

Construyendo un diálogo: Gestación por sustitución

Resumen:

Los vientres de alquiler y la gestación por sustitución son lo mismo, y no lo son. Son las voces de distintos interlocutores definiendo un mismo objeto. Por medio del estudio del interés superior del menor, de los derechos humanos de la mujer y de los nuevos moldes de la filiación, este trabajo pretende descubrir espacios para el diálogo en la órbita de este fenómeno; en el que confluyen legítimos intereses de padres y madres de intención e irrenunciables derechos de menores y madres gestantes. Un convencimiento férreo domina el texto: el paradigma que representa el conocimiento de objetos ha de ser sustituido por el paradigma del entendimiento entre sujetos capaces de lenguaje y acción.

ÍNDICE

CONSTRUYENDO UN DIÁLOGO: GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN.

1 UNA INTRODUCCIÓN NECESARIA

- 1.1 *ACLARACIONES CONCEPTUALES Y TERMINOLÓGICAS PREVIAS*
- 1.2 *PRÁCTICA DE LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN*
- 1.3 *¿QUÉ DICE EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL?*
 - 1.3.1 *LA LEY. NULIDAD DE PLENO DERECHO*
 - 1.3.2 *LAS CIGÜEÑAS QUE LLEGAN. DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO.*
 - 1.3.3 *EN DEFINITIVA, ¿ALGUIEN PUEDE ACLARAR DÓNDE ESTAMOS?*
 - 1.3.4 *NOTICIAS DE ÚLTIMA HORA: FOULON ET BOUVET C. FRANCE*
- 1.4 *ACTIVIDAD PARLAMENTARIA RECIENTE*

2 EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR

- 2.1 *UN ANÁLISIS MATERIAL. UNA CUESTIÓN DE DERECHO*
- 2.2 *CONSECUENCIAS DISCRIMINATORIAS DEL NO RECONOCIMIENTO*

3 DERECHOS FUNDAMENTALES Y HUMANOS DE LAS MUJERES

- 3.1 *DIGNIDAD Y LIBERTAD DE DECISIÓN*
- 3.2 *LA EXPLOTACIÓN. UNA PERSPECTIVA MUY REAL*
- 3.3 *ARTICULAR LA LIBERTAD Y LA DIGNIDAD EN EL MARCO CONTRACTUAL*
- 3.4 *BREVE APUNTE SOBRE (IN)FERTILIDAD*

4 LA AUTONOMÍA DE LA FILIACIÓN DERIVADA DE LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA. LA IMPORTANCIA CONSTITUTIVA DEL ELEMENTO VOLITIVO

- 4.1 *LA FILIACIÓN POR NATURALEZA NO LO PUEDE TODO*
 - 4.1.1 *AVANCE DE LA CIENCIA*
 - 4.1.2 *NUEVOS MODELOS DE FAMILIA*
- 4.2 *GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN ¿MATER SEMPER CERTA EST?*
- 4.3 *¿POR QUÉ NO ES POSIBLE CONSIDERAR LA VOLUNTAD COMO TÍTULO DE FILIACIÓN?*

5 CONSIDERACIONES FINALES.

1 UNA INTRODUCCIÓN NECESARIA

No es el fin de este trabajo hacer un mapa exhaustivo de la situación actual de la gestación por sustitución, por ello, este primer capítulo contiene una sucinta explicación de los aspectos que se entienden necesarios para el posterior desarrollo y comprensión del cuerpo central de la investigación; ahora bien, dicha escapatoria se ha tratado de complementar con generosas notas bibliográficas con destino a otras investigaciones que tratan cada asunto en profundidad.

Si bien, no se trata únicamente de una introducción que ayuda a la comprensión del texto que está por venir, también trata de recoger los caracteres tan complejos que aúna la gestación por sustitución, y con ello colaborar en la justificación de la metodología del trabajo, que bucea buscando espacios para el diálogo.

Como podrán comprobar, la investigación recopila excelentes y actuales trabajos en la materia a los que no se pretende añadir ni una coma, sino simplemente ponerlos en relación al partir de diferentes ópticas aunque, en mayor o menor medida, todos versen sobre la gestación por sustitución. A lo sumo, como aconseja Eco, el trabajo quiere ser un «enano a hombros de gigantes»¹.

1.1 ACLARACIONES CONCEPTUALES Y TERMINOLÓGICAS PREVIAS

En lengua castellana son múltiples los términos con los que habitualmente se hace referencia a la 'gestación por sustitución' que recoge la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida en su artículo 10; 'maternidad subrogada', 'gestación subrogada' o 'vientres de alquiler' son también habituales. Diferentes modos de nombrar el mismo hecho, pero que cada uno esconde una valoración del mismo². Entonces, ¿qué entendemos por gestación por sustitución?

Desde un punto de vista técnico – lo cual no implica neutralidad – LAMM nos dice que la gestación por sustitución es una forma de reproducción asistida, por medio de la cual una persona, denominada gestante, acuerda con otra persona, o con una pareja, denominadas comitente, gestar un embrión con el fin de que la persona nacida tenga vínculos jurídicos de filiación con la parte comitente³.

La definición nos habla de un acuerdo (contrato, gratuito u oneroso), por el que un sujeto (gestante) se obliga frente a otro (comitente) a gestar y llevar a término a un embrión, cuya filiación será determinada en favor del comitente.

Analizando los sujetos a los que se refiere el contrato; la persona gestante es, en todo caso, una mujer – ya que son las únicas con capacidad para gestar –, por lo que consideramos más apropiado hablar de mujer gestante; en cuanto al comitente o comitentes, en efecto, puede tratarse tanto de una persona como de una pareja, sea ésta homosexual o heterosexual⁴; y por último, el embrión fecundado y gestado para ser llevado a término, si bien, no podemos hablar de sujeto con personalidad propiamente hasta su determinación como persona al nacer, de acuerdo con nuestras normas civiles.

No podemos obviar que tanto la mujer gestante como los comitentes, están dentro de los conceptos de maternidad y paternidad. En efecto, la gestación por sustitución disocia la

1 Eco, 2000, p.35.

2 González Suárez, 2015, p. 46.

3 Lamm, 2013, p. 24.

4 Debe precisarse que este trabajo adolece de una pequeña trampa, y es que tan solo aborda este asunto desde la perspectiva de las familias biparentales, y deja a un lado consideraciones específicas sobre familias monoparentales o, quién sabe, multiparentales, que también son de gran interés.

maternidad en tres posibilidades: genética, gestante y social; y la paternidad en otras dos: genética y social. Y es que muchas de las denominaciones que se les dan a estos sujetos del contrato remarcan estas funciones, hablando de madres gestantes o subrogadas (*surrogate mother*) y de padres y madres de intención (*intended parents*). Por lo general recogeremos esta terminología ya que entendemos la maternidad y la paternidad como un todo, y no consideramos que haya una única maternidad y paternidad “verdaderas”, sino que ambas partes ejercen o pretenden ejercer formas de maternidad lícitas y reconocibles desde un punto de vista ético. BEESON Y DARNOVSKY apuntan a que algunos términos como ‘birth mother’ y ‘gestational mother’, hacen patente el aspecto maternal del rol de la mujer, mientras otros como ‘gestational carrier’, hacen su maternidad e incluso personalidad menos visible⁵.

Si focalizamos en el modo en el que se genera el embrión gestación por sustitución suele dividirse en dos modalidades; por un lado, la plena o total (*traditional surrogacy*), en la que la madre gestante es también madre genética aportando sus propios óvulos para que sean fecundados por el espermatozoides del padre de intención – o de un donante anónimo –, por lo que en este caso es suficiente la inseminación artificial; por otro lado, la modalidad parcial (*gestational surrogacy*), en la cual la madre gestante no aporta sus óvulos, sino que lo hace o bien la madre de intención, o bien una donante anónima, y el espermatozoides es igualmente aportado por el padre comitente o por un donante. En este último caso la fecundación ha de realizarse mediante fecundación in vitro para proceder después a la transferencia del embrión (normalmente embriones) generado al útero de la madre gestante. Ahora bien, aunque todas estas posibilidades sean posibles no todos los ordenamientos las admiten por igual, es habitual que no sea posible que la madre gestante aporte sus propios gametos, así como que ninguno de los comitentes aporte sus gametos.

Para examinar la utilización de distintos términos en la doctrina, se ha considerado oportuno realizar una modesta medición en *Dialnet*, el mayor portal de contenidos científicos en lengua hispana, que arroja los siguientes resultados entre los años 2006 y 2016 (hasta el 1 de octubre): el término más utilizado en el título de los artículos de revista, libros, artículos de libros y tesis doctorales es “gestación por sustitución” (95), seguido de “maternidad subrogada” (56), “gestación subrogada” (15) y “vientres de alquiler” (8). Aunque bien es cierto que la tendencia parece caminar hacia una utilización casi equitativa entre “gestación por sustitución” y “maternidad subrogada” puesto que durante el año 2015 su uso es prácticamente igualitario (23 y 20, respectivamente). Y otro dato que parece consolidado es que las publicaciones científicas en este ámbito en habla hispana han crecido de forma exponencial como se observa de la comparativa global de los años 2006 (3), 2011 (19) y 2015 (47).

Respetando el debate y en pos del objetivo de diálogo que persigue el trabajo, no habrá una aplicación escrupulosa de unos términos en concreto; se ha optado por utilizar de forma general “gestación por sustitución” por ser el término al que se refiere tanto la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida – para declarar su prohibición, por cierto –, como el Tribunal Supremo. Pero como veremos, en el capítulo tercero hablaremos de “maternidad subrogada”, “madre gestante” o “vientres de alquiler”, entre otros términos, porque consideramos que despojar a los sujetos intervinientes en el diálogo de sus propias proposiciones lingüísticas, equivale a arrebatarles su propia voz.

1.2 PRÁCTICA DE LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN

Veremos que la gestación por sustitución se sucede tanto en el ámbito estatal, cuando la técnica está permitida por el respectivo ordenamiento jurídico, como en el ámbito internacional, cuando padres y madres de intención acuden a países que permiten la realización de esta práctica a ciudadanos extranjeros. En marzo de 2012, la Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado elaboró un informe en el que estimaba un crecimiento cercano al 1000% en la gestación por sustitución internacional entre los años 2006 y 2010⁶.

⁵ Beeson y Darnovsky, 2014, p. 24.

⁶ Conferencia de La Haya. (2012) *A Preliminary Report on the Issues Arising from International Surrogacy Arrangements*. Disponible en: www.hcch.net/upload/wop/gap2012pd10en.pdf

En el plano internacional, este fenómeno es conocido habitualmente como “Turismo Reproductivo”; lo cual implica que ciudadanos de países en los que se prohíben unas u otras THRA, acuden a países en los que sí están legalizadas dichas prácticas para realizarlas. Si bien, la European Society of Human Reproduction and Embryology (ESHRE) se ha mostrado especialmente crítica con la utilización del término “turismo” en estos casos, por considerar que banaliza las causas por las que los individuos acceden a dichas técnicas, en su lugar ha optado por una expresión más neutra “Cross–border reproductive care” (asistencia reproductiva transfronteriza).

Quizás no resulte apropiado hablar de turismo reproductivo, pero sí desde luego de industria reproductiva. Solo el negocio en torno a la gestación por sustitución se considera que mueve entre uno y dos billones de dólares anuales, donde los beneficios para los intermediarios son *enormes*; hablamos de que EEUU dispone de más de 400 clínicas, o las 3.000 que operan en India según su Consejo de Investigación Médica⁷. Esta industria se ha establecido especialmente en los países que han regulado la gestación por sustitución internacional en su modalidad comercial, aunque también en otros países en los que no está expresamente prohibido, Camboya por ejemplo, es el último destino de esta industria ante las prohibiciones recientes en otros países asiáticos⁸.

En efecto, la gestación por sustitución internacional en su modalidad comercial ha sido fuente de violaciones de derechos humanos, con especial crudeza en los países pobres en los que los controles estatales resultaban prácticamente nulos⁹. La India, que ya había resuelto a finales de 2015 prohibir el acceso a la maternidad subrogada por parte de ciudadanos extranjeros, ahora no solo cierra sus puertas a la gestación por sustitución internacional, sino también a la modalidad comercial con “The Surrogacy (Regulation) Bill” aprobado el presente año 2016¹⁰. A esta tendencia se han sumado Nepal y Tailandia en 2015¹¹, prohibiendo y castigando la práctica internacional y comercial – anteriormente no había regulación al respecto pero la industria aprovechaba dicha situación para operar en dichos países –, y también México durante este mismo año¹², que lo permitía en los Estados de Sinaloa y Tabasco, si bien este último ya había procedido a su prohibición un año antes.

La tendencia contraria la encontramos en Grecia¹³, que admite ahora que ciudadanos extranjeros acudan a esta técnica, si bien tan solo en la modalidad altruista; sobre la reciente aprobación por parte de Portugal hablaremos más adelante y otros dos países parte del Consejo de Europa admiten la gestación por sustitución comercial, Rusia y Ucrania.

El mundo anglosajón nos presenta dos ejemplos antitéticos de regulación; por un lado, algunos de los Estados de EEUU (Nevada, California –pionera–, Texas, Arkansas, Illinois, Virginia, Florida, New Hampshire, Delaware, Nueva Jersey, Tennessee, Utah y Washington) admiten la gestación por sustitución en su modalidad comercial e internacional; por otro lado, el Reino Unido¹⁴, reguló en 1985 esta práctica pero en su modalidad altruista y cuenta con una de las regulaciones más estrictas del mundo. Mientras que en EEUU la práctica está dominada por un contrato entre

7 Beeson y Darnovsky, 2014, p. 18.

8 Lamm, 2016, p. 67.

9 Puede consultarse al respecto el trabajo realizado por la Conferencia de La Haya: Some of the serious human, including child, rights issues which have arisen (again) in ISA cases in 2014 (Anexx II of the “The Parentage / Surrogacy Project: an updating note”). Disponible en: <https://assets.hcch.net/docs/82d31f31-294f-47fe-9166-4d9315031737.pdf>

10 <http://indianexpress.com/article/india/india-news-india/surrogacy-bill-2016-sushma-swaraj-slams-celebrities-for-misusing-practice/>

11 <http://www.elmundo.es/internacional/2015/02/20/54e71ac722601d981f8b456c.html>

12 http://internacional.elpais.com/internacional/2016/04/27/mexico/1461789635_049689.html

13 Muy interesante el documental “The cost of a child”, de Wild Angle Productions (Abril 2016) que describe las prácticas comerciales que han comenzado a practicarse en Grecia a causa de la apertura de la gestación por sustitución a ciudadanos extranjeros <https://youtu.be/0kUhUtlg4sM>

14 Para ampliar acerca de la aplicación de la ley en Reino Unido recomendamos consultar: Horsey, 2016, que examina la resolución de distintos casos por los tribunales los últimos años; Horsey y otros, 2015, que analiza la aplicación de la legislación actual como parte del *Group on Surrogacy Law Reform*.

partes, en el que domina la 'libre voluntad' para la redacción de los términos y condiciones contractuales, en Reino Unido la madre gestante no puede entregar al hijo hasta pasadas seis semanas desde el parto, y tampoco puede ser obligada a ello, y los pagos realizados a misma como compensación de gastos están absolutamente controlados para evitar el encubrimiento de ánimo de lucro.

A nivel continental el Parlamento Europeo también se ha pronunciado acerca de la gestación por sustitución en su último Informe anual sobre los derechos humanos y la democracia en el mundo (2014) y política de la UE al respecto¹⁵, manifestó en su observación general número 115 que condena la práctica de la gestación por sustitución por ser *contraria a la dignidad humana de la mujer, ya que su cuerpo y sus funciones reproductivas se utilizan como una materia prima*. Estimando que esta práctica debe ser prohibida por implicar *la explotación de las funciones reproductivas y la utilización del cuerpo con fines financieros o de otro tipo, en particular en el caso de las mujeres vulnerables en los países en desarrollo*, pidiendo también que se examine con carácter de urgencia en el marco de los instrumentos de derechos humanos. En el Consejo de Europa el asunto está siendo abordado desde el Comité de Asuntos Sociales, de Salud y Desarrollo Sostenible; durante septiembre de 2016 votaron por segunda vez en contra de una propuesta de resolución sobre la gestación por sustitución, pero durante el mismo mes, impulsado por las recientes sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) y los trabajos en la Conferencia de La Haya, se ha aprobado el borrador de resolución "*European guidelines to safeguard children's rights in relation to surrogacy arrangements*", en protección del interés de los menores, que será votado en pleno en el mes de octubre¹⁶.

Ante las dificultades planteadas en el informe de la Conferencia de la Haya de 2012 antes mencionado, éste se ocupó sobre los principales problemas que plantean estos contratos y elaboró una propuesta, que se considera de gran interés, de adopción de un instrumento internacional que permita el establecimiento de un marco de cooperación entre autoridades (semejante Convenio de La Haya 29 de mayo de 1993 relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional), que favorecería el reconocimiento de las filiaciones válidamente determinadas en un país que admita esta forma de gestación por sustitución, en otro país cuyo ordenamiento prohíba esta práctica¹⁷ y que, al mismo tiempo, ayudase a garantizar los derechos humanos de los niños de acuerdo con la Convención de los Derechos del Niño, 20 de noviembre de 1989.

Ahora bien, el interés de un instrumento tal, choca con los desalentadores resultados arrojados por la reunión de expertos convocados en el seno de la Conferencia de La Haya el pasado mes de febrero: *The Group determined that, owing to the complexity of the subject and the diversity of approaches by States to these matters, definitive conclusions could not be reached at the meeting as to the feasibility of a possible work product in this area and its type or scope*¹⁸. Si bien consideran oportuno continuar con los esfuerzos priorizando en el reconocimiento de las decisiones válidamente adoptadas por otros países.

15 Resolución del Parlamento Europeo, de 17 de diciembre de 2015, sobre el Informe anual sobre los derechos humanos y la democracia en el mundo (2014) y la política de la Unión Europea al respecto (2015/2229(INI)).

16 <http://ecpm.info/news/coe-surrogacy-resolution-rejected-again>

17 Vilar González, 2014, p. 926.

18 Conferencia de La Haya (2016) *Report of the February 2016 Meeting of the Experts' Group on Parentage / Surrogacy*. Disponible en: <https://assets.hcch.net/docs/f92c95b5-4364-4461-bb04-2382e3c0d50d.pdf>

1.3 ¿QUÉ DICE EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL?¹⁹

1.3.1 LA LEY. NULIDAD DE PLENO DERECHO

La única referencia a la gestación por sustitución en la normativa española, la encontramos en el artículo 10 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida (LTRHA), que dice así:

Artículo 10 Gestación por sustitución

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.

Este artículo proclama la nulidad de pleno derecho de los contratos de gestación por sustitución, y además es considerada como infracción muy grave la práctica de cualquier técnica no admitida por la propia ley (art. 26. 2. c. 2^a). Consagra en su apartado segundo el principio *mater semper certa est*, por el cual la filiación es siempre determinada por el parto y, finalmente, recoge la posibilidad de reclamar la paternidad del padre biológico conforme a las normas del Código Civil.

El Código Penal no tipifica la gestación por sustitución, si bien, castiga en sus artículos 220 y 221 conductas que bien pudieran derivarse de la realización de estos acuerdos, tales como la suposición de parto, la ocultación o entrega a terceros de un hijo para modificar su filiación, así como la entrega de un hijo, descendiente o cualquier menor mediando contraprestación económica.

En un sentido o en otro, hemos visto que son muchos los países que están adoptando cambios en sus legislaciones al respecto de la gestación por sustitución, España, en cambio, ante el desinterés en las anteriores legislaturas y el bloqueo actual, no ha movido ficha y el art. 10 LTRHA continúa siendo el único apartado en el marco legal que se refiere a esta realidad, a pesar de que su incidencia en el ordenamiento jurídico es mucho más amplia.

1.3.2 LAS CIGÜEÑAS QUE LLEGAN. DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

Para comprender el tratamiento de nuestro ordenamiento jurídico de la figura de la gestación por sustitución, más allá de la prohibición legal que acabamos de comentar, es necesario conocer cómo se han enfrentado nuestros tribunales, y otras instituciones del Estado, a este fenómeno real cuando ha colisionado con nuestro orden jurídico. En este sentido, es obligatorio exponer el caso paradigma de nuestro país respecto de la recepción de la gestación por sustitución internacional; *uno de los casos que más debate ha suscitado en la doctrina española en los últimos tiempos*, según DURÁN AYAGO²⁰.

El caso al que nos referimos arrastra tras de sí una ya larga historia que, aparentemente, aún no ha llegado a su fin²¹. La andadura del caso en lo que respecta a España comienza el 7 de noviembre de 2008 cuando dos cónyuges de sexo masculino solicitan la inscripción del nacimiento de dos niños como hijos de ambos ante el Registro consular de España en California, de acuerdo con el certificado de nacimiento expedido por el Estado de California en el que ambos constaban como los padres legales del menor. Cuatro días más tarde, dicha inscripción es denegada y dicha

19 Debe advertirse que en esta primera instancia se realizará un análisis más formal del contenido jurídico que se recoge, puesto que los argumentos materiales serán tratados de forma más exhaustiva en los siguientes capítulos.

20 Durán Ayago, 2012, p. 268. También se puede constatar este debate en las cifras de publicaciones que hemos aportado en el párrafo primero de este capítulo.

21 El abogado del caso manifestó que se ha presentado recurso de amparo ante el TC en una entrevista de junio 2015: <http://www.babygest.es/entrevista-a-manuel-mata-abogado-del-caso-cero-de-gestacion-subrogada/>

resolución es recurrida ante la Dirección General de los Registros. La **Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 18 de enero de 2009**²² estima el recurso e inscribe a los dos niños como hijos de R y C, aduciendo que la certificación registral californiana en la que consta dicha filiación podía operar como título para la inscripción en el Registro Civil, sin que fuese necesaria sentencia judicial extranjera sobre la misma, y declarando que el orden público internacional español no impedía los efectos jurídicos de la filiación californiana.

La resolución de la DGRN fue impugnada en sede judicial por el Ministerio Fiscal, así el Juzgado de Primera Instancia n.º 15 de Valencia declaró nula la misma en su sentencia de 15 de septiembre de 2010, decisión **confirmada por la Audiencia Provincial de Valencia en su sentencia de 23 de noviembre de 2011**²³. Dichos tribunales entendieron que era de aplicación el art. 10 de la LTRHA, lo que declaraba nulo el contrato de gestación y, por ende, la certificación californiana no podía surtir efectos en España; es decir, la AP de Valencia entendió que la filiación de estos menores debía determinarse con arreglo al Derecho sustantivo español (art. 10 LTRHA). Una solución *legeforista* del Derecho que fue invalidada por el propio TS más tarde²⁴.

Al margen del caso, con anterioridad al pronunciamiento de la AP de Valencia, la DRGN se pronunció por medio de la **Instrucción de 5 de octubre de 2010 sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución**²⁵, a través de la cual se pretendían fijar las directrices por las que los Encargados del Registro Civil resolviesen las solicitudes de inscripción de nacimiento de los menores nacidos mediante dicha técnica. Fundamentalmente, la solución propuesta por la Instrucción consistía en la exigencia de resolución judicial extranjera dictada por Tribunal competente en la que se determine la filiación del nacido, y aclara posteriormente que no será posible en ningún caso la admisión *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*. Dicha resolución debe obtener el *exequatur* en España, ya sea por medio de los convenios internacionales vigentes, o (a día de hoy) según el procedimiento contemplado en la reciente Ley 29/2015 de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil, arts. 52 a 55, que derogó la emérita Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881. Si bien, también cabe el reconocimiento incidental si la resolución extranjera tuviera su origen en un procedimiento análogo a uno español de jurisdicción voluntaria, en cuyo caso el encargado del Registro Civil deberá controlar determinados aspectos²⁶ de la resolución, para garantizar la autenticidad, competencia y firmeza de la decisión junto al interés superior del menor y los derechos de la madre gestante.

22 RDGRN de 18 de febrero 2009. Puede consultarse en:

<http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/1292338959779?blobheader=application>

[%2Fpdf&blobheadername1=Content-](#)

[Disposition&blobheadername2=ResolucionDGRN&blobheadervalue1=attachment%3B+filename](#)

[%3DResoluciones_de_07-01-2009_a_28-02-2009.PDF&blobheadervalue2=1288774538248](#), pp. 372 y ss.

23 Es relevante esta fecha por ser posterior a la Instrucción DGRN de 5 de octubre de 2010 que comentaremos a continuación.

24 STS 6 de febrero de 2014, aunque (*spoiler*) también denegó los efectos jurídicos de la inscripción.

25 BOE n.º 243, de 7 de octubre de 2010.

26 Instrucción DGRN 5 de octubre de 2010: *Primera.- 3. (...) En dicho control incidental deberá constatar: a) La regularidad y autenticidad formal de la resolución judicial extranjera y de cualesquiera otros documentos que se hubieran presentado. b) Que el Tribunal de origen 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.*

A pesar de la polémica²⁷, la Instrucción tuvo un impacto muy positivo permitiendo regularizar e inscribir en el Registro Civil español la situación de niños nacidos en el extranjero por gestación por sustitución, y sigue en *perfecto estado de vigencia* según CALVO CARAVACA Y CARRASCOSA GONZÁLEZ²⁸ a pesar de la sentencia del TS de 6 de febrero de 2014 que comentaremos a continuación; frente al criterio de LAMM²⁹, que indica que la consecuencia inmediata de la STS fue paralizar las inscripciones que se venían realizando al amparo de la Instrucción de la DGRN. Volveremos enseguida sobre esto para aclarar definitivamente cuál entendemos que es la situación actual respecto del reconocimiento de filiaciones derivadas de nacimientos en el extranjero por medio de la gestación por sustitución.

Y en mitad de esta tormenta, volviendo al *íter* procesal del caso, llega la **Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014**³⁰ para dar un sonoro golpe sobre la mesa. Delibera el TS sobre si la decisión del Registro Civil de California (autoridad administrativa) que inscribe el nacimiento de los menores y su filiación de acuerdo a la legislación de California, puede ser reconocida y desplegar los efectos que pretende en España. Desde el punto de vista del Derecho Internacional Privado, el TS rechaza la tesis de la Instrucción DGRN 5 de octubre 2010, la cual defendía que la filiación quedase fijada por resolución judicial extranjera, *puesto que no estamos ante un “hecho” que haya de ser objeto por primera vez de una decisión de autoridad en España*, existe ya una decisión de autoridad, con lo que la cuestión a resolver es si la misma *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* (FD Tercero). Y así lo entiende con referencia a los arts. 81 y 85 del Reglamento del RC³¹ y 23 de la Ley del RC³², que establecen la necesidad de discutir si la certificación extranjera cumple con los requisitos de regularidad y autenticidad, realidad del hecho inscrito y legalidad conforme a la Ley española; esto es, de control del contenido de la decisión cuando es contraria al Orden Público (OP) internacional español.

Ahora bien, al realizar el control de legalidad de la decisión extranjera, el voto mayoritario del TS considera que la misma vulnera el OP internacional español; el tribunal realiza un acercamiento abstracto a la gestación por sustitución en los puntos quinto y sexto del Fundamento Jurídico tercero en relación a los derechos fundamentales de la persona, y se afirma que dicha técnica provoca la *mercantilización* de la gestación y la filiación, así como la *cosificación* de la mujer gestante y del niño³³; consecuencia de ello, entiende el tribunal, la nulidad contenida en el art. 10 LTRHA integra el OP internacional español, lo que impide reconocer la decisión de la autoridad californiana³⁴. Es decir, aun defendiendo el TS la posibilidad de trasladar los efectos la filiación de

27 Calvo Caravaca y Carrascosa González, 2011, p. 248; *Debe subrayarse que la Instrucción citada no ha calmado la tormenta. Todo lo contrario. La Instrucción ha dado más alas a la tempestad científica sobre la cuestión*

28 Calvo Caravaca y Carrascosa González, 2015, pp. 59 y 60; (...) *En primer lugar, por una razón estrictamente formal. Debe recordarse que una sola sentencia del TS no crea jurisprudencia, por lo que no existe jurisprudencia que pueda ser empleada como “complemento” del sistema legal. Debe igualmente recordarse que los tribunales no pueden derogar normas legales salvo en los casos expresamente contemplados en el ordenamiento jurídico y no es el caso, naturalmente. Compete al legislador el cambio normativo, las derogaciones y la elaboración de nuevas normas legales.*

En segundo lugar, por una razón procesal, ya que el objeto del proceso en el caso de la STS 6 febrero 2014 no coincide con el objeto que persigue regular la Instrucción DGRN 5 octubre 2010, lo que debe combinarse con el alcance estrictamente singular, ceñido al caso concreto, que presenta toda intervención del orden público internacional. En efecto, la instrucción DGRN 5 octubre 2010 sólo regula el acceso al Registro Civiles español de sentencias y otras resoluciones judiciales en las que consta la filiación de los nacidos tras una gestación por sustitución en el extranjero y no el acceso de dicha filiación cuando ésta consta en documentos registrales. Por ello, la citada Instrucción está “plenamente vigente y 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” (Consulta DGRN 11 julio 2014).

29 Lamm, 2016, p.72.

30 [ROJ: STS 247/2014](#)

31 Decreto de 14 de noviembre de 1958, por el que se aprueba el Reglamento para la aplicación de la Ley del Registro Civil.

32 Ley de 8 de junio de 1957, del Registro Civil

33 Aquí se detiene de forma minuciosa Corbella i Duch, 2014, pp. 4-8.

34 La STS también entiende que no hay discriminación por razón de sexo u orientación sexual, por razón del art. 7.3 LTRHA, y que el interés superior del menor impide igualmente el reconocimiento. Sobre dichos argumentos

los nacidos por medio de gestación por sustitución en el extranjero mediante decisión registral, dicha tesis se vacía de contenido de forma inmediata al realizar un control abstracto de la técnica reproductiva que impide en todo caso el reconocimiento de la filiación establecida por autoridad extranjera por la virtualidad del art. 10 LTRHA como norma de OP internacional español.

El voto particular discrepante formulado por el Magistrado SEIJAS QUINTANA, al que se adhieren tres Magistrados más, discrepa abiertamente: *la vulneración del orden público sólo puede comprobarse caso por caso*. Y sobre este error de forma en el control de legalidad, sostenido en el art. 23 de la Ley del RC, pisan con fuerza CALVO CARAVACA Y CARRASCOSA GONZÁLEZ³⁵, todo ello, aparcando para más adelante la consideración del interés superior del menor que realiza el Tribunal Supremo.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) durante los años 2014 y 2015 ha resuelto tres importantes casos acerca de los efectos jurídicos en un Estado parte del Convenio de Roma (CEDH) de una filiación establecida en otro Estado, cuando el niño ha nacido por medio de la gestación por sustitución. El valor de dicha jurisprudencia del TEDH³⁶ es capital para nuestro ordenamiento jurídico.

Sentencias TEDH de 26 de junio de 2014, caso *Menesson c. Francia* (65192/11) y *Labassee c. Francia* (65941/11). Para entender ambos casos, debe conocerse que se trataba de matrimonios de nacionalidad francesa que acuden a los EEUU para contratar una madre gestante (inseminadas vía fecundación *in vitro* con gametos del marido y un ovulo procedente de una donante); en el caso *Menesson* la gestante da a luz a una niña en Minnesota, mientras que en el caso *Labassee* nacen dos niñas gemelas. De forma paralela, los tribunales de Minnesota y California declaran en sentencia que los matrimonios franceses son los padres legales de las respectivas niñas. Tras instar la inscripción en el RC francés y librar varias contiendas en sedes registrales y judiciales, la más alta instancia francesa, la *Cour de Cassation* rechazó, en base a los arts. 16-7 y 16-9 del Código Civil Francés³⁷, reconocer las sentencias norteamericanas con aplicación del mecanismo de orden público internacional. Al igual que para nuestro TS, el tribunal francés concibió que la técnica de reproducción asistida a la que acudieron los padres intencionales vulneraba el orden público internacional del país y que ello, *per se*, impedía reconocer internamente la filiación determinada por los tribunales americanos en base a sus propias normas, declaraba la existencia de un fraude de ley.

Así las cosas, el Tribunal de Estrasburgo acordó la instrucción simultánea de los casos, resolviendo el 26 de junio de 2014 que la negativa de Francia como Estado parte al reconocimiento de las sentencias americanas que determinaban la filiación de las menores en

materiales ahondaremos más adelante.

35 Calvo Caravaca y Carrascosa González, 2015, pp. 80-81: *Para negar los efectos jurídicos de una decisión extranjera en la que consta una filiación en un caso de gestación por sustitución debido a que tal decisión vulnera el orden público internacional del Estado de destino (= España) no basta afirmar que la gestación por sustitución está radicalmente prohibida en España, sino que debe: (i) realizarse un minucioso examen de las circunstancias del caso concreto, cosa que el TS no realiza en ningún momento; (ii) Quedar claro que la gestación por sustitución ha sido consecuencia de prácticas tales como compraventa del consentimiento de la mujer gestante, que ésta fue obligada a prestar sus servicios debido a intimidación, violencia, o estado de necesidad económico u otras situaciones similares, lo que el TS no acreditó; (iii) verificar que la concesión de efectos legales en España a dicha filiación acreditada en el extranjero vulneraría principios fundamentales del Derecho del Estado de destino (= España), como por ejemplo, el interés del menor o la dignidad de la mujer, lo que, de nuevo, tampoco llevó a cabo el TS.*

36 No podemos olvidar que la jurisprudencia del TEDH es parte de nuestro sistema de fuentes, vía: (1) Integración del Convenio Europeo de Derechos Humanos a partir de su publicación en el BOE impuesta por art. 96.1 de la CE (2) Art. 10.2 de la CE por el cual los derechos y libertades deben interpretarse conforme a los tratados internacionales ratificados en España sobre dichas materias y (3) A tenor del art. 46 de dicho Convenio, el TEDH es el órgano de aplicación e interpretación del mismo.

37 Code Civil. Chapitre II : Du respect du corps humain
Article 16-7: *Toute convention portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d'autrui est nulle.*
Article 16-9: *Les dispositions du présent chapitre sont d'ordre public.*

favor de los padres intencionales, era contrario al art. 8 CEDH³⁸. Entiende el Tribunal que prohibir en sede interna la práctica de la gestación por sustitución es perfectamente válido, ahora bien, dicha opción no puede proyectarse sobre la identidad del niño, parte esencial del respeto por la vida privada de la persona; en el caso concreto, denegar el reconocimiento de la filiación determinada por los tribunales estadounidenses en favor de los padres franceses expone a las menores una situación de incertidumbre jurídica que atenta contra su identidad (la de las menores únicamente). El Estado francés *ha ido más allá de lo que permite el margen de discrecionalidad, violando así lo dispuesto en el art. 8 de la Convención*³⁹. Debe decirse también, que el TEDH no consideró que hubiese infracción al derecho a una vida familiar por el hecho de no reconocer a la filiación de las menores respecto de los padres intencionales, ya que no se les impidió vivir en la sociedad francesa como una familia, de facto.

Sentencia TEDH de 27 de enero de 2015 Paradiso y Campanelli c. Italia (25358/12). Este caso es algo más complejo; un matrimonio italiano acude a una agencia rusa para celebrar un acuerdo de gestación por sustitución, de acuerdo a la ley rusa la fecundación *in vitro* se lleva a cabo con los gametos de dos donantes (no hay relación genética con los padres de intención) y el menor es considerado hijo de los cónyuges italianos. A su regreso a Italia no solo se niega el reconocimiento de la filiación conforme a la ley rusa, también son perseguidos por alteración de estado civil y por incumplir la legislación italiana e internacional sobre adopción. El Tribunal de menores de Campobasso abre un procedimiento de adopción sobre el menor al ser considerado en situación de abandono de acuerdo a la legislación italiana. Con posterioridad en la vía civil, el Tribunal de Apelación de Campobasso confirma la legitimidad de no inscribir *la trascrizione dell'atto di nascita redatto in Russia per contrarietà all'ordine pubblico*⁴⁰, dada por la inexactitud de la información que contiene y por la falta de vinculación genética con los padres intencionales.

El Tribunal de Estrasburgo llegará a la conclusión de que la medida de separación de los menores respecto de los padres intencionales vulnera el derecho a una vida familiar recogido en el art. 8 CEDH por ser desproporcionada y no considerarse necesaria – si bien con el voto disidente de dos de los siete jueces que entendieron que la injerencia de las autoridades italianas estaba prevista por la ley, perseguía un fin legítimo y era necesaria –. Y es que, a pesar de que los comitentes estuvieran tan solo 6 meses a cargo del menor, el TEDH entiende que es suficiente para considerarlos una familia *de facto*. Defiende el tribunal que *“la referencia al orden público no puede convertirse en una carta blanca que justifique cualquier medida, puesto que la obligación de tomar en consideración el interés superior del menor incumbe al Estado, con independencia de la naturaleza del vínculo parental, genético o de otro tipo”* (FD 80)⁴¹. Sin embargo, el TEDH no se pronuncia, por no reclamarse por los comitentes, acerca de la filiación establecida en Rusia y no reconocida en Italia; aunque sí añade que la condena al Estado italiano por dichas medidas que vulneran el art. 8 CEDH, no debe entenderse como una obligación de devolver el menor a los padres, puesto que éste había desarrollado indudables conexiones emocionales con la familia adoptiva desde el año 2013.

Puede decirse que el TEDH afirma con rotundidad que el Derecho Internacional Privado, y su cláusula de orden público internacional, está supeditado igualmente a los valores materiales del resto del ordenamiento jurídico, especialmente a aquellos protegidos por los derechos fundamentales de la persona recogidos por el Convenio de Roma.

38 Artículo 8 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 democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás.*

39 Corbella i Duch, 2014, p. 14.

40 Feraci, 2015, p. 426.

41 Traducción por Farnós Amorós, 2015, p.48., de la versión oficial en francés.

1.3.3 EN DEFINITIVA, ¿ALGUIEN PUEDE ACLARAR DÓNDE ESTAMOS?

En un acto de ingenuidad, podríamos pensar que la contundente jurisprudencia del TEDH serviría para sentar los criterios a aplicar por nuestros tribunales y por los registros civiles; nada más lejos.

Tras las sentencias de *Mennesson* y *Labassee*, la DGRN emitió una circular el 11 de julio de 2014⁴² en la cual se indicó que la Instrucción de 5 de octubre de 2010, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución, está plenamente vigente. La DGRN entiende que el caso tratado en la sentencia del Supremo no afectaba a la Instrucción, puesto que la Resolución de la DGRN de 18 de enero de 2009 anulada por la STS 6 de febrero de 2014, pretendía la transcripción de las certificaciones registrales extranjeras al Registro Civil español – vía arts. 81 y 85 del Reglamento del RC y 23 de la Ley del RC –, mientras que la Instrucción de 5 de octubre de 2010 no regula la transcripción – más bien la prohíbe –, sino lo que establece es la **exigencia de resolución judicial extranjera** dictada por Tribunal competente en la que se determine la filiación del nacido para poder inscribir a los niños nacidos en el extranjero a través del gestación por sustitución en el RC español, como ya hemos señalado al analizar la Instrucción. Es decir, la DGRN entiende que la exigencia de resolución extranjera establecida por su instrucción, no se veía afectada por la sentencia puesto que el caso concreto no trataba el reconocimiento de una resolución judicial, sino de una certificación registral.

Como alternativa a la exigencia de resolución judicial, la DGRN hace referencia en su circular a la vía que abrió la STS 6 de febrero de 2014 en el FJ 5-11 para defender que el menor no quedaba desprotegido ante la negativa al reconocimiento de la transcripción, dicha solución pasa porque el padre biológico intente dicha inscripción por los medios ordinarios regulados por el art. 10.3 de la Ley 14/2006 de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción y artículos 764 y siguientes de la LEC (filiación del padre biológico), y/o acudan a las figuras de la adopción o del acogimiento cuando no hubiere vínculo genético. Solución nada pacífica como veremos.

Finalmente se informaba en dicha circular que dicha situación se daba con independencia de las modificaciones de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil⁴³, que pudieran tramitarse. Y es que en aquel momento dicha referencia a modificar la norma no era casual; con el Proyecto de Ley de medidas de reforma administrativa en el ámbito de la Administración de Justicia y del Registro Civil (BOCG n.º 101-1, 23 de junio de 2014) se pretendía establecer una respuesta legal concreta a la gestación por sustitución internacional en el apartado séptimo del artículo 44⁴⁴ con una redacción *no muy acertada* en palabras de DURÁN AYAGO⁴⁵, que pasaba por la exigencia de resolución extranjera salvo que se mantuviese la filiación de la madre gestante. A dicho Proyecto se presentó una enmienda a la totalidad para poder incluir el reconocimiento incidental para las resoluciones con origen en procedimientos análogos a la jurisdicción voluntaria en España (BOCG n.º 112-1, 5 de septiembre de 2014). Ninguna de dichas redacciones vería la luz.

42 Así se recoge en la Revista La Ley Derecho de Familia, según el Ilustre Colegio de Abogados de León en: <http://www.ical.es/actualidad/noticias/la-dgrn-remite-a-los-criterios-establecidos-por-la-instruccion-de-5-de-octubre-de-2010-para-la-inscripcion-registral-de-los-ninos-nacidos-de-ventre-de-alquiler/1583>

43 Disposición parcialmente en *vacatio legis* que entrará en vigor el próximo 30 de Junio de 2017, a la que nos referiremos como la nueva Ley del Registro Civil (NLRC), y que deroga la presente Ley de 8 de junio de 1957, del Registro Civil.

44 Art. 44: (...) 7. *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.*

No obstante, respecto de las adopciones internacionales se aplicará lo dispuesto en el apartado anterior.

45 En su valoración del proyecto presentado por el gobierno para regular la filiación de los niños nacidos por gestación subrogada para la Red de investigadores gestación-subrogada.com, disponible en: <http://www.gestacion-subrogada.com/valoracion-proyecto-de-ley-registro>

En mitad de este barullo, como bien aventuró CORBELLA I DUCH⁴⁶ al prever que el camino procesal de los gemelos nacidos en California no había terminado, el Tribunal Supremo volvió a pronunciarse, y creyó oportuno hacerlo respecto de su fallo anterior en relación a las sentencias del TEDH; con fecha 29 de abril de 2014 el TS admitió a trámite el incidente de nulidad de actuaciones – el cual solo permite al tribunal entrar a examinar si la sentencia ha infringido derechos fundamentales – que daría finalmente lugar al **Auto del Tribunal Supremo de 2 de febrero de 2015**⁴⁷. La opinión mayoritaria de la Sala, en consonancia con el informe del Ministerio Fiscal, ahonda en las diferencias entre los casos resueltos por la justicia francesa y el resuelto por la justicia española; nos dice que la *Cour de Cassation* había rechazado cualquier otra vía por la que el ordenamiento francés pudiera reconocer filiación de los menores, y los derechos adscritos a la misma, “*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*”, mientras que el TS había reconocido soluciones alternativas para establecer la filiación de acuerdo, o bien con el hipotético vínculo genético de uno de los cónyuges (vía 10.3 LTRHA), o bien con la situación familiar *de facto* (vía adopción o acogimiento)⁴⁸.

En definitiva, lo que el Tribunal Supremo hace es confirmar que el Orden Público internacional español impide transcribir al Registro Civil español la filiación de un menor nacido en virtud de la técnica de gestación por sustitución determinada por autoridad registral extranjera. Aunque, y sorprende humildemente a este autor, no impide que dicha filiación se reconozca igualmente por otras vías (filiación del padre biológico, adopción o acogimiento), a todas luces parece entenderse que el reconocimiento de la filiación deriva en realidad de un problema procesal-formal (la vía escogida), y no material (la técnica de reproducción asistida por la que nació el menor). Este argumento vendría reforzado por la propia DRGN, en su consulta de 11 de julio de 2014, cuando indica que la Instrucción DGRN 5 de octubre de 2010 sigue en plena vigencia a pesar de la STS 6 de febrero de 2014, ya que ésta resolvía acerca de la transcripción de las certificaciones registrales extranjeras al RC, mientras que la Instrucción establecía la exigencia de resolución judicial extranjera dictada por Tribunal competente en la que se determine la filiación del nacido. Y es que a pesar de que el exequátur, no lo olvidemos, también está sujeto al control de OP⁴⁹, éste solo es un obstáculo cuando la filiación trata de transcribirse mediante la presentación de un acta registral extranjera – se presume, cierto es, que el control judicial será más garantista –.

En respuesta a la pregunta que preside este epígrafe, la situación que pueden encontrarse a día de hoy los *intended parents* españoles que traten de reconocer la filiación establecida en el extranjero sobre su hijo nacido por GS, puede resumirse así:

(a) Podrán acceder al RC español si cuentan con una resolución judicial extranjera que determine la filiación en los términos de la Instrucción DGRN 5 de octubre de 2010.

(b) La misma Instrucción de la DGRN veta la inscripción en el RC español de un *nacimiento*

46 Corbella i Duch, 2014, p.15.

47 [ROJ: ATS 335/2015](#). Nos centraremos en la valoración que hace la sala respecto de su fallo en relación a las sentencias del TEDH, para una extensa y completa valoración del ATS 335/2015 vid. Durán Ayago, 2015.

48 Sobre si dichas diferencias justificaban una solución distinta a la dada por el TEDH y si la alternativa dada por el TS protege adecuadamente el interés superior del menor, entraremos más tarde, aunque adelantamos la crítica vertida en el mismo ATS por los cuatro magistrados que firman el voto particular: *Por ello, mas allá de simples diferencias, consideramos que la solución alcanzada por la mayoría no ha realizado una adecuada ponderación de los bienes jurídicos en conflicto que tome en consideración primordial no solo el interés superior de los menores, que fundamenta en lo sustancial las resoluciones del TEDH, sino la incertidumbre jurídica que la situación genera y seguirá generando en tanto no se de respuesta a su solicitud de inscripción, y, en definitiva, el modelo de protección que resulta de todas ellas desde la óptica actual de los derechos humanos y de una legislación desbordada por una realidad que deja sin contenido las estructuras lógicas y formales del derecho, con el grave efecto de retrasar una filiación que podía haber sido ya fijada definitivamente y sin inconveniente alguno para nuestro ordenamiento jurídico que, de una forma o de otra, lo está admitiendo a través de vías verdaderamente singulares como son las circulares o las instrucciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado que han terminado por convertir la excepción de orden público en una cuestión meramente formal.*

49 Art. 46.1 a) de la Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil.

acaecido en país extranjero mediante la presentación de un acta registral extranjera, que opera como “título válido” para la inscripción en España en virtud de los arts. 81 y 85 del Reglamento del RC y 23 de la Ley del RC. La doctrina ha declarado que esta es una **solución contraria a la Ley**⁵⁰. Si bien, es una solución tácitamente apoyada por la STS 6 de febrero 2014, en tanto sostiene que el OP internacional español impide el reconocimiento de dichos títulos registrales.

- (c) No contando con la resolución judicial exigida por la Instrucción cabe tratar de establecer una segunda filiación, distinta de la ya reconocida en el país extranjero, vía art. 10.3 LTRHA y artículos 764 y siguientes de la LEC (filiación del padre biológico), y/o acudan a las figuras de la adopción o del acogimiento cuando no hubiere vínculo genético.

Ahora, no olvidemos que el próximo 30 de junio de 2017 entrará en vigor la nueva Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil. ¿Varía la situación respecto de la gestación por sustitución? La redacción del artículo 44 fue modificada y finalmente ha desaparecido toda mención a la gestación – dicho art. sí está actualmente en vigor, DF décima –. El título X de la Ley regula las normas de Derecho internacional privado, conteniendo en su art. 96 el reconocimiento de resoluciones extranjeras y en su art. 98 la certificación de asientos extendidos en Registros extranjeros como título para la inscripción en el RC español. En ambos casos, el reconocimiento sigue haciéndose depender de la valoración de OP⁵¹, y en el parágrafo 2 del art. 98⁵² se prevé una situación que sí puede afectar a muchos casos, en particular afecta al que decidió el TS, ya que remite a la vía del reconocimiento de resolución extranjera cuando la certificación es un *mero reflejo registral* de una resolución judicial. Todo esto aclara una duda que planteó ya en el año 2009 QUIÑONES ESCÁMEZ al hilo de la Resolución de la DGRN 18 de enero de 2009, hablando de la relación causa-efecto entre las certificaciones y las resoluciones judiciales en los siguientes términos: *Cabe preguntarse si, de haberse tenido en cuenta la sentencia extranjera, el control de legalidad hubiera estado sujeto a un previo exequatur 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)*⁵³.

Por tanto, queda plantearnos la siguiente duda; si el legislador tuvo entre sus planes – tal y como venía redactado el art. 44.7 en el Proyecto de Ley – limitar al método del reconocimiento de resolución judicial extranjera las filiaciones derivadas de menores concebidos a partir de la gestación por sustitución – en consonancia con la Instrucción de la DGRN –, y finalmente optó por no establecer ninguna disposición específica para dicho fenómeno, ¿puede inferirse que el legislador ha preferido dejar abiertas las vías del art. 96 y art. 98 para estos casos?

1.3.4 NOTICIAS DE ÚLTIMA HORA: *FOULON Y BOUVET C. FRANCE*

Unos meses atrás, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos volvía a pronunciarse sobre dos casos de gestación por sustitución internacional en las **Sentencias TEDH de 21 de julio de 2016, caso Foulon c. Francia (9063/14) y Bouvet c. Francia (10410/14)**. Se trata de dos casos en los que padres franceses intentan la transcripción de la filiación determinada en los certificados de nacimiento emitidos en la India, igual que en los casos *Menesson* y *Labasee* las autoridades francesas no aceptan el reconocimiento – aunque en estos últimos la gestante india figura como madre en el certificado –; con fecha 13 de septiembre de 2013, antes de que se emitiese la

50 Calvo Caravaca y Carrascosa González, 2015, p. 63. En la misma línea han defendido que la DGRN se ha atribuido un papel de *cuasilegisador* que no le corresponde otros autores que cita Durán Ayago, 2015, p. 62.: Barber Cárcamo, R., Cerdá Subirachs, J., Ferrer Vanrell, M. P., Verdura Izquierdo, B., Lasarte Álvarez, C., entre otros.

51 Farnós Amorós, 2015, p. 42.

52 Art. 98.2: *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.*

53 Quiñones Escámez, 2009, p. 13.

condena a Francia en los anteriores casos, la *Cour de Cassation* rechaza el reconocimiento aduciendo un fraude de ley ante la celebración de contratos de gestación por sustitución que vulnera el orden público internacional.

Aprueba el Tribunal de Estrasburgo similaridad entre los casos juzgados de *Menesson* y *Labassee*, concluyendo que no hay violación del respeto a la vida familiar de los recurrentes, pero sí del derecho a la vida privada de los menores. Y aunque no ve razones para tomar una conclusión distinta, el TEDH nos dice que toma nota de los cambios en la jurisprudencia informados por el gobierno francés – tras *Menesson* y *Labasse*⁵⁴ –, por los que no hay obstáculos que se puedan imponer a la filiación biológica. También de la declaración de la apertura legal de las vías de la paternidad biológica y la posesión de estado; sin embargo, el tribunal observa el carácter hipotético con el que se refieren a estas vías, así como que el gobierno no extrae conclusiones en cuanto a la admisibilidad o los méritos de la petición de los comitentes en el presente caso.

En definitiva, por un lado el TEDH reconoce los cambios informados por el gobierno francés en su jurisprudencia, así como la voluntad de abordar cambios legales, sin embargo, le reprocha no dar certeza de esos cambios y, en particular, no abordar la admisibilidad de las demandas en el caso concreto; llegando a la conclusión de que debe reiterarse en la violación del derecho a la vida privada de los menores y sancionar a Francia.

1.4 ACTIVIDAD PARLAMENTARIA RECIENTE

Lo cierto es que este tema está suscitando unas dinámicas curiosas, cuanto menos, en distintas cámaras de representación. Más allá de lo comentado sobre la tortuosa NLRC que, parece, entrará en vigor por completo el próximo 30 de junio de 2017, y que contuvo un intento de regulación expresa de la gestación por sustitución internacional, pero finalmente desapareció a pesar de las promesas⁵⁵. Y también de una iniciativa por parte del grupo UPyD de regular la gestación por sustitución con fines altruistas, que fue tumbada sin mayor trascendencia el 20 de octubre de 2015 por la Comisión de Justicia del Congreso de los Diputados. Creemos que sí pueden ser reveladoras otras dos experiencias sucedidas este mismo año 2016, en la Asamblea de la Comunidad de Madrid y en el parlamento de nuestro vecino Portugal.

El pasado 10 de marzo, se publicaba en el BOAM la Proposición No de Ley (PNL) presentada por el Grupo Parlamentario de Ciudadanos⁵⁶, por la que se pretendía instar al Gobierno de España a la regulación de la gestación por sustitución. Dicha propuesta desencadenó la apertura de varios frentes incluso dentro de los propios grupos parlamentarios⁵⁷, y fue rechazada por la Cámara el día 17 como consecuencia de la ausencia en la votación de Regina Plañiol y David Pérez del Grupo Popular y la ruptura de la disciplina de voto por parte de Luis Peral, también del mismo grupo. El Grupo Popular había manifestado su apoyo a la PNL, pero la postura de sus diputados 'rebeldes' decantó la balanza en favor del 'no', sustentado por el Grupo Socialista – cuyo diputado Juan Segovia solicitó sin éxito que se diese voto libre según indica el diario *El Mundo*⁵⁸ – y por el Grupo Parlamentario Podemos CM, cuyas enmiendas⁵⁹ a la PNL se vieron rechazadas.

54 Tal y como afirma Godoy Vázquez, 2016, p.264 : en Francia, el *Tribunal de Grande Instance de Lille* ordenó el 6 de mayo de 2015 la inscripción del nacimiento de tres niños, alumbrados por gestación subrogada en Ucrania, la India y Estados Unidos, a favor de sus padres franceses de intención.

55 Diario ABC, *España adecuará su legislación para inscribir a los niños nacidos por maternidad subrogada*, 10 de julio 2014. Disponible en: <http://www.abc.es/sociedad/20140710/abci-registro-hijos-maternidad-subrogada-201407092151.html>

56 PNL-51/2016 RGEP.2399. Disponible en: http://www.asambleamadrid.es/BOAM/BOAM_10_00049.pdf

57 Como bien se relata en el artículo de Madridiario, *La Asamblea de Madrid rechaza la iniciativa de regular la gestación subrogada*, 18 de marzo 2016. Disponible en: <http://www.madriario.es/431910/gestacion-subrogada-asamblea-de-madrid>

58 Diario *El Mundo*, *Tres diputados dejan en evidencia el poder de Cristina Cifuentes en el PP de Madrid*, 18 de marzo 2016. Disponible en: <http://www.elmundo.es/madrid/2016/03/17/56eb00d446163f9d648b45b7.html>

59 Dichas enmiendas han sido calificadas como 'inasumibles' por parte de la Presidenta de la Asociación por la Gestación Subrogada en España, Marta López Abeledo, en una carta abierta dirigida a Clara Serra Sánchez, diputada

Llama la atención que la semana siguiente a esta polémica votación se publicasen en prensa digital sendos artículos por parte de dos parlamentarias: '*La gestación subrogada requiere un debate profundo y sereno*' por parte de Josefa Navarro Lanchas, diputada del PSOE, y '*Gestación subrogada, una propuesta sensata*' de Beatriz Gimeno, diputada de Podemos⁶⁰. En dichas publicaciones se justificaba de forma detallada la negativa a la PNL presentada por Ciudadanos, si bien con connotaciones diversas, en ambos casos focalizando sobre los derechos de la mujer gestante y haciendo un llamamiento a la calma para abordar el asunto.

En Portugal el debate entró en la Cámara en 2014, si bien, las cosas parecen haberse precipitado este año 2016. El pasado 13 de mayo, gracias a los votos de 24 diputados del Partido Social Demócrata (PSD), el Bloque de Izquierda, la amplia mayoría del Partido Socialista (PS), los Verdes y el diputado del Partido Animalista, se aprobó el Proyecto de Ley presentado por el Bloque de Izquierda para regular la gestación por sustitución⁶¹. En contra se posicionó el Partido Comunista junto al democristiano CDS-PP, a los que se sumó el rechazo por parte de la bancada del PSD y de dos diputados socialistas. La división del parlamento y sus fuerzas fue manifiesta, tanto que el pasado 8 de junio, el Presidente de la República de Portugal, Marcelo Rebelo de Sousa, hizo uso de su primer veto presidencial desde que ocupara el cargo el 9 de marzo de 2016.

El Presidente adujo que el proyecto aprobado no respeta las recomendaciones del Consejo de Ética para las Ciencias de la Vida (CNECV), que son las siguientes⁶²:

GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN, (Proyecto de ley nº 36/BE/XIII (1ª)) parecer:

Considerando que la propuesta de alteración a la Ley nº 32/2006, de 26 de julio, inscrita en el Proyecto de Ley nº 36/XII (1ª) del bloque de izquierda, en lo que respecta al régimen de la "gestación por sustitución" tiene por objeto esencialmente la prohibición adoptada en el Artículo 8º de esta misma Ley.

1- El Consejo considera que no están salvaguardados los derechos del niño y de la mujer gestante, ni está hecho el marco adecuado del contrato de gestación.

2- El Consejo aún entiende que el texto propuesto no responde a la mayoría de las objeciones y condiciones que el propio Consejo, ya en su parecer 63/CNECV/2012, había considerado acumulativamente indispensables, de las que se destacan: (1) La información a la pareja beneficiaria y a la gestante sobre el significado y consecuencias de la influencia de la gestante en el desenvolvimiento embrionario y fetal; (2) Los términos de revocación del consentimiento y sus consecuencias; (3) La previsión de disposiciones contractuales para el caso de que ocurran malformaciones o enfermedades fetales y de la eventual interrupción del embarazo/gestación; (4) La decisión sobre cualquier complicación de salud ocurrida en la gestación, sea a nivel fetal o sea a nivel materno. (5) La no imposición de restricciones de comportamientos a la gestante de sustitución.

3-Por lo que el Consejo no considera justificable, desde el punto de vista ético, la alteración del régimen jurídico de sustitución en los términos propuestos por la iniciativa legislativa.

del Grupo Parlamentario Podemos CM, publicada el 22 de marzo de 2016 a través del blog de la plataforma 'Son Nuestros Hijos', aquí: <http://sonnuestroshijos.blogspot.com.es/2016/03/carta-abierta-clarra-serra-de-marta.html>

60 EIDiario.es: http://www.eldiario.es/tribunaabierta/gestacion-subrogada-requiere-profundo-sereno_6_497010304.html y http://www.eldiario.es/tribunaabierta/Gestacion-subrogada-propuesta-sensata_6_497010308.html respectivamente.

61 PROJETO DE LEI N.º 36/XIII/1.ª Garante o acesso de todas as mulheres à Procriação Medicamente Assistida (pma) e regula o acesso à Gestação de Substituição, procedendo à segunda alteração à Lei n.º 32/2006, de 26 de julho, alterada pela Lei n.º 59/2007, de 4 de setembro. Disponible en: <http://app.parlamento.pt/webutils/docs/doc.pdf?path=6148523063446f764c3246795a5868774d546f334e7a67774c336470626d6c7561574e7059585270646d467a4c31684a53556b76644756346447397a4c33427162444d324c56684a53556b755a47396a&fich=pjl36-XIII.doc&Inline=true>

62 [Traducción por el autor del original en portugués] Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida (87/CNECV/2016): Relatório e Parecer sobre os Projetos de Lei n.ºs 6/XIII (1ª) PS, 29/XIII (1ª) PAN, 36/XIII (1ª) BE e 51/XIII (1ª) PEV em matéria de Procriação Medicamente Assistida (PMA) e 36/XIII (1ª) BE em matéria de Gestação de Substituição (GDS). Disponible en: http://www.cneqv.pt/admin/files/data/docs/1461943756_P%20CNECV%2087_2016_PMA%20GDS.pdf

La Ley volvió a la Asamblea para ser revisada, si bien en sede parlamentaria el líder del PSD, Pedro Passos Coelho, declaró que en la cuestión de la gestación por sustitución hay argumentos importantes que “*deveriam merecer ponderação do Parlamento e da sociedade civil*” y que sería importante que “*não se votasse à pressa*”⁶³, solicitando posponer la votación – un nuevo llamamiento a la calma –. El día 20 de julio terminó por aprobarse, con idéntica votación salvo 4 síes del PSD que cayeron en abstención, el Decreto N.º 37/XIII Regula o acesso à gestação de substituição, procedendo à terceira alteração à Lei n.º 32/2006, de 26 de julho (procriação medicamente assistida)⁶⁴. La enmienda presentada por el Bloque de Izquierda que adoptaba (no todas) las consideraciones emitidas por el CNECV⁶⁵ fue así aprobada por la Asamblea, dividida y falta de consenso, y promulgada, esta vez sí, por el Presidente Marcelo Rebelo de Sousa. Así que, podemos concluir que Portugal es, junto a Grecia y Reino Unido, el tercer país de la Unión Europea que regula la gestación por sustitución, y lo hace para beneficio de las mujeres sin útero o con algún problema que les impida quedarse embarazadas, estableciendo la prohibición de cualquier tipo de remuneración onerosa derivada del contrato, quedando a salvo la compensación de gastos.

De la exposición de estas dinámicas parlamentarias recientes, no pueden inferirse grandes conclusiones categóricas; aunque sí parece que se trata de un tema que genera desconcierto dentro de los propios partidos políticos en muchas ocasiones, desconocemos si por desconocimiento o si se trata de una guerra de trincheras por afectar a la moral individual tan directamente. Podemos concluir, que la gestación por sustitución se presenta como una realidad en nuestros parlamentos, y que lo hace con caracteres complejos y, por qué no decirlo, complicados.

63 Diário DN, *Passos apela ao PS para adiar votação da gestação de substituição*, 20 de julio 2016. Disponible en: <http://www.dn.pt/portugal/interior/passos-apela-ao-ps-para-adiar-votacao-da-gestacao-de-substituicao-5295507.html>

64 Decreto disponible en formato Word en: <https://www.parlamento.pt/Paginas/default.aspx>

65 En los siguientes términos:

Artigo 8.º

[...]

- 8 - [ALTERADO] No tocante à validade e eficácia do consentimento das partes, ao regime dos negócios jurídicos de gestação de substituição, bem como à intervenção do Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida e da Ordem dos Médicos, é aplicável à gestação de substituição, com as devidas adaptações, o disposto no artigo 14.º da presente lei.
- 9 - [NOVO] Os direitos e os deveres previstos nos artigos 12.º e 13.º são aplicáveis em casos de gestação de substituição, com as devidas adaptações, aos beneficiários e à gestante de substituição.
- 10 - [NOVO] A celebração de negócios jurídicos de gestação de substituição é feita através de contrato escrito, estabelecido entre as partes, supervisionado pelo Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida, onde deve constar obrigatoriamente, em conformidade com a legislação em vigor, as disposições a observar em caso de ocorrência de malformações ou doenças fetais e em caso de eventual interrupção voluntária da gravidez.
- 11 - [NOVO] O contrato referido no número anterior não pode impor restrições de comportamentos à gestante de substituição, nem impor normas que atentem contra os seus direitos, liberdade e dignidade.
- 12 - [ANTERIOR N.º 9] São nulos os negócios jurídicos, gratuitos ou onerosos, de gestação de substituição que não respeitem o disposto nos números anteriores.

Artigo 14.º

[...]

- 5 - [NOVO] O disposto nos números anteriores é aplicável à gestante de substituição nas situações previstas no artigo 8.º.
- 6 - [NOVO] Nas situações previstas no artigo 8.º, devem os beneficiários e a gestante de substituição ser ainda informados, por escrito, do significado da influência da gestante de substituição no desenvolvimento embrionário e fetal.

2 EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR

A lo largo del siglo XX, distintos instrumentos internacionales de protección de derechos humanos comenzaron a establecer como prioridad la protección de los intereses y el bienestar de los más pequeños y pequeñas; el antecedente más remoto lo encontramos en la Declaración de Ginebra de 1924 sobre los Derechos del Niño, y posteriormente a la par del desarrollo de la Organización de Naciones Unidas (ONU) y la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, es de destacar la conversión en 1953 del *United Nations International Children's Emergency Fund* (UNICEF) como organismo permanente de la ONU, que promoverá también la Declaración de los Derechos del Niño de 1959. Sin embargo, el primer tratado vinculante – de obligado cumplimiento para los Estados firmantes⁶⁶ – y el más importante hasta el día de hoy, aprobado por la Asamblea General de la ONU el 20 de noviembre de 1989, es la Convención sobre los Derechos del Niño. La Convención declara la obligación del Estado de adoptar las medidas necesarias para dar efectividad a todos los derechos reconocidos en la misma, lo que promoverá grandes y permanentes cambios legislativos, como veremos.

En España, más allá de la interpretación de los derechos fundamentales conforme a los tratados internacionales consagrada en el art. 10.2 de la CE, declara expresamente en su art. 39 la singular protección de los niños *que gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos*, dentro de la obligación de los Poderes Públicos de asegurar la protección social, económica y jurídica de la familia. En desarrollo de dicha obligación fue promulgada la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, y en última instancia por las reformas de amplio calado introducidas por la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, y por la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia.

En su art. 3 declara la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989 que 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***⁶⁷, y en consecuencia recoge expresamente el art. 2 de la LO 1/1996, de 15 de enero, – cuya redacción ha sido modificada por la LO 8/2015, como veremos – que en todas esas medidas primará el interés superior de los mismos **sobre cualquier otro interés legítimo** que pudiera concurrir. Se trata, en definitiva, de un derecho, principio y norma de procedimiento perfectamente integrado en el ordenamiento jurídico español y dotado de una superioridad valorativa.

Desde el momento en que nuestro ordenamiento jurídico tiene que resolver acerca de la situación de un menor nacido por medio de la gestación por sustitución, sea acerca de su filiación, de la

66 Ratificado a día de hoy por todos los Estados reconocidos en la Asamblea General de las Naciones Unidas, con la excepción de los EEUU, tras la ratificación por Somalia en 2015. https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-11&chapter=4&clang=en

67 El Comité de los Derechos del Niño, órgano supervisor de la Convención en virtud de los arts. 43 y ss., en su Observación General No.14 sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1) [CRC/C/GC/14, 29 de mayo de 2013] subraya el interés superior del menor como 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 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.*

prestación por maternidad o cualquier otra vicisitud que pudiera surgir, el órgano institucional decisor debe poner en adecuado valor el interés superior de dicho menor. Y debe aquí precisarse, antes de hacer más consideraciones, que el interés superior del menor no habla de un derecho *al* niño, sino de los derechos *del* niño⁶⁸.

2.1 UN ANÁLISIS MATERIAL. UNA CUESTIÓN DE DERECHO

Al haber tenido ya la oportunidad de analizar en el plano formal las decisiones registrales y jurisprudenciales más importantes en lo que atañe a nuestro ordenamiento jurídico respecto de la gestación por sustitución, vamos a centrarnos a continuación en el tratamiento que dichas decisiones dan al argumento material del interés superior del menor. Resultaría infructuoso ocultar tras argumentos formales un problema de protección de derechos fundamentales⁶⁹. Prescindiendo del orden cronológico utilizado, se ha considerado oportuno partir de la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014 – que decide sobre un caso español – para poner en valor sus argumentos en relación con la jurisprudencia del TEDH, el derecho comparado, la doctrina y, por supuesto, los recientes cambios normativos en la legislación del menor.

Para dicho propósito entramos de lleno en el **Fundamento Jurídico Quinto** de la sentencia en el que el TS se refiere a la alegación de los recurrentes que consideran que privar de su filiación a los menores vulnera el principio del interés superior del menor porque (1) perjudica su posición jurídica y les deja desprotegidos (2) los padres de intención son los más idóneos para ser los padres del menor, ya que la mujer gestante se limitó a cumplir lo estipulado en el contrato y (3) el menor tiene derecho a una identidad única.

Creemos oportuno exponer en primer lugar los aspectos metodológicos sobre la aplicación del interés superior del menor, ya que el tribunal comienza su argumento definiendo qué entiende por el mismo; lo considera un *concepto jurídico indeterminado*, dotado de un carácter esencialmente controvertido cuando ha de determinarse en supuestos como el enjuiciado y, textualmente, que *“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”* – refiriéndose en abstracto a la situación por la que un niño es traído a un país desarrollado desde un país pobre y su filiación es reconocida con independencia del medio por el que llega a los padres del país desarrollado – y que, por tanto, *“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”*.

A la magistrada del Tribunal Constitucional ROCA TRIAS⁷⁰ le resulta extraño el concepto que utiliza dicha sentencia para identificar el interés del menor, en concreto en comparación con otras de sus sentencias⁷¹ en que ha considerado dicho criterio como preferente a cualquier otro, y cita expresamente la STS 20 de noviembre de 2013 en su FJ Tercero: *“El interés superior real, y no simplemente abstracto de la niña, no puede ser interpretado solamente desde el punto de vista de la familia biológica, sino que el eje debe situarse en el propio interés (STS 13 de junio 2011), y ello exige que no se haga prevalecer el interés de la madre biológica, simplemente conectado con la acción de paternidad ejercitada en su día por el recurrente, sino el que resulta de la valoración de los hechos desde la realidad de la vida familiar y no desde la pura abstracción amparada no solo por una convicción de paternidad, sino teniendo en cuenta una situación efectiva que, en estos momentos, resulta indudablemente beneficiosa para la niña, puesto que protege todos los intereses en juego”*. También CALVO CARAVACA Y CARRASCOSA GONZÁLEZ⁷² contraponen a la

68 Quiñones Escámez, 2009, p.39.

69 Roca Trias, 2015, p. 333.

70 Roca Trias, 2015, p. 313.

71 Cita también: SSTS 19 de julio 2013, 5 y 12 diciembre 2013 y 16 de febrero 2014

72 Calvo Caravaca y Carrascosa González, 2015, p. 81 y ss. Extraemos parte del comentario a la STS 17 de febrero de 2015 por resultar tan clarificador:

“El TS estimó que, dijera lo que dijera la Ley, por encima de la misma estaba el *“superior interés del menor”* y que tal principio (i) constituye *“criterio determinante para la adopción de cualquier medida que les afecte [a los menores]”*; (ii) *“[s]e configura, pues, como un verdadero concepto jurídico indeterminado, que la doctrina ha*

argumentación del propio TS su propia jurisprudencia para hacer valer su parecer de que la afirmación de que el principio de interés superior del menor no está por encima de la Ley, *constituye un error de notable envergadura*. Se defiende que el interés superior del menor se aplica con preferencia por razones de *jerarquía normativa y valorativa*⁷³, cuando estamos ante una decisión que va a afectar a la situación de un menor.

A esta interpretación del “rango” del interés superior del menor se acerca aún más la jurisprudencia más reciente, SSTS 26 de mayo y 4 de febrero 2016 entre otras que recogen ya la redacción del art. 2 de la LO 1/1996 introducida por la LO 8/2015, que lo ha definido de forma aún más clara, y cuya lectura consideramos muy oportuna en el ANEXO I con especial atención a los párrafos primero, segundo y cuarto. Y es que la novedosa redacción recoge de una manera mucho más fiel la redacción contenida por el art. 3 de la Convención de Derechos del Niño 1989, y es que transforma la anterior redacción: *“En la aplicación de la presente Ley primará el interés superior de los menores (...)”*. Por: *“Todo menor tiene derecho a que su interés superior sea valorado y considerado como primordial en todas las acciones y decisiones que le conciernan (...)”*. Es decir, **el menor, en el caso concreto de cada caso que le concierne, tiene derecho a que se valore y considere de forma primordial su interés superior, el suyo propio e individual bajo sus circunstancias concretas**.

Realizada esta primera consideración, volvemos sobre la sentencia del Supremo que, como sabemos, aplicó la cláusula del orden público internacional español para negar el reconocimiento de la filiación. Reconociendo que la cláusula de OP internacional es parte del ordenamiento jurídico español, cabe cuestionarnos:

a) ¿Es el interés superior del menor parte del OP internacional español?

Sí. Así lo recuerda el voto particular cuando dice que *este interés del menor es superior y también de orden público*, y es que la STS 6 de febrero de 2014 parece obviar e incluso desterrar dicha tesis (FJ Quinto): *“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”*.

Afirma ROCA TRIAS que en la noción de orden público está incluido el interés superior del menor⁷⁴, dado que España es parte del Convención sobre los Derechos del Niño de 1989; es decir, y en consecuencia con lo que hemos indicado anteriormente, el interés superior del menor es un principio perfectamente integrado en el ordenamiento jurídico español y la cláusula de orden público, en su aplicación al caso concreto, no puede obviar dicha realidad. En este sentido se mueve la sentencia del Tribunal Supremo alemán (*Bundesgerichtshof* o BGH) de 10 de diciembre de 2014. En la que optó por considerar que el reconocimiento en Alemania de una resolución judicial de California relativa al establecimiento de filiación por gestación por sustitución no resultaba en el caso concreto contraria al orden público, afirmando la necesidad de una interpretación restrictiva de la cláusula de orden público respetuosa con el interés superior del menor – es decir, el respeto a la autoridad de la Ley nacional o la lucha contra el ‘fraude’ a ésta no

venido relacionando bien con el desenvolvimiento libre e integral de la personalidad del menor y la supremacía de todo lo que le beneficie, más allá de las preferencias personales de sus padres, tutores, guardadores o administraciones públicas, en orden a su desarrollo físico, ético y cultural; bien con su salud y su bienestar psíquico y su afectividad, junto a otros aspectos de tipo material; bien, simplemente con la protección de sus derechos fundamentales” y (iii) debe precisarse *“su configuración y concreción en cada caso”*. En consecuencia, el mismo TS llevó a cabo una *“interpretación correctora de la Ley vigente”* para proporcionar una solución acorde con el principio del *“interés superior del menor”*. El TS inaplicó la Ley del Registro civil y su Reglamento y aplicó una solución directamente extraída del principio del interés superior del menor que tuvo en cuenta los datos concretos del caso objeto del proceso”. [la cursiva la recogen de la propia sentencia]

73 **Normativa**, el art. 3 de la Convención de Derechos del Niño 1989 está por encima de la Ley española (art. 96.1 CE), y **valorativa**, en virtud de lo dispuesto por el art. 2 de la LO 1/1996.

74 Roca Trias, 2015, p. 332.

puede detener los efectos de una filiación si se vulnera el interés del menor –. Si bien, el BGH expresó 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 diferentes⁷⁵.

Igualmente, CALVO CARAVACA Y CARRASCOSA GONZÁLEZ hablan de un principio conformador del orden público internacional, que debe prevalecer sobre cualquier otro a la hora de determinar – en el caso concreto – el *contenido activo* de la cláusula del orden público internacional español⁷⁶. Y es que esta es la tesis del TEDH; mientras reconoce la libertad de los Estados para regular o prohibir la gestación por sustitución e incluso para negar los efectos de una filiación establecida en otro Estado en virtud de esta técnica, afirma que **la cláusula de orden público internacional no opera como un cheque en blanco**⁷⁷ que se aplica de forma abstracta y por encima de los derechos reconocidos por el CEDH. En el caso *Menesson/Labasse c. Francia*, FD 99, afirma el TEDH que, en tanto los efectos del no reconocimiento de la filiación no afecta únicamente a los padres de intención que decidieron acudir a dicha técnica de reproducción asistida, sino también al menor cuya filiación se pretende en el caso, el respeto por el interés superior del menor debe guiar cualquier decisión que le concierna.

En definitiva, el Tribunal de Estrasburgo nos dice que la cláusula de orden público internacional debe ser aplicada con fundamento material en el caso concreto (donde el interés del menor es prevalente), y cuando opere como cláusula restrictiva (injerencia) del derecho al respeto a la vida privada y familiar del art. 8 CEDH para rechazar el reconocimiento de la filiación determinada en el extranjero, debe hacerlo porque así se haya previsto en la ley, de acuerdo a un interés legítimo y necesario en una sociedad democrática y con proporcionalidad⁷⁸.

b) ¿Ponderó el TS la superioridad valorativa del interés superior del menor en el caso concreto?

El Tribunal Supremo presenta la valoración que realiza del interés del menor respecto de otros bienes jurídicos del siguiente modo: *“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 (...) 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”*. Es decir, el tribunal afirma la necesidad de realizar una ponderación, lo cual es correcto, y procede en consecuencia. Se esté o no de acuerdo con el resultado de la valoración de los distintos bienes jurídicos (respeto de la dignidad de la gestante, impedir la mercantilización de la gestación y la filiación etc.), el manifiesto nivel de abstracción con el que se exponen, desde luego, no se asemeja a una valoración del caso concreto. Y es que dicho razonamiento podría seguirse de cualquier filiación derivada de la gestación por sustitución que se pretenda trasladar a nuestro ordenamiento jurídico, y como bien indica el TEDH, la cláusula de orden público no es un *cheque en blanco*.

75 De Miguel Asensio, “*El nuevo Auto del Tribunal Supremo sobre gestación por sustitución y la evolución de la jurisprudencia europea*”, 12 de marzo 2015, disponible en:

<http://pedrodemiguelasensio.blogspot.com.es/2015/03/el-nuevo-auto-del-tribunal-supremo.html>

76 Calvo Caravaca y Carrascosa González, 2015, p. 84.

77 STEDH de 27 de enero de 2015 Paradiso y Campanelli c. Italia: “80. *In the Court’s opinion, the reference to public order could not, however, be considered as giving carte blanche for any measure, since the State had an obligation to take the child’s best interests into account irrespective of the nature of the parental link, genetic or otherwise*”.

78 Beaumont, 2016, pp. 11 y ss. (en inglés) realiza una interesante reflexión acerca de la tensión entre la libertad para legislar de los Estados y la obligación de reconocer los efectos de la filiación cuando se trata de garantizar el art. 8 CEDH.

Sobre este razonamiento del TS, CALVO CARAVACA Y CARRASCOSA GONZÁLEZ⁷⁹ concluyen que constituye una profunda equivocación de método, por referirse al “*menor en abstracto*” en vez de al “*menor en concreto*”, lo cual conduce a una solución errónea y perjudicial para el concreto menor; efectivamente, una lectura rápida del art. 3 de Convención sobre los Derechos del Niño de 1989, es suficiente para concluir que el interés superior del menor debe determinarse en todo y cada caso respecto del menor en concreto. Como ya hemos visto, el BGH alemán en su sentencia de 10 de diciembre 2014 sí valoró la superioridad valorativa del interés del menor en el caso concreto, y manifestó, de hecho, que la solución a la que llegó se aplicaba únicamente dicho caso; una reserva legítima desde el punto de vista de la jurisprudencia europea ya que no opera como cheque en blanco ni en una ni en otra dirección, con intención de buscar el mejor interés de cada menor en particular.

Como explica muy bien DURÁN AYAGO⁸⁰, el interés superior del menor no implica determinar la filiación de acuerdo con el criterio gestativo (en favor de la mujer gestante), ni con el criterio genético (en favor de la mujer que aporta su material genético), ni por el criterio social (en favor de la mujer comitente); sino que se trataría de elegir en cada caso el criterio en que mejor encaje el interés superior del niño. Este es el sentido del TEDH en el caso *Paradiso y Campanelli c. Italia*, por un lado, considera que la separación del menor por parte de las autoridades italianas de sus padres intencionales fue contraria a su interés superior, y por ende al art. 8 CEDH al entender que sí ha existido vida familiar, lo cual es merecedor de la pertinente indemnización para los litigantes; pero por otro lado, teniendo en cuenta que el menor ha desarrollado desde 2013 indudables lazos emocionales con la familia de acogida, considera que el regreso con sus padres intencionales ya no se corresponde con su interés superior⁸¹. Aunque el voto disidente en el caso *Paradiso y Campanelli c. Italia* considera que la injerencia de las autoridades italianas fue conforme al art. 8.2 CEDH, y con independencia de esta cuestión, lo que sí deja claro el TEDH es que las autoridades en cada momento deben garantizar el interés superior del menor, y en ello se incluye el propio Tribunal de Estrasburgo cuando es consciente de que su decisión de indemnizar a los padres intencionales no implica, en el caso concreto, la devolución del menor a aquéllos en aplicación del interés superior de éste.

No podemos olvidar que acto seguido de interpretar que la adecuada ponderación de los bienes jurídicos en liza conlleva la denegación del reconocimiento, el TS insta a los padres de intención a que la filiación se produzca por otras vías; si estuviésemos de acuerdo con la afirmación del propio tribunal en relación a que la filiación que se determina en favor de quien realiza el encargo (los padres de intención en virtud de la celebración de un contrato para su gestación), atenta contra la dignidad del menor, cabe preguntarse si es la forma en la que se establece la filiación la que hace variar la consideración del menor como objeto de tráfico mercantil. Esta aparente confusión nos lleva al siguiente punto.

- c) Obviando la metodología, el TS defiende que protegió el interés superior de los menores. ¿Así fue?

El Tribunal Supremo ignoró, ya fuere por vía cognitiva o volitiva⁸², las críticas metodológicas expuestas en la aplicación del interés superior del menor y al resolver el ATS 2 de febrero de 2015 y contraponer la sentencia con la importante jurisprudencia del TEDH en los casos *Mennesson/Labasse c. Francia*, se escudó en que su sentencia protegía adecuadamente el

79 Calvo Caravaca y Carrascosa González, 2015, p. 83.

80 Ayago, 2012, p. 275.

81 Feraci, 2015, p.439, lo explica así en italiano: “*Dopo aver giudicato, infatti, che la separazione del bambino dalla famiglia intenzionale non era nell’interesse del minore (ed era quindi contraria all’art. 8 CEDU), la Corte ha poi subito precisato che il ritorno del piccolo nella famiglia Campanelli non rientrava (già) più nel suo superiore interesse, avendo ormai quest’ultimo instaurato legami affettivi e sociali con la famiglia di accoglienza.*”

82 Diccionario de la lengua española. Edición del Tricentenario. RAE:

“ignorar” Del lat. *Ignorāre*.

1. tr. No saber algo o no tener noticia de ello. *Ignoro quién pudo haberlo hecho.*

2. tr. No hacer caso de algo o de alguien, o tratarlos como si no merecieran atención. *Me duele que me ignore.*

Ignora sus comentarios.

interés superior del menor en virtud de la solución dada a los litigantes y que ofrece el ordenamiento jurídico español (en contraposición con el francés). De este modo el TS considera que cumple con los requisitos que el TEDH impone en su jurisprudencia (STEDH 28 de junio de 2007, Caso. Wagner y J.M.W.L contra Luxemburgo) de previsión legal, perseguir un objetivo legítimo y necesidad en una sociedad democrática para las injerencias recogidas por el art. 8.2 CEDH.

Recordamos que dicha solución propuesta consiste en una doble vía, por un lado, la filiación del padre genético a través del art. 10.3 LTRHA, por otro, consolidando por medio de adopción o acogimiento de los menores. Sin embargo, la “solución” a la que se refieren tanto el TS como también la DGRN, en la consulta de 11 de julio de 2014, ha sido cuestionado por una gran parte de la doctrina tal y como veremos a continuación.

El Supremo insiste en que protege el interés del menor a través de la solución alternativa que da al caso y, sin embargo, como oportunamente señala DURÁN AYAGO, *lo cierto es que en todas las instancias judiciales por las que ha pasado el caso se ha insistido en la necesidad de una nueva determinación de la filiación en España como solución al problema, cuando lo que se pretendía por los recurrentes era dotar de continuidad en el espacio a una filiación ya determinada en el extranjero*⁸³. Resalta también la sentencia del BGH alemán de 10 de diciembre de 2014, que considera expresamente la conveniencia de evitar situaciones jurídicas claudicantes.

Y es que la sentencia del Tribunal Supremo alemán también resulta de gran valor para CALVO CARAVACA Y CARRASCOSA GONZÁLEZ⁸⁴, que hablan de “*falsas soluciones*”. En tanto no se reconoce la filiación el menor va a quedar desamparado por la ley, puesto que las soluciones se presentan para los padres de intención, pero no para el menor, puesto que nadie puede obligar a instar las acciones judiciales de reclamación de paternidad o de adopción; es decir, el menor queda a la voluntad o la suerte (imaginemos que fallecen) de los padres de intención. De forma paradójica, este perjuicio para el menor se señala en el ATS 2 de febrero de 2015, con una reprimenda para los litigantes: “*Es más, los promotores del incidente deben ser conscientes de que la filiación de los menores podía haber sido ya fijada definitivamente, o estar muy avanzado el proceso para fijarla, si se hubiera dado cumplimiento a lo acordado en nuestra sentencia*”; obvia el tribunal que él mismo tiene la facultad – y el deber conforme al art. 3 de la Convención de los Derechos del Niño – de satisfacer el concreto interés del menor en que sus derechos sean amparados de forma inmediata, sin permanecer en situación de incertidumbre jurídica.

Afirma FARNÓS AMORÓS⁸⁵ que esta solución, además de ignorar la realidad social, acaba conduciendo, por una vía más gravosa, a la misma solución; y es que, en definitiva, estaríamos defendiendo que el orden público opera como límite en una vía pero no en la otra, cuando las consecuencias *de facto* (aceptar la filiación por los padres intencionales de un menor nacido vía gestación por sustitución de acuerdo a la ley de otro país) es exactamente la misma. En palabras de BLANCO-MORALES LIMONES el interés superior del menor exige la continuidad espacial de la filiación y la coherencia internacional de la misma, así como un respeto ineludible del derecho a la identidad única de los menores que prevalece, en todo caso, sobre otras consideraciones⁸⁶. Concluye DURÁN AYAGO su análisis del ATS 2 de febrero de 2015 al hilo de estas consideraciones, reflexionando acerca de que la exigencia de *una doble determinación de la filiación del menor no debiera tranquilizar ni contentar a nadie*.

83 Durán Ayago, 2015, p. 55.

84 Calvo Caravaca y Carrascosa González, 2015, p. 93.

85 Farnós Amorós, 2015, p.41.

86 Blanco-Morales Limones, 2015, p.15.

Al sentido de estas múltiples críticas se adhiere el voto particular del ATS 2 de febrero de 2015, que finaliza su disidencia con las siguientes palabras que, a nuestro criterio, resume de forma excepcional el *quid* del caso:

III.- (...) Por ello, mas allá de simples diferencias, consideramos que la solución alcanzada por la mayoría no ha realizado una adecuada ponderación de los bienes jurídicos en conflicto que tome en consideración primordial no solo el interés superior de los menores, que fundamenta en lo sustancial las resoluciones del TEDH, sino la incertidumbre jurídica que la situación genera y seguirá generando en tanto no se de respuesta a su solicitud de inscripción, y, en definitiva, el modelo de protección que resulta de todas ellas desde la óptica actual de los derechos humanos y de una legislación desbordada por una realidad que deja sin contenido las estructuras lógicas y formales del derecho, con el grave efecto de retrasar una filiación que podía haber sido ya fijada definitivamente y sin inconveniente alguno para nuestro ordenamiento jurídico que, de una forma o de otra, lo está admitiendo a través de vías verdaderamente singulares como son las circulares o las instrucciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado que han terminado por convertir la excepción de orden público en una cuestión meramente formal.

Resulta curioso que la opinión mayoritaria del Tribunal en este caso, haga un llamamiento a distinguir (FJ Sexto 13.-) entre la defensa de los derechos e intereses legítimos de los adultos (los ligados al reconocimiento del contrato de gestación por sustitución) con los derechos de los menores nacidos en virtud de dicha técnica; cuando a la luz de las críticas vertidas, quien parece haber obviado los derechos de los menores *de carne y hueso* en materia de filiación y no haber realizado una adecuada ponderación de los mismos, es la opinión mayoritaria del TS.

Ahora bien, y para finalizar, seamos justos con la opinión mayoritaria del Tribunal Supremo; las Sentencias TEDH de 21 de julio de 2016, caso Foulon c. Francia (9063/14) y Bouvet c. Francia (10410/14), parecen confirmar que la razón fundamental que lleva al TEDH a considerar vulnerada la vida privada de los menores, es que el ordenamiento francés no permitía establecer vínculo alguno de filiación al menor con sus padres de intención; y es cierto, como apunta el TS, que el ordenamiento español sí lo permite. Ahora, una cosa es que no podamos hablar en el caso enjuiciado por el TS de una vulneración del derecho a la vida privada de los menores (art. 8 CEDH), y otra, es que el Tribunal ni ha ponderado correctamente, ni ha protegido de forma adecuada el interés superior menor en el caso concreto, con fundamento en las distintas críticas que hemos recogido en el presente epígrafe.

2.2 CONSECUENCIAS DISCRIMINATORIAS DEL NO RECONOCIMIENTO

De forma breve y a modo de conclusión del presente capítulo, parece oportuno hacer referencia a las distintas consecuencias discriminatorias que pueden llegar a acontecer del no reconocimiento de la filiación determinada en el extranjero en favor de los *intended parents*.

Costes identitarios: el derecho a la vida privada del menor, garantizada por el art. 8 del CEDH, se ve comprometida durante el tiempo en que no es reconocida la filiación determinada en el extranjero – dependa este reconocimiento de la voluntad de un tribunal o de los padres de intención –. El TEDH en los casos *Menesson/Labasse c. Francia* y *Paradiso y Campanelli c. Italia*, habla de privación de nacionalidad⁸⁷ y también de privación de los derechos sucesorios en caso de premoriencia de uno o de ambos padres de intención. En el caso de que su filiación en España se determinase por vía de las soluciones aportadas por el TS, el menor contaría con dos filiaciones diferentes a nivel internacional.

Costes procesales: la inscripción de la filiación de un menor nacido en el extranjero en virtud de gestación por sustitución implica, a día de hoy, instar un mínimo de un proceso judicial – en el país extranjero y/o en España – con los costes económicos, temporales etc. que ello conlleva. Tanto si se opta por el reconocimiento de resolución judicial extranjera en virtud de la DGRN 5 de octubre

87 Calvo Caravaca y Carrascosa González, 2015, p. 100: *Al seguirse el criterio del ius sanguinis en numerosos Estados de destino, los niños carecen de la nacionalidad de los comitentes, pues ésta depende de su filiación, y si no se admite ésta tal y como se determinó en el Estado de origen, los menores carecerán de la nacionalidad que ostentan los comitentes.*

de 2010, sea vía exequátur o incidental, como si se opta por las opciones procesales a las que hace referencia el Tribunal Supremo, o por otras vías⁸⁸.

Costes sociolaborales: el Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) ha rechazado de forma sistemática los permisos de maternidad y paternidad solicitados por los padres de intención en el caso de los menores nacidos en virtud de la gestación por sustitución. Por suerte, aunque no sin paso judicial previo⁸⁹, los TSJ de distintas CCAA están remediando esta situación en aplicación del interés superior del menor, reconociendo tal derecho vía aplicación analógica del art. 2.2 del RD 295/2009⁹⁰. A esta realidad hace referencia el voto particular de la STS 6 de febrero 2014 como argumento en favor de la aplicación de un orden público atenuado.

Discriminación de la madre de intención: lo habitual es que el padre de intención sea reconocido con anterioridad dado su habitual vínculo genético, y así se reconoce por el Estado de origen o bien vía art. 10.3 LTRHA, ahora bien, en tanto la madre de intención únicamente puede ver reconocida su filiación por medio de la adopción, su situación queda desamparada a la voluntad del padre, puesto que puede iniciarse un proceso de divorcio o incluso negarse a la adopción directamente⁹¹.

Simplemente quiere hacerse ver que el no reconocimiento sí tiene consecuencias para los menores, y por tanto toda decisión de los poderes públicos debe ser guiada – como no nos hemos cansado de reiterar – por una adecuada ponderación de los bienes jurídicos en juego. Tanto las resoluciones judiciales al amparo de la actualidad del ordenamiento jurídico, como cualquier reforma que pudiera tramitarse en relación a este asunto⁹², debe tener presente que *el progreso humano y el grado de civilización, debe medirse por el respeto, la valoración y la protección de los más débiles y desfavorecidos especialmente los niños*⁹³, por supuesto, combatiendo el tráfico internacional de menores y también, protegiendo la situación que más les favorezca en cada caso concreto.

88 En Nuñez Bolaños y otros, 2015, pp. 238 y ss. se relata un caso real que resulta absolutamente ilustrativo, en lo que respecta a la inscripción el caso se sucede de la siguiente forma: Tras el rechazo inicial por la persona encargada del RC consular, un mes después del nacimiento en presencia de los padres de intención, la madre gestante hindú y su marido en el RC consular, se inscribe al padre biológico por la declaración del marido de la madre gestante de no haber mantenido relaciones sexuales con su mujer en meses. La documentación se remite al RC de Sevilla donde las menores se inscriben con el primer apellido del padre biológico y el de la madre gestante hindú. Más de dos meses después del nacimiento se insta una demanda de adopción en favor de la madre de intención que se terminaría reconociendo.

89 ElDiario.es, *El Estado deniega el permiso de maternidad subrogada aunque la justicia lo concede*, 26 de enero de 2016. Disponible en: http://www.eldiario.es/sociedad/gestacion_subrogada-vasijas-justicia-vientre_de_alquiler-prestacion_por_maternidad_0_477702921.html

90 Art. 2 Real Decreto 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: *2. Se considerarán jurídicamente equiparables a la adopción y al acogimiento preadoptivo, 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 preadoptivo, permanente o simple, cuya duración no sea inferior a un año, cualquiera que sea su denominación. No se considerarán equiparables al acogimiento preadoptivo, permanente o simple, otras posibles modalidades de acogimiento familiar distintas a las mencionadas anteriormente.*

91 Esta posibilidad fue apuntada por Morales Porro en la mesa de debate "*Maternidad subrogada: reflexiones desde la perspectiva de los Derechos Humanos de las mujeres y de los niños y niñas*" organizada por la Asociación de Mujeres Juristas Themis, celebrada en Madrid, 29 de septiembre 2016.

92 Y es que hay voces que sostienen la tesis del TS, y en tal consideración, solo una reforma legislativa podría mejorar la protección del interés del menor en estos casos. Barber Cárcamo, 2014, p. 130: *El recurso al interés del menor como criterio directo para la determinación de la filiación es ilegal y supone una vulneración del sistema de fuentes.*

93 De Lorenzo y Montero, 2014.

3 DERECHOS FUNDAMENTALES Y HUMANOS DE LAS MUJERES

Al comienzo del trabajo se ha indicado que en el presente capítulo se variarían ciertos términos que venimos utilizando. Este cambio viene motivado debido a que distintos movimientos sociales y prestigiosos y prestigiosas juristas y profesionales, vienen denunciando las prácticas contrarias a los derechos humanos que este fenómeno ha provocado, especialmente en su práctica internacional y al respecto de mujeres en distintas situaciones de necesidad. Consideran, que los interlocutores interesados en su práctica utilizan marcados eufemismos con la intención de apartar a la sociedad civil de las verdaderas implicaciones que subyacen a la maternidad subrogada.

Las campañas de #StopSurrogacyNow (<http://www.stopsurrogacynow.com/>) y #NoMaternityTraffic (<http://www.nomaternitytraffic.eu/>) a nivel internacional y #NoSomosVasijas (<http://nosomosvasijas.eu/>) a nivel nacional, a la que se adhieron entre otras muchas la Asociación de Mujeres Juristas Themis o la Federación De Asociaciones para la Defensa de la Sanidad Pública, son unas de las más sonoras voces que no dejan de alzarse para poner en el epicentro de la cuestión bioética y jurídica los derechos fundamentales de la mujer y de los niños, así como su incidencia sobre la desigualdad económica y de género. Obviar estos aspectos éticos/jurídicos desde el paradigma feminista resultaría, cuanto menos, sospechoso⁹⁴.

Sí, esta cuestión es ineludible. Es muy importante recordar que el papel de los derechos sexuales y reproductivos es una cuestión central en materia de igualdad. A lo largo de la historia de la humanidad, la mujer ha sido relegada al papel de reproductora y cuidadora, de forma que la subordinación sexual de la mujer ha sido base del resto de subordinaciones sociales, como la privación de los derechos civiles y políticos. Bajo el yugo de una concepción patriarcal de la familia y de la sociedad la mujer ha sido objeto de cosificación e instrumentalización, al servicio de los hombres y del poder establecido, y es por ello que para la subjetividad jurídica y política de las mujeres, el reconocimiento de los derechos sexuales y reproductivos se torna tan esencial. Tras la represión franquista, los movimientos feministas comenzaron a hablar de la autonomía corporal de las mujeres, de la ruptura de la concepción de las mujeres como madres y esposas para convertirse en sujetos autónomos dotados de dignidad *kantiana*, impulsando reformas tan importantes como la despenalización del aborto, la legalización de los anticonceptivos, la creación de centros de planificación familiar, una ley del divorcio o la supresión del delito de adulterio. Reformas de indudable repercusión, sí, pero que ni mucho menos nos permiten hablar hoy día de una igualdad real; el presidente del Tribunal Supremo y del Consejo General del Poder Judicial, Carlos Lesmes, reclamó el pasado 21 de septiembre, durante la inauguración de unas jornadas de formación para jueces y magistrados sobre medidas de conciliación de la vida familiar, personal y profesional, que “*en materia de igualdad, nunca deberíamos darnos por satisfechos*”⁹⁵. Esa lucha

94 Así lo manifiesta Concepción Torres en un interesantísimo artículo: *Cuando el objeto de transacción es el útero de las mujeres* para Tribuna Feminista, publicado el pasado mes de mayo y también a raíz de la PNL presentada en la Asamblea de Madrid, donde plantea un debate sosegado y centrado en los siguientes puntos:

1. *En primer lugar, sobre las y los sujetos intervinientes en un contrato denominado de ‘gestación por subrogación’, ‘maternidad subrogada’, ‘vientres de alquiler’, etc. pero que resulta más claro en cuanto a su objeto cuando se habla de ‘alquiler de úteros’.*

2. *En segundo lugar, sobre el lugar y los espacios que ocupan cada una de las partes del contrato que se pretende regular. Y relacionado con ello, en su verdadera capacidad discursiva y de negociación cuando se olvida que las personas (y sus cuerpos) no son susceptibles de comercio a diferencia de la libre disposición de los objetos.*

3. *En tercer lugar, sobre los derechos fundamentales susceptibles de afectación y, en especial, sobre los derechos de la mujer gestante y/o portadora (no olvidemos que presta su útero para gestar hijas/os ajenos).*

4. *En cuarto lugar, sobre los derechos de las y los menores fruto (o más bien producto) de la gestación y en los riesgos reales de su mercantilización.*

5. *En quinto lugar, sobre la confusión que parece subyacer entre derechos y deseos cuando se hace referencia a las expectativas de paternidad y/o maternidad y yendo más allá al derecho a crear una familia.*

6. *Por último, relacionado con esa tensión dialéctica derechos/deseos, cabría plantear si se puede hablar de derechos cuando éstos se articulan sobre el cuerpo de los demás y, en este caso, sobre el cuerpo de las mujeres y sus capacidades reproductivas.*

Artículo disponible en: <http://tribunafeminista.org/2016/05/cuando-el-objeto-de-transaccion-es-el-utero-de-las-mujeres/>

95 <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Consejo-General-del-Poder-Judicial/En-Portada/El-presidente->

incesante contra desigualdad de género nos trae a este capítulo.

Podemos hablar de la maternidad subrogada como de una posibilidad técnica que la ciencia provee al ser humano para la reproducción. Ahora, la bioética estudia que no todas las conductas posibles en la aplicación de las ciencias biomédicas, son aceptables en relación a la dignidad de los seres humanos. Si bien, la biotecnología logró visibilizar la maternidad como una elección frente a la concepción tradicional de necesidad biológica y cultural, ello no implica que todas las aplicabilidades de la biotecnología sean liberalizadoras; la sospecha ética está sembrada. El manifiesto impulsado por la plataforma civil #NoSomosVasijas defiende que la maternidad subrogada se inscribe en el tipo de prácticas que implican el control sexual de las mujeres mermando el derecho a decidir de las mismas en materia de derechos sexuales y reproductivos, tanto el de la mujer gestante en el caso concreto bajo las condiciones contractuales que se establecen, como el de las mujeres en general bajo la lógica neoliberal del libre mercado que se sirve de la desigualdad estructural para exponer a las mujeres al tráfico reproductivo. Pero también hay quien, como bien explica PUIGPELAT MARTÍ, desde el feminismo liberal entiende que la maternidad subrogada también pone en entredicho la cultura patriarcal, por engendrar fuera del vínculo conyugal, rompiendo la conexión entre maternidad biológica y social y permite participar a las mujeres en la economía de mercado por medio del embarazo como un trabajo remunerado⁹⁶.

Se suscriban o no, de forma total o parcial, las denuncias impulsadas a este lado de la trinchera, lo que se hace evidente es que la cuestión de la mujer como sujeto autónomo en los contratos y en la fenomenología de la maternidad subrogada, adquiere una importancia capital en cualquier diálogo con mínima vocación científica. En palabras de GONZÁLEZ SUÁREZ con la maternidad subrogada la gestación no está desvinculada de las mujeres: se transfiere a otra mujer. Algunas mujeres pueden ser madres sin gestación, pero la gestación no puede ser, al menos de momento, sin mujeres⁹⁷.

3.1 DIGNIDAD Y LIBERTAD DE DECISIÓN

El debate se sirve a la luz del concepto de dignidad humana que consideremos observar. La prohibición de la esclavitud viene unida a un concepto de dignidad concreto, que entiende que la persona, así como su cuerpo, no puede ser considerado como una "cosa" objeto de propiedad ajena y de intercambio económico; este argumento ha sido rescatado con un amplio consenso al respecto de la admisibilidad de la venta de órganos *inter vivos* y, con particularidad, a la venta de gametos con fines reproductivos por medio de las THRA. Nuestro Tribunal Constitucional es partícipe de este concepto de dignidad contrario a la mercantilización del cuerpo humano, tal y como podemos ver en el FJ Octavo de la STC 212/1996, de 19 de diciembre, que resolvió el recurso de inconstitucionalidad planteado contra la Ley 42/1988, de Donación y Utilización de Embriones y Fetos Humanos, o de sus Células, Tejidos u Órganos, hoy derogada por la Ley 14/2007, de 3 de julio, de Investigación biomédica:

8. Tanto en relación con el art. 1 como en otros sucesivos (arts. 2, 3.2, 7 y Disposición adicional primera), se reprocha a la Ley el que emplee un concepto, el de donación, de preciso significado, sostienen, en nuestro Derecho y que estiman incompatible con la dignidad de la persona en cuanto supone la patrimonialización de seres humanos, cualquiera que sea su grado de desarrollo. (...), tal reproche carece totalmente de sustento desde el momento en que esta singular "donación", al igual que la de órganos humanos regulada en la Ley 30/79, o incluso la del cadáver de una persona, no implica en modo alguno la "patrimonialización", que se pretende, de la persona, lo que sería desde luego incompatible con su dignidad (art. 10.1 C.E.), sino, justamente, la exclusión de cualquier causa lucrativa o remuneratoria, expresamente prohibida por el art. 2 d) de la Ley: "*Que la donación y utilización posterior nunca tengan carácter lucrativo o comercial*".

En el caso que nos concierne, los vientres de alquiler, la mujer y su capacidad gestante son los

[del-TS-y-del-CGPJ--En-materia-de-igualdad--nunca-deberiamos-darnos-por-satisfechos-](#)

96 Puigpelat Martí, 2012, p. 60.

97 González Suárez, 2015, p. 52.

considerados objetos patrimonializados, además del menor que nace de dicha técnica, ya que aquélla es tratada de modo instrumental como mero receptáculo del ser en formación en aras de la satisfacción de los deseos de paternidad de otras personas⁹⁸. Continúa TOMÁS-VALIENTE señalando que el tema suscita multitud de interrogantes entre los que destaca *si la supuesta vulneración de la dignidad se considera inherente a este tipo de pactos per se o si, por el contrario, su afirmación se restringiría únicamente a los casos de percepción de una remuneración económica por parte de la gestante (donde sí pudiera hablarse de una verdadera «patrimonialización»)*, de tal suerte que la práctica se consideraría éticamente admisible en supuestos altruistas⁹⁹ (como ocurre, de hecho, en el contexto de la donación de órganos). Cabría añadir como reflexión, si el lucro sobre los actos altruistas de los demás no genera igualmente 'patrimonialización' o 'mercantilización', esto es, si es contrario a la dignidad de la madre gestante que en el proceso de la gestación participen agentes con ánimo de lucro o que alienten el mismo; no somos ajenos en España a las restricciones en materia de publicidad y promoción en las donaciones de gametos (art. 5.3 LTRHA), aunque sí se permite el lucro en las actividades reproductivas¹⁰⁰.

Recordemos que el Parlamento europeo declaró que la maternidad subrogada debe ser prohibida por ser contraria a la dignidad humana de la mujer, ya que su cuerpo se utiliza con intereses financieros y sus funciones reproductivas son explotadas como una materia prima, en particular en el caso de las mujeres vulnerables en los países en desarrollo. Recoge ROCA TRÍAS que la maternidad subrogada es moralmente objetable porque refuerza la desigualdad de género¹⁰¹, y es que si el feminismo no se ha cansado de reivindicar que la biología no decidiese el destino de las mujeres, es fácil encontrar objeciones morales a una técnica cuya aplicación descansa en la capacidad exclusiva para la gestación de la mujer, que refuerce a fin de cuentas la idea del útero como una materia prima para obtener el producto deseado por unos clientes que no disponen de tal materia, pero sí de poder económico.

Es necesario enfrentarse al argumento liberal que entiende la prohibición de la venta de la capacidad de gestar como una restricción paternalista injustificada a la autonomía de los vendedores autónomos y libres. Aunque no exactamente bajo este argumento, sí comparte camino la crítica que PRESNO LINERA Y JIMÉNEZ BLANCO dirigen al TS en el caso concreto; peca de cierto grado de paternalismo, dicen, cuando anula la capacidad de la mujer gestante para consentir las consecuencias del contrato¹⁰².

Recogemos las palabras de LEMA AÑÓN a quien, desde un punto de vista moral y político, cree imperativo defender que determinados aspectos de la vida social *no se organicen en torno a relaciones de mercado*. Aunque probablemente sea imposible una sociedad en la que el mercado no solo fuera la forma de distribución dominante, sino también la exclusiva. Pero aun en el caso de que fuera posible, de lo que no cabe duda es que sería *totalmente indeseable*¹⁰³. La libre autodeterminación de la madre gestante para alquilar su útero se encuentra, por tanto, limitada; puesto que ni el cuerpo humano ni sus funciones esenciales pueden constituir el objeto de un contrato¹⁰⁴. Ciertamente, los ordenamientos constitucionales de la Europa continental parecen

98 Tomás-Valiente, 2014, p. 189-190.

99 La referencia al altruismo no implica gratuidad, sino derecho a una compensación resarcitoria sin carácter lucrativo o comercial, al igual que reconoce la LTRHA para los donantes de gametos o se reconoce en Reino Unido, Portugal o Grecia para las gestantes.

100 Sin ir más lejos, a pesar de la prohibición de los vientres de alquiler, cualquier búsqueda en Internet acerca de este tema siempre viene precedido por anuncios de promoción de empresas que operan para que parejas españolas accedan a la maternidad subrogada. También es conocida la celebración de la “Feria Surrofair” que tuvo lugar en Madrid los días 7 y 8 de mayo en la que distintas empresas ofrecían sus servicios, la convocatoria no estuvo exenta de polémica: <http://www.elmundo.es/sociedad/2016/05/02/571f60a9e5fdeafa448b4688.html>

101 Roca Trías, 2015, p. 317.

102 Jiménez Blanco y Presno Linera, 2014, p. 22. Y lo cierto es que en la STS 6 de febrero 2014, la argumentación en el caso concreto del tribunal deja mucho que desear en este sentido, y bien podría aducirse que la dignidad o no de dicha mujer no era asunto de un TS, más, cuando prejuzga que nos encontramos ante un caso de “la explotación del estado de necesidad” sin mediar prueba alguna.

103 Lema Añón, 2015, p.226.

104 Godoy Vázquez, 2015, p. 251.

superar la argumentación más puramente liberal en lo que se refiere a la mercantilización del cuerpo humano, en la línea de lo argumentado por la citada STC 212/1996, de 19 de diciembre, con lo que la maternidad subrogada comercial es muy difícilmente admisible.

Para KANT, aquello que tiene precio puede ser sustituido por algo equivalente; en cambio lo que se halla por encima de todo precio y, por tanto, no admite nada equivalente, eso tiene una dignidad¹⁰⁵.

3.2 LA EXPLOTACIÓN. UNA PERSPECTIVA MUY REAL

En un estudio acerca de la maternidad subrogada publicado el año 2010, AMADOR JIMÉNEZ evidenció que para mujeres de bajos recursos e inmensas necesidades, la posibilidad de conseguir medios económicos a través de la gestación subrogada es una oportunidad en la que la voluntariedad se pone en duda por el contexto de pobreza¹⁰⁶. Como ejemplo, cita la ciudad de Hyderabad, una de las principales ciudades en las que se ofertaban los servicios de maternidad subrogada internacional hasta su reciente prohibición, y recoge de fuentes oficiales que un tercio de la población vive en *slums* (tugurios), población entre la que el 73% de las mujeres son analfabetas. La India suele exponerse como paradigma de la explotación que produce la maternidad subrogada¹⁰⁷, por tratarse de un país que combate cada día con la pobreza, y de fuerte impronta machista y clasista; el contexto de la pobreza en un mundo y unas sociedades profundamente desiguales, tanto en el ámbito económico como en el de la igualdad de género, genera nuevas cuestiones éticas a esta materia que van más allá de la patrimonialización del cuerpo humano.

Con absoluta destreza recuerda LEMA AÑÓN que la objeción de la explotación y la mercantilización tienden a confundirse en la doctrina, pero en realidad son independientes¹⁰⁸. La explotación reproductiva se produce en relación a los contratos legales en los que no media coacción directa o violencia, pero en los que la libertad contractual de las partes no es tal más allá de su formulación legal, dado que la relación material entre las partes es tan desigual, que nos permite hablar de dominación de clase de una de las partes – padres de intención – respecto de la otra parte, habitualmente sometida a un estado de necesidad – madres gestantes –. La mercantilización, como hemos visto, se refiere a la concepción del cuerpo humano como una “cosa” objeto de propiedad ajena y de intercambio económico. Si siempre que existe explotación, hay mercantilización – porque si no la hay, probablemente estaríamos hablando de trata de seres humanos o esclavitud –; no siempre que existe mercantilización, hay explotación – porque no se dan las condiciones materiales, dominación de clase y estado de necesidad, para así considerarlo –.

Una comparativa habitualmente utilizada para remarcar esta diferencia es la de la maternidad subrogada en India y en EEUU. FERNÁNDEZ GARRIDO¹⁰⁹ recoge los datos de los beneficios percibidos por las gestantes indias y estadounidenses, en comparación con el dinero pagado por los *intended parents* españoles. En el primer caso, se paga de 90 a 120.000 euros mientras que las mujeres cobran de 3 a 7.000 euros. Por su parte en California, las mujeres reciben entre 20 a 30.000 euros, mientras que quien encarga el bebé paga de 100 a 125.000 euros. En mínimos y máximos absolutos, la gestante india puede percibir entre un 2,5% y un 7,78% del montante total, mientras que la gestante californiana percibe entre un 16% y un 30%. Puede aducirse sí, que tres mil euros en la India son más valiosos que veinte mil en EEUU, pero es innegable que el peso económico de la mujer india en el contrato, siendo el sujeto verdaderamente comprometido en el

105 Kant, 2005, p.92.

106 Amador Jiménez, 2010, p. 201.

107 Para más información sobre los abusos cometidos en todo el mundo puede consultarse el trabajo realizado por la Conferencia de La Haya: *Some of the serious human, including child, rights issues which have arisen (again) in ISA cases in 2014 (Anex II of the “The Parentage / Surrogacy Project: an updating note”)*. Disponible en: <https://assets.hech.net/docs/82d31f31-294f-47fe-9166-4d9315031737.pdf>

108 Lema Añón, 2015, p.228.

109 Fernández Garrido, 2016, p. 29. Los datos varían ligeramente según las fuentes, pero los resultados que arrojan son similares a los efectos que deseamos ilustrar.

contrato, es prácticamente insignificante en relación al trabajo que realiza, y sobretodo, en comparación con la mujer estadounidense.

Igualmente, podríamos hablar en ambos casos de una decisión liberadora, que otorgase a la mujer la posibilidad del acceso a una retribución económica considerable y que le permitiese llevar una vida independiente; sin embargo, la realidad no es tal. Porque hablamos de un país en el que el 80% de matrimonios son “concertados” o acordados por los padres de los contrayentes, en el que a pesar de las prohibiciones la dote continúa siendo una realidad que determina el “valor” de una mujer, en el que la mujer deberá entregar a su marido los beneficios obtenidos por su trabajo para que él los administre y en el que la violencia de género es un problema de magnitudes inimaginables desde nuestra posición¹¹⁰. Como bien apunta LEMA AÑÓN, la incapacidad de pedir mejores condiciones, el carecer de una verdadera posición negociadora ante la falta de alternativas sociales y económicas, equivale moralmente a la incapacidad de rechazar. *Entiéndase bien, no significa que esas circunstancias hagan el consentimiento inválido en el sentido de que las haga incapaces de prestar consentimiento, pero lo que sí hace es convertir el consentimiento en moralmente dudoso en términos de explotación*¹¹¹.

En contra del argumento de la explotación se muestra LAMM, que entiende que la prohibición de los acuerdos de maternidad subrogada violan el derecho a la autodeterminación de la persona reforzando el estereotipo negativo de la mujer como incapaz de brindar un consentimiento racional¹¹². Sin embargo, la tendencia prohibicionista de distintos países “pobres” – o más bien con insalvables diferencias en renta per cápita respecto de los *intended parents* – que admitían la maternidad subrogada internacional parece dar fuerza a las denuncias de explotación que se vienen sucediendo; India, Tailandia, el Estado de Tabasco (México) y Nepal cerraron sus puertas a la maternidad subrogada internacional y comercial durante el año 2015; la única tendencia contraria, abriendo las puertas a ciudadanos extranjeros, la protagonizó Grecia, si bien, siempre bajo la modalidad altruista. A falta de instrumentos internacionales que combatiesen los abusos y la explotación, han tenido que ser los Estados de origen los que pusiesen las oportunas barreras a la industria reproductiva.

El estudio realizado por AMADOR JIMENEZ, fue llevado a cabo en la Universidad Jawaharlal Nehru de la India, por ello adquiere un valor especial sus reflexiones acerca de la concepción de la maternidad subrogada en su aplicación real en dicho país, afirma que en la aspiración de tener una familia genéticamente constituida se devela una idea hegemónica de familia, la cual **reproduce elementos racistas que instrumentalizan el cuerpo de las mujeres** –la gestante en India y la donadora de ovulos de EE.UU. o Europa–, a la vez que demerita otros tipos de conformación familiar que no están constituidos por lazos genéticos. En este contexto reproductivo, el desarrollo biotecnológico pareciera que en vez de abrir las posibilidades y deconstruir los estereotipos discriminatorios, entre hombres y mujeres o personas racialmente distintas, los está reforzando mediante prácticas esterilizadas, inmunes y planificadas, en función de la optimización de la replicación del material genético¹¹³.

Es también reseñable que la adopción es la solución a la que se alude habitualmente para las parejas infértiles que desean tener hijos. Ahora bien, no debe olvidarse que la alta demanda de adopción se convirtió también en un mecanismo de explotación sobre los países pobres en muchos casos y que llevó a prácticas igualmente execrables. Tal y como recoge ROCA TRIAS, la Corte Suprema del Estado de Nueva Jersey al resolver el caso “Baby M.” en 1987, consideró que los contratos de maternidad subrogada explotan menos a las mujeres que las adopciones. No somos ajenos a las redes de tráfico de menores que se crearon en torno a la adopción, incluso dentro de nuestras fronteras estatales¹¹⁴.

110 Los datos son extraídos del siguiente informe de la Fundación Vicente Ferrer:

<http://www.fundacionvicenteferrer.org/es/que-hacemos/mujer/mujer-desigualdades-de-genero-en-la-india>

111 Lema Añón, 2015, pp. 231-232.

112 Lamm, 2016, p. 82.

113 Amador Jiménez, 2010, p.210.

114 El País, *Hijo busca madre; madre busca hijo*, reportaje publicado el 6 de marzo de 2011, disponible en:

http://elpais.com/diario/2011/03/06/domingo/1299387153_850215.html

La propia STS 6 de febrero 2014 reconoció la importancia de la elaboración de instrumentos legales internacionales que regulasen la adopción internacional, destacando en su FJ Tercero la Cooperación en materia de Adopción Internacional hecho en La Haya el 29 de mayo de 1993. La situación hoy en día es que las adopciones internacionales en España han caído un 85% en diez años¹¹⁵, y es que los mecanismos para reducir la explotación, como la ratificación del Convenio de La Haya, que protege mejor el interés y el cuidado del menor, pero que endurece los requisitos, y el cambio de políticas de adopción en importantes países de origen como Rusia o China, han reducido fuertemente el número de adoptandos, o al menos, de adoptandos “deseados” por padres que desean adoptar, lo cual también se apunta en el artículo antes citado.

En términos de explotación, sí podemos estar ante una situación análoga entre la adopción y la maternidad subrogada internacionales, por lo que puede resultar interesante observar la evolución de las adopciones internacionales en relación a los instrumentos de control establecidos.

3.3 ARTICULAR LA LIBERTAD Y LA DIGNIDAD EN EL MARCO CONTRACTUAL

Más allá de las ópticas de la mercantilización y de la explotación, la maternidad subrogada plantea un reto como relación contractual con el que, probablemente, ninguna otra cuestión bioética se haya encontrado antes: un sujeto humano – mujer – decide donar su capacidad para gestar en favor de un tercero, lo cual implica que dicha mujer será fecundada in vitro, tendrá un embarazo durante aproximadamente nueve meses y dará a luz a un bebé, con todos los efectos y riesgos que conllevan, por cierto, muy serios y nada desdeñables. Como hemos visto, muchas mujeres se están convirtiendo en una especie de úteros transparentes para los que el observador privilegiado es quien decide, porque es quien paga; una situación inaceptable en nuestro ordenamiento constitucional que ampara los derechos fundamentales y la dignidad de la persona.

Un símil que puede servirnos a la hora de visualizar por qué y en qué medida se han de garantizar los derechos fundamentales de la madre gestante es el de la relación laboral¹¹⁶. La doctrina constitucional indica que “*el contrato de trabajo no puede considerarse como un título legitimador de recortes en el ejercicio de los derechos fundamentales que incumben al trabajador como ciudadano*” (STC 88/1985, de 19 de julio, FJ 2), en igualdad, el contrato de maternidad subrogada tampoco podría serlo de los que le corresponden a la madre gestante como ciudadana. Es decir, nuestro ordenamiento constitucional no acepta la validez de ningún contrato que esté por encima de los derechos fundamentales de la persona. Considera el TC que debe velarse por mantener intangible el contenido esencial de aquéllos, lo que significa exigir una justificación constitucionalmente aceptable de aquellas medidas que restrinjan su ejercicio; un contrato de maternidad subrogada no puede ser obstáculo para que la madre gestante ejerza, entre otros, sus derechos a la integridad física y moral (art. 15 CE), a la intimidad personal y familiar (art. 18 CE), a contraer matrimonio (art. 32 CE) o al trabajo (art. 35 CE). En la relación empresario-trabajador, los derechos del último deben ponderados para el correcto y ordenado desenvolvimiento de la actividad productiva protegido por los arts. 33 y 38 CE; en la relación padres de intención-gestante podríamos pensar que los intereses legítimos de los padres se encuentran recogidos en el principio rector por el que los poderes públicos deben asegurar la protección social, económica y jurídica de la familia (art. 39 CE), si bien, habrá que tener muy en cuenta que la protección de un derecho fundamental siempre tendrá mucho más peso un interés amparado en dichos principios, puesto que solo podrán ser alegados ante la jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen (art. 53.3 CE). Es decir, la propia ley que regulase los contratos de maternidad subrogada debería delimitar en qué se traducen dichos intereses dentro de la relación contractual, sin contravenir el contenido esencial de los derechos fundamentales de la madre gestante, ¿es posible?

115 ElDiario.es, *Las adopciones internacionales en España caen un 85% en diez años*, 18 de agosto de 2016, disponible en: http://www.eldiario.es/sociedad/adopciones-internacionales-reducen-Espana_0_546995604.html

116 Y con ello no estamos considerando, ni mucho menos, a la madre gestante una empleada de los padres comitentes. Lo que se pretende es ver cómo garantiza el Tribunal Constitucional los derechos fundamentales de una persona en un marco contractual duradero en el que también confluyen intereses de distintos sujetos.

Consciente de esta realidad, GONZÁLEZ SUÁREZ aboga por encontrar un término medio entre la prohibición y el contrato liberal, en la elaboración de una teoría del contrato que descansa en una concepción del sujeto como proyecto¹¹⁷; también GODOY VÁZQUEZ nos habla de esta posición intermedia que parece cobrar fuerza, que admite los acuerdos de gestación, sin aportación de óvulos por parte de la gestante, siempre que exista indicación médica; sean gratuitos; se realicen por motivos altruistas, como manifestación de la *sororidad* entre mujeres; y garanticen el derecho de la gestante a cambiar de opinión tras el parto¹¹⁸. Dentro de ese sujeto-proyecto, hemos considerado que es muy oportuno hablar de tres fases diferenciadas, y aunque no procede aquí realizar un exhaustivo estudio de cada una de ellas¹¹⁹, sí creemos útil ilustrar unas muy breves notas:

(a) El proceso de decisión: consentimiento informado

El Código Civil entiende que un contrato existe desde que una o varias personas consienten en obligarse; regula, en sus arts. 1262 y ss., las características de dicho consentimiento. Ahora, un contrato de maternidad subrogada no es un mero contrato civil, sus implicaciones biológicas (FIV, embarazo y parto) imponen la estructuración de un verdadero consentimiento informado (art. 8 Ley 41/2002) en torno a la validez del consentimiento para contratar. Habrá de valorarse la capacidad de esa mujer para prestarse a ser madre gestante (hay ordenamientos que incluso exigen haber sido madre previamente), la capacidad también de los padres de intención (¿deben ser valorados igual que en los procesos de adopción?), las condiciones en las que se dará la información y por quién, y ante quién se otorgará el consentimiento para verificar su validez.

(b) Maternidad gestante

Durante la aplicación de la técnica FIV necesaria, el embarazo y el parto, deberá garantizarse que esa madre cuenta con los mismos derechos que cualquier otra madre. Derecho a la asistencia sanitaria, derecho a la intimidad y a la libertad (y a que no se restrinjan sus comportamientos), o el derecho a la integridad física y moral tomando las decisiones que oportunamente considere, pudiendo acceder a los derechos de interrupción del embarazo que protege la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo¹²⁰.

Igual de importante resulta para garantizar los derechos fundamentales el que se prohíban consecuencias negativas o de naturaleza penal en los contratos ante su ejercicio, en cualquier otro caso se estaría coaccionando la libertad del ejercicio de los derechos.

(c) Nacimiento del menor

La situación jurídica que se produce tras el nacimiento es absolutamente esencial. ALICIA MIYARES considera contrario a los derechos fundamentales, por ser degradante y contrario a la dignidad humana, todo contrato que obliga a una madre a renunciar a la maternidad del hijo al que ha dado a luz¹²¹. Para aplicar este argumento deberíamos optar por la legislación del Reino Unido, en la que la filiación se determina por el parto y la madre ha de esperar un tiempo prudencial (6 semanas) para renunciar, si así lo desea, a la filiación del menor y consentir la transferencia de la misma, que deberá ser solicitada durante un plazo limitado por los *intended parents* por medio de una *parental order*. ¿Respetar los derechos de la mujer tener que renunciar a la maternidad del hijo

117 González Suárez, 2015, p.57.

118 Godoy Vázquez, 2015, p. 232.

119 Para ampliar con un caso de derecho comparado, recomendamos consultar el texto de Pinzón Marín y otros, 2015, sobre la viabilidad del desarrollo contractual en Colombia.

120 Recordemos que las decisiones en torno al embarazo corresponden siempre a la persona, son derechos personalísimos. Igual que un marido no puede decidir por una mujer qué es lo que debe hacer ante cualquier circunstancia y riesgo que se crea durante su embarazo, tampoco pueden hacerlo unos padres de intención.

121 Un argumento defendido por Alicia Miyares en la mesa de debate "Maternidad subrogada: reflexiones desde la perspectiva de los Derechos Humanos de las mujeres y de los niños y niñas" organizada por la Asociación de Mujeres Juristas Themis, celebrada en Madrid, 29 de septiembre 2016.

al que ha dado a luz? ¿Puede renunciar a tales derechos de forma previa al parto? En las vicisitudes acerca de la filiación, establecida por la voluntad o por el parto, entraremos en el próximo capítulo.

Además, tendrán que regularse los derechos a las prestaciones de la Seguridad Social a las que tendrá derecho, es evidente que sí podrá disfrutar de la prestación de riesgo durante el embarazo, pero tras el nacimiento cabe preguntarse en qué medida podrá disfrutar de la prestación de maternidad o de la de riesgo durante la lactancia natural (e igualmente para los padres de intención).

Lo cierto es que la maternidad subrogada presenta una complejidad casuística en la realidad que requiere de una extrema cautela y previsión a la hora de pensar en su regulación, en este sentido apuntaban también las recomendaciones de la CNECV en Portugal. VILAR GONZÁLEZ¹²² manifiesta que ante un incumplimiento por parte de la gestante o por parte de los padres de intención, pueden surgir infinidad de los problemas, con el grave perjuicio que esta situación supone para el menor, y/o para la gestante. Dados los derechos que están en juego, puede afirmarse que cobran mucho sentido los llamamientos al debate en profundidad y a la calma que expresaron las parlamentarias Josefa Navarro Lanchas y Beatriz Gimeno en sus artículos tras la votación de la PNL presentada en la Asamblea de Madrid en este 2016, extremos a los que ya nos referimos en el capítulo primero del trabajo.

Desde luego, dadas las características de la maternidad subrogada, cualquier modalidad contractual que no esté adecuadamente tutelada por el Estado para garantizar que en su realización se garantizan los derechos fundamentales de la madre gestante, no es admisible en nuestro ordenamiento constitucional y democrático.

3.4 BREVE APUNTE SOBRE (IN)FERTILIDAD

Ningún diálogo sobre la reproducción asistida puede obviar que hablamos de técnicas biomédicas que sustituyen, o bien asisten, la imposibilidad natural durante la reproducción; una de las grandes causas que afectan a esta imposibilidad en parejas heterosexuales, es la infertilidad. La Organización Mundial de la Salud nos dice que la infertilidad es una enfermedad del sistema reproductivo que se caracteriza por la no consecución de un embarazo clínico tras doce meses manteniendo relaciones sexuales de manera habitual sin la utilización de métodos anticonceptivos¹²³.

Según LÓPEZ GÁLVEZ Y MORENO GARCÍA, los datos son concluyentes a la hora de valorar la edad con la pérdida de fecundidad¹²⁴. En su artículo indican que si la tasa de natalidad va en descenso, aún más alarmante es la evolución de la natalidad por la edad que consideran, con el tiempo, va a generar un grave problema social en España, pero también en el resto de países europeos según los datos publicados por la OMS. Estos problemas, les hacen augurar una mayor demanda de las THRA debido a la evolución de la sociedad que posterga la maternidad incrementando los factores de riesgo.

Distintos países de la UE son conscientes de esta problemática y han comenzado a pensar en políticas activas para combatir la infertilidad y, con ello, la baja natalidad; si bien, por el momento la infertilidad se ha convertido en una industria sanitaria necesaria para dar respuesta a la búsqueda de un descendiente biológico¹²⁵. Sin embargo, esta industria no es inocua, y especialmente agravados son los efectos en el caso de la maternidad subrogada que requiere de la utilización del vientre de una mujer gestante para satisfacer la búsqueda del hijo biológico.

122 Vilar González, 2014, p. 928. En dicho texto analiza una variada casuística que puede resultar interesante.

123 OMS, Infertility definitions and terminology:

<http://www.who.int/reproductivehealth/topics/infertility/definitions/en/>

124 López Gálvez y Moreno García, 2015, p. 242.

125 Concluyen López Gálvez y Moreno García, 2015, p. 252.

La Encuesta de Población Activa (EPA) del segundo trimestre de 2016 arrojó una tasa de paro entre los menores de 25 años del 46,5% en uno de los países de la eurozona con mayor tasa de temporalidad. Debemos preguntarnos si las cargas que en el ámbito sociolaboral imponemos sobre la maternidad no son también un motivo de peso para que parte de las mujeres, en pleno ejercicio de su libertad de decisión, decidan posponer su maternidad asumiendo el riesgo de infertilidad futura que ello conlleva; no hablamos, por supuesto, de todas aquellas personas que deciden no tener descendencia y cuya autodeterminación para nada cuestionamos, sino de quienes deseando tener hijos, a lo largo de su edad fértil tienen que sopesar en la balanza las cargas sociolaborales que ello le impondrá a cada momento. Sospecho, que las cargas que la sociedad impone a la maternidad en relación a la edad en pleno siglo XXI, son inversamente proporcionales a la pérdida de fecundidad. Señala PUIGPELAT MARTÍ que si las THRA no existiesen, se haría más evidente que debe incidirse en la transformación de las estructuras sociolaborales para hacer posible que las mujeres puedan tener los hijos antes sin que ello impida su promoción profesional¹²⁶. La conclusión de esta breve referencia, no es más que la pertinencia de observar la maternidad subrogada también desde una óptica más amplia, para conocer qué otras alternativas, con menores implicaciones éticas, podrán ayudar a combatir la frustración de la infertilidad en las sociedades modernas.

4 LA AUTONOMÍA DE LA FILIACIÓN DERIVADA DE LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA. LA IMPORTANCIA CONSTITUTIVA DEL ELEMENTO VOLITIVO

La filiación es la relación o vínculo jurídico que se establece entre una persona y sus progenitores, entendidos éstos como los parientes en línea recta ascendente de una persona. Dado que es un vínculo que configura de forma esencial la familia, la filiación es una materia con una muy importante carga ideológica y su regulación ha reflejado y va a reflejar siempre el concepto de familia que maneja cada ordenamiento jurídico.

Esta carga ideológica era muy manifiesta, por ejemplo, en el ordenamiento preconstitucional que diferenciaba entre hijos legítimos (los habidos en matrimonio) e ilegítimos (el resto), sobre la que se sostenía la discriminación de estos últimos. Con la Constitución y la consagración de la igualdad (art. 14) junto con la declaración de la protección de la familia (art. 39¹²⁷), podemos hablar de una absoluta transformación del derecho de familia, que no acoge un concepto único y restrictivo de familia que deba ser objeto de protección, así, los casos en los que un modelo de familia no recibe protección jurídica deben ser delimitados con sumo cuidado, para no vulnerar el mandato constitucional protección a la familia, *por el mismo sentido amparador o tuitivo con el que la Norma fundamental considera siempre a la familia y, en especial, en el repetido art. 39, protección que responde a imperativos ligados al carácter "social" de nuestro Estado (arts. 1.1 y 9.2) y a la atención, por consiguiente, de la realidad efectiva de los modos de convivencia que en la sociedad se expresen.* (STC 222/1992, 11 de diciembre). En otras palabras, no debe ser el ordenamiento quien defina las familias de la sociedad, sino la sociedad quien defina las familias que protege el ordenamiento.

Si el entendimiento de familia que realiza el ordenamiento ha de adaptarse a la realidad social, también debe hacerlo la concepción de la filiación, por lo que podemos entender que *no existe una obligada correspondencia entre las relaciones paterno-filiales jurídicamente reconocidas y las naturales derivadas de la procreación* (STC 116/1999, 17 de junio). Ahora bien, según nuestro Código Civil la filiación puede tener lugar por naturaleza y por adopción (art. 108), y ha incluido la filiación derivada de menores nacidos por técnicas reproductivas dentro de la filiación por naturaleza, a salvo de las reglas específicas de los artículos 7 a 10 LTRHA. Aunque haya sido acentuado en muchos casos, nuestro ordenamiento continúa aceptando la verdad biológica como hecho determinante de la filiación.

126 Puigpelat Martí, 2012, p. 63.

127 El art. 39.2 CE proclama en concreto la protección integral de los hijos, *iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación.*

4.1 LA FILIACIÓN POR NATURALEZA NO LO PUEDE TODO

Existen dos factores de especial relevancia que ponen en cuestión la suficiencia del marco de filiación por naturaleza y por adopción. El primer factor son las técnicas de reproducción asistida, la ciencia nos ha permitido cuestionar la verdad biológica. El segundo factor es el reconocimiento del matrimonio igualitario, entre personas del mismo sexo, regulado por la Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio, y garantizado por la Sentencia del Tribunal Constitucional 198/2012, de 6 de noviembre. Estos dos factores han sido determinantes en los impulsos sociales hacia nuevos modelos de familia, los cuales han puesto de manifiesto la limitación de las normas de la filiación por naturaleza para atajar la realidad, como veremos.

4.1.1 AVANCE DE LA CIENCIA

Puede decirse que las THRA permiten hacer transparente la aportación biológica, de forma que ya no caben dudas sobre la paternidad genética, lo cual podría reforzar la idea biologicista de la correspondencia necesaria entre filiación genética y filiación jurídica social. Sin embargo, apunta LEMA AÑÓN, desde que se introduce la idea del tercero donante más patente se hace que la filiación jurídico-social tiene un momento atributivo a través de una serie de ficciones y de instituciones sociales y jurídicas que median, modulan, e incluso modifican la mera relación biológica¹²⁸. Las TRHA relativizan el parentesco biológico en interés de la que se considera como “verdadera”, por la sociedad.

Siendo simplistas, podemos pensar que estamos hablando de una mera sustitución; la imposibilidad biológica de un hombre para concebir, es sustituida por un donante que aporta su esperma al proceso técnico de concepción de la pareja de aquél. El donante es nadie y se garantiza su anonimato (arts. 5.5 y 8.3 LTRHA), a efectos de la filiación, y el esquema tradicional no se quiebra. Si bien, esta solución no está exenta de conflictos de interés; concretamente entre el derecho de la persona a conocer su filiación genética, el derecho a la intimidad personal y familiar de los padres jurídicos, así como el derecho a la intimidad del donante. La cuestión está sobre la mesa, países como Suecia, Alemania, Suiza, Austria, Islandia, Noruega, Países Bajos, Nueva Zelanda, Finlandia, Bélgica o Reino Unido han hecho desaparecer el anonimato por considerarlo incompatible con el derecho del nacido a conocer su propio origen; si bien, tan solo Alemania reconocería con carácter general la posibilidad de establecer un vínculo de filiación entre donante y niño, así como Suecia y Suiza de forma excepcional¹²⁹.

En el caso de la filiación por adopción ya se reconoce el derecho a conocer los orígenes biológicos por parte de las personas adoptadas, pero no solo eso, sino que la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, ha modificado la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción Internacional obligando la conservación de la información de que dispongan relativa a los orígenes del niño, en particular la información respecto a la identidad de sus progenitores, así como la historia médica del niño y de su familia (art. 12). Aunque, bien es cierto que la legislación estatal aún no obliga a informar al hijo adoptado sobre la adopción, deber que ya garantiza el Código Civil Catalán por el que los adoptantes deben informar al menor tan pronto como este tenga suficiente madurez o, como máximo, cuando cumpla doce años, salvo que esta información sea contraria al interés superior del menor (art 235-50 de la Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia).

El derecho a conocer los orígenes biológicos y genéticos de la persona fue abordado en febrero de este año por el Comité de Bioética de Cataluña en un muy interesante documento¹³⁰, considerando la importancia que dichos orígenes pueden tener en la construcción de la identidad, que es la narración que el propio sujeto hace de sus experiencias y de la historia que los otros le

128 Lema Añón, 2015, p. 319.

129 Blanco-Morales, 2015, p. 9.

130 Comité de Bioética de Cataluña, 2016.

transmiten de su vida, en un ejercicio de autoconsciencia. El Comité estudia los diversos intereses en conflicto, así como el posible alcance y también limitaciones en el ejercicio de este derecho, y estima que, independientemente del modo en que avance el debate y el cambio normativo, deben tomarse ya ciertas medidas: (1) la creación, pendiente desde la primera Ley de THRA en 1988, del Registro Nacional de Donantes de Gametos; (2) generar en la HC del recién nacido Cataluña una anotación que se refiera a la técnica de concepción empleada y a la intervención o no de donantes de gametos; (3) y sistematizar en los centros de reproducción asistida el asesoramiento y el apoyo psicológico a las parejas en relación con la información a los hijos sobre sus orígenes.

El desarrollo científico no cesa, lo cual continúa abriendo nuevas implicaciones de las THRA en la concepción de la filiación; es el caso de la “transferencia mitocondrial”. El 29 de octubre de 2015 entró en vigor en el Reino Unido una modificación de la Ley de Embriología y Fertilización Humana de 2008 que permite la realización de la denominada “transferencia mitocondrial” en seres humanos. Aunque existen diversos procedimientos, es una técnica que consiste fundamentalmente en transferir a una mujer cuya mitocondria (órganos celulares con un ADN propio y diferente al del núcleo celular cuya misión principal consiste en proveer de energía a la célula a un embrión) puede desarrollar una patología, una mitocondria sana. A pesar de los múltiples debates éticos que plantea su aplicación y que la absoluta certeza de su seguridad solo la traerán los resultados a medio y largo plazo, dicha técnica que es considerada suficientemente segura, puede suponer un avance decisivo para aquellas mujeres incapaces de tener hijos por un ADN mitocondrial defectuoso¹³¹; el pasado mes de septiembre se anunció el nacimiento de la primera persona con aportaciones genéticas de tres sujetos¹³². Con razón se pregunta BLANCO-MORALES: *¿Madre no hay más que una?*

4.1.2 NUEVOS MODELOS DE FAMILIA

Es el turno del matrimonio igualitario. Las familias homoparentales se conforman, o bien de dos hombres, o bien de dos mujeres, y como es evidente, la filiación natural no podía explicar por sí misma la descendencia de estas parejas. La Ley 13/2005 posibilitó la adopción por parte de estas familias, y las THRA permiten también que tengan descendencia genética en el seno de sus proyectos familiares; en el caso de los hombres a través de la gestación por sustitución, puesto que requieren tanto de la capacidad de gestar como de ovocitos, entraremos más tarde, y en el caso de las mujeres por medio de la FIV o la IA, se posibilita la doble maternidad cuya filiación viene amparada por el art. 7.3 de la LTRHA, que ha sido objeto de modificación reciente, por la cual es posible que una mujer casada con otra mujer, puesto que el precepto sigue vinculado al matrimonio de forma exclusiva, consienta la filiación derivada del recurso a TRA respecto del hijo biológico de su cónyuge.

En relación a la doble maternidad tenemos dos sentencias del Tribunal Supremo que ilustran la limitación de la remisión en la filiación derivada de THRA a las normas civiles¹³³:

- i. STS 5 de diciembre de 2013: aquí se discute la acción de reclamación de la filiación vía posesión de estado (art. 131 CC) por la ex-cónyuge de la madre que dio a luz a dos gemelas concebidas por FIV, previo consentimiento de ambas que contrajeron matrimonio en 2007 meses antes del nacimiento de las menores, que fueron inscritas en el RC solo como hijas de la madre gestante. En junio de 2009 la madre gestante interpone demanda de divorcio, y la cónyuge interpondría demanda de reclamación de la filiación. En su sentencia el TS anuncia la importancia de la voluntad en la filiación derivada de las THRA para dar la razón a la demandante, y lo hace con fundamento en la protección integral de los hijos con independencia de su filiación (art. 39 CE), anteponiendo el consentimiento prestado ante la clínica para la práctica de la TRA frente al consentimiento prestado ante el encargado del RC.

131 De Miguel Beriain y otros, inédito.

132 <https://www.newscientist.com/article/2107219-exclusive-worlds-first-baby-born-with-new-3-parent-technique/>

133 Excelentes son los comentarios a estas sentencias, y el análisis de la doble maternidad en relación a la filiación, realizados por Barber Cárcamo, 2014; y Farnós Amorós, 2015.

- ii. STS 15 de enero de 2014: en este caso las mujeres no llegan a establecer matrimonio durante su relación, entre 1996 y 2006, en el año 2003 una de ellas concibe por medio de reproducción asistida un hijo biológico. Tras una ruptura *complicada*, la madre no biológica del menor inicia dos acciones. Por un lado, reclama un régimen de visitas que le es concedido por la STS 12 de mayo de 2011, considerando que existió una unidad familiar y, por ende, le correspondía como allegada del menor (vía art. 160. 2 CC). Por otro lado, reclama la acción no matrimonial de filiación por la posesión de estado (art. 131 CC); el TS admite que la existencia de la posesión de estado quedaba acreditada con la unidad familiar constatada en la STS 12 de mayo 2011, además del consentimiento a la TRA – el voto particular considera que este hecho no queda probado – y la elección del nombre (se incorpora el apellido de la actora). Admitiendo nuevamente la validez del recurso a la invocación de la posesión de estado para reclamar la filiación, dada la compatibilidad del art. 7.3 LTRHA y considerando el interés superior del menor, otorga también la filiación a la madre no biológica.

En ambos casos, el TS recurre a la compatibilidad entre la posesión de estado (art. 131 CC) y la normativa especial de la LTRHA, convirtiendo *erróneamente* a la posesión de estado en título de atribución de la filiación¹³⁴. Esto es señalado también por el voto particular de la STS 15 de enero 2014: *“la posesión de estado no acredita por sí la filiación, sino que constituye una mera situación fáctica que permite presumir quiénes pueden ser los progenitores, sin que encuentre encaje con este nuevo título de determinación de la filiación que se basa en el mero consentimiento de la mujer casada con la madre receptora de la reproducción asistida”* (FD Sexto). La técnica utilizada por el criterio mayoritario de la Sala para atribuir la filiación parece no resultar correcta; sin embargo, la metodología no es casual, se realiza precisamente para proteger valores tales como el interés superior del menor y la maternidad *de facto*, y es obligada por la limitación que una filiación natural fundamentada y pensada para la verdad biológica representa para las técnicas reproductivas ya admitidas por nuestro ordenamiento. A favor de esta interpretación del Supremo, ROCA TRÍAS a la luz de la sentencia STS 5 de diciembre 2013, defiende que el interés que debe protegerse en estas situaciones es el de las niñas y la estabilidad familiar de la unidad creada, que no puede quedar al albur de la voluntad de una de las progenitoras que después de aceptar unas reglas, pretende dismantelar la unidad familiar como consecuencia de la ruptura afectiva¹³⁵.

4.2 GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN ¿MATER SEMPER CERTA EST?

El principio *Mater semper certa est*, por el que la mujer que gesta y alumbró un niño es madre a efectos jurídicos, se consagra en nuestro ordenamiento jurídico por medio del art. 10 de la LTRHA que no solo declara la nulidad de pleno derecho de los contratos de gestación por sustitución, sino que además en su apartado segundo que la filiación de los hijos nacidos así será determinada por el parto. A pesar de la claridad de nuestras normas, lo cierto es que la realidad de la gestación por sustitución rompe todos los esquemas de la filiación legal ya que separa tres de sus principales elementos: la maternidad genética, la maternidad gestacional y la maternidad afectivo-social.

Tampoco podemos olvidar que en su apartado tercero, como ya hemos visto, la ley permite establecer la filiación paterna respecto del hijo biológico de acuerdo, de acuerdo a las reglas generales que protegen la investigación de la paternidad de acuerdo con la Constitución (art. 39). En opinión de NUÑEZ BOLAÑOS, partiendo de un contrato nulo en el que intervienen ambos progenitores, si el avance de la técnica médica permite que también se aporte el material genético de la madre de intención, situaría la acción de reclamación de la filiación materna en el mismo ámbito de determinación de la filiación biológica que la filiación paterna, considerando dicha

134 Farnós Amorós, 2015, p. 27. También comparte esta crítica Barber Cárcamo, 2014, p. 128-129: *Por consiguiente, la única función que hoy realmente cumple la posesión de estado en nuestro ordenamiento es la de ser medio de prueba en los procesos entablados para determinar la filiación. Obviamente, prueba de lo que es objeto de la pretensión: la relación biológica que une al hijo con el progenitor, hecho radicalmente distinto de la voluntad de constituirse en tal sin serlo. (...) Así pues, la posesión de estado nada tiene que ver con la voluntad de ser madre (o padre) como modo originario de la filiación ni sirve como tal para establecerla.*

135 Roca Trías, 2015, p. 310.

diferencia legal de trato contraria al mandato igualitario del artículo 14 de la CE¹³⁶. Se comparte esta apreciación; si la Constitución en 1978 reconoció la importancia de la investigación la paternidad es por el hecho de que la maternidad se basaba en la certeza del parto; si a día de hoy bajo la defensa de la investigación de la paternidad, se considera que conforme a la paternidad biológica – genética – puede establecerse la filiación de un hijo nacido por gestación por sustitución, es incomprensible – y discriminatorio a nuestro modo de ver – que la ley no permita establecer ese vínculo con la madre genética del menor, más, cuando ambos padres de intención concurren conjuntamente al contrato de gestación por sustitución que la ley declara nulo.

En el derecho comparado lo habitual es que la filiación del nacido se determine en favor de los *intended parents*, superando el principio *mater semper certa est*, son los casos por ejemplo, de los arts. 1458 y 1464 del Código Civil de Grecia, así como del art. 8.7 de la Ley 32/2006, de 26 de julho, de reproducción asistida de Portugal: “*A criança que nascer através do recurso à gestação de substituição é tida como filha dos respetivos beneficiários*”. El sistema del Reino Unido, en cambio, conserva la regla tradicional de establecimiento de la maternidad por el parto y protege el derecho de la gestante a un cambio de opinión. De acuerdo con el *Human Fertilisation and Embryology Act 2008*, la filiación se determina con respecto a la madre que da a luz, y sólo se transfiere si así lo quiere, pasado un período de reflexión de seis semanas, a los padres intencionales si éstos lo solicitan ante los tribunales. El juez inglés establecerá, entonces, la filiación del niño respecto de los padres intencionales mediante una *parental order*, siempre de acuerdo al interés del menor.

Es interesante ver algunos resultados de la aplicación de las reglas de la filiación en el Reino Unido, al hilo de las investigaciones realizadas por el *Surrogacy UK Working Group on Surrogacy Law Reform*¹³⁷; en cuanto a la necesidad de la reforma, las madres gestantes sostuvieron en primer lugar hacer más fácil y transparente la gestación por sustitución, junto con la asignación de la filiación a los padres de intención desde el nacimiento; otras cuestiones con apoyo mayoritario (también por parte de los *intended parents*) es la exigibilidad de los contratos salvo que el interés superior del menor lo contradiga y, al respecto de las *parental orders*, la posibilidad de que fuesen pre-autorizadas para que fuesen efectivas desde el nacimiento. Veremos cómo modifica el Reino Unido su legislación, pero desde luego, su experiencia es de gran valor para los países que quieran plantear un sistema similar.

Ningún modelo está exento de complicaciones, si bien, el debate de fondo es el ya introducido en el capítulo anterior acerca de la exigibilidad de los contratos en orden a determinar la filiación en favor de los padres de intención, así como de la posibilidad, en caso de que no sean exigibles, de renunciar por parte de la madre gestante a la filiación con anterioridad al nacimiento.

4.3 ¿POR QUÉ NO ES POSIBLE CONSIDERAR LA VOLUNTAD COMO TÍTULO DE FILIACIÓN?¹³⁸

En realidad, la voluntad ya es título de filiación como puede leerse en los artículos 7, 8 y 9 de la LTRHA, e incluso, ya hemos visto, el Tribunal Supremo así lo ha considerado para interpretar la relación entre dichas normas y las civiles. Pero como se ha tratado de poner de manifiesto, este marco es insuficiente, los tribunales se han visto obligados a recurrir a interpretaciones forzadas para poder determinar la filiación de menores en favor de su interés superior, lo cual nos relata que la Ley no está protegiendo de forma adecuada dichos intereses. En el caso concreto de la gestación por sustitución, la problemática es aún más evidente.

Hemos hablado anteriormente de la sentencia del BGH alemán 10 de diciembre de 2014, ha de precisarse; en aquélla se estimó en interés superior del menor el registro de la filiación, sí, pero tan solo respecto del padre biológico, puesto que la completa transcripción de la sentencia

136 Nuñez Bolaños y otros, 2015, p. 256.

137 Horsey y otros, 2015, apéndices 2-4. También es llamativo el consenso contrario a la comercialización no solo en relación a la práctica en sí, sino también a la posibilidad de las clínicas de obtener beneficios.

138 Esta es la pregunta que realiza Roca Trías, 2015, p. 335.

extranjera – que no incluía referencia a la madre gestante – privaba al niño de su derecho a conocer su identidad debido al hecho que no contenía información acerca de la madre, lo cual era contrario al orden público¹³⁹. Parece que el ordenamiento alemán tampoco estaba preparado para reconocer la filiación, en condiciones de igualdad, a los padres de intención mientras protege el derecho del menor a conocer sus orígenes biológicos; entendemos que ambas situaciones no tienen por qué estar reñidas, o ser excluyentes.

El recurso a la filiación biológica paterna también fue utilizada por el TEDH en los casos *Mennesson y Labassee c. Francia*; el tribunal declaraba la importancia del elemento biológico como componente de la identidad del menor. Determinar que el interés del menor en el reconocimiento de la filiación venía refrendado por la realidad biológica, resulta controvertido en palabras de FARNÓS AMORÓS¹⁴⁰. Por suerte el TEDH pareció cambiar de rumbo en el caso *Paradiso y Campanelli c. Italia*, puesto que consideró que el Estado italiano tenía la obligación de tomar en consideración el interés superior del menor *indépendamment de la nature du lien parental, génétique ou autre*. Cosa distinta es que a efectos de acceder a la gestación por sustitución u otra técnica, como ocurre en prácticamente todos los ordenamientos, pudiera exigirse que al menos uno de los comitentes aportase su material genético, sin embargo, lo sería únicamente a dichos efectos, lo cual no tiene efectos en relación a determinar la filiación sino al acceso a la TRA.

La filiación genética es, en definitiva, un parche que los ordenamientos jurídicos aplican para paliar los efectos de una filiación natural en el contexto de las técnicas reproductivas. El recurso a la biología crea en todos los casos consecuencias discriminatorias¹⁴¹ puesto que lo más habitual es que, o bien se recurre a las TRA por la imposibilidad biológica de concebir (familias homoparentales) y por ende solo uno de los sujetos podrá aportar su gameto al hijo, o bien se recurre por una causa patológica que afecta a una pareja heterosexual, y solo la otra persona “sana” puede aportar su gameto, o bien, ambos pueden aportarlo pero la mujer es incapaz de gestar. En cualquier caso, el acceso a las técnicas reproductivas se produce por una ‘imposibilidad’, la cual no debiera ser motivo de discriminación por parte del ordenamiento jurídico.

Y es que la adopción por parte de la persona imposibilitada no es la solución, no solo porque genera perjuicios para esa persona que no aporta su genética – pues su situación queda al albur de la voluntad del sujeto que sí aporta su gameto –, sino también porque, igual que la filiación derivada de TRA se diferencia de la filiación natural, igualmente se diferencia de la filiación adoptiva; si bien la voluntad de los adoptantes también es decisiva, no abarca la decisión de crear un ser, por lo que el consentimiento a la adopción se presta siempre con posterioridad al nacimiento¹⁴².

Esto no quiere decir que el elemento biológico no tenga peso alguno en la filiación derivada de TRA. Por ejemplo, a los efectos de la imposibilidad de impugnar la filiación por la mujer progenitora ni el marido – en virtud de una interpretación acorde a la Ley 13/2005 también de la mujer casada –, cuando hayan prestado su consentimiento formal, previo y expreso a determinada fecundación con contribución de donante o donantes (art. 8.1). *A sensu contrario*, cuando no existiere dicho consentimiento la filiación sería impugnabile, salvo que, como indica FARNÓS AMORÓS, existiese vínculo genético entre la mujer casada y el nacido, puesto que ello implicaría un consentimiento al menos tácito de la TRA¹⁴³; funcionaría aquí el elemento biológico como elemento probatorio de la voluntad. Es decir, la aportación de gametos a una técnica de reproducción – salvo que se trate de un donante – puede constituir la prueba de la voluntad de un proyecto parental conjunto.

139 Lamm, 2016, p. 101.

140 Farnós Amorós, 2016, p. 103.

141 En palabras de Lamm, 2013, p. 56: Efectuar distinciones en la determinación de la filiación según se aporte material genético puede dilatar y condicionar el acceso a la filiación y puede conllevar a facilitar la determinación de la filiación respecto del comitente que sí lo hizo, generando situaciones desiguales y discriminatorias que, además, redundarían en perjuicio del niño.

142 Farnós Amorós, 2015, p. 51-52.

143 Farnós Amorós, 2015, p. 18. De acuerdo con la línea seguida por la regla del art. 235-28.2 del Código Civil de Cataluña.

Siguiendo un argumento en esta línea, la STS 5 de diciembre de 2013 nos habla de una doble filiación en el recurso a las TRA por parte de las familias homoparentales, en el fundamento jurídico tercero dice que *se posibilita la coexistencia de dos filiaciones a favor de personas del mismo sexo: una filiación materna biológica y una filiación no basada en la realidad biológica, sino en una pura ficción legal, ambas con los mismos efectos jurídicos que la filiación por naturaleza*. Si el proyecto parental es uno, si se acude de forma conjunta a una clínica de fertilidad con la intención de formar una vida, parece que la propia lógica nos lleva a que la determinación de la filiación del menor tenga su fundamento en esa voluntad para cada uno de los progenitores; aunque el hecho del parto, o la relación genética con el nacido, hagan evidente y notorio la concurrencia de esa voluntad. Lo único que hace necesaria la coexistencia de dos filiaciones distintas es la remisión a las normas civiles; el TS admite que estamos ante *una ley que trata de ordenar las relaciones familiares entre el niño nacido y los padres que tuvieron la voluntad de serlo*, por tanto, mientras los padres parten de una igualdad en su voluntad de serlo, la ley separa su filiación para tener que reordenar sus efectos después.

La voluntad de crear un ser dentro de un proyecto familiar¹⁴⁴ puede considerarse título de filiación de ese o esa menor que nacerá de las técnicas reproductivas que se apliquen y del posterior embarazo y parto. Estamos ante una nueva noción de parentalidad que pone el acento sobre la voluntad, bajo la forma de una toma en consideración de la responsabilidad voluntariamente asumida en el ejercicio de la función parental¹⁴⁵. Esa voluntad es expresada a través del consentimiento informado a las TRA (art. 6), un consentimiento que es perfectamente verificable, y su consideración en primacía permite la filiación en condiciones de igualdad por quienes han asumido dicha responsabilidad de forma conjunta, sin olvidar, el papel que la propia biología va a tener como fundamento de dicho consentimiento. De las técnicas de reproducción asistida deriva una realidad profundamente distinta de la verdad biológica, lo que implica, a nuestro parecer, que la filiación derivada de aquélla debiera ser considerada por el legislador como una categoría autónoma.

5 CONSIDERACIONES FINALES

* Mantener la prohibición y nulidad de los contratos de gestación por sustitución es una opción perfectamente válida. Ahora bien, el art. 10 LTRHA es un marco legal absolutamente insuficiente – incluso desde la perspectiva de la prohibición –; la realidad de este fenómeno ha supuesto que nuestros tribunales, el registro civil o la seguridad social, hayan tenido que enfrentarse a realidades que superan el marco legal establecido, y por ende tomar decisiones con un respaldo normativo muy cuestionable y ausente de seguridad jurídica para padres de intención y menores. Esta responsabilidad del legislador ha vuelto a ser omitida en la (nueva) Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil, que entrará en vigor, en su totalidad, el próximo 30 de junio de 2017. Padres y madres de intención y menores merecen al menos, en un sentido u otro, seguridad jurídica para sus realidades.

* El interés superior del menor es un concepto jurídico indeterminado, no indeterminable, que de acuerdo con el Comité de los Derechos del Niño en su Observación General No.14 sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial: es un derecho sustantivo, un principio jurídico interpretativo fundamental y una norma de procedimiento. Lo cual no solo obliga a los tribunales a determinarlo y considerar su valor superior en el caso concreto, sino también al legislador a adoptar las medidas oportunas para garantizarlo. Si estas consideraciones son tan evidentes respecto de todo menor – como parece inferirse de las reformas acontecidas durante 2015 en la legislación –, también deben serlo respecto de los nacidos por gestación por sustitución.

144 Lamm, 2013, la define como 'voluntad procreacional'

145 Tamayo Haya, 2013, p. 299.

* El Tribunal Supremo y la *Cour de Cassation* se han agarrado al discurso del fraude de ley para denegar el reconocimiento de las filiaciones derivadas de contratos de gestación por sustitución. Tras esa férrea protección de la letra de la ley nacional, se esconde el argumento que afirma que aceptar el reconocimiento de estas filiaciones, fomentará dichas conductas en el futuro. La creciente expansión de este fenómeno parece indicar que estas políticas son ineficaces; no solo eso, de acuerdo con CALVO CARAVACA Y CARRASCOSA GONZÁLEZ (2015), la lucha contra los movimientos estratégicos de los particulares que persiguen burlar la normal aplicación de las normas imperativas de un Estado no puede llevarse a cabo a toda costa, y menos castigarse con mecanismos jurídicos que supongan perjuicios para menores.

* Ampliando este argumento, en palabras de ROCA TRIAS (2015) debe distinguirse claramente entre el contrato de maternidad subrogada y el interés de los niños nacidos por este procedimiento. El interés de los menores en la protección de su dignidad implica el reconocimiento de la filiación, independientemente o no de la relación biológica con sus padres de intención. Y lo que no puede producirse es la desprotección de los hijos, porque *sería tanto como hacerles pagar por los pecados de sus padres*, concepción afortunadamente superada. La visión del TS parece ser que el reconocimiento de la filiación es favorecer a los padres de intención, cuando el verdadero sujeto de la filiación, quienes más ganan y pierden con la filiación, son los menores, ¿albergaríamos alguna duda si hablásemos de escolarización?

* Llama la atención que la comercialización del cuerpo de la mujer y de los menores sea una preocupación tan ardiente en los países que prohíben la gestación por sustitución y, sin embargo – al menos en España –, las empresas que ofrecen dichos 'servicios' son legales y actúan sin limitación alguna. No solo a través de Internet, basta googlear cualquier término relacionado y se disparan en las primeras búsquedas anuncios de dichas empresas; los días 7 y 8 de mayo de 2016 tuvo lugar en Madrid la feria “*Surrofair*”, en la que se ofrecían los servicios de varias empresas en distintos países del mundo. Darnovsky y Beeson (2014) dicen que al igual que en la adopción internacional, se ha demostrado que la implicación de intermediarios y empresas con ánimo de lucro conllevan prácticas absolutamente inmorales. Por dicha razón se preguntan si debe permitirse que dichas agencias con ánimo de lucro continúen operando.

* No se han hallado evidencias que hagan incompatible proteger la dignidad y los derechos fundamentales de las mujeres con la protección adecuada del interés superior de cada menor. En efecto, el interés de niños de *carne y hueso* en recibir la protección especial que merecen sus derechos, sus necesidades y sus problemas desde su estancia en España, en condiciones de igualdad con el resto de niños, no resulta contradictorio a impulsar determinadas políticas, especialmente a nivel internacional – con especial mención a la Conferencia Internacional de La Haya –, que eviten y castiguen la explotación de la mujer.

* En palabras de GODOY VÁZQUEZ (2015), con respecto a la gestación por sustitución, debe considerarse que es la prestación en sí misma la que conlleva el riesgo de instrumentalización del cuerpo de la mujer, con independencia que se realice o no a título gratuito. No podemos estar más de acuerdo, y es por ello que la óptica de los derechos fundamentales y humanos de la mujer es innegociable en la consideración ética y jurídica de esta práctica.

*Frente a un debate en las antípodas entre la dignidad o no de la venta de la capacidad de gestar como fuerza productiva de trabajo, en términos generales, puede afirmarse que las propuestas en torno a una maternidad subrogada altruista van adquiriendo un mínimo consenso ético reseñable en nuestro entorno; la solidaridad/*sororidad* como fundamento de la decisión de una mujer para prestar su capacidad como gestante a otros sujetos, pudiere resultar legítimo desde un punto de vista constitucional.

* Contando con los instrumentos adecuados para combatir y eliminar la explotación, LEMA AÑÓN (2015) nos invita a imaginar formas en las cuales estas prácticas lejos de ser opresoras puedan contribuir a que las mujeres implicadas exploren formas de tomar el control sobre sí mismas y hasta subvertir normas e instituciones tradicionalmente vinculadas a su opresión. Es una

perspectiva muy interesante que, sin embargo, está aún muy lejos de poder constatarse en la realidad.

* Las denuncias de #StopSurrogacyNow evidencian que la mayoría de las mujeres no reciben dinero por sus intentos de quedar embarazadas, y ni siquiera por los periodos de embarazo, sino hasta que entregan al bebé ya nacido, y sano. *Money for child. A child is ordered, delivered, and paid. Why do we not legalize the trading of humans at all?* ¿Hay una diferencia real entre la madre que vende a un hijo al nacer, y la madre gestante a la que no se le entrega la gran mayoría del dinero pactado hasta que ella entrega al bebé sano y deseado por la otra parte contratante?

* Los deseos, por legítimos que sean, no están por encima de los derechos fundamentales y humanos. Ninguna ley puede hacer prevalecer los deseos por encima de los derechos, al menos, en nuestro sistema constitucional. *Parece imposible que todas las parejas infértiles, y homosexuales, pudieran acceder a la gestación por sustitución sin comprometer los derechos de las mujeres.* Por eso es tan importante que se valoren por parte de los poderes públicos invertir en impulsar alternativas viables, como pueden ser la adopción o combatir la infertilidad.

* La filiación es autónoma al derecho a conocer los orígenes biológicos y genéticos; ahora bien, tal y como recomienda el Comité de Bioética de Cataluña (2016), España debe realizar una reflexión acerca de este derecho y abordarlo en el plano normativo igual que se está haciendo con la adopción.

* Uno de los mayores dilemas éticos que hemos encontrado en la regulación contractual de la maternidad subrogada, es la planteada por ALICIA MIYARES (2016) en la mesa de debate "Maternidad subrogada: reflexiones desde la perspectiva de los Derechos Humanos de las mujeres y de los niños y niñas" organizada por la Asociación de Mujeres Juristas Themis, celebrada en Madrid, 29 de septiembre 2016; ¿es contrario a la dignidad de la mujer que deba renunciar al hijo que va a gestar? El Reino Unido así lo considera, y en tal caso y teniendo la posibilidad de renunciar o no ¿puede hacerlo antes del parto?

* La certeza biológica del parto ha impuesto siempre la carga del cuidado sobre la mujer que ha parido, la biología determinaba que un bebé, al despertar en este mundo, tendría, al menos, una persona que se hiciese cargo de él – la madre que lo parió –. El criterio de la voluntad en la determinación de la filiación rompe con este relato, según TAMAYO HAYA (2013) el principio *mater semper certa est* contribuye a reforzar el estereotipo relativo a la inevitabilidad del destino biológico de la mujer, exaltando las experiencias de la gestación y el parto por encima de la formación de decisiones y expectativas emocionales. Consideramos, que la co-responsabilidad jurídica asumida por una pareja de forma previa al nacimiento de un bebé, es un título de filiación absolutamente aceptable por nuestra sociedad.

* Ahora, igual de importante es que dicha responsabilidad se ejerza y asuma de modo incondicional, es decir, la voluntad como título de filiación no puede justificar la compra de *niños a la carta*. Estamos ante dos fenómenos distintos y habitualmente confundidos; la voluntad como título de filiación debe ser la manifestación incondicional del deber jurídico de asumir la paternidad/maternidad de un ser que va a llevarse a término gracias a una técnica reproductiva. Una vez más, los derechos fundamentales deben ser garantizados por encima de cualquier deseo.

BIBLIOGRAFIA

- Amador Jiménez, Mónica (2010) *Biopolíticas y biotecnologías: reflexiones sobre maternidad subrogada en India*. Revista CS, ISSN-e 2011-0324, Nº. 6, 2010 (Ejemplar dedicado a: Ciencia, Tecnología y Sociedad), págs. 193-217.
- Barber Cárcamo, Roncesvalles (2014) *Doble maternidad legal, filiación y relaciones parentales*. Derecho Privado y Constitución ISSN: 1133-8768. Núm. 28, enero-diciembre 2014, págs. 93-136.
- Beaumont, Paul; y Trimmings, Katarina (2016) *Recent jurisprudence of the European Court of Human Rights in the area of cross-border surrogacy: is there still a need for global regulation of surrogacy?*. En: *Migrant Children in the XXI Century: Selected Issues of Public and Private International Law*. Editoriale Scientifica, 2016, 20 págs. Disponible en: <http://www.abdn.ac.uk/law/research/working-papers-455.php>
- Blanco-Morales Limones, Pilar (2015) *Una filiación: tres modalidades de establecimiento. La tensión entre la ley, la biología y el afecto*. Bitácora Millennium DIPr: Derecho Internacional Privado, ISSN: 2444-3220, Nº 1, 2015.
- Brunet, Laurence (Dir.); Carruthers, Janeen; Davaki, Konstantina; King, Derek; Marzo, Claire; Y Mccandless, Julie (2013) *A comparative study on the regime of surrogacy in EU member states*. Policy department c: citizens' rights and constitutional affairs, mayo 2013. disponible en: [http://www.europarl.europa.eu/regdata/etudes/etudes/join/2013/474403/ipol-juri_et\(2013\)474403_en.pdf](http://www.europarl.europa.eu/regdata/etudes/etudes/join/2013/474403/ipol-juri_et(2013)474403_en.pdf)
- Calvo Caravaca, Alfonso-Luis; y Carrascosa González, Javier (2015) *Gestación por sustitución y derecho internacional privado. Más allá del Tribunal Supremo y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*. Cuadernos de Derecho Transnacional (Octubre 2015), Vol. 7, Nº 2, págs. 45-113.
- Calvo Caravaca, Alfonso-Luis; y Carrascosa González, Javier (2011) *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, págs. 247-262.
- Comitè de Bioètica de Catalunya (2016) *El derecho a conocer los orígenes biológicos y genéticos de la persona*. Documento aprobado en la 97ª reunión plenaria del Comité de Bioética de Cataluña del día 24 de febrero de 2016. Disponible en: <http://comitebioetica.cat/wp-content/uploads/2016/06/Derecho-a-conocer-los-origenes-biologicos-CBC1.pdf>
- Corbella i Duch, Josep (2014) *La maternidad subrogada: Una prohibición donde confluyen el derecho sanitario y el derecho civil en la protección de la dignidad de la persona*. XXI Congreso Nacional de Derecho Sanitario, 16 de octubre 2014. Disponible en: http://www.aeds.org/congreso/XXI Congreso/prog_cientifico.html
- Darnovsky, Marcy; Beeson Diane (2014) *Global Surrogacy Practices*. Report from the International Forum on Intercountry Adoption and Global Surrogacy, La Haya, 11–13 August 2014. Instituto Internacional de Estudios Sociales de La Haya, working paper nº 601. Disponible en: <http://repub.eur.nl/pub/77402/wp601.pdf>
- De Lorenzo y Montero, Ricardo (2014) *El derecho a la defensa del interés superior del menor*, 29 de abril de 2014 (Blog del autor). Disponible en: <http://derechosanitario-rdl.blogspot.com.es/2014/04/el-derecho-la-defensa-del-interes.html>

- De Miguel Beriain, Iñigo; Atienza Macías, Elena; y Armaza Armaza, Emilio José (INÉDITO) *Reflexiones éticas sobre la transferencia mitocondrial: un nuevo problema para la bioética.*
- Durán Ayago, Antonia (2015) *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.* Bitácora Millennium DIPr: Derecho Internacional Privado, ISSN-e 2444-3220, N.º. 2, 2015.
- Durán Ayago, Antonia (2012) *El acceso al Registro Civil de certificaciones registrales extranjeras a la luz de la ley 20/2011: relevancia para los casos de filiación habida a través de gestación por sustitución.* Anuario español de derecho internacional privado, ISSN 1578-3138, N.º. 12, 2012, págs. 265-308.
- Eco, Umberto (2000) *Cómo se hace una tesis: Técnicas y procedimientos de investigación, estudio y escritura.* Versión castellana de Lucía Baranda y Alberto Clavería Ibáñez. Gedisa Editorial, 24ª edición, México, 2000. (publicación original 1989)
- Farnós Amorós, Esther (2016) *La reproducción asistida ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: De Evans c. Reino Unido a Parrillo c. Italia.* Revista de bioética y derecho: publicación del Máster en bioética y derecho, ISSN-e 1886-5887, N.º. 36, 2016, págs. 93-111.
- Farnós Amorós, Esther (2015) *La filiación derivada de reproducción asistida: voluntad y biología.* Anuario de derecho civil, ISSN 0210-301X, Vol. 68, N.º 1, 2015, págs. 5-61
- Fernandez Garrido, Montse (2016) *Gestació subrogada o ventres de lloguer. Mòn Jurídic, Revista de l'il·lustre col·legi de l'advocacia de Barcelona N.º 306, junio/julio 2016, págs. 26-30.*
- Feraci, Ornella (2015) *Maternità surrogata conclusa all'estero e convenzione europea dei diritti dell'uomo: riflessioni a margine della sentenza Paradiso e Campanelli c. Italia.* Cuadernos de Derecho Transnacional (Octubre 2015), Vol. 7, N.º 2, págs. 420-439.
- Godoy Vázquez, M^a. Olaya (2016) *Impacto de la jurisprudencia del TEDH en la legislación de los estados miembros en materia de subrogación uterina* en Bioética y nuevos derechos / José Antonio Santos Arnaiz (ed. lit.), Marta Albert (ed. lit.), Cristina Hermida del Llano (ed. lit.). Editorial Comares, S.L., 2016, págs. 233-264.
- Godoy Vázquez, M^a. Olaya (2015) "Regulación del contrato de subrogación uterina: protección del bien público e interés privado" en MARÍA J. ROCA, coord. Derecho público y Derecho privado: diferencias de régimen jurídico y cuestiones actuales de recíproca influencia. Iustel, Madrid, 2015, pp. 223-253
- González Pérez de Castro, Maricela (2013) *La verdad biológica en la determinación de la filiación* ed. Dykinson, Madrid, 2013, 374 págs.
- González Suárez, Amalia (2015) *De tumba a útero.* Investigaciones feministas: papeles de estudios de mujeres, feministas y de género, ISSN 2171-6080, N.º. 6, 2015 (Ejemplar dedicado a: Cuerpo, filosofía y feminismo), págs. 39-59.
- Horse, Kirsty (2016) *Fraying at the edges: UK surrogacy law in 2015.* Medical Law Review Advance Access published April 25, 2016.
- Horse, Kirsty; Ghevaert, Louisa; Jones, Sarah; Norcross, Sarah; y Smith, Natalie (2015) *Surrogacy in UK: Myth busting and reform.* Report of the Surrogacy UK Working, Noviembre 2015. Disponible en: <https://www.kent.ac.uk/law/research/projects/current/surrogacy/Surrogacy%20in%20the%20UK%20Report%20FINAL.pdf>

- Kant, Immanuel (2005) *La metafísica de las costumbres Traducción: Adela Cortina Orts y Jesús Conill Sancho Tecnos, 4ª edición, 2005 (publicación original 1785)*
- Lamm, Eleonora (2016) *Una vez más sobre gestación por sustitución, porque sin marco legal se siguen sumando violaciones a derechos humanos. Ars Iuris Salmanticensis Estudios, Vol. 4, Junio 2016 págs. 61-107.*
- Lamm, Eleonora (2013) *Gestación por sustitución: ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres.* Universitat de Barcelona, Publicacions i Edicions, D.L. Barcelona, 2013.
- Lema Añón, Carlos (2015) *Mujeres y reproducción asistida: ¿autonomía o sujeción?. Treinta años de reproducción asistida en España: una mirada interdisciplinaria a un fenómeno global y actual (Estudio doctrinal), Boletín del Ministerio de Justicia, Núm. 2179, Junio de 2015, págs 205-238 [online]*
- López Gálvez, J. Jesús; y Moreno García, J. Manuel (2015) *¿«Industria de la fertilidad» o respuesta a la búsqueda del hijo biológico?. Treinta años de reproducción asistida en España: una mirada interdisciplinaria a un fenómeno global y actual (Estudio doctrinal), Boletín del Ministerio de Justicia, Núm. 2179, Junio de 2015, págs 239-266 [online]*
- Núñez Bolaños, María; Nicasio Jaramillo, Isabel; y Pizarro Moreno, Eugenio (2015) *El interés del menor y los supuestos de discriminación en la maternidad subrogada, entre la realidad jurídica y la ficción.* Derecho Privado y Constitución ISSN-L: 1133-8768. Núm. 29, enero-diciembre 2015. Págs. 227-261
- Presno Linera, Miguel Ángel; y Jiménez Blanco, Pilar (2014) *Libertad, igualdad, ¿maternidad?. La gestación por sustitución y su tratamiento en la jurisprudencia española y europea.* Civitas, Revista española de derecho europeo, ISSN 1579-6302, Nº. 51, 2014, págs. 9-44.
- Pinzón Marín, Inés; Rueda Barrera, Eduardo; y Mejía Patiño, Omar (2015) *La aceptabilidad jurídica de la técnica de gestación de vida humana por sustitución de vientre.* Revista de derecho y genoma humano, ISSN 1134-7198, Nº 43, 2015.
- Puigpelat Martí, Francesca (2012) *La maternidad por sustitución: ¿una vía para extender los derechos reproductivos de las mujeres?.* Fundación Víctor Grífols i Lucas, Interrogantes éticos 03, 2012/10, págs 56-72. Disponible en: <http://www.fundaciogrifols.org/es/web/fundacio/-/03-surrogate-pregnancy-an-analysis-of-the-current-situation>
- Quiñones Escámez, Ana (2009) *Doble filiación paterna de gemelos nacidos en el extranjero mediante maternidad subrogada.* Indret: Revista para el Análisis del Derecho, ISSN-e 1698-739X, Nº. 3, 2009.
- Roca Trías, Encarnación (2015) *Dura Lex Sed Lex. O de cómo integrar el interés del menor y la prohibición de la maternidad subrogada.* Treinta años de reproducción asistida en España: una mirada interdisciplinaria a un fenómeno global y actual (Estudio doctrinal), Boletín del Ministerio de Justicia, Núm. 2179, Junio de 2015, págs 301-338 [online]
- Tamayo Haya, Silvia (2013) *Hacia un nuevo modelo de filiación basado en la voluntad de las sociedades contemporáneas.* Revista Digital Facultad de Derecho, ISSN-e 1989-6085, Nº. 6, 2013 (Ejemplar dedicado a: Premios García Goyena XII Edición), págs. 261-316
- Tomás-Valiente Lanuza, Carmen (2014) *La dignidad humana y sus consecuencias normativas en la argumentación jurídica: ¿un concepto útil?.* Revista española de derecho constitucional, ISSN 0211-5743, Año nº 34, Nº 102, 2014, págs. 167-208

Vicente Giménez, Teresa (2016) *La subjetividad político-jurídica de las mujeres y la biotecnología como política de reproducción*. Bioderecho.es: Revista internacional de investigación en Bioderecho, ISSN-e 2386-6594, Núm. 3, 2016, 78 págs.

Vilar González, Silvia (2014) *Situación actual de la gestación por sustitución*. Revista de Derecho UNED, N° 14, 2014, págs. 897-933.

ANEXO I

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.

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 primará 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.

(Redacción publicada el 23/07/2015, en vigor a partir del 12/08/2015, introducida por la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia)