

# Bioética Y nuevos derechos

José Antonio Santos  
— Marta Albert  
Cristina Hermida  
(Eds.)

Biblioteca de derecho y ciencias de la vida



---

BIOÉTICA Y NUEVOS DERECHOS

---

JOSÉ ANTONIO SANTOS  
MARTA ALBERT  
CRISTINA HERMIDA  
(Eds.)

BIOÉTICA  
Y  
NUEVOS DERECHOS

## SUMARIO

PRESENTACIÓN .....	XI
<i>José Antonio Santos, María Albert y Cristina Hermida</i>	
<b>BIOÉTICA, ÉTICA MÉDICA Y DIGNIDAD HUMANA</b>	
EL PENSAMIENTO DE EDMUND PELLEGRINO SOBRE LA IDENTIDAD DE LAS PROFESIONES SANITARIAS .....	3
<i>Manuel de Santiago</i>	
TIEMPO HISTÓRICO, NATURALEZA HUMANA Y PERFECCIONISMO .....	17
<i>José Antonio Santos</i>	
BIOÉTICA, CONSTRUCCIÓN Y DIGNIDAD DE LA PERSONA .....	29
<i>Vicente Ballester</i>	
DIGNIDAD HUMANA Y NUEVOS DERECHOS .....	47
<i>Ángela Aparisi</i>	
LOS RETOS ACTUALES DE LA BIOÉTICA. ¿QUÉ HACER CON LOS PRINCIPIOS? .....	79
<i>Ernesto Vidal</i>	
EL ACTUAL PARADIGMA SUBJETIVISTA DE LA SALUD Y SUS REPERCUSIONES EN SU CONFIGURACIÓN COMO DERECHO HUMANO Y SU COBERTURA UNIVERSAL .....	105
<i>Pedro Talavera</i>	
<b>FAMILIA Y SALUD DE LA MUJER</b>	
CORRESPONSABILIDAD FAMILIAR DESDE UNA ÓPTICA DE GÉNERO .....	135
<i>Encarnación Fernández Ruiz-Gálvez</i>	
MATRIMONIO ENTRE PERSONAS DEL MISMO SEXO Y DECONSTRUCCIÓN. EXIGENCIAS METODOLÓGICAS .....	153
<i>Raül Madrid</i>	

© Los autores

Editorial Comares, S.L.  
Polígono Juncanil  
C/ Baza, parcela 208  
18220 Albolote (Granada)  
Tlf.: 958 465 382

<http://www.editorialcomares.com> • E-mail: [libreriacomares@comares.com](mailto:libreriacomares@comares.com)  
<https://www.facebook.com/Comares> • <https://twitter.com/comareseditor>  
ISBN: 978-84-9045-400-8 • Depósito legal: GR. 490/2016  
Fotocomposición, impresión y encuadernación: Comares

Mujer y nuevos derechos .....	175
<i>Marta Cruz Díaz de Terán</i>	
<b>DERECHO A LA VIDA PRIVADA Y FAMILIAR</b>	
AVENTURAS Y DESVENTURAS DEL DERECHO A LA INTIMIDAD .....	187
<i>Claudio Sartza</i>	
PRIVACIDAD Y DERECHO A MORIR .....	203
<i>Marta Albert</i>	
VIDA PRIVADA Y EUTANASIA: EL CASO KOCH CONTRA ALEMANIA .....	219
<i>Cristina Hernida</i>	
IMPACTO DE LA JURISPRUDENCIA DEL TEDH EN LA LEGISLACIÓN DE LOS ESTADOS MIEMBROS EN MATERIA DE SUBROGACIÓN UTERINA .....	233
<i>Olaya Godoy</i>	
¿CUÁLES DERECHOS ESTÁN IMPLICADOS EN LAS TÉCNICAS DE FECUNDACIÓN ARTIFICIAL? .....	265
<i>Jorge Nicolás Lafferriere</i>	
<b>OBJECCIÓN DE CONCIENCIA</b>	
BIOÉTICA EN EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL .....	283
<i>Andrés Ollero</i>	
¿OBJECCIÓN DE CONCIENCIA SANITARIA POSITIVA? .....	295
<i>José Antonio Seoane</i>	
<b>BIOÉTICA Y MEDIOAMBIENTE</b>	
LOS ANIMALES COMO SUJETOS DE DERECHOS .....	311
<i>Angela Vicomto</i>	
DERECHOS HUMANOS Y DERECHOS DE LA NATURALEZA: DE LA CONTRADICCIÓN A LA SÍNTESIS .....	337
<i>Aurelio de Prada</i>	

## PRESENTACIÓN

El germen de este libro fue el Seminario Internacional de Bioética y nuevos derechos, organizado por los profesores José Antonio Santos, Marta Albert y Cristina Hernida y celebrado los días 11, 12 y 13 de marzo de 2015 en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Rey Juan Carlos, el cual reunió gracias a la financiación de la Cátedra de Bioética y Bioderecho a un nutrido grupo de profesionales españoles e internacionales, en torno a la problemática de los actuales desafíos que plantea la bioética y su relación con los nuevos derechos.

Desde una perspectiva comprometida con el momento actual, hemos pretendido trazar un camino en la interpretación del debate sobre los nuevos derechos con el objetivo de sistematizar y aportar algo luz a esta cuestión. Así, la finalidad perseguida parte del análisis de las cuestiones bioéticas más actuales desde el marco de los derechos humanos, prestando especial atención a la dimensión ética y jurídica que todo problema bioético esconde y, a la vez, estructurando el debido debate en torno a la jurisprudencia, la legislación y la doctrina. Tal visión no puede conducir a actitudes imperativas fuera ya del tiempo histórico; pero tampoco resolverse desde una falsa versión de *tolerancia* que, en la práctica, disuelve el contenido ético y jurídico de los valores de los profesionales del derecho y de la medicina, al mismo tiempo que vacía de contenido la identidad profesional cayendo en una retórica relativista.

La obra se estructura en cinco partes. La primera lleva por nombre «bioética, ética médica y dignidad humana», y abre con el artículo del doctor Manuel de Santiago, del Colegio de Médicos de Madrid, titulado *El pensamiento de Edmund Pellegrino sobre la identidad de las profesiones sanitarias*. El trabajo centra su atención en la crisis de identidad que acontece actualmente en la medicina. Desde una ética médica de la virtud, genuina y permanente, se plasma una crítica a la *invasión* que la sociedad —ayudada por el poder político y el mercado— viene llevando a cabo en la práctica de la medicina en el último medio siglo. Esto es, un «construccionismo social» —en palabras de Pellegrino— que, respondiendo a sus intereses, acaba negando toda identidad al arte médico y transformando los fines e ideales que lo han configurado, para dejar en un segundo plano los valores fundantes de la profesión. En esta tesitura, el autor pretende

incurables, convirtiéndolo en uno de los derechos de los pacientes. La autorización de fácil acceso a sustancias letales está en contra de este principio»<sup>32</sup>.

No olvidemos que los derechos son triunfos frente a la mayoría, en palabras de Dworkin. Como dijo el Dr. Fergusson, portavoz del CNK (*Care Not Killing*) en el caso Nicklison, el fallo confirma que «incluso en las sociedades libres y democráticas hay límites a la posibilidad de elegir. Toda ley limita la capacidad de elección y evita que algunas personas hagan lo que desesperadamente quieren hacer, pero esto es necesario para proteger a otros, especialmente los más vulnerables de nuestra sociedad»<sup>33</sup>.

Precisamente sobre el debate del suicidio asistido en el Consejo de Europa y la gravísima contradicción del Tribunal de Estrasburgo en el caso Koch contra Alemania, Profesionales por la Ética recabó la opinión de Roger Kiska, representante de *Alliance Defending Freedom* (ADF), quien afirmó —y termino con sus palabras—: «el Estado se reserva el derecho a proteger la vida. No debiera ser obligado para ayudar a eliminarla. La decisión *[en el caso Koch vs. Germany]* socava ese derecho al declarar la existencia de un derecho sustantivo al suicidio asistido. Decir que Alemania ha violado los derechos de privacidad de un hombre por haberle negado las drogas letales que pidió para que su mujer se suicidara es una pesadilla sin precedentes y sin ninguna base en el Convenio Europeo de Derechos Humanos. El Tribunal encontró «penumbras» procedimentales dimanantes de derechos que no existen en el art. 8 de la Convención y eso abre la puerta a la confusión y al abuso»<sup>34</sup>.

<sup>32</sup> Puppineck, G., «Koch v. Germany: The ECHR called again to decide on assisted suicides», [Consulta: 08-09-2011].

<sup>33</sup> «Care Not Killing welcomes the High Court ruling on the “Tony Nicklison” and “Martin” cases», <http://www.carenotkilling.org.uk/press-releases/cnk-welcomes-high-court-ruling/> [Consulta: 15/08/2008].

<sup>34</sup> «La Justicia británica rechaza el «derecho» a «suicidio asistido» de un enfermo grave», en *ABC*, 16 de agosto de 2012. <http://www.profesionalesetica.org/2012/08/el-tribunal-supremo-britanico-rechaza-el-supuesto-derecho-al-suicidio-asistido-de-un-enfermo-grave/>

## IMPACTO DE LA JURISPRUDENCIA DEL TEDH EN LA LEGISLACIÓN DE LOS ESTADOS MIEMBROS EN MATERIA DE SUBROGACIÓN UTERINA\*

M. OLAYA GODOY  
*Universidad de Alcalá*

SUMARIO: 1. LA SUBROGACIÓN UTERINA COMO PARADIGMA DEL TURISMO REPRODUCTIVO INTERNACIONAL. 2. LA SUBROGACIÓN UTERINA: CONCEPTO Y MODALIDADES. 3. TRATAMIENTO DE LA SUBROGACIÓN UTERINA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL. 3.1. Nulidad del contrato de gestación por sustitución. 3.2. Determinación de la filiación del nacido en España vía gestación por sustitución. 3.3. Inscripción en el Registro Civil español de la filiación derivada de un convenio de gestación por sustitución concertado y ejecutado conforme a legislación extranjera. 4. LA SUBROGACIÓN UTERINA EN LA JURISPRUDENCIA DEL TEDH. 4.1. Casos *Mennesson vs. Francia* (Rec. 65192/2011) y *Labasse vs. Francia* (Rec. 65941/2011), Sentencias TEDH de 26 de junio de 2014 (Sec. 5<sup>o</sup>), 4.1.1. *Relato fáctico caso Mennesson vs. Francia*. 4.1.2. *Relato fáctico caso Labasse vs. Francia*. 4.1.3. *El interés superior del menor y el respeto a la vida privada y familiar*. 4.2. Caso *Bonafini vs. Italia* (Rec. 25358/2012), Sentencia de 27 de enero de 2015 (TEDH, Sección 10<sup>o</sup>), 4.2.1. *Relato fáctico*. 4.2.2. *El respeto a la vida privada y familiar*. 5. CONCLUSIONES

### 1. LA SUBROGACIÓN UTERINA COMO PARADIGMA DEL TURISMO REPRODUCTIVO INTERNACIONAL

A lo largo de la última década ha eclosionado un nuevo fenómeno global, el denominado «turismo reproductivo», que propiciado por la divergencia legal y social

\* Para el desarrollo y exposición de los apartados 2, 3.1 y 3.2 del presente trabajo hemos hecho uso de dos publicaciones anteriores sobre la intervención necesaria de terceros en la procreación humana (Godoy Vázquez, M.O. en *Régimen Jurídico de la Tecnología Reproductiva y la Investigación Biomédica con material humano embrionario*, Madrid, Dykinson, 2014, pp. 238-278) y la regulación de los acuerdos de maternidad subrogada (Godoy Vázquez, M. O., «La regulación del contrato de subrogación uterina: protección del bien público e intereses privados», en VV.AA., *Derecho público y Derecho privado. Diferencias de régimen jurídico y cuestiones actuales de reciproca influencia*, coord. M. J. Roca, Madrid, Jusiel, 2015, pp. 223-253).

que presentan los Estados se produce cuando ciudadanos que residen en un país se desplazan a otro con el único objetivo de acceder a una determinada técnica de reproducción asistida; bien porque el tratamiento en cuestión está prohibido en su lugar de residencia; bien porque el Estado al que se viaja lo proporciona con mayor celeridad, mejores garantías y/o menor coste; o bien porque su acceso en el lugar de destino no está condicionado al cumplimiento de determinados requisitos.<sup>1</sup>

España, en el marco de este turismo reproductivo internacional, se perfila como un «país de destino» que propicia el acceso a las técnicas de reproducción artificial por varias razones: en primer lugar, porque la legislación española es una de las más permisivas del mundo, al contemplar la práctica totalidad de las técnicas reproductivas posibles con excepción de la gestación por sustitución y la selección del sexo; en segundo lugar, porque los costes de acceso a las técnicas son sensiblemente inferiores a los que presentan los países del entorno; y, en tercer lugar, porque la calidad de los centros que se dedican a esta clínica es muy alta. Así, el Estado español se ha convertido en el destino por excelencia de las parejas extranjeras que necesitan recurrir a la donación de gametos, especialmente por parte de ciudadanos procedentes del Reino Unido, Alemania, Austria y Suiza, donde la identidad de los donantes no es anónima, y de Italia, donde está prohibida la fecundación heteróloga. No obstante, la ineficacia civil inherente a los contratos de gestación por sustitución en el Derecho español, hace atractivos para los ciudadanos españoles otros países como Estados Unidos, Rusia y Ucrania donde la subrogación uterina es una práctica consentida y regulada. Así, en este marco del turismo reproductivo, España se convierte también en «país de origen», especialmente para las parejas homosexuales que deciden recurrir a esta práctica.<sup>2</sup>

El turismo reproductivo es, pues, una realidad que se está practicando a escala internacional planteando numerosas cuestiones de distinto calado que afectan a todos los puntos de vista: médico, ético, social, antropológico y jurídico. Así, resultan especialmente preocupantes los siguientes aspectos: su restricción a las personas que tienen medios económicos elevados; la imposibilidad de realizar un control global sobre la calidad y seguridad de los servicios ofrecidos que garantice la salud de la

<sup>1</sup> DAVIES, T., «Cross-Border Reproductive Care: Quality and Safety Challenges for the regulator», en *Fertility & Sterility*, núm. 94, 2010, pp. 20-22; STORANOW, R. F., «The proportionality Problem in Cross-Border Reproductive Care», en *The Globalization of Health Care: Legal and Ethical Issues*, New York, Oxford University Press, 2013, pp. 125-147; LAMM, E., «Gestación por sustitución: realidad y derecho», en *INDRET. Revista para el Análisis del Derecho*, marzo 2012, p. 21; y HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, A., «Determinación de la filiación de los nacidos en el extranjero mediante gestación por sustitución: ¿hacia una nueva regulación legal en España?», en *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 6, núm. 2, 2014, pp. 147-150.

<sup>2</sup> FARNÓS AMORÓS, E., «European Society of Human Reproduction and Embryology», (26 Annual Meeting, Roma, junio 2010), en *INDRET. Revista para el Análisis del Derecho*, 2010, pp. 27-29.

madre y del futuro hijo; el incremento progresivo del riesgo de explotación de las mujeres con escasos recursos económicos; y la constatación de una realidad innegable: los avances en la medicina reproductiva han convertido hoy la procreación en un objeto de comercio que genera una importante cifra de negocio. El debate sobre esta realidad no se ha hecho esperar existiendo, al respecto, posiciones muy polarizadas: en un extremo se encuentran los que abogan por la prohibición de este turismo y promueven que el acceso a las técnicas quede restringido a los residentes de cada Estado; y, en el extremo contrario, los que defienden una armonización de las legislaciones nacionales que haga posible el ejercicio de un nuevo derecho en el ámbito internacional: el Derecho a la procreación como aspecto integrante de los Derechos reproductivos, entendidos éstos como un compendio de Derechos humanos.<sup>3</sup>

Desde un punto de vista estrictamente jurídico, el reto surge cuando las personas que se desplazan a otro país para acceder a una determinada técnica de reproducción asistida, intentan establecer un vínculo de filiación válido conforme al Derecho del Estado de destino. Vínculo que en el Estado de origen no se puede establecer legalmente al no estar contemplada la técnica de reproducción utilizada. En este difícil contexto, el denominado turismo reproductivo da un salto cualitativo y cuantitativo puesto que, además de facilitar el acceso a una técnica procreativa concreta, debe posibilitar la creación de una relación jurídica (el vínculo de filiación) que sea totalmente válida conforme al Derecho del Estado de origen, y que afecte a un tercero con individualidad jurídica propia: el nacido.<sup>4</sup>

Con base en lo expuesto resulta necesario deslindar, sin negar por ello la relación de causalidad existente entre ellas, dos cuestiones relevantes: en primer lugar, la ausencia de regulación que presenta el acceso a las técnicas de reproducción asistida en el ámbito internacional; y, en segundo lugar, los efectos jurídico-privados que derivan del recurso a las mismas, en esencia, el reconocimiento de la filiación de los hijos nacidos artificialmente en el extranjero. Como expondremos seguidamente, a día de hoy, la gestación por sustitución constituye el paradigma de los problemas jurídicos que a nivel internacional suscita este turismo reproductivo.<sup>5</sup>

## 2. LA SUBROGACIÓN UTERINA: CONCEPTO Y MODALIDADES

Durante la década de los ochenta de la pasada centuria, los avances en el campo de la medicina reproductiva posibilitaron la extracción de los gametos femeninos

<sup>3</sup> LAMM, E., «Gestación por sustitución: realidad y derecho», *op. cit.*, p. 22.

<sup>4</sup> HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, A., «Determinación de la filiación de los nacidos en el extranjero mediante gestación por sustitución: ¿hacia una nueva regulación legal en España?», *op. cit.*, p. 149.

<sup>5</sup> BAUCOUR, K., «International Law in the Gestational Surrogacy Debate», en *Fordham Int'l*, 2011-2012, p. 665.

y su fecundación extracorpórea, y permitieron a los médicos experimentar con la transferencia de embriones humanos al útero de mujeres diferentes de las que aportaban los óvulos para su constitución. Pudo comprobarse que las gestantes no mostraban rechazo alguno a la recepción de embriones ajenos, y daban a luz con normalidad. Este descubrimiento configuró dos nuevas aplicaciones clínicas de las técnicas de reproducción asistida: la donación de óvulos (y embriones) y la subrogación uterina o maternidad de sustitución.<sup>6</sup>

El recurso a la subrogación uterina acostumbra a formalizarse a partir de un acuerdo en virtud del cual una mujer, la madre subrogada o de alquiler, acepta someterse a las técnicas de reproducción asistida para llevar a término una gestación en beneficio de un individuo<sup>7</sup> o pareja comitente (padres intencionales, que pueden ser heterosexuales u homosexuales)<sup>8</sup>, a quien se compromete a entregar el niño o niños que puedan nacer.

<sup>6</sup> El primer acuerdo de maternidad subrogada documentado, se llevó a cabo en 1976 y fue patrocinado por el abogado *Neil Krane* que creó en Michigan (EEUU) la *Surrrogate Family Service Inc*. Su finalidad declarada fue ayudar a parejas con dificultades para concebir, facilitándoles el acceso a madres sustitutas y gestionando los trámites jurídicos necesarios para llevar a cabo la subrogación. Esta iniciativa contribuyó a divulgar una imagen solidaria de la subrogación uterina: determinadas mujeres ofrecen sus úteros para permitir que mujeres incapaces de gestar pudieran tener hijos biológicos. Sin embargo, esta visión inicial ha quedado sustituida por otra perspectiva en la que concurren finalidades menos altruistas. Así, de forma progresiva se instauró una segunda etapa en la que se comenzó a admitir ya que la subrogación uterina conllevase asociada una transacción económica y, de esta forma, se empezó a generalizar la referencia a «vientres de alquiler». (véase LÓPEZ GUZMÁN, J., «Aproximación a la problemática ética y jurídica de la maternidad subrogada», en *Cuadernos de Bioética*, vol. XXIII, 2012 - 2.º, p. 257).

<sup>7</sup> El recurso a la subrogación uterina por parte de hombres solos y parejas gays es el medio que tienen los hombres (por obvias razones biológicas) para alcanzar la paternidad al margen de la adopción, y se está generalizando. Así en diciembre de 2008 el cantante puertorriqueño residente en EEUU *Ricky Martin* anunciaba públicamente que sus hijos mellizos habían sido gestados por una madre de alquiler (véase *El País* 11.12.2008) y en abril de 2011 se publicaba una noticia en términos semejantes respecto del cantante español Miguel Bosé (véase *El Mundo* 27.04.2011).

<sup>8</sup> Las parejas comitentes pueden ser heterosexuales u homosexuales, observándose un fuerte incremento del recurso a esta técnica por parte de estas últimas, especialmente las gays, circunstancia aprovechada por las agencias y centros de fertilidad que ofrecen servicios específicos para estos colectivos. Es el caso de la *Growing Generations* con sede en Los Angeles (EEUU) (Cfr. [www.growinggenerations.com]).

En los ordenamientos donde el recurso a la subrogación uterina está admitido y generalizado (Ucrania<sup>9</sup>, Rusia<sup>10</sup> y algunos Estados norteamericanos)<sup>11</sup>, su aplicación práctica se articula en torno a un «acuerdo comercial formalizado a través de una agencia de intermediación». En virtud del mismo, el individuo o pareja comitente paga a la madre subrogada una cantidad dirigida a compensar los gastos razonables y básicos derivados de la gestación; y una cantidad adicional a la agencia,

<sup>9</sup> La gestación por sustitución es legal en Ucrania. Así lo permiten el Código de Familia y la Orden 771 del Ministerio de Salud. El Código de Familia, en su art. 123.2, establece que si un embrión concebido con gametos de una pareja, como resultado de la aplicación de técnicas de reproducción asistida, es transferido al útero de otra mujer, los padres del nacido serán la pareja y no la gestante. Si figura el consentimiento de la gestante en el certificado de nacimiento, los miembros de la pareja comitente figurarán como progenitores del nacido (véase LAWMA, E., «Gestación por sustitución: realidad y derecho», *op. cit.*, pp. 16-17).

<sup>10</sup> En Rusia, los aspectos legales de la gestación por sustitución se rigen por el Código de Familia de la Federación de Rusia y la Ley federal de salud (*Federal Law on the Basis of Protection of Citizens' Health*, núm. 323-FZ) aprobada en noviembre de 2011, y en vigor desde el 1 de enero de 2012. Los aspectos médicos de la gestación por sustitución están regulados por la Orden núm. 67 del Ministerio de Salud Pública de la Federación de Rusia «Sobre la aplicación de las técnicas de reproducción asistida en el tratamiento de la infertilidad femenina y masculina», de 26 de febrero de 2003. Conforme a esta regulación, en Rusia pueden ser gestantes las mujeres que hayan consentido voluntariamente la participación en dicho programa y reúnan los requisitos siguientes: tener una edad de entre 20 y 35 años; tener un hijo propio sano; y tener una buena salud psicofísica. (véase LAWMA, E., «Gestación por sustitución: realidad y derecho», *op. cit.*, pp. 16-17).

<sup>11</sup> A diferencia de lo que ocurre en Europa occidental, el alquiler de útero es una práctica muy extendida en algunos Estados de Norteamérica, donde se han establecido numerosas agencias de intermediación, que atienden a clientes de diferentes puntos del planeta. Con la expresión *surrrogacy* se designa en Norteamérica el acuerdo por el que una mujer se compromete a gestar a un embrión concebido mediante el recurso a las técnicas de reproducción asistida, y a entregarlo después de nacido a la pareja comitente a cambio de una cantidad de dinero. En las ocasiones en las que la mujer que gestar aporta también su propio óvulo, la madre subrogada no está obligada a entregar al nacido. La razón es que en la maternidad subrogada, a diferencia de lo que ocurre en la gestación, el nacido es hijo genético de la propia gestante. En el nivel de los Estados, veintidós Asambleas Federadas han regulado la maternidad subrogada (Alabama, Arizona, Arkansas, Columbia, Florida, Iowa, Illinois, Indiana, Kentucky, Luisiana, Minnesota, Nevada, New Hampshire, Dakota del Norte, Nueva York, Tennessee, Utah, Virginia, Washington, Virginia del Oeste, y Wisconsin). El resto de los Estados carecen de normativa de carácter normativo. La mitad de las normas promulgadas autorizan los contratos de sustitución uterina. Sólo Columbia y Arizona los prohíben expresamente. En Nueva York, Dakota del Norte, Utah, Indiana y Minnesota los contratos de gestación son inválidos. En Virginia y New Hampshire, sólo se admiten acuerdos de sustitución autorizados por el juez. (Sobre los contratos de subrogación uterina y acuerdos de gestación en EEUU, véase ALKORRA IDIAKEZ, I., *Regulación jurídica de la medicina reproductiva*, Navarra, Thomson-Aranzadi, 2003, pp. 279-286; y ALKORRA IDIAKEZ, I., «Regulación jurídica de la medicina reproductiva en Norteamérica o el salvaje oeste de la medicina», en *Revista Derecho y Genoma Humano*, núm. 18, 2003, pp. 23-41).

que actúa como intermediaria encargándose de buscar a la candidata idónea para gestar<sup>12</sup>, y de formalizar el acuerdo entre las partes<sup>13</sup>.

La subrogación uterina presenta dos modalidades<sup>14</sup>, la tradicional, plena o total (*traditional surrogacy*), y la gestacional o parcial (*gestational surrogacy*). En la primera de las modalidades citadas, la madre subrogada es también la madre genética y aporta sus propios óvulos para que sean fecundados con esperma del varón comitente<sup>15</sup> o, si éste no puede aportar sus gametos, con semen de un donante anónimo. En este supuesto suele ser suficiente el recurso a la inseminación artificial para lograr el embarazo, puesto que es la propia gestante la que facilita los gametos femeninos.

Los avances experimentados en el ámbito de la fecundación extracorpórea motivaron, no obstante, que en la última década del Siglo XX la subrogación uterina gestacional o parcial fuera sustituyendo progresivamente a la tradicional. En la maternidad subrogada gestacional, la concepción tiene lugar a partir de un óvulo u óvulos procedentes de una mujer diferente de la gestante, normalmente la mujer comitente o, si esta última no puede aportarlos, de una donante anónima. Al igual que en la modalidad anterior, la aportación de los gametos masculinos corre a cargo bien del varón comitente, o bien de un donante anónimo<sup>16</sup>. Dado que la subrogación uterina parcial disocia la maternidad genética y la maternidad gestacional, la fecundación del óvulo se lleva a cabo de forma extracorpórea mediante el recurso a la fecundación *in vitro*, que irá seguida de la transferencia del embrión o embriones generados al útero de la gestante (madre subrogada).

<sup>12</sup> Proceso que se conoce como «*matching*».

<sup>13</sup> Las agencias de intermediación norteamericanas cobran entre 35.000\$ y 100.000\$ y abonan a la gestante un 25%. En algunos acuerdos de gestación se incluyen cláusulas que contemplan la entrega de cantidades adicionales de entre 500\$ y 2.000\$ si la gestante necesita someterse a más de un ciclo procreativo o si es necesaria una cesárea. Fuente: *Surrogate Mothers on line* [[www.surromonsonline.com/articles.html](http://www.surromonsonline.com/articles.html)].

<sup>14</sup> LEONSEUR GUILLON, R. A., «La maternidad portadora, sustituta, subrogada, o de encargo», en *Boletín de la Facultad de Derecho de la UNED*, núm. 7, 1994, pp. 322-323 y FARNÓS AMORÓS, E., «Inscripción en España de la filiación derivada del acceso a la maternidad subrogada en California», en *INDRET. Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 1, 2010, pp. 5-6.

<sup>15</sup> De este modo la gestante por sustitución será también la progenitora biológica del nacido, y el varón de la pareja comitente el padre biológico.

<sup>16</sup> Si la pareja comitente aporta la totalidad del material genético, la gestante mujer sustituta únicamente llevará a término el embarazo, y los progenitores biológicos del nacido serán los miembros de la pareja comitente. Si sólo uno de los miembros de la pareja comitente aporta sus gametos (sólo el semen o solo el óvulo), éstos se combinarán con los gametos de una cuarta persona (donante de semen u ovocitos), y serán padres biológicos del nacido vía gestación de sustitución el miembro de la pareja comitente que aportó sus gametos y el donante. Si la pareja comitente no aporta gametos, obteniéndolos de donantes de semen y ovocitos, serán padres biológicos del nacido vía gestación de sustitución los correspondientes donantes.

Pese a las mayores cargas físicas, emocionales, y económicas que conlleva la fecundación *in vitro* frente a la inseminación artificial, la generalización progresiva del recurso a la subrogación uterina gestacional se explica porque, en la medida de lo posible, permite establecer un vínculo genético entre el nacido y el individuo o pareja comitente. Asimismo, la inexistencia de vínculo genético entre el nacido o la gestante (madre subrogada) conlleva que algunos ordenamientos sean más favorables a contemplar su admisibilidad<sup>17</sup>. Al respecto de la subrogación parcial o gestacional realizada con material genético de la mujer comitente se ha apuntado, incluso, una proximidad relativa a la adopción, en cuanto que la madre biológica sería realmente una mujer (la comitente), y la atribución legal de la maternidad, por el parto, correspondería a otra distinta (la gestante)<sup>18</sup>. No obstante, ambos supuestos difieren notablemente en su propia esencia, puesto que la adopción es un instituto que se constituye en interés superior del menor adoptado (generalmente en una situación previa de desprotección), mientras que la subrogación uterina busca exclusivamente el beneficio de la pareja o individuo comitente (incluso del hombre solo que no puede y desea tener un hijo). Esa distinción fundamental es la que justifica la radical diferencia de tratamiento jurídico que reciben ambos supuestos: admisión y promoción de la adopción; y prohibición y reprobación de la gestación por sustitución.

### 3. TRATAMIENTO DE LA SUBROGACIÓN UTERINA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL

#### 3.1. Nulidad del contrato de gestación por sustitución

El legislador español estableció en 1988, y reiteró en 2006, que «será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio<sup>19</sup>, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna en favor del contratante o de un tercero. La filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será

<sup>17</sup> ALKORTA DIAKAZ, I., *Regulación jurídica de la maternidad reproductiva*, op. cit., pp. 278-280; y JIMÉNEZ MUÑOZ, F. J., *La reproducción asistida y su régimen jurídico*, Madrid, Reus, 2012, pp. 122-125.

<sup>18</sup> LÓPEZ PELÁEZ, P., «Aproximación jurídica al acuerdo de gestación por sustitución (madres de alquiler) en el Derecho español», en VV. AA., *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Enrique Laguna Domínguez*, Valencia, Publicaciones de la Universidad de Valencia, 2008, p. 327; y JIMÉNEZ MUÑOZ, F. J., *La reproducción asistida y su régimen jurídico*, op. cit., p. 108.

<sup>19</sup> Precisión legal de relevancia para disipar todas las dudas en cuanto al ámbito de la restricción, puesto que existen ordenamientos que prohíben la subrogación uterina retribuida y admiten la que se realiza a título gratuito. Cfr. LÓPEZ PELÁEZ, P., «Aproximación jurídica al acuerdo de gestación por sustitución (madres de alquiler) en el Derecho español», op. cit., pp. 662 y 663.

determinada por el parto. Queda a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales.<sup>20</sup>

El precepto transcrito no define el concepto ni hace diferencias entre las diversas modalidades de subrogación uterina (plena o gestacional). La falta de definición legal previa, y la vaguedad con que se alude al fenómeno, permiten interpretar que cualquier tipo de acuerdo de subrogación uterina es nulo de pleno derecho en España. Procede destacar, no obstante, que el ordenamiento no prevé específicamente sanción administrativa alguna para el supuesto de contravención del artículo 21. Asimismo, la legislación penal tampoco castiga expresamente la citada práctica, aunque algunos autores han defendido que la conducta reprochada en la

<sup>20</sup> Artículo 10 de la Ley 35/1988, de 22 de noviembre de 1988 y art. 10 de la Ley 14/2006, de 22 de mayo, ambas sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida: «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 renuncie a la filiación materna en 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». En términos de *ius cogens*, el art. 10 de la nueva Ley sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida (redactado en términos idénticos al art. 10 de la derogada Ley 35/1988) reproducía expresamente el recurso a la maternidad subrogada, calificando la infracción de convenir una gestación de sustitución como ilícito civil y declarando nula la renuncia a la maternidad que revela el parto. La legislación española contempla así la subrogación uterina como un hecho conocido, no considerando necesario proceder a su definición, ni describir los distintos supuestos que alberga, ni valorar su admisibilidad, limitándose a negarle eficacia, y convirtiendo la materia en objeto de tratamiento doctrinal. (Cfr. Jiménez Muñoz, F. J., *La reproducción asistida y su régimen jurídico*, op. cit., p. 105; Leonsseguí Guirior, R. A., «La maternidad portadora, sustituta, subrogada, o de encargos», op. cit., p. 321; López Peláez, P., «Aproximación jurídica al acuerdo de gestación por sustitución (madres de alquiler) en el Derecho español», op. cit., p. 661; y Alkorta Ibañeta, I., *Regulación jurídica de la medicina reproductiva*, op. cit., p. 277).

<sup>21</sup> Procede destacar que entre las infracciones administrativas de la Ley sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida calificadas como graves o muy graves, no se contempla ni la propia contratación de la gestante por parte de terceros, ni las actividades de intermediación o publicidad. (Cfr. Gómez Sánchez, Y., *El derecho a la reproducción humana*, Madrid, Marcial Pons, 1994, p. 142; López Peláez, P., «Aproximación jurídica al acuerdo de gestación por sustitución (madres de alquiler) en el Derecho español», op. cit., p. 665; y Pérez Monce, M., «Cuestiones actuales de la maternidad subrogada en España: regulación versus realidad», en *Revista de Derecho Privado*, julio-agosto 2010, p. 50. Por su parte, Jiménez Muñoz, apunta que las conductas podrían encontrarse subsumidas en la cláusula general del art. 26.2 a) de la nueva Ley sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida, que considera infracción leve «el incumplimiento de cualquier obligación o la transgresión de cualquier prohibición establecida en esta Ley, siempre que no se encuentre expresamente tipificada como infracción grave o muy grave»; matizando, no obstante, que resulta dudoso considerar que el art. 10 de la Ley prohíba específicamente la realización de estos contratos, puesto que de su redacción sólo se infiere que los declara nulos, sin contemplar mención alguna ni a la intermediación ni a la publicidad de los mismos. (Vid. Jiménez Muñoz, F. J., *La reproducción asistida y su régimen jurídico*, op. cit., p. 110, en especial nota 233).

Ley de Reproducción Humana Asistida resulta subsumible en determinados tipos creados por el Código penal de 1995.<sup>22</sup>

La reprobanación de la subrogación uterina en España se configura, por tanto, como un mero ilícito civil; y se limita a declarar inválida, a todos los efectos, la renuncia a la filiación efectuada por la gestante a favor del individuo o pareja cominente; renuncia que deberá realizarse con carácter previo al inicio de la gestación, puesto que si la cesión de la filiación materna se produjera tras el embarazo de la madre subrogada o tras el parto, no se trataría de un supuesto de gestación por sustitución, sino de una adopción irregular realizada en fraude de Ley.<sup>23</sup>

La Ley de Reproducción Humana Asistida de 1988 no aclaró en su Preambulo las razones de fondo que justificaban la reprobanación de la subrogación uterina, mientras sí se autorizaba la donación de ovocitos y el acceso a la maternidad en solitario

<sup>22</sup> Desde la promulgación del vigente Código Penal en 1995 se contempla el tipo penal específico de «adopciones ilegales» en el art. 221: «1. Los que, mediante compensación económica, entreguen a otra persona un hijo, descendiente o cualquier menor aunque no concurren relación de filiación o parentesco, aludendo los procedimientos legales de la guarda, acogimiento o adopción, con la finalidad de establecer una relación análoga a la de filiación, serán castigados con las penas de prisión de uno a cinco años y de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de patria potestad, tutela, curatela o guarda por tiempo de cuatro a 10 años». Se ha destacado que con ello se pretende luchar específicamente contra la venta de niños, si bien la exigencia de existencia de compensación económica, sin la cual la conducta es impune, genera serias dificultades en la persecución. (Vid. Serrano Gómez, A. en *Derecho Penal. Parte Especial*, Madrid, Dykinson, 1997). Además, también podrían resultar aplicables los arts. 220 a 222 del Código Penal relativos a la «suposición de parto» (art. 220) con la agravación del art. 222 para los facultativos que intervienen a cambio de precio. El art. 220 del Código Penal establece lo siguiente: «1. La suposición de un parto será castigada con las penas de prisión de seis meses a dos años. 2. La misma pena se impondrá al que ocultare o entregare a terceros un hijo para alterar su filiación. 3. La suposición de un niño por otro será castigada con las penas de prisión de uno a cinco años. 4. Los ascendientes, por naturaleza o por adopción, que cometieron los hechos descritos en los tres apartados anteriores podrán ser castigados, además, con la pena de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de patria potestad que tuvieren sobre el hijo o descendiente supuesto, ocultado, entregado, o sustituido y, en su caso, sobre el resto de hijos o descendientes por tiempo de cuatro a 10 años. 5. Las sustituciones de un niño por otro que se produjeran en centro sanitario u socio sanitario por imprudencia grave de los responsables de su identificación y custodia, serán castigadas con la pena de prisión de seis meses a un año». Con todo se ha señalado que la gestación del óvulo fecundado de otra persona variaría en su aplicación este precepto ya que la conducta dejaría de tener un fin prioritariamente económico y el móvil podría pasar a ser el desso de ser madre. (Sobre estos aspectos cfr. Carrasco Andrujo, M. M., «Protección penal de la filiación», en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 12-06, 2010, pp. 25-27; Benítez Ortíz, J. I., «Delitos relativos a la reproducción asistida», en *VV. AA., Derechos reproductivos y técnicas de reproducción asistida*, Granada, Comares, 1998, pp. 174 y 175; Alkorta Ibañeta, I., *Regulación jurídica de la medicina reproductiva*, op. cit., p. 287; y Jiménez Muñoz, F. J. en *La reproducción asistida y su régimen jurídico*, op. cit., p. 106).

<sup>23</sup> Como así ha sido establecido por el Tribunal Supremo en la Sentencia dictada por la Sala 2.ª el 6 de junio de 1980, y referendado en la Sentencia de la misma Sala dictada el 24 de junio de 1992.

«invocando el derecho de las mujeres a formar una familia»<sup>24</sup>. Al respecto, algunos autores han señalado que la falta de argumentos sólidos justificativos del rechazo legal a la subrogación uterina, excluye a las mujeres que carecen de capacidad gestacional y a los hombres (solos o en pareja) del acceso a las técnicas de reproducción asistida, y limita su derecho a fundar una familia<sup>25</sup>.

En todo caso, con independencia de la motivación del legislador, en la doctrina española apenas se discute sobre la validez del acuerdo de gestación convenida, puesto que la mayoría de los civilistas coinciden en señalar que, en cualquier caso, el contrato sería nulo conforme a las normas generales del Derecho civil: tanto por ilicitud de la causa, como por falta de objeto (puesto que la propia persona humana y/o la capacidad de gestar resultan contrarios a la moral, el orden público y las buenas costumbres); como por el carácter personalísimo e intransferible de la gestación, que constituye una *res extra commercium*; y, especialmente, por resultar incompatible

<sup>24</sup> Preámbulo Ley 35/1988, de 22 de noviembre sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida. Apartado II: «(...) Desde una perspectiva biológica, la maternidad puede ser plena o no plena, y ello es importante en relación con las técnicas que aquí referimos; en la maternidad biológica plena, la madre ha gestado al hijo con su propio óvulo; en la no plena o parcial la mujer solo aporta la gestación (maternidad de gestación), o su óvulo/s (maternidad genética), pero no ambos; son matices de gran interés que no siempre están claros, y que conviene establecer sin equívocos. Por su parte, la paternidad solo es genética, por razones obvias de imposibilidad de embarazo en el varón. Finalmente, pueden la maternidad y la paternidad biológicas serlo también legales, educacionales o de deseo, y en tal sentido, es importante valorar cual es la más humanizada, la más profunda en relación con el hijo, pues habida cuenta de las posibilidades y combinaciones que puedan darse, especialmente cuando en la gestación intervienen donantes de gametos u óvulos fecundados, los Códigos han de actualizarse sobre cuestiones determinadas que no contemplan. En cualquier caso, y sin cuestionar el alcance de las otras variantes, se atribuye a la maternidad de gestación el mayor rango, por la estrecha relación psicofísica con el futuro descendiente durante los nueve meses de embarazo (...); y Apartado III: «En esta Ley se hace referencia a dos previsibles aplicaciones de estas técnicas de Reproducción Asistida, en nuestra Nación: la gestación de sustitución y la gestación en la mujer sola; posibilidades que llevan a interrogar si existe un derecho a la procreación; si este derecho es absoluto y debe satisfacerse por encima de conflictos entre las partes consideradas insalvables, de extracción étnica, o porque chocan contra el bien común que el Estado debe proteger; o finalmente, en el caso de la gestación de sustitución, si las partes pueden disponer libremente en los negocios jurídicos del Derecho de Familia, aun en el supuesto de un contrato o acuerdo previo entre ellas. Son sin duda dos aplicaciones de las técnicas de Reproducción Asistida en las que las divergencias de opinión serán más marcadas, y cuya valoración jurídica resulta dificultosa, no sólo en nuestra Nación, como lo aprueban las informaciones foráneas. No obstante, desde el respeto a los derechos de la mujer a fundar su propia familia en los términos que establecen los acuerdos y pactos internacionales garantados por el Derecho Internacional, la Ley debe eliminar cualquier límite que socave su voluntad de procurar y constituir la forma de familia que considere libre y responsablemente.»

<sup>25</sup> JIMÉNEZ MUÑOZ, F. J., *La reproducción asistida y su régimen jurídico*, op. cit. p. 110; y ALKORRA IBAÑEZ, I., *Regulación jurídica de la medicina reproductiva*, op. cit. p. 288. Al respecto de las mujeres Alkorra Ibañez señala que «las mujeres carentes de útero reclaman una solución semejante a la que el ordenamiento ofrece a las mujeres que carecen de ovarios, resultando difícil hallar razones de peso para negarles el derecho a unas mientras si se les reconoce a otras».

con la dignidad humana<sup>26</sup>. No obstante, existe un sector doctrinal minoritario que, con la dignidad humana nulos los pactos de gestación convenida, considera que «no existen argumentos sólidos para predicar la ilicitud de la gestación por encargo cuando es altruista o desinteresada»<sup>27</sup>.

En último término cabe señalar que la previsión legal de sanción de nulidad de pleno derecho, para los acuerdos de subrogación uterina, implica la posibilidad de impugnar el pacto en cualquier momento, en la medida en que la acción de nulidad es imprescriptible; y, además, conlleva la inexistencia de lo acordado, y la irrepetibilidad de lo ya entregado, conforme disponen los arts. 1305 y 1306 del Código civil. Así, la madre subrogada que se arrepienta de lo pactado no estará obligada a entregar al nacido, ni a rolerar la constitución de la filiación a nombre de la pareja o individuo comitente, ni tampoco tendrá que devolver las cantidades que hubiera podido percibir por el encargo. En el supuesto inverso, rechazo del nacido por parte de la pareja o individuo comitente, la madre subrogada no podrá exigir ni imponer la recepción del niño, ni la constitución de la referida filiación a favor del individuo o pareja comitente, ni tampoco podrá exigir la entrega de las cantidades acordadas pendientes de pago. En ninguno de los dos casos cabrá el pago de indemnización alguna a la parte que pueda considerarse perjudicada<sup>28</sup>.

<sup>26</sup> RIVERO HERNÁNDEZ, F., *Elementos de Derecho Civil*, Tomo IV, 2.º y 3.º Edición, Bosch, Barcelona, 1989, p. 165; JIMÉNEZ MUÑOZ, F. J., *La reproducción asistida y su régimen jurídico*, op. cit. p. 110; LEONSCOUR GULLORI, R. A., «La maternidad portadora, sustituta, subrogada, o de encargo», en *Boletín de la Facultad de Derecho de la UNED*, op. cit. p. 334; LERDÓ LLACUÉ, F., «La Ley sobre las Técnicas de Reproducción Humana Asistida», en *Anuario de Derecho Civil*, núm. XLIV, 1988, p. 1.255; PANTALEÓN PRIETO, F., «Técnicas de reproducción asistida y Constitución», en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 15, mayo-agosto 1993, p. 133; SALVADOR IBAÑEZ, V., «Gestación por sustitución: inadmisión en la Ley 35/1988, de 22 de noviembre», *Revista General de Derecho*, núm. 632, mayo 1997, p. 5.178; y ALKORRA IBAÑEZ, I., *Regulación jurídica de la medicina reproductiva*, op. cit. p. 288. Para López Peláez la nulidad no se produciría por la falta de objeto sino por la ilicitud de la causa puesto que la Ley de Reproducción Humana Asistida permite la contratación a título gratuito de embriones de menos de catorce días, y la infracción y la responsabilidad penal se contemplan solo cuando medie compensación económica; además la cesión gratuita de la filiación también se permite en la adopción. (Véase López Peláez, P., «Aproximación jurídica al acuerdo de gestación por sustitución (madres de alquiler) en el Derecho español», op. cit. p. 668).

<sup>27</sup> PANTALEÓN PRIETO, F., «Técnicas de reproducción asistida y Constitución», op. cit. p. 133; RIVERO HERNÁNDEZ, F., «Aspectos jurídico-privados más relevantes de la Ley 35/1988, de 22 de noviembre sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida», en *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, núm. 1517, 1989, p. 570; y CÁMARA ALVAREZ, M., «Técnicas de reproducción asistida y su influencia sobre la filiación», en *Anales de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*, núm. 29, 1999, p. 274).

<sup>28</sup> LÓPEZ PELÁEZ, P., «Aproximación jurídica al acuerdo de gestación por sustitución (madres de alquiler) en el Derecho español», op. cit., pp. 675-676.

### 3.2. Determinación de la filiación del nacido en España vía gestación por sus titución

En aquellos supuestos en que contraviniendo la norma se produjese un nacimiento mediante el recurso a esta técnica, la filiación materna «será determinada por el parto»<sup>29</sup>. Esta solución, adoptada por el legislador español en 1988 (y reproducida en 2006), contrasta con la propuesta formulada por el Grupo de Trabajo constituido en 1985, en el seno de la Dirección General de los Registros y del Notariado, al objeto de analizar las cuestiones civiles más relevantes que planteaban la insentención artificial, la donación y trasplante de embriones y la fecundación ectógena. En las Actas de sus sesiones de trabajo se concluyó que los nacidos vía subrogación uterina a partir de gametos de una pareja casada, debían considerarse como hijos de la misma, de modo que como madre habría de tomarse a la biológica (genética) y no a la que dé a luz; recomendando, al efecto, la adopción de las siguientes garantías: acuerdo documentado ante Notario entre la pareja y la madre gestante, previo a la implantación del embrión; documento expedido por establecimiento sanitario autorizado en el que se acredite que el embarazo llevado a término se refiere al embrión procedente de los gametos del matrimonio; y ausencia de oposición de la mujer que da a luz al hijo<sup>30</sup>.

El Derecho español asimila, por tanto, la maternidad gestacional a la natural y prescinde de la maternidad genética, incluso en el caso en que coincida con la maternidad intencional (mujer comitente)<sup>31</sup>. Así, si de modo fraudulento se regis-

<sup>29</sup> Artículo 10.2 de la nueva Ley sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida. Pese a ser una regla tradicional, *mater semper certa est*, este criterio no se recoge normativamente hasta la Ley 35/1988, de 22 de noviembre sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida, puesto que hasta la aplicación de estas técnicas era impensable que la madre gestante no fuera a su vez la madre genética del nacido. Sólo cuando la tecnología reproductiva permite la disociación de ambas maternidades se hace necesaria su formulación positiva. (véase JIMÉNEZ MUÑOZ, F. J., *La reproducción asistida y su régimen jurídico*, op. cit., p. 112).

<sup>30</sup> Informe del Grupo de Trabajo de la Dirección General de Registros y Notariado, «Problemas civiles que plantea la inseminación artificial y la fecundación *in vitro*», Suplemento al *Boletín del Ministerio de Justicia*, 3/1985, de 15 de enero. En sentido similar se ha pronunciado HERNÁNDEZ JAÉN que entiende que, como solución más equitativa, debería atribuirse la maternidad a la mujer comitente que aporta sus óvulos para la creación del embrión. (véase HERNÁNDEZ JAÉN C., «La Ley de 22 de noviembre de 1988 sobre Técnicas de Reproducción Asistida: consideraciones en torno a la fecundación post mortem y a la maternidad subrogada», en *Actualidad Civil*, núm. 48, 1988, pp. 304-4-304-5; y en «La filiación en la Ley sobre técnicas de reproducción asistida de 22 de noviembre de 1988», en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid*, núm. 75, 1990, p. 415).

<sup>31</sup> Al respecto ALKORTA DIAKÉZ considera que «no hay razones definitivas para que la filiación del nacido deba seguir al parto y no a los genes» y afirma que «el argumento de la seguridad jurídica ha quedado traspasado en la medida en que todos los hospitales españoles practican de forma rutinaria pruebas de paternidad a los nacidos» (véase ALKORTA DIAKÉZ, I., en *Regulación jurídica de la medicina reproductiva*, op. cit., p. 289).

trase la maternidad a favor de la mujer comitente, tal inscripción daría publicidad a un hecho falso y, al margen de las posibles responsabilidades penales que pudieran depurarse<sup>32</sup>, podría ser impugnada: por la «mujer gestante» que se hubiera arrepentido de la entrega del hijo y reclamase, asimismo, su propia maternidad (ex art. 134 del Código Civil si la filiación impugnada fuese matrimonial)<sup>33</sup>, o ex art. 140 del Código Civil si fuese no matrimonial)<sup>34</sup>, por los «herederos forzosos de la mujer comitente», que pudieran resultar afectados por la filiación impugnada de existir posesión de estado (ex art. 140 del Código Civil); por el «Ministerio Fiscal» (analógicamente ex art. 139 del Código Civil<sup>35</sup> y art. 3.6 de la Ley que regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal); e incluso por el «propio nacido», que podría impugnar su filiación materna y reclamar la filiación no matrimonial de la mujer gestante (ex arts. 134 ó 140 y 133 del Código Civil)<sup>36</sup>.

La paternidad, en todo caso, se determinará «conforme a las reglas generales»<sup>37</sup>. Por tanto, si la mujer gestante fuese casada, su marido (y/o sus herederos forzosos) podría impugnar la paternidad que se le hubiese atribuido conforme a la presunción legal del art. 116 del Código Civil<sup>38</sup> (ex art. 136 del Código Civil)<sup>39</sup>. Esta impugnación también podría ser interesada por la mujer gestante, o por el Ministerio Fiscal, en interés del propio nacido (ex art. 137 del Código Civil)<sup>40</sup>. Asimismo, el padre biológico (varón comitente) podría ejercitar conjuntamente la acción de impugnación de la paternidad atribuida al marido de la gestante, y la acción de reclamación de su propia paternidad, en base al art. 134 del Código Civil. Por su parte, el propio nacido podría impugnar su filiación paterna y reclamar la filiación no matrimonial de su progenitor biológico, varón comitente, (ex arts. 134 y 133 del Código Civil). Si la mujer gestante no fuese casada, la paternidad no quedaría determinada legalmente en tanto no se procediese por algunas de las vías previstas en el art. 120 del Código Civil<sup>41</sup>, pudiendo el progenitor biológico (varón comitente) efectuar un

<sup>32</sup> Suposición de parto ex art. 220 del Código penal.

<sup>33</sup> Artículo 134 del Código civil.

<sup>34</sup> Artículo 140 del Código civil.

<sup>35</sup> Artículo 139 del Código civil.

<sup>36</sup> Artículo 133 del Código civil.

<sup>37</sup> Artículo 10.3 de la nueva Ley sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida. Ante la ambigüedad de la redacción «reglas generales», PÉREZ MONJE ha planteado si el legislador se refiere a las reglas generales de la Ley sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida o a las del Código Civil. Considerando más adecuada la primera interpretación en cuanto a su carácter especial. (véase PÉREZ MONJE, M., «Cuestiones actuales de la maternidad subrogada en España: regulación versus realidad», op. cit., p. 51).

<sup>38</sup> Artículo 116 del Código civil.

<sup>39</sup> Artículo 136 del Código civil.

<sup>40</sup> Artículo 137 del Código civil.

<sup>41</sup> Artículo 120 del Código civil.

reconocimiento expreso, que le atribuiría la paternidad en tanto no se impugnase, o iniciar un expediente registral en tal sentido.

En los supuestos prácticos de subrogación uterina, conforme a la legislación española, resulta, pues, indiscutible que el acuerdo es nulo de pleno derecho y que si la madre gestante renuncia a su maternidad, y se realiza una adopción por parte del individuo o pareja comitente, se produce un fraude de Ley<sup>42</sup>.

### 3.3. Inscripción en el Registro Civil español de la filiación derivada de un convenio de gestación por sustitución concertado y ejecutado conforme a legislación extranjera

Sobre la polémica en torno a la inscripción del nacimiento y filiación de los hijos nacidos en el extranjero mediante el recurso a convenios de gestación por sustitución concertados y ejecutados conforme a legislación extranjera ha tenido que pronunciarse el Pleno del Tribunal Supremo en una ajustada Sentencia dictada el 6 de febrero de 2014<sup>43</sup>. El contexto que determinó el pronunciamiento judicial es el que seguidamente se describe.

Un matrimonio de varones españoles residentes en Alboraya (Valencia) logra, en virtud de Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 18 de febrero de 2009<sup>44</sup>, la inscripción en el Registro Civil de la filiación de dos menores nacidos, en virtud de convenio de gestación por sustitución suscrito y cumplido en California (EEUU), mediante la presentación de los certificados de nacimiento expedidos por la autoridad competente del Condado de San Diego en California (EEUU). En los certificados ambos cónyuges figuraban como padres

42 De VEREDA y BEAMONTE, J. R., en «Inscripción de hijos nacidos de gestación por sustitución (a propósito de la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia Número 15 de Valencia, de 15 de septiembre de 2010)», en *Diario La Ley*, núm. 7.608, 3 de noviembre de 2010, p. 5; LÓPEZ PELÁEZ, P., «Aproximación jurídica al acuerdo de gestación por sustitución (madres de alquiler) en el Derecho español», *op. cit.*, p. 671; y JIMÉNEZ MUÑOZ, F. J., en *La reproducción asistida y sus regímenes jurídicos*, *op. cit.*, p. 118, p. 671. En sentido contrario se ha pronunciado SALVADOR IBARACH que entiende plenamente admisible esa adopción y niega la existencia de fraude de ley argumentando que el legislador no prohíbe esta adopción sino que, en el conflicto de intereses entre la madre gestante y la genética resuelve a favor de la primera. (Vid. SALVADOR IBARACH, V., «Gestación por sustitución: inadmisión en la Ley 35/1988, de 22 de noviembre», *op. cit.*, pp. 5.199-5.201). Posición que también defienden HERNÁNDEZ IBÁÑEZ, C., «La Ley de 22 de noviembre de 1988 sobre Técnicas de Reproducción Asistida: consideraciones en torno a la fecundación post mortem y a la maternidad subrogada», *op. cit.*, p. 416; y LLEDO LLAGÜE, F., «La Ley sobre las Técnicas de Reproducción Humana Asistida», *op. cit.*, pp. 174-176.

43 Sentencia 835/2013 del Pleno del Tribunal Supremo, Sala 1.ª, de 6 de febrero de 2014. Rec. Casación 245/2012.

44 Un análisis crítico sobre esta Resolución lo realiza QUINTONES ESCAMEZ, A., «Doble filiación paterna de gemelos nacidos en el extranjero mediante maternidad subrogada. En torno a la RDGRN de 18 de febrero de 2009», en *INDRET. Revista para el Análisis del Derecho*, marzo 2009.

de los nacidos. La citada Resolución acordó la inscripción del nacimiento y la doble filiación paterna solicitada amparándose en la existencia de una certificación registral extranjera, que determinaba la citada filiación respecto de un ciudadano español. Al respecto, la Resolución argumentó que el control de legalidad de las certificaciones registrales extranjeras debe limitarse «a comprobar que se trata de un documento público autorizado por una autoridad extranjera competente», conforme a lo establecido en los arts. 81 y 85 del Reglamento del Registro Civil<sup>45</sup>. Para reforzar su posición la Resolución esgrimió, además, otros dos argumentos. En primer lugar, defendió que la inscripción de esta filiación, derivada de un convenio de gestación por sustitución realizado por dos varones españoles legalmente casados, no vulneraba el orden público internacional español, «puesto que si los hijos adoptados pueden tener dos padres varones naturales<sup>46</sup> y el ordenamiento jurídico español no distingue entre hijos adoptados e hijos naturales<sup>47</sup>, los hijos naturales deben poder tener dos padres varones naturales». Y, en segundo lugar, invocó la preservación del interés superior de los menores alegando que en el certificado californiano «no constaba filiación materna ni se constataba que los mellizos habían nacido vía subrogación uterina, por tanto, la otra alternativa era dejar sin filiación inscrita en el Registro Civil a unos menores que ya estaban en territorio español»<sup>48</sup>.

Impugnada esta Resolución por el Ministerio Fiscal, la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia Número Quince de los de Valencia, de 15 de septiembre de 2010<sup>49</sup>, rechazó íntegramente la solución propuesta por la Dirección General de los Registros y del Notariado, basándose en la indiscutible nulidad que el ordenamiento del Registro Civil español no determina la filiación jurídica conforme a nuestro Derecho sino que se limita a registrar una filiación determinada legalmente conforme a una legislación extranjera (cfr. Fundamento Jurídico Tercero de la Resolución).

46 Ex. art. 44.2 del Código civil, tras la modificación operada 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 ex. art. 7.3 de la nueva Ley sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida, tras la modificación operada por la Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas.

47 Ex. art. 108.2 del Código Civil.

48 La Dirección General de los Registros y del Notariado fundamenta el reconocimiento en las normas que en sede de filiación adoptiva o derivada de fecundación artificial, admiten en el Derecho español, la determinación de doble maternidad o paternidad. Considerando que la inadmisión de la doble paternidad ex art. 10.1 de la nueva Ley sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida puede constituir una discriminación proscrita por el art. 14 de la Constitución Española. (cfr. Fundamento Jurídico Quinto II de la Resolución).

49 Procede destacar que en la propia Resolución la Dirección General de los Registros y del Notariado advierte que si la madre subrogada reclamase la filiación sobre los menores, esta quedaría establecida respecto de tres personas. (cfr. Fundamento Jurídico Quinto VII de la Resolución).

50 Sentencia 75 del Juzgado de Primera Instancia Número Quince de los de Valencia, de 15 de septiembre de 2010. Proc. Ordinario núm. 188/2010.

español otorga al convenio de gestación por sustitución que origina la filiación jurídica que se pretende inscribir<sup>51</sup>.

Argumenta el Juzgador de Instancia que el criterio que resulta de aplicación es el que deriva del art. 23 de la Ley del Registro Civil, que exige un control de legalidad previo a la inscripción de la filiación consistente en verificar «que no haya duda de la realidad del hecho inscrito y de su legalidad conforme a la Ley española». En el supuesto aplicable, y de conformidad con la legislación española, la filiación jurídica de los hijos de españoles nacidos por convenio de maternidad subrogada siempre será determinada por el parto. Esto significa que la Ley española prohíbe expresamente que en los casos de gestación por sustitución la filiación se inscriba a favor de una persona distinta de la que lo ha parido; y puesto que el encargado del Registro Civil debe examinar la legalidad del certificado extranjero conforme a la Ley española, en este supuesto debe impedirse la inscripción. Con base en el argumento expuesto, el Juzgado estimó el recurso promovido por el Ministerio Fiscal y acordó la cancelación de la inscripción registrada.

La Sentencia fue recurrida en apelación reproduciendo los recurrentes, entre otros argumentos, los criterios recogidos en la *Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado dictada el 5 de octubre de 2010*<sup>52</sup>. La citada Instrucción

<sup>51</sup> Artículo 10 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida.

<sup>52</sup> Paralelamente al desarrollo judicial de este caso concreto, e indudablemente motivado por su trascendencia a la opinión pública, la *Instrucción de 5 de octubre de 2010 de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución*, fijó los criterios que determinan las condiciones de acceso al Registro Civil español de los nacidos por gestación convenida en el extranjero «invocando el interés superior del menor». Así, para permitir el acceso al Registro Civil en estos casos, la Dirección General de los Registros y del Notariado exige una resolución judicial firme dictada por Tribunal Competente, en la que se determine la filiación del nacido. La citada resolución, salvo que resulte aplicable un Convenio Internacional, deberá ser objeto de *exequatur* conforme al procedimiento contemplado en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881. En ningún caso se admitirá como título apuro para la inscripción del nacimiento y filiación del nacido una certificación registral extranjera, o la mera declaración, acompañada de certificación médica relativa al nacimiento del menor, en la que no conste la identidad de la madre gestante. La doctrina que ha comentado el contenido de esta Instrucción se muestra contraria a ella al considerar que está prestando cobertura administrativa a un «turismo reproductivo» que trata de eludir la aplicación de un precepto legal que claramente establece la nulidad del contrato de subrogación uterina. (Vid. Díaz Romero, M. R., «La gestación por sustitución en nuestro ordenamiento jurídico», en *Diario La Ley* núm. 7527, 14 de diciembre de 2010; Vela Sánchez, A. J., «La gestación por sustitución o maternidad subrogada: el derecho a recurrir a las madres de alquiler. Cuestiones que suscita la Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución», en *Diario La Ley*, núm. 7608, 11 de abril de 2011; Lasarte Álvarez, C., «La reproducción asistida y la prohibición legal de maternidad subrogada admitida de hecho por vía reglamentaria», en *Diario La Ley*, núm. 7777, 17 de enero de 2012; Farnós Amorós, E., «Inscripción en España de la filiación derivada del acceso a la maternidad subrogada en California», *op. cit.*; y Jiménez Muñoz, F. J., *La reproducción asistida y su régimen jurídico*, *op. cit.*, pp. 128-138).

autoriza la inscripción en el Registro Civil de los hijos nacidos mediante maternidad subrogada en los países cuya normativa la permita siempre que al menos uno de los progenitores sea español. La inscripción se sustentará en la existencia de una resolución judicial extranjera que determine la filiación jurídica respecto de un progenitor español. En su Exposición de Motivos, la Dirección General de los Registros y del Notariado indica que «la exigencia de resolución judicial en el país de origen tiene la finalidad de controlar el cumplimiento de los requisitos de perfección y contenido del contrato respecto del marco legal del país donde se ha formalizado, así como la protección de los intereses del menor y de la madre gestante». El objetivo de la misma es claro: fijar las bases para permitir inscribir en España la filiación derivada de un convenio de gestación por sustitución, si dicha filiación está determinada conforme a legislación extranjera a favor de un progenitor español. El recurso planteado fue desestimado por la Audiencia Provincial de Valencia, en virtud de Sentencia dictada el 23 de noviembre de 2011<sup>53</sup>, conforme a los siguientes argumentos.

Tal y como expone la Sentencia de instancia la certificación registral californiana «no supera el control de legalidad al resultar contraria al ordenamiento jurídico español», que declara la nulidad del contrato de gestación por sustitución. No obstante, aun sin exigir que la decisión extranjera coincida con la que se hubiera adoptado aplicando el Derecho español, la certificación registral californiana «no supera el control de legalidad al infringir el orden público internacional español»<sup>54</sup>.

Al respecto de la discriminación por razón de sexo invocada por los recurrentes<sup>55</sup>, la Audiencia Provincial concluye que la negación de la inscripción de la filiación, derivada de un convenio de gestación de sustitución suscrito a favor de

<sup>53</sup> Sentencia 826 de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 10.ª, de 23 de noviembre de 2011. Rec. 949/2011.

<sup>54</sup> Ex. art. 954.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 que dispone que las ejecutorias tendrán fuerza en España si reúnen las circunstancias siguientes «(...) Que la obligación para cuyo cumplimiento se haya procedido sea lícita en España»; ex. art. 23 de la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción Internacional que establece que «(...) en ningún caso procederá la aplicación de una Ley extranjera cuando resulte manifiestamente contraria al orden público internacional español. A tal efecto se tendrá en cuenta el interés superior del menor y los vínculos sustanciales del supuesto con España. Los aspectos de la adopción que no puedan regirse por un Derecho extranjero al resultar éste contrario al orden público internacional español, se regirán por el Derecho sustantivo español»; y ex. art. 34.1 del Reglamento (CE) núm. 44/2001, del Consejo, de 22 de diciembre del 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil que establece que «(...) las decisiones no se reconocerán si el reconocimiento fuere manifiestamente contrario al orden público del Estado miembro requerido».

<sup>55</sup> Invocando infracción del art. 14 de la Constitución Española, en cuanto que en el art. 7.3 de la nueva Ley sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida se permite la inscripción en el Registro Civil español de la filiación por naturaleza a favor de dos mujeres, mientras que no se permite la inscripción a favor de dos hombres.

dos varones legalmente casados, no implica «una infracción del principio de igualdad y de prohibición de discriminación por razón de sexo» puesto que «el hecho que impide el acceso al registro es la forma del alumbramiento y no el sexo de los solicitantes».

En último término, con referencia al interés superior del menor que aconsejaría la inscripción en el Registro Civil español de la filiación al objeto de evitar que los menores quedasen privados de filiación inscrita y de una identidad única; argumenta la Sentencia que «el principio fundamental de protección del interés superior del menor no puede servir de coartada para dar cabida a una filiación derivada de un convenio de gestación por sustitución que nuestro ordenamiento declara nulo». La satisfacción de dicho interés no puede conseguirse infringiendo la Ley, máxime cuando la propia normativa española ofrece cauces para la inscripción de la filiación de los menores a favor de los recurrentes, como son la acción de reclamación de paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales, y la inscripción jurídica de la adopción regulada en los arts. 175 y ss. del Código civil, respecto de su cónyuge. Asimismo entiende que «tampoco se atenta contra el derecho a la identidad única de los menores, pues éstos tienen la que resulta de la certificación californiana que será la que publique el Registro Civil español si acceden a él de acuerdo con la Ley».

Formulado recurso de casación, el Pleno del Tribunal Supremo sentó doctrina sobre el tratamiento que debe darse al reconocimiento de decisiones extranjeras sobre la filiación a favor de los padres intencionales derivada de un contrato de gestación por sustitución concertado conforme a legislación extranjera, en la ajustada Sentencia de 6 de febrero de 2014 que confirmó íntegramente las resoluciones de los Tribunales inferiores<sup>56</sup>. El objeto de *hitis* fue analizado por el Alto Tribunal desde tres puntos de vista.

En primer lugar, el respeto al orden público internacional español en el reconocimiento de decisiones extranjeras y su contravención por los convenios de subrogación uterina. El Alto Tribunal indica que el problema planteado no remite al conflicto de leyes, sino al «reconocimiento de actos jurídicos válidos según el

Derecho extranjero»<sup>57</sup>. Así, señala que existe una decisión de una autoridad administrativa, adoptada conforme al Derecho californiano, que inscribe el nacimiento de los niños y determina a su favor una filiación. Por tanto, «lo que debe resolverse de los niños y exclusivamente si esa decisión de una autoridad extranjera puede ser reconocida y, en consecuencia, desplegar sus efectos en el sistema jurídico español». Al respecto, el Tribunal Supremo argumenta que la legislación del Registro Civil exige que el control previo al reconocimiento en España de la decisión de la autoridad administrativa encargada del Registro Civil de California no quede restringida a aspectos formales, sino que ha de extenderse a cuestiones de fondo: que no haya duda ni de la realidad del hecho, ni de su legalidad conforme a la Ley española<sup>58</sup>. Con esta premisa, el Tribunal Supremo entiende que los preceptos constitucionales no permiten sostener que la admisión generalizada de la adopción y de las técnicas de reproducción asistida acaben por llegar a vulnerar la dignidad de la mujer gestante y del niño; a mercantilizar la gestación y la filiación hasta «cosificar» a la madre sustituta y al niño; y a permitir el negocio de los intermediarios. A su juicio, no puede, pues, admitirse la creación de una «ciudadanía censitaria» en la que sólo quienes tengan elevados recursos puedan establecer relaciones paterno filiales vedadas a la mayoría de la población, lo cual fue expresamente tenido en cuenta por el legislador español al ponderar los intereses en juego y redactar el art. 10 de la Ley sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida con el texto vigente<sup>59</sup>. Por estos motivos, la filiación cuya inscripción se pretende resulta claramente incompatible con el orden público español, entendido éste como el sistema de derechos y libertades individuales garantizado en la Constitución y en los Convenios Internacionales de Derechos humanos ratificados por España.

En segundo lugar, la inexistencia de discriminación por razón de sexo u orientación sexual en la denegación de la inscripción de la filiación. La Sentencia tampoco acepta que exista una discriminación por razón de sexo en perjuicio del matrimonio de varones, desestimando así el argumento que invocaba la aplicación analógica de la aceptación de la inscripción de la filiación a favor de dos mujeres cuando una de ellas se somete a un tratamiento de reproducción asistida y la otra es su cónyuge. A juicio del Tribunal Supremo, ambos supuestos son evidentemente diferentes, dado que en el supuesto enjuiciado ninguno de los integrantes del matrimonio ha llevado a cabo la gestación. La denegación de la inscripción procede no por el sexo de los solicitantes, sino porque la filiación pretendida trae causa de una gestación por sustitución contratada legalmente en California pero prohibida por el ordenamiento español, y por ello «la respuesta jurídica sería la misma tanto si los solicitantes

<sup>56</sup> Sobre la Sentencia del Tribunal Supremo *vid.* JIMÉNEZ MUÑOZ, F. J., «Denegación de la inscripción de la filiación determinada por la celebración de un contrato de gestación por sustitución. Comentario a la STS 835/2014, de 6 de febrero de 2014 (RJ 2014/736)», en *Revista Bolivariana de Derecho* núm. 18, julio 2014, pp. 400-419; BATAILLER I RUIZ, E., «Reconocimiento en España de la filiación por gestación de sustitución», en *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 2, febrero 2015, pp. 777-789; PARÓN CAMARRO, M. J. en «Ventre de alquiler: mater semper certa est, pater semper incertus est», en *La Ley 1133/2014*, núm. 77, marzo 2014, pp. 5-7; y SELJAS QUINRANA, J. A., «Gestación por sustitución: el Tribunal Supremo deniega la inscripción de filiación de dos niños nacidos de una madre de alquiler», en *La Ley 5216/2014*, núm. 97, septiembre 2014, pp. 16-18.

<sup>57</sup> STS de 6 de febrero de 2014, Fundamento Jurídico tercero, punto 2.

<sup>58</sup> STS de 6 de febrero de 2014, Fundamento Jurídico tercero, punto 3.

<sup>59</sup> STS de 6 de febrero de 2014, Fundamento Jurídico tercero, punto 6.

fueran dos hombres, dos mujeres, un matrimonio heterosexual, una pareja de hecho heterosexual o una persona sola, sea hombre o mujer»<sup>60</sup>.

Y, en tercer lugar, la cuestión relativa al interés superior del menor. Entiende el Alto Tribunal que «el interés superior del menor es un concepto jurídico indeterminado que introduce el legislador para ampliar los márgenes de la ponderación judicial» y que en casos como éste tiene la consideración de «concepto esencialmente controvertido», al expresar un criterio normativo sobre el que no existe unanimidad social<sup>61</sup>. La aplicación de la cláusula general de la consideración primordial del interés superior del menor no puede, por tanto, invocarse indiscriminadamente, ni permite al Juez alcanzar cualquier resultado en detrimento de otros bienes jurídicos protegidos<sup>62</sup>. La concreción del interés del menor debe hacerse, pues, tomando en consideración los valores asumidos por la sociedad como propios, contenidos tanto en las reglas legales como en los principios que inspiran la legislación nacional y las convenciones internacionales, no sólo los personales puntos de vista del Juez. Asimismo, sirve para interpretar y aplicar la Ley y colmar sus lagunas, pero no para contrariar lo que está expresamente previsto en la misma, y debe ponderarse con los demás bienes jurídicos concurrentes, como son, en el supuesto que nos ocupa, garantizar el respeto a la dignidad e integridad moral de la mujer gestante, evitar la explotación del estado de necesidad en que puedan encontrarse mujeres jóvenes en situación de pobreza, e impedir la mercantilización de la gestación y de la filiación. La protección del interés superior de los menores «no puede fundarse en la existencia de un contrato de gestación por sustitución y una filiación determinada a favor de los padres intencionales conforme a la legislación de California, sino que habrá de partir, de ser ciertos tales datos, de la ruptura de todo vínculo de los menores con la mujer que les dio a luz, la existencia actual de un núcleo familiar formado por los menores y los recurrentes, y la paternidad biológica de alguno de ellos respecto de tales menores».

En lo tocante a la posible violación de los derechos de los niños, razona el Alto Tribunal que el no reconocimiento de la filiación establecida en la certificación californiana puede suponer un perjuicio para la posición jurídica de los menores, pero considera, asimismo, que el establecimiento de una filiación contraviniendo los criterios previstos en la Ley para su determinación también supone un perjuicio para ellos: «la mercantilización que conlleva determinar una filiación a favor del que encarga una gestación atenta claramente contra la dignidad del menor, que queda convertido en objeto de comercio»<sup>63</sup>.

Reconoce la Sentencia que los menores tienen derecho a una identidad única que se debe respetar por encima de las fronteras estatales pero que, en el caso que nos ocupa, los menores no tienen vinculación alguna con California dado que su nacimiento en EEUU se produjo sólo porque allí era posible concertar una subrogación uterina con la consiguiente determinación de la filiación a favor de los recurrentes; práctica prohibida en España y los países del entorno. Motivo por el cual, no existe un riesgo real de vulneración de una identidad única<sup>64</sup>.

A su juicio tampoco se vulnera el Derecho al respeto de su vida privada y familiar, dado que el recurso de casación desestimado no pretendía que se adoptase una decisión sobre la integración de los menores en la familia constituida por los recurrentes, puesto que tal integración ya existía. Y si lo que se pretendía era la constitución de una filiación, los recurrentes están facultados para acudir a los mecanismos contemplados por el Derecho español: al amparo del art. 10.3 de la vigente Ley de Reproducción Humana Asistida, el varón de la pareja que fuese progenitor biológico podría reclamar su paternidad; y, acreditada la renuncia de la madre subrogada, el cónyuge del progenitor biológico podría acudir al acogimiento familiar o a la adopción para formalizar la plena integración de los menores en la familia<sup>65</sup>.

La Sentencia cuenta con un Voto Particular suscrito por cuatro Magistrados<sup>66</sup>, cuya discrepancia se manifiesta principalmente en tres aspectos: el acceso al Registro Civil de la certificación expedida por la autoridad administrativa de California, la vulneración del orden público, y el respeto al interés superior del menor.

En el Voto Particular se considera que, conforme al art. 81 del Reglamento del Registro Civil, el documento presentado, certificación californiana, era de los que permiten la inscripción en el Registro Civil «sin necesidad de controlar su legalidad conforme a la Ley española», al haberse producido conforme a la Ley californiana, no resultando aplicable el art. 10 de la Ley sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida al haber sido ya determinada la filiación por una autoridad extranjera, con lo que el problema se trasladaría a resolver si esta decisión contraria o no el orden público internacional y, en ese punto, destacan los Magistrados discrepantes que, si bien el legislador español considera nulo el contrato de gestación por sustitución, ha de diferenciarse la admisión de estas prácticas en España, que en el momento actual son ilegales, de la de sus efectos cuando provienen de un Estado en el que se admiten, porque, a su juicio, «lo que se somete a la autoridad española no es la

<sup>60</sup> STS de 6 de febrero de 2014, Fundamento Jurídico cuarto, punto 2.

<sup>61</sup> STS de 6 de febrero de 2014, Fundamento Jurídico quinto, punto 3.

<sup>62</sup> STS de 6 de febrero de 2014, Fundamento Jurídico quinto, punto 6.

<sup>63</sup> STS de 6 de febrero de 2014, Fundamento Jurídico quinto, punto 8.

<sup>64</sup> STS de 6 de febrero de 2014, Fundamento Jurídico quinto, punto 9.

<sup>65</sup> STS de 6 de febrero de 2014, Fundamento Jurídico quinto, punto 10.

<sup>66</sup> Formuló Voto Particular el Magistrado Seijas Quintana, adhiriéndose al mismo los Magistrados Ferrándiz Gabriel, Arroyo Fiestas y Saetre Papiol.

legalidad del contrato, sino el reconocimiento de una decisión extranjera válida y legal conforme a su normativa»<sup>67</sup>.

A juicio de los firmantes, la Sentencia tutela la excepción de orden público «de una forma preventiva» que va más allá del supuesto sometido a consideración, y «desde la perspectiva de la contrariedad con la normativa interna». En este sentido, consideran que la contravención del orden público «debería analizarse caso por caso», y la valoración en esta materia «debería realizarse desde la consideración que merezca la mejor tutela del interés del menor». En su opinión, sólo los Tribunales españoles deben resolver si los efectos que produce una resolución extranjera en España contrarían o no los principios constitucionales, y no una Ley que anula el contrato pero que no elimina sus consecuencias una vez producidas. Añade así mismo el Voto particular, que será obligación del legislador establecer un marco legal que garantice los derechos de las partes implicadas (menores y madres subrogadas, y padres de intención); que será obligación de los Tribunales resolver y tutelar las situaciones concretas; y que «la tendencia en el Derecho comparado camina hacia la regularización y la flexibilización de estos supuestos»<sup>68</sup>.

Los Magistrados discrepantes sí consideraron que el interés del menor quedaba gravemente afectado<sup>69</sup>. A su juicio, «este interés del menor es superior y de orden público, y este principio no se defiende contra los niños sino a partir de una regulación que impide su conculcación». A los menores, de nacionalidad española, se les coloca en un limbo jurídico incierto en cuanto a la solución del conflicto y a la respuesta que pueda darse en un supuesto en el que están implicados al seguir creciendo y creando vínculos afectivos y familiares irreversibles. Prosigue el Voto Particular señalando que los Tribunales españoles ignoran una nueva realidad y no procuran las soluciones más beneficiosas para los hijos; y ante la existencia de unos menores en una familia que actúa socialmente como tal y que ha actuado legalmente conforme a la normativa extranjera, la aplicación de la normativa interna como cuestión de orden público perjudica a los niños, que podrían verse abocados a situaciones de desamparo, privados de su identidad, y excluidos de su núcleo familiar; contrariándose así la normativa internacional que exige atender al interés del menor, interés que ha de prevalecer sobre otras consideraciones. La protección del interés en abstracto no basta, «no hay orden público si en el caso se contraría el interés de un niño, una persona de carne y hueso, perfectamente individualizada»<sup>70</sup>.

<sup>67</sup> STS de 6 de febrero de 2014, Voto Particular, Fundamento Segundo, puntos 1 y 2.

<sup>68</sup> STS de 6 de febrero de 2014, Voto Particular, Fundamento Segundo, puntos 3 y 4.

<sup>69</sup> De Torres Peña, J. M., «Comentario a la STS de 2 de febrero de 2014 sobre maternidad por sustitución desde la perspectiva del interés del menor», en *La Ley 1495/2014*, núm. 79, 2014, pp. 14-20.

<sup>70</sup> STS de 6 de febrero de 2014, Voto Particular, Fundamento Segundo, punto 5.

#### 4. LA SUBROGACIÓN UTERINA EN LA JURISPRUDENCIA DEL TEDH

##### 4.1. Casos *Mennesson vs. Francia* (Rec. 65192/2011) y *Labasse vs. Francia* (Rec. 65941/2011), Sentencias TEDH de 26 de junio de 2014 (Secc. 5.º)

###### 4.1.1. Relato fáctico caso *Mennesson vs. Francia*

Los *Mennesson*, matrimonio de nacionalidad francesa y residencia en Francia, no podían tener hijos debido a la infertilidad de la mujer. Tras haber intentado sin éxito la fecundación *in vitro* con sus propios gametos, decidieron recurrir a la fecundación *in vitro* con gametos del marido y óvulos de una donante para fecundar un embrión que se transferiría al útero de otra mujer para su gestación. Para ello se trasladaron a California y allí celebraron un contrato de gestación por sustitución. Por Sentencia de 14 de julio de 2000, el Tribunal del Estado de California declaró la paternidad legal de los *Mennesson* con el consentimiento de todas las partes implicadas en el acuerdo (los padres de intención, la gestante subrogada y el marido de la misma). La Sentencia también señaló que en el Acta de nacimiento los *Mennesson* debían figurar como padre y madre de los nacidos. El 25 de octubre de 2000 la gestante subrogada alumbró dos gemelas. A principios de noviembre de 2000, el señor *Mennesson* acudió al consulado francés en Los Ángeles y solicitó la transcripción del Acta de nacimiento y la correspondiente inscripción de las gemelas en su pasaporte. Los servicios consulares se opusieron a tal solicitud, al sospechar que estaban ante un caso de gestación por sustitución, práctica prohibida por la legislación francesa. Como la administración federal americana había expedido a las gemelas pasaportes estadounidenses en las que los *Mennesson* figuraban como padres, el matrimonio y las gemelas pudieron regresar a Francia en noviembre de 2000.

El 16 de mayo de 2003, el Ministerio Fiscal instó una acción civil ante el *Tribunal de Grande Instance de Creteil*, invocando los arts. 16.7 y 16.9 del Código civil francés que prohíben la maternidad subrogada, al objeto de solicitar la transcripción de oficio de las Actas de nacimiento en el Registro Civil francés al único efecto de interesar su anulación por contravención del orden público, en concreto, por contrariar el principio de indisponibilidad del cuerpo humano y el estado de las personas. A juicio del Ministerio Público, ni la Sentencia del Tribunal Supremo de California, ni las Actas de nacimiento californianas fundada en la misma, podían ser reconocidas en Francia. Por Sentencia de 13 de diciembre de 2005, el mencionado Tribunal desestimó la demanda interpuesta al considerar que no reunía determinadas condiciones legales. Con posterioridad, la *Cour d'Appel de Paris*, por Sentencia de 25 de octubre de 2007, rechazó la acción de nulidad ejercitada por falta de competencia del Ministerio Fiscal, argumentando que el Ministerio Público no se había opuesto al reconocimiento de la decisión californiana ni a los documentos públicos californianos relativos al estado civil sobre la base del art. 47 del Código civil francés, relativo a la transcripción en el Registro Civil de las Actas extranjeras

relativas al estado civil sin necesidad de *exequatur*. De igual forma, invocó un orden público internacional atento al interés superior del menor, sobre la base del art. 3 del Convenio de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 1989. Esta decisión fue impugnada por el Abogado General del Tribunal de Apelación en un Recurso de Casación en interés de ley presentado ante la *Cour de Cassation* en un de diciembre de 2008. El Alto Tribunal se limitó a resolver la cuestión relativa a la competencia del Ministerio Fiscal y declaró que éste tenía facultad para instar la anulación de la inscripción de las Actas de nacimiento californianas por motivos de orden público. La *Cour de Cassation* omitió en su resolución toda referencia al interés superior del menor, no entró a conocer las cuestiones de fondo, y reenvió el asunto al Tribunal de Apelación.

Por Sentencia de 18 de marzo de 2010, la *Cour d'Appel* de París, ordenó anular la inscripción de las Certificaciones de nacimiento. Los argumentos sobre los que fundamentó su decisión el citado Tribunal fueron los siguientes: en primer lugar, que las Actas de nacimiento habían sido establecidas sobre la base de una Sentencia californiana que declara padres legales de las menores al matrimonio *Mennesson*, por tanto, tales actos son indisociables de la decisión judicial, y su eficacia queda subordinada a la regularidad internacional de esta última; en segundo lugar, señaló que para que una decisión judicial extranjera pueda ser reconocida en Francia es necesario que se cumplan tres condiciones: competencia indirecta del Juez extranjero fundada en un vínculo de litigio con la jurisdicción de origen, conformidad con el orden público internacional francés, y ausencia de fraude de Ley; en tercer lugar, recordó que los contratos de gestación por sustitución están prohibidos en Francia, considerándose nulos de pleno derecho, por ello, la Sentencia californiana es contraria al orden público internacional al validar indirectamente un contrato de gestación por sustitución; y, en cuarto lugar, que la invocación del interés superior del menor no puede permitir hacer válido *a posteriori* un proceso cuya licitud está consagrada por el legislador francés. Asimismo, en último término, la Corte de Apelación destacó que la ausencia de inscripción en Francia no tiene por efecto privar a los dos niños de su estado civil americano ni tampoco impugnar el vínculo de filiación que les ha sido reconocido por el Derecho californiano.

Los *Mennesson* formularon Recurso de Casación esgrimiendo, por una parte, la defensa del interés del menor en el sentido del art. 3.1 del Convenio de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 1989 (derecho a tener reconocida una filiación estable) y, por otra parte, la vulneración de su derecho a la vida privada y familiar (art. ocho del CEDH). A mayores, argumentaron que la resolución extranjera que reconoce la filiación de un hijo respecto a una pareja que ha celebrado válidamente un contrato de gestación por sustitución con una madre subrogada no es contraria al orden público internacional, que no puede confundirse con el orden público interno. En fecha 6 de abril de 2011, la *Cour de Cassation* confirmó la Sentencia de la *Cour d'Appel*, considerando que la Sentencia californiana de 14 de julio

de 2000 era contraria a la concepción de orden público internacional, de manera que las Actas de nacimiento establecidas en aplicación de tal decisión deberían ser anuladas. A su juicio, tal anulación no vulneraba ni el derecho a la vida privada y familiar ni el interés superior del menor. Según la Corte de Casación, el contrato de gestación por sustitución es nulo en Francia por ser contrario al principio de indisponibilidad del cuerpo humano y al principio de indisponibilidad del estado civil de las personas. Cuando el nacimiento es el resultado de un convenio de gestación por sustitución lícito en el extranjero pero realizado en fraude de la Ley francesa, está viciado de nulidad. Y, en presencia de este fraude, ni el interés superior del niño garantizado por el art. 3.1 del Convenio de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 1989, ni el respeto a la vida privada y familiar en el sentido del art. 8 del CEDH, pueden ser invocados.

#### 4.1.2. *Relato ficticio caso Labasse vs. Francia*

A grandes rasgos, el caso *Labasse* coincide con el supuesto anterior. Matrimonio francés con residencia en Francia que, a consecuencia de un problema de infertilidad de la esposa, celebra el 20 de junio de 2000 un contrato de gestación por sustitución en *Minnesota* en virtud del cual, y mediante el recurso a la fecundación *in vitro*, se fecunda un óvulo procedente de donante con los gametos del marido para su transferencia a la gestante contratada, que el 27 de octubre de 2001 da a luz a una niña. La paternidad legal de los *Labasse* quedó establecida mediante Sentencia del Tribunal del Estado de *Minnesota* de 31 de octubre de 2001, y la niña fue inscrita como hija del matrimonio *Labasse* en el Registro Civil de *Minnesota*, expidiéndose al efecto el correspondiente Acta de nacimiento. En fecha 28 de julio de 2003 el *Tribunal de Grande Instance de Nantes* denegó la inscripción en el Registro Civil francés del Acta de nacimiento americana, al considerarla contraria al orden público internacional francés. El matrimonio *Labasse* intentó entonces la inscripción de la filiación recurriendo a la figura de la «posesión de estado»; otorgando, así, un *acte de notoriété* en fecha 3 de diciembre de 2003 ante el *Tribunal de Grande Instance de Tourning*. El Acta, a instancia del Ministerio Público, fue anulada por Sentencia del 22 de marzo de 2007 dictada por el *Tribunal de Grande Instance de Lille*, al considerar que vulneraba la Ley francesa y tenía carácter fraudulento. La decisión de anulación fue confirmada por la *Cour d'Appel de Douai*, el 14 de septiembre de 2009, que argumentó que, conforme a los arts. 16.7 y 16.9 del Código civil francés, la posesión de estado no puede derivarse de un contrato de gestación por sustitución puesto que es nulo de pleno derecho.

El matrimonio *Labasse* recurrió en casación invocando la violación del interés superior del menor (art. 3.1 del Convenio de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 1989) y del respeto a su vida privada y familiar (art. 8 del CEDH). En fecha 6 de abril de 2011, la *Cour de Cassation* dictó Sentencia negando cualquier

efecto que se pueda derivar de un contrato de gestación por sustitución, por ser contrario al orden público internacional francés, incluyendo la posesión de estado y los efectos que pueda tener sobre el establecimiento de la filiación. Además, a juicio de la Corte de Casación, la denegación de la inscripción no priva a la menor de la filiación que el Derecho del Estado de *Minneota* le reconoce, ni le impide vivir con sus padres de intención en Francia y, por tanto, no existe vulneración ni del respeto a la vida privada y familiar, ni del interés superior del menor.

#### 4.1.3. *El interés superior del menor y el respeto a la vida privada y familiar*

Tanto en el caso *Mennesson* como en el caso *Labassez*, los padres de intención no renián posibilidad alguna de obtener en Francia, por ninguna vía, el reconocimiento de la filiación que se había establecido a su favor conforme a una legislación extranjera. Ante esta circunstancia solicitaron amparo al TEDH argumentando que esta situación suponía un grave detrimento del interés del menor y vulneraba el derecho a su vida privada y familiar. La similitud de los supuestos de hecho y sus consecuencias jurídicas, explica que ambos asuntos hayan sido resueltos en términos idénticos.

El TEDH comienza recordando que para garantizar el derecho al respeto a la vida familiar, el art. ocho del CEDH presupone la existencia de una familia, pudiendo ser los vínculos familiares *de facto*, algo que a juicio del TEDH se cumple a todas luces en los asuntos *Mennesson* y *Labassez*<sup>71</sup>. Asimismo, señala que «el derecho a la identidad, que incluye la filiación, forma parte integral del derecho a la vida privada» y aprecia la existencia de una relación directa entre la vida privada de los niños nacidos de una gestación por sustitución y la determinación jurídica de su filiación.<sup>72</sup>

En su alegato, exponen los padres de intención, que la negativa de las autoridades francesas a reconocer jurídicamente el vínculo familiar, supone una injerencia de las autoridades estatales en su derecho al respeto a la vida familiar, idéntica a la que se constató en los asuntos *Magner et J.M.WL. vs. Luxembourg* y *Negropontis-Gimnisis vs. Grecia*. Se trata de analizar, pues, si tal injerencia existe y si está justificada. Lo que sucede sólo «cuando está prevista por la Ley y persigue fines legítimos, siendo necesaria en una sociedad democrática». Según el TEDH, la injerencia de las autoridades francesas en el supuesto enjuiciado existe, está perfectamente prevista en la Ley, y es previsible para las partes.<sup>73</sup> Los fines que persigue son legítimos: la protección de la salud y la protección de los derechos y libertades de los individuos.

<sup>71</sup> STEDH, de 26 de junio de 2014, Caso *Mennesson vs. France*, punto 45 y Caso *Labassez vs. France*, punto 37.

<sup>72</sup> STEDH, de 26 de junio de 2014, Caso *Mennesson vs. France*, punto 46 y Caso *Labassez vs. France*, punto 38.

<sup>73</sup> STEDH, de 26 de junio de 2014, Caso *Mennesson vs. France*, puntos 57-58 y Caso *Labassez vs. France*, punto 52.

La negativa de Francia a reconocer un vínculo de filiación entre los hijos nacidos en el extranjero de una gestación por sustitución y los padres de intención, tiene por objeto desalentar a los ciudadanos y evitar que recurran en el extranjero a una técnica de procreación que está prohibida en el territorio nacional, con el único fin de proteger al menor y a la gestante subrogada.<sup>74</sup> El margen de apreciación de los Estados para decidir lo que es «necesario en una sociedad democrática» es muy amplio cuando sobre un determinado asunto no existe consenso sobre el interés en juego y la forma de protegerlo pero, sobre todo, cuando del mismo derivan cuestiones morales o éticas. No obstante, cuando está involucrado un aspecto particularmente importante de la existencia o identidad del individuo, el margen de apreciación de los Estados se restringe.<sup>75</sup> A juicio del TEDH, en el caso de los contratos de gestación por sustitución concurren ambos elementos. Por un lado, existe consenso entre los Estados sobre su admisibilidad y regulación. Y, por otro lado, afecta a un aspecto esencial de la identidad de los individuos: su filiación. Por tanto, en este caso concreto, ha de buscarse un justo equilibrio entre los intereses de los Estados y los intereses de los individuos directamente afectados; y haciéndolo, se debe tener en cuenta el «principio esencial del interés superior del menor» según el cual, cada vez que está en juego la situación de un niño, el interés superior de éste ha de prevalecer.<sup>76</sup>

La Corte de Casación francesa, invocando el orden público internacional, deniega la inscripción de las Actas de nacimiento y filiación de los nacidos en el extranjero vía gestación por sustitución, al entender que vulneran principios esenciales del Derecho francés, entre ellos, el principio de indisponibilidad del estado civil. En opinión del Estado francés, la admisión de la inscripción equivaldría a aceptar tácitamente que el Derecho interno puede ser derogado por decisiones extranjeras, quedando en entredicho la coherencia interna de la prohibición. Al respecto, señala el TEDH que cuando se aplica la excepción de orden público internacional, resulta necesario verificar si el Juez estatal ha ponderado la necesidad de establecer un «justo equilibrio entre los intereses colectivos y los intereses de los afectados», especialmente, el respeto al interés superior del menor y el ejercicio del derecho fundamental a la vida privada y familiar.<sup>77</sup>

En este contexto, el TEDH estima que resulta absolutamente necesario distinguir entre el derecho de los matrimonios demandantes a su vida familiar, y el dere-

<sup>74</sup> STEDH, de 26 de junio de 2014, Caso *Mennesson vs. France*, punto 62 y Caso *Labassez vs. France*, punto 54.

<sup>75</sup> STEDH, de 26 de junio de 2014, Caso *Mennesson vs. France*, puntos 77-80 y Caso *Labassez vs. France*, puntos 56-58.

<sup>76</sup> STEDH, de 26 de junio de 2014, Caso *Mennesson vs. France*, punto 81 y Caso *Labassez vs. France*, punto 70.

<sup>77</sup> STEDH, de 26 de junio de 2014, Caso *Mennesson vs. France*, puntos 82-85 y Caso *Labassez vs. France*, puntos 61-63.

cho de los hijos nacidos artificialmente al respecto a su vida privada<sup>78</sup>. En el primer supuesto, el TEDH explica que la negativa por parte de las autoridades francesas a inscribir el nacimiento y filiación de los menores, no impide el establecimiento de una vida familiar aunque implique una serie de consecuencias negativas para el día a día<sup>79</sup>. Concluye, por tanto, que no existe vulneración del derecho a la vida familiar del matrimonio. En el segundo supuesto, el TEDH recuerda que el respeto a la vida privada exige que cada uno pueda establecer los detalles de su identidad como ser humano, algo que incluye su filiación; y considera que la denegación por parte de las autoridades francesas del reconocimiento de efectos a la Sentencia extranjera, implica admitir la filiación de los menores conforme al Derecho de otro estado pero, paradójicamente, impedir la condición de hijos en el foro (Francia), con todas las consecuencias negativas que ello conlleva: nacionalidad, efectos sucesorios, responsabilidad parental, etc. En opinión del TEDH, es esta contradicción, y los obstáculos que se derivan de la misma, la que atenta contra la identidad de las personas, contraviene su derecho a la vida privada, y hace que el Estado que deniega la inscripción de la filiación en tales casos, sobrepase el margen de apreciación que le está permitido conforme al art. 8 del CEDH<sup>80</sup>.

#### 4.2. Caso *Paradiso y Campanelli vs. Italia* (Rec. 25358/2012), Sentencia de 27 de enero de 2015 (TEDH, Sección 10.º)

##### 4.2.1. *Relato fáctico*

Por infertilidad de la mujer, el matrimonio formado por la Sra. *Donatina Paradiso* y el Sr. *Giovanni Campanelli*, ciudadanos italianos residentes en Italia, se desplazó a Moscú (Rusia) para concertar un contrato de gestación por sustitución en virtud del cual, el 27 de febrero de 2011, nació un bebé que conforme al Derecho ruso fue inscrito como hijo del matrimonio. La certificación de nacimiento rusa no señalaba que el nacimiento se había producido como consecuencia de una gestación por encargo. El 29 de abril de 2011 el Consulado de Italia en Moscú entregó los documentos que permitieron al bebé viajar a Italia con el matrimonio.

El 30 de abril de 2011, el Sr. *Campanelli* solicitó la inscripción del nacimiento del niño en el Registro Civil de *Coltorto*. El 2 de mayo de 2011, el Consulado de Italia en Moscú informó al Tribunal de Menores de *Campobasso*, al Ministerio de

<sup>78</sup> STEDH, de 26 de junio de 2014, Caso *Mennesson vs. Francia*, punto 86 y Caso *Labasse vs. Francia*, punto 65.

<sup>79</sup> STEDH, de 26 de junio de 2014, Caso *Mennesson vs. Francia*, puntos 87-94 y Caso *Labasse vs. Francia*, puntos 71-73.

<sup>80</sup> STEDH, de 26 de junio de 2014, Caso *Mennesson vs. Francia*, puntos 96-100 y Caso *Labasse vs. Francia*, puntos 75-79.

Asuntos Exteriores, y a las autoridades de *Coltorto*, que el expediente relativo al nacimiento del niño contenía información falsa. El 5 de mayo de 2011, el matrimonio *Paradiso-Campanelli* fue acusado de un delito de alteración del estado civil, conforme al art. 567 del Código Penal, y de incumplir la legislación italiana e internacional en materia de adopción. La Fiscalía del Tribunal de Menores de *Campobasso* solicitó, asimismo, la apertura de un procedimiento de adopción puesto que, de acuerdo con la legislación italiana, el menor estaba en situación de desamparo considerándose conveniente su traslado a una institución a la espera de su adopción legal por otra familia. El 1 de agosto de 2011, una prueba de ADN reveló que el Sr. *Campanelli* no era el padre biológico del niño. El 4 de agosto de 2011 se denegó la inscripción del Acta de nacimiento rusa, formulando el matrimonio un recurso ante el Tribunal de *Larino*, que se declaró incompetente. El matrimonio recurrió en apelación. El Tribunal de Apelación de *Campobasso* confirmó la negativa a inscribir el acta de nacimiento rusa argumentando que contravenía el orden público y era inexacta, puesto que no existía relación biológica alguna entre el niño y el matrimonio solicitante. Estos últimos habían alegado, sin éxito, que habían actuado de buena fe y que no tenían conocimiento del material genético que había sido utilizado en la clínica rusa.

Ante la falta de vinculación genética entre el menor y el matrimonio, y las irregularidades apreciadas en todo el proceso, el Tribunal de Menores acordó el 20 de octubre de 2011 retirar al matrimonio la patria potestad y colocar al menor en un hogar de acogida sin permitirles tener ningún contacto con él. La decisión del Tribunal de Menores fue confirmada en apelación y declaró que los solicitantes carecían de capacidad para actuar en el procedimiento puesto que no eran ni padres, ni familiares del niño. Así, el 26 de enero de 2013, el bebé fue entregado a unos padres adoptivos y recibió una nueva identidad, haciéndose constar en su certificado que había nacido de padres desconocidos.

##### 4.2.2. *El respeto a la vida privada y familiar*

En el caso *Paradiso-Campanelli*, las autoridades italianas acuerdan retirar a los padres de intención la potestad sobre el menor, que queda tutelado en un centro de acogida y, posteriormente, es entregado a otra familia en adopción. Ante esta circunstancia, el matrimonio solicita amparo al TEDH argumentando que esta decisión de las autoridades italianas vulnera el derecho a su vida privada y familiar. Esta diferencia con los asuntos *Mennesson* y *Labasse* es la que explica que en este caso el TEDH haya concluido que sí existe vulneración del derecho a la vida privada y familiar del matrimonio conforme a los argumentos que seguidamente se describen<sup>81</sup>.

<sup>81</sup> Los Magistrados *Raimondi* y *Spano* formularon en común un Voto Particular al considerar que no cabía apreciar violación del art. 8 del CEDH al entender: que no existía vínculo genético entre

Valora el TEDH, en primer lugar, si la medida adoptada por las autoridades italianas de colocar al menor bajo custodia, supuso una injerencia en la vida privada y familiar de los demandantes; y si estaba justificada, lo que sucede sólo «cuando está prevista por la Ley y persigue fines legítimos, siendo necesaria en una sociedad democrática»<sup>82</sup>. Al respecto, concluye que los Tribunales internos se limitaron a aplicar la legislación italiana, al apreciar que la conducta de los demandantes había sido contraria a la Ley; y que la medida adoptada no fue discrecional, sino basada en disposiciones de Derecho interno que persiguen el objetivo legítimo de la «defensa del orden». Al evaluar «la necesidad de la injerencia en una sociedad democrática», el TEDH analiza si la aplicación de la Ley nacional ha ponderado un «justo equilibrio» entre el interés público y el privado, que se concreta en el respeto a la vida privada y familiar de los demandantes; y si al hacerlo, se ha tenido en cuenta el «principio esencial del interés superior del menor».

Las autoridades italianas acordaron la remisión del menor a un centro tutelado al objeto de poner fin a una situación ilegal, puesto que el matrimonio *Paradiso-Campanelli* había recurrido a una gestación subrogada en Rusia con la única finalidad de eludir la prohibición italiana sobre acuerdos de gestación, y transgredir la normativa en materia de adopción internacional. A su juicio, esta situación resulta contraria al orden público internacional. La decisión de separar al menor de los padres de intención se justificó argumentando que el matrimonio había sucumbido «a un deseo narcisista que pone en duda sus capacidades emocionales y sus aptitudes para la crianza de un hijo»; y que el menor «ante su corta edad y el breve período que convivió con los solicitantes, iba a recuperarse sin dificultad, y desarrollaría vínculos más estrechos con sus nuevos padres; resultando más traumática una separación posterior».

Señala el TEDH en su resolución, que la excepción de orden público internacional «no supone carta blanca para la adopción de cualquier medida»<sup>83</sup>, siendo necesario verificar que se ha alcanzado un «justo equilibrio entre los intereses afectados», especialmente, el respeto al «interés superior del menor»; y ello con independencia de la inexistencia de vínculo genético entre el niño y los padres de intención. Y que la decisión de separar al menor «fue una medida extrema que sólo podría estar justificada en caso de peligro inminente para el niño», resultando

los solicitantes y el menor, que la familia «de facto» se había constituido de forma irregular al recurrir los solicitantes en el extranjero a una práctica que estaba prohibida en su país; y que la actuación de los solicitantes era contraria al orden público internacional.

<sup>82</sup> STEDH, de 27 de enero de 2015, Caso *Paradiso-Campanelli vs. Italy*, punto 76.

<sup>83</sup> STEDH, de 27 de enero de 2015, Caso *Paradiso-Campanelli vs. Italy*, punto 80.

insuficientes los argumentos esgrimidos por el Tribunal italiano de menores para justificar su adopción.<sup>84</sup>

En consecuencia, concluye el TEDH, que las autoridades italianas con su decisión de separar al menor de sus padres de intención, superaron el margen de apreciación que les otorga el art. 8 del CEDH al no haber observado un equilibrio justo entre los intereses en juego.<sup>85</sup> No obstante, la constatación de esta violación de la vida privada y familiar de los solicitantes, no supone para el Estado italiano la obligación de devolver el niño a los solicitantes, dado los lazos emocionales desarrollados por el menor con la familia de acogida con la que ha estado viviendo desde 2013.<sup>86</sup>

## 5. CONCLUSIONES

Tras la lectura de las Sentencias del TEDH no cabe concluir que las legislaciones que prohíben la subrogación uterina sean contrarias al CEDH, pero sí que el CEDH limita la aplicación de la excepción de orden público, por los Estados miembros, al reconocimiento de filiaciones establecidas legalmente por resolución judicial extranjera, incluso cuando éstas derivan de una gestación por encargo. Las reacciones a esta posición del TEDH han empezado a sucederse.

En consonancia con su doctrina, España, aprobó la *Circular de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 11 de julio de 2014*, que establece que «ante el estado legislativo y jurisprudencial actual, la Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado dictada el 5 de octubre de 2010, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución se encuentra plenamente vigente, por lo que debe seguir siendo aplicada por los Registros Civiles españoles a fin de determinar la inscripción del nacimiento y filiación en los casos que entran en su ámbito de aplicación, sin que la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014 constituya un obstáculo legal (...)»; todo ello «con independencia de las modificaciones de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil, que puedan tramitarse en la materia a fin de dotarla de mayor seguridad jurídica». La citada Instrucción recupera, pues, la eficacia que había perdido como consecuencia de la doctrina que en sentido contrario había fijado el Tribunal Supremo.

Asimismo, la Sentencia del Tribunal Supremo alemán de 10 de diciembre de 2014, optó por considerar que el reconocimiento en Alemania de una resolución judicial de California relativa al establecimiento de filiación por maternidad subrogada «no resultaba contraria al orden público», destacando la importancia de una

<sup>84</sup> STEDH, de 27 de enero de 2015, Caso *Paradiso-Campanelli vs. Italy*, punto 81.

<sup>85</sup> STEDH, de 27 de enero de 2015, Caso *Paradiso-Campanelli vs. Italy*, punto 87.

<sup>86</sup> STEDH, de 27 de enero de 2015, Caso *Paradiso-Campanelli vs. Italy*, punto 88.

interpretación restrictiva de la excepción de orden público respetuosa con el interés superior del menor y la conveniencia de evitar situaciones jurídicas claudicantes; y reservándose, no obstante, la posibilidad de alcanzar un resultado distinto en situaciones diferentes: cuando ninguno de los comitentes sea progenitor biológico o cuando la madre gestante sea también la madre genética. Y, 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.

Ante estas circunstancias, la respuesta al problema debe ofrecerse de *lege ferenda* considerando al efecto tres vías posibles: prohibición de la gestación por encargo y de sus efectos sobre la determinación de la filiación; prohibición de la gestación por encargo y admisión de sus efectos mediante el reconocimiento de la filiación; y admisión de la gestación por encargo y regulación del convenio y de sus efectos. La aprobación de una regulación armonizada se hace imprescindible, y debe imponerse de forma irrenunciable como una solución necesaria para cada Estado firmante del CEDH.

## ¿CUÁLES DERECHOS ESTÁN IMPLICADOS EN LAS TÉCNICAS DE FECUNDACIÓN ARTIFICIAL?

JORGE NICOLÁS LAFFERRIERE  
Pontificia Universidad Católica Argentina

SUMARIO: 1. PRESENTACIÓN. 2. LA DISCUSIÓN DOCTRINARIA SOBRE EL DERECHO A PROCREAR. 3. AUTONOMÍA PERSONAL Y DERECHO A LA SALUD COMO PRETENSOS JUSTIFICATIVOS DE LA UTILIZACIÓN DE TÉCNICAS DE PROCREACIÓN HUMANA EN LA SENTENCIA «ARTAVIA MURILLO». 4. RESPUESTA A LOS ARGUMENTOS DE LA CIDH. 5. ALGUNOS DERECHOS REALMENTE IMPLICADOS EN LAS TÉCNICAS DE FECUNDACIÓN ARTIFICIAL. 6. LA NECESIDAD DE REGULAR LAS TRHA EN LA PERSPECTIVA DEL BIEN COMÚN Y LA DIGNIDAD HUMANA

### 1. PRESENTACIÓN

Las técnicas de reproducción humana artificial (en adelante TRHA), que irrumpieron en el escenario de la salud a fines de la década del 70, se han expandido aprovechando el amplio margen que deja abierta la regla de oro de nuestros sistemas políticos liberales: «lo que no está prohibido, está permitido». Así, su avance se ha visto motorizado por la demanda generada por las personas que padecen infertilidad en un contexto jurídico de marcado pragmatismo que se tradujo en la ausencia de normas jurídicas o bien en normas muy permisivas, sin demasiada reflexión de fondo sobre las implicaciones de las técnicas que intermedían en la procreación humana. Podríamos decir que en los ambientes jurídicos se impuso una mentalidad que da por supuesto que estas técnicas responden a una legítima pretensión y no se ha indagado mucho sobre los derechos involucrados y la posibilidad de un juicio ético y jurídico crítico.

Los hechos posteriores han demostrado la necesidad de emprender esa reflexión de fondo sobre las técnicas en sí, máxime que, desde el año 2000 y la secuencia completa del genoma humano, la expansión de las técnicas se ha trasladado de la cuestión de la infertilidad o esterilidad al puro deseo reproductivo, como parte del ejercicio de la autonomía personal. Así, se incrementa el uso de estas técnicas fuera del contexto de infertilidad y paulatinamente se impone una lógica biotecnológica que pretende convertir la vida humana en un mero material biológico disponible.