a la conclusión de que la negativa por parte de las autoridades francesas a inscribir el nacimiento y filiación de las menores, aunque implica una serie de consecuencias negativas para el día a día, no impide en ningún caso el establecimiento de una vida familiar.

-- Respecto al derecho a la vida privada de las menores, el TEDH señala que el derecho a la identidad forma parte integral del mismo. Así sucede con la filiación con la que se inscribe cada individuo. El respeto a la vida privada exige

⁴⁶¹ *"Obstaculizando así tanto el reconocimiento como el establecimiento en Derecho interno de su relación de filiación respecto de su padre biológico, el Estado demandado ha ido más allá de lo que le permitía su margen de apreciación"*
Traducción de la autora.

que cada persona pueda establecer los detalles de su identidad como ser humano. En este caso concreto, existe una relación directa entre la vida privada de los niños nacidos de una gestación por sustitución y la determinación jurídica de su filiación. El TEDH recuerda que “el respeto de la vida privada exige que cada uno pueda establecer los detalles de su identidad como ser humano, algo que incluye su filiación, un aspecto esencial de la identidad del individuo está en juego desde el momento en que afecta a la filiación”. Denegando el reconocimiento de efectos a la sentencia extranjera, se admite la filiación de los menores conforme al derecho de otro Estado pero, paradójicamente, en el foro se impide la condición de hijos con todas las consecuencias negativas que ello conlleva, – nacionalidad, efectos sucesorios, responsabilidad parental, etc.– Es esta contradicción, y los obstáculos que se derivan de ella, la que atenta contra la identidad de las personas, y hace que el Estado que deniega la inscripción de la filiación en tales casos, sobrepase el margen de apreciación que le está permitido (art. 8 CEDH).

-- La negativa de las autoridades francesas de reconocer jurídicamente el vínculo de filiación por medio alguno –adopción, posesión de estado, incluso el biológico respecto del progenitor que aportó sus gametos- supone una injerencia en el derecho al respeto a la vida familiar de los demandantes.

-- Esta injerencia puede estar justificada. Algo que sucede cuando: a) está prevista por la ley y; b) se persiguen fines legítimos, siendo necesaria en una sociedad democrática para poder atenderlos (art. 8.2 CEDH). El término “necesidad” implica una injerencia fundada sobre una necesidad social imperiosa y, sobre todo, proporcional al fin legítimo perseguido.

-- Según el TEDH, la injerencia de las autoridades francesas en tal caso está perfectamente prevista en la ley y es previsible para las partes. Los fines que se persiguen son legítimos: la protección de la salud y la protección de los derechos y libertades de los individuos. La negativa en Francia de reconocer un vínculo de filiación entre los hijos nacidos en el extranjero de una gestación por sustitución y los padres de intención tiene por objeto desalentar a los ciudadanos a recurrir fuera el territorio nacional a una técnica de procreación

que está prohibida en su territorio con el fin de proteger al menor y a la madre gestante.

-- Los Estados, en atención a las cuestiones éticas controvertidas implicadas, gozan de un amplio margen de apreciación para permitir o no en su legislación esta forma de procreación y establecer qué consecuencias jurídicas tiene en los países de los padres y/o madres. El interés superior del menor se utilizará como criterio para determinar si el margen de apreciación libre de un Estado está o no dentro de los límites admisibles por el art. 8 del Convenio.

-- En el caso de los contratos de gestación por sustitución concurren ambos elementos. De un lado, no existe consenso entre los Estados sobre su regulación pero al mismo tiempo está en juego un aspecto esencial de la identidad de los individuos que afecta a su filiación. Por tanto, en estos casos se ha de buscar un justo equilibrio entre los intereses de los Estados y aquellos de los individuos directamente afectados, y haciéndolo se debe tener en cuenta el principio esencial del interés superior del menor, según el cual, cada vez que está en juego la situación de un niño, el interés superior de éste ha de prevalecer. En consecuencia, cuando se aplica la excepción de orden público para denegar la inscripción de las actas de nacimiento y filiación de los nacidos en el extranjero mediante gestación por sustitución, como hace el Estado francés en estos casos, resulta necesario verificar si el juez estatal ha tenido debidamente en cuenta la necesidad de establecer un justo equilibrio entre los intereses colectivos y los intereses de los afectados, especialmente: el interés superior del menor y el ejercicio de un derecho fundamental como es el ejercicio del derecho a la vida privada y familiar.

6. La STEDH, de 27 de enero de 2015 en el asunto *Paradiso et Campanelli vs. Italie*

Los esposos Paradiso y Campanelli demandan en su nombre y en el del niño nacido en Rusia en virtud de un contrato de gestación por subrogación, al

Estado italiano por infringir el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, sobre el derecho a la vida familiar, puesto que este último se niega a inscribir en el Registro civil el certificado emitido por las autoridades rusas y que reconoce a los esposos como padres del niño.

Después de acudir infructuosamente al uso de técnicas de fecundación *in vitro*, el matrimonio formado por la Sra. Donatina Paradiso y el Sr. Giovanni Campanelli, ciudadanos italianos residentes en Colletorto (Italia), optaron por realizar un contrato de gestación por sustitución con la empresa Rosjurconsulting de la Federación Rusa. Tras localizar una madre de alquiler, con la que se utilizaron técnicas de fecundación *in vitro*, en febrero de 2011 nació un bebé que, de acuerdo con la legislación rusa, fue inscrito como hijo de la Sra Paradiso y del Sr. Campanelli sin indicación de que había nacido a través de un acuerdo de maternidad subrogada. En abril de 2011 el Consulado de Italia en Moscú entregó los documentos que permitan al niño viajar a Italia. Pocos días después de la llegada a Italia, el Sr. Campanelli solicitó sin éxito a la autoridad municipal de Colletorto la inscripción del nacimiento del niño. Por su parte, el Consulado de Italia en Moscú informó al Tribunal de menores de Campobasso, al Ministerio de Asuntos Exteriores y a las autoridades de Colletorto que el expediente sobre el nacimiento del niño contenía información falsa.

En mayo 2011, el Estado Italiano abrió diligencias penales contra la pareja por alteración de estado civil e infracción de las normas de adopción, ya que no constan en el certificado ruso las circunstancias de la gestación y nacimiento del niño y de las que los esposos tampoco dan cuenta. La Fiscalía del Tribunal de menores de Campobasso solicitó la apertura de un procedimiento para dar al niño en adopción puesto que, de acuerdo con la legislación italiana, había sido abandonado. Paralelamente el Ministerio público italiano solicita que se declare abandonado el menor y se proceda a la apertura de un proceso de adopción, a lo que acceden los tribunales italianos constituyendo al niño en curatela. Antes de decidir sobre la retirada de la custodia, el tribunal ordena realizar una prueba de paternidad que da resultado negativo y en base a este dato y otros, se priva definitivamente de la custodia a

la pareja y se inician los trámites de adopción para lo que es preciso procurarle una nueva identidad al niño.

El niño fue colocado en un hogar de acogida sin informar a la Sra Paradiso y al Sr. Campanelli de su localización ni permitirles ningún contacto con él. En enero de 2013 el bebé fue entregado a unos padres adoptivos, quedándose además sin identidad formal.

En abril de 2013 se confirmó la negativa a inscribir el acta de nacimiento de Rusia debido a su contrariedad con el orden público y a la inexactitud de la certificación, puesto que no existía relación biológica entre el niño y los solicitantes. Estos últimos alegaron, sin éxito, que habían actuado de buena fe y que no tenían conocimiento del material genético que había sido utilizado en la clínica rusa. En el mismo mes de abril de 2013, el niño recibió una nueva identidad, indicándose en el nuevo certificado de nacimiento que había nacido de padres desconocidos. En junio de 2013, el Tribunal de menores declaró que los solicitantes carecían de capacidad de actuar en el procedimiento de adopción iniciado por ellos, puesto que no eran ni los padres ni familiares del niño.

--El apartado 67 de la decisión precisa los contornos del derecho a una vida privada y familiar: de acuerdo con su jurisprudencia, la Corte señaló que la cuestión de la existencia o ausencia de la vida familiar es principalmente una cuestión de hecho que depende de la existencia de vínculos personales estrechos (*Marckx c. Belgique*, 13 junio 1979, apartado 31; *K. et T. c. Finlande* [GC], nº 25702/94, apartado 150). La noción de 'familia' contenida en el artículo 8 no se limita sólo las relaciones fundadas en el matrimonio, también puede englobar otros vínculos 'familiares' de facto, como el caso en que las partes cohabiten más allá de todo vínculo marital y la relación tenga constancia suficiente (*Kroon et autres c. Pays-Bas*, 27 octubre 1994, apartado 30; *Johnston et autres c. Irlande*, 18 diciembre 1986, apartado 55; *Keegan c.*

Irlande, 26 mayo 1994, apartado 44; X, Y et Z c. Royaume-Uni, 22 abril 1997, apartado 36).⁴⁶²

-- Las disposiciones del artículo 8 no garantizan el derecho a fundar una familia ni el derecho a adoptar (E.B. c. France [GC], no 43546/02, apartado 41, 22 enero 2008). El derecho al respeto de una 'vida familiar' no protege el simple deseo de fundar una familia; presupone la existencia de una familia (Marckx, apartado 31), al menos una relación potencial susceptible de desarrollarse como, por ejemplo, entre un padre natural y su hijo nacido más allá del matrimonio (Nylund c. Finlande, nº 27110/95, CEDH 1999-VI), de una relación nacida de un matrimonio no ficticio, incluso si la vida familiar aun no se estableció plenamente (Abdulaziz, Cabales et Balkandali c. Royaume-Uni, 28 mayo 1985, apartado 62), o una relación nacida de una adopción legal y no ficticia (Pini et autres c. Roumanie, nº 78028/01 y nº 78030/01, apartado 148).⁴⁶³

En el presente caso a los solicitantes se les negó la transcripción del acta de nacimiento ruso que establecía la filiación. Este certificado no fue reconocido por la legislación italiana, no ha creado una relación jurídica de parentesco propiamente dicha, aunque los solicitantes tenían, al menos

⁴⁶² 67. "Conformément à sa jurisprudence, la Cour relève que la question de l'existence ou de l'absence d'une vie familiale est d'abord une question de fait, qui dépend de l'existence de liens personnels étroits (Marckx c. Belgique , 13 juin 1979, § 31, Série A n o 31 ; K. et T. c. Finlande [GC], n o 25702/94 , § 150, CEDH 2001-VII). La notion de "famille" visée par l'article 8 ne se borne pas aux seules relations fondées sur le mariage, mais peut englober d'autres liens "familiaux" de facto , lorsque les parties cohabitent en dehors de tout lien marital et une relation a suffisamment de constance (Kroon et autres c. Pays-Bas , 27 octobre 1994, § 30 , série A n o 297-C; Johnston et autres c. Irlande , 18 décembre 1986, § 55, série A n o 112 ; Keegan c. Irlande , 26 mai 1994, § 44, série A n o 290 ; X, Y et Z c. Royaume-Uni , 22 avril 1997, § 36, Recueil 1997-II)." Traducción propia.

⁴⁶³ "Par ailleurs, les dispositions de l'article 8 ne garantissent ni le droit de fonder une famille ni le droit d'adopter (EB c. France [GC], n o 43546/02 , § 41, 22 janvier 2008). Le droit au respect d'une "vie familiale" ne protège pas le simple désir de fonder une famille ; il présuppose l'existence d'une famille (Marckx , précité, § 31), voire au minimum d'une relation potentielle qui aurait pu se développer, par exemple, entre un père naturel et un enfant né hors mariage (Nylund c. Finlande (déc.), n o 27110/95 , CEDH 1999-VI), d'une relation née d'un mariage non fictif, même si une vie familiale ne se trouvait pas encore pleinement établie (Abdulaziz, Cabales et Balkandali c. Royaume-Uni, 28 mai 1985, § 62, série A n o 94), ou encore d'une relation née d'une adoption légale et non fictive (Pini et autres c. Roumanie , n os 78028/01 et 78030/01 , § 148, CEDH 2004-V)." Traducción propia.

inicialmente, la patria potestad sobre el niño, tales como demuestra la solicitud de suspensión de la patria potestad introducido por el curador. Por ello, la Corte debe tomar en cuenta los vínculos familiares *de facto*. En este sentido, se observa que los solicitantes han pasado con los niños las primeras etapas importantes de su corta vida: seis meses en Italia, a partir del tercer mes de vida del niño. Aunque el período como tal es relativamente corto, la Corte considera que los solicitantes se han comportado hacia el niño como padres y concluye la existencia de la vida familiar *de facto* entre las demandantes y el niño. De ello se desprende que el artículo 8 de la Convención se aplica en este caso (apartado 69). Y ello, aun cuando se demostró que no haber vínculo genético entre los demandantes y el hijo pues según el Tribunal recuerda que el artículo 8 protege no sólo "vida familiar", sino también "vida privada". Este último incluye, en cierta medida, el derecho del individuo a formar relaciones con los demás (*mutandis mutatis*, *Niemietz v. Alemania*, 16 de diciembre 1992, § 29, serie A.)⁴⁶⁴

-- En el presente caso, los Tribunales italianos negaron a los demandantes, el reconocimiento de la paternidad establecida en el extranjero y vieron afectados por las decisiones tribunal que llevaron a la separación de niño y la privación de su cuidado. En opinión de la Corte esta situación equivalía a una interferencia con los derechos garantizados por el artículo 8 de la Convención y prosigue en los apartados 71 y siguientes con el análisis de relativo a que la injerencia del Estado italiano está prevista por la ley⁴⁶⁵ y

⁴⁶⁴ 70. "Toutefois, la Cour rappelle que l'article 8 protège non seulement la "vie familiale", mais aussi la "vie privée". Cette dernière inclut, dans une certaine mesure, le droit pour l'individu de nouer des relations avec ses semblables (*mutatis mutandis*, *Niemietz c. Allemagne*, 16 décembre 1992, § 29, série A n o 251-B,)"

⁴⁶⁵ 72. "Dans cette situation, la Cour estime que l'application du droit italien par les juridictions nationales ayant abouti au constat que l'enfant était en état d'abandon ne saurait passer comme étant arbitraire. Enfin, la Cour relève que les mesures à l'égard de l'enfant prises par le tribunal pour mineurs et confirmées par la cour d'appel de Campobasso s'appuient sur les dispositions de droit interne. Il s'ensuit que l'ingérence – fondée en particulier sur les articles pertinents de la loi sur le droit international privé et de la loi sur l'adoption internationale – était "prévues par la loi". En esta situación, la Corte considera que la aplicación del Derecho italiano por los tribunales nacionales que llevaron a la conclusión de que el niño se encontraba en estado de abandono no podía ser considerada como arbitraria. Por último, el Tribunal señala que las medidas en relación con el niño adoptado por la corte juvenil y confirmada por el Tribunal de Apelación de Campobasso se basan en el derecho

responde a una finalidad legítima,⁴⁶⁶ pero que esa decisión supera el parámetro del principio de proporcionalidad cuya aplicación viene informada por el interés superior del menor. La noción de necesidad implica que la interferencia corresponde a una necesidad social imperiosa y, en especial, proporcionada a la finalidad legítima (*Gnahoré v. Francia*, nº 40031/98) En esta situación, la Corte considera que la medida de aplicar del Derecho italiano por los tribunales nacionales que llegaron a la conclusión de que el niño se encontraba en estado de abandono no podía ser considerada como arbitraria En los casos delicados y complejos, el margen de apreciación a las autoridades nacionales varían según la naturaleza de los problemas y la gravedad de los intereses en juego. La cuestión es en este caso, se ha logrado un equilibrio justo entre el interés público y los intereses privados, basado en el derecho al respeto de la vida privada y familiar. Al hacerlo, debe tener en cuenta el principio fundamental que, cada vez que está involucrada la situación de un niño, el interés de esta última debe prevalecer (*Wagner y JMWL*, antes citada §§ 133-134; *Mennesson v Francia*, n o 65192/11, § 81, ECHR 2014 (extractos). *Labassee v Francia*, n o65941/11, § 60, 26 de Junio de 2014). La perspectiva seguida por los tribunales nacionales se dirigió claramente la necesidad de poner fin a la situación ilegal.⁴⁶⁷

interno. Traducción propia. De ello se desprende que la interferencia - basado en particular en los artículos pertinentes de la Ley de Derecho Internacional Privado y la ley sobre la adopción internacional - estaba "prevista por la ley".

⁴⁶⁶ 73. S'agissant du but légitime, aux yeux de la Cour, il n'y a pas lieu de douter que les mesures prises à l'égard de l'enfant tendaient à la "défense de l'ordre", dans la mesure où la conduite des requérants se heurtait à la loi sur l'adoption internationale et le recours aux techniques de reproduction assistée hétérologue était, à l'époque des faits, interdit. "En cuanto a la finalidad legítima, a los ojos de la Corte, no hay ninguna razón para dudar de que las medidas adoptadas en relación con el niño tiende a la "defensa del orden", en la medida cuando la conducta de los solicitantes se topó con la ley sobre la adopción y uso de las tecnologías de reproducción asistida heteróloga internacional fue, en el momento de los hechos, prohibido. Además, las medidas en cuestión persiguen la protección de los "derechos y libertades" del niño." Traducción propia.

⁴⁶⁷ 79. Para llegar a esta conclusión, los tribunales nacionales han considerado el hecho de que el niño nació a los padres biológicos desconocidos y la madre de alquiler lo había abandonado. Luego se concede gran importancia a la situación de ilegalidad.. habían traído el bebé en Italia en la creencia de que era su hijo, y por lo tanto había violado la ley italiana, en particular la ley sobre la adopción internacional y la ley de reproducción asistida.... Por lo tanto, era necesario poner fin a esta situación mediante la separación de la niña de la casa de los demandantes eliminando cualquier posibilidad de contacto con él. La perspectiva seguida por los tribunales nacionales se dirigió claramente la necesidad de poner fin a la situación ilegal.

-- Respecto del orden público, indica el TEDH que la invocación de la infracción del orden público nacional no es una carta blanca, sino que siempre ha de medirse en función del interés superior del menor independientemente de la naturaleza la relación de los padres, genética o no. De hecho, la separación del niño del contexto familiar es una medida extrema a la que uno debe usarse como último recurso. Para que esta medida esté justificada, debe cumplir con el objetivo de proteger al niño que se enfrenta a una amenaza inmediata a la misma. El umbral establecido en la jurisprudencia es muy alta, y recuerda el hecho de que la ruptura de una familia es una interferencia muy grave; por lo tanto, una medida de este tipo debe basarse en consideraciones inspiradas en los intereses del niño y que tienen suficiente peso y fuerza (*Scozzari y Giunta v. Italia* [GC], nº 39221/98 y 41963/98, § 148, CEDH 2000-VIII), El Tribunal recuerda, además, que en los casos de la vida familiar, el paso del tiempo puede tener consecuencias irremediables para las relaciones entre el niño y el progenitor que no vive con él. De hecho, romper el contacto con un niño muy pequeño puede dar lugar a un creciente deterioro de su relación con su padre (*Ignaccolo-Zenide v. Rumania*, § 102; *Alcalde c Portug.* Al n o 48206/99, § 74, CEDH 2003-VI), "para manifestar a continuación sus dudas a propósito del proceso italiano (apartado 86). Todas estas circunstancias le llevan a entender que "87. En conclusion, la Cour estime qu'il y a eu violation de l'article 8 de la Convention." ("En conclusión, la Corte considera que ha habido una violación del artículo 8 de la Convención.")⁴⁶⁸ Teniendo en cuenta además que el niño ciertamente ha desarrollado lazos emocionales con la familia de acogida el hallazgo de una violación en la causa, no puede entenderse como que se requiere al Estado para devolver al menor a las partes interesadas.

⁴⁶⁸ Traducción propia.

7. El auto del Tribunal Supremo español, de 2 febrero de 2015. Examen comparativo con la jurisprudencia del TEDH. Analogías y diferencias.

El art. 10.2 de la Constitución española prevé que las normas constitucionales relativas a los derechos fundamentales y a las libertades públicas se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre estas materias ratificados por España, entre los que destaca el Convenio Europeo de Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales (en lo sucesivo, el Convenio). La función y las competencias que los actuales arts. 32 y 46 del Convenio atribuyen al Tribunal Europeo de Derechos Humanos hacen que la interpretación de los preceptos del Convenio por dicho Tribunal tenga una eficacia interpretativa muy relevante respecto de los derechos fundamentales y libertades públicas reconocidos en nuestra Constitución.

Estas sentencias provocaban la incertidumbre de si se mantendría o no el criterio sustentado por el Tribunal Supremo. Finalmente, el Auto del ST de 2 de febrero de 2015, dictado en uno de los ya habituales incidentes de nulidad de actuaciones promovidos contra las sentencias como trámite previo al recurso de amparo, tras analizar convenientemente el alcance de las sentencias dictadas por el TEDH, viene a confirmar el criterio expuesto. *“Este incidente de nulidad de actuaciones se muestra como el medio más idóneo para valorar si se ha producido una vulneración de derechos fundamentales conforme a la interpretación que de los mismos realiza dicho Tribunal.”* El Tribunal de Casación francés consideró que la gestación por sustitución impide absolutamente el establecimiento del vínculo de filiación con los comitentes, sea mediante la inscripción de las actas de nacimiento expedidas en el extranjero, sea mediante la inscripción del acta de notoriedad de la relación de filiación fundada en que los solicitantes han criado y educado al niño desde su nacimiento, sea mediante la constatación de la filiación biológica paterna, sea mediante la adopción. Es decir, los tribunales franceses no admiten la relación entre las dos niñas (en esos dos casos) y sus respectivos padres biológicos con motivo de las solicitudes de inscripción de sus respectivas actas de

nacimiento, sino que incluso su reconocimiento por vía de una demanda de paternidad, de adopción o por efecto de la posesión de estado, chocaría con la jurisprudencia prohibitiva establecida al respecto por el Tribunal de Casación francés. Es este el motivo por lo que el Tribunal de Estrasburgo concluyó en ambos casos que se había ignorado el derecho de los niños al respeto a su vida privada, violando el artículo 8 del Tratado. A partir de que tanto el Tribunal Supremo español como el Tribunal de Casación francés deniegan la inscripción de las actas extranjeras de nacimiento que establecen la filiación de los niños respecto de los padres “comitentes” en supuestos de contratos de gestación por sustitución, las diferencias son notables, fundamentalmente por la absoluta imposibilidad de que el ordenamiento jurídico francés reconozca cualquier vínculo de filiación entre los “comitentes” y el niño, y dado que, ante la existencia de fraude, el Tribunal de Casación francés consideró que no puede invocarse el interés superior del menor ni el derecho a la vida privada del mismo. Por el contrario, el ordenamiento jurídico español prevé que respecto del padre biológico es posible la determinación de filiación paterna; y, en todo caso, si los “comitentes” y los niños efectivamente forman un núcleo familiar “de facto”⁴⁶⁹ la sentencia del Tribunal Supremo acuerda que debe protegerse legalmente, en su caso mediante la adopción (que, si uno de los instantes fuera padre biológico, no requeriría siquiera propuesta previa ni declaración administrativa de idoneidad, sino solo el asentimiento del consorte y la comprobación judicial de la adecuación de la medida al interés del menor, art. 176 del Código Civil) o, de considerarse que existe una situación de desamparo por la decisión de la madre gestante de no ejercer sus funciones como tal, mediante el acogimiento. Incluso se instó al Ministerio Fiscal a que, de acuerdo con las funciones que le atribuye su Estatuto Orgánico, ejercitara las acciones pertinentes para determinar, en la medida de lo posible, la correcta filiación de los menores, y para su protección, tomando en consideración, en su caso, la efectiva integración de los mismos en un núcleo familiar “de facto”.

El criterio rector de las sentencias, según el TS, es que la negativa de las autoridades francesas a la inscripción de la filiación de los niños respecto de

⁴⁶⁹ Como exige la jurisprudencia del TEDH.

los demandantes (no solo por la denegación de transcripción de las actas de nacimiento norteamericanas, sino también por negar que en Francia pueda establecerse por cualquier otro modo la filiación biológica, por adopción o por posesión de estado, por estar viciada en origen la relación a causa del contrato de gestación por sustitución) es una injerencia prevista en la ley, que persigue objetivos legítimos, como la protección de la salud y la protección de los derechos y libertades de los demás (tanto del niño como de la madre gestante, desde el punto de vista del ordenamiento jurídico francés), pero que no cumple el requisito de ser “ *necesario en una sociedad democrática*” pues perjudica de tal forma al menor, al impedirle fijar su identidad en Francia, que supone una falta de equilibrio entre los legítimos objetivos perseguidos por el Estado al prohibir la gestación por sustitución, de un lado, y el interés superior del menor, de otro, ya que trae consigo una incertidumbre que afecta tanto a su identidad, de la que la filiación es un aspecto fundamental, como a la posibilidad de adquirir la nacionalidad francesa y de heredar como hijo, por lo que el Estado francés habría ido más allá del margen de apreciación de lo que es necesario para una sociedad democrática que le concede el art. 8 del Convenio.

El Tribunal de Estrasburgo considera como especialmente grave la imposibilidad de reconocer o establecer la relación de filiación respecto del progenitor biológico; es más, según la jurisprudencia del Tribunal de Casación francés, el fraude permitiría la destrucción del vínculo de filiación que el padre intencional hubiera establecido en relación con el menor incluso aunque se probara que se trataba efectivamente del padre biológico. por el contrario, el ordenamiento jurídico español, y así lo afirmó nuestra sentencia, prevé que respecto del padre biológico es posible la determinación de filiación paterna.

--- En Francia, las niñas no pueden adquirir la nacionalidad francesa ni heredar a los comitentes en calidad de hijas. En España, la sentencia de esta Sala acordó que solo se anulara la mención a la filiación de los menores en tanto se determinaba la filiación biológica paterna y también, en su caso, la filiación que fuera acorde con la situación familiar "de facto" (por ejemplo, mediante la adopción), de modo que, una vez quede determinada la filiación biológica respecto del padre biológico y la filiación por criterios no biológicos

respecto del otro cónyuge (o respecto de ambos, si ninguno de ellos fuera el padre biológico), tendrán la nacionalidad española y podrán heredar como hijos.

---El Tribunal de Casación francés afirma que ante la existencia de fraude, no puede invocarse el interés superior del menor ni el derecho a la vida privada del mismo. Nuestra sentencia, por el contrario, afirma que debe tenerse en cuenta el interés superior del menor, tal como es protegido por el ordenamiento jurídico español (art. 10 de la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida), y evitando en todo caso su desprotección, para lo que se instó al Ministerio Fiscal a que, de acuerdo con las funciones que le atribuye su Estatuto Orgánico, ejercitara las acciones pertinentes para determinar en la medida de lo posible la correcta filiación de los menores, y para su protección, tomando en consideración, en su caso, la efectiva integración de los mismos en un núcleo familiar "de facto".

--Además en el caso español las circunstancias concretas de los menores y de sus relaciones familiares, esto es, la circunstancia de si alguno de los recurrentes es el padre biológico o si los niños están integrados actualmente en un núcleo familiar con los recurrentes no fueron objeto de debate, mediante la correspondiente alegación y prueba. El litigio que dio lugar al recurso resuelto por nuestra sentencia consistió simplemente en una impugnación por parte del Ministerio Fiscal de la inscripción en el Registro Civil con base en las actas de nacimiento de California.

-- el TS afirma que la relación jurídica de filiación constituida entre los niños nacidos y los comitentes, esto es, las personas que contrataron la gestación por subrogación con la futura madre gestante y fueron reconocidos como padres, por el ordenamiento extranjero, no puede ser reconocida en España al resultar contraria a las normas actualmente vigentes que integran el orden público internacional español, como son las que regulan la filiación y las normas esenciales sobre técnicas de reproducción humana asistida. Ahora bien para proteger el interés del menor, y dado que era probable que alguno de los recurrentes fuera padre biológico de los niños, y que estos estuvieran

integrados en un núcleo familiar "de facto" con los recurrentes, se instó al Ministerio Fiscal a proteger a los menores y a procurar su integración en ese núcleo familiar, en el caso de que efectivamente existiera, puesto que los menores no pueden cargar con las consecuencias negativas derivadas de que los recurrentes hayan acudido al contrato de gestación por subrogación, considerado radicalmente nulo por el ordenamiento jurídico español. La cuestión decisiva es que lo que determina la relación de filiación, esencial para establecer la identidad del menor, según las normas de orden público del ordenamiento español actualmente vigentes porque el legislador ha entendido que es lo más adecuado para proteger el interés del menor, es la filiación biológica (cuyo reconocimiento como determinante de la filiación tiene una especial importancia para el interés del menor, como elemento esencial de su identidad, y así es destacado por las sentencias del Tribunal de Estrasburgo), y el establecimiento de lazos filiales como consecuencia de la existencia de un núcleo familiar de facto en el que estén integrados los menores, el progenitor biológico y su cónyuge, como por ejemplo los derivados de la adopción, en la que el interés del menor se controla y protege por el juez que la constituye (art. 176 del Código Civil). Y esta cuestión no ha sido la planteada en el proceso.⁴⁷⁰

-Las sentencias del Tribunal de Estrasburgo, reconociendo que la filiación es un aspecto esencial de la identidad del individuo, no establecen que, a priori y en todo caso, cualquier decisión que afecte a la filiación de los menores suponga una violación de su derecho a la vida privada. Afirman las sentencias (párrafo 63 de la sentencia del caso Labassee y 84 de la del caso Mennesson) que el juez nacional, al aplicar la excepción del orden público internacional, debe procurar un equilibrio justo entre el interés de la comunidad en lograr que sus miembros cumplan con la elección efectuada democráticamente en su seno y el interés de los demandantes, incluido el interés superior del niño, para disfrutar plenamente de sus derechos al respeto de su vida privada y familiar. A tal efecto, el Tribunal de Estrasburgo realiza en estas sentencias un examen de la injerencia que dicha afectación supone a la luz de su jurisprudencia sobre el art. 8 del Convenio, y, en los casos enjuiciados, concluye que la injerencia

⁴⁷⁰ Fundamento de derecho sexto.10.

cumple los requisitos de estar prevista en la ley y responder a una finalidad legítima, pero no supera la exigencia de ser necesaria en una sociedad democrática, debido a las consecuencias extremadamente rigurosas que en el ordenamiento jurídico francés se derivan del hecho de que los niños hayan sido gestados por una madre subrogada contratada por los comitentes, pues niega toda posibilidad de establecer lazos paterno filiales entre los comitentes y los niños, por lo que existe un desequilibrio injustificado entre los fines legítimos buscados por el Estado y el respeto a la identidad de los menores.

No deben descontextualizarse expresiones aisladas de las sentencias del Tribunal de Estrasburgo. Los párrafos 75 y 78 de la sentencia del caso Labassee y 96 y 99 de la del caso Mennesson no afirman que cualquier afectación a la filiación del menor suponga una vulneración de su derecho a la vida privada sino que tal afectación existe “*en estas condiciones del Derecho positivo [francés]*”, que consisten, como se ha visto, en la absoluta imposibilidad de que el ordenamiento jurídico francés reconozca cualquier vínculo de filiación entre los comitentes y el niño, no solamente por la imposibilidad de transcribir el acta de nacimiento norteamericana, sino también por la imposibilidad de que se reconozca la filiación biológica paterna (lo que el Tribunal de Estrasburgo considera injustificable), la filiación derivada de la posesión de estado, o la filiación por adopción por parte de los comitentes, con lo cual las menores tampoco podrán adquirir la nacionalidad francesa, ni heredar en calidad de hijas, lo que supone una situación de incertidumbre jurídica incompatible con las exigencias del art. 8 del Convenio.

El Tribunal de Estrasburgo, en las sentencias Labassee y Mennesson, no afirma que la negativa a transcribir al Registro Civil francés las actas de nacimiento de los niños nacidos en el extranjero por gestación por subrogación infrinja el derecho al respeto de la vida privada de esos menores. Lo que afirma es que a esos niños hay que reconocerles un estatus definido, una identidad cierta en el país en el que normalmente van a vivir. Ese estatus debe ser fijado conforme a las normas esenciales del orden público internacional del Estado en cuestión sobre filiación y estado civil, siempre que sean compatibles con esta exigencia, como lo son en el ordenamiento jurídico español. En el caso de

España, ese estatus puede proceder del reconocimiento o establecimiento de la filiación biológica con respecto a quienes hayan proporcionado sus propios gametos para la fecundación, puede proceder de la adopción, y, en determinados casos, puede proceder de la posesión de estado civil, que son los criterios de determinación de la filiación que nuestro ordenamiento jurídico vigente ha considerado idóneos para proteger el interés del menor.

Las molestias e inconvenientes que para los recurrentes (y en menor medida para los niños, que por su corta edad no serán conscientes siquiera de la situación) puede suponer la situación provisional que se produzca por la sustitución de la filiación resultante de la transcripción de las actas de nacimiento de California por la filiación que resulte de la aplicación de las normas del ordenamiento jurídico español, no alcanzan una entidad suficiente como para considerar que se produce el desequilibrio vulnerador del derecho a la vida privada de los niños, en su aspecto de fijación de una identidad determinada. Se trata de una situación temporal que puede tener una duración razonablemente breve (determinación de la filiación paterna respecto del progenitor biológico y adopción por el cónyuge), y el Estado de Derecho provee de suficientes medios para evitar perjuicios a los menores durante esta interinidad, siguiendo el criterio de protección del núcleo familiar "de facto" afirmado en la sentencia.

No existe una situación de incertidumbre equiparable a la de los menores de los casos resueltos por el Tribunal de Estrasburgo, que se veían imposibilitados de por vida para ver reconocida su filiación por el ordenamiento jurídico nacional, con las consecuencias que ello traía respecto de la adquisición de la nacionalidad francesa y sus derechos sucesorios. En nuestro caso, los inconvenientes que puedan surgir en el proceso de fijación de la filiación biológica paterna y de adopción son transitorios, superables, y no alcanzan un nivel de gravedad tal que puedan considerarse constitutivos de un desequilibrio entre los intereses de la comunidad, fijados en su legislación sobre filiación y reproducción humana asistida, y el interés de los menores. Además, como se ha dicho, en ese periodo transitorio regirá el criterio de

protección de la unidad familiar "de facto" que al parecer existe, para el caso de que surjan problemas en relación a la situación de los menores.

Sin embargo algún autor como Lamm considera que aunque ambos tribunales tanto TS y TEDH, apelan al vínculo biológico, mientras el TS permite el vínculo con aquel que aportó sus gametos pero requiriendo la adopción por el padre "no biológico" o madre comitente, de la sentencia del TEDH no parece exigirse ese extremo, o por lo menos no debiera exigirse, "alivianando" así el peso que el TEDH pareciera atribuir a ese vínculo. Y considera esta autora que considerando la gestación por sustitución una especie dentro del género de reproducción humana asistida, la voluntad procreacional debe ser la determinante de la filiación, con independencia de si los comitentes aportan o no su material genético, permitiendo que el niño "tenga su filiación legalmente reconocida sobre la base de la voluntad procreacional respecto de ambos comitentes o del comitente, sin supeditarla a la comprobación de ningún vínculo genético y sin hacer distinciones según este haya sido o no aportado. Incluso aunque pudiera exigirse que al menos uno de los comitentes aporte su material genético, ello solo debiera ser a los efectos de acceder a la gestación por sustitución, no a los efectos de establecer la filiación."⁴⁷¹

Podemos decir que ante supuestos de hecho muy similares, los tribunales franceses y los españoles, fundamentan su negativa al reconocimiento de la maternidad subrogada en la protección de la dignidad de la mujer gestante y de los hijos nacidos de la gestación, entendiendo que en el respeto de la dignidad de la persona se contiene uno de los valores básicos de la sociedad, constituyendo un límite del orden público internacional que no se puede traspasar.

⁴⁷¹ Y añade que "*Efectuar distinciones en la determinación de la filiación según se aporte material genético puede dilatar y condicionar el acceso a la filiación (en contra del derecho del niño a estar inmediatamente inscrito, de conformidad con el art. 7 de la CDN) y puede llevar a facilitar la determinación de la filiación respecto del comitente que sí lo hizo, o cuando sí lo hizo tratándose de una persona sola, generando situaciones desiguales y discriminatorias, que, además, redundarían en perjuicio del niño*" LAMM, E: "Gestación por sustitución. La importancia de las sentencias del Tribunal Europeo de derechos humanos y su impacto", cit., p. 47

En definitiva, el Tribunal Supremo mantiene que no procede la inscripción de los nacidos mediante la denominada “gestación por sustitución” en el extranjero.

Es cierto que rechazar la filiación de los menores por el hecho de haber nacido a través de gestación por sustitución ignorando la paternidad biológica que en ambos casos existía es excederse en el proceder de valoración por parte de las autoridades francesas. Estas consideraciones introducen un matiz muy relevante, porque ¿qué hubiera sucedido si las autoridades francesas sí hubieran aceptado desde el principio la paternidad biológica alegada y, por tanto, respecto del padre de origen francés hubiera quedado acreditada la filiación? ¿Qué sucedería respecto de la madre intencional que no aportó su óvulo ni gestó? ¿Podría en ese caso ella también quedar reconocida como madre legal, accediendo como tal al Registro Civil francés sin necesidad de realizar ningún trámite intermedio (adopción o posesión de estado)? O, ¿qué sucedería si ninguno de los padres intencionales hubiera aportado su material genético? Las preguntas no son baladíes, pues, dependiendo de una u otra respuesta, variaría el alcance de estas sentencias. Es decir, en la STS de 6 de febrero de 2014 nunca se negó que pudiera acceder al Registro Civil como padre biológico el miembro de la pareja que aportó su esperma, algo que sí se hizo en los casos analizados en Francia, lo que a la postre inclinó la balanza hacia esta decisión.

8. Proyección de futuro sobre los efectos de la doctrina del TEDH.

Respecto al futuro de la inscripción en el Registro Civil español de los gemelos nacidos en California y reconocidos en aquel Estado como hijos de los padres de intención españoles, podemos suponer que, a pesar de las sentencias del TEDH, su camino procesal no ha terminado con la sentencia del TS de 6 de febrero de 2014 ni con el auto del TS de 2 de febrero de 2015, ya que las mencionadas sentencias del TEDH abren la posibilidad de plantear

recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, y, si se da el caso, de recurrir ante el propio TEDH.

Estas resoluciones apuntan a abrir alternativas a la adopción convencional, permitiendo descendencia propiamente biológica, pues lo cuestionable es que la utilización de tales figuras ya nace orientada en su solución, de modo que acaban desvirtuándose y perdiendo sus garantías específicas y en todo caso debe hacerse, a nuestro juicio sin confundir la regularización de unas situaciones de hecho, con la legalización de una práctica, la de gestación por subrogación ilegal en nuestro derecho conforme al art 10 LTRHA. Esta nulidad resulta razonable en la Ley española (y la de los países de nuestro entorno, como el caso ya expuesto de Francia o el de Alemania, en su Ley de Protección del Embrión) si de nuevo tenemos en cuenta que estos contratos tienen por objeto el propio cuerpo de la mujer y la gestación, o que convierten al hijo en un encargo de los padres “comitentes”. Y lo hacen sea o no retribuida esa prestación, que indudablemente lo es, por mucho que algunos pretendan que generalmente se “compensa” a la madre gestante por los “perjuicios o molestias” que pudiera suponerle el embarazo. El fraude, o la “huída” del ordenamiento español a la que se refiere el Tribunal Supremo, son evidentes. En definitiva, de estas sentencias del TEDH no deriva de ningún modo que las legislaciones, como la nuestra, que prohíben el convenio de gestación por encargo, sean contrarias al CEDH, pero en opinión de algún autor, como Vela Sánchez, sí que dicho CEDH limita determinantemente la eventualidad de entender contrario al orden público interno el reconocimiento, en los Estados miembros del Convenio, de la filiación legalmente establecida en país extranjero por sentencia judicial, incluso si deriva de un convenio de gestación por sustitución o encargo, pues deben salvaguardarse los derechos a la vida privada y familiar y a la identidad del niño así nacido, en base al principio cardinal del interés superior del menor.⁴⁷²

⁴⁷² VELA SÁNCHEZ, A. J., “Los hijos nacidos de convenio de gestación por sustitución “pueden” ser inscritos en el registro civil español A propósito de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 26 de junio de 2014”, cit., p.3-4.

Frente a esta postura, es posible entender que de las decisiones citadas se desprende que es posible proteger a menores y madres sustitutas a través de cláusulas como el orden público, al tiempo que se garantiza el derecho a la vida privada y familiar de los implicados puesto que este derecho no pasa necesariamente por un reconocimiento sin condiciones de filiaciones constituidas en el extranjero.

Como dice el TS fundamento jurídico sexto.13 del auto analizado, “no debe confundirse la defensa de los derechos e intereses legítimos de los adultos (como son los ligados al contrato de una gestación subrogada que celebraron en California, al que pretenden se dé plena eficacia en España pese a las previsiones de la legislación nacional) con los derechos de los menores que han nacido de esa gestación subrogada, porque no son necesariamente coincidentes.”

En cuanto a las diferencias del caso español con la más reciente sentencia del TEDH en este ámbito (la STEDH de 27 de enero de 2015, Paradiso y Campanelli comentada), mencionada en el voto particular al Auto, interesa destacar que si bien condena a Italia por la violación del derecho a la vida privada y familiar en una situación derivada de una gestación por subrogación en el extranjero no reconocida en Italia, lo hace al hilo de una actuación de las autoridades italianas alejada del supuesto del que deriva el Auto del TS (y la sentencia confirmada). TEDH pone de relieve que en la utilización de la excepción de orden público vinculada a la prohibición de la gestación por subrogación el interés del menor debe ser una consideración primordial, la violación por parte de Italia deriva de la aplicación de manera injustificada de una medida extrema como la separación del menor de los comitentes de la gestación por subrogación.

Por último, desde la perspectiva comparada resulta de interés reseñar la sentencia del Tribunal Supremo alemán (Bundesgerichtshof o BGH) de 10 de diciembre de 2014. El BGH optó por considerar que el reconocimiento en Alemania de una resolución judicial de California relativa al establecimiento de filiación por maternidad subrogada no resultaba en el caso concreto contraria al

orden público, destacando la importancia de una interpretación restrictiva del orden público, respetuosa con el interés superior del menor y la conveniencia de evitar situaciones jurídicas claudicantes. Ahora bien, el BGH puso expresamente de relieve que tal conclusión se vinculaba con las peculiares circunstancias del caso concreto y se reservó de manera expresa la posibilidad de alcanzar un resultado distinto en situaciones diferentes, en particular en las que ninguno de los comitentes fuera el padre biológico del niño o en el que la madre gestante fuera la madre genética (“Ob eine andere Beurteilung angebracht ist, wenn kein Wunschelternteil mit dem Kind genetisch verwandt oder die Leihmutter auch genetische Mutter ist, bedarf im vorliegenden Fall keiner Entscheidung.” ap. 53). De hecho, cabe sostener que la eficacia en España por lo menos parcial (reconocimiento de la filiación respecto del padre biológico) de una resolución judicial como la reconocida por el BGH podría también ser compatible con la sentencia y el auto de nuestro TS en esta materia.

9. El Proyecto de Convención Internacional

Es evidente que las dificultades derivadas de los acuerdos internacionales de gestación por encargo tienen un carácter transnacional y hace necesario ya una cooperación multilateral entre Estados. Como consecuencia de los conflictos que venimos describiendo que genera esta figura y el notorio incremento de los casos de gestación por sustitución internacional la Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado está preparando un convenio específico para regular los acuerdos internacionales de gestación por sustitución partiendo de la premisa de que como los acuerdos de gestación por sustitución aumentan día a día se requiere de manera urgente de una regulación internacional que abarque toda la complejidad jurídica y social de estos casos.

El mandato estatutario de la Conferencia consiste en trabajar en pos de "la unificación" progresiva de las reglas de los sistemas jurídicos vigentes en cada país. Ello implica encontrar enfoques reconocidos

internacionalmente para cuestiones como la competencia de los tribunales, el Derecho aplicable, el reconocimiento y la ejecución de sentencias en numerosos ámbitos diferentes, la protección de la niñez, las cuestiones matrimoniales y estatus personal y ahora también y en íntima conexión con estas últimas en materia de gestación por subrogación. Los Convenios de La Haya (Convenio de 19 de octubre de 1996 Relativo a la Competencia, la Ley Aplicable, el Reconocimiento, la Ejecución y la Cooperación en materia de Responsabilidad Parental y de Medidas de Protección de los Niños y el Convenio de la Haya de 29 de mayo de 1993 relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en materia de Adopción Internacional) deben “inspirar” al futuro instrumento multilateral.

Las bases ya se han sentado. Así el 10 de marzo de 2012, la Conferencia de Derecho Internacional Privado de La Haya preparó el Documento Preliminar nº10 sobre los problemas que plantean los contratos de maternidad subrogada de carácter internacional. Como dice en sus conclusiones “el número de acuerdos de subrogación internacional parece estar creciendo a un ritmo rápido y si bien los Estados están tratando de resolver los problemas derivados de estos acuerdos, lo cierto es que en última instancia, este fenómeno global exige una solución global. No existe duda que la situación actual está lejos de ser satisfactoria para los Estados y para las partes involucradas y lo más importante, para los niños nacidos como resultado de estos acuerdos. Hay una preocupación real por el hecho de que en la posición actual menudo no asegura el cumplimiento de manera adecuada de los derechos fundamentales e intereses de los niños.”⁴⁷³

⁴⁷³ “64. The number of international surrogacy arrangements appears to be growing at a rapid pace and while some States are attempting to resolve the problems arising as a result, this global phenomenon may ultimately demand a global solution. There is no doubt that the current situation is far from satisfactory for the States and parties involved and, most importantly, for the children born as a result of these arrangements. There is a real concern that the current situation often fails to adequately ensure respect for children’s fundamental rights and interests.” Traducción propia. A PRELIMINARY REPORT ON THE ISSUES ARISING FROM INTERNATIONAL SURROGACY ARRANGEMENTS Preliminary Document No 10 of March 2012 for the attention of the Council of April 2012 on General Affairs and Policy of the Conference.

El documento resulta particularmente interesante porque en él se recoge el diverso tratamiento que esta forma de maternidad recibe en los diferentes Estados miembros de la Conferencia. Pero, sobre todo, interesa su propuesta de adopción de un instrumento internacional para garantizar la seguridad jurídica universal, que permita, no tanto la armonización de las normas de Derecho internacional privado relativas al establecimiento de la filiación en aquellos casos en los que media un contrato de maternidad por sustitución, sino el establecimiento de un marco de cooperación entre autoridades. Fortalecería el respeto mutuo y la confianza entre los distintos ordenamientos jurídicos. Los Estados podrían trabajar juntos para garantizar los derechos de todas las partes interesadas: desde los más vulnerables, los niños y las madres gestantes, hasta los padres interesados, con frecuencia desesperados por tener un hijo.

Se considera que un enfoque, de este tipo implicaría tener en la mira, como hemos dicho, Convenio de la Haya de 29 de mayo de 1993 relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en materia de Adopción Internacional. Considera Lamm, que aunque existen obvias e importantes diferencias entre la gestación por sustitución y la adopción internacional, lo cierto es que a su juicio las necesidades que se deben satisfacer son similares, por lo que resulta apropiado tener en cuenta los avances y las técnicas empleadas en el Convenio de la Haya sobre la adopción para la gestación por sustitución internacional.⁴⁷⁴

Como otro eslabón de esta labor en curso, la Oficina Permanente ha publicado en febrero de 2015 el documento Preliminar N ° 3 "Le Projet filiation / maternité de substitution : Note de mise à jour". "El Proyecto de la filiación / maternidad de subrogación: Actualización de nota" donde puso de manifiesto que el trabajo debe continuar para explorar la viabilidad de la elaboración de un instrumento multilateral. Esta nota de actualización busca proporcionar a los Miembros una visión general de las principales novedades de que se tiene conocimiento y considera especialmente relevante para miembros en materia

⁴⁷⁴ LAMM, E: "Gestación por sustitución: ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres", cit., p.212.

de filiación y maternidad subrogada desde la reunión de 2014 del Consejo de Asuntos Generales y Política ("Consejo"). Con este fin, el Consejo invitó a la Oficina Permanente a continuar la recopilación de información, observándose un considerable número de miembros favorables al establecimiento de un Grupo de Expertos". De este documento interesa destacar el ANNEX II donde se recogen algunos de los asuntos graves afectantes a los derechos humanos en particular de los niños, que han surgido (de nuevo) en los casos de gestación por sustitución en 2014

a) Casos de abandono de niños en 2014, tras una gestación por sustitución citándose países como Tailandia y la India, de los que se han hecho eco los medios de comunicación y que ilustran los riesgos inherentes para los niños de la gestación por sustitución, sobre todo en un entorno sin regulación. Tanto el caso "Baby Gammy"(que implica el supuesto abandono por parte de los padres de intención de Australia de uno de los gemelos con síndrome de Down, concebido como resultado de un ISA, los comitentes solicitaron a la madre subrogada que abortará, a lo que se negó llevándose los comitentes consigo tan sólo a otro gemelo) y el caso de la India en la que, de nuevo, un gemelo era abandonado por una pareja australiana llevándose consigo al otro gemelo elegido, según parece en función de su sexo, esta nueva forma de "tráfico de personas" pone de relieve la necesidad de un debate internacional sobre muchos temas, incluyendo lo que debe suceder cuando los acuerdos se incumplen, como así como lo que las comprobaciones que deben hacerse a los comitentes antes de permitirles concertar un acuerdo de gestación subrogada.⁴⁷⁵

b) Inadecuación de algunos padres que intención y posible tráfico de niños: los medios de comunicación también han informado de otros casos en 2014 que sugieren la necesidad imperiosa de trabajo internacional para

⁴⁷⁵ En el caso Gammy, se descubrió posteriormente que el padre comitente había sido condenado previamente en Australia por varios delitos relacionados con el abuso de menores.

proteger niños. Por ejemplo, se informó de que un hombre de negocios japonés rico ha engendrado al menos a 16 niños como resultado de gestaciones por subrogación realizadas en Tailandia lo que podría estar relacionado con la trata de niños. Tráfico y la venta de niños también en el caso de un intermediario indio había sido arrestado y acusado de, en efecto, "vender" a un niño a quienes no eran sus padres de intención, quienes creyeron que él era el intermediario del acuerdo de subrogación.

c) El derecho del niño a conocer a sus orígenes: los tribunales de varios Estados siguieron manifestaron sus preocupaciones en 2014 con respecto a la probable incapacidad de futuro de los niños nacidos como resultado estos acuerdos de rastrear sus orígenes genéticos y congénitos, y otros lamentan el hecho posible de que este niño pueda tener que enfrentarse en el futuro a problemas culturales o que el cuestionamiento sobre su identidad se convierta en una crisis.

d) Las preocupaciones sobre el consentimiento de las madres de alquiler: en varios casos en 2014, surgieron dudas, una vez más, con respecto a si el consentimiento de algunas madres de alquiler había sido dado "libremente, sin condiciones y con pleno conocimiento de lo que implica" Estas preocupaciones surgieron principalmente en los Estados en los que las madres de alquiler no tienen como lengua materna el inglés. En algunos casos, los padres de intención no llegan a conocer a la madre portadora y por lo tanto son incapaces de proporcionar cualquier información sobre su nivel de alfabetización o idioma materno. También se han expresado los Estados, una vez más, en relación con ciertos términos del contrato y, en algunos casos, con las limitaciones impuestas a la toma de decisiones de las madres de alquiler, especialmente en lo que se refiere a su salud.

e) Dificultades con intermediarios: como en años anteriores, 2014 ha demostrado ser una advertencia en lo que respecta a los intermediarios en el contexto de la gestación pos sustitución, en particular en algunos Estados India, Tailandia y México(clínicas donde se ha procedido a la mezcla de gametos, extorsiones a los comitentes, compañías que seleccionan

debidamente a las madres de alquiler...) hasta el punto de afirmarse que los asuntos relativos a la gestación por sustitución constituyen “un campo de minas” desde el punto de vista jurídico

Sin embargo, la Oficina Permanente está realizando investigaciones en esta área en la actualidad y, en última instancia, podría constituir un punto de referencia para el Derecho internacional privado en relación con las diversas vulnerabilidades que presenta la subrogación.

Finalmente destacar que el Consejo de Asuntos Generales y Política de la Conferencia (“Conseil sur les affaires générales et la politique de la Conférence”, con 180 participantes en representación de 64 miembros que se celebró del 24 al 26 de marzo de 2015, los miembros de la Conferencia de La Haya entre conclusiones y recomendaciones aprobada por el Consejo de Asuntos Generales y de Política de la Conferencia decidieron formar un grupo de expertos para continuar trabajando en las cuestiones de derecho internacional privado sobre la situación de los niños, especialmente las derivadas de los acuerdos de subrogación de carácter internacional:

“5. El Consejo decidió establecer un grupo de expertos para estudiar la posibilidad de seguir trabajando en esta área. El Grupo de expertos deberá abordar el estudio de las normas de Derecho internacional privado relativas estatuto jurídico de los niños en situación transfronteriza, especialmente de los nacidos como resultado de después de los convenios de la maternidad de sustitución de carácter internacional. A tal efecto, el Consejo decidió lo siguiente:

a) el Grupo Especial debería reunirse a principios de 2016 e informar en el Consejo de 2016;

b) el Grupo debe ser geográficamente representativo previa consulta de todos los Miembros;

c) Se invita a los miembros a mantener a la Oficina Permanente informado regularmente de acontecimientos importantes que ocurran en sus respectivos Estados en relación con la filiación legal y la maternidad por subrogación.”⁴⁷⁶

Por otra parte durante los días 3 a 6 de febrero de 2015 se reunió, en la ciudad de La Haya, el Grupo de Trabajo del “Judgment Project” y emitió el documento preliminar N° 7 dirigido al Consejo de Asuntos Generales de la Conferencia, con la participación de los representantes de Alemania, Australia, Brasil, Canadá, China, Chipre, España, Estados Unidos, India, Japón, Reino Unido, República de Corea, Rusia, Suiza y la Unión Europea, el Grupo se dedicó al desarrollo de las normas propuestas para una futura convención en materia de reconocimiento y ejecución de sentencias.

En tal sentido, se produjo una aceptación general de los principios claves del proyecto de convención, el cual supone una importante contribución a la circulación de sentencias a nivel global, lo que genera, a su vez, una mejora en el acceso a la justicia.

Durante la reunión se elaboró un proyecto que recoge los acuerdos a que se llegó y se identificó los puntos que requieren un mayor análisis y discusión. El Grupo estima que para el 2016 ya habrá elaborado un proyecto definitivo, con respecto al cual recomienda su discusión por una Comisión Especial, antes de su presentación al Consejo. Pero el logro de esta meta, se decía, requerirá

⁴⁷⁶ 4. “Questions de droit international privé concernant le statut des enfants, notamment celles découlant des conventions de maternité de substitution à caractère international 5. Le Conseil a décidé de constituer un Groupe d’experts pour étudier la possibilité de poursuivre les travaux dans ce domaine. Le Groupe d’experts devra d’abord étudier les règles de droit international privé relatives au statut juridique des enfants en situation transfrontière, notamment de ceux nés à la suite de conventions de maternité de substitution à caractère international. À cet effet, le Conseil a décidé ce qui suit : a) le Groupe d’experts devrait se réunir début 2016 et rendre compte au Conseil de 2016 ; b) le Groupe devrait être géographiquement représentatif et constitué en consultation avec les Membres ; c) les Membres sont invités à tenir le Bureau Permanent régulièrement informé des développements importants survenant dans leurs États respectifs en lien avec la filiation juridique et la maternité de substitution.” Traducción propia.

una o dos reuniones más del Grupo, durante 2015. Ahora bien, anexo al Informe, hay un proyecto de texto preliminar. Entre muchos de los aspectos interesantes del mismo destacaremos, en primer término, la norma contenida en el artículo 4.

De conformidad con esta disposición, una sentencia –entendida como cualquier decisión tomada por un tribunal, independientemente de su denominación, sobre el fondo de un asunto (art. 3)–, dictada en un Estado parte en la Convención será reconocida y ejecutada en otro Estado contratante de acuerdo con las disposiciones de ese instrumento, sin que, salvo los casos establecidos por la propia Convención, la misma pueda ser objeto de una revisión sobre el fondo.

Esta norma también dispone que la sentencia sea reconocida si produce efectos en su país de origen y será ejecutada, solo si es ejecutable en ese Estado. Además, deberá tratarse de una sentencia definitivamente firme, pues el reconocimiento o la ejecución podrán negarse si la decisión en cuestión es objeto de algún recurso en su Estado de origen o si el tiempo establecido para el ejercicio del mismo aún no ha expirado. De hecho la norma excluye la posibilidad de aplicar este procedimiento a las decisiones que decreten medidas cautelares.⁴⁷⁷

⁴⁷⁷ CHAPTER II – RECOGNITION AND ENFORCEMENT Article 4 “Recognition and enforcement 1. A judgment of a court of a Contracting State (State of origin) to which this Convention applies shall be recognised and enforced in another Contracting State (State addressed) in accordance with the provisions of this Chapter. Recognition or enforcement may be refused only on the grounds specified in this Convention. 2. Without prejudice to such review as is necessary for the application of the provisions of this Chapter, there shall be no review of the merits of the judgment given by the court of origin. The court addressed shall be bound by the findings of fact on which the court of origin based its jurisdiction, unless the judgment was given by default. 3. A judgment shall be recognised only if it has effect in the State of origin, and shall be enforced only if it is enforceable in the State of origin. 4. Recognition or enforcement may be postponed or refused if the judgment is the subject of review in the State of origin or if the time limit for seeking ordinary review has not expired. A refusal does not prevent a subsequent application for recognition or enforcement of the judgment. In such cases, the court addressed may also make enforcement conditional on the provision of such security as it shall determine. Report of the fourth meeting of the working group on the Judgments Project (3-6 february 2015) and preliminary draft text resulting from the meeting” (Informe de la cuarta reunión del grupo de trabajo sobre el Proyecto de Sentencias (3 a 6 feb. 2015) y anteproyecto de texto resultante de la reunión.)

El segundo aspecto a destacar tiene que ver con las causales de denegación del reconocimiento o la ejecución. Así, de conformidad con el artículo 5 estos solo podrán negarse si el demandado no fue notificado del inicio del procedimiento o si, habiendo sido notificado, lo fue de manera incompatible con los principios esenciales del ordenamiento jurídico del Estado de reconocimiento; si la sentencia fue dictada en fraude procesal; *si su reconocimiento o ejecución son incompatibles con el orden público del Estado de reconocimiento*; si es incompatible con sentencia anterior de ese Estado o de un tercer Estado, siempre que ésta última haya sido previamente reconocida.⁴⁷⁸

Este texto reconoce la posibilidad de que una sentencia extranjera pueda desplegar eficacia parcial (art. 12) y recoge el principio *Lex fori regit processum*, de manera que el procedimiento a través del cual se podrá otorgar el reconocimiento o la ejecución a una sentencia extranjera dependerá de lo que al respecto disponga el Derecho procesal del Estado de reconocimiento (art. 11)⁴⁷⁹

⁴⁷⁸ “Article 5 Refusal of recognition or enforcement 1. Recognition or enforcement may be refused if – a) the document which instituted the proceedings or an equivalent document, including a statement of the essential elements of the claim – (i) was not notified to the defendant in sufficient time and in such a way as to enable him to arrange for his defense, unless the defendant entered an appearance and presented his case without contesting notification in the court of origin, provided that the law of the State of origin permitted notification to be contested;4 or (ii) was notified to the defendant in the requested State in a manner that is incompatible with fundamental principles of the requested State concerning service of documents”. Report of the fourth meeting of the working group on the Judgments Project (3-6 february 2015) and preliminary draft text resulting from the meeting” (Informe de la cuarta reunión del grupo de trabajo sobre el Proyecto de Sentencias (3 a 6 feb. 2015) y anteproyecto de texto resultante de la reunión.)

⁴⁷⁹ Article 11 “Procedure The procedure for recognition, declaration of enforceability or registration for enforcement, and the enforcement of the judgment, are governed by the law of the State addressed unless this Convention provides otherwise. The court addressed shall act expeditiously.” Y Article 12 “Severability Recognition or enforcement of a severable part of a judgment shall be granted where recognition or enforcement of that part is applied for, or only part of the judgment is capable of being recognised or enforced under this Convention.”

CAPÍTULO VIII

ANÁLISIS CRÍTICO DE LAS PROPUESTAS PLANTEADAS PARA EL RECONOCIMIENTO EN ESPAÑA DE LA FILIACIÓN DERIVADA DE UN CONTRATO DE GESTACIÓN

Como hemos visto a lo largo de este trabajo, a nuestro juicio, la aceptación de los condicionantes biológicos de nuestra reproducción constituyen un presupuesto previo para el despliegue de la libertad humana, y desde esta necesaria integración entre libertad y biología (que forma parte de la esencia misma del hombre), consideramos que debería prohibirse una práctica, como la gestación por sustitución, dirigida a separar a un ser humano de quién lo ha gestado y alumbrado.

Sólo aquellos que desde la cultura del “hombre autónomo”⁴⁸⁰ niegan que la biología tenga algo que decir en la construcción humana, pueden considerar la gestación por sustitución como un derecho y pretender una regulación jurídica que la normalice como procedimiento reproductivo normalizado. Quienes se sitúan en esta segunda órbita consideran que lo razonable sería implementar una reglamentación capaz de garantizar los derechos de las partes que intervienen en este proceso, sobre todo los de las partes más vulnerables, es decir la gestante e hijo, para evitar abusos, fraudes y

⁴⁸⁰ “Esta cultura del hombre autónomo (el hombre que no acepta deberle a alguien su existencia) ha creado un nuevo lenguaje, especialmente para hablar de su origen. En ese nuevo lenguaje, al término “procreación” le sustituye el de “reproducción” para describir la transmisión de la vida humana.” LÓPEZ-MORATALLA, N., “El cigoto de nuestra especie es cuerpo humano”, cit., p.122.

vulneraciones de la libertad, la dignidad y los derechos fundamentales. No creemos, sin embargo que eso pueda ser posible.⁴⁸¹

1. El desafío de legislar en esta materia y los presupuestos jurisprudenciales

La discusión en torno a la gestación por sustitución constituye un ejemplo paradigmático del inmenso poder manipulador de la argumentación jurídica. En efecto, el debate ha dejado meridianamente claro que no son los principios los que imperan sino los posicionamientos ideológicos, o las tendencias socialmente más mediáticas, y es a partir de ellas desde donde se despliegan todas las artes de la argumentación. De manera que un mismo argumento puede ser empleado tanto para sostener una posición como justamente la opuesta, siendo convenientemente adulterado.

Es bien sabido que en Derecho no existe la denominada ‘única respuesta correcta’ a los problemas que la realidad plantea; de ahí que no solemos sorprendernos por la existencia de posturas discrepantes en muchas de las cuestiones que resultan moral o socialmente controvertidas; pero hay algunas situaciones en las cuales esta discrepancia de pareceres alcanza su cénit. La gestación por sustitución es una de las más radicales.

Son varias las razones que explican la radical discrepancia entre las posiciones existentes sobre esta práctica y también sobre las distintas respuestas jurídicas que, en consonancia con cada una de ellas, se pretenden. Por un lado, está la discrepancia sobre si estamos ante una técnica o una práctica social. En efecto, desde unas posiciones se insiste en que no estamos

⁴⁸¹ “Hay muchos motivos para dudar de que una regulación de la maternidad subrogada de alcance internacional y carácter lucrativo garantice la dignidad de las partes más débiles de la relación. Entre una prohibición –que pudiera no ser del todo eficaz e hiciera aflorar cierto mercado negro de la gestación por sustitución– y una regulación que probablemente no lograría prevenir muchos abusos e incrementaría el recurso a esta práctica, es razonable pensar en la primera de las alternativas como menos perjudicial” BELLVER CAPELLA, V. “¿Nuevas tecnologías? viejas explotaciones”, cit., p. 35.

ante una técnica reproductiva sino ante un simple procedimiento para conseguir una filiación biológica, más o menos ficticia, por parte de quien no ha dado a luz; de ahí que las implicaciones éticas que subyacen en la gestación sustitutiva son esenciales y son las que deben determinar el sentido de su regulación, que no puede ser otra que prohibir la práctica. Desde las posiciones contrarias, se da por supuesto que no es sino implementar un supuesto más de las TRHA, para lo cual basta con establecer una cuidadosa regulación que garantice los bienes básicos de las partes y evite posibles fraudes y abusos⁴⁸².

Por otro lado, esta práctica resulta muy mediatizada por la complejidad de interpretar el alcance y de definir el contenido de conceptos jurídicos indeterminados, lo cual facilita que cada una de las posiciones acabe justificando esas interpretaciones y llenando esos contenidos con los argumentos más favorables a su posición. Y esta divergencia interpretativa, mediatizada por lo ideológico, resulta patente en las distintas instancias administrativas y jurisdiccionales y en sus contradictorias resoluciones, tal y como ya hemos tenido ocasión de exponer.

De ahí las contradictorias interpretaciones realizadas por ambas instancias (autoridades administrativas y judiciales) con relación al orden público internacional español (OPIE) a la hora de aplicar resoluciones extranjeras. O las divergencias a la hora de integrar lagunas normativas, por la vía de la aplicación de principios generales como el del *interés superior del*

⁴⁸² Al respecto, conviene recordar que en 1986, antes de la aprobación de la primera LTRA (Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre Técnicas de Reproducción Asistida), el Congreso de los Diputados encargó un Informe a la Comisión Especial de Estudio de la Fecundación in Vitro y la Inseminación Artificial Humana, presidida por el médico y diputado socialista Marcelo Palacios Alonso. En las Recomendaciones contenidas en dicho informe (conocido como *Informe Palacios*), la Comisión concluía que la gestación por sustitución debía rechazarse y prohibirse en cualquier circunstancia, por las dificultades empírico-jurídicas de su regulación, así como por razones éticas: “Hay en la gestación por sustitución cuestiones de gran trascendencia a considerar, que pueden ser fuente de conflictos de intereses y desencadenantes de graves problemas entre la pareja estéril solicitante, la mujer sustituta o portadora, y el hijo, que en algunos casos pueden repugnar a su aceptación ética y en otros derivarían interrogantes de carácter legal sin duda de difícil interpretación [...]”. Vid. ÁLVAREZ DE TOLEDO QUINTANA, L., “El futuro de la maternidad subrogada en España...”, cit., p. 37.

menor (ISM) o el de *dignidad humana*, de rango constitucional y con presencia privilegiada en los instrumentos de derecho internacional.

Con todo, lo que realmente está sucediendo en nuestro ordenamiento, no es tanto la asunción del desafío de legislar, sino justamente lo contrario, las graves contradicciones que se derivan de no hacerlo, es decir, de no acometer la necesaria reforma que acabe con la esquizofrenia legislativa que padecemos en la materia, manteniendo una prohibición general de la práctica en el art. 10.1 LTRHA y ofreciendo, al mismo tiempo la posibilidad de reconocer la filiación derivada del recurso a ella, por la vía de la reclamación de la paternidad establecida en el propio apartado 3 del mismo artículo. No cabe mantener esta indefinición por más tiempo, dando lugar a interpretaciones y soluciones tan dispares, fundamentadas en la inadmisibile coexistencia de una prohibición de derecho y de una permisión de hecho (cuando la gestación por sustitución viene de fuera). Con ello no se contribuye sino a menoscabar el principio de seguridad jurídica proclamado en la Constitución española.

En tercer lugar, es cierto que debemos asumir la doctrina contenida en las dos Sentencias del TEDH de 26 de junio de 2014 (*Caso Mennesson c. France* y *Caso Labassee c. France*). Pero no es menos cierto que, de ellas, no se desprende que las legislaciones que prohíben el convenio de gestación por sustitución, como es el caso de la española, sean contrarias al CEDH. Por el contrario, el TEDH consagra que, consideradas las delicadas cuestiones éticas que se suscitan este tema y la falta de consenso sobre el mismo en Europa, los Estados deben disponer de un amplio margen de apreciación en sus opciones relativas a la gestación por sustitución. Sin embargo, según el TEDH, si bien un Estado parte del Convenio podría prohibir la gestación por sustitución, esa opción del legislador nacional no puede provocar el desconocimiento de su filiación y así proyectarse sobre la identidad de los niños, a los que de otro modo se les aboca a una situación de incertidumbre jurídica sobre su identidad.⁴⁸³

⁴⁸³ LAMM, E., "Gestación por sustitución. La importancia de las sentencias del Tribunal Europeo de derechos humanos y su impacto", cit., 46.

El TEDH pone énfasis así en el vínculo biológico⁴⁸⁴ y el TS español admite que el hombre que aportó sus gametos pueda ser reconocido como padre. El propio art. 10 de la LTRHA, en su párrafo tercero, permite la reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, por lo que, si alguno de los recurrentes lo fuera, podría determinarse la filiación paterna respecto del mismo. Asimismo, figuras jurídicas como el acogimiento familiar o la adopción permiten la formalización jurídica de la integración de facto de los niños en tal núcleo familiar.

Sin embargo para algunos autores la solución que ofrece el Derecho y la jurisprudencia española es manifiestamente insuficiente por diversas razones: así considera LAMM que “no reconoce a ambos padres y obliga a uno de ellos a erigirse en padre biológico, y al otro a comenzar un proceso de adopción. En definitiva, “conduce a la absurda solución de tener que recurrir a la adopción para encontrar la solución definitiva.” La cuestión se complica además en el supuesto de ser una pareja heterosexual en la que ambos aportan sus gametos. ¿Podría, en este supuesto, imponerse a la mujer la adopción de su propio hijo genético? En todos los casos, ¿se podrían prever distintas soluciones para los miembros de la pareja sin conculcar con ello el principio de igualdad?” Además considera LAMM que con esta solución se desatiende el interés del menor “No se puede invocar judicialmente el interés superior cuando el efecto inmediato de la sentencia que dispone la cancelación de la inscripción es la desprotección, desde que se niega a los niños sus derechos básicos como ciudadanos españoles y se los priva de padres a efectos legales”⁴⁸⁵. En el mismo sentido FLORES RODRÍGUEZ para quién desde una perspectiva jurídico material “al rechazar el establecimiento de un vínculo, doble o simple, de filiación con el padre o los padres de intención, salvo el biológico cuando es posible respecto de unos de ellos, se genera una situación de desamparo, lo que, de facto, origina, desprotección jurídica del menor” y añade que “retroceder en el proceso iniciado años antes hasta determinar definitivamente

⁴⁸⁴ Francia fue condenada por negar todo vínculo, incluido el del padre biológico (en ambos casos, los hombres habían aportado su material genético)

⁴⁸⁵ LAMM, E., “Gestación por sustitución. La importancia de las sentencias del Tribunal Europeo de derechos humanos y su impacto” *cit.*, p. 45.

la filiación que correspondería conforme al orden público es una misión harto compleja. Así, no resulta posible obviar que mientras que el Ministerio Fiscal intente salvaguardar los intereses del menor en aquella dirección, o el padre biológico ejercite en su favor la acción de reclamación de la filiación, o ambos padres de intención, conjuntamente, la acción de filiación matrimonial por posesión de estado⁴⁸⁶ (opción que no debiera ser descartable al no contrariar una filiación ya inscrita, pero que ha sido rechazada por la Corte de casación francesa), ocurrirán o podrán ocurrir infinidad de acontecimientos con trascendencia jurídica sobre el menor. Así, los padres de intención, ahora convertidos en meros acogedores de hecho y privados de la patria potestad, «podrán» (o no) continuar en el acogimiento, solicitar la (hipotética) adopción del niño o reclamar la filiación biológica o la vivida (si el tribunal se la concede, como hemos visto), pero también pueden llegar a desaparecer de su esfera personal por diferentes razones, por muerte o por ruptura, simultánea o sucesivamente, originando una serie de situaciones de desamparo respecto de la que constituye su familia social y moral.»⁴⁸⁷

La respuesta a este problema entiende FLORES, debe producirse de *lege ferenda*, siendo posible seguir a tal efecto tres vías: a) Mantener la prohibición

⁴⁸⁶ De este modo, considera el propio FLORES que debería resultar posible ejercitar una acción de reclamación de la filiación por posesión de estado dirigida a establecer el doble vínculo de filiación matrimonial sobre el menor gestado a través de estas técnicas (art. 131 cc). Al tal efecto, resultaría necesario disociar el consentimiento manifestado en el contrato de gestación (plano horizontal) del consentimiento manifestado de cara a la determinación de la filiación (plano vertical), en interés del menor. En esta tesis abundaría la más reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo. No hay que olvidar -como explica la STS de 15 de enero de 2014 (FJ 2.º) que "resultan extrapolables estas consideraciones al contexto de la filiación derivada del empleo de técnicas de reproducción asistida, particularmente del carácter no exclusivo ni excluyente del hecho biológico, como fuente o causa de la filiación, y en favor del protagonismo de los consentimientos implicados como elementos impulsores de la determinación legal de la filiación en estos casos". El previo propósito común, el proyecto común de paternidad responsable, la posterior unidad familiar originada durante un tiempo -la vida familiar-, el interés moral y familiar permanente en afirmar y mantener la paternidad, el consentimiento prestado a tal efecto, el interés superior del menor, son, todos ellos, fuente de legitimación suficiente y de prueba de la filiación. FLORES RODRÍGUEZ, J., "Gestación por sustitución: más cerca de un estatuto jurídico común europeo", *Revista de Derecho Privado* nº 27, 2014, p 71-89.

⁴⁸⁷ FLORES RODRÍGUEZ, J. "Vientres de alquiler: más cerca de su reconocimiento legal en Europa. Comentario a la STEDH de 26 de junio de 2014, recurso no 65192/11" *Diario La Ley*, Nº 8363, Sección Tribuna, 28 de Julio de 2014, Año XXXV, Ref. D-255, Editorial LA LEY. p 2-3.

absoluta del contrato de gestación y sus efectos sobre la filiación del niño (esta ha sido la opción adoptada por el Tribunal Supremo Español y por la Corte de Casación francesa); b) El mantenimiento de la prohibición del contrato de gestación aunque admitiendo sus efectos y por tanto la inscripción, creando un vínculo de filiación con el niño (atenuación del orden público); y c) Establecer, como ocurre ya en algunos países, un estatuto jurídico adecuado que regule y ordene de forma cuidadosa tales prácticas así como sus efectos sobre la filiación. Opción, esta última, por la que se inclina este autor para quién “llegado este momento, el establecimiento de un estatuto jurídico que regule y preste seguridad, previsibilidad y certidumbre a esta situación debe terminar imponiéndose como una solución necesaria de forma irrenunciable para cada Estado firmante de la Convención”.⁴⁸⁸

Pero además las soluciones propuestas por la jurisprudencia española (STS 835/2013, de 6 de febrero de 2014 y posterior *Auto* del TS, de 2 Febrero de 2015) valdrían tan sólo para la *filiación jurídica* derivada de convenio de gestación por encargo realizado en países cuya legislación lo permita, pero no resuelven qué ocurre cuando se pretendiera realizar dicho contrato de gestación por encargo en España, de modo que la imposibilidad de inscribir la filiación procedente de un tal convenio (ex art. 10.1 LTRHA), realizado en nuestro país, sería, como poco, discriminatorio ex art. 14 CE.⁴⁸⁹

Afirma LAMM que ni la prohibición expresa -como en España- ni el silencio de la ley -como en Argentina- evitan que la práctica se realice, antes bien, se utilizan distintas estrategias o mecanismos, generando conflictos que podrían ser evitados con una regulación legal que controle la gestación por sustitución y resuelva los problemas que ocasiona.⁴⁹⁰ Lo cierto es que la

⁴⁸⁸ *Ibid.*, p.6

⁴⁸⁹ VELA SÁNCHEZ A.J. “Comentario a la iniciativa legislativa popular para la regulación de la gestación por subrogación en España”, cit.,p.2

⁴⁹⁰ LAMM, E., *Gestación por sustitución: ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*, cit., p.221. En el mismo sentido sostiene Camacho que “El problema no está en la práctica en sí misma, sino en la existencia de un marco legal que permita regular, controlar y establecer criterios para poder llevarla a cabo, atendiendo a los intereses de todas las partes involucradas, tanto la gestante, la o las personas contratantes y el niño o niña fruto de ese acuerdo” CAMACHO, J.M. “Maternidad subrogada: una práctica moralmente aceptable. Análisis crítico de las argumentaciones de sus

existencia de legislaciones que sí aceptan la figura de la maternidad por subrogación regulándola expresamente o tolerándola jurídicamente pero sin que exista regulación, unido a la existencia de determinadas condiciones culturales, económicas y/o sociales, etc. que puedan favorecerla, ha determinado el florecimiento del llamado “turismo reproductivo” o “turismo de la fertilidad”, el cual ciertamente, ha crecido de forma exponencial. En realidad, en algunos países la maternidad subrogada se ha convertido en un auténtico reclamo (por ejemplo, en la India concurren una legislación muy permisiva, unos precios muy competitivos y unas condiciones sociales y sanitarias favorables), por ello entiende LAMM que si la gestación por sustitución es ilegal, la práctica existirá en la clandestinidad y no habría ningún recurso para las partes involucradas.⁴⁹¹

A mayor abundamiento, se analiza también la conveniencia de legalizar el convenio de gestación por encargo desde la perspectiva del análisis económico del derecho, aplicando el método del razonamiento económico al derecho, no para reemplazar al razonamiento jurídico sino para completarlo⁴⁹²; llegándose a considerar que supondría, por un lado, un importante ahorro de costes para los

detractores”, cit.

⁴⁹¹ Y añade que “La tesis prohibicionista es contestada desde otros ámbitos con el argumento de la necesidad de encuadrar jurídicamente un fenómeno existente en la realidad y asegurar sus consecuencias bajo una supervisión judicial.” FLORES RODRÍGUEZ, J. “Vientres de alquiler: más cerca de su reconocimiento legal en Europa, cit., p. 4-6.

⁴⁹² La Teoría Económica del Derecho, entendida como ciencia positiva o descriptiva tiene como objeto el estudio y la explicación desde el punto de vista de la racionalidad económica, del funcionamiento real, efectivo, del Derecho en la sociedad, estudiando especialmente los efectos económicos de las normas jurídicas (Teoría del impacto legal) en la realidad social, con el fin de posibilitar pronósticos válidos acerca de determinados fenómenos. Desde esta óptica, las normas o disposiciones jurídicas, suelen interpretarse y valorarse como disposiciones que crean incentivos, o desincentivos, a determinadas formas de conducta de los ciudadanos, fundamentándose en que entre el Derecho y la Economía existe un elemento central: la eficiencia. Así, la teoría económica del derecho se ocupa no tanto de analizar y explicar cómo es y cómo funciona el Derecho, sino de diseñar como debería ser y cómo debería funcionar en función del principio de eficiencia económica, aconsejando los medios más adecuados para lograrlo. En efecto según la doctrina económico-jurídica, una legislación que fomente el incremento de la natalidad supone un beneficio evidente para la sociedad a corto, medio y largo plazo. Este análisis económico del derecho supone “depurar” las instituciones jurídicas de todo contenido de carácter metafísico: ético, moral, ideológico-político para pasar a configurarse como un sistema de reglas técnicas desconectado de cualquier justicia legal y conmutativa.

ciudadanos españoles que actualmente no tienen otro remedio que desplazarse a aquéllos países donde es posible llevarla a cabo, con la consiguiente inseguridad jurídica, y por otro lado, argumenta que dicha legalización generaría una importante actividad económica que se produciría completamente en España; además, la legalización de la gestación por encargo en nuestro país tendría un previsible y significativo efecto llamada respecto de ciudadanos de países de nuestro entorno, que no necesitarán trasladarse a los Estados Unidos de América o a países del este de Europa, Ucrania...para llevar a cabo su aspiración de ser padres o madres.⁴⁹³ Incluso se ha llegado a considerar la gestación por encargo como instrumento eficaz que podría, respecto de la adopción de niños, coadyuvar a reducir el desequilibrio entre la oferta y la demanda que existe en la actualidad. Este análisis económico jurídico, orientaría el contenido en la redacción de las normas jurídicas, en la reforma del ordenamiento jurídico.

2. Proyectos de ley e iniciativas legislativas planteadas

Como exponentes de la posición partidaria de dotar a la gestación por sustitución de un estatuto jurídico propio, encontramos en nuestro derecho una *iniciativa legislativa popular* promovida por la “Asociación por la Gestación Subrogada en España”⁴⁹⁴ (en trámite de obtención de firmas) y una *Proposición no de Ley* para la creación de un Marco regulatorio para gestación subrogada, presentada por el Grupo Parlamentario Unión Progreso y Democracia, el 10 de febrero de 2015, para su debate en la Pleno. Hay además de otras propuestas normativas realizadas por la doctrin⁴⁹⁵. A continuación analizaremos la iniciativa

⁴⁹³ VELA SÁNCHEZ, A.J., "La gestación por encargo desde el análisis económico del derecho. Medidas anticrisis desde el Derecho de Familia", cit., en p. 2

⁴⁹⁴ Asociación para la legalización y regulación de la Gestación Subrogada en España por Iniciativa Legislativa Popular. <http://www.gestacionsubrogadaenespaña.es/index.php/2013-10-16-13-08-07/texto-ilp>

⁴⁹⁵ Así por ejemplo la propuesta por LAMM, para el Proyecto de reforma del Código Civil y Comercial de Argentina de 2012 (art 562) en LAMM, E., *Gestación por sustitución: ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*, cit. o la realizada por VELA para el derecho español en VELA SÁNCHEZ, A.J., *La maternidad subrogada: estudio ante un reto normativo*, cit., p. 88.

legislativa popular planteada en España con el objetivo de resaltar la enorme dificultad que tiene llegar a reglamentar esta práctica de una forma coherente y segura.

2.1. Iniciativa legislativa popular. Análisis crítico

Exposición de motivos

Partiendo de la evolución del modelo de familia que va parejo con el avance científico y de que «hoy la gestación por subrogación constituye una realidad tanto en España como en los países de nuestro entorno», se indica que la «LTRHA —en su art. 10— reconoce como un hecho la gestación subrogada pero la excluye de su ámbito de regulación, al considerar nulo cualquier contrato que suponga la renuncia por parte de una mujer a la filiación materna». No obstante, se alega que este «precepto de la LTRHA no ha sido óbice para que la Instrucción de 5 de octubre de 2010 de la Dirección General del Registro y el Notariado (DGRN) haya supuesto la posibilidad de inscribir en el Registro Civil español una relación de filiación declarada por un Tribunal extranjero... aunque esta relación de filiación sea fruto de una gestación subrogada». De esta forma, dicha Instrucción vela «por el interés superior del menor, contenido normativamente en la Convención sobre Derechos de Niño de 20 de noviembre de 1989, adoptada por Naciones Unidas y ratificada por España el 30 de noviembre de 1990», al que se le reconocen como fundamentales, entre otros, los derechos a tener una familia y «una nacionalidad». Ahora bien, se destaca que si bien dicha Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010 supone «la legalización de facto de la gestación por subrogación en España..., el acceso a esta técnica de reproducción asistida está limitada a las personas con suficientes recursos económicos y socioculturales para emprender esa vía de acceso al hecho parental fuera de nuestras fronteras. Con ello se conculca el principio constitucional de la igualdad». Por todo ello, se concluye que la «presente Ley tiene el objetivo de regular la gestación subrogada y garantizar los derechos de todas las personas que intervienen en el proceso, y de forma muy especial, de los menores fruto de esta técnica de reproducción asistida. La finalidad de la iniciativa es también extender la posibilidad de acceder a la gestación subrogada —acceso ahora reservado a los más pudientes— y facilitar con ello la debida tutela de los diferentes derechos...».

Esta exposición de motivos está hoy completamente desfasada, pues no hace referencia ni la doctrina contenida en las STEDH de 26 de junio de 2014,

y tampoco a la STS de 6 de febrero de 2014 y posterior Circular o Informe de la DGRN de 11 de julio de 2014, que confirma la vigencia, en esta sede, de la Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución, y declara expresamente que la relevante STS de 6 de febrero de 2014 no constituye una limitación jurídica para ello. Y ello a pesar de que, como dijimos, esta instrucción no tiene soporte normativo que la sustente y constituye una clara elusión de la legalidad vigente y el orden público español (la prohibición legal contenida en el artículo 10.1 de la Ley 14/ 2006, de 26 de mayo). Por supuesto tampoco se contiene ninguna referencia auto de TS de 2 de febrero de 2015 en la que se declara no haber lugar a la nulidad de la STS de 6 de febrero de 2014. Por último, habrían de destacarse las novedades introducidas por la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil nueva Ley del Registro Civil, en periodo de “*vacatio legis*”, que tanto para la inscripción de resoluciones judiciales extranjeras como de certificación de asientos extendidos en Registros extranjeros, exige como requisito que dichas inscripciones no resulten manifiestamente incompatible con el orden público español (arts. 96 y 98.2).

Capítulo I. Disposiciones Generales.

Artículo 1. Objeto y ámbito de aplicación de la Ley.

1. Esta Ley tiene por objeto regular la gestación por subrogación.

2. A los efectos de esta Ley se entiende por:

a) *Gestación por subrogación*. La técnica de reproducción humana asistida por la que una mujer acepta ser la gestante mediante cualquiera de las técnicas de reproducción asistida contempladas por la ley y dar a luz al hijo de otras personas o persona (progenitores subrogantes).

b) *Progenitor o progenitores subrogantes*. La persona o personas que acceden a la paternidad mediante la gestación por subrogación, aportando o no su propio material genético.

Esta última previsión contradice la tendencia más seguida en el derecho comparado; es decir, exigir el aporte de material genético por ambos, o al menos uno de los comitentes. Tal el caso de Ucrania⁴⁹⁶ (país con uno de los

⁴⁹⁶ Párrafo II de las sección I del capítulo III del Reglamento de Registro Civil de Ucrania aprobado por la Orden del Ministerio de Justicia, de 18 de octubre 2000, núm. 52/2.

enfoques más liberales en esta materia), Reino Unido⁴⁹⁷, Israel (donde los embriones deben haberse creado “in vitro” con óvulos de la madre comitente o de otra mujer, y en todo caso espermatozoides del padre comitente (Sect. 2(4)); Illinois, Virginia, New Hampshire, Australia y Sudáfrica (art 294 *Children’s Act*).

Considera LAMM, con cierto criterio, que este requisito del aporte genético se funda en que la gestación por sustitución se presenta como un remedio para quienes, por la causa que fuere, no pueden concebir o llevar a término un embarazo, pero no quieren renunciar a tener un hijo genéticamente propio. Así, aunque podría plantearse que este requisito discriminara a las parejas o personas que por diferentes razones no pueden aportar sus gametos, lo cierto es que si los comitentes (o el comitente) no pueden aportar su material genético no se trataría de un supuesto de discriminación respecto de las parejas totalmente estériles, pues como no pueden ser padres biológicos su deseo de paternidad podría cumplirse con otros mecanismos como la adopción o el acogimiento.⁴⁹⁸

Pero, en realidad, la exigencia de este requisito está tan sólo en función de la justificación que se le quiera dar a esta práctica: si se trata de hacer posible que la pareja comitente tenga un hijo ‘genéticamente propio’, tendrá sentido la limitación. Si por el contrario se sostiene la existencia de un ‘derecho al hijo’, la gestación por sustitución resultará legítima tanto para unos supuestos (obtener un hijo genéticamente propio) como también para los otros (parejas homosexuales formadas por dos varones o dos mujeres estériles).⁴⁹⁹

⁴⁹⁷ En el caso del Reino Unido la orden parental sólo puede otorgarse si el niño está genéticamente relacionado con al menos, uno de los comitentes, siendo necesario que el Tribunal tenga evidencia de esto (por ejemplo mediante una prueba de ADN). En otro caso, si no hay vinculación genética con ambos o con alguno de los comitentes, la adopción será la única opción disponible para ellos.

⁴⁹⁸ LAMM, E., *Gestación por sustitución: ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*, cit., p. 262.

⁴⁹⁹ Así entiende Vela “Este presupuesto sería el ideal pero que no puede obviarse que “en la cruda realidad se dan circunstancias anómalas, que pueden justificar la inobservancia de esta regla básica o general” Se refiere fundamentalmente a parejas homosexuales formadas por dos varones o dos mujeres estériles. VELA SÁNCHEZ, A.J., *La maternidad subrogada: estudio ante un reto normativo*, cit., p. 88

c) *Mujer gestante por subrogación*. Es la persona que, sin aportar material genético propio y mediante un contrato de gestación por subrogación, consiente y acepta someterse a técnicas de reproducción asistida humana con el objetivo de dar a luz al hijo del progenitor o progenitores subrogantes, sin que en ningún momento se establezca vínculo de filiación alguno entre la mujer gestante por subrogación y el niño o niños que pudieran nacer como fruto de esta técnica.

El precepto admite exclusivamente la gestación por sustitución denominada “*gestacional*”, que es aquélla en la que la gestante sólo aporta el útero, por contraposición a la gestación por sustitución denominada “*tradicional*”, en la que la gestante aporta no sólo el útero sino también sus gametos. LAMM se muestra partidaria de admitir sólo esta primera modalidad, la gestación por sustitución gestacional, entendiendo que la evidencia y la jurisprudencia demuestran que las disputas y problemas son más frecuentes en la gestación por sustitución tradicional. Además, la gestacional incrementa los controles porque debe recurrirse necesariamente a la fertilización *in vitro* y hacerse necesariamente por médicos especialistas.⁵⁰⁰ VELA, por su parte, admite la posibilidad de que la gestante sea además aportante el material genético, entendiendo que, en tal caso, si estuviere casada, deberá constar el consentimiento al convenio de su marido y la renuncia expresa de éste a la reclamación de la filiación del nacido.⁵⁰¹

Lo cierto es que desde el razonamiento de los derechos reproductivos y del ‘derecho al hijo’ no parece tener mucho sentido el debate, ni tampoco imponer esta limitación.

⁵⁰⁰ LAMM, E., *Gestación por sustitución: ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*, cit., p.257.

La gestación por sustitución gestacional es además la tendencia en el derecho comparado (Rusia, Australia, India, Grecia, Israel, Ucrania, Texas e Illinois entre otras. No obstante Reino Unido y algunos Estados de Australia admiten tanto la gestación por sustitución tradicional como la gestacional).

⁵⁰¹ Art 7.4 Propuesta de regulación del convenio de gestación por sustitución y de modificación legislativa para adaptarla a nuestro ordenamiento jurídico VELA SÁNCHEZ, A.J., *La maternidad subrogada: estudio ante un reto normativo*, cit., p. 129.

d) *Contrato de gestación por subrogación*. Documento público por el que una pareja -formada por personas de igual o diferente sexo- o una persona, acuerdan o acuerda con una mujer que ésta será la gestante por subrogación.

VELA SÁNCHEZ, de acuerdo con el art. 6 de esta ILP, entiende correcto que se acuerde en documento público notarial, debiendo ser el Notario el que constatará el cumplimiento de los requisitos legalmente establecidos. El colapso judicial y la notable reputación del Notariado harían plausible, a su juicio, esta propuesta.⁵⁰² LAMM, por su parte, considera más acertado un sistema de “pre-aprobación” por parte de un órgano judicial; es decir, que la aprobación, valoración y verificación del cumplimiento de los requisitos legales, a su juicio, debe ser efectuada por un juez. En este proceso judicial previo deberían intervenir diversos especialistas para poder realizar un abordaje complejo acorde con el que la situación plantea.⁵⁰³

⁵⁰² VELA SÁNCHEZ A. J., “Comentario a la iniciativa legislativa popular para la regulación de la gestación por subrogación en España”, cit., p.4.

⁵⁰³ LAMM, E., *Gestación por sustitución: ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*. Cit., p. 252. En el derecho comparado, dentro de las legislaciones que admiten la gestación por sustitución se admiten dos grandes sistemas o grupos: Un primer grupo regula un procedimiento para que los comitentes obtengan la paternidad legal del niño nacido como resultado de un acuerdo de gestación por sustitución ex post facto (Reino Unido y Australia). Habría una transferencia de la filiación posparto. Este sistema es más protector de la gestante, que es más autónoma en la toma de decisiones relacionadas con su embarazo, se conserva el principio de *mater semper certa est*, y protege el derecho de la gestante a un cambio de parecer. Pero puede generar conflictos si los comitentes no gestionan la transferencia o si la gestante se niega a transferirla.

Un segundo grupo de legislaciones regula un proceso de preaprobación de los acuerdos de gestación por sustitución mediante el cual los comitentes y la gestante deben prestar su acuerdo ante un organismo que puede ser el juez, tribunal, notario o comité) para que lo apruebe antes de proceder con el tratamiento médico. (Grecia, Israel, Sudáfrica...) Por su parte, este adopta una posición más radical al otorgar la filiación biológica a los padres comitentes directamente tras el parto. Al exigir que el acuerdo sea aprobado u homologado por un organismo antes de la concepción, otorga una mayor seguridad jurídica a las partes frente a cambios de parecer que puedan producirse y disminuye en gran medida la aparición de futuras controversias, haciéndolas, asimismo, más fáciles de solucionar. No obstante, también es objeto de críticas, pues se cuestiona si la renuncia temprana de la gestante puede ser verdaderamente vinculante.

Artículo 2. Condiciones personales de la aplicación de la técnica.

1. La gestación por subrogación se realizará solamente cuando haya posibilidades razonables de éxito, no suponga riesgo grave para la salud, física o psíquica, de la mujer gestante por subrogación o la posible descendencia y previa aceptación libre y consciente de su aplicación por parte de la mujer gestante, que deberá haber sido anterior y debidamente informada de los riesgos y de las condiciones de la técnica.

Para VELA debe ser el Notario autorizante del convenio de gestación por subrogación el que debería requerir la aportación de los certificados médicos legalmente exigibles, así como dar fe pública de la aceptación libre y consciente de la mujer gestante al contrato gestacional celebrado.⁵⁰⁴ LAMM, por su parte, considera que estos certificados deben acompañar a la solicitud de autorización dirigida al juez que debe autorizar la técnica.⁵⁰⁵

Respecto a que el consentimiento contractual sea previo a la inseminación artificial de la mujer gestante, se trata de un requisito esencial recogido en la mayoría de las legislaciones extranjeras que regulan este convenio de gestación por sustitución. Así se deducía claramente del *Proyecto de Ley* del Senado francés sobre gestación subrogada de 27 de enero de 2010 —que no llegó a cuajar jurídicamente- y se contempla expresamente en el *Act* inglés de 1985 —contrato «hecho antes de que ella (la mujer gestante) empiece a portar el niño»—, y también en la *Ley de Gestación Subrogada* para el Distrito Federal de México, de 30 de noviembre de 2010 —el consentimiento

⁵⁰⁴ Art 3 Consentimiento e irrevocabilidad “El Notario interviniente deberá verificar especialmente que el consentimiento de la mujer gestante se ha obtenido de forma libre y voluntaria, sin incurrir en error, dolo, violencia o intimidación” Propuesta de regulación del convenio de gestación por sustitución y de modificación legislativa para adaptarla a nuestro ordenamiento jurídico VELA SÁNCHEZ, A.J., *La maternidad subrogada: estudio ante un reto normativo*, cit., p. 127. LAMM por su parte afirma que el consentimiento de la gestante deberá ser además de libre en el sentido que apuntara Vela, pleno e informado. Pleno en tanto debe ser capaz de consentir e informado no sólo de los aspectos médicos sino también psicológicos mediante un asesoramiento adecuado para la gestante. LAMM, E., *Gestación por sustitución: ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*, cit., p.254.

⁵⁰⁵ LAMM, E, *ibid.*, p. 305.

de las partes intervinientes «deberá manifestarse antes de cualquier transferencia de embriones humanos»-.

2. El progenitor o progenitores subrogantes deberán haber agotado o ser incompatibles con otras técnicas de reproducción humana asistida.

El acceso al convenio de gestación por encargo o sustitución debe concebirse esencialmente como un medio imprescindible para solventar problemas de infertilidad humana que no puedan salvarse mediante los mecanismos contemplados en la aludida Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida de 2006.⁵⁰⁶

En este punto conviene advertir que cuando concurra un varón solo o una pareja de varones, tendrán esa imposibilidad; por lo que podrán siempre reclamar el acceso a esta técnica reproductiva.

3. La utilización auxiliar de las técnicas de fecundación in vitro o afines que sean necesarias para la gestación por subrogación será llevada a cabo de acuerdo y en los centros habilitados para ello según lo dispuesto al respecto en la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida u otra normativa que resulte de aplicación.

Capítulo II. Participantes y contrato de gestación por subrogación.

Artículo 3. Mujer gestante por subrogación.

1. La mujer gestante por subrogación deberá tener más de 18 años, buen estado de salud psicofísica y plena capacidad de obrar. Su estado psicofísico deberá cumplir las exigencias fijadas para los donantes en la

⁵⁰⁶ Para ello debería hacerse constar expresamente en la Ley que regule este convenio gestacional un artículo de este tenor: “Respecto de la mujer o mujeres interesadas, debe acreditarse, mediante certificación médica expedida por dos especialistas independientes, la imposibilidad biológica del embarazo o de llevarlo a cabo sin peligro grave para su salud o la del niño”. (*Art 4. Propuesta de regulación del convenio de gestación por sustitución y de modificación legislativa para adaptarla a nuestro ordenamiento jurídico*). VELA SÁNCHEZ, A.J., *La maternidad subrogada: estudio ante un reto normativo*, cit., p. 128. En el mismo sentido LAMM que exige “certificado médico que acredite que la persona o personas comitentes son incapaces de concebir o de llevar un embarazo a término sin riesgo para la salud de la mujer o del niño por nacer”. LAMM, E., *Gestación por sustitución: ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*, cit., p. 305.

Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida. Deberá haber gestado al menos un hijo sano con anterioridad, que éste esté vivo, disponer de una situación socio-económica estable y haber residido en España durante los dos años inmediatamente anteriores a la formalización del contrato de gestación por subrogación.

Respecto de los dieciocho años, se aplica el criterio del art. 6.1 LTRHA de considerar suficiente la mayoría de edad para acceder a las técnicas de reproducción asistida. Vela exige la edad de 25 años tanto para la gestante como para el comitente o uno de los comitentes en el caso de pareja matrimonial o de hecho estable.⁵⁰⁷ Este requisito de tener la gestante un hijo previo asegura, en opinión de LAMM, que la gestante comprende su compromiso al haber sufrido los rigores de la gestación y del parto, es decir, garantiza que presta un consentimiento verdaderamente informado.⁵⁰⁸

El requisito de tener “al menos un hijo sano” proviene del citado *Proyecto de Ley del Senado francés*, de 2010, que lo introdujo con la intención evidente de suavizar el dolor de la mujer portadora al separarse del bebé a su nacimiento. No obstante desde una perspectiva liberal podría considerarse éste un requisito paternalista, no siendo posible presumir que quién no ha tenido hijos es por esta razón incapaz de gestar para otro.

Finalmente, se exigen dos años de residencia en España de la mujer gestante, con lo que se pretende evitar que mujeres extranjeras vengan a nuestro país con la única intención de celebrar este convenio gestacional.⁵⁰⁹

⁵⁰⁷ Art 4.1 y art 5 de la propuesta de regulación del convenio de gestación por sustitución y de modificación legislativa para adaptarla a nuestro ordenamiento jurídico, VELA SÁNCHEZ, A.J., *La maternidad subrogada: estudio ante un reto normativo*, cit., p. 128.

⁵⁰⁸ Este requisito se exige, entre otras en la legislación de Israel, Sudáfrica, Ucrania, Sinaloa, y Texas. LAMM, E., *Gestación por sustitución: ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*, cit., p. 258.

⁵⁰⁹ Entiende VELA que debería bastar la residencia legal de alguno de los comitentes VELA SÁNCHEZ A.J., “Comentario a la iniciativa legislativa popular para la regulación de la gestación por subrogación en España”, cit., p.6. Por su parte la propuesta de Ley sobre Gestación por sustitución argentina en su Art 5 regula los requisitos referidos a la parte comitente y en su apartado c) dice que “la persona o una de las personas comitentes deben tener tres años de residencia ininterrumpida en el país” Propuesta de regulación del convenio de gestación por

2. La gestación subrogada nunca tendrá carácter lucrativo o comercial. La compensación económica resarcitoria que se pueda fijar sólo podrá compensar las molestias físicas, los gastos de desplazamiento y laborales y el lucro cesante inherentes al procedimiento, y proporcionar a la mujer gestante las condiciones idóneas durante los estudios y tratamiento pre-gestacional, la gestación y el post-parto. La compensación económica será con cargo a los progenitores subrogantes y a beneficio de la mujer gestante.

Cualquier actividad de publicidad o promoción por parte de centros autorizados que incentive la gestación subrogada deberá respetar el carácter altruista de aquélla, no pudiendo, en ningún caso, alentarse mediante la oferta de compensaciones o beneficios económicos.

El Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, previo informe de la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida, fijará periódicamente las condiciones básicas que garanticen el respeto al carácter gratuito de la gestación.

Son muchas las cuestiones que se plantean respecto al carácter “no lucrativo o comercial” de la gestación por encargo. En primer término podríamos plantearnos quién debería asumir la maternidad del hijo una vez que el contrato hubiera sido declarado nulo por mediar retribución, ¿la gestante, los poderes públicos o el comitente que ha incumplido la ley encargando al hijo y pagando por ello? ¿O cuáles serían las obligaciones que debería asumir el Estado en el supuesto de que no se encuentre ninguna mujer dispuesta a colaborar desinteresadamente en una subrogación uterina? ¿Estamos ante un derecho que el Estado debería garantizar? Además, cabe pensar que por lógica, sólo familiares o personas muy vinculadas afectivamente al comitente o comitentes estarían dispuestos a participar como gestante en una subrogación altruista, debiendo valorar en tal caso si esta relación es positiva, negativa o indiferente.

sustitución y de modificación legislativa para adaptarla a nuestro ordenamiento jurídico LAMM, E., *Gestación por sustitución: ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*, cit., p. 305.

La redacción del proyecto se muestra a toda luz insuficiente para prevenir abusos y contratos encubiertos. No hay ninguna norma que impida otras formas de retribución y tampoco se articulan mecanismos de control. Además, el hecho mismo de contemplar una compensación, más allá de la pretensión de esconder tal naturaleza laboral con términos ambiguos refleja ya el carácter remunerativo del contrato.⁵¹⁰

Lo cierto es que tanto desde la lógica de los derechos reproductivos como desde los planteamientos del liberalismo económico no se ve porqué una mujer no puede en un ejercicio de libertad gestar un bebe para otro a cambio de dinero.

Considera VELA que no es necesario la mujer gestante tenga que tener una situación socio-económica estable, pues “se trata de un convenio que se funda en la libertad de pacto y nada debería impedir que, por ejemplo, las desempleadas pudieran hacerlo. La razón de esta exigencia está conectada con el carácter esencialmente gratuito que este convenio debe tener en nuestra legislación.” Y afirma la conveniencia de que la gestante reciba “indemnización adecuada”, o una “retribución razonable” —como establece el *Surrogacy Arrangements Act, 1985, (Chapter 49)* inglés— para el buen fin del acuerdo.⁵¹¹

⁵¹⁰ Algunos autores como la propia LAMM entienden que “el hecho de que la gestante reciba “algo a cambio”, ya sea una retribución o una compensación, no tilda al acuerdo de inmoral, ni necesariamente importa una cosificación o explotación” y añade que “El valor monetario del intercambio viene relacionado con todos estos riesgos, tiempos, dedicación, controles, cuidados, lucro cesante e implicancias afectivas del proceso. No hay una mercantilización de seres humanos sino simplemente costos en todos los sentidos que los interesados deben retribuir de alguna manera a la gestante. En algunos casos, lo objetable son los valores excesivos...” “No debe haber lucro ni enriquecimiento, pero al mismo tiempo, esto genera gastos, perdidas, y esfuerzos de la gestante que deben ser compensados. No se debe pagar un “precio” por esta tarea, pero tampoco se debe invisibilizar lo que ésta implica.” LAMM, E., “La necesidad de compensar a la gestante como la alternativa más justa y que no tiñe de comercial a la gestación por sustitución.” Cuestión de derechos, nº3, 2012, p. 17 Y 28 (recuperado el 13 de septiembre de 2015 en <http://bioderecho.org.mx/repositorio/0004.pdf>).

⁵¹¹ Art 5.3 “Tendrá derecho a una indemnización razonable por los gastos de embarazo y parto que no sean cubiertos por la Seguridad Social, aunque la gestación no culmine por causas no imputables a ella” Propuesta de regulación del convenio de gestación por sustitución y de modificación legislativa para adaptarla a nuestro ordenamiento jurídico VELA SÁNCHEZ, A.J: “La maternidad subrogada: estudio ante

No se trata, considera, de convertir el convenio de gestación por subrogación en una profesión o en un medio de las mujeres para obtener ingresos permanentemente, sino sólo que sería muy conveniente —atendida la realidad de las cosas y la propia naturaleza humana—, que la mujer gestante —sobre todo si es persona extraña a los comitentes— tuviera una “recompensa” moderada además de la devolución de los gastos ocasionados desde la inseminación artificial hasta el post-parto. Sin olvidar, obviamente, que esta contraprestación favorecería la existencia de personas interesadas en la realización de estos convenios de gestación por subrogación.⁵¹² Además, para evitar la “profesionalización” bastaría con establecer en la Ley reguladora de esta materia una limitación expresa de que la mujer gestante sólo podría celebrar dicho convenio gestacional, por ejemplo, dos veces.⁵¹³

En lo que concierne a la compensación, encontramos en el derecho comparado se distintas soluciones. En algunas leyes, el montante que comprende esta compensación está indefinido (por ej., en el Reino Unido); en otros, incluye expresamente los gastos médicos, los legales y los de asesoramiento (es el caso de Australia, Grecia, Nueva Zelanda, Sudáfrica); en unos pocos Estados también comprende “el lucro cesante” (en Grecia). En Israel, la legislación permite pagos mensuales a la gestante aprobados en los pre-acuerdos de gestación en compensación por el “dolor y sufrimiento”, y además también el reembolso de sus gastos pero sin especificar importes mínimos o máximos, dejándolo a la libertad de contractual y a la discrecionalidad del comité en último término. En todo caso en sentido técnico,

un reto normativo”. Comares, 2012.p. 128. En el mismo sentido Lamm considera que la compensación económica a cargo de los comitentes es válida si sirve para compensar “los gastos médicos, de traslados, de asesoramiento legal y psicológico, y todos aquéllos que sean consecuencia directa de la gestación por sustitución , incluidos los derivados de los tratamientos para provocar el embarazo, el parto y posparto” y consiera además que “la gestante tiene derecho a percibir una compensación para cubrirlos gastos básicos durante los mese de embarazo y posparto...” LAMM, E., *Gestación por sustitución: ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*, cit., p. 307.

⁵¹² Ello sin duda, en la línea de entender que la gestación por encargo puede llegar a ser incluso un elemento dinamizador de la economía.

⁵¹³ VELA SÁNCHEZ ANTONIO J. “Comentario a la iniciativa legislativa popular para la regulación de la gestación por subrogación en España”, cit.p.6.

las liberalidades aunque no para su autor pero si para su destinatario son actos lucrativos.⁵¹⁴

3. La percepción de las compensaciones por gestación subrogada estarán exentas de tributación en el IRPF.

Los autores de la proposición justifican esta exención en el interés público de este convenio gestacional que puede favorecer el aumento de una tasa de natalidad deplorable en nuestro país.

4. La mujer gestante por subrogación podrá tener o no cualquier clase de vínculo con los progenitores por subrogación.

Vela excluye el parentesco por consanguinidad en línea recta, en cualquiera de sus grados, y admite sólo el parentesco colateral y el de afinidad.⁵¹⁵ Pero entiende que la fácil disponibilidad de los familiares para la colaboración en la reproducción puede jugar un papel importante.

Esta regulación no tiene en cuenta las posibles presiones psicosociales sobre la gestante, que limitan considerablemente su autonomía, y los efectos posibles adversos que la confusión de roles puede acarrear para las personas implicadas, incluido el futuro hijo, a quién se impone un entorno familiar no convencional con los consiguientes los riesgos psicológicos que pueden presentarse; porque las relaciones familiares pueden ser confusas para el niño; y llegar a afectar a su identidad por la intervención de un colaborador que desee intervenir en las responsabilidades de los padres.⁵¹⁶

⁵¹⁴ DURÁN RIVACOBÁ, R., “Anonimato del progenitor y derecho a la identidad del hijo. Decisiones judiciales encontradas sobre reserva de identidad en los casos de madre soltera y donante de esperma”, *Ius et Praxis*, nº 1, 2010, p.7.

⁵¹⁵ Art 5.4 Propuesta de regulación del convenio de gestación por sustitución y de modificación legislativa para adaptarla a nuestro ordenamiento jurídico VELA SÁNCHEZ, A.J: *La maternidad subrogada: estudio ante un reto normativo.*, cit., p. 128.

⁵¹⁶ La colaboración de una pariente o la donación intrafamiliar (en adelante DIF) es una práctica moralmente aceptable según informes de la European Society of Human Reproduction and Embryology (Sociedad europea de reproducción y embriología humana (ESHRE) (De Pert et al, 2011) y de la Human Fertilisation and Embryology Authority (Autoridad de la reproducción y embriología humana), aunque en algunas situaciones y bajo ciertas condiciones, por lo que efectúa las siguientes

En Brasil, la resolución nº 1358/92 del *Consejo Federal de Medicina* (CFM) 11, establece: Sección VII – Sobre la gestación de sustitución (donación temporaria de útero) “Las clínicas, centros o servicios de reproducción humana podrán crear una situación de gestación de sustitución cuando exista un problema médico que impida o contraindique la gestación por parte de la dadora genética. En estos casos, la madre sustituta deberá pertenecer a la familia de la madre biológica, en una relación de parentesco hasta el segundo grado; los demás casos estarán sujetos a la autorización del Consejo Regional de Medicina. La donación temporaria de útero no podrá tener carácter lucrativo o comercial”. En México D.F., la Ley de Maternidad subrogada para el Distrito Federal establece que la mujer gestante preferentemente deberá tener algún parentesco por consanguinidad, afinidad o civil con alguna de las personas solicitantes. En caso de que no exista una candidata que cumpla con dicha característica, podrá participar cualquier persona con posibilidades de gestar en la práctica de la Gestación Subrogada. En Israel se exige que la gestante no esté relacionada, excepto por adopción, a la comitente.

5. La mujer gestante por subrogación será beneficiaria de un seguro -que deberán tomar a su cargo los progenitores o el progenitor subrogante- que cubra, con hasta 1 millón de euros, las contingencias que puedan derivarse como consecuencia de la aplicación de la técnica de reproducción asistida y posterior gestación, y en especial, en caso de fallecimiento, invalidez o secuelas físicas.

recomendaciones:

-El asesoramiento conjunto y por separado de los beneficiarios y colaboradores son cruciales.

-La DIF debe suspenderse en caso de advertirse presiones sobre los colaboradores o un alto riesgo de perjuicio para el menor.

-No hay a priori objeciones morales sobre la DIF intergeneracional.

-Los casos de DIF en los que participan consanguíneos en tercer grado, aunque aceptables, requieren asesoramiento adicional y reducción de riesgos.

-No aceptar los casos de DIF entre consanguíneos de primer o segundo grado; pero sí cuando es sólo aparente pero sin vínculo genético real

-Pedir más investigación sobre las consecuencias psicosociales de la DIF. Los resultados de esas investigaciones podrían contribuir a la orientación moral más adecuada

-Los profesionales que se niegan a colaborar en las demandas de DIF deben derivar a los pacientes a otro centro para su examen.

Tanto Lamm como Vela se muestran favorables a la existencia de este seguro que cubra las contingencias que puedan derivarse de la gestación por sustitución.

Artículo 4. Progenitores o progenitor subrogantes.

Podrán ser progenitores o progenitor subrogantes todas las personas que, cumpliendo las condiciones fijadas en el artículo 2 de la presente Ley, formalicen el contrato de gestación por subrogación de acuerdo con la misma.

En el caso de parejas, las personas que la integren deberán estar unidas por el vínculo matrimonial, estar inscritas como pareja de hecho o mantener una relación análoga a las anteriores.

Podría pensarse en exigir al contratante o contratantes la edad de veinticinco años para celebrar este convenio gestacional por aplicación de las normas reguladoras de la adopción (art. 175.1º CC) y la excepción que supone respecto de la capacidad de obrar plena derivada de la mayor edad (art. 322, último inciso, CC). Si el legislador exige esta edad para ser adoptante, por la trascendencia y madurez que supone e implica la paternidad o maternidad, parecería razonable que se siguiera el mismo criterio para la realización del convenio de gestación por subrogación, eso sí, bastando que uno de los comitentes (si se trata de pareja casada o de hecho) haya alcanzado dicha edad. La equiparación en esta sede entre parejas casadas y de hecho es la misma que existe en la legislación española sobre adopción. Sin embargo no sería coherente desde la lógica del derecho al hijo limitar el convenio gestacional a las parejas (matrimonial o no) excluyendo a las personas solas.

El progenitor o progenitores subrogantes deberán ser españoles o haber residido en España durante los dos años anteriores a la formalización del contrato de gestación por subrogación. En caso de parejas progenitoras subrogantes bastará que uno de sus miembros cumpla la condición.

Se trata, de nuevo, de evitar que personas que no sean españolas puedan acudir a nuestro país con el solo propósito de realizar este convenio

gestacional, normalmente, por prohibírsele su propia legislación, de ahí que se exijan dos años de residencia en España. En contra Vela quién desde la teoría del análisis económico del derecho, como vimos, no ve inconveniente en que permitir que los extranjeros pudieran formalizar convenio de subrogación en nuestro país dado que la importante actividad económica que genera dicho convenio gestacional se produciría completamente en España; y, de otro lado, dicha legalización tendría un previsible, significativo y favorable efecto llamada respecto de los ciudadanos de otros Estados de nuestro entorno, lo que supondría una trascendente inyección económica.⁵¹⁷

Artículo 5. La transferencia embrionaria y el parto de la mujer gestante por subrogación.

1.- La transferencia embrionaria a la mujer gestante por subrogación se hará de acuerdo con lo previsto, en lo que respecta a técnicas y eventuales donantes de material genético, en la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, teniendo las terceras personas que eventualmente intervengan en el proceso los derechos y obligaciones contenidos en dicha Ley. Estas técnicas sólo podrán aplicarse en la mujer gestante por subrogación una vez cumplidos los requisitos fijados por la presente Ley.

2.- Los progenitores subrogantes se harán cargo, a todos los efectos, del niño o niños nacidos inmediatamente después del parto.

Se trata por tanto de consagrar un principio esencial de irrevocabilidad *ab initio* del consentimiento de las partes contratantes desde la celebración del convenio gestacional y, ello, con independencia de que los padres o madres intervinientes hayan o no aportado su material reproductor. También en estos caso, el comitente o comitentes estarán también obligados a hacerse cargo del hijo nacido —o hijos si se trata de dos o más—, inmediatamente después del nacimiento. También LAMM considera que la regla general debe ser que, una vez autorizada judicialmente la gestación por sustitución y producido el nacimiento del niño, ninguna de las partes puede arrepentirse: la gestante no

⁵¹⁷ VELA SÁNCHEZ, A. J., “Propuesta de regulación del convenio de gestación por sustitución o de maternidad subrogada en España. El recurso a las madres de alquiler: a propósito de la Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010”, cit., p.8.

podrá negarse a entregar al niño a los comitentes ni éstos podrán negarse a recibirlo. Se entiende que ello si ha prestado su consentimiento libremente tras un asesoramiento médico y psicológico adecuado permitirle revocar el consentimiento sería una actitud paternalista o sobreprotectora.⁵¹⁸

En el Derecho comparado no existe un modelo uniforme en punto a la revocación. En el Reino Unido, al prever un sistema de transferencia de la filiación, se concede a la gestante un periodo de reflexión de seis semanas, dentro de las cuales puede decidir quedarse con el niño. En similar sentido, en Western Australia la gestante tiene un plazo de tres meses dentro de las cual puede decidir quedarse con el niño.⁵¹⁹

En Grecia y Sudáfrica el principio es que las partes no pueden resolver el acuerdo tras la implantación dl embrión en la gestaste.⁵²⁰ En Sudáfrica, si la gestante aportó su material genético, tiene derecho a resolver el acuerdo de gestación por sustitución en cualquier momento antes de transcurridos sesenta días después del nacimiento del niño, mediante la presentación de un aviso al Tribunal con estos fines y con este efecto.⁵²¹

En EEUU, la ley de New Hampshire prevé que todos los contratos de gestación por sustitución deberán darle a la gestante el derecho a resolver el contrato hasta dentro de las 72 horas contadas desde el nacimiento del niño.⁵²²

En Israel, la ley dispone que la gestante no puede resolver el contrato, salvo que el Tribunal considere que ha habido un cambio de circunstancias que justifiquen tal acción, y sólo si se prueba ante el Tribunal que es en el mejor interés de niño.⁵²³

⁵¹⁸ LAMM, E., *Gestación por sustitución: ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*, cit., p. 293.

⁵¹⁹ Surrogacy Act 2008(WA) art.17(c).

⁵²⁰ Art. 1456 para 2. GCC; art 297(I) Ch.19 Children's Act.

⁵²¹ Art 298(I). Children's Act.

⁵²² N.H REV.STAT.ANN.168-B:25 (2008)

⁵²³ Ley 5746 sobre acuerdos de gestación por sustitución de 1996.

En la legislación rusa, la gestante puede cambiar de opinión y negarse a prestar consentimiento para el niño sea inscrito como hijo de los comitentes, sin que se establezca un plazo límite para ello.⁵²⁴

En todo caso, es posible plantearse si tratándose de adopción, la madre natural no puede dar su asentimiento a la adopción hasta transcurrido un determinado plazo de tiempo posterior al parto (El art 177.2 CC en sede de las personas que deben asentir a la adopción dispone que “El asentimiento de la madre no podrá prestarse hasta que hayan transcurrido seis semanas desde el parto.”) no parece que tenga demasiado sentido que en caso de la gestación subrogada se admita su consentimiento antes incluso de que se inicie la gestación y sin posibilidad de arrepentimiento.

3.- Si durante la gestación subrogada se produjesen algunas de las circunstancias previstas para la interrupción del embarazo en la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, la mujer gestante por subrogación podrá libremente adoptar la decisión que estime oportuna en el marco de la Ley.

En este punto hay que advertir lo llamativo y verdaderamente contradictorio que resulta hablar de los supuestos de aborto no punible, soslayando el derecho a la vida de quién se dice querer proteger, es decir, el futuro hijo.

4.- Si la mujer gestante por subrogación se acoge a la interrupción del embarazo por las causas previstas en el artículo 14 de la referida Ley Orgánica 2/2010, deberá devolver cualquier cantidad que hubiese recibido de los progenitores subrogantes e indemnizarles por los daños y perjuicios causados; esta decisión de la mujer gestante por subrogación supondrá su exclusión del Registro nacional de gestación por subrogación.

⁵²⁴ Art 51.4º del código de Familia.

Para VELA, dado el interés público de la finalidad del convenio de gestación por subrogación, esto es, afrontar la infertilidad y favorecer la maternidad o paternidad, el ejercicio del derecho a abortar, aunque legalmente no podría ser impedido por los padres o madres comitentes, sí que debería poder ser penalizado civilmente, de manera que deberían admitirse cláusulas penales en el convenio gestacional para indemnizar no ya los gastos o daños materiales producidos a los comitentes sino, esencialmente, el daño moral que el aborto voluntario producirá a los interesados en el nacimiento. En cambio, considera que la obligación de compensar los gastos producidos y de satisfacer la “indemnización razonable” pactada debería mantenerse si la gestación no llega a término por causas no imputables a la mujer gestante por ejemplo en caso de aborto espontáneo o cuando ésta sea inducido por circunstancia sobrevenida respecto de ella o del niño ya concebido en los supuestos de “grave riesgo para la vida o la salud de la embarazada”, “riesgo de graves anomalías en el feto”, “anomalías fetales incompatibles con la vida” o que “se detecte en el feto una enfermedad extremadamente grave e incurable” (art. 15 LO 2/2010).⁵²⁵

Artículo 6. El contrato de gestación por subrogación.

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

El contrato de gestación por subrogación contendrá, como mínimo, las siguientes previsiones:

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

⁵²⁵ VELA SÁNCHEZ Antonio J. “Comentario a la iniciativa legislativa popular para la regulación de la gestación por subrogación en España”., p.9.

- b) Técnicas de reproducción humana asistida que se emplearán.
- c) Forma, modo y responsables médicos del seguimiento del proceso de gestación y previsión del lugar del parto.
- d) Designación de tutor, de acuerdo con lo prevenido en el artículo 223 del Código Civil.
- e) Detalles del seguro al que hace referencia el artículo 3.5 de la presente Ley.

En relación con el art. 1 de esta ILP, será un Notario quien intervenga en el convenio gestacional, siempre con anterioridad a la realización de la inseminación artificial. En cuanto al contenido del convenio de gestación por subrogación, además de las indicaciones contenidas en esta ILP, considera VELA que debería constar claramente en la Ley que los consentimientos prestados en el mismo serán irrevocables, con independencia de su carácter oneroso o gratuito. Cumplidos escrupulosamente los presupuestos de información a la mujer gestante y de constancia del carácter libre de su consentimiento, todo ello garantizado con la intervención de fedatario público, entiende que es más conveniente para su virtualidad que el convenio gestacional sea irrevocable desde su celebración. Esta irrevocabilidad inicial haría mucho más seguro el convenio y evitaría reclamaciones jurídicas por gastos ocasionados y daños morales, así como complicadas acciones de reclamación de la filiación.

En cualquier caso, aunque sea el notario autorizante quién de fe de la libertad de la gestante y se pretenda revestir el convenio de gestación por encargo de plenas garantías jurídicas, es ingenuo pensar que aquélla otorgue el consentimiento con plena libertad y conocimiento de su alcance.

Artículo 7. Filiación de los hijos nacidos mediante gestación por subrogación

1. La filiación de los nacidos mediante gestación por subrogación se regulará por las leyes civiles, a salvo de las especificaciones establecidas en el artículo siguiente.
2. En ningún caso, la inscripción en el Registro Civil reflejará datos de los que se pueda inferir el carácter de la generación.

No se prevé en esta iniciativa legislativa ninguna obligación del comitente relativa a informar sobre el origen biológico del niño. Esta disposición es discutida incluso entre los partidarios de reglamentar jurídicamente esta práctica.⁵²⁶

Como hemos defendido a lo largo de este trabajo, el conocimiento de la identidad de un progenitor biológico forma parte del contenido esencial del derecho al desarrollo de la propia identidad. Incluso las justificaciones que tradicionalmente se han ofrecido para mantener el secreto van perdiendo valor, con lo que la tendencia legal favorable al mayor reconocimiento del derecho a conocer los orígenes se acabará imponiendo cada vez más. La jurisprudencia del TEDH ha tenido un papel relevante en la configuración de este derecho, que no necesariamente tiene que evolucionar hacia un vínculo jurídico con el progenitor o progenitores, y que forma parte del derecho a la vida privada que reconoce el artículo 8 CEDH.⁵²⁷

⁵²⁶ El art 6 “El Convenio de Gestación por sustitución posibilitará que el niño nacido pueda conocer su origen biológico” Así para de Vela en el convenio de gestación por sustitución deberían constar claramente, además de los datos personales de la personas interesadas (el comitente o comitente), los de la mujer gestante (para que quede abierta la posibilidad de que el hijo pueda llegar a conocer), lo que llevaría a la posibilidad —que no necesidad— de que en el Registro Civil constara, aunque con publicidad restringida, la identidad de la mujer gestante, en la línea de lo dispuesto en el nuevo art. 11 LRC: “Son derechos de las personas ante el Registro Civil: b) El derecho a la inscripción de los hechos y actos que se refieren a su identidad, estado civil y demás circunstancias personales que la Ley prevea...e) El derecho a la intimidad en relación con datos especialmente protegidos sometidos a régimen de publicidad restringida”. VELA SÁNCHEZ, A. J.: «Propuesta de regulación del convenio de gestación por sustitución o de maternidad subrogada en España. El recurso a las madres de alquiler: a propósito de la Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010», Diario LA LEY, núm. 7621, 3 de mayo de 2011, p.129. También Lamm entiende que no debe hacer secreto ni en cuanto al modo de concepción, ni anonimato en cuanto a la identidad de la gestante. LAMM, E., *Gestación por sustitución: ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*, cit., p. 300.

⁵²⁷ FARNÓS AMORÓS, E., *Ruptura del projecte parental i disposició dels preembrións*, Universitat Pompeu Fabra, Tesi doctoral 2010, p.486, (recuperado el 5 de octubre de 2015 en <http://hdl.handle.net/10803/7323>). En el precedente Gaskin v. The U.K. , Gran Sala, de 07.07.1989 (TEDH 1989 \ 16), el TEDH consideró que la prohibición al recurrente de acceder al expediente elaborado por las autoridades públicas que asume la guarda durante la infancia podía violar su vida privada protegida por el artículo 8 CEDH. El TEDH confirmó la posición de la Comisión, según la cual los documentos incorporados al expediente contenían " información sobre aspectos eminentemente personales de la infancia, del desarrollo y de los antecedentes del demandante, que podían constituir su principal fuente de información

La iniciativa legislativa sigue la senda restrictiva de la LTRHA, contraria a revelar la identidad del donante del material reproductor, excepto en los casos excepcionales del art 5.5 de la LTRHA. Como ya dijimos, el antiguo artículo 5.5 LTRA, análogo al actual artículo 5.5 LTRHA, fue declarado constitucional por la ya analizada STC 116/1999 (RTC 1999/116)⁵²⁸. Pero para GARRIGA GORINA, la sentencia se quedó a mitad camino en la delimitación del derecho de las personas a conocer sus orígenes, ya que después de afirmar que existe un derecho de los donantes a la intimidad y de los hijos a averiguar la identidad

sobre su pasado y sus años de formación (...) " (F.J. 36 y 37). En el mismo sentido, al asunto Mikulic v. Croacia, 1a., de 02/07/2002 (JUR 2002 \ 78019), el TEDH resolvió una reclamación de paternidad no matrimonial ejercitada por una madre y una hija. Según el TEDH, la " vida privada " (art. 8 CEDH) comprende " (...) la integridad física y psíquica de la persona y puede, a veces, comprender aspectos de la identidad física y social de una persona (...) "(FJ 53). Asimismo, " (...) el respeto a la vida privada exige que todos puedan ser capaz de establecer los detalles de la su identidad como seres humanos individuales y que el derecho de una persona a dicha información es de gran importancia por sus implicaciones formativas para su personalidad (...) "(FJ 54). En Odièvre v. France, resuelto por la Gran Sala el 02/13/2003 (TEDH 2003 \ 8), el TEDH no consideró prevalente este derecho, pero a pesar de ello, reconoció que el interés básico que protege el artículo 8 CEDH es la obtención de la información necesaria para el descubrimiento de la verdad sobre un aspecto tan importante de la propia identidad como es la identidad de los progenitores (FJ 29). La Sra. Odièvre, de 33 años , quien al nacer fue abandonada, confiada a los servicios sociales y luego adoptada por una pareja, solicitó a los órganos nacionales franceses que se levantara el secreto de su nacimiento. El TEDH confirmó la decisión denegatoria de los poderes públicos franceses, afirmando que la legislación francesa sobre parte anónimo, que permite acceder a información no identificativa sobre la madre y la familia biológica, así como solicitar la reversibilidad del secreto con el consentimiento de la madre, cae dentro del margen de apreciación del Estado, en tanto que protege el interés de terceras personas respecto de las cuales también existe la obligación de respetar la vida privada y familiar. Finalmente en Jagger v. Switzerland, 3a., De 07.13.2006 (JUR 2006 \ 210,705), tiene origen en la acción iniciada por un ciudadano suizo hijo de madre soltera que pretendía conocer quién era su padre biológico. el TEDH reiteró que el derecho a la propia identidad, que comprende el derecho a ejercer las acciones de filiación, es una parte integral de la noción " vida privada " (FJ 37). En el caso del recurrente, que en el momento del procedimiento ya tenía 67 años, el TEDH declaró por cinco votos a favor y dos en contra de que el interés individual en conocer los propios orígenes biológicos no se desvanece con el tiempo, sino más bien al contrario. El interés demostrado por el recurrente a lo largo de los años, que las autoridades suizas negaron al desestimar la acción iniciada un vez muerto el padre y en oponerse a la práctica de pruebas de ADN en el cadáver, le comportó un sufrimiento psicológico evidente, superior a la seguridad jurídica y los derechos de terceros en la inviolabilidad del cuerpo del difunto (FJ 40).

⁵²⁸ TC termina justificando la prevalencia del derecho a la intimidad de los donantes de gameto en razones prácticas, como "la Necesidad de cohonestar la obtención de gametos y preembriones susceptibles de ser transferidos al útero materno e imprescindible para la puesta en práctica de estas técnicas (...), con el derecho a la intimidad de los donantes, contribuyendo, de tal modo, a favorecer el acceso a estas técnicas.(...) " (FJ 15).

del progenitor, no detalla el contenido, los límites ni los preceptos constitucionales en que se amparan. El discurso centrado en el efecto de la supresión del anonimato sobre donaciones parece insuficiente. Tanto el concebido mediante TRA heterólogas como el adoptado deberían poder conocer sus orígenes sin que se estableciera un vínculo jurídico con el progenitor, en base a de la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad (art. 10 CE), más que en la posibilidad legal de investigar la paternidad (art. 39.2 CE).⁵²⁹

En España, el artículo 12 de la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de *Adopción Internacional*, bajo la rúbrica "Derecho a conocer los orígenes biológicos", reconoce el derecho de las personas adoptadas, alcanzada la mayoría de edad o durante su minoría representadas por los padres, a conocer los datos que sobre sus orígenes obren en poder de las Entidades Públicas españolas, sin perjuicio de las limitaciones que pudieran derivarse de la legislación de los países de que provengan los menores. También se ha incorporado este derecho en el apartado 5 del artículo 180 CC, que además prevé la obligación de las Entidades Públicas de proporcionar el asesoramiento y la ayuda que precisen los solicitantes para hacer efectivo este derecho. De acuerdo con el apartado 4 del mismo precepto, "La determinación de la filiación que por naturaleza corresponda al adoptado no afecta a la adopción". En consecuencia, el conocimiento de los orígenes biológicos no afecta a la adopción, salvo la excepción prevista en el apartado 2 del artículo 180 CC, cuando el padre o la madre no intervinieron en el expediente por culpa ajena.

La iniciativa legislativa ni siquiera menciona el derecho a la identidad del niño, a pesar de cuando involucra a menores de edad, nos encontramos ante un derecho humano consagrado en la Convención sobre los Derechos del Niño (arts 7, 8 y 9).

⁵²⁹ GARRIGA GORINA, M., *La Adopción y el Derecho a conocer la Filiación de Origen. Un estudio Legislativo y jurisprudencial*, Elcano (Navarra), Aranzadi, 2000. p. 252- 253.

Artículo 8. Determinación legal de la filiación.

1. La persona o personas progenitores subrogantes, cuando hayan formalizado el contrato de gestación por subrogación y se haya producido la transferencia embrionaria a la mujer gestante por subrogación, no podrán impugnar la filiación del hijo nacido como consecuencia de tal gestación.

2. A los efectos previstos en el artículo 43 de la Ley de 8 de junio de 1957, sobre el Registro Civil, serán los progenitores o progenitor subrogantes los obligados a promover la inscripción correspondiente, debiendo aportar copia autenticada del contrato de gestación por subrogación debidamente registrado.

3. La revelación de la identidad de la mujer gestante por subrogación o del donante en los supuestos en que proceda conforme al artículo 5.5. de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida no implica en ningún caso determinación legal de la filiación.

Artículo 9. Premoriencia de uno de los dos progenitores subrogantes.

1. En el supuesto de que el progenitor subrogante supérstite decida continuar con el proceso, no podrá determinarse legalmente la filiación ni reconocerse efecto o relación jurídica alguna entre el hijo nacido por la aplicación de las técnicas reguladas en esta Ley y la persona fallecida cuando no se haya producido la transferencia embrionaria a la mujer gestante por subrogación ni el material reproductor del progenitor subrogante fallecido -en el caso de que debiera aportarlo- no se halle en el útero de la mujer gestante por subrogación en momento de la muerte del progenitor subrogante que aporte material genético.

2. No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, el progenitor subrogante podrá prestar su consentimiento, en el contrato de gestación subrogada, para que su material reproductor -si deba aportarlo- pueda ser utilizado en los 12 meses siguientes a su fallecimiento para la fecundación y posterior transferencia embrionaria a la mujer gestante por subrogación. Tal generación producirá los efectos legales que se derivan de la filiación. El consentimiento para la aplicación de las técnicas en dichas circunstancias podrá ser revocado en cualquier momento anterior a la realización de aquéllas.

Artículo 10. *Premoriencia de los dos progenitores subrogantes o del progenitor subrogante único.*

En el supuesto de fallecimiento durante la gestación de los dos progenitores subrogantes o de quién fuera progenitor subrogante único, el contrato de gestación por subrogación mantendrá su validez a efectos de determinar la filiación, estando obligados a promover la inscripción por la declaración correspondiente las personas determinadas en el artículo 43 de la Ley de 8 de junio de 1957, sobre el Registro Civil.

Considera VELA que la índole irrevocable del consentimiento prestado y la ruptura ab initio de los vínculos jurídicos de filiación respecto de la mujer gestante —y su creación inmediata en cuanto a los intervinientes— eliminarían cualquier derecho de ésta sobre el nacido y cualquier disponibilidad al respecto de los herederos de los padres o madres fallecidos. Es por ello por lo que en el convenio de gestación por sustitución se debe incluir el nombramiento de un tutor del menor para el supuesto de muerte de ambos padres (o del comitente solo) antes del nacimiento. Es más, debe tenerse muy en cuenta que, conforme al art. 229 CC, estarán “obligados a promover la constitución de la tutela desde el momento en que conocieran el hecho que la motivaren, los parientes llamados a ella (o, en esta sede, las personas designadas por el comitente o comitentes, y que tuvieran conocimiento de ello) y la persona bajo cuya guarda se encuentre el menor o incapacitado (la mujer que ha dado a luz), y, si no lo hicieren, serán responsables solidarios de la indemnización de los daños y perjuicios causados”; sin olvidar que el art. 230 CC establece que: “Cualquier persona podrá poner en conocimiento del Ministerio Fiscal o de la autoridad Judicial el hecho determinante de la tutela”.

Capítulo III. Registro de gestación por subrogación.

Artículo 11. *Registro nacional de gestación por subrogación.*

1. El Registro nacional de gestación por subrogación, adscrito al ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, es aquel registro administrativo en el que se inscribirán las mujeres que deseen ser gestantes por subrogación y conozcan el marco jurídico de dicha gestación. El Registro, en una sección específica, registrará también los contratos de gestación por subrogación que se otorguen.

En cualquier caso, para suscribir en calidad de mujer gestante por subrogación un contrato de gestación subrogada será condición estar inscrita en el Registro.

2. Las personas que quieran ser progenitores subrogantes y no conozcan directamente una mujer inscrita en el Registro con la que suscribir el contrato de gestación subrogada, podrán dirigirse al Registro para que éste les facilite la identidad de una persona idónea que desee ser mujer gestante por subrogación, previa autorización expresa de ésta.

3. El Gobierno, previo informes del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud y de la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida y mediante real decreto, regulará la organización y funcionamiento del registro nacional.

Considera VELA que la creación de este *Registro Nacional de Gestación por Subrogación* es un buen instrumento jurídico para fortalecer las necesarias garantías que deben envolver el convenio gestacional. El reglamento que desarrolle la futura Ley deberá especificar los requisitos para la inscripción en este Registro de las mujeres que quieran ser gestantes por subrogación, así como el órgano público encargado de supervisar su estricto cumplimiento. Además, este Registro deberá estar siempre en conexión con el Notariado, pues a este cuerpo corresponde, como ya se ha indicado anteriormente, la intervención en la celebración del convenio gestacional y comprobar la rigurosa observación de los presupuestos legalmente fijados. Si los comitentes (o el comitente) conocen a alguien que quieren que sea la mujer gestante, deberá procederse previamente a su inscripción en este Registro para determinar si cumple los requisitos exigidos por la Ley.⁵³⁰

Disposición derogatoria única. A la entrada en vigor de esta Ley quedan derogadas todas las disposiciones normativas que se le opongan y, en particular, el artículo 10 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida.

⁵³⁰ VELA SÁNCHEZ A. J., “Comentario a la iniciativa legislativa popular para la regulación de la gestación por subrogación en España”, cit., p. 13.

Disposición final primera. Título competencial. Esta Ley, que tiene carácter básico, se dicta al amparo del artículos 149.1.8, 149.1.15 y 149.1.16 de la Constitución.

Disposición final segunda. Desarrollo normativo. Se faculta al Gobierno para dictar cuantas disposiciones resulten necesarias para el desarrollo y ejecución de esta Ley.

Disposición final tercera. Entrada en vigor. La presente Ley entrará en vigor el día siguiente al de su publicación en el Boletín Oficial del Estado.

2.2. Valoración crítica de la iniciativa legislativa. Difícil compatibilidad con el respeto a los derechos fundamentales de la gestante y del nasciturus

Como hemos ido adelantando, son muchos los inconvenientes que nos plantea esta propuesta legislativa desde el punto de vista de su compatibilidad con el respeto a los derechos humanos, tanto de la madre gestante como del niño. De ser la maternidad subrogada una técnica prohibida en nuestro derecho, atentatoria contra el orden público y determinante de la nulidad y carencia de efectos de los contratos que la pretendan acordar, esta propuesta normativa nos arrojaría el dudoso honor de convertirnos en una de las legislaciones más permisivas, como ya ocurriera en materia de reproducción asistida, primero con la ley de 1988 y después con la vigente ley de 2006. Fundamentalmente por la coincidencia de los dos factores (comitentes y aporte biológico) sobre los que más cautelas se imponen en las legislaciones actualmente vigentes en el Derecho comparado:

--Admitir que la práctica sea utilizada por parejas casadas o no casadas, heterosexuales y homosexuales, así como también a personas solas.

--No exigir aportación genética de ninguno de los comitentes.

Ya hemos visto que dentro de la libertad de procrear hay que entender incluido el derecho de toda persona a intentar reproducirse biológicamente y a transmitir a su descendencia su información genética; y la regulación legal al efecto parece indicar la vigencia de este principio, aunque para ello la futura gestante necesite ser asistida médicamente y servirse de medios artificiales para aumentar sus posibilidades de éxito. Sin embargo, no podemos considerar que la gestación por sustitución sea una más de entre esas técnicas. Es decir, ese argumento no sirve para sustentar la posición de quienes para poder concebir deben recurrir a la FIV cuando ésta se realiza mediante donación de gametos, masculino y femenino; la gestación por sustitución se sirve siempre de la técnica de la FIV y además cabe la posibilidad de que ninguno de los comitentes o el comitente aporte material reproductor. Es decir, que en estos supuestos no sólo no hay conexión genética con ninguno de los miembros de la pareja comitente, sino que tampoco hay conexión gestacional o vínculo obstétrico. Superada la necesidad de la relación sexual, del vínculo genético y de la gestación por la propia madre para la reproducción del ser humano ¿Qué diferencia de fondo existiría entre la gestación por sustitución y un supuesto puro de adopción?

--No hay límite en el número de veces que una misma gestante puede someterse a un proceso de gestación por sustitución, lo que convierte a la mujer en una “máquina de hijos ajenos” e incentiva, si cabe más, la cosificación de la mujer.

--Nada se dice sobre el derecho a la identidad del menor y se sigue la línea de la LTRAH en cuanto al anonimato de los donantes y de la mujer gestante, con todas las críticas que ello ha suscitado respecto a la vulneración del derecho del menor a conocer su origen biológico. Cabe pensar que, si el hijo llegara a conocer que su madre legal no es su madre biológica ni tampoco su madre genética, no esté amparado por la ley para conocer la identidad de ninguna de éstas porque la regulación legal no lo prevea y los padres legales no le faciliten esta información.

-- Pese a afirmarse el carácter *no lucrativo* de la técnica, si se aprobara esta norma, resultará casi imposible controlar que no haya un poderoso incentivo económico para que se explote el cuerpo de la mujer a modo de una incubadora que gesta y entrega el niño como si fuera una cosa. Y es que en realidad ninguna regulación podría garantizar que en el proceso no haya implicado dinero o incluso sobornos. Ninguna legalización puede controlar la presión ejercida sobre la mujer gestante y la distinta relación de poder entre comitentes y gestantes. Las agencias de intermediación (denominadas en el ámbito anglosajón *baby-brokers*) que ponen en contacto a los comitentes con las mujeres gestantes, constituyen la prueba más evidente de hasta qué punto median en este proceso los intereses económicos. En la actualidad, existen centenares de páginas web donde se puede encontrar información de estas agencias, que perciben una comisión por las gestiones (en Estados Unidos sus honorarios oscilan, como mínimo, entre los 15.000 y los 20.000 dólares, a los que habría que añadir los honorarios de la gestante, que pueden ascender a otro tanto).

--Hay además tres aspectos en los que cabe apreciar una clara contradicción entre los acuerdos de maternidad subrogada y las reglas que disciplinan la adopción. En primer lugar, el art 177.2 último párrafo del CC⁵³¹ dispone que “En las adopciones que exijan propuesta previa no se admitirá que el asentimiento de los progenitores se refiera a adoptantes determinados” En segundo lugar, tampoco se permite que la madre gestante preste su asentimiento a la adopción antes de transcurridos seis semanas desde el parto (artículo 177.2.2º párrafo cuarto)⁵³², lo que desde luego hace inviable que dicho asentimiento se otorgue con antelación al alumbramiento. En particular, sería importante que la información a facilitar a la mujer portadora no se limitara a las posibles consecuencias físicas o somáticas, sino que alcanzase también a las posibles secuelas psicológicas derivadas del acto de desprenderse, nada más

⁵³¹ En su redacción dada por el artículo segundo. Apartado veintidós de la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia.

⁵³² Paradójicamente tratándose de la adopción la nueva redacción del precepto posterior a Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia ha ampliado el plazo de 30 días a seis semanas.

producirse el alumbramiento, de una criatura que ha albergado en su seno durante nueve meses, secuelas que a menudo tienden a minusvalorarse por todas las partes implicadas en un proceso de este tipo. No es casual que muchos de los conflictos que han llegado a los tribunales en casos de gestación por sustitución tengan que ver con mujeres gestantes que, tras arrepentirse de lo pactado, manifiestan un deseo sobrevenido de quedarse para sí el hijo que han gestado y alumbrado.⁵³³ Por último, se prohíbe que la adopción lleve aparejada una retribución económica, la cual constituye quizás la exigencia más estricta de las tres, en tanto el artículo 221 del Código Penal, titulado “adopciones ilegales”, castiga con pena de prisión de entre uno y cinco años a quien mediando compensación económica entregue a otra persona un hijo propio eludiendo los procedimientos legales de guarda, acogimiento y adopción, con la finalidad de establecer una relación análoga a la de filiación. En la gestación por sustitución, se consiente la entrega del niño por anticipado al alumbramiento y además se hace a favor de una persona o pareja determinada, con lo que se están conculcando ya las dos primeras reglas.

A mayor abundamiento, cuando el pacto sea oneroso, se conculcaría la tercera regla, que prohíbe entregar un hijo a fin de establecer una relación análoga a la de filiación a cambio de una compensación económica.⁵³⁴

Ciertamente, quienes acuden a la gestación por sustitución pretenden convertirse sino en progenitores naturales de la criatura engendrada por la mujer gestante, no en padres adoptivos pero precisamente por eso mismo es

⁵³³ Algún autor como SANCHEZ ARISTI considera la existencia de otras alternativas que acaso pudiesen servir para componer todos los intereses en juego. Así, dice “la portadora no tendría por qué desprenderse súbita y definitivamente de la criatura, perdiendo toda clase de vinculación con ella. A tal fin, la legislación podría contemplar un derecho de visita a favor de la mujer gestante, aunque se configurase con carácter temporal y fuese disminuyendo en intensidad a medida que el niño creciera, lo que –cabe suponer– amortiguaría el impacto psicológico derivado de la entrega del bebé” SANCHEZ ARISTI, R., “La Gestación por Sustitución: Dilemas Éticos y Jurídicos, Revista Humanitas,” cit., p. 16

⁵³⁴ “Además, la adopción no garantiza en absoluto ser padre o madre cuando se desee: los procesos de adopción escapan al control de los futuros adoptantes. Frente a ello, el recurso a la maternidad subrogada garantiza en mayor o menor medida un hijo genéticamente propio cuando se desee.” BELLVER CAPELLA, V., “¿Nuevas tecnologías? viejas explotaciones”, cit., p. 27.

posible pensar que su comportamiento encierra en realidad una estrategia dirigida a defraudar las normas que reguladoras del proceso de adopción.

Ya hemos visto que cuando ninguno de los comitentes aporta material genético; es decir, en los casos en los que a la falta de conexión genética con alguno de los miembros de la pareja comitente, y a ello se le suma la ausencia de un vínculo obstétrico, existen pocas diferencias de fondo entre la gestación por sustitución y un supuesto puro de adopción.

Pero hay otros puntos de divergencia entre las técnicas de reproducción asistida convencionales y la gestación por sustitución que aproximan más bien ésta a la adopción, haciendo dudar de que esté éticamente justificado acudir a un pacto de maternidad subrogada cuando la necesidad de los comitentes podría ser satisfecha por medio de la adopción. En opinión de SANCHEZ ARISTI el principal es que en las técnicas de reproducción asistida tradicionales la criatura finalmente alumbrada permanecerá bajo la guarda y custodia de la mujer que la gestó, mientras que en la maternidad subrogada, por definición, el ser concebido está llamado a ser separado de quien lo ha albergado en su seno. Es más, dicho ser ha sido concebido por y para entregarlo a otra persona, lo que parece contravenir la lógica del sistema. Así gestación por sustitución a diferencia de las técnicas de reproducción asistida tradicionales, “viene a implicar una suerte de desamparo premeditado de un menor, desde el momento en que la mujer portadora adquiere el compromiso de entregar al niño con antelación no ya al momento de nacer éste, sino al momento de concebirlo. De ahí la habitual previsión legal de que la madre natural no pueda dar su asentimiento a la adopción hasta transcurrido un determinado plazo de tiempo posterior al parto.” Si la gestación por sustitución se admitiese legalmente, asimilándola sin más al resto de técnicas de reproducción asistida, se estaría legalizando una alternativa peligrosa a la adopción, con el consiguiente peligro de relegar ésta a un segundo puesto en el orden de preferencias de las personas que, deseando ser padres, tienen problemas de infertilidad, pues es evidente que la maternidad subrogada presentaría dos grandes ventajas frente a la adopción: una, la consecución de un niño en una fase inicial de crecimiento; dos, la posibilidad de que, en la

mayoría de los casos, el niño tendrá un vínculo genético con la pareja comitente o al menos con uno de sus miembros. Además no se exige un certificado de idoneidad de los comitentes⁵³⁵ ni una autorización judicial para la formalización definitiva de sus efectos en el plano de la filiación del niño ni la intervención por una entidad pública del contrato de maternidad subrogada a fin de otorgar eficacia al consentimiento previo de la portadora relativa a la entrega del hijo. Lo que parece es que, dado que los procesos de adopción son largos en el tiempo, requieren pruebas de idoneidad de los futuros adoptantes y cumplir una serie de requisitos, se prefiere buscar la fórmula de la gestación por encargo que acorta los tiempos de espera y que no precisa de las exhaustivas pruebas de idoneidad a cargo del estado.

En cualquier caso, la hipotética admisión de la gestación por sustitución pasaría por configurarla no como una manifestación en bruto de la libertad de procrear llamada a permanecer exenta de interferencias por parte de los poderes públicos, sino en todo caso como una técnica más a practicar en centros autorizados y conforme a protocolos pautados por la ley, en el contexto de facilitación por el Estado de los medios para que todas las personas o parejas puedan reproducirse de manera natural, lo que significa que los poderes públicos deben procurar remover cuantos obstáculos pudiere haber para su realización efectiva, prestando incluso asistencia médico-sanitaria para favorecer que las personas infértiles puedan experimentar también la paternidad/maternidad.⁵³⁶

⁵³⁵ SANCHEZ ARISTI considera posible plantear un tratamiento legal diferenciado de la filiación, dependiendo de si la gestación por sustitución se realiza con material reproductor en todo o en parte de la persona o pareja comitente, o si por el contrario se efectúa a partir de gametos aportados por donantes de ambos sexos, o por la propia gestante y un donante masculino. El primer grupo de casos, en la medida en que se encuentra más cercano a las técnicas de reproducción asistida convencionales, podría dar lugar a determinar una filiación natural con sometimiento a requisitos análogos a los que se vienen estableciendo para esas técnicas. Por su parte, en el segundo grupo de casos se podría configurar una filiación, si no adoptiva en sentido propio, sí sometida a requisitos tan exigentes como los que se marcan para que una persona o una pareja pueda obtener la adopción de un niño (resolución judicial, propuesta previa por una entidad pública, certificado de idoneidad, asentimiento de los padres naturales, etcétera) SANCHEZ ARISTI, R., "La Gestación por Sustitución: Dilemas Éticos y Jurídicos", cit., p. 25.

⁵³⁶ SANCHEZ ARISTI, R. "La Gestación por Sustitución: Dilemas Éticos y Jurídicos", cit., p. 3.

Se parte por tanto de entender la libertad procreativa como un “derecho al hijo”. Sin embargo como apunta VIDAL MARTÍNEZ y ya hemos apuntado una cosa es la libertad de procrear inherente a la persona humana esencial del derecho a casarse y fundar una familia del artículo 12 del convenio y 16 de la *Declaración Universal de Derechos Humanos*, y otra el derecho de acceso a las TRHA como manifestación del derecho de disfrute de la vida privada y familiar pero de contenido contingente y variable, que no puede ser limitado por el Estado pero que tampoco implicará obligaciones positivas para este sino en la medida que éste quiera y pueda asumirlas. Y como apuntaba BALLESTEROS “...no existe el derecho a tener hijos, ya que el hijo es un don gratuito y además tiene identidad propia...Sólo hay derecho a que el Estado no obstaculice la libre decisión de los padres en la generación de la vida. Mientras que el hijo, sí tiene derecho al amor de sus padres, a una familia...”⁵³⁷

Ciertamente, el deseo de ser padre debe ser escuchado por la sociedad. Sin embargo, no todos los deseos de los adultos deben ser considerados como derechos, máxime si ello implica lesiones a la dignidad y a los derechos de otros sujetos implicados, especialmente de las mujeres más vulnerables y los hijos. Considera VIDAL que un enfoque precautorio⁵³⁸ es necesario al abordar la regulación de las TRHA dada la extrema importancia de los intereses en juego y las expectativas generadas por la investigación biomédica, pudiendo lograrse la convergencia en este campo a través de los principios generales del derecho, señaladamente a través del principio de dignidad de la persona y de otros principios que de aquél traen causa dotados de valor jurídico y de garantía en textos constitucionales⁵³⁹

⁵³⁷ BALLESTEROS, J. *Ecologismo personalista*, cit., p.99.

⁵³⁸ Este principio precautorio viene impuesto por el desfase entre el desarrollo tecnológico y el desarrollo humano y atiende en última instancia a la protección de los bienes y derechos inherentes a la persona.

⁵³⁹ VIDAL MARTÍNEZ, J. “El principio de precaución, biotecnología y derechos inherentes a la persona”, en ROMEO CASABONA, C. (Ed.), *Principio de precaución, Biotecnología y Derecho*, Granada, Comares, 2004, p. 35-82.

Y afirma que aunque las técnicas de reproducción asistida pueden contribuir en algunos casos a la estabilidad de la pareja heterosexual, hay instituciones de integración familiar y adopción que pueden proporcionar un cauce adecuado a las necesidades afectivas de las personas que desean tener hijo, contribuyendo a aliviar la situación de niños necesitados de acogimiento.
540

Y como sostienen TRIMMING y BEAUMONT, no hay necesidad de crear más niños, ya que en el mundo millones de niños necesitan ser adoptados y están esperando un hogar. La GS no debe ser un medio para acortar las vías para tener un hijo que no es genéticamente propio. La vía correcta para tener un hijo que no es genéticamente propio es la adopción.⁵⁴¹

Expresado de otra manera, ganar espacios de libertad significa utilizar esa libertad para plantearnos qué sociedad queremos y ello de suponer, entre otras cosas, establecer los límites de lo que se puede comprar o vender. No podemos reducir la libertad a "elección". Quienes reducen la libertad a la "elección" abren la puerta al "todo vale". Y, a nuestro juicio, "no todo vale". Entendemos que la práctica de la subrogación uterina constituye en sí misma un atentado contra la dignidad de la mujer y del futuro bebé. En consecuencia debería optarse, a nuestro juicio, por una prohibición universal.

⁵⁴⁰ VIDAL MARTÍNEZ, J “Acerca de la Sentencia del Tribunal Europeo de derechos Humanos. Caso S. H. y Otros contra Austria. TEDH 2010/56 de 1 de abril, en materia de reproducción humana asistida y su incidencia en el panorama legislativo europeo.” Revista de derecho y genoma humano, nº 34, 2011, p. 155-201.

⁵⁴¹ TRIMMINGS, K. Y BEAUMONT.P “General Report of Surrogacy” en Trimming, K. y Beaumont.P (eds.) *Internacional Surrogacy Arrangements*. Hart Publishing, Reino Unido, 2013 “General Report of Surrogacy” en Trimming. K. y Beaumont. P (eds.) *Internacional Surrogacy Arrangements*. Hart Publishing, Reino Unido, 2013, p. 540.

CONCLUSIONES

La práctica de la gestación por sustitución y su progresiva legitimación en la actualidad se fundamenta sobre la aceptación del dualismo antropológico y se enmarca en un proceso de reconfiguración de la generación de nuevos seres humanos, desposeyéndola de su especificidad sexual y personalizadora, liberándola de sus condicionamientos biológicos con el concurso de la biotecnología e introduciéndola en el ámbito de los derechos individuales y en la lógica del mercado.

1. La gestación por sustitución se fundamenta sobre la aceptación del *dualismo antropológico*, esto es, sobre la disgregación de la persona en dos componentes absolutamente independientes y de diferente valor: por un lado, su razón y su autonomía (lo realmente valioso) y, por otra, su dimensión corporal (lo disponible y manipulable). De acuerdo con este planteamiento, típico de la modernidad, la persona en realidad es pura autonomía: el sujeto humano se reduce a un ser pensante y autónomo, mientras que su cuerpo es simplemente una 'cosa' que posee y de la que puede disponer ya que no le constituye sustancialmente como persona. El pensamiento postmoderno no considera que la dignidad radique también en lo corporal, por eso entiende que todo lo que se realice con el cuerpo depende exclusivamente de la voluntad de su dueño. Nada estaría por encima del principio *volenti non fit iniuria*. Así pues, la antropología dualista, aun en contra de las evidencias emocionales más patentes, desgaja a la mujer de su cuerpo, lo declara disponible y lo introduce en el Mercado convirtiéndolo en objeto de un contrato. Pero eso no sólo contradice los principios antropológicos y psicológicos más elementales, sino que violenta los fundamentos jurídicos más sólidos sobre los que ha

asentado el Derecho y todos los sistemas jurídicos occidentales, desde su gestación en la época romana: la distinción básica entre personas y cosas. En efecto, frente a la libre disposición de las cosas, las personas, incluyendo el cuerpo humano como su manifestación humana esencial, nunca han podido ser objeto de comercio. Esta indisponibilidad del cuerpo humano para el Mercado, responde al presupuesto de la *unidad sustancial* del ser humano que no sólo *tiene* un cuerpo (del que puede disponer) sino que es un cuerpo, en cuya realidad material y biológica se expresa su identidad personal.

2. El primer paso en el proceso de reconfiguración de la realidad generativa ha sido la sustitución del término *procreación* por el de *reproducción*. Este cambio ha provocado un cambio profundo en el modo de entender la generación de seres humanos. Frente a la especificidad del término *procreación*, cuyo significado remite a la generación 'sexual' de un nuevo ser humano; se ha impuesto el término reproducción, que desde una perspectiva 'impersonal', indeterminada, inespecífica, remite a la simple generación de un nuevo individuo de cualquier especie. Con ello, se da a entender que lo esencial en el proceso generativo es el resultado no el medio que se utilice para conseguirlo, desposeyendo así a la relación sexual entre un hombre y una mujer de todo valor intrínseco en la generación de nuevos seres humanos (ruptura del vínculo sexualidad-procreación) que puede conseguirse por cualquier otro medio. *Re-producir*: producir un nuevo ser semejante al original. Carece la re-producción de significado ontológico, su horizonte se reduce a lo puramente biológico. De ahí que reproducirse designe una realidad puramente instrumental, situada en el ámbito de la *poiesis*, regida por el imperativo de la eficacia en sus métodos y la consecución de su fin. Si, además, al concepto *reproducción* le añadimos el calificativo *artificial*, el carácter instrumental de dicha práctica se acentúa hasta el extremo, señalando a la tecnología como el mecanismo más eficaz para conseguir ese resultado.

3. Un segundo paso en esta reconfiguración lingüística de la realidad generativa, se ha producido con relación al proceso de desarrollo intrauterino del nuevo ser humano. Una transición terminológica desde el concepto específico, cultural y personalista de *embarazo*, hacia el término genérico, impersonal y estrictamente 'biológico' de *gestación*. El significado de *embarazo* como primera etapa intrauterina del ser humano en el que se establece un diálogo personal, íntimo y comunicativo madre-hijo, en lo biológico y en lo psicológico, que constituye la realidad más profunda de la maternidad y la filiación, ha sido sustituido por el concepto *gestación*, que remite a un 'proceso biológico genérico' (las etapas del desarrollo intrauterino de un nuevo individuo de la especie) y que resulta desprovisto de toda connotación personal. Esta transición tiene como fin difuminar las vinculaciones uterinas de la maternidad, situándola en el plano de la voluntad, de la intencionalidad del sujeto. Lo que se quiere significar con ello es que la gestación es un puro proceso biológico (algo meramente instrumental), que sólo da lugar a la *maternidad* cuando quien gesta decide voluntariamente vincularse 'personal y emocionalmente' con el nuevo ser. Esa es la vía para legitimar una maternidad derivada de una gestación por sustitución.

4. Un tercer paso en este proceso ha sido la aparición, a partir de la *Conferencia sobre la Mujer* de Pekín, en 1995, de un discurso alusivo a presuntos 'derechos reproductivos' y que acaba por consolidar la reproducción humana como un derecho individual. Configurar la reproducción humana en clave de derechos ha legitimado definitivamente la generalización del acceso a las técnicas de reproducción artificial y, en último término, del recurso a la gestación sustitutiva. Hemos convertido legítimos deseos reproducirse (siempre sometidos a las propias capacidades biológicas) en el exigible derecho a reproducirse (a tener hijos) y de ese modo hemos legitimado la el concurso omnipresente de la tecnología y abierto las puertas al Mercado. He ahí los dos elementos fundamentales sobre los que el pensamiento postmoderno edifica su legitimación de la gestación por

sustitución. La única identidad del sujeto es su voluntad (su deseo). Esa voluntad es creadora, es capaz de (re)configurar la realidad con el fin de satisfacer el deseo convirtiéndolo en derecho. El Mercado y la tecnología son el instrumento que lo posibilita: todo es tecnológicamente posible y todo está económicamente disponible. Puedo *producir* un hijo, puedo *concebir* un hijo y puedo *comprar* un hijo. Es importante la sutileza. No se trata, en absoluto, de comprar a un ser humano (como en el caso de la esclavitud). No se quiere comprar un bebé sino una ‘condición biológica’: la paternidad o la maternidad. La voluntad de los sujetos comitentes construye una nueva realidad que el Derecho sanciona: convertirles ‘jurídicamente’ en padre o madre biológicos, por su simple deseo de serlo, al margen de la propia biología.

5. Este nuevo substrato cultural y antropológico, de corte voluntarista, instanteísta y nihilista, se ha proyectado de manera intensa sobre el Derecho, pretendiendo alterar los presupuestos más básicos sobre los que se ha asentado la filiación en todos los sistemas jurídicos de la civilización occidental: el principio *mater semper certa est*. La gestación por sustitución plantea una batalla encarnizada de la voluntad reproductiva de los individuos (exigida como derecho) por imponerse a la verdad biológica (el parto) como criterio determinante para atribuir legalmente la filiación. Se pretende que la filiación de los bebés, nacidos como consecuencia de un contrato de gestación, se determine legalmente a favor de los comitentes, constituyendo de este modo una especie de *tertium genus*: la que podría denominarse ‘filiación contractual o intencional’, frente a las dos reconocidas tradicionalmente por el Derecho: la natural y la adoptiva.

6. De entre los tres criterios que concurren en una gestación por sustitución: la *intencionalidad* del comitente (o comitentes), la aportación *genética* (de quienes ponen los gametos) y la realidad *biológica* (el parto), tan sólo el parto puede ser determinante para atribuir legalmente la filiación. La voluntad procreativa de los comitentes resulta irrelevante (en caso de conflicto) porque la gestación se lleva a cabo por

una mujer ajena a ellos; y la gestante y el feto son una unidad jurídicamente inescindible, a menos que la gestante (y sólo la gestante) decida romperla. Por otro lado, resulta evidente también que la aportación de gametos tiene relevancia genética pero es una cuestión externa al proceso propio de la gestación, de modo que tendrá relevancia a efectos de reclamación de la 'paternidad', pero carecerá de toda relevancia a efectos de determinar la 'maternidad' y la consecuente filiación respecto de la madre.

7. El principio *mater semper certa est* debe mantener su vigencia porque no constituye una exigencia jurídica reaccionaria, sino que responde a una evidente realidad biológica y antropológica: la gestación y el parto convierten a la gestante en la persona más adecuada para garantizar las exigencias de cuidado del neonato. En efecto, la maternidad desde el punto de vista legal (más allá de lo emocional y cultural) tiene como objeto identificar al principal obligado por del deber de atención y cuidado del neonato una vez fuera del útero. Pero ese deber jurídico tiene un fundamento estrictamente biológico: sólo puede cumplirlo plenamente, con todas las exigencias de atención y cuidados, la mujer que ha dado a luz, dado que es la única que se encuentra física y biológicamente preparada para responder de manera óptima a las necesidades de ese neonato concreto. Y el neonato tiene derecho preferente a ser cuidado por su madre biológica, siempre que ella pueda hacerlo. De ahí que siempre deba ser el parto el criterio biológico y legal determinante de la maternidad (en cuanto fuente de obligaciones respecto del bebé).

8. La renuncia a la maternidad por parte de la gestante sólo tiene sentido (y sólo debería tener eficacia jurídica) si se realiza después del parto. La pretensión de los comitentes de una gestación por sustitución de establecer contractualmente la filiación a su favor antes del parto, no sólo vulnera los principios antropológicos más elementales relativos a la maternidad/filiación, sino que también vulnera principios

jurídicos básicos del Derecho de familia, en el cual la maternidad jamás se reconoce con carácter previo al parto.

9. Sólo cabe considerar que la renuncia de la gestante a la maternidad es verdaderamente libre, una vez que ha dado a luz y, a la vista del neonato, ha podido reflexionar sobre su decisión y sobre las consecuencias físicas y emocionales que esa renuncia comporta. Pretender una renuncia previa a la maternidad sólo puede interpretarse desde la lógica del Mercado: prevalencia del objeto de la transacción por encima de los implicados en el proceso procreativo (lo que contribuye a cosificar al neonato y a la gestante) y minimización del riesgo para los comitentes, impidiendo el arrepentimiento de la gestante (en caso contrario disminuiría notablemente el atractivo de la práctica y la expectativa económica que genera).

10. En el Derecho europeo es general la prohibición de la gestación por sustitución mediante precio. En España, el art. 10.1 de la LTRHA considera nulo el contrato de gestación por sustitución y determina la filiación materna por el parto, con la posibilidad de reclamación de la paternidad por el padre biológico. Consideramos absolutamente fundamentada la STS de 24 de febrero de 2014, cuando considera que esa previsión legal es constitutiva del orden público internacional español (OPIE). En efecto, las normas relativas a las Técnicas de Reproducción Humana Asistida regulan aspectos “esenciales” de la filiación, inspiradas en los valores constitucionales de dignidad de la persona, respeto a su integridad moral y protección de la infancia, que necesariamente pertenecen al sistema de derechos y libertades individuales garantizados en la Constitución y en los convenios internacionales de derechos humanos ratificados por España y los valores y principios que estos encarnan. Como ha afirmado el alto Tribunal: nuestro ordenamiento jurídico y los de otros países con similares principios y valores no aceptan que los avances en las TRHA vulneren la dignidad de la mujer gestante y del niño, mercantilicen la gestación y la filiación o permitan a determinados intermediarios realizar

negocio con ellos, posibilitando la explotación del estado de necesidad en que se encuentran mujeres jóvenes en situación de pobreza.

11. Es cierto que, una vez nacidos los niños, la protección de su interés superior se convierte en prioritaria por efecto de la Convención del 89 y de las legislaciones de todos los países occidentales que la han suscrito. Pero eso no implica que el *interés superior del menor* (ISM) exija su inmediata inscripción como hijos de los comitentes. La regulación vigente en España resulta totalmente respetuosa con el ISM y no contraviene la doctrina al respecto expuesta en las recientes sentencias del TEDH. En efecto, cuando uno de los comitentes sea también padre biológico (a diferencia de lo ocurrido en Francia) la inscripción de la filiación a su favor en el Registro Civil puede producirse por virtud del art 10.3 de la LTRHA (acción de reclamación de paternidad). En caso de que ninguno de los comitentes lo fuera, existen mecanismos para salvaguardar el ISM a través del reconocimiento de efectos periféricos: la inscripción de su nacimiento en el Registro Civil; la atribución de la nacionalidad española; la determinación de sus apellidos; el reconocimiento del derecho de alimentos y de los derechos sucesorios, así como la posible atribución de la patria potestad a los padres comitentes. Y, en última instancia, ambos podrían recurrir a la adopción.

12. Aunque puede (y debe) acabar admitiéndose, en atención al ISM, que los niños permanezcan con los padres comitentes (en cuanto que el tiempo pasado con ellos permite considerarlos una familia), no puede pretenderse que en España se les reconozca directamente la filiación, por encima de la prohibición expresa que nuestro Derecho impone a dicho contrato (aunque sean ellos nacionales y residentes en España y también los niños vayan a residir en España). No hay que olvidar que los padres comitentes están incurriendo en un fraude de ley procesal, buscando un foro de conveniencia que determine la filiación a su favor, sin importarles la prohibición vigente en España, para luego forzar el reconocimiento de esa filiación apelando al ISM,

cuando han sido precisamente ellos los primeros en obviar ese ISM al colocar a los menores en una situación de incertidumbre jurídica. De ahí que, su actuación, aunque no sea merecedora de sanción penal, sí debe ser objeto de reproche social y de una sanción civil. Procede, pues, sancionar a los padres comitentes sin perjudicar a los niños. Y eso es posible obligándoles a que tengan que someterse a un procedimiento civil para reclamar la paternidad (si uno de ellos es padre biológico) e instar un procedimiento de adopción, por parte del otro (o de ambos, si ninguno de ellos tiene vinculación genética con el menor).

13. La nulidad del contrato de gestación por sustitución, establecida por del art 10 LTRHA, debe seguir vigente porque responde a la pervivencia en nuestra sociedad de unos valores que seguimos considerando fundamentales y que siguen siendo generalmente aceptados: el cuerpo no puede ser objeto de comercio; un ser humano (nacido o no nacido) no puede ser objeto de un contrato, la maternidad debe determinarse por el parto, no existe un derecho al hijo. Por consiguiente, el mantenimiento de la prohibición de esa práctica lo que pretende es dificultar y desincentivar a quienes podrían pensar en recurrir a ella como un modo más rápido y eficaz que la adopción, para conseguir su objetivo de ser padres. De ahí que muchos la hayan calificado de 'adopción exprés'. Porque, si bien es cierto que la prohibición del art. 10 de la LTRHA no ha impedido que muchas parejas se desplacen al extranjero para contratar una gestación por sustitución, ello no significa que el precepto sea ineficaz. En efecto, al margen de que continúa siendo de una práctica muy minoritaria, lo cierto es que desconocemos cuántas parejas recurrirían a ella de no estar prohibida

14. Muchos sostienen que la prohibición de la maternidad subrogada no impedirá que se siga practicando, pero lo hará como una práctica elitista y con unos riesgos adicionales para los menores y para las gestantes que se podrían evitar (y convendría mucho hacerlo) con una correcta regulación. Aparte de las enormes deficiencias que han

mostrado todas las regulaciones actualmente en vigor en el mundo y las graves consecuencias que han generado respecto a gestantes y bebés, sólo desde una concepción ideológica, que pretende negar la intrínseca e ineludible vinculación de la maternidad con la gestación y el parto, fundamento sobre el que se asienta el Derecho y la entera civilización occidental, cabría considerar que el problema de la gestación por sustitución es una simple cuestión de técnica legislativa, al margen de las profundas implicaciones biológicas y antropológicas que suscita.

15. En definitiva, permitir la gestación por sustitución supondría un gravísimo daño social al romper definitivamente el más fuerte de los presupuestos que rige el proceso generativo de nuevos seres humanos: la maternidad y el parto. Con ello, se abriría una enorme puerta a la lógica del mercado: la explotación de las gestantes y el riesgo creciente de desamparo de los niños así obtenidos. Por consiguiente, la proscripción de esta práctica, con carácter general, a nivel mundial resulta, a nuestro juicio, una exigencia ética, antropológica y jurídica. Si entendemos que todo ser humano merece que su madre biológica sea también su madre legal, la escisión impuesta entre filiación biológica y filiación legal constituye una amenaza a la vida humana auténtica. Sólo cabe contemplar dos situaciones excepcionales en las que este bien no se podría garantizar: cuando la madre biológica se ve incapaz de llevar adelante la crianza, y cuando la madre biológica es objetivamente incapaz de llevarla a cabo y se le retira la patria potestad. El primer caso supone un ejercicio de responsabilidad (y generosidad) por parte de la madre. El segundo lo es por parte de los poderes públicos, cuando advierten que mantener al niño con su madre constituye un daño grave para el niño (y, a veces, para la propia madre).

BIBLIOGRAFÍA

ACEDO PENCO, A., “El orden público actual como límite a la autonomía de la voluntad en la doctrina y la jurisprudencia”, *Anuario de la Facultad de Derecho*, nº 14-15, 1996-1997, p. 323-392.

ÁLVAREZ DE TOLEDO QUINTANA, L., “El futuro de la maternidad subrogada en España: entre el fraude de ley y el correctivo de orden público internacional”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 6, nº 2, 2014, p. 5-49, en: www.uc3m.es/cdtcit. p.19.

ALKORTA IDIAKEZ, I., *Regulación jurídica de la medicina reproductiva. Derecho español y comparado*, Navarra, Thomson Aranzadi, 2003.

– “Nuevos límites del derecho a procrear”, *Derecho Privado y Constitución*, nº 20, 2006, p. 9-61.

APARISI MIRALLES, A., “Ideología de género: de la naturaleza a la cultura”, *Persona y Derecho*, nº 61, 2009, p. 169-194.

– “Modelos de relación sexo-género: de la “Ideología de género” al modelo de la complementariedad varón-mujer”, en: <http://www.laici.va/content/dam/laici/documenti/donna/filosofia/espanol/Modelos%20de%20relacion%20sexo-genero%20Aparisi.pdf>.

– “Persona y género: ideología y realidad” en *Persona y género*, APARISI, A. (edit.), Thomson Aranzadi, Pamplona, 2011.

ARÁMBULA REYES, A., “Maternidad subrogada”, Centro de Documentación, Información y Análisis: Dirección de Servicios de Investigación y Análisis, Subdirección de Política Exterior, Cámara de Los Diputados, LX Legislatura, México, 2008.

ARIAS APARICIO, F., “El acceso a las técnicas de reproducción humana asistida como derecho: reconocimiento y protección en el marco del derecho a la vida privada”, *Revista General de Derecho Constitucional*, nº18, 2014, p.1.

ARROYO MORENO, A.M., “La constitucionalización del Derecho de familia”, *Diario La Ley*, nº 8333, Sección Tribuna, 2014.

- BALLESTEROS, J., BALLESTEROS LLOMPART, J. (et alii), Derechos Humanos, PUV 2007.
- Ecologismo personalista, Madrid, Tecnos, 1995.
- y FERNÁNDEZ RUÍZ-GÁLVEZ, E., Biotecnología y Posthumanismo, Navarra, Thomson Aranzadi, 2007.
- y FERNÁNDEZ RUÍZ-GÁLVEZ, E., Por un feminismo de la complementariedad. Nuevas perspectivas para la familia y el trabajo, Navarra, Eunsa, 2002.
- BÁRBER CÁRCAMO, M^a R., “Reproducción asistida y determinación de la filiación”, Redur 8, 2010, p. 25-37.
- “La legalización administrativa de la gestación por sustitución en España (crónica de una ilegalidad y remedios para combatirla)”, Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, nº 739, 2013, p. 2905-2950, en: <http://vlex.com/vid/486351314> (Id. vLex: VLEX-486351314).
- BELLVER CAPELLA, V., Por una bioética razonable, Granada, Comares, 2004.
- “Bioética y dignidad de la persona”, en CONTRERAS, F.J., y otros, El sentido de la libertad. Historia y vigencia de la idea de ley natural, Barcelona, Stella Maris, 2014 pp. 315-358.
 - “¿Nuevas tecnologías? viejas explotaciones. El caso de la maternidad subrogada internacional” SCIO, nº 11, Noviembre de 2015, p. 19-52.
- BENÍTEZ ORTÚZAR, I.F., Aspectos jurídico-penales de la reproducción asistida y la manipulación genética humana, Madrid, Edersa, 1997.
- y VEGA GUTIERREZ, A. M., Derechos reproductivos y técnicas de reproducción asistida, Granada, Comares, 1998.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., “Hijos made in California”, Aranzadi Civil, nº 3, 2009, p.1-2.
- BERROCAL LANZAROT, A. I., “Análisis de la nueva Ley 14/2006 sobre técnicas de reproducción humana asistida. Una primera aproximación a su contenido”. Revista de la Escuela de Medicina legal, 2007, p.40-70.
- BLASCO GASCÓ, F., Derecho de Familia, Montés V.L.-Roca (Coords), Valencia, Tirant lo Blanch, 1995.
- BOUZA VIDAL, N., “La globalización como factor de cambio del Derecho internacional privado”, en MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J.

- (coord.), *Estados y organizaciones internacionales ante las nuevas crisis globales*, Madrid, 2010, p. 283-306.
- CALVO ÁLVAREZ, J. Orden Público y factor religioso en la Constitución Española, Navarra, Eunsa, 1983.
- CALVO CARAVACA, A.L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., “Gestación por sustitución y Derecho Internacional Privado: Consideraciones en torno a la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 18 de febrero de 2009”, Cuadernos de Derecho Transnacional, vol. 1, nº 2, 2009, p. 294-319.
- “Notas críticas en torno a la Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 5 octubre 2010 sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución”. Cuadernos de Derecho Transnacional, vol. 3, nº 1, 2011, p. 247-262.
- CAMACHO, J.M., Maternidad subrogada: una práctica moralmente aceptable. Análisis crítico de las argumentaciones de sus detractores, 2009 (recuperado el 15 de octubre de 2015 de <http://www.fundacionforo.com/pdfs/maternidadsubrogada.pdf>).
- CAMARERO GONZÁLEZ, G.J., “Notas sobre la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 18 de febrero de 2009, en un caso de gestación por sustitución”, Diario La Ley, nº 7910, 2012, p.1-9.
- CARDONA LLORENS, J. “El interés superior del niño balance y perspectivas del concepto en el 25º aniversario de la Convención sobre los Derechos del Niño”, Revista Española de Desarrollo y Cooperación, nº extra 34, 2014 p. 21-40
- CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., “Orden Público internacional y externalidades negativas”, Boletín del Ministerio de Justicia, Año 62, nº 2065, 2008, p. 2351-2378.
- CÁRCABA FERNANDEZ, M., Los problemas jurídicos planteados por las nuevas técnicas de procreación humana, Barcelona, Bosch, 1995.
- CASTAN TOBEÑAS, J., Derecho Civil Español, Común y Foral, Tomo I: Introducción y parte general. Volumen 2: Teoría de la relación *jurídica*. *La persona y los derechos de la personalidad. Las cosas*. Madrid, REUS. Madrid, 2007.

- CERDÀ SUBIRACHS, J., “La insostenible legalización de facto de la maternidad subrogada en España. A propósito de la Instrucción de 5 de octubre de 2010 de la DGRN” *Diario La Ley*, nº 4893, 2011, p.1-9.
- CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G., “Copaternidad y matrimonio entre hombres la derogación tácita y parcial de la proscrita gestación por sustitución, fundada en razones de igualdad”, *Revista de derecho privado*, nº 98, 2014, p. 3-27.
- COLEMAN, P., "Surrogate Motherhood: Analysis of ther Problems and suggestions for Solutions", *Tennessee Law Review*, nº 50, 1982, p.71-118.
- CORERA IZU.M., “Abandonados, apátridas y sin padres”, *Diario La Ley*, nº 8345, 2014, p.1-16.
- CORRAL GARCÍA, E., “El derecho a la reproducción humana ¿debe permitirse la maternidad subrogada?”, *Cuadernos de Bioética*, nº. 38, 2013, p. 45-69.
- “Los menores nacidos mediante gestación por sustitución no pueden ser inscritos en el Registro Civil. Comentario a la STS de 6 de febrero de 2014”, *RCDI*, nº 744, 2014, p.1910-1923.
- CORRAL TALCIANI, H. “Intereses y derechos en colisión sobre la identidad del progenitor biológico: los supuestos de la madre soltera y del donante de gametos”, *Ius et Praxis*, nº 2, 2010, p. 57-88.
- DE CASTRO Y BRAVO. F., *Derecho civil de España, Parte General, I*, Madrid, 1955.
- DELEUZE, G., GUATTARI, F., *El antiedipo*, Valencia, Pre-textos 1994. Es el primer volumen de la obra *Capitalismo y esquizofrenia*, cuyo segundo volumen, publicado en 1980, se titula *Mil Mesetas*. DELEUZE, G., GUATTARI, F., *El antiedipo*, Valencia, Pre-textos 1994.
- DE MIGUEL ASENSIO, P., “La Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010 sobre gestación por sustitución” (recuperado el 30 de septiembre de 2015 de [http://pedrodemiguelasensio.blogspot.com.es/2010/10/la-instruccion-de-la-dgrn-de-5 de.html#more](http://pedrodemiguelasensio.blogspot.com.es/2010/10/la-instruccion-de-la-dgrn-de-5-de.html#more)).
- DESCARTES, R., *Meditaciones de prima philosophia*, VI.
- DE TORRES PEREA, J.M., *Interés del menor y Derecho de Familia. Una perspectiva multidisciplinar*. Madrid, Iustel, 2008.

DE VERDA Y BEAMONTE, J. R., "Inscripción de hijos nacidos mediante gestación por sustitución (a propósito de la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 15 de Valencia, de 15 de septiembre de 2010)", Diario La Ley, nº 7501, 2010.

– "Notas sobre la gestación por sustitución en el Derecho Español", Actualidad Jurídica Iberoamericana, nº. 4, 2016, p. 349 - 357.

DELGADO ECHEVARRÍA, J., "Los conocimientos relevantes en la fecundación asistida. En especial, el determinante de la asunción de una paternidad que biológicamente no corresponde", en La filiación a finales del siglo XX, Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana (II Congreso Mundial Vasco), Madrid, Trivium, 1988.

DERRIDÀ, J., La escritura y la diferencia (1967), Madrid, Anthropos 1989

DÍEZ PICAZO, L y GULLÓN, A. Instituciones de Derecho Civil. Volumen I, Madrid, Tecnos, 1995.

– Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial. I. Introducción. Teoría del Contrato. Madrid, Civitas, 1993.

DÍAZ ROMERO, M.R., "La gestación por sustitución en nuestro ordenamiento jurídico", Diario La Ley, nº 7527, 2010, p. 1-15.

DIEZ OJEDA, A., "El interés superior del niño necesidad de su regulación legal, nota al fallo de la SC de la Provincia de Buenos Aires", Diario La Ley, t.1999-C, p. 238-253.

DONATI, P., "Il problema della umanizzazione nell'era della globalizzazione tecnologica", en The humanization of care in the age of the advanced technology, Universidad Campus Biomédico, Roma, 2000.

DURÁN AYAGO, A., "Una encrucijada judicial y una reforma legal por hacer: problemas jurídicos de la gestación por sustitución en España. A propósito del auto del Tribunal Supremo de 2 de febrero de 2015", en Bitácora Millenium DIPr, nº 2, disponible en: <http://www.millenniumdipr.com/ba-26-una-encrucijada-judicial-y-una-reforma-legal-por-hacer-la-gestacion-por-sustitucion>.

– "Valoración del proyecto presentado por el gobierno para regular la filiación de los niños nacidos por gestación subrogada", publicado en <http://www.gestacion-subrogada.com/valoracion-proyecto-de-ley-registro>.

- “Gestación por sustitución. Y de repente el PSOE...”, en <http://diarium.usal.es/aduran/2015/06/01/gestacion-por-sustitucion-y-de-repente-el-psoe/>
- DURÁN RIVACOBA, R., “Anonimato del progenitor y derecho a la identidad del hijo. Decisiones judiciales encontradas sobre reserva de identidad en los casos de madre soltera y donante de esperma”, *Ius et Praxis*, nº 1, 2010, p. 3-54.
- ESPÍN CÁNOVAS, D., “Las nociones de orden público y buenas costumbres como límites a la autonomía de la voluntad en la doctrina francesa”, *Anuario de derecho Civil*, vol. 16, nº 3, 1963, p. 783-820.
- “Ideas sociales reflejadas en el Código Civil español (Derecho Flexible)” en *Centenario del Código Civil (1889-1989)*, Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, 1990.
- FABREGA RUÍZ, CF., *Biología y Filiación: aproximación al estudio jurídico de las pruebas biológicas de paternidad y de las técnicas de reproducción asistida*, Granada, Comares, 1999.
- FAMÁ, M.V., “Maternidad subrogada. Exégesis del derecho vigente y aportes para una futura regulación”. *Diario La Ley*, 2011, p. 1204-1225.
- FARNÓS AMORÓS, E., y GARRIGA GORINA, M., “Mares?. Poden ser més d'una”, *InDret*, nº4, 2005, p. 1-8
- “Inscripción en España de la filiación derivada del acceso a la maternidad subrogada en California. Cuestiones que plantea la Resolución de la DGRN de 18 de febrero de 2009”, *InDret*, 2010, p.1-25.
- Ruptura del projecte parental i disposició dels preembrions, Universitat Pompeu Fabra, Tesi doctoral 2010, (recuperado el 5 de octubre de 2015 en <http://hdl.handle.net/10803/7323>).
- “Acceso a la reproducción asistida por parejas del mismo sexo en España: estado de la cuestión, propuestas y retos” *Revista de Derecho de Familia*, nº 49, 2011, p.153-181.
- Consentimiento a la reproducción asistida. Crisis de pareja y disposición de embriones, Barcelona, Atelier, 2011.
- FERNÁNDEZ RUÍZ-GÁLVEZ, E., “Mujeres y Técnicas de reproducción artificial. ¿Autonomía o sujeción?”, en BALLESTEROS, J. (coord.), *La humanidad in vitro*. Granada, Comares. 2002.

- FERNÁNDEZ ROZAS, J.C. Y SÁNCHEZ LORENZO, S. Derecho Internacional Privado, Madrid, Thomson–Civitas (6ª edición), 2011.
- FERNÁNDEZ-SANCHO TAHOSES, A.S., “Eficacia jurídico registral del contrato de gestación subrogada”, Aranzadi Doctrinal, nº 6, 2011, p. 1-15.
- FERRER VANRELL, M. P., “La transgresión del principio de igualdad en la instrucción de DGRN 5-10-2010 sobre el régimen registral de los nacidos mediante gestación por sustitución”; en VERDERA IZQUIERDO, B. (dir.), El principio de igualdad ante el derecho privado: una visión multidisciplinar, Madrid, Dykinson, 2013.
- FLORES RODRÍGUEZ, J., “Vientres de alquiler: más cerca de su reconocimiento legal en Europa. Comentario a la STEDH de 26 de junio de 2014, recurso no 65192/11”, Diario La Ley, nº 8363, 2014, p.1-6.
- “Gestación por sustitución: más cerca de un estatuto jurídico común europeo”, Revista de Derecho Privado nº 27, 2014, p.71-89.
- FOUCAULT, M., Saber y verdad (1975), Madrid, Endymion 1991.
- GARCÍA CANTERO, G. “Familia y Constitución”, en Ramírez Jiménez, M., (coord.), El desarrollo de la Constitución española de 1978, Pórtico, Zaragoza, 1982.
- GARIBO, AP., “Hijos de padre anónimo ¿una nueva categoría discriminatoria?”, en BALLESTEROS, J. y FERNÁNDEZ, E. (coord), Biotecnología y Posthumanismo, Navarra, Thomson Aranzadi, 2007.
- GARRIGA GORINA, M., La Adopción y el Derecho a conocer la Filiación de Origen. Un estudio Legislativo y jurisprudencial, Elcano (Navarra), Aranzadi, 2000.
- GETE-ALONSO Y CALERA, M.C. Estudios sobre el contrato. Barcelona, 2008, Atelier, p. 37.
- GIMENO, B., “Vientres de alquiler en “El País”: gato por liebre”, en <http://www.elplural.com/opinion/vientres-de-alquiler-en-el-pais-gato-por-liebre/>, 2 de mayo de 2014.
- GÓMEZ SÁNCHEZ, Y., “Familia y matrimonio en la constitución española de 1978”, Revista de Derecho Político, Madrid, nº 36, 1996, p.207-223.
- El derecho a la reproducción humana. Madrid, Marcial Pons, 1994.

- GONZÁLEZ CAMPOS, J. D. y FERNÁNDEZ ROZA, J.C., “Orden Público como correctivo funcional: artículo 12, apartado 3 del Código Civil” en Comentarios al Código civil y Compilaciones forales (M. Albaladejo y S. Díaz Alabart, eds.), t. I, vol. 2, Jaén, Edersa, 1995.
- GONZÁLEZ MARSAL, C., “Sexualidad y aborto, ¿cuestión de salud?, ¿cuestión de derechos?”, Anuario de Derechos Humanos. Nueva Época, Vol. 10, 2009, p.285-329.
- GUTIÉRREZ CALVO, V. (2014, 10 de julio). “Justicia ordena volver a inscribir a los bebés de “vientre subrogado”. Elpais.com, en: http://sociedad.elpais.com/sociedad/2014/07/10/actualidad/1405018265_507916.html
- HARRIS, J., Superman y la mujer maravillosa. Las dimensiones éticas de la biotecnología humana, Tecnos, Madrid, 1998.
- HIGUERA, G., “Maternidad subrogada”, en Nuevas Técnicas de reproducción humana. Biomedicina, ética y derecho, Madrid, Publicaciones de la Universidad Pontificia de Comillas, 1986.
- IGAREDA GONZÁLEZ, N. “El hipotético derecho a la reproducción”, Cuadernos electrónicos de filosofía del derecho, nº 23, 2011, p.252-270.
- “La inmutabilidad del principio “mater sempre certa est” y los debates actuales sobre la gestación por sustitución en España”, Universitas, nº 21, 2015, p. 3-19.
- JAMESON, F. Postmodernismo y sociedad de consumo (1984), Buenos Aires, Imago Mundi 1991, p. 23.
- JIMÉNEZ MARTÍNEZ, M.V., “La inscripción de la filiación derivada de la gestación por sustitución. Problemas actuales”, Anuario Facultad de Derecho, nº 5, Madrid, 2012, p. 365-381. Servicio de Publicaciones de la Biblioteca Digital de la Universidad de Alcalá, en: <http://hdl.handle.net/10017/13801>.
- JIMÉNEZ MUÑOZ, FJ. La reproducción asistida y su régimen jurídico, Colección jurídica general, Madrid, Reus. 2012
- JIMÉNEZ MUÑOZ, FJ., “Denegación de la inscripción de la filiación determinada por la celebración de un contrato de gestación por sustitución. Comentario a la STS 835/2013, de 6 de febrero de 2014 (RJ 2014, 736)” Revista Boliviana de Derecho, nº 18, 2014, p. 400-419.

- KASS, LEON R., Toward a more natural science. Biology and human affairs, Free Press, Nueva York, 1985, p. 110-114.
- LACRUZ BERDEJO, J.L., Elementos de Derecho Civil. Tomo IV. Familia, Madrid, Dykinson, 2008.
- LAMM, E., “La necesidad de compensar a la gestante como la alternativa más justa y que no tiñe de comercial a la gestación por sustitución.” Cuestión de derechos, nº3, 2012, p. 14-31 (recuperado el 13 de septiembre de 2015 en <http://bioderecho.org.mx/repositorio/0004.pdf>)
- “La importancia de la voluntad procreacional en la nueva categoría de filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida”, Revista de Bioética y Derecho, nº. 24, 2012, p. 76-91.
- Gestación por sustitución: ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres, Barcelona, Publicacions i Edicions de la Universitat de Barcelona, 2013.
- “Gestación por sustitución. La importancia de las sentencias del Tribunal Europeo de derechos humanos y su impacto” Ars Iuris Salmanticensis, vol. 2, 2014, p. 43-50.
- LASARTE ÁLVAREZ, C., Principios de Derecho Civil IV, Derecho de Familia. Madrid, Marcial Pons, 2010.
- “La reproducción asistida y la prohibición legal de maternidad subrogada admitida de hecho por vía reglamentaria”. Diario La Ley, nº 7777, 2012, p.1-15.
- LASARTE ÁLVAREZ, C., LLEDÓ YAGÜE, F., “Reflexiones personales entorno a la fecundación post-mortem y la maternidad subrogada: el examen de algunos supuestos de la práctica jurídica”, en DÍAZ MARTÍNEZ, A.(coord.), Régimen jurídico-privado del a reproducción asistida en España: el proceso legal de reformas, Madrid, Dykinson, 2007.
- LEONSEGUI, R., “La maternidad portadora, sustituta, subrogada o de encargo”, Boletín de la Facultad de Derecho, UNED, Número 7, 1998.
- LLEDÓ YAGÜE, F., “Reflexión jurídica sobre las nuevas formas de concepción humana”, Diario La Ley, nº2, 1985, p. 1011-1019.
- “El alquiler de úteros y el problema de las madres sustitutas o por encargo”, en La filiación a finales del siglo XX: problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana, Madrid, Trivium, 1988.

- Fecundación Artificial y Derecho, Madrid, Técnos, 1988.
- LÓPEZ-MORATALLA, N., “El cigoto de nuestra especie es cuerpo humano”, *Persona y Bioética*, vol 14, nº2, 2010, p. 120-140.
- LÓPEZ GUZMÁN, J. y APARISI MIRALLES, A., “Aproximación a la problemática ética y jurídica de la maternidad subrogada” *Cuadernos de Bioética*, vol 23, nº 78, 2012, p.253-268.
- “Nuevas tecnologías reproductivas y postfeminismo de género”, en *Persona y género*, APARISI, A. (edit.), Thomson Aranzadi, Pamplona, 2011.
- LÓPEZ PELÁEZ, P., “Aproximación jurídica al acuerdo de gestación por sustitución (Madres de Alquiler) en Derecho Español”, en ALVENTOSA DEL RÍO, J. y MOLINER NAVARRO, R.M. (coord.), *Estudios Jurídicos en homenaje al Profesor Enrique Lalaguna Domínguez*, vol I, Valencia, Universidad de Valencia, 2008.
- LUA GRIMALT O. y ELIANA HERESI M., “Estilos de apego y representaciones maternas durante el embarazo” *Revista Chilena de Pediatría*, vol 83, nº 3, 2012, p. 239-246, (recuperado el 3 de septiembre de 2015 de <http://www.scielo.cl/pdf/rcp/v83n3/art05.pdf>).
- MALLARMÉ, S. *Divagaciones* (1897), Lima, PUC, 1998.
- MARRADES PUIG, ANA I. *Luces y sombras del derecho a la maternidad. Análisis jurídico de su reconocimiento*. Valencia, Universitat de València, 2002.
- MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C. “La filiación, entre biología y derecho”, *Prudentia Iuris*, nº 76, 2013, p. 79-106.
- MARTINEZ-PEREDA RODRIGUEZ, J.M y MASSIGOGE BENEIGU, J.M., *La maternidad portadora, subrogada o de encargo en el derecho español*, Madrid, Dykinson, 1994.
- MOLINER, R., “Los derechos de autonomía y el interés superior del niño como ejes de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño. Su recepción en el Derecho español”, J. ALVENTOSA Y R. MOLINER, coord., *Estudios Jurídicos en homenaje al profesor Enrique Lalaguna*, Valencia, PUV, 2008, pp. 755-789.
- MONTERO, E., “La summa divisio iuris entre las personas y las cosas a prueba de la maternidad de alquiler”, conferencia pronunciada en la clausura de la IV edición del Máster en Bioética. Universidad de Navarra, 2010, en:

- <http://www.actualidaduniversitaria.com/2010/06/legalizar-los-vientres-de-alquiler-no-es-coherente-con-el-derecho-de-filiacion/#more-13781>.
- MONTÉS PENADES, V., "El consentimiento en las nuevas técnicas de reproducción asistida", en *La filiación a finales del siglo XX, Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana*. (II Congreso Mundial Vasco), Madrid, Trivium, 1988.
- NIETO ALONSO, A., "El principio de prevalencia de la verdad biológica en materia de filiación y su superación en el ámbito de la reproducción humana asistida", en DÍAZ MARTÍNEZ, A. (coord). *Régimen jurídico privado de la reproducción asistida en España: el proceso legal de reformas*, Madrid, Dykinson, 2006.
- NIETZSCHE, F., *Así habló Zarathustra*, "Del nuevo ídolo", Librodot.com.
- OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, P., "Reconocimiento en España de la filiación creada en el extranjero a través de una maternidad de sustitución", en Navas Navarro, S. (dir), *Iguals y diferentes ante el derecho Privado*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012.
- PALAZZANI, L., "Los valores femeninos en bioética", en APARISI, A., BALLESTEROS, B. (coord.), *Por un feminismo de la complementariedad*, Pamplona, Eunsa, 2002.
- PALACIOS ALONSO, M., "Ley sobre técnicas de reproducción asistida (35/88): de 1988 a 2005", en BENÍTEZ ORTÚZAR, I.F., MORILLAS CUEVA, L. y MIGUEL PERIS RIERA, J. (coord.), *Estudios Jurídico-penales sobre genética y biomedicina*, Madrid, Dykinson, 2005.
- PANTALEÓN PRIETO, F., "Técnicas de Reproducción Asistida y Constitución", *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, nº 15, 1993, p.129-160.
- PÉREZ DE ARMIÑO K., MAÑO C., VÁZQUEZ N., *Diccionario de Acción Humanitaria y Cooperación al Desarrollo*, Bilbao: Icaria, Hegoa, 2000, vol 1. Disponible en web: <http://www.dicc.hegoa.ehu.es/listar/mostrar/66>
- PÉREZ LUÑO, A.E. *Los derechos fundamentales*, Madrid, Tecnos 1995.
- PÉREZ MONGE, M., *La filiación derivada de técnicas de reproducción asistida*. Madrid, Centro de Estudios Registrales, 2002.
- PÉREZ VAQUERO, C., "Diez claves para conocer los vientres de alquiler". *Noticias Jurídicas. Artículos Doctrinales: Generalidades*, diciembre de

- 2010, en: <http://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/4601-diez-claves-para-conocer-los-vientres-de-alquiler/>
- PETERSEN, K., "Cross Border commercial surrogacy: a global patchwork of inconsistency and Confusion", en Michael Freeman, Sarah Hawkes y Belinda Bennett (eds), *Law and Global Health. Current legal issues*, n. 16, Oxford University Press, Nueva York, pp. 209-222.
- PINILLA MIRANDA, I., "La gestación por sustitución transnacional: entre el interés superior del menor y el interés superior del mercado", en: https://ddd.uab.cat/pub/tfg/2015/132982/TFG_ipinillamiranda.pdf.
- PROFESIONALES POR LA ÉTICA., "Vientres de Alquiler. Maternidad subrogada. Una nueva forma de explotación de la mujer y de tráfico de personas, Madrid, 2015", en <http://www.womenworldplatform.com/files/20150610084815-v-alquiler impresion.pdf>).
- QUIÑONES ESCÁMEZ, A., "Doble filiación paterna de gemelos nacidos en el extranjero mediante maternidad subrogada. En torno a la RDGRN de 18 de febrero de 2009", *InDret, Revista para el análisis del Derecho*, nº 3, 2009, p.1-42
- RAMÓN FERNÁNDEZ, F., "La protección del menor en los casos de gestación por sustitución: análisis de diversos supuestos prácticos", *Revista sobre la infancia y la adolescencia*, nº 6, 2014, p. 38-50.
- RIVARA DÁVILA, G. RIVARA DÁVILA, P., "Contacto piel a piel inmediato: efecto sobre el estado de ansiedad y depresión materna posparto y sobre la adaptabilidad neonatal hacia la lactancia materna precoz", *Revista Peruana de Pediatría*, vol 60, nº 3, 2007, p. 140-150.
- RIVERO HERNÁNDEZ, F., ¿Mater semper certa est? Problemas de la determinación de la maternidad en el ordenamiento español", *Anuario de derecho Civil*, vol 50, nº 1, 1997, p.5-96.
- El interés del menor, Madrid, Dykinson, 2007.
- ROCA-TRÍAS, E., "La incidencia de la inseminación-fecundación artificial en los derechos fundamentales y su protección jurídica", en *La filiación a finales del siglo XX. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana*. Trivium.1989.

- ROMEO CASABONA, C.M., *El Derecho y la Bioética ante los límites de la vida humana*, Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, 1994.
- SALVADOR GUTIÉRREZ, S., “Reconocimiento registral de la determinación en el extranjero de doble filiación paterna mediante técnicas de gestación por sustitución”, *Boletín Derecho de Familia*, n.º 126, Madrid, 2012, págs. 4 a 6.
- SANCHEZ ARISTI, R., “La Gestacion por Sustitucion: Dilemas Eticos y Juridicos”, *Humanitas Humanidades Médicas*, nº 49, 2010, p.13-38.
- SANTOS BELANDRO, R., “La maternidad subrogada consumada en el extranjero. Eficacia extraterritorial de las decisiones judiciales y/o administrativas y de la circulación internacional de los documentos relacionados con ella”, en *Suplemento de Derecho Internacional Privado y de la Integración*, del 25 de noviembre de 2011, 65; en: elDial.com.
- SAUSSURE, F., *El Curso de lingüística general*, Payot, Barcelona 1995.
- SCOTTI, L. B. “El reconocimiento extraterritorial de la “maternidad subrogada”: una realidad colmada de interrogantes sin respuestas jurídicas”, *UBA. Revista de la Facultad de Derecho*, Nº. 38, 2015, p. 213-249.
- SELMA PENALVA, A., “Los nuevos retos de la prestación por maternidad ante los avances médicos en materia de reproducción asistida” *Revista Bioderecho.es*, Vol. 1, nº. 1, 2014, p.1-12, (recuperado el 30 de agosto de 2015 de <http://revistas.um.es/bioderecho/article/view/209451/167321>).
- SERNA MEROÑO, E., “Las técnicas de reproducción humana asistida: limitaciones para su práctica.” *Derecho Privado y Constitución*, nº 26, 2012, p. 273-307.
- SLOTERDIJK, P., *Normas para el Parque Humano. Una respuesta a la Carta sobre el Humanismo* (1999), Madrid, Siruela 2000.
- SOUTO GALVAN, B., “Aproximación al estudio de la gestación de sustitución desde la perspectiva del Bioderecho” *Foro, Nueva época*, nº 1, 2005, p. 275-292.
- “Dilemas éticos sobre la reproducción humana. La gestación de sustitución.” *Feminismo/s*, nº8, 2006, p. 181-195.
- TALAVERA, P., *Filosofía del Derecho*, PUV, Valencia, 2015.

- “El derecho europeo ante el matrimonio y las uniones de hecho de personas del mismo sexo” IUS, Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A.C, nº 20, 2007, p. 6-25.
- TRIMMINGS, K. y BEAUMONT.P “General Report of Surrogacy” en Trimming, K. y Beaumont.P (eds.) Internacional Surrogacy Arrangements. Hart Publishing, Reino Unido, 2013.
- TUBERT, S., Mujeres sin sombra. Maternidad y Tecnología, Madrid, Siglo XXI de España, 1991.
- VATTIMO, G., El fin de la modernidad, Nihilismo y hermenéutica en la cultura posmoderna, Gedisa, Barcelona 1987, p. 25.
- VELA SÁNCHEZ A.J., “El derecho del adoptado a conocer sus orígenes biológicos.” Diario La Ley, nº 7526, 2010, p. 1-18.
- “Propuesta de regulación del convenio de gestación por sustitución o de maternidad subrogada en España. El recurso a las madres de alquiler: a propósito de la Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010”, Diario La Ley, nº 7621, 2011.
- “Problemas prácticos del convenio de gestación por sustitución o de maternidad subrogada en nuestro ordenamiento jurídico”, Revista de Derecho de Familia, núm. 53, 2011, p.67-86.
- La maternidad subrogada. Estudio ante un reto normativo, Granada, Comares, 2012.
- “La gestación por encargo desde el análisis económico del derecho. Medidas anticrisis desde el Derecho de Familia”. Diario La Ley, Sección doctrina, nº 8055, 2013, p. 1-9.
- “El interés superior del menor como fundamento de la inscripción de la filiación derivada del convenio de gestación por encargo”, Diario La Ley, nº 8162, 2013, p. 1-14.
- “Los hijos nacidos de convenio de gestación por sustitución no pueden ser inscritos en el registro civil español. A propósito de la sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014”, Diario La Ley, nº 8279, 2014, p. 1-14.
- “Soluciones prácticas para la eficacia en España de un convenio de gestación por encargo. De nuevo a propósito de la STS de 6 de febrero de 2014”, Diario La Ley, nº 8309, 2014, p. 1-14.

- “Los hijos nacidos de convenio de gestación por sustitución “puede” ser inscritos en el registro civil español A propósito de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 26 de junio de 2014”, Diario La Ley, nº 8415, 2014, p.1-14.
- “Comentario a la iniciativa legislativa popular para la regulación de la gestación por subrogación en España” Diario La Ley, nº 8457, 2015, p. 1-15.
- “Erre que erre, el Tribunal Supremo niega la inscripción de la filiación de los hijos nacidos de convenio de gestación por sustitución. A propósito del Auto del Tribunal Supremo de 2 de febrero de 2015”. Diario La Ley, nº 8600, 2015, p. 1-12.
- Gestación por encargo. Tratamiento judicial y soluciones prácticas. La cuestión jurídica de las madres de alquiler. Reus. Madrid. 2015.
- VELARDE D'AMIL, Yvette. “Comentario a la sentencia de la audiencia provincial de Valencia, núm. 949/2011 826 23-11/2011: No inscripción en el registro civil de los menores nacidos mediante gestación por sustitución”, Revista sobre la infancia y la adolescencia, nº. 3, 2012, p. 61-70, en: <http://ojs.upv.es/index.php/reinad/article/view/1298>
- VERDERA IZQUIERDO, B., “Anotaciones a Diario La Ley de Reproducción Asistida”, Actualidad civil, nº 10, 2007, p. 1109-1124.
- VIDAL MARTÍNEZ, J., Las nuevas formas de reproducción humana, Estudio desde la perspectiva del derecho civil español, Madrid, Civitas, 1988.
- “Acerca del derecho de la persona humana a contraer matrimonio y a fundar una familia desde la perspectiva del ordenamiento jurídico español”, Revista general de derecho, nº 631, 1997, p. 3505-3526.
- “La regulación de la reproducción humana asistida en el derecho español” en VIDAL MARTÍNEZ, J. (Coord.), Derechos reproductivos y técnicas de reproducción asistida, Granada, Comares, 1998.
- “El principio de precaución, biotecnología y derechos inherentes a la persona”, en ROMEO CASABONA, C. (Ed.), Principio de precaución, Biotecnología y Derecho, Granada, Comares, 2004.
- “Derechos inherentes en la reproducción asistida” en Derecho, historia y universidades: estudios dedicados a Mariano Peset, vol I, Valencia, Universidad de Valencia, 2007.

- “Acerca de la Sentencia del Tribunal Europeo de derechos Humanos. Caso S. H. y Otros contra Austria. TEDH 2010/56 de 1 de abril, en materia de reproducción humana asistida y su incidencia en el panorama legislativo europeo.” Revista de derecho y genoma humano, nº 34, 2011, p. 155-201.
- “Acerca del derecho a la protección de la salud en relación con los avances en biomedicina desde la perspectiva del derecho español” Actualidad Jurídica Iberoamericana, nº 2, 2015, p. 1-42.
- VILAR GONZÁLEZ, S., “Situación actual de la gestación por sustitución”, Revista de Derecho UNED, núm. 14, 2014.
- WILKINSON, S., “The exploitation argument against commercial surrogacy”, Bioethics nº 17 (2), 2003, p. 169- 187
- ZABALA, G. y SCHIRO, MV., “La maternidad subrogada y el mediatización del ser humano”, Investigación y Docencia, nº 38, 2005, p.141-150. En http://www.centrodefilosofia.org.ar/lyD/iyd38_9.pdf
- ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, L., Procreación asistida y derechos fundamentales. Madrid, Técnos, 1988.
- ZEGERS-HOCHSCHILD, F., ADAMSON, G.D., DE MOUZON, J. et altri Glosario de terminología en Técnicas de Reproducción Asistida (TRA). Versión revisada y preparada por el International Committee for Monitoring Assisted Reproductive Technology (ICMART) y la Organización Mundial de la salud OMS, en http://www.who.int/reproductivehealth/publications/infertility/art_terminology2/es.

ANEXOS