



Universidad de Valladolid

Facultad de Derecho

MÁSTER EN FORMACIÓN JURÍDICA ESPECIALIZADA EN
DERECHO DE FAMILIA

TRABAJO DE FIN DE MÁSTER

LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN DE ROMA A LA ACTUALIDAD

Realizado por:

M^a de los Ángeles López-Cancio Suárez

Tutorado por:

M^a Cristina Guilarte Martín-Calero

Valladolid, Julio de 2020

RESUMEN

A lo largo del presente trabajo abordaré el tema de la gestación por sustitución partiendo de un análisis de esta técnica en Roma para así poder, posteriormente, afrontar la situación que nos encontramos en la actualidad. Además, pese a que me centraré en estudiar la regulación y tipos de gestación por sustitución que existen actualmente en nuestro país y los problemas que acarrea la falta de regulación en relación con la determinación de la filiación de los menores así nacidos, también haré hincapié en cuál es la postura que sostiene el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) al respecto.

Para ello he tenido en cuenta dos marcos de referencia: por un lado, las fuentes romanas, las cuales me han permitido fijar los tipos de gestación por sustitución existentes por aquel entonces (*locatio ventris* o *locatio conductio*), y por otro lado, el incremento de casos que se han dado en esta materia en los últimos años y la evolución jurídica que ha habido al respecto.

En cuanto a su naturaleza jurídica, he realizado un análisis basándome en el carácter contractual de la gestación por sustitución y las consecuencias que de ello se derivan.

Además, incidiré en la necesidad de regular esta materia en España.

PALABRAS CLAVE

Gestación por sustitución; gestación subrogada; madre gestante; padres comitentes; Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida; determinación de la filiación.

ABSTRACT

Throughout the present work I will deal with the topic of surrogacy gestation based on its origins in Rome and continuing with the current situation.

Despite the focus of my work being the types of surrogacy gestation in Spain and the emerging problems caused by the lack of regulation in relation in terms of determining the affiliation of children, I will also refer to the position of European Court of Human Rights (ECHR) towards this topic.

In order to tackle these issues, I have taken into consideration two sources: On the one hand, Roman sources from which I have been able to set the types of surrogacy gestation existing at this time (*locatio ventris* or *locatio conductio*). On the other hand, I will analyse the current increase in the number of legal cases on this matter in recent years and the legal evolution that has unfold in this regard.

Regarding its legal nature, the conducted (resulting) analysis is essentially based on the contractual character of surrogacy gestation and these consequences.

Finally, I will insist on the need to regulate this matter in Spain.

KEY WORDS

Surrogacy gestation; pregnant mother; intending parents; Law of Assisted Human Reproduction Techniques; determination of filiation.

ÍNDICE DE ABREVIATURAS

a.C.	Antes de Cristo.
AP.	Audiencia Provincial.
ATS.	Auto del Tribunal Supremo.
CC.	Código Civil.
CE.	Constitución Española.
CEDH.	Convenio Europeo de Derechos Humanos.
DGRN.	Dirección General de los Registros y los Notariados.
FIV.	Fecundación In Vitro.
FJ.	Fundamento Jurídico.
JPI.	Juzgado de Primera Instancia.
LBAP.	Ley Básica de Autonomía del Paciente.
LOPJM.	Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor.
LRC.	Ley del Registro Civil.
LTRHA.	Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistidas.
MF.	Ministerio Fiscal.
RC.	Registro Civil.
RRC.	Reglamento del Registro Civil.
SAP.	Sentencia de la Audiencia Provincial.
SEF.	Sociedad Española de Fertilidad.
STS.	Sentencia del Tribunal Supremo.
TC.	Tribunal Constitucional.
TEDH.	Tribunal Europeo de Derechos Humanos.
TRHA.	Técnicas de Reproducción Humana Asistida.
TS.	Tribunal Supremo.

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN.....	7
2. LA SITUACIÓN DE LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN EN ROMA	9
2.1. EL VALOR DE LA FECUNDIDAD DE LA MUJER EN DERECHO ROMANO: MATER SEMPER CERTA EST	9
2.2. LA CESIÓN DEL VIENTRE MATERNO EN EL MARCO DE LA LIBERTAD DE CONSENTIMIENTO DE LA MUJER. MADRE COMITENTE Y MADRE GESTANTE.12	
2.3. LA <i>AUCTORITAS</i> DE LAS MADRES QUE GESTABAN DE FORMA ALTRUISTA EN CONTRAPOSICIÓN CON EL DESPRECIO HACIA LAS <i>MERCENARIAE</i>	14
3. LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN: CONCEPTO Y PARTES.....	16
3.1. CONCEPTO.....	16
3.2. PARTES	18
4. MODALIDADES DE GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN.....	19
5. EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN EN ESPAÑA.....	20
6. DERECHOS EN LIZA EN LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN	22
6.1. ¿EXISTE UN DERECHO CONSTITUCIONAL A SER PADRES?.....	22
6.2. LOS DERECHOS DE LA MADRE SUSTITUTA O MUJER GESTANTE	24
6.3. LOS DERECHOS DEL NIÑO	29
7. DETERMINACIÓN DE LA FILIACIÓN DE LOS HIJOS NACIDOS MEDIANTE GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN	32
7.1. DETERMINACIÓN DE LA MATERNIDAD.....	33
A. <i>DETERMINACIÓN EN BASE A LA APORTACIÓN GENÉTICA</i>	33
B. <i>DETERMINACIÓN LEGAL: MADRE GESTANTE</i>	34
C. <i>MATERNIDAD DE INTENCIÓN</i>	34
7.2. DETERMINACIÓN DE LA PATERNIDAD	37

7.3.	DETERMINACIÓN DE LA FILIACIÓN EN PAREJAS DEL MISMO SEXO.....	39
A.	<i>SUPUESTO EN QUE LOS PADRES DE INTENCIÓN SON DOS MUJERES.....</i>	39
B.	<i>SUPUESTO EN QUE LOS PADRES DE INTENCIÓN SON DOS HOMBRES.....</i>	40
8.	ANÁLISIS DE LA SENTENCIA NÚM. 835/2013 DE 6 DE FEBRERO TAMBIÉN CONOCIDA COMO CASO CERO DE GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN EN ESPAÑA.....	41
8.1.	ITER.....	41
8.2.	MOTIVOS QUE EXPONEN LOS PADRES COMITENTES PARA JUSTIFICAR LA EXISTENCIA DE INTERÉS CASACIONAL	44
A.	<i>EL RECONOCIMIENTO DE DECISIONES EXTRANJERAS FRENTE AL ORDEN PÚBLICO INTERNACIONAL ESPAÑOL</i>	<i>44</i>
B.	<i>INEXISTENCIA DE DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE LA ORIENTACIÓN SEXUAL DE LOS PADRES DE INTENCIÓN.....</i>	<i>47</i>
C.	<i>LA PRIMACÍA DEL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR</i>	<i>47</i>
8.3.	EL ORDEN PÚBLICO INTERNACIONAL Y EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR EN EL VOTO PARTICULAR DEL MAGISTRADO D. JOSE ANTONIO SEIJAS QUINTANA.....	50
9.	INCIDENCIA DE LA JURISPRUDENCIA DEL TEDH EN EL DERECHO ESPAÑOL EN RELACIÓN CON LA DETERMINACIÓN DE LA FILIACIÓN EN LOS CASOS DE GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN	51
9.1.	ASUNTO MENNESSON Y LABASSEÉ c. FRANCIA (STEDH DE 26 DE JUNIO DE 2014)	51
A.	<i>SUPUESTO DE HECHO DEL ASUNTO MENESSON c. FRANCIA.....</i>	<i>52</i>
B.	<i>SUPUESTO DE HECHO DEL ASUNTO LABASSÉE c. FRANCIA.....</i>	<i>54</i>
C.	<i>SOLUCIÓN DEL TEDH. ESPECIAL INCIDENCIA EN EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR Y EN EL RESPETO A LA VIDA PRIVADA Y FAMILIAR.....</i>	<i>55</i>
9.2.	PARADISO Y CAMPANELLI c. ITALIA (STEDH DE 27 DE ENERO DE 2015)58	
9.3.	INCIDENCIA DE LA JURISPRUDENCIA DEL TEDH EN LA STS 835/2013 DE 6 DE FEBRERO. ANÁLISIS DEL AUTO DE 2 DE FEBRERO DE 2015.....	60

<i>A. ANTECEDENTES DE HECHO. RESOLUCIÓN DEL TS A LAS CUESTIONES PLANTEADAS POR LOS PROMOTORES DEL INCIDENTE DE NULIDAD DE ACTUACIONES (LOS PADRES COMITENTES).....</i>	<i>60</i>
<i>B. LA INCIDENCIA DE LAS STEDH MENNESSON Y LABASSÉE C. FRANCIA EN EL AUTO OBJETO DE ESTUDIO.....</i>	<i>62</i>
<i>C. VOTO PARTICULAR FORMULADO EN EL AUTO OBJETO DE ESTUDIO.....</i>	<i>66</i>
10. ¿ES NECESARIO QUE SE REGULE LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN EN ESPAÑA?.....	68
10.1. CONSIDERACIONES PREVIAS	68
10.2. ANÁLISIS DE LA PROPUESTA DE LEY QUE EXISTE EN ESTA MATERIA EN ESPAÑA	69
10.3. ARGUMENTOS A FAVOR DE LA REGULACIÓN DE ESTA MATERIA EN ESPAÑA	77
CONCLUSIONES.....	82
BIBLIOGRAFÍA.....	84
JURISPRUDENCIA CITADA.....	87
ÍNDICE DE FUENTES	88

1. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo lo realizo debido al interés que suscita en mí la gestación por sustitución, puesto que es un tema de actualidad sobre el cual no existe una regulación lo suficientemente desarrollada en nuestro país (solo un precepto de la LTRHA hace referencia a este tema) que permita evitar los problemas que se suscitan en esta materia. Además, comienzo mi trabajo partiendo de la cesión del vientre materno en Roma, ya que nos encontramos ante una cuestión de Derecho Civil que considero debe ser tratada tomando como base jurídica lo establecido por el Derecho Romano.

Por otro lado, y haciendo hincapié en lo dicho en el párrafo anterior, comienzo mi trabajo abordando la cesión del vientre materno en Roma, puesto que allí tuvieron lugar los primeros casos en esta materia. Además, los romanos distinguían, ya por aquel entonces, entre dos tipos de gestación por sustitución, a saber:

- *Locatio ventris*. Caracterizada por la gratuidad. En este supuesto la madre gestante ponía a disposición de los padres comitentes su vientre para que estos pudieran tener hijos pero sin obtener nada a cambio.
- *Locatio conductio*. Es el contrato de arrendamiento en Roma; en este supuesto la madre gestante ponía a disposición de los padres comitentes su vientre, pero lo hacía a cambio de una *merces* o *salarium*, es decir, a cambio de una contraprestación. Esta modalidad era despreciada por aquellos miembros de la sociedad romana que no debían trabajar para subsistir.

Como analizaré a lo largo de este trabajo, el interrogante relativo a si la gestación por sustitución debe ser altruista o remunerada, es una de las cuestiones principales que se plantean actualmente en esta materia y, como podemos observar es una cuestión que ya surgió en Roma.

Respecto a los epígrafes de los que consta el trabajo, hay que tener en cuenta que en el primero analizo la materia en Roma, mientras que en los restantes abordo la cuestión desde una esfera actual.

En el ámbito romano comenzaré refiriéndome a la importancia que por aquel entonces tenía la fecundidad de la mujer, así como al famoso principio romano *mater semper certa est*. Posteriormente, entraré a analizar las formas de cesión del vientre materno que existían en

Roma para, consecutivamente, centrarme en cómo se determinaba la filiación por aquel entonces en estos supuestos.

Finalmente, terminaré la parte dedicada a Roma afrontando el tema relativo a qué valor tenía para la sociedad romana el hecho de que una mujer gestase un bebé en favor de otra pareja de forma gratuita, en contraposición a aquella que lo hacía a cambio de una contraprestación.

En la esfera actual comenzaré dando un concepto de “gestación por sustitución” y haciendo referencia a las partes que pueden intervenir en este tipo de contratos para, posteriormente, adentrarme en las modalidades de gestación por sustitución que pueden darse según la aportación de material genético que se realice.

A continuación, haré referencia brevemente a la regulación que existe actualmente en España en esta materia, y digo brevemente porque es mínima, solo un precepto de la LTRHA hace referencia a ella declarando nulo el contrato de gestación por sustitución.

Posteriormente, me referiré a los derechos en juego existentes en esta materia, es decir, los derechos de la mujer gestante y los derechos del niño que nazca a raíz de esta técnica; ello me permitirá comprender mejor la complejidad de esta técnica y afrontar mejor los problemas que pueden aparecer a la hora de legislar esta materia.

Por otro lado, dedicaré un epígrafe a investigar los numerosos problemas que se plantean en España a la hora de determinar la filiación de los niños nacidos a través de la gestación por sustitución, teniendo en cuenta cómo se va a proceder para determinar la filiación materna y la paterna. En relación con este punto dedicaré otro apartado a analizar la famosa sentencia del Tribunal Supremo Nº 835/2013 de 06 de Febrero, en la cual nuestros tribunales se enfrentaron por primera vez a un caso de determinación de la filiación de unos niños nacidos a través de gestación por sustitución en un tercer Estado. Además, posteriormente incidiré en la jurisprudencia más relevante que el TEDH ha dictado en esta materia para comprender mejor cuál debería ser la postura que tendría que tomar España a la hora de regular esta cuestión.

Finalmente, dedicaré el último apartado a analizar la propuesta de ley que existe en España respecto a la gestación por sustitución, incidiendo en los argumentos, que considero pueden ser favorables para regular esta materia de una vez por todas, pues el Derecho está para dar respuesta a los interrogantes actuales y este es uno de ellos, del cual no podemos hacer caso omiso, máxime si tenemos en cuenta el interés superior del menor que puede verse vulnerado por esa falta de regulación.

2. LA SITUACIÓN DE LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN EN ROMA

Antes de proceder a analizar cuál es la situación de esta materia en la actualidad, considero que es importante poner de relieve la situación de la misma en Roma. Esto nos permitirá reflexionar sobre la conveniencia, o no, de regular esta materia en nuestro Derecho, puesto que el Derecho romano contiene las normas jurídicas que regulan hoy nuestro modelo de familia.

2.1. EL VALOR DE LA FECUNDIDAD DE LA MUJER EN DERECHO ROMANO: MATER SEMPER CERTA EST

En primer lugar, hay que tener en cuenta que en Roma la esterilidad era una desgracia y, en contraposición a ello, la mujer que era fértil y daba a luz a un hijo de forma exitosa era el claro ejemplo de salud femenina. En este sentido Aristóteles afirma que la mujer es *el surco donde el varón siembra su semilla*¹.

Por otro lado, y en relación con el hecho de que la mujer que no podía concebir un hijo era una enferma en la sociedad romana, podemos analizar los siguientes textos:

- Digesto 21,1,14.

*Quaeritur de ea muliere, quae Semper mortuos parit, an morbosa sit: et ait sabinus, si vulvae vitio hoc contingit, morbosam esse*².

En este caso se plantea el interrogante de si una mujer que siempre da a luz a criaturas muertas es una mujer sana. Entiende Sabino que si es por un defecto de la vulva está enferma.

- Digesto 21,1,14,1.

*Si mulier praegnas venierit, inter omnes convenit sanam eam esse: maximum enim ac praecipuum munus feminarum est accipere ac tueri conceptum*³.

Según este fragmento del Digesto, si por ejemplo se vende a una esclava que esta embarazada, se entenderá que esta está sana, puesto que la función principal de la mujer es, y vuelvo a reiterarlo, aceptar y preservar la concepción.

¹ ARISTÓTELES. *Política*. Ed. Bilingüe de Julian Mariás y María Araujo. Madrid, 1997. Pág. 20 y ss.

² D.21,1,14.

³ D. 21,1,14,1.

- Digesto 21,1,15.

*Quae bis in mense purgatur, sana non est, item quae non purgatur, nisi per aetatem accidit*⁴.

En este texto se afirma que si una mujer tiene la menstruación dos veces al mes no está sana, al igual que aquella mujer que no tiene la menstruación; todo ello exceptuando que estas situaciones se deban a la edad.

- Digesto 21,14,7.

*Mulierum ita artam, ut mulier fieri non possit, sanam non videri constant*⁵.

En este caso se considera que no es sana la mujer que tenga la pelvis tan estrecha que no pueda ser madre.

Se puede observar por tanto la importancia que para los romanos tenía la fertilidad de la mujer. En este sentido, y avanzando un poco en el tema objeto de estudio en el siguiente epígrafe, podemos hacer referencia al caso de Turia, el cual conocemos a través de una inscripción funeraria (Laudatio Turiae CILVI, 1525). Turia era una mujer que reunía todas las características de la matrona romana, a saber, tal y como afirma GARCÍA FERNÁNDEZ, mostraba rechazo hacia la riqueza, era empática, ostentaba la virtud del sacrificio⁶,... pero, pese a todo ello, Turia era una mujer estéril y no había conseguido darle un hijo a su marido Quinto Lucrecio Vespillo. Por esta razón Turia decide de forma voluntaria divorciarse de su marido a fin de que este pueda casarse con otra mujer y continuar su estirpe; ella, a cambio, afirma que compartirá los hijos que este tenga con su nueva esposa y le guardará afecto y le respetará hasta que su nueva esposa le dé hijos; no obstante, en este caso es Quinto Lucrecio el que rechaza la proposición de Turia de volver a casarse con ella una vez su nueva mujer le de un hijo.

Una vez queda aclarada la importancia que tenía la fertilidad de la mujer en Roma, es elemental tener en cuenta cómo se determinaba la filiación en esta época. Hay que tener presente que para ello, el momento importante, tanto en Grecia como en Roma, es el momento en que la mujer es fecundada por el hombre, o en su defecto, el momento en que esta da a luz. En este sentido, podemos distinguir tal y como afirma NÚÑEZ PAZ⁷:

⁴ D.21,1,15.

⁵ D.21,14,7.

⁶ Cfr. NÚÑEZ PAZ, M., JIMÉNEZ BLANCO, P., SUÁREZ LLANOS, L. *Mujer sujeto u objeto de derechos reproductivos: derechos de los menores y maternidad por sustitución*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2019. Pág. 68 a 69.

⁷ Cfr. NÚÑEZ PAZ, M. *Op.cit.*, pág. 27 y ss.

- Hijos legítimos. Los nacidos de un matrimonio legítimo (*matrimonium iustum*) asumen el status que el padre ostentaba en el momento de la concepción.
- Hijos ilegítimos. El momento para determinar la filiación cuando el hijo sigue la condición de la madre es el momento del nacimiento. En este sentido hay que distinguir:
 - o Los hijos que nacen de una unión estable (concubinato), los cuales son denominados *spurii*.
 - o Los hijos que nacen de madre soltera, también conocidos como *vulgo concepti*.

En ambos casos es importante hacer hincapié en que los hijos tienen legitimación activa para interponer una acción de filiación contra el padre, así como para reclamarle alimentos. En esta línea gozan de especial relevancia las presunciones para determinar la filiación paterna.

La presunción *iuris tantum* de paternidad legítima depende de la celebración de un matrimonio legítimo (*iustum matrimonium*); en este sentido, si el nacimiento del niño se produce 180 días después de la celebración del matrimonio o en los 10 meses siguientes tras la disolución del mismo por muerte o fallecimiento, se presumirá que ese niño es hijo legítimo del marido de la mujer que lo alumbró. Existe por tanto una presunción de paternidad a favor del marido. Por otro lado, también hay que tener en cuenta que en caso de que falleciese el marido de una mujer que estaba embarazada, esta última no iba a poder contraer nuevo matrimonio hasta pasados 10 meses, a contar desde la fecha de fallecimiento de su marido y ello en aras a evitar la *turbatio sanguinis*.

*Liberum autem et parentum luctus impedimento nuptiis non est*⁸.

*Etsi talis sit maritus, quem more maiorum lugeri non oportet, non posse eam nuptum intra legitimum tempus collocari: praetor enim ad id tempus se rettulit, quo vir elugeretur: qui solet elugeri propter turbationem sanguinis*⁹.

*Pomponius eam, quae intra legitimum tempus partum ediderit, putat statim posse nuptiis se collocare: quod verum puto*¹⁰.

Finalmente, si tenemos en cuenta los presupuestos precitados, podemos comprender mejor cuál es el auténtico alcance de la famosa regla *mater semper certa est* que tiene su origen en el texto de Paulo:

⁸ D.3,2,11.

⁹ D.3,2,11,1.

¹⁰ D.3,2,11,2.

*Quia semper certa est, etiam si vulgo conceperit: pater vero is est, quem nuptiae demonstrant*¹¹.

Esta regla establece que la madre siempre es cierta, aunque hubiese concebido del vulgo ilegítimamente. Sin embargo, es padre el que resulta serlo por el matrimonio.

2.2. LA CESIÓN DEL VIENTRE MATERNO EN EL MARCO DE LA LIBERTAD DE CONSENTIMIENTO DE LA MUJER. MADRE COMITENTE Y MADRE GESTANTE.

La cesión de vientres maternos tiene lugar en Roma a finales de la República y el Alto Imperio. Es necesario distinguir dos modalidades de cesión del vientre materno tal y como afirma NÚÑEZ PAZ, a saber¹²:

- *Locatio ventris*. Es la puesta a disposición del vientre.
- *Locatio conductio*. Es la denominación que recibe el contrato de arrendamiento en Roma.

La diferencia entre ambos, la cual analizaré en profundidad en el siguiente epígrafe, es que la *locatio conductio* implica prestación de un servicio a cambio de una contraprestación o *merces*, mientras que en la *locatio ventris* no hay contraprestación alguna al respecto; es decir, la madre gestante cede a la madre comitente su vientre de forma voluntaria y gratuita (sin obtener contraprestación alguna al respecto) puesto que la cesión del mismo implica la constitución de determinadas alianzas familiares. Consecuentemente la madre gestante, que dispone de plena capacidad jurídica, emite su consentimiento en ceder su vientre situándonos por tanto en la esfera de un acto de liberalidad en el que esta mujer hace una donación de su cuerpo.

Una vez tenemos clara la figura de la *locatio ventris* vamos a analizar los diferentes supuestos de cesión voluntaria de continentes gestantes, a saber, y tal y como establece NÚÑEZ PAZ¹³:

- **La madre gestante ofrece su vientre a otra mujer para que esta sea madre.**

Hay que partir de la idea de que en esta época, en Roma, la mujer podía casarse y divorciarse libremente sin que existiera formalidad alguna. Asimismo, tener en cuenta tal y como indiqué

¹¹ D.2,4,5.

¹² Cfr. NÚÑEZ PAZ, M. *Op.cit.*, pág.31 a 32.

¹³ Cfr. NÚÑEZ PAZ, M. *Sobre la cesio ventris en la antigua Roma. Trascendencia socio juridica del principio mater semper certa est.* e-SLegal History Review, N° 26, 2018.

en epígrafes anteriores que los hijos legítimos, *iusti*, eran los que nacían de la mujer casada con el hombre que ejercía la patria potestad; esto es así porque cuando hay matrimonio el esposo es el que determina la filiación, salvo prueba en contrario.

Esto nos sitúa en un escenario donde una mujer podía casarse, gestar a un hijo, y posteriormente divorciarse dejando su puesto de *mater familias* a la nueva esposa del marido.

Un supuesto muy famoso en Roma es el de Marcia, la cual se divorcia de su marido Catón estando ya embarazada de este y otorga consentimiento para casarse con Hortensio, amigo de Catón el cual no podía concebir hijos con su mujer, ofreciéndose Marcia como continente gestante. Cuando Hortensio fallece Marcia vuelve a casarse con Catón. En este caso se puede observar con claridad que lo único relevante jurídicamente es el consentimiento emitido libre y voluntariamente por Marcia tanto para divorciarse como para contraer nuevas nupcias.

- **La madre comitente recibe los hijos gestados y alumbrados por la madre gestante.**

La madre comitente es la que otorga expresa o tácitamente su consentimiento en acoger como hijos propios los gestados por otra mujer. Consecuentemente, se observa que entre la madre comitente y la gestante no hay ningún tipo de relación jurídica, ya que lo único con trascendencia en este ámbito es la presencia del varón interpuesto por el matrimonio.

En el supuesto anterior la madre comitente sería la que era esposa de Hortensio, la cual se divorció de este mostrando su generosidad ante la fertilidad de Marcia, madre de los hijos de Hortensio.

Finalmente, para concluir este apartado, es interesante mencionar que tanto las madres comitentes como las madres gestantes podían cometer ilícitos penales como la suposición de parto, la sustracción de menores, la sustitución de un niño... estos delitos estaban contemplados en la *Lex Cornelia*.

La tipificación de estas conductas se mantuvo en las Partidas y en el Ordenamiento de Alcalá. Tal y como afirma CARRACEDO FALAGÁN *en esta acción delictiva, el hecho de falsear la identidad personal; es un delito en el que la mujer es parte activa y necesaria con independencia de la ayuda que pueda recibir de terceros [...] el bien jurídico protegido, con preferencia a cualquier otro, son los intereses económicos de los herederos legítimos*¹⁴.

¹⁴ Vid. GALÁN GARCÍA S., MEDINA QUINTANA S., SUÁREZ SUÁREZ C. *Nacimientos bajo control: el parto en las edades Moderna y Contemporánea*. Ed. Trea. Gijón, 2014. Pág. 67 a 73.

2.3. LA *AUCTORITAS* DE LAS MADRES QUE GESTABAN DE FORMA ALTRUISTA EN CONTRAPOSICIÓN CON EL DESPRECIO HACIA LAS *MERCENARIAE*

Ya hemos visto en los epígrafes anteriores que, en Roma, en la práctica social conocida por aquel entonces como cesión del vientre, nos encontrábamos con una madre comitente que encargaba a otra, madre gestante, la gestación de un hijo. Para ello, y para que no existiesen problemas de filiación, el matrimonio que deseaba tener un hijo, pero que por determinadas circunstancias no podía, se divorciaba para que el hombre contrajese nuevo matrimonio con la mujer gestante, pudiendo posteriormente por medio de la misma práctica (divorcio-nuevo matrimonio) contraer matrimonio con su anterior cónyuge. En este sentido recordemos el caso de Marcia relatado ya anteriormente donde esta se divorcia de su esposo Catón para casarse con Hortensio con el fin de que este último pudiese continuar con su estirpe. Posteriormente, cuando este fallece, contrae nuevamente matrimonio con su primer esposo.

Es por tanto plausible la voluntariedad y gratuidad de estas madres gestantes la cual era valorada en el marco de la *auctoritas*, es decir, estas mujeres iban a ser reconocidas por la *societas* como personas dignas y respetables al igual que, por ejemplo, los senadores; esto es así puesto que se entendía que el servicio que prestaban era en favor de la comunidad.

No obstante, ello no quiere decir que en Roma no existiesen mujeres que prestasen este servicio a cambio de una remuneración o *merces*; estas mujeres eran conocidas como mercenarias y su actividad era totalmente despreciada por las matronas con *auctoritas* ya que en Roma se consideraba que el simple hecho de poder reclamar una *merces* por los servicios prestados ejercitando la acción pertinente quebraba el *status* de libertad (*status* que poseían aquellas mujeres gestantes que prestaban sus servicios de forma voluntaria y gratuita).

Llegados a este punto podemos distinguir entre:

- Madres gestantes que ejercen su profesión sin ánimo de lucro, es decir, como un acto de benevolencia (filantropía – *honorarium*). Son las denominadas matronas ejemplares las cuales gozan de un reconocimiento social o *auctoritas*.
- Madres gestantes que ejercen su profesión con ánimo de lucro, es decir, a cambio de una *merces* o *salarium*. Las mejor consideradas en este ámbito eran las nodrizas de las cuales tenemos conocimiento puesto que se conservan veintiséis contratos; en este

sentido podemos citar como ejemplo el recogido por DELGADO HERVÁS y PICAZO GURINA el cual fue encontrado en Alejandría y data del año 13 a.C.:

*Ante Potarco, de Isidora, hija de [...], con quien está su tutor, su hermano Eutíquides, hijo de [...], y de Dídima, hija de Apolonio, persa, con quien está su tutor, su hermano Escrión, hijo de Apolonio, persa del epígono. En su propia casa, alejada de la ciudad, Dídima acepta cuidar y amamantar, con su propia leche pura y sin mancha, durante un período de dieciséis meses [...], al niño esclavo abandonado llamado [...] que Isidora le ha confiado, recibiendo como salario por la leche y los cuidados diez dracmas de plata y dos cortilas de aceite cada mes. Mientras sea debidamente remunerada, debe cuidar de sí misma y del niño, sin contaminar la leche, ni dormir con un hombre, ni quedarse embarazada ni amamantar otro niño; cuidará todas las cosas que ha recibido o le han sido confiadas, que habrán de ser devueltas cuando se le demande o, en su defecto habrá de abonar el valor de las mismas, excepto si hubo pérdida manifiesta, en cuyo caso, y de existir pruebas, se le eximirá de tal responsabilidad. Como adelanto, Dídima ha recibido de Isidora el aceite convenido para los tres primeros meses [...]. Ella no podrá abandonar su trabajo antes de finalizar el período pactado y si, por alguna razón, rompe este acuerdo, perderá las rentas recibidas y las que hubiese obtenido de otras formas, teniendo que devolverlas y abonando además la mitad de lo percibido en concepto de daños y gastos, así como otras 500 dracmas y la multa prescrita. Isidora tendrá el derecho de ejecución sobre la persona de Dídima y todas sus propiedades, de modo que, por prescripción legal, todos los seguros y las protecciones que aquella pudiera tener se invalidarán. Si ella cumple todas las condiciones, Isidora deberá darle el salario mensual indicado anteriormente durante los 13 meses restantes y no podrá quitarle el niño antes de que termine dicho período, de lo contrario ella deberá pagar una multa. Dídima deberá visitar regularmente a Isidora cada mes, dejando márgenes de cuatro días de separación, y llevará consigo al niño para su inspección. Yo, Isidora, acepto los términos anteriores. Yo, Eutíquides, he actuado por mi mismo como tutor de mi hermano y he firmado por ella, ya que es iletrada. Yo, Dídima, acepto los términos anteriores. Yo, Escrión he actuado por mí mismo como tutor de mi hermana y he firmado por ella, ya que es iletrada. [...] Yo, Isidora, esto de acuerdo. El Año 17 del reinado de César [...]*¹⁵

Respecto al primer grupo (madres gestantes que ofrecen su vientre sin ánimo de lucro) se puede partir del siguiente texto de Cicerón:

*Inliberales autem et sordidi quaestus mercenariorum omnium, quorum operae, non quorum artes emuntur; est enim in illis ipsa merces auctoramentum servitutis... Quibus autem artibus aut prudential maior inest aut non medicoris utilitas quaeritur ut medicina, ut architectura, ut doctrina reurm honestarum eae sunt iis, quorum ordini convenient, honestae*¹⁶.

¹⁵ DELGADO HERVÁS A., PICAZO GURINA M. *Los trabajos de las mujeres en el mundo antiguo. Cuidado y mantenimiento de la vida*. Ed. Institut català de arqueologia classica. Tarragona, 2016. Pág. 134 a 135.

¹⁶ CICERÓN. *De off.* 1,42,150 y ss.

Una interpretación de dicho texto nos permite afirmar que solo las actividades ejercidas sin ánimo de lucro son propias de un romano libre. En el caso objeto de estudio, solo la mujer que cede su vientre sin la intención de obtener ninguna contraprestación a cambio, es decir, cuando realiza esta cesión como un acto de altruismo, será una mujer libre y consecuentemente obtendrá el reconocimiento de la *societas*. No obstante por realizar dicha cesión puede recibir un *honorarium* que no puede ser interpretado de modo alguno como una contraprestación sino que estaríamos ante una muestra de gratitud que puede tener la madre comitente para con ella, la madre gestante.

Respecto al segundo grupo (madres gestantes que ofrecen su vientre con ánimo de lucro) hay que partir de la idea, como ya he dicho en anteriores ocasiones, de que los romanos despreciaban a aquellos que tenían que trabajar para subsistir, por tanto estas mujeres serían despreciadas en tanto obtuviesen una remuneración por sus servicios, los cuales son *iliberales* (impropios de un hombre libre).

En conclusión, las mujeres que cedían su vientre de forma voluntaria y altruista eran aquellas que iban a ser reconocidas por la *societas* y, consecuentemente, valoradas en el marco de la *auctoritas*. Por el contrario, las mujeres que cediesen su vientre o que, por ejemplo, amamantasen a los hijos de otra mujer a cambio de una remuneración o *merces*, iban a ser despreciadas por aquellos miembros de la *societas* que no necesitaban trabajar para subsistir y ello es así porque en Roma aquellas personas que tenían que trabajar o vivir de su arte para subsistir eran consideradas *iliberales*.

3. LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN: CONCEPTO Y PARTES.

3.1. CONCEPTO

Se puede definir la gestación por sustitución, tal y como afirma LUCAS ESTEVE, como una forma de reproducción humana mediante la cual una mujer (gestante) se compromete a gestar un bebé, a cambio de una contraprestación o de forma altruista, con el fin último de entregárselo posteriormente a los padres comitentes, los cuales pueden ser así mismo los padres biológicos del bebé, o no. También hay que tener en cuenta que la mujer gestante renuncia a todo derecho de filiación sobre el bebé que gesta¹⁷.

¹⁷ Cfr. LUCAS ESTEVE, A. *La gestación por sustitución*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2019. Pág. 28.

El primer caso de gestación por sustitución en el que se utiliza una Técnica de Reproducción Humana Asistida (TRHA) tuvo lugar en 1976, en Michigan, donde el abogado Noel Keane a través de su sociedad *Surrogate Family Service, Inc.* decidió ayudar a aquellas parejas que tenían dificultades para concebir un hijo; para ello ponía a estas parejas en contacto con madres sustitutas, es decir, aquellas madres que iban a gestar al bebé y posteriormente entregárselo y, realizaba el contrato oportuno a fin de garantizar la sustitución¹⁸.

Por otro lado, hay que tener en cuenta que la gestación por sustitución se inicia con un contrato que regulará los efectos y consecuencias jurídicas de este tipo de prestación, así como el régimen económico del mismo.

En este contrato la mujer gestante consiente de forma libre y voluntaria en llevar a cabo la gestación de un bebé en favor de la persona o personas que se lo encargan (padre/s comitentes) y se obliga a entregar el mismo a estos últimos, quienes pueden, como ya he dicho anteriormente, aportar su material genético o no.

Asimismo se debe tener en cuenta que este contrato puede ser gratuito u oneroso y que la parte débil en este tipo de contratos, que habitualmente son contratos de adhesión, es la mujer gestante, que será la que deberá hacerse cargo de cualquier problema que pueda surgir. Tal y como sostiene LUCAS ESTEVE, la madre gestante será la que se tenga que hacer cargo del bebé en caso de que los padres comitentes cambien de opinión, se divorcien, si el feto tiene malformaciones y los padres comitentes ya no lo quieren por esta razón... Nos encontraremos en estos supuestos con una madre gestante que no quiere al bebe que ha gestado y que quizás tampoco tenga sus genes y también nos encontramos con un ser humano (el bebé) que se verá abocado a una situación de vulnerabilidad¹⁹.

Por último, en lo que al contrato se refiere, se caracteriza, además de por las notas fijadas anteriormente, por las siguientes:

- Es un contrato innominado puesto que no encaja dentro de ninguno de los tipos previstos en nuestra legislación; quizás, en determinados supuestos, puede asemejarse más a un contrato de adhesión, ya que la mujer gestante acepta las condiciones que fijen los

¹⁸ Meinke Sue, A. *Surrogate Motherhood: Ethical and Legal Issues*. National Reference Center for Bioethics Literature. The Joseph and Rose Kennedy Institute of Ethics. Georgetown University, Washington, DC., 1998. Pág. 1 a 2.

¹⁹ Cfr. LUCAS ESTEVE, A. *Op. Cit.* Pág. 31.

padres comitentes en el mismo, como, por ejemplo, que durante el embarazo no beberá, que no realizará ningún deporte de riesgo, que acudirá a revisiones médicas con determinada periodicidad...

- Es consensual, puesto que ambas partes emiten su consentimiento de forma libre y voluntaria.
- Es conmutativo o sinalagmático si es oneroso, puesto que la mujer gestante tiene que gestar y posteriormente entregar al bebé a los padres comitentes, y estos últimos tienen que pagar a la madre gestante la suma de dinero acordada.
- Es *intuitu personae* ya que la gestación por sustitución no puede ser delegada.

Finalmente, y en relación con el alto índice de uso de este tipo de contratos, hay que tener en cuenta que el mismo se ha extendido por diferentes razones, a saber:

- Es una opción que permite a las parejas homosexuales tener hijos aportando uno de los miembros su propio material genético.
- También permite a las parejas estériles tener hijos.
- Permite que las mujeres que no tienen útero porque han tenido un cáncer, por ejemplo, puedan tener hijos.
- Permite a aquellos que quieren ser padres, padres comitentes, tener un hijo que porte su propio material genético.
- Es un mecanismo que permite a aquellas personas que viven de su imagen como por ejemplo las modelos tener un hijo sin sufrir ningún “perjuicio” estético ni ninguno de los riesgos que se puedan derivar del embarazo.

3.2. PARTES

En la gestación por sustitución intervienen:

- La mujer gestante o madre sustituta. Es la persona encargada de gestar al bebé tras ser implantado en su útero un embrión que puede llevar su material genético o no. Una vez de a luz habrá de entregar al bebé a los padres comitentes y deberá renunciar a la filiación del hijo.
- Los padres comitentes o padres intencionales. Son aquellos que contratan los servicios de la mujer gestante y que serán los futuros padres jurídicos del recién nacido. Los

padres comitentes pueden aportar material genético para la fecundación, pero esto lo analizaré en profundidad en el siguiente epígrafe.

- Donantes de material genético, diferentes de la mujer gestante y de los padres comitentes.
- El equipo médico encargado de implantar el embrión en la mujer gestante a través de una TRHA.
- Los intermediarios. Son, tal y como afirma LUCAS ESTEVE, las personas o entidades que ponen en contacto a la mujer gestante y a los padres comitentes a cambio de una contraprestación económica. Habitualmente se encargan también de gestionar los temas jurídicos, económicos y médicos²⁰.

4. MODALIDADES DE GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN

Atendiendo a las diferentes modalidades de gestación por sustitución se puede realizar la siguiente clasificación siguiendo el criterio de CANTORAL DOMÍNGUEZ y RODRÍGUEZ COLLADO, a saber y teniendo en cuenta que la clasificación se realiza en atención a la persona o personas que aportan el material genético²¹:

- Los padres comitentes aportan ambos el material genético, es decir, la madre comitente aporta el óvulo y el padre comitente los espermatozoides. Posteriormente el embrión se implanta en la mujer gestante siguiendo las THRA con los únicos fines de gestación y posterior parto.
- La mujer gestante aporta el óvulo y el padre comitente los espermatozoides, estos serán unidos a través de la fecundación in vitro o la inseminación intrauterina. En este caso el *nasciturus* contiene material genético de la madre sustituta y del padre comitente.
- El óvulo es aportado por un tercero (donante) y el semen lo aporta el padre comitente. En este caso la madre sustituta únicamente va a gestar y posteriormente parir al bebé. Ese niño que nacerá fruto de esta técnica solo tendrá lazos genéticos con el padre comitente.
- La madre comitente aporta el óvulo y el semen lo aporta un tercero (donante). En este caso el niño únicamente compartiría información genética con la madre comitente.

²⁰ Cfr. LUCAS ESTEVE, A. *Op. Cit.* Pág. 29.

²¹ Cfr. PÉREZ FUENTES, G.M., CANTORAL DOMÍNGUEZ, K., RODRÍGUEZ COLLADO, M.C. *La maternidad Subrogada*. Ed. Tirant lo Blanch. Ciudad de México, 2017. Pág. 87 a 89.

- El óvulo es aportado por la mujer gestante y el semen lo aporta un tercero (donante). Este sería el supuesto en que el padre comitente no puede aportar su propio semen o el caso de mujeres solteras que desean tener un hijo sin aportar su propio óvulo. En este supuesto el niño solo compartirá información genética con la madre sustituta.
- Tanto el óvulo como los espermatozoides son aportados por terceras personas (donantes). En este caso los padres comitentes no aportan material genético para la gestación de su futuro hijo, es decir, la madre sustituta va a gestar un embrión completamente donado. Consecuentemente el niño que nazca no compartirá material genético ni con los padres comitentes ni con la madre sustituta.

Finalmente, siguiendo el criterio de PÉREZ VAQUERO podemos hacer una clasificación en atención a la participación genética de la madre sustituta en la gestación, a saber²²:

- Total. En este supuesto la madre sustituta aporta sus propios óvulos.
- Parcial. En este supuesto la madre sustituta no aporta material genético, su único fin es la gestación del embrión fecundado in vitro que le ha sido trasplantado y el posterior parto del bebé.

5. EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN EN ESPAÑA

En España, el contrato por el que se acuerda la gestación por sustitución es nulo de pleno derecho. La Ley 14/2006, de 26 de Mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida prevé en su Art. 10.1 que *será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero.*

En este punto debemos recordar que para que un contrato sea válido su objeto debe ser lícito posible y determinado tal y como establecen los Arts. 1271 a 1273 CC; en este sentido, tal y como afirma SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, son ilícitas *las cosas que están fuera del comercio (res extra commercium)*, es decir, aquellas que por cuestiones de orden público quedan excluidas

²² Cfr. PÉREZ VAQUERO, C. *Diez claves para conocer los vientres de alquiler*. Noticias Jurídicas. Ed. Bosh S.A., 2010. Pág. 1.

del tráfico patrimonial como por ejemplo el tráfico de órganos²³. Siguiendo esta línea podría entenderse que la mujer gestante esta comerciando con una parte de su cuerpo, que es su útero, siempre y cuando reciba una contraprestación por ello.

Por otro lado, si analizamos los apartados 2 y 3 del precitado Art.10 de la Ley sobre TRHA podemos observar que la filiación de los hijos nacidos mediante gestación por sustitución se fijará siguiendo el principio de Derecho Romano ya mencionado en epígrafes anteriores, *mater semper certa est*, es decir, la madre que da a luz al bebé es la madre legal del mismo a todos los efectos con independencia de que comparta material genético con este o no; es más, la madre gestante será la madre legal incluso en aquellos supuestos en los que los padres comitentes aportan en su totalidad el material genético, es decir, incluso en aquellos casos en los que el padre comitente aporte los espermatozoides y la madre comitente el óvulo. Podemos afirmar por tanto que el legislador ha dotado de mayor relevancia a la maternidad de gestación que a la maternidad genética y ello en aras a la relación que se crea entre el bebé y la madre gestante durante el transcurso del embarazo. Además, el Art.10 en su apartado 3 establece la posibilidad de que el padre biológico reclame la paternidad siguiendo las reglas generales del CC.

Es importante tener en cuenta que la Ley sobre TRHA, pese a las modificaciones que ha sufrido, siempre a mantenido la redacción del Art.10 intacta como en su primera regulación, Ley 35/1988 de 25 de noviembre, es decir, se puede afirmar que la gestación por sustitución no ha sufrido en nuestro país ningún cambio.

Entrando a analizar ahora la posición en la que deja la Ley 14/2006 de TRHA a la gestación por sustitución, debemos recordar que esta ley no prohíbe esta práctica sino que declara nulo este tipo de contrato, observamos por tanto se producen efectos jurídicos diferentes; no es lo mismo vulnerar una norma prohibitiva que evitar la aplicación de una norma imperativa que declara nulo un determinado contrato. Está línea es la que sigue ATIENZA RODRÍGUEZ el cual justifica esta postura afirmando que *la nulidad es el resultado de haber incumplido alguno de los requisitos establecidos en una norma constitutiva, mientras que la sanción presupone la realización de un ilícito, el incumplimiento de una sanción*²⁴. Consecuentemente, y siguiendo

²³ Cfr. GARCÍA RUBIO M.P., AMMERMAN YERBA, J., GARCÍA GOLDAR, M., VARELA CASTRO I. *Mujer, maternidad y Derecho: V Congreso sobre la feminización del Derecho. Carmona V, Santiago de Compostela 21 y 25 de Septiembre*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2019. Pág.751 a 752.

²⁴ Vid. RODRÍGUEZ ATIENZA, M. *Gestación por sustitución y prejuicios ideológicos*. El Notario, 2015. Nº 63. Pág. 95 a 96.

el razonamiento de ATIENZA RODRÍGUEZ, podemos afirmar que el Art.10.1 de la Ley sobre TRHA es una norma constitutiva ya que no fija sanción alguna para el caso de incumplimiento de la misma, por esta razón no se puede considerar que este precepto prohíba el contrato de gestación por sustitución, es más, el contrato de gestación por sustitución no está prohibido de forma expresa en ninguna parte del articulado de la precitada Ley ni tampoco en ninguna otra norma de nuestro ordenamiento jurídico. Además, si tenemos en cuenta la Declaración de la Asociación Española de Bioética de 7 de octubre de 2017 la cual establece en su apartado d que *el contrato de gestación por sustitución -vehículo jurídico para la maternidad subrogada- es nulo de pleno derecho en el Ordenamiento Jurídico español [...] por entender que es madre quien da a luz*, cabría afirmar que no considera esta práctica como ilícita puesto que solo hace referencia a la nulidad; en este mismo sentido si en España se quisiese prohibir la gestación por sustitución, cuando se modificó la Ley de TRHA en 2006, en vez de mantener la literalidad del Art.10.1 se podría haber optado por fijar una sanción para aquellas personas que acudiesen a esta técnica, estableciendo consecuentemente una prohibición.

En conclusión, y teniendo en cuenta lo anteriormente expuesto, se puede afirmar que la gestación por sustitución plantea numerosos problemas en nuestro ordenamiento jurídico debido a la falta de claridad del precepto y a la ausencia de regulación explícita al respecto.

6. DERECHOS EN LIZA EN LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN

6.1. ¿EXISTE UN DERECHO CONSTITUCIONAL A SER PADRES?

En este epígrafe voy a tratar, brevemente, de reflexionar sobre si la Constitución Española establece, o no, a través de los derechos fundamentales, un derecho de las personas a la procreación²⁵.

La duda sobre si existe o no un derecho a la procreación se origina, tal y como afirma VALVIDARES SUÁREZ, a raíz de los diferentes pronunciamientos del TEDH el cual vincula el recurso a las técnicas de reproducción humana asistida con la protección del derecho a fundar una familia, el derecho a la protección de la vida privada y familiar y con la protección del desarrollo de la personalidad²⁶. No obstante, considero que el TEDH, con la protección de los

²⁵ Cfr. SALAZAR BENÍTEZ, B. *La gestación por sustitución desde una perspectiva jurídica: algunas reflexiones sobre el conflicto entre deseos y derechos*. Revista de Derecho Político N°99, Mayo-Agosto 2017. Pág. 79 a 120.

²⁶ Cfr. NÚÑEZ PAZ, M. *Op.cit.*, pág.145.

precitados derechos pretende, en realidad, garantizar el acceso a las técnicas de reproducción asistida a todas las personas sin que quepa discriminación alguna en dicho acceso y siempre y cuando dichas técnicas sean previstas en el Estado concreto mediante ley.

Consecuentemente no podemos afirmar que exista un derecho subjetivo a ser padres; si bien es cierto que el Estado está facultado, a través del Art.10.2 CE, a establecer un contenido objetivo que favorezca la constitución de la familia como por ejemplo mediante la regulación por ley de las TRHA pero, en ningún caso, puede considerarse ello contenido obligatorio de un derecho.

Por otro lado, también hay que prestar atención al Art.39.1 CE que recoge el principio de protección de la familia. En este sentido cabría preguntarse si existiría algún impedimento para reconocer como familia a aquella que pueda nacer a través de un acuerdo de gestación por sustitución. Desde mi punto de vista no habría impedimento alguno puesto que nuestra Constitución no da una definición cerrada del concepto de familia, de este modo la CE protege no solo a la familia tradicional (familia que surge de una matrimonio heterosexual con hijos) sino también a otros modelos de familia como son las parejas de hecho con hijos, los matrimonios homosexuales con hijos, una pareja sin hijos... Además, hay que tener en cuenta que el CC reconoce la existencia de relación paterno-filial sin que exista conexión biológica entre los padres y el hijo como sucede en el caso de la adopción por lo que, en el caso que nos ocupa, es decir, en la gestación por sustitución, el hecho de que unos padres no compartan material biológico con su hijo ni tampoco que la madre comitente no lo haya parido, carece, en cierta medida, de valor a la hora de determinar la relación de parentesco. En sentido contrario, tampoco existe justificación alguna para entender que la madre sustituta por el mero hecho de gestar y dar a luz a un hijo, con el que puede que ni siquiera comparta material biológico, guarde una relación de filiación con este.

En conclusión, podemos afirmar, por un lado que nuestra Constitución no recoge un derecho subjetivo a ser padres y, por otro, que desde un punto de vista estrictamente constitucional no existe, en palabras de VALVIDARES SUÁREZ, *obstáculo alguno que impida considerar lícitas las prácticas de gestación subrogada*²⁷.

²⁷ Vid. NÚÑEZ PAZ, M. *Op.cit.*, pág.146.

6.2. LOS DERECHOS DE LA MADRE SUSTITUTA O MUJER GESTANTE

La madre sustituta es titular de los siguientes derechos durante el proceso de gestación, a saber:

- **Derecho a la libertad en conexión con el derecho a la dignidad e igualdad.**

Hay que partir en este caso del Art.17 CE el cual establece que *toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad [...]*.

Parto de este precepto puesto que muchos colectivos feministas, contrarios a la gestación por sustitución, basan sus razonamientos en la vulneración del derecho a la libertad de las mujeres que realizan esta práctica; también consideran que la misma vulnera el derecho a la dignidad e igualdad de las mujeres. Este razonamiento es el seguido por nuestro Tribunal Supremo, a mi modo de ver, de forma desacertada. El TS hace en su STS 835/2013 de 6 de Febrero de 2014²⁸, la cual analizaré en profundidad en el presente trabajo, las siguientes afirmaciones:

- En su FJ3 apartado 10 establece que *«lo expuesto lleva a considerar que la decisión de la autoridad registral de California al atribuir la condición de padres al matrimonio que contrató la gestación por sustitución con una mujer que dio a luz en dicho estado es contraria al orden público internacional español por resultar incompatible con normas que regulan aspectos esenciales de las relaciones familiares, en concreto de la filiación, inspiradas en los valores constitucionales de dignidad de la persona, respeto a su integridad moral y protección de la infancia»*.
- En su FJ5 apartado 7 establece que *«pueden concurrir otros bienes jurídicos con los que es preciso realizar una ponderación. Tales son el respeto a la dignidad e integridad moral de la mujer gestante, evitar la explotación del estado de necesidad en que pueden encontrarse mujeres jóvenes en situación de pobreza, o impedir la mercantilización de la gestación y de la filiación. Se trata de principios amparados por los textos constitucionales de nuestro país y de los de su entorno y en convenios internacionales sobre derechos humanos, y otros sectoriales referidos a la infancia y las relaciones familiares, como es el Convenio relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en materia de Adopción Internacional, hecho en La Haya el 29 de Mayo de 1993»*.

²⁸ STS de 6 de Febrero de 2014. Fundamentos Jurídicos núm. 3 y 5. [RJ 2014\833].

- En el FJ5 apartado 8 hace alusión a que «[...] no puede olvidarse que el establecimiento de una filiación que contradiga los criterios previstos en la ley para su determinación supone también un perjuicio para el menor. Y que la mercantilización que supone que la filiación de un menor resulte determinada, a favor de quien realiza el encargo, por la celebración de un contrato para su gestación, atenta contra la dignidad del menor al convertirlo en objeto del tráfico mercantil».

Se observa, por tanto, que uno de los argumentos a los que acude el TS para considerar que la decisión de la autoridad registral californiana, la cual atribuye la filiación a los padres comitentes que contrataron los servicios de una madre sustituta, es contraria al orden público, ya que atenta contra la dignidad de las mujeres gestantes y de los niños nacidos por esta técnica.

En este sentido, PRESNO LINERA considera que la concepción de dignidad que utiliza el TS no es la que se deriva de la CE puesto que lo que trata de evitar esta última es que personas determinadas o colectivos concretos sean tratados de forma desigual o injusta. No parece lógico pensar que el hecho de que se reconozca la filiación a los menores nacidos a través de la técnica objeto de estudio respecto de sus padres comitentes les sitúe en una situación de vulnerabilidad; al contrario, y siguiendo el criterio del Voto particular recogido en la sentencia antes mencionada, la inscripción de estos niños como hijos de la pareja comitente estaría «*amparada en el principio de igualdad e interés de los menores que de hecho están siendo inscritos en los registros civiles [...] es al niño al que se le da una familia y no a la familia un niño y es el Estado el que debe ofrecer un marco legal que le proteja y le proporcione la necesaria seguridad jurídica*»²⁹.

Se puede concluir, respecto a la dignidad, al igual que manifiesta PRESNO LINERA, que quizás nuestro TS entienda que la gestación por sustitución no puede ser un acto “libre” y ello en defensa de un tipo de “dignidad colectiva”. Esto se deriva de una interpretación de la sentencia objeto de estudio en este epígrafe que parece sacrificar el derecho a la libertad personal de la mujer gestante para proteger una especie de moral social o “dignidad colectiva”; esto carece, desde mi punto de vista, de sentido alguno puesto que la dignidad de una persona es algo intrínseco de la misma y solo se verá respetada si respetamos, valga la redundancia, la libertad

²⁹ Vid. PRESNO LINERA, M.A., JIMÉNEZ BLANCO, P. *Libertad, igualdad, ¿maternidad? La gestación por sustitución y su tratamiento en la jurisprudencia española y europea*. Revista Española de Derecho Europeo, Nº 51, 2014. Pág. 5 a 12.

de elección de la misma en los ámbitos que le afectan. Un enfoque de la autonomía de la voluntad basado en la libertad de elección del sujeto particular es contrario, en mi opinión, al establecimiento de una suerte de dignidad colectiva que merme esa facultad de elección³⁰.

Finalmente, por lo que al derecho de libertad se refiere, considero, al igual que VALVIDARES SUÁREZ, que la prohibición de la gestación por sustitución para evitar una situación de desigualdad (en este sentido, recordemos que el TS entiende que solo se prestarían como mujeres gestantes aquellas que se encontrasen en una situación de necesidad), implica un riesgo ya que como indiqué en el párrafo anterior se podría caer en el error de creer que las mujeres que se encuentren en una situación de pobreza y que decidan de forma libre y voluntaria realizar este tipo de prácticas deben ser protegidas de sus propias decisiones. Estas prohibiciones no evitan la pobreza ni la explotación de las mujeres que se encuentran en una situación desfavorecida y solo sirven para mermar aún más sus derechos ya que no se respeta su autonomía de voluntad o capacidad de elección³¹.

En conclusión, desde mi punto de vista, es posible afirmar que una prohibición de la gestación por sustitución puede terminar siendo paternalista o “sobreprotectora” al atentar de forma directa contra el derecho de autodeterminación de las mujeres en relación con la facultad de elección que estas ostentan y con su derecho al libre desarrollo de la personalidad el cual es fundamento de la paz social y de los derechos fundamentales según lo previsto en el Art.10 CE.

- Derecho a la vida y a la integridad física y moral.

El Art.15 CE establece que *todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que, en ningún caso, puedan ser sometidos a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes.*

Es lógico pensar que la mujer gestante, durante el embarazo, va a sufrir injerencias en su derecho a la vida y a la integridad física. Por esta razón, considero que es de vital importancia que la mujer gestante se someta, con carácter previo a la celebración de un acuerdo de gestación, a unas pruebas médicas a fin de que sea informada de los riesgos que puede sufrir durante el embarazo para que así pueda emitir un consentimiento válido.

³⁰ Vid. PRESNO LINERA, M.A. *Op. cit.*, pág. 12.

³¹ Cfr. NÚÑEZ PAZ, M. *Op.cit.*, pág.158.

También hay que plantarse en este punto si la mujer gestante se puede negar a que se le practiquen determinadas pruebas médicas durante la gestación como, por ejemplo, una amniocentesis la cual sirve para averiguar si el bebé padece alguna anomalía cromosómica y que consiste en una punción en el abdomen para extraer líquido amniótico. Considero que si que puede negarse puesto que este tipo de pruebas se van a realizar de forma directa sobre su cuerpo y es a ella, la única titular de estos derechos fundamentales durante el proceso de gestación, a la que le compete consentir que se le practiquen determinadas pruebas, o no. En este punto se nos vuelve a plantear un nuevo obstáculo ¿qué sucede si la mujer gestante emitió, en el acuerdo de gestación, un consentimiento de carácter general sobre la realización de pruebas durante el embarazo? Considero que este consentimiento carecería de valor alguno y sería perfectamente revocable en el momento de la práctica de una prueba concreta que la mujer no estuviera dispuesta a soportar. Hay que tener en cuenta que en este ámbito nos movemos en la esfera de un acto médico y el presupuesto de licitud del mismo es el consentimiento emitido por el paciente; es decir, el médico no puede sin el consentimiento informado del paciente (recalquemos la importancia que tiene que el consentimiento sea informado; no podemos hablar de un verdadero consentimiento informado si este es emitido con carácter general en un preacuerdo de gestación por sustitución) realizar ningún tipo de intervención sobre su cuerpo, salvo que exista un grave riesgo para su salud. Conviene traer a colación la STS de 23 de Julio de 2003 la cual establece que «*la obligación de informar al paciente es un elemento esencial de la lex artis ad hoc. La información pretende iluminar al enfermo para que pueda escoger con libertad dentro de las opciones posibles, incluso la de no someterse a ningún tratamiento o intervención quirúrgica*»³²; también es importante tener en cuenta los Art.1, 2.3 y 8 de la Ley 41/2002 de 14 de Noviembre de Autonomía del Paciente (LBAP) los cuales inciden en la importancia que tiene la emisión del consentimiento libre y voluntario del paciente, tras haber sido informado pertinentemente, en cualquier actuación que tenga que realizarse sobre su cuerpo y en ámbito de su salud. El más relevante de los preceptos antes mencionados es, desde mi punto de vista, el Art.2.3 el cual establece que *el paciente o usuario tiene derecho a decidir libremente, después de recibir la información adecuada, entre las opciones clínicas disponibles*, consecuentemente la madre gestante tendrá derecho a decidir si consiente o no en la práctica de determinadas pruebas durante el embarazo en el momento en que se produzca la

³² Vid. GALÁN CORTÉS, J. *Responsabilidad Civil Médica*. Ed. Thomson Reuters. Navarra, 2016. Pág. 622 a 623.

necesidad de que se practiquen las mismas y una vez halla recibido la información médica pertinente al respecto.

Finalmente, y teniendo en cuenta lo anteriormente expuesto, podemos traer a colación el precepto 2.A.2.9 de la Propuesta de bases generales para la regulación en España de la gestación por sustitución, elaborado en 2016 por el Grupo de Ética y Buena Práctica clínica de la SEF el cual establece que la mujer gestante mostrará *disposición y disponibilidad absoluta para poder acudir a cuantos controles y análisis sean necesarios a lo largo de la gestación, así como a los ingresos hospitalarios que se consideren pertinentes*. Considero que este precepto es oscuro y puede abocar a numerosos problemas puesto que ¿qué controles y análisis son necesarios a lo largo de la gestación? ¿se puede hablar de disponibilidad absoluta cuando se ven afectados derechos fundamentales como la vida o la integridad física? Desde mi punto de vista considero que esto no es posible y al igual que VALVIDARES SUÁREZ me parece que hablar de *disposición y disponibilidad absoluta* puede dar lugar a una creencia errónea de que la mujer preconsiente en someterse a todas las pruebas que los padres comitentes estimen oportunas³³.

- **Derecho a la intimidad personal y familiar.**

El Art.18.1 CE establece que *se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen*.

En este punto se me plantean interrogantes sobre si el acuerdo de gestación por sustitución puede contener cláusulas tipo; es decir, si puede por ejemplo prohibir a la madre gestante que coma determinados alimentos o prohibirle que tenga relaciones sexuales durante el embarazo o imponerle que realice determinadas actividades físicas mientras dura la gestación... Considero que estos supuestos son difícilmente determinables con carácter previo a la gestación.

Si se permitiese a los padres comitentes fijar estas prohibiciones/obligaciones en el acuerdo de gestación por sustitución se estaría permitiendo una injerencia desmesurada, desde mi punto de vista, en los derechos fundamentales de la madre gestante la cual no está obligada a soportar.

Por otro lado, la Propuesta de bases generales para la regulación en España de la gestación por sustitución de la SEF, mencionada ya anteriormente, prevé en su precepto 2.A.2.5 que la mujer gestante tiene que *ser una persona sana, tanto en sus hábitos como en sus costumbres, sin*

³³ Cfr. NÚÑEZ PAZ, M. *Op.cit.*, pág.152.

historial de consumos de drogas ni alcoholismo. No padecer enfermedades transmisibles, ni enfermedades graves que puedan comprometer su salud y la del futuro niño. La referencia a que tiene que ser una persona *sana tanto en sus hábitos como en sus costumbres* es cuanto menos ambigua y puede abrir la puerta a los padres comitentes a realizar injerencias excesivas en el ámbito de los derechos fundamentales de la mujer gestante vulnerando, entre otros, el libre desarrollo de la persona, la libertad, la intimidad personal y familiar...

En conclusión, tal y como afirma LAMM, el acuerdo de gestación por sustitución no puede contener cláusulas limitativas de derechos fundamentales de la madre gestante; cualquier cláusula de este debería ser tenida por no puesta³⁴.

6.3. LOS DERECHOS DEL NIÑO

Para afrontar este tema debemos de partir de dos textos de carácter internacional que confieren protección a los derechos del niño, a saber:

- Declaración Universal de los Derechos Humanos. Prevé en su Art.25 que *la maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales. Todos los niños, nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio, tienen derecho a igual protección social.* Consecuentemente, los niños nacidos a través de la gestación por sustitución tienen derecho a obtener la misma protección que los niños nacidos, por ejemplo, dentro de un matrimonio.
- Convención sobre los Derechos del niño. Es aplicable, según lo establecido en su Art.1, a todo niño menor de 18 años. Además su finalidad es garantizar la protección del interés superior del menor en base a lo establecido en su Art.3.

Una vez fijados los textos de cabecera, vamos a entrar a analizar los derechos en liza que se dan en este ámbito, a saber:

- **Derecho del niño a conocer sus orígenes.**

Como punto de partida podemos hacer alusión al Art.7 de la Convención sobre los Derechos del niño, antes mencionada, que establece en su apartado primero lo siguiente: *el niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y*

³⁴ Cfr. LAMM, E. *Gestación por sustitución: ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres.* Observatori de Bioètica i Dret. Universitat de Barcelona. Pág. 267.

ser cuidado por ellos. En este sentido y teniendo en cuenta el último inciso del precepto, relativo al derecho del niño a conocer a sus padres, podríamos hacer alusión a la opinión de diferentes autores los cuales consideran que el derecho del niño a conocer sus orígenes, en los casos en los que este nazca mediante TRHA, tiene su fundamento en este precepto. En mi opinión, la cual comparto con ABELLÁN-GARCÍA SÁNCHEZ, este argumento resulta cuestionable si tenemos en cuenta la fecha de la Convención y el tenor literal del precepto que indica que los niños tendrán derecho a conocer a sus padres en la medida de lo posible³⁵.

En el mismo sentido, la Carta Europea de Derechos del Niño de 1992, sí que realiza, desde mi punto de vista, una alusión concreta al derecho que este último tiene a conocer sus orígenes biológicos respetando las limitaciones fijadas por la normativa nacional.

Dicho esto, se puede afirmar que el derecho a conocer los orígenes puede tener relevancia en el ámbito del correcto desarrollo de la personalidad del niño, es decir, en aras a evitar que este pueda sufrir algún trastorno o crisis de identidad.

Asimismo, cabría hablar del derecho a conocer los orígenes en relación con el derecho a la vida, es decir, cuando del anonimato de la identidad del donante de gametos se puedan derivar perjuicios graves para la salud del niño en relación con diagnóstico y prevención de enfermedades de este; por ejemplo, primaría el derecho del niño a conocer sus orígenes sobre el derecho del donante o padre/madre biológico al anonimato en aquellos casos en los que la intervención de este último fuese estrictamente necesaria, por ejemplo, en casos en los que el menor necesitase un trasplante de médula³⁶. No obstante, es preciso tener en cuenta que en ningún caso un eventual conocimiento de la identidad del donante servirá para modificar la filiación; es decir, el conocimiento de la identidad de los donantes de gametos en los supuestos de TRHA no puede dar lugar a un cambio de padres para el niño. En este sentido se pronuncia el TC en su sentencia 116/1999 de 17 de junio afirmando que «[...] *la acción de reclamación o de investigación de la paternidad se orienta a constituir, entre los sujetos afectados, un vínculo jurídico comprensivo de derechos y obligaciones recíprocos, integrante de la denominada relación paterno-filial, siendo así que la revelación de la identidad de quien es progenitor a través de las técnicas de procreación artificial no se ordena en modo alguno a la*

³⁵ Cfr. BACCINO, G. (Editora). *Reproducción Humana Asistida. Aspectos Jurídicos, Sociales y Psicológicos*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2014. Pág. 92.

³⁶ Cfr. BACCINO, G. (Editora). *Op.cit.*, pág. 94 a 96.

construcción de tal vínculo jurídico, sino a una mera determinación identificativa del sujeto donante de los gametos origen de la generación [...]»³⁷.

- **Derecho del niño a la intimidad en relación con sus orígenes.**

Junto al derecho del niño a conocer sus orígenes se encuentra el derecho que este tiene a la intimidad en relación con que ningún tercero tiene por qué ser conocedor de que ha nacido mediante una TRHA.

Siguiendo esta línea es importante tener en cuenta lo previsto en el Art.4.1 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor (LOPJM). Esta ley reproduce el Art.18.1 CE y afirma que el menor tiene derecho al honor, la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. Pues bien, si el menor tiene derecho a la intimidad personal y familiar consecuentemente tiene derecho a que ningún tercero conozca sus orígenes. En relación con ello goza de especial relevancia el Art.7.2 de la Ley de TRHA el cual establece que *en ningún caso, la inscripción en el Registro Civil reflejará dato de los que se pueda inferir el carácter de la generación*, es decir, bajo ninguna circunstancia, en España, puede constar en el Registro Civil ningún tipo de anotación que indique, por ejemplo, que una persona ha nacido a través de fecundación in vitro o, en nuestro caso, que a nacido por medio de un proceso de gestación por sustitución.

- **Derechos de los donantes de gametos al anonimato.**

Frente al derecho de los niños nacidos a través de una TRHA a conocer sus orígenes, está el derecho de los donantes de gametos al anonimato y ello en estrecha vinculación con el derecho a la intimidad de estos últimos. Es importante tener presente en este punto que el anonimato de los donantes de gametos tiene especial relevancia sobre todo si tenemos en cuenta que muchas personas donan teniendo en cuenta que no se va a revelar su identidad.

Este derecho al anonimato de los donantes, como ya he puesto de manifiesto, está en estrecha relación con su derecho a la intimidad puesto que el mismo garantiza la posible estabilidad familiar que este último pueda llegar a tener, es decir, hay que tener en cuenta que el donante de gametos puede en un futuro fundar su propia familia y tiene derecho a ser respetado en su intimidad familiar y no sufrir injerencias de ningún tipo. Por esta razón, salvo en los casos en

³⁷ STC de 17 de Junio de 1999. Fundamento Jurídico núm. 15 [.RTC 1999\116]

que la revelación de la identidad del donante sea imprescindible por razones de salud, como ya indiqué en apartados anteriores, este tendrá derecho al anonimato.

En este sentido, es importante tener en cuenta la Ley 14/2006 de TRHA que regula la situación antes referida en la normativa española. Esta ley prevé en su Art.5.5 que *la donación será anónima y deberá garantizarse la confidencialidad de los datos de identidad de los donantes por los bancos de gametos, únicamente en determinadas circunstancias excepcionales que comporten peligro para la vida o la salud del hijo o cuando proceda con arreglo a las Leyes procesales penales, podrá revelarse la identidad de los donantes.*

No obstante, y para concluir, la precitada ley establece en su Art.18.1 que *los datos de las historias clínicas, excepto la identidad de los donantes, deberán ser puestos a disposición de la receptora y de su pareja, o del hijo nacido por estas técnicas o de sus representantes legales cuando llegue su mayoría de edad, si así lo solicitan.* Se puede apreciar por tanto que dicho precepto no establece el alcance que esta información puede tener por lo que son los centros los encargados de adoptar las decisiones en esta materia, preservando siempre el derecho de los donantes al anonimato.

7. DETERMINACIÓN DE LA FILIACIÓN DE LOS HIJOS NACIDOS MEDIANTE GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN

Podemos definir la filiación tal y como afirman VALPUESTA FERNÁNDEZ y LÓPEZ Y LÓPEZ como la relación jurídica que vincula directamente a los padre biológicos con sus respectivos hijos³⁸. La determinación de la filiación goza de especial relevancia en derecho, puesto que una vez esta ha sido determinada, nacen entre los miembros de dicha relación diferentes relaciones jurídicas salvaguardadas por nuestro ordenamiento.

No obstante, pese a lo dicho anteriormente, determinar la filiación cuando el hijo ha nacido mediante gestación por sustitución suele plantear diferentes problemas los cuales entraré a analizar en los siguientes subepígrafes.

³⁸ Cfr. LÓPEZ Y LÓPEZ, Á.M., VALPUESTA FERNÁNDEZ, R (Editores). *Derecho de Familia*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2015. Pág. 161.

7.1. DETERMINACIÓN DE LA MATERNIDAD

Como hemos visto al comienzo de este trabajo, en Derecho Romano, la maternidad se determinaba por el parto (*mater semper certa est*) y muchas legislaciones, en la actualidad, recogen este principio a la hora de determinar la maternidad. No obstante, hay que tener en cuenta que, en nuestros días, y debido al avance de las TRHA, sobre todo a la gestación por sustitución, este principio se ha visto alterado y cabría preguntarse quién debe ser considerada como madre legal en los supuestos de gestación por sustitución, la madre de intención o la madre gestante.

A. DETERMINACIÓN EN BASE A LA APORTACIÓN GENÉTICA

Según esta teoría la filiación se determinaría en favor de la mujer que aporta el óvulo, es decir, madre legal sería aquella que aportó el gameto para la fecundación.

Favorable a esta teoría se muestra PANTALEÓN el cual sostiene que el elemento genético es el único que hace prueba de la identidad de la persona pese a la relación que pueda existir entre la madre gestante y el feto durante el embarazo³⁹.

Hay que tener en cuenta que esta teoría plantea problemas cuando una tercera mujer es la que dona el óvulo. En este supuesto el niño solo guardaría vínculos genéticos con la donante de gametos y no con la madre gestante ni con la madre de intención; consecuentemente la filiación debería de ser determinada en favor de la mujer que donó el óvulo.

En este sentido, tal y como afirma LAMM, podemos encontrarnos con el siguiente supuesto: dos padres de intención que acuden a la gestación por sustitución para tener un hijo pero que ninguno de ellos aporta material genético ya que este es donado por terceros⁴⁰. En este caso, la maternidad y la paternidad habrían de ser atribuidas, sin más, a quienes aportan el material genético aunque estos no tengan intención alguna de ser padres. Esta solución no es posible en nuestra legislación puesto que, como ya he indicado a lo largo del presente trabajo, el Art.8.3 de la Ley sobre TRHA establece que *la revelación de la identidad del donante en los supuestos en que proceda conforme al artículo 5.5. de esta Ley no implica en ningún caso determinación legal de la filiación.*

³⁹ PANTALEÓN, A.F. *Contra la ley sobre técnicas de reproducción humana asistida*. Jueces para la Democracia, N°5, 1988. Pág. 25 y ss.

⁴⁰ Cfr. LAMM, E. *Op.cit.*, pág.36.

En conclusión, podemos afirmar que en nuestro ordenamiento jurídico, si una mujer acude a una TRHA a fin de ser madre, el hecho de que el hijo vaya a ser concebido con el óvulo de una tercera persona (donante) no altera la filiación; ergo, la filiación será determinada en favor de la madre de intención ya que la Ley sobre TRHA le permite acceder a este método. No obstante, ello no pone solución al supuesto de gestación por sustitución donde la mujer que acude a la TRHA es la madre gestante y no la madre de intención.

B. DETERMINACIÓN LEGAL: MADRE GESTANTE

Este es el supuesto de determinación de la filiación en los supuestos de gestación por sustitución en España. En estos casos, en base a lo previsto en el Art.10.2 de la Ley sobre TRHA *la filiación de los hijos nacidos por gestación por sustitución será determinada por el parto*, siguiendo por tanto el principio de derecho romano *mater semper certa est*.

Podemos observar como la Ley española sobre TRHA sigue las indicaciones dadas por la Comisión Palacios en el Informe de la Comisión Especial de Estudio de la FIV y la Inseminación Artificial Humana (aprobado por el Congreso de los Diputados el 10 de abril de 1986). En este informe se trataba de discernir que era más importante en el ámbito de la gestación por sustitución, los aspectos genéticos de la maternidad o la gestación⁴¹; afirmaron en este punto los parlamentarios que *ni por razones biológicas ni por razones humanas tienen el mismo valor, y que de ambos es más importante el componente de gestación que el genético, pues la gestante lleva en su vientre al feto durante nueve meses y lo protege fisiológica y psicológicamente [...] por este motivo recomiendan que [...] la madre legal lo sea siempre la madre gestante, aunque en el origen del hijo hayan intervenido donantes*.

Finalmente, y teniendo en cuenta el tenor del Art.10.2 de la LTRHA podemos observar como el legislador se ha mostrado indiferente respecto a otros escenarios que se pueden dar en el ámbito de la gestación por sustitución. De este modo no ha dado relevancia a la aportación de material genético por un tercero o por la madre de intención dando lugar así a que en cualquier caso el óvulo se presumirá que es de la madre gestante.

C. MATERNIDAD DE INTENCIÓN

En este supuesto se considerará que es madre legalmente aquella que tenga la intención y voluntad de serlo, independientemente de que aporte o no material genético.

⁴¹ Cfr. SOUTO PAZ, J.A. *El informe Palacios y la Ley de Reproducción Asistida*. Dialnet. Pág. 187 a 196.

Esta teoría surge a raíz del caso *Johnson vs. Calvert* que tuvo lugar en California en 1993. En este caso la Corte se vio obligada a dirimir quién era la madre legal de un niño nacido mediante gestación por sustitución si la madre gestante o la madre comitente que en este caso había aportado material genético.

El supuesto de hecho en este caso fue el siguiente: Una pareja casada deseaba tener un hijo, pero la mujer (la Sra. Calvert) se había tenido que hacer una histerectomía en 1984; pese a ello sus ovarios seguían produciendo óvulos por lo que esta pareja decidió acudir a una mujer gestante para concebir a su hijo. En 1989 la Sra. Johnson se ofrece para gestar al futuro hijo de la Sra. Calvert por lo que en enero de ese mismo año la Sra. Johnson y la Sra. Calvert y su esposo firman un contrato en el que se estipulaba que se iba a implantar en el útero de la Sra. Johnson el embrión fruto de la unión de un óvulo de la Sra. Calvert y del espermatozoides de su marido para que posteriormente, una vez la Sra. Johnson diese a luz, ese niño fuese llevado a la casa de los Calvert como hijo propio de estos últimos; es decir, la Sra. Johnson (madre gestante) renunciaba a sus derechos como madre del futuro niño en favor de los Calvert (padres comitentes o de intención) y lo hacía a cambio de una remuneración de 10 000 dólares y de un seguro de vida valorado en 200 000 dólares.

El embrión fue implantado en la Sra. Johnson en enero de 1990 y esta quedó embarazada pero empezó a distanciarse respecto de su relación con los Calvert. Por este motivo les envió una carta a los Calvert exigiéndoles el pago de la cuantía que le debía y advirtiéndoles de que como no procediesen a dicho pago se opondría a la entrega del niño. En febrero de ese mismo año los Calvert emprenden acciones legales a fin de declarar que eran los padres legales del niño que aún no había nacido; paralelamente la Sra. Johnson acude a los tribunales solicitando que se declare que ella es la madre de dicho niño. Ambos casos fueron unificados.

El juez de primera instancia resolvió considerando que los Calvert eran los padres *genéticos, biológicos y naturales* del niño y que el contrato que habían suscrito con la Sra. Johnson era válido y por tanto exigible. Esta resolución fue recurrida en apelación por la Sra. Johnson y el Cámara de Apelaciones confirmó la resolución del Tribunal de instancia.

El devenir de los hechos hizo que el caso llegase a la Suprema Corte y allí los Calvert sostuvieron que en aras a los vínculos genéticos quedaba demostrado que la Sra. Calvert era la madre del niño en base al Art.7015 del CC de California; mientras que la Sra. Johnson baso su

defensa en que conforme al Art.7003 del CC de California ella tenía que ser declarada la madre legal del niño por ser la que había dado a luz al mismo.

La Corte Suprema tuvo, en este caso, que fijar un nuevo criterio para atribuir la maternidad y optó por acudir a la intención de los padres comitentes en el contrato de gestación, es decir, a la intención de los padres que no podían ser padres en tratar de serlo. En este sentido concluyo la Corte manifestando que *«Debido a que las dos mujeres han presentado pruebas aceptables de maternidad, no creemos que este caso pueda ser resuelto sin examinar las intenciones de las partes, tal como se manifestaron en el acuerdo de sustitución. Mark y Crispina constituyen una pareja que deseaba tener un niño genético, pero tienen una imposibilidad física para hacerlo sin la ayuda de la tecnología reproductiva. Tuvieron la intención de que el niño naciera y llevaron a cabo los pasos necesarios para efectuar una fertilización in vitro. Si no hubiera sido por su intención -llevada a cabo- el niño no existiría. Anna estuvo de acuerdo en facilitar la procreación del niño de Mark y Crispina. La intención de las partes fue la de traer al mundo al niño de Mark y Crispina, no la de Mark y Crispina de donar un embrión a Anna. Si bien la función gestativa que Anna llevó a cabo fue necesaria para provocar el nacimiento del niño, se puede asegurar que Anna no habría tenido oportunidad de gestar o de dar a luz si ella, antes de la implantación del embrión, hubiera manifestado su propia intención de ser la madre del niño. No existe ninguna razón por la cual el posterior cambio de opinión de Anna debiera invalidar la conclusión de que Crispina es la madre del niño»*⁴².

En conclusión, se puede observar que según esta teoría la madre será la de intención con independencia de que aporte material genético o no lo haga. Según LAMM, actualmente, y teniendo en cuenta la figura de la gestación por sustitución, sería injusto imponerle a la madre gestante la maternidad del niño que va a nacer cuando no tiene intención de serlo⁴³. No se pueden imponer en estos casos soluciones antiguas sino que hay que adaptarse a la realidad actual y por ello la filiación, en el caso de gestación por sustitución, debería corresponder a los padres comitentes o intencionales.

⁴² Caso Johnson vs. Calvert <https://casetext.com/case/johnson-v-calvert> (Consultado por última vez el 26 de marzo de 2020)

⁴³ Cfr. LAMM, E. *Op.cit.*, pág.55.

7.2. DETERMINACIÓN DE LA PATERNIDAD

Para determinar la paternidad en los supuestos de gestación por sustitución hay que partir del Art.10.3 LTRHA el cual establece que el padre biológico puede reclamar la paternidad conforme a las reglas generales, es decir, conforme a lo previsto en los Art.131 y ss. CC.

En relación con lo previsto en el Art.10.3 se plantean dos situaciones totalmente opuestas:

- Que el padre biológico sea el marido de la madre comitente, es decir, que el marido de la madre comitente sea el que aporte los espermatozoides. En este caso podría reclamar la paternidad en base a lo previsto en el precitado artículo.
- Que el padre biológico sea un tercero, es decir, un donante de espermatozoides que no guarda relación alguna con la madre de intención. En este caso y siguiendo lo establecido en el Art.5.5 en relación con el Art.8.3 LTRHA no podría en ningún caso determinarse la filiación paterna en favor de este tercero donante ya que dichos preceptos garantizan el anonimato del donante salvo en determinadas excepciones que ya he mencionado a lo largo de este trabajo pero en ningún caso la revelación de la identidad del donante en los supuestos previstos en la norma permite la determinación legal de la filiación en favor de este.

No obstante lo anterior, la determinación de la filiación paterna plantea el siguiente problema: ¿Qué sucede si la madre gestante está casada? En este caso la determinación de la filiación del niño nacido sería matrimonial y en base a lo previsto en el Art.116 CC *se presumen hijos del marido los nacidos después de la celebración del matrimonio y antes de los trescientos días siguientes a su disolución o a la separación legal o de hecho de los cónyuges*. No obstante, en este supuesto, entiendo que lo que se tendría que valorar es el consentimiento manifestado por el marido de la gestante, es decir, si consintió en que su mujer tuviese un hijo con los gametos de otro hombre con la finalidad de que gestase un hijo ajeno.

Considero que, con independencia de que el marido de la gestante emitiese su consentimiento para que su mujer se subrogase en la gestación de un hijo ajeno, este podría impugnar la paternidad de dicho niño puesto que ni es su hijo biológico, es decir, no ha aportado material genético, ni tampoco existe por su parte voluntad de asumir la paternidad de dicho niño.

En este sentido y en consonancia con la opinión de PÉREZ MONGUE, entiendo que no se puede obligar a quien no es padre biológico a asumir una paternidad que no desea y, consecuentemente, vincularlo jurídicamente con un niño que ha tenido su cónyuge a través de

un contrato de gestación por sustitución. Hay que entender que el cónyuge de la madre gestante consiente en que esta gesticione un hijo ajeno, es decir, consiente en el objeto del contrato pero no en la filiación del menor que se fijará en favor de los padres de intención⁴⁴. A efectos probatorios, bastaría con que en el contrato de gestación por sustitución el cónyuge de la gestante manifestase expresamente que consiente en el objeto del contrato pero que en ningún caso pretende la filiación del hijo futuro; no obstante, si seguimos el razonamiento de LAMM, bastaría con que el marido de la gestante afirmase que desconocía que su esposa era la madre sustituta de un hijo ajeno, o bien que afirmase que no consintió en el contrato de gestación, ya que para esta autora *como no concurre el elemento biológico ni el volitivo no podrá atribuirse la paternidad ni prosperaría una acción de reclamación de paternidad frente a dicho conviviente*⁴⁵. De esta afirmación se deriva que el esposo de la gestante podría ejercitar la acción de impugnación de la filiación según lo previsto en el Art.136 CC para así no asumir la paternidad del hijo ajeno nacido mediante esta técnica.

Por otro lado, se nos plantea el problema de qué sucede si la madre gestante no está casada pero tiene pareja y es fecundada con gametos de tercero (donante). En este caso estaríamos ante un posible supuesto de determinación de la filiación no matrimonial (Art.120.1 CC) respecto del padre comitente. La Ley del Registro Civil (LRC) permite tramitar el expediente de filiación una vez comprobados los requisitos del Art.49 LRC siempre que no haya oposición, es decir, siempre y cuando la pareja de la gestante que consintió en la fecundación de la misma con gametos de tercero no reclame judicialmente la paternidad (Art.8.2 LTRHA); si lo hace, es decir, si reclama la paternidad, el padre comitente tendría problemas para establecer la filiación respecto de su hijo, puesto que como ya se ha indicado en este trabajo el contrato de gestación por sustitución es nulo de pleno derecho en España (Art.10.1 LTRHA).

⁴⁴ Cfr. PÉREZ MONGUE, M. *Cuestiones actuales de la maternidad subrogada en España: Regulación versus realidad*. Revista de Derecho Privado. Ed. Reus. Madrid, 2010. Pág. 51 a 53.

Consultado por última vez el 06 de Abril de 2020 en:

https://www.academia.edu/11544685/Cuestiones_actuales_de_la_maternidad_subrogada_en_Espa%C3%B1a_Regulaci%C3%B3n_versus_realidad

⁴⁵ Cfr. LAMM, E. *El elemento volitivo como determinante de la filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida*. Programa: *El derecho en una sociedad globalizada*. Tutora: Mónica Navarro Michel, Universidad de Barcelona, Departamento de Derecho Civil, Facultad de Derecho. Barcelona, 2008. Pág. 64.

Consultado por última vez el 06 de Abril de 2020 en:

<http://diposit.ub.edu/dspace/bitstream/2445/11381/1/DEA%20Eleonora%20Lamm.pdf>

En penúltimo lugar, el supuesto más sencillo para determinar la paternidad en favor del padre comitente sería el caso en que la madre gestante fuese soltera. En este caso solo podrían solicitar la filiación paterna el padre comitente o el donante de esperma pero recordemos que la identidad de este último permanece oculta. Consecuentemente la filiación se fijará siempre en favor del padre comitente.

En conclusión, para determinar la filiación paterna en los supuestos de gestación por sustitución hay que atender a dos factores, a saber:

- Si el padre comitente aporta material genético es fácil determinar la relación biológica entre este y el futuro hijo por lo cual es más fácil establecer la filiación paterna.
- Si el padre comitente no aporta material genético bastaría su voluntad de ser padre, es decir, su consentimiento en adoptar a ese niño para así determinar la filiación por adopción en favor de este.

7.3. DETERMINACIÓN DE LA FILIACIÓN EN PAREJAS DEL MISMO SEXO

A. SUPUESTO EN QUE LOS PADRES DE INTENCIÓN SON DOS MUJERES

Para determinar la filiación en este supuesto hay que partir del Art.7.3 de la LTRHA el cual reconoce que si estamos ante una pareja formada por dos mujeres se podrá establecer la doble filiación materna; ello es así porque el precitado artículo establece que *cuando la mujer estuviere casada, y no separada legalmente o de hecho, con otra mujer, esta última podrá manifestar conforme a lo dispuesto en la Ley del Registro Civil que consiente en que se determine a su favor la filiación respecto al hijo nacido de su cónyuge.*

De lo expuesto se deriva que la cónyuge de la gestante puede emitir su consentimiento libre y voluntario para que el encargado del Registro Civil inscriba la filiación del nacido a su favor; estamos por tanto ante una maternidad de intención por parte de la esposa de la gestante.

Finalmente, si bien es cierto que el precitado supuesto es el que más se suele dar en la práctica también hay que plantearse qué sucede cuando estamos ante un matrimonio formado por dos mujeres pero estas deciden acudir a una tercera mujer para tener un hijo biológico, es decir, qué sucede en un supuesto de gestación por sustitución en tercera persona. Este supuesto es más

habitual en el caso de matrimonios formados por dos hombres por lo que será analizado en el siguiente epígrafe.

B. SUPUESTO EN QUE LOS PADRES DE INTENCIÓN SON DOS HOMBRES

En este punto es necesario partir de la idea de que una pareja homosexual, cuyos integrantes son dos hombres, solo puede tener un hijo biológico a través de la gestación por sustitución. Asimismo, es importante recordar que dicho hijo solo guardará lazos genéticos con uno de los integrantes de la pareja (el que aporte el material genético).

Dicho esto, si una pareja homosexual acude a la gestación por sustitución para tener un hijo, la filiación debería determinarse en favor de los miembros de dicha pareja (padres comitentes) y ello es así porque debe primar la voluntad procreacional. En este caso no cabría hablar de maternidad y ello es así porque la mujer gestante no debe ser considerada en ningún caso madre ya que ella no tiene la intención de tener un hijo y hacerla asumir dicha maternidad puede ser perjudicial para el interés superior del menor.

No obstante, la determinación de la filiación en estos casos no es tan sencilla.

En España habría que partir del Art.17.1 CC el cual establece que *son españoles de origen los nacidos de padre o madre españoles* y del Art.10.3 LTRHA el cual fija que *queda a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales*. Consecuentemente el padre biológico del niño (el que aportó el material genético) puede instar la inscripción de la filiación respecto de su hijo en el Registro Civil sin que se plantee problema alguno. El problema surge respecto de su cónyuge (el otro padre comitente); este para poder establecer una relación de filiación respecto del hijo biológico de su pareja debería solicitar su adopción y, para ello, necesitará el consentimiento de la madre gestante⁴⁶.

⁴⁶ Cfr. MORENO SÁNCHEZ-MORALEDA, A. *Registro de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución y su articulación en el régimen de reconocimiento de resoluciones judiciales en el Derecho Internacional Privado español*. Revista Crítica de Derecho Inmobiliario. Volumen 88, Nº 731. Madrid, 2012. Pág. 1375.

8. ANÁLISIS DE LA SENTENCIA NÚM. 835/2013 DE 6 DE FEBRERO TAMBIÉN CONOCIDA COMO CASO CERO DE GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN EN ESPAÑA

8.1. ITER

El supuesto de hecho que da lugar a esta resolución es el siguiente:

- Dos hombres españoles contraen matrimonio en el año 2005 y, tras intentar adoptar a un hijo de forma ineficaz, acuden a la gestación por sustitución para tener mellizos.
- Para celebrar el contrato de gestación por sustitución se trasladan al Estado de California y el día 24 de octubre de 2008 nacen sus hijos.
- El 07 de noviembre de 2008 este matrimonio (padres comitentes) solicitan en el Registro Civil Consular español de Los Ángeles la inscripción del nacimiento de sus dos hijos adjuntando para ello:
 - o Los certificados de nacimiento de los menores (donde aparecían como hijos de los padres comitentes).
 - o Libro de familia de los padres comitentes.
 - o Fotocopia del pasaporte y del DNI de los padres comitentes.
 - o Declaración de datos obligatoria para proceder a la inscripción de los niños.
- El 10 de noviembre de 2008 el encargado del Registro Civil Consular deniega la inscripción de los niños con base a lo previsto en el Art.10 de la LTRHA ya que considera que como esos niños han nacido mediante gestación por sustitución su madre legal es la madre gestante.
- Ante la negativa del encargado del Registro Civil Consular a registrar a sus hijos, los padres comitentes interponen recurso ante la Dirección General de los Registros y del Notariado (DGRN) solicitando que se proceda a la inscripción de los menores en el Registro Civil español con la filiación que ha sido determinada en California. La DGRN emite resolución el 18 de febrero de 2009⁴⁷ estimando el recurso interpuesto por estos padres y ordenando que se procediera a la inscripción de los niños en el RC español.

⁴⁷ Resolución General de los Registros y del Notariado (Civil) de 18 de Febrero de 2009. [.RJ 2009\1735].

Esta resolución de la DGRN establecía que al cumplirse los requisitos formales del Art.81 del Reglamento del RC y al no vulnerarse el orden público internacional español, debía de procederse a la inscripción registral de los niños con independencia de que el contrato de gestación por sustitución fuese nulo en España y con independencia de que la madre gestante fuese la madre legal; ello es así porque entiende la DGRN que no se trata en este supuesto de determinar la filiación de los mellizos sino de establecer si la filiación determinada en base a una certificación registral extranjera puede acceder al Registro Civil español.

Así mismo la razón por la cual la DGRN consideró que no se vulneraba el orden público español fue, principalmente, porque entendió que si en España se admitía la filiación por adopción a favor de dos hombres y se permitía la filiación a favor de dos mujeres, no permitirlo a favor de estos padres comitentes sería discriminatorio; además enlazaron este razonamiento con el interés superior del menor considerando que este se vería vulnerado si se impedía la inscripción de la filiación en el Registro Civil Español.

- Frente a la resolución de 18 de Febrero de 2009 de la DGRN y frente a los padres comitentes interpuso demanda el Ministerio Fiscal pues consideraba que esa resolución era contraria al Art.10 TRHA.
- El Juzgado de Primera Instancia nº15 de Valencia, conocedor de la demanda interpuesta por el MF, dictó sentencia el 15 de septiembre de 2010⁴⁸ estimando las pretensiones de MF y fallando dejar sin efecto y cancelar la inscripción registral de los mellizos nacidos en California.

Considera el JPI de Valencia que:

- La inscripción en el RC español de esos niños vulneraba el orden público español y ello en base a que los hijos naturales no pueden tener dos padres varones.
- La no inscripción de los niños en el RC español no supone una discriminación por razón de la orientación sexual de sus padres de intención. Afirma el JPI de Valencia que los niños no son inscritos por que sus padres sean una pareja homosexual sino porque el contrato de gestación por sustitución es nulo en España.

⁴⁸ Sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 15 de Valencia de 15 de Septiembre de 2010. [.AC 2010\1707].

- La no inscripción de los niños no perjudica su derecho a una identidad única ya que entiende el JPI de Valencia que el ordenamiento jurídico español prevé otras formas para que los hijos figuren como propios de sus padres intencionales, por ejemplo la adopción.
 - Existe por parte de los padres intencionales un *forum shopping* o intención de acudir a un foro de conveniencia ya que son concededores de que el contrato de gestación por sustitución es nulo en España y acuden a otro país para evitar la aplicación de la norma que les perjudica.
- Frente a la sentencia dictada por el JPI nº15 de Valencia los padres comitentes recurren en apelación. La AP de Valencia dicta sentencia el 23 de noviembre de 2011 (SAP 826/2011)⁴⁹ confirmando los argumentos dados por el JPI. Establece la AP en su FJ1, al igual que el JPI, que no puede acceder al RC español una certificación registral extranjera donde se determina la filiación de unos niños nacidos a través de la gestación por sustitución, técnica prohibida en el ordenamiento jurídico español, pues ello vulneraría el orden público internacional. Con esta prohibición considera la AP que no se discrimina a los padres comitentes por razón de su sexo o de su orientación sexual ya que la prohibición de inscripción no se basa en esta circunstancia sino en el hecho de que la técnica utilizada para concebir a los menores es nula según lo previsto en el Art.10 LTRHA. Así mismo entiende la AP que la no inscripción no vulnera el interés superior de los menores puesto que este no puede alcanzarse vulnerando la normativa española y además hay otras alternativas para determinar la filiación en favor de los padres comitentes.
- Finalmente, frente a la sentencia de la AP de Valencia interponen los padres comitentes recurso de casación ante el TS. Esta sentencia del TS (STS 835/2013 de 6 de febrero de 2014⁵⁰) será la que analizaré en profundidad en los epígrafes siguientes.

⁴⁹ SAP de 23 de Noviembre de 2011. [.AC 2011\1561].

⁵⁰ STS de 06 de Febrero de 2014. [.RJ 2014\833].

8.2. MOTIVOS QUE EXPONEN LOS PADRES COMITENTES PARA JUSTIFICAR LA EXISTENCIA DE INTERÉS CASACIONAL

Partiendo de lo establecido en el FJ2 de la STS 835/2013 se puede afirmar que los padres comitentes fundan el recurso de casación ante el TS en un solo motivo que es la infracción del Art.14 CE pues consideran que se vulnera el principio de igualdad en relación con el derecho a la identidad única de los menores y al interés superior de estos últimos tal y como viene recogido en la Convención de Derechos del Niño hecha en Nueva York el 2 de noviembre de 1989.

Entienden, por ende, los padres comitentes que:

- La negativa de las autoridades a inscribir a sus hijos en el RC español como sus hijos naturales es discriminatorio.
- Privar a los menores de su filiación vulnera el interés superior de estos y consecuentemente les deja desprotegidos jurídicamente.
- El reconocimiento por parte de las autoridades españolas de la filiación determinada en la certificación registral expedida en California no contradice el orden público internacional español. Consideran los padres comitentes que lo que contradice el orden público internacional español es la celebración de un contrato de gestación por sustitución en España pero no el acceso al RC español de la filiación resultante de tal contrato celebrado en el extranjero.

Tras lo expuesto, trataré de analizar en los siguientes apartados la respuesta que el TS dio a las cuestiones planteadas por los recurrentes.

A. EL RECONOCIMIENTO DE DECISIONES EXTRANJERAS FRENTE AL ORDEN PÚBLICO INTERNACIONAL ESPAÑOL

El motivo del recurso que alegan los padres comitentes en este punto es el mencionado anteriormente, es decir, consideran los recurrentes que el reconocimiento por parte de las autoridades españolas de la filiación tal y como fue determinada en California no contradice el orden público internacional español.

El TS desestima este motivo del recurso basándose en los siguientes razonamientos:

En primer lugar, el TS deja claro que la cuestión que hay que dilucidar es si procede o no el reconocimiento, por parte de las autoridades registrales españolas, de la inscripción del

nacimiento de los menores realizada por las autoridades californianas en la cual se fija la filiación a favor de los padres comitentes (recurrentes).

En segundo lugar, la forma en la que se realiza el reconocimiento de la certificación registral de California es la prevista en el Art.85 en relación con el Art.81 último apartado del RRC y con el Art.23 de la Ley del Registro Civil (LRC), es decir, se realiza un control formal pero también de fondo de la certificación californiana ya que el reconocimiento, en caso de llevarse a cabo, tiene que respetar las normas, principios y valores del orden público internacional español.

En tercer lugar, el TS entra a realizar una serie de afirmaciones de las que se deriva lo que entiende por orden público internacional. Considera el TS que el orden público internacional español, en el ámbito objeto de estudio, está formado por las normas reguladoras de la familia y de las relaciones paterno-filiales las cuales tienen encaje dentro de diferentes preceptos constitucionales, a saber, y cito textualmente lo establecido en el FJ 3 apartado 5 de la sentencia:

«[...] derecho al libre desarrollo de la personalidad, entendido como la autonomía de la persona para elegir libre y responsablemente, entre las diversas opciones vitales, la que sea más acorde con sus preferencias (Art.10.1 CE), derecho a contraer matrimonio (Art.32 CE), derecho a la intimidad familiar (Art.18.1 CE), protección de la familia, protección integral de los hijos, iguales estos ante la ley con independencia de su filiación, y de las madres, cualquiera que sea su estado civil (Art.39 CE). También forma parte de este orden público la protección de la infancia, que ha de gozar de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos (Art.39.4 CE). Asimismo, el derecho a la integridad física y moral de las personas tiene reconocimiento constitucional (Art.15 CE), y el respeto a su dignidad constituye uno de los fundamentos constitucionales del orden político y de la paz social (Art.10.1 CE).»

Considera también el TS que los recurrentes tienen razón al afirmar que en la filiación no solo concurren factores biológicos sino también factores sociales y culturales; no obstante, entiende que en España, al igual que en otros ordenamientos con similares principios y valores, no se aceptan aquellas TRHA que, tal y como fija en el FJ 3 apartado 6:

«vulneren la dignidad de la mujer gestante y del niño, mercantilizando la gestación y la filiación, “cosificando” a la mujer gestante y al niño, permitiendo a determinados intermediarios realizar negocios con ellos, posibilitando la explotación del estado de necesidad en que se encuentran mujeres jóvenes en situación de pobreza y creando una especie de

“ciudadanía censitaria” en la que solo quienes disponen de elevados recursos económicos pueden establecer relaciones paternos-filiales vedadas a la mayoría de la población.»

En cuarto lugar, el TS manifiesta que es preciso tener en cuenta que el orden público internacional español es un orden público de carácter atenuado y que la atenuación se verá disminuida cuanto mayores sean los vínculos sustanciales de la situación jurídica con España. Considera el TS que en el caso objeto de estudio los vínculos eran intensos y ello en base a lo previsto en el FJ 3 apartado 7 donde afirma que:

«[...] de lo actuado se desprende que los recurrentes, nacionales y residentes en España, se desplazaron a California únicamente para concretar el contrato de gestación por sustitución y la consiguiente gestación, parto y entrega de los niños, porque tal actuación estaba prohibida en España. La vinculación de la situación jurídica debatida con el estado extranjero cuya decisión se solicita sea reconocida es completamente artificial, fruto de la “huida” de los solicitantes del ordenamiento español que declara radicalmente nulo el contrato de gestación por sustitución, no reconoce la filiación de los padres intencionales o comitentes respecto del niño que nazca como consecuencia de dicha gestación por sustitución (sin perjuicio de la reclamación de paternidad que pueda efectuar el padre biológico), e incluso tipifica ciertos supuestos como delito, también cuando la entrega del menor se ha producido en el extranjero (Art.221.2 CP).»

Tras todo lo expuesto, concluye el TS, tal y como afirmaba al comienzo de este apartado, desestimando este motivo del recurso pues considera, tal y como prevé en su FJ 3 apartados 10 y 11 que:

- *«La decisión de la autoridad registral de california al atribuir la condición de padres al matrimonio que contrató la gestación por sustitución con una mujer que dio a luz en dicho estado es contraria al orden público internacional español por resultar incompatible con normas que regulan aspectos esenciales de las relaciones familiares, en concreto de la filiación, inspiradas en los valores constitucionales de dignidad de la persona, respeto a su integridad moral y protección de la infancia.»*
- *«[...] La filiación cuyo acceso al Registro Civil se pretende es justamente la consecuencia directa y principal del contrato de gestación por sustitución. No puede admitirse la disociación entre el contrato y la filiación que sostienen los recurrentes [...] La filiación cuyo acceso al Registro Civil se pretende es frontalmente contraria a la prevista en el Art.10 de la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida y, como tal, incompatible con el orden público, lo*

que impide el reconocimiento de la decisión registral extranjera en lo que respecta a la filiación que en ella se determina.»

B. INEXISTENCIA DE DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE LA ORIENTACIÓN SEXUAL DE LOS PADRES DE INTENCIÓN

Hay que partir del argumento dado por los padres de intención en este punto del recurso que es, como ya indiqué anteriormente, la existencia de discriminación.

Consideran los recurrentes que denegar la inscripción de la filiación de naturaleza de sus hijos respecto de ellos, en el RC español, es discriminatorio ya que sí es posible inscribir la filiación a favor de dos mujeres en caso de que una se someta a una TRHA y la otra sea su cónyuge en base a lo previsto en el Art.7.3 LTRHA.

El TS desestima también este motivo del recurso argumentando en su FJ 4 que *«[...] Los propios recurrentes reconocen que uno y otro supuestos son diferentes por razones evidentes. [...] Los argumentos expuestos en la sentencia recurrida muestran con claridad que la causa de la denegación de la inscripción de la filiación no es que los solicitantes sean ambos varones, sino que la filiación pretendida trae causa de una gestación por sustitución contratada por ellos en California.»*

En conclusión, considera el TS que no existe discriminación por razón de sexo o de la orientación sexual de los padres comitentes sino que el motivo de la no inscripción de la filiación por naturaleza de sus hijos radica en el hecho de que la filiación que se pretende inscribir procede de un contrato de gestación por sustitución el cual es nulo en nuestro ordenamiento. Consecuentemente, la solución debería ser la misma si los contratantes fuesen un matrimonio heterosexual, una pareja de hecho, una sola persona... ya que la filiación que se pretende deriva, como ya indiqué, de un contrato nulo.

C. LA PRIMACÍA DEL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR

Los recurrentes sostienen que negar la inscripción registral de la filiación natural de sus hijos en su favor vulnera el principio del interés superior del menor por tres razones, a saber:

- Perjudica su posición jurídica situándoles en un ámbito de desprotección.
- Consideran los recurrentes que ellos son los mejores padres para los niños ya que desde un principio manifestaron en el contrato de gestación su consentimiento en ser los padres de estos. También consideran que la mujer gestante no debe ser considerada madre de los menores puesto que esta se limitó a cumplir la prestación que había

asumido en el contrato de gestación, es decir, la mujer gestante consintió en gestar y dar a luz a los menores pero en ningún caso consintió en que se estableciese entre ella y estos relación de filiación alguna.

- Los menores tienen derecho a una identidad única.

Para los recurrentes la única forma en la que el interés superior del menor no se vería vulnerado sería si las autoridades españolas reconociesen la filiación de los niños tal y como la recogió la autoridad registral californiana.

El TS desestima también este motivo del recurso. Antes de indicar los argumentos que sostiene el TS para desestimar este motivo considero que es oportuno partir del concepto que este tiene de interés superior del menor; en este sentido afirma el TS que:

- El interés superior del menor es un concepto jurídico indeterminado, es decir, es un concepto susceptible de concreción lo que amplía los márgenes interpretativos del poder judicial cuando se encuentra frente al mismo.
- El interés superior del menor es un concepto controvertido, ya que no toda la sociedad opina lo mismo acerca del contenido de este.
- El interés superior del menor es una cláusula general, por lo que los órganos juzgadores, cuando se enfrentan a dicho principio, deben abstenerse de realizar cualquier tipo de valoración personal y deben asumir como propios los valores recogidos en la legislación nacional e internacional.
- El principio del interés superior del menor concurre con otros bienes jurídicos que es necesario proteger, a saber: el respeto a la dignidad y la integridad física y moral de la mujer gestante, evitar la explotación del estado de necesidad en el que pueden encontrarse estas mujeres gestantes o impedir la mercantilización de la gestación y de la filiación.

Una vez fijado el significado del interés superior del menor para nuestro TS procede analizar los argumentos por los cuales este desestima este motivo del recurso.

Respecto del posible perjuicio que le puede causar al menor, en su posición jurídica, la no inscripción de la filiación tal y como fue determinada por las autoridades californianas entiende el TS, en base a lo previsto en el FJ 5 apartado 8, que:

«Es cierto que el no reconocimiento de la filiación establecida en la inscripción registral de California puede suponer un perjuicio para la posición jurídica de los menores. Pero no puede

olvidarse que el establecimiento de una filiación que contradiga los criterios previstos en la ley para su determinación supone también un perjuicio para el menor. Y que la mercantilización que supone que la filiación de un menor resulte determinada, a favor de quien realiza el encargo, por la celebración de un contrato para su gestación, atenta contra la dignidad del menor al convertirlo en objeto del tráfico mercantil. Es necesario por tanto realizar una ponderación de la que resulte la solución que menos perjudique a los menores, empleando para ello los criterios establecidos en el ordenamiento jurídico. [...] La anulación de una filiación que es contraria al ordenamiento jurídico, pese a que no se sustituya inmediatamente por otra que sí lo sea, tiene encaje adecuado en nuestro ordenamiento jurídico, pues este considera perjudicial para el menor, dentro de ciertos parámetros, la determinación de una filiación que no se ajuste a los criterios legales para su fijación.»

En relación con el derecho del menor a una identidad única por encima de cualquier frontera estatal, entiende el TS, tal y como se deriva de su FJ 5 apartado 9, que este motivo debe ser desestimado, ya que los menores no tienen una vinculación efectiva con dos Estados diferentes, puesto que estos solo presentan vinculación efectiva con España y no con Estado Unidos; hay que tener en cuenta que los recurrentes solo acuden a California porque allí es posible celebrar un contrato de gestación por sustitución con la consiguiente determinación de la filiación en favor de los padres comitentes.

Por otro lado, tampoco considera el TS que se vulnere el derecho a la vida privada y familiar recogido en el Art.8 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos y de las Libertades Fundamentales. Considera el TS que si bien es cierto que la denegación de la inscripción registral de la filiación de los menores en España tal y como fue determinada por las autoridades californianas supone una injerencia en el ámbito de la vida familiar, también es cierto que dicha injerencia está justificada puesto que, para reconocer decisiones extranjeras en España, la ley exige que estas respeten el orden público internacional. Además afirma el TS en su FJ 5 apartado 11 que:

«El presente recurso no tiene por objeto [...] adoptar una decisión sobre la integración de los menores en la familia constituida por los recurrentes en forma distinta al pretendido reconocimiento de la filiación fijada en el registro de California. También ha de tenerse en cuenta que no ha resultado probado que alguno de los comitentes aportara sus gametos, pues aunque en algún pasaje de sus alegaciones así se afirma, ni se concreta cuál de ellos lo habría aportado, ni menos aun se prueba cual fuera el padre biológico de cada uno de los niños. Pero de acuerdo con la jurisprudencia de este Tribunal y del Tribunal Europeo de Derecho

Humanos, si tal núcleo familiar existe actualmente, si los menores tienen relaciones familiares “de facto” con los recurrentes, la solución que haya de buscarse tanto por los recurrentes como por las autoridades públicas que intervengan, habría de partir de este dato y permitir el desarrollo y la protección de estos vínculos.»

Finalmente, concluye el TS afirmando que los tribunales de instancia realizaron una ponderación adecuada de los bienes jurídicos en conflicto tomando en consideración el interés superior del menor cuya protección no se logra aceptando las consecuencias de un contrato de gestación por sustitución celebrado en California el cual es nulo para nuestro ordenamiento, sino que se logra a partir de: a. la ruptura de todo vínculo entre los menores y la mujer que los gestó y les dio a luz, b. la prueba de que actualmente existe un núcleo familiar formado por los menores y los ahora recurrentes y c. que al menos uno de ellos ostenta la paternidad biológica respecto de los menores.

8.3. EL ORDEN PÚBLICO INTERNACIONAL Y EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR EN EL VOTO PARTICULAR DEL MAGISTRADO D. JOSE ANTONIO SEIJAS QUINTANA

Ante la precitada sentencia, formula voto el excelentísimo magistrado D. José Antonio Seijas Quintana. A este voto particular se adhieren los excelentísimos magistrados D. José Ramón Ferrándiz Gabriel, D. Francisco Javier Arroyo Fiestas y D. Sebastián Sastre Papiol.

Para el magistrado que formula el voto particular, el interés superior del menor se ve gravemente afectado con la resolución dictada, ya que esos niños, de nacionalidad española, pasan a estar en una situación jurídica incierta respecto a la solución del conflicto y en tanto esta no se conozca seguirán creando vínculos afectivos y familiares irreversibles con los padres de intención. Considera el magistrado que la sentencia en cierta medida trata de evitar esta situación pues insta al MF a que ejercite las acciones oportunas para «*determinar en la medida de lo posible la correcta filiación de los menores y para su protección, tomando en consideración, en su caso, la efectiva integración de los mismos en su núcleo familiar “de facto”.*»; con esto lo que se pretende es que los derechos fundamentales de los niños queden protegidos con carácter preferente y prioritario a los demás intereses en juego, ya que estos deben ser dotados de mayor protección en atención a su falta de capacidad para actuar defendiendo sus propios intereses.

Ese interés superior del menor, entiende el magistrado en el FJ2 apartado 5 de su voto particular que:

«[...] se protege antes y después de la gestación. Se hizo por los tribunales americanos en el primer caso. Se ha negado en el segundo. Se ignora una nueva realidad y no se procuran las soluciones más beneficiosas para los hijos, y es evidente que ante un hecho consumado como es la existencia de unos menores en una familia que actúa socialmente como tal y que ha actuado legalmente conforme a la normativa extranjera, aplicar la normativa interna como cuestión de orden público, perjudica a los niños que podrían verse abocados a situaciones de desamparo, como la del caso italiano, y se les priva de su identidad y de su núcleo familiar contrariando la normativa internacional que exige atender al interés del menor; identidad que prevalece sobre otras consideraciones, como ha destacado el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (caso García Avello o caso Grunkin-Paul)»

En conclusión, de lo expuesto se deriva que para SEIJAS QUINTANA el elevar a cuestión de orden público la aplicación de la normativa interna va a ser perjudicial para los menores los cuales pueden verse abocados a una situación de desamparo, puesto que se les priva de su identidad y de su núcleo familiar contrariando, en consecuencia, la normativa internacional que exige la preponderancia del interés superior del menor.

9. INCIDENCIA DE LA JURISPRUDENCIA DEL TEDH EN EL DERECHO ESPAÑOL EN RELACIÓN CON LA DETERMINACIÓN DE LA FILIACIÓN EN LOS CASOS DE GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN

9.1. ASUNTO MENNESSON Y LABASSEÉ c. FRANCIA (STEDH DE 26 DE JUNIO DE 2014)

Los asuntos Mennesson c. Francia (demanda 65192/11) y Labassée c. Francia (demanda 65941/11) los cuales analizaré en profundidad en los epígrafes siguientes, son resueltos por el TEDH en su sentencia de 26 de junio de 2014.

A. SUPUESTO DE HECHO DEL ASUNTO MENESSION c. FRANCIA⁵¹

Los Mennesson son un matrimonio heterosexual cuyos integrantes ostentan la nacionalidad francesa y además residen en Francia.

Este matrimonio no podía tener hijos ya que la mujer era infértil. Pese a que intentaron tener un hijo a través de la TRHA de fecundación *in vitro* este intento fue infructuoso por lo que decidieron acudir a la gestación por sustitución; para ello se fecundarían los espermatozoides del Sr. Mennesson con óvulos de una donante a través de la técnica de fecundación *in vitro* para posteriormente implantar el embrión en el útero de una mujer gestante. Hay que tener en cuenta que la gestación por sustitución está prohibida en Francia, por esta razón los Mennesson se desplazaron a California y allí celebraron este contrato.

El 14 de julio del 2000 el Tribunal californiano declaró la paternidad legal de los Mennesson con el consentimiento de todas las partes implicadas en el contrato de gestación (los padres comitentes, la mujer gestante y el marido de esta). También fijó este tribunal que en el acta de nacimiento los Mennesson debían figurar como padres de los nacidos.

El 25 de octubre de 2000 la mujer gestante da a luz a dos gemelas y a principios de noviembre de ese mismo año el Sr. Mennesson acude al consulado francés en los Ángeles para solicitar la inscripción registral de la filiación de las gemelas por naturaleza en favor de él y su esposa, pero la autoridad consular se opuso por considerar que se trataba de un caso de gestación por sustitución, contrato prohibido por la legislación francesa ya que el Código Civil francés prevé en sus Arts.16.7 y 16.9 la indisponibilidad del cuerpo humano y del estado civil de las personas. En ese mismo mes (noviembre del 2000) , los Mennesson regresan a Francia con sus hijas, ya que las autoridades americanas les habían expedido a las gemelas un pasaporte estadounidense en el que ellos figuraban como los padres de estas.

El 16 de mayo de 2003 el MF insta acción civil ante el Tribunal de Grande Instance de Creteil alegando la vulneración por parte de los Mennesson de los Art.16.7 y 16.9 del Código Civil Francés, antes invocados, que prohíben la gestación subrogada. Solicita el MF a este Tribunal

⁵¹ Cfr.. GODOY VÁZQUEZ, M.O. *El impacto de la jurisprudencia del TEDH en la legislación de los estados miembros en materia de subrogación uterina*. Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado. Vol. 32, 2016. Pág. 991 a 993.

que ordene la transcripción de las actas de nacimiento de las niñas para luego proceder a su anulación pues considera que son contrarias al orden público internacional francés por vulnerar los preceptos antes mencionados. El 13 de diciembre de 2005 el antedicho Tribunal dicta sentencia desestimando la demanda interpuesta por el MF por considerar que no reunía determinados requisitos legales. El 25 de octubre de 2007 la Cour d'Appel de París rechazó la acción de nulidad ejercitada frente a dicha sentencia por el MF pues consideró que el MF no se había opuesto al reconocimiento de la decisión californiana ni tampoco a los documentos públicos referentes al estado civil de las niñas sobre la base del Art.47 del Código Civil francés relativo a la transcripción en el RC francés de las actas extranjeras sin necesidad de acudir al exequatur; además la Cour d'Appel hizo referencia al orden público internacional francés, pero teniendo en cuenta el interés superior de las menores.

La decisión de la Cour d'Appel fue impugnada por el Abogado General del Tribunal de Apelación el cual formula recurso de casación ante la Cour de Cassation francesa el 17 de diciembre de 2008. La Cour de Cassation declaró, al contrario que las anteriores instancias, que el MF si tenía competencia para instar la anulación de la inscripción de las actas de nacimiento de las hijas de los Mennesson por motivos de orden público; si bien es cierto que en ningún momento hizo referencia al interés superior del menor, pues no entró a analizar el fondo del asunto remitiendo las actuaciones al Tribunal de Apelación.

El 18 de marzo de 2010 la Corte de Apelación de París dicta sentencia la cual fija en su fallo que se proceda a la anulación de la inscripción de las certificaciones de nacimiento de las hijas de los Mennesson. Entre los argumentos que da la Corte de Apelación de París para adoptar tal decisión cabe mencionar que hace referencia a que el contrato de gestación por sustitución es nulo de pleno derecho en Francia, por tanto la sentencia californiana es contraria al orden público internacional francés, pues de forma indirecta válida un contrato que es nulo para el ordenamiento jurídico francés. También incide la Corte de Apelación de París en que la ausencia de inscripción de las certificaciones de nacimiento californianas de las hijas de los Mennesson en el RC francés no priva a las niñas de su estado civil americano ni tampoco de la filiación que les reconoce el Derecho californiano.

Ante la decisión de la Corte de Apelación de París, los Mennesson interponen recurso de casación basándose en:

- El derecho de sus hijas a tener una filiación estable en relación con la defensa del interés superior de estas menores (Art.3.1 del Convenio de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 1989).
- La existencia de una vulneración de su derecho a la vida privada y familiar en base a lo previsto en el Art.8 CEDH.

La Cour de Cassation dicta sentencia el 06 de abril de 2011 confirmando la sentencia de la Corte de Apelación, pues entiende que la no inscripción de las actas de nacimiento californianas en el RC francés no vulnera ni el derecho a la vida privada y familiar ni el interés superior del menor. Considera la Corte de Casación francesa que cuando el nacimiento de un menor es resultado de un contrato de gestación por sustitución válido en el extranjero pero nulo de pleno derecho en Francia ni el interés superior del menor ni el respeto a la vida privada y familiar pueden ser invocados.

B. SUPUESTO DE HECHO DEL ASUNTO LABASSÉE c. FRANCIA⁵²

Al igual que en el caso anterior, los Labassée son un matrimonio heterosexual francés que tiene su residencia habitual en el citado país. La mujer es infértil por lo que el 20 de junio del 2000 esta pareja acude a Minnessota a fin de tener un hijo a través de un contrato de gestación por sustitución.

El 27 de octubre de 2001 la mujer gestante da a luz a una niña y la filiación de esta se establece por Sentencia de los tribunales de Minnessota el 31 de octubre de 2001. La niña es inscrita en el RC de dicho estado como hija de los Labassée y se expide a tal efecto un acta de nacimiento donde consta la precitada relación de filiación.

El 28 de julio de 2003 el Tribunal de Grande Instance de Nantes denegó la inscripción en el RC francés del acta de nacimiento de dicha niña la cual fue expedida por las autoridades de Minnesota pues entendía el mencionado tribunal que si se practicaba dicho asiento registral se estaría vulnerando el orden público internacional francés.

Ante esta situación los Labassée acuden a la figura de la “posesión de estado” para intentar que la inscripción de la filiación de sus hijas en el registro civil francés se establezca respecto de

⁵² Cfr. GODOY VÁZQUEZ, M.O. *Op.cit.*, pág. 993 a 994.

ellos. Tras acudir a las diferentes instancias los Labassée acuden a la Cour d'Appel de Douai la cual dicta sentencia el 14 de septiembre de 2009 fallando que no cabía que la filiación de la hija de estos se determinase a través de la “posesión de estado” pues esta no puede en ningún caso derivarse de un contrato como el de gestación por sustitución el cual es nulo de pleno derecho en el ordenamiento jurídico francés por vulnerar los ya citados Art.16.7 y 16.9 el Código Civil francés.

Debido a la desestimación de su recurso frente a la Corte de Apelación los Labassé recurren en casación invocando, como en el caso Menesson, la violación del interés superior del menor (Art.3.1 Convenio de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 1989) y del respeto a su vida privada y familiar (Art.8 CEDH). El 06 de abril de 2011 la Corte de Casación francesa dicta sentencia desestimando las pretensiones de los Labassée, pues considera que la determinación de la filiación no puede derivar de un contrato de gestación por sustitución ya que ello contraviene el orden público internacional francés. Además, la denegación de la inscripción de la filiación de la niña en el RC francés, tal y como viene determinada en el acta de nacimiento expedida por las autoridades de Minnesota, no priva a la menor de su filiación ya que esta le fue reconocida por el estado de Minnesota y tampoco le impide vivir con sus padres de intención en Francia ergo, a juicio de la Corte de Casación francesa no existe vulneración ni del interés superior del menor ni del derecho de este a la vida privada y familiar.

C. SOLUCIÓN DEL TEDH. ESPECIAL INCIDENCIA EN EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR Y EN EL RESPETO A LA VIDA PRIVADA Y FAMILIAR.

El TEDH resuelve este caso en la STEDH de 26 de Junio de 2014, caso Menesson c. Francia (Nº 65192/11) y caso Labassée c. Francia (Nº 65941/11)⁵³.

Entiende el TEDH que la denegación por parte de las autoridades francesas de la inscripción de los hijos de estos matrimonios en el RC francés vulnera el Art.8 CEDH el cual reconoce el derecho de estos niños a la vida privada. Considera el TEDH que tal denegación hace que la identidad filial de estos niños quede sin determinar y consecuentemente les afecte en su esfera

⁵³ Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Nº 65192/11, 26 de Junio de 2014 (caso Menesson c. Francia), [JUR 2014\176908]; y Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Nº 65941/11, 26 de Junio de 2014 (caso Labassée c. Francia), [JUR 2014\176905].

privada; así mismo, esta indeterminación les priva de la nacionalidad francesa y de los derechos que esta lleva aparejados más aun si tenemos en cuenta que los niños en ambos supuestos (Mennesson y Labassée) eran hijos biológicos de los padres y pese a ello las autoridades francesas se negaron a tener en cuenta este hecho haciendo preponderar el contrato de gestación por sustitución que ambas parejas habían celebrado en el extranjero el cual era contrario al orden público francés, por ende, desde mi punto de vista, las autoridades francesas vulneraron el interés superior del menor. En este sentido manifiesta el TEDH que:

«79. Cette analyse prend un relief particulier lorsque, comme en l'espèce, l'un des parents d'intention est également géniteur de l'enfant. Au regard de l'importance de la filiation biologique en tant qu'élément de l'identité de chacun (voir, par exemple, l'arrêt Jäggi précité, § 37), on ne saurait prétendre qu'il est conforme à l'intérêt d'un enfant de le priver d'un lien juridique de cette nature alors que la réalité biologique de ce lien est établie et que l'enfant et le parent concerné revendiquent sa pleine reconnaissance. Or, non seulement le lien entre la troisième requérante et son père biologique n'a pas été admis à l'occasion des demandes de transcription de l'acte de naissance et de l'acte de notoriété, mais encore sa consécration par la voie d'une reconnaissance de paternité ou de l'adoption se heurterait à la jurisprudence prohibitive établie également sur ces points par la Cour de cassation (paragraphe 25 ci-dessus). La Cour estime, compte tenu des conséquences de cette grave restriction sur l'identité et le droit au respect de la vie privée de la troisième requérante, qu'en faisant ainsi obstacle tant à la reconnaissance qu'à l'établissement en droit interne de son lien de filiation à l'égard de son père biologique, l'Etat défendeur est allé au delà de ce que lui permettait sa marge d'appréciation.»

«80. Étant donné aussi le poids qu'il y a lieu d'accorder à l'intérêt de l'enfant lorsqu'on procède à la balance des intérêts en présence, la Cour conclut que le droit de la troisième requérante au respect de sa vie privée a été méconnu. Caso Labassée.»

Está misma argumentación la realiza el TEDH en el Caso Mennesson (FJ 100 y 101 de la sentencia objeto de estudio).

En consonancia con la argumentación seguida por el TEDH, VELA SÁNCHEZ entiende que la medida adoptada por las autoridades francesas excede del margen de apreciación que le corresponde a los Estados y consecuentemente vulnera el derecho a la vida privada y familiar del menor ya que le impide fijar su identidad en Francia. En esta situación hay que preponderar

que debe prevalecer, el interés perseguido por el Estado al prohibir la gestación por sustitución o el interés superior del menor; creo que la respuesta es clara, debe prevalecer el interés superior del menor el cual no puede verse abocado a un limbo jurídico respecto a la determinación de su identidad (filiación) en un Estado concreto⁵⁴.

En conclusión, el TEDH para emitir su fallo en los casos objeto de estudio distingue entre el derecho de los demandantes (los matrimonios Mennesson y Labassée) a la vida familiar y el derecho de sus hijos nacidos a través de la gestación por sustitución a su vida privada. Respecto del derecho de los demandantes a su vida familiar entiende que no ha existido vulneración del precitado derecho por parte de las autoridades francesas puesto que la negativa de estas a inscribir el nacimiento y filiación de los menores no impide que estos establezcan relaciones familiares con los padres comitentes aunque ello implique una serie de consecuencias negativas en el día a día. En relación al derecho de los menores a que se respete su vida privada entiende el TEDH que dicho derecho ha sido vulnerado por las autoridades francesas las cuales se negaron a reconocer efectos a las sentencias extranjeras que fijaban la filiación de estos menores; considera el TEDH que con esta actitud las autoridades francesas reconocieron la filiación de los menores conforme al Derecho de otro Estado, pero impidieron que estos niños tuviesen la condición de hijos respecto de los padres comitentes (padres respecto a los cuales se había fijado la filiación en el Estado extranjero) en el Estado de Francia con todos los efectos negativos que esta situación tiene sobre los menores⁵⁵. Para el TEDH esta realidad es la que atenta contra la identidad de los menores vulnerando por tanto su derecho a la vida privada; además, considera el TEDH que al denegar el Estado la inscripción de la filiación en supuestos como el objeto de estudio sobrepasa el margen de apreciación que le permite el Art.8 CEDH⁵⁶.

Por último, para cerrar este epígrafe me gustaría hacer referencia a la Circular emitida por las autoridades francesas el 25 de enero de 2013⁵⁷ a consecuencia del aumento de familias que

⁵⁴ Cfr. VELA SÁNCHEZ, A.J. *Los hijos nacidos de convenio de gestación por sustitución pueden ser inscritos en el registro civil español. A propósito de las Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 26 de junio de 2014*. La Ley nº 8415, 6 de Noviembre de 2014.

⁵⁵ STEDH de 26 de Junio de 2014. Caso Mennesson c. Francia, FJ 87 a 94 y Caso Labassée c. Francia, FJ 71 a 73.

⁵⁶ STEDH de 26 de Junio de 2014. Caso Mennesson c. Francia, FJ 96 a 100 y Caso Labassée c. Francia, FJ 75 a 79.

⁵⁷ *Circulair 25 Janvier 2013 délivrance des certificats de nationalité française –convention de mère porteuse– Etat civil étranger*. <http://actualitesdudroit.lamy.fr/Portals/0/Circulaire%2025%20janvier%202013.pdf> (Consultado por última vez el 13 de Abril de 2020).

acudían a la técnica de gestación por sustitución y la consiguiente inseguridad jurídica que sufrían los menores nacidos por esta técnica. En la mencionada Circular se establecían las condiciones que debían darse para que las autoridades francesas expidiesen certificados de nacionalidad francesa a los niños nacidos mediante gestación por sustitución en el extranjero y cuyo padre biológico fuese francés. El texto de esta Circular se incorporó al CC francés con posterioridad a la *LOI N° 2006-1376 du 14 novembre 2006*, concretamente en el Art.7⁵⁸.

9.2. PARADISO Y CAMPANELLI c. ITALIA (STEDH DE 27 DE ENERO DE 2015)⁵⁹

Al igual que en los casos anteriores, en este supuesto nos encontramos con un matrimonio italiano que tras haber intentado por todos los medios tener un hijo propio, y no habiéndolo conseguido, deciden acudir a Moscú para tenerlo a través de la gestación por sustitución (práctica prohibida en Italia).

El niño nació en Febrero de 2011 en Moscú y la mujer gestante dio su consentimiento escrito para que la filiación del menor fuese determinada en favor de los padres comitentes. Conforme a la legislación rusa los padres comitentes fueron registrados como padres biológicos del niño y se expidió al efecto certificado de nacimiento el cual no hacía alusión a la gestación por sustitución; dicho certificado fue apostillado conforme a la Convención de la Haya.

En mayo de 2011 los padres comitentes solicitan que se inscriba la filiación del menor en el RC italiano y las autoridades italianas se niegan pues entienden que este matrimonio ha:

- Alterado el estado civil del menor.
- Vulnerado la normativa italiana la cual prohíbe el contrato de gestación por sustitución.
- Vulnerado las normas de adopción internacional.

⁵⁸ LOI N° 2006-1376 du 14 novembre 2006. Art.7 JORF 15 novembre 2006.

https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexteArticle.do;jsessionid=F4DDBF1E707B0C29EB554551D45803D6.tp.dila11v_3?cidTexte=JORFTEXT000000275701&idArticle=LEGIARTI000006284888&dateTexte=20061116
(Consultado por última vez el 13 de Abril de 2020)

⁵⁹ Sentencia Tribunal Europeo de Derechos Humanos, N° recurso 25358/12, 27 de Enero de 2015, Caso Paradiso y Campanelli c. Italia [JUR 2015\24183].

Ese mismo día el Ministerio Público solicita que se inicie un proceso de adopción respecto del menor pues entiende que debe ser considerado en estado de abandono.

Se puede observar, por tanto, que, si bien es cierto que en este supuesto existe una violación del Art.8 CEDH al igual que en los casos anteriores, también es cierto que hay una gran diferencia y es que en este supuesto la violación del Art.8 CEDH surge a raíz de la decisión de las autoridades italianas de separar al menor de sus padres de intención y darlo en acogida a otra familia por los motivos antes expuestos.

El TEDH falla en este caso considerando que existe una violación del Art.8 CEDH debido a la medida adoptada por las autoridades italianas de dar al menor a una familia de acogida y a los graves efectos que dicha decisión ha acarreado, sin embargo, entiende el TEDH que la violación del Art.8 CEDH no puede en este caso obligar al Estado a devolver al menor a los padres comitentes puesto que el menor ha desarrollado lazos afectivos con la familia de acogida desde el 2013. En este sentido, es importante tener en cuenta los siguientes fundamentos jurídicos de la sentencia, a saber:

«80. [...] La Cour rappelle par ailleurs que, dans les affaires touchant la vie familiale, le passage du temps peut avoir des conséquences irrémédiables sur les relations entre l'enfant et le parent qui ne vit pas avec lui. En effet, la rupture de contact avec un enfant très jeune peut conduire à une altération croissante de sa relation avec son parent.»

El TEDH entiende que el paso del tiempo tiene consecuencias irreversibles respecto a la relación entre el menor y los padres que no conviven con él.

«85. Enfin, la Cour note que l'enfant a reçu une nouvelle identité seulement en avril 2013, ce qui signifie qu'il était inexistant pendant plus de deux ans. Or, il est nécessaire qu'un enfant ne soit pas désavantagé du fait qu'il a été mis au monde par une mère porteuse, à commencer par la citoyenneté ou l'identité qui revêtent une importance primordiale (voir l'article 7 de la Convention des Nations unies relative aux droits de l'enfant du 20 novembre 1989, entrée en vigueur le 2 septembre 1990, 1577 Recueil des Traités 3.»

De este fundamento se desprende que el menor recibió una nueva identidad en Abril de 2013 por lo que estuvo 2 años sin tener contacto con los padres comitentes.

«86. Compte tenu de ces éléments, la Cour n'est pas convaincue du caractère adéquat des éléments sur lesquels les autorités se sont appuyées pour conclure que l'enfant devait être pris en charge par les services sociaux. Il en découle que les autorités italiennes n'ont pas préservé le juste équilibre devant régner entre les intérêts en jeu.»

De lo anterior se deduce que el TEDH tiene dudas en relación a los elementos sobre los que se apoyaron las autoridades italianas para entender que el menor debía ser dado en adopción. Considera el TEDH que las autoridades italianas no preservaron el equilibrio entre los intereses en juego.

«88. Compte tenu de ce que l'enfant a certainement développé des liens affectifs avec la famille d'accueil chez laquelle il a été placé début 2013, le constat de violation prononcé dans la cause des requérants ne saurait donc être compris comme obligeant l'État à remettre le mineur aux intéressés.»

Teniendo en cuenta lo expuesto, concluye el TEDH, tal y como indicaba al comienzo de esta exposición, afirmando que el Estado (Italia en este caso) no está obligado a devolver al menor con sus padres comitentes pues lleva dos años desarrollando vínculos afectivos y familiares con su familia de acogida.

9.3. INCIDENCIA DE LA JURISPRUDENCIA DEL TEDH EN LA STS 835/2013 DE 6 DE FEBRERO. ANÁLISIS DEL AUTO DE 2 DE FEBRERO DE 2015.

A. ANTECEDENTES DE HECHO. RESOLUCIÓN DEL TS A LAS CUESTIONES PLANTEADAS POR LOS PROMOTORES DEL INCIDENTE DE NULIDAD DE ACTUACIONES (LOS PADRES COMITENTES)

El Pleno de la Sala de lo Civil del TS dictó el día 2 de Febrero de 2015 auto desestimando el incidente de nulidad de actuaciones interpuesto frente a la STS 835/2013 de 6 de Febrero de 2014.

Los padres comitentes (pareja homosexual) habían interpuesto incidente de nulidad de actuaciones frente a la precitada sentencia, pues entendían que la misma había vulnerado:

- Su derecho a la tutela judicial efectiva (Art.24 CE), ya que se habían infringido las normas sobre la prueba y carga de la prueba y, además, consideraban que el TS había resuelto el asunto desde una perspectiva relativa a la legalidad o ilegalidad de la

gestación por sustitución en España y no desde un punto de vista registral que es lo que ellos solicitaban.

- Su derecho a la igualdad sin discriminación desde dos puntos:
 - o Se había discriminado a sus hijos menores por el hecho de su nacimiento, es decir, por haber nacido a través de gestación por sustitución.
 - o Se les había discriminado a ellos, a los padres comitentes, por razón de su orientación sexual.
- Su derecho a la intimidad familiar en cuanto a su derecho a la procreación a través de un TRHA.

Respecto a la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva entiende el TS que no existe tal vulneración; en primer lugar porque los padres comitentes reconocieron durante el proceso que los menores respecto de los que se pretendía el reconocimiento de la filiación habían nacido en virtud de contrato de gestación por sustitución (no aportado) y además la inscripción registral extranjera de los mismos se había obtenido a través de sentencia judicial dictada por los tribunales de California, que tampoco se aportó al litigio, por lo expuesto entiende el TS que:

«[...] No es conforme con las exigencias de la buena fe que, una vez dictada la sentencia, los recurrentes cuestionen sus propias alegaciones y acusen al tribunal de haber vulnerado sus derechos fundamentales por no haberlas tomado en consideración»⁶⁰.

En segundo lugar, respecto a la alegación de incongruencia por entender los padres comitentes que el Tribunal resuelve centrándose en la legalidad de la gestación por sustitución y no en lo que ellos plantean en el recurso que es la inscripción registral de sus hijos en el RC español; entiende el TS en su FJ 3 apartado 7 que:

«No vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva de una de las partes que el tribunal resuelva la cuestión controvertida de un modo diferente a cómo dicha parte pretendió que lo fuera. Es lógico que si un recurso se desestima, el tribunal no acepte las razones que se alegaron para sustentarlos»⁶¹.

En relación con la posible vulneración del derecho a la igualdad sin discriminación; por una parte y afecto a la posible discriminación de los menores por razón de su filiación, entiende el TS que:

⁶⁰ ATS de 02 de Febrero de 2015. Fundamento Jurídico núm.3. [ECLI: ES:TS:2015:35A].

⁶¹ ATS de 02 de Febrero de 2015. Fundamento Jurídico núm.3. [ECLI: ES:TS:2015:35A].

«[...] de dicho precepto constitucional no deriva la obligación de los poderes públicos de otorgar necesariamente el reconocimiento de filiación a relaciones jurídicas que en ordenamientos extranjeros son reconocidas como tal filiación, pero que no lo son en el ordenamiento jurídico español, como es el caso de los comitentes en un contrato de gestación por sustitución respecto del niño nacido como consecuencia de tal gestación»⁶².

En cuanto a la posible vulneración del derecho de los comitentes a no ser discriminados por razón de su orientación sexual entiende el TS que:

«[...] la decisión adoptada nada tiene que ver con el sexo u orientación sexual de los integrantes de la pareja, sino con las circunstancias de la gestación de los menores, con base en un contrato de gestación por sustitución. [...] La decisión habría sido la misma cualquiera que hubiera sido el sexo u orientación sexual de los comitentes»⁶³.

Por último, respecto a la existencia de una posible vulneración del derecho a la intimidad familiar considera el TS que la misma no se produce puesto que la sentencia cuya nulidad se pretende:

«[...] Acordó la adopción de las medidas pertinentes para otorgar protección jurídica que haga posible la integración de los menores en su familia, para el caso de que efectivamente alguno de los recurrentes fuera progenitor biológico de los niños y, en todo caso, si existieran en este momento tales relaciones familiares “de facto” entre los recurrentes y los menores»⁶⁴.

B. LA INCIDENCIA DE LAS STEDH MENNESSON Y LABASSÉE C. FRANCIA EN EL AUTO OBJETO DE ESTUDIO

En relación con el apartado anterior, el TS entra a realizar una comparativa entre los casos Mennesson y Labassée y el supuesto que se da en España, y concluye afirmando que son supuestos de hecho totalmente diferentes, por lo que su sentencia, de la cual se pretende la nulidad, respeta, a su juicio, el derecho a la vida privada y familiar de los menores y su derecho a tener una identidad determinada conforme al Art.8 CEDH.

⁶² ATS de 02 de Febrero de 2015. Fundamento Jurídico núm.4. [ECLI: ES:TS:2015:35A].

⁶³ ATS de 02 de Febrero de 2015. Fundamento Jurídico núm.4. [ECLI: ES:TS:2015:35A].

⁶⁴ ATS de 02 de Febrero de 2015. Fundamento Jurídico núm.5. [ECLI: ES:TS:2015:35A].

Entiende el TS que el precitado Art.8 CEDH no fue vulnerado por la STS 835/2013 de 6 de Febrero de 2014, ya que en esa sentencia se permitió el reconocimiento de la filiación biológica respecto de uno de los padres y la formalización de las relaciones existentes si concurriese un núcleo familiar “de facto” entre los padres comitentes y los menores. Así mismo, la sentencia prevé también que para proteger legalmente a los menores, los padres pueden acudir a la adopción y en caso de que uno de ellos sea su padre biológico el proceso sería muchísimo más sencillo, bastando el asentimiento de la pareja del que es padre biológico y la comprobación judicial de que ello es lo que más concierne al interés superior del menor.

Una vez fijada de forma general la solución que da el TS al caso objeto de estudio, entraré a analizar de forma detallada, y siguiendo lo establecido en el FJ 6 apartado 10 del Auto de 02 de Febrero de 2015, cuales son las principales diferencias que existen, a juicio del TS, entre los casos *Menesson* y *Labassée* y el caso objeto de estudio, a saber:

- En Francia los menores no podían adquirir de ningún modo la nacionalidad francesa lo que planteaba diversos problemas jurídicos entre los que destacaba la imposibilidad de estos de heredar a sus padres. En España esto no sucede ya que la STS únicamente acordó que:

«[...] se anulara la mención a la filiación de los menores en tanto se determinaba la filiación biológica paterna y también, en su caso, la filiación que fuera acorde con la situación familiar “de facto” (por ejemplo, mediante adopción), de modo que, una vez quede determinada la filiación biológica respecto del padre biológico y la filiación por criterios no biológicos respecto del otro cónyuge (o respecto de ambos, si ninguno de ellos fuera el padre biológico), tendrán la nacionalidad española y podrán heredar como hijos»⁶⁵.

Todo ello en aras a respetar el interés superior del menor.

- El Tribunal de Casación francés afirma que ante la existencia de fraude de ley no puede invocarse el interés superior del menor ni el derecho del mismo a la vida privada y familiar; es decir, en Francia se hace primar el cumplimiento del ordenamiento jurídico interno cuando estos padres comitentes actúan en fraude de ley, pues acuden a un país extranjero para tener a sus hijos aun sabiendo que en Francia la técnica de gestación por sustitución está prohibida. Cosa distinta sucede en España donde, pese a también estar prohibida esta técnica, se hace primar el interés superior del menor.

⁶⁵ ATS de 02 de Febrero de 2015. Fundamento Jurídico núm.6, apartado 10. [ECLI: ES:TS:2015:35A].

- En los casos Mennesson y Labassée los padres comitentes solicitaron que se determinase la filiación de los menores teniendo en cuenta las actas de nacimiento expedidas en Norteamérica y, subsidiariamente, a través de la determinación de la filiación biológica de los padres, puesto que era un hecho probado que el Sr. Labassée y el Sr. Mennesson eran los padres biológicos de las menores. Así mismo, en el caso Labassée se solicitó también como forma subsidiaria de determinación de la filiación que se acudiese a un acta de notoriedad de posesión de estado civil ya que constaba que este matrimonio había criado y educado a las menores desde su nacimiento.

En España el caso es totalmente distinto, pues lo que sucede es que los menores fueron inscritos en el RC español como hijos de los padres comitentes pero el MF impugnó dicha inscripción registral. El TS entiende que:

«[...] en tales circunstancias, dicha relación jurídica no podía ser reconocida por nuestro ordenamiento jurídico al resultar contraria a las normas actualmente vigentes que integran el orden público español, como son las que regulan la filiación y las normas esenciales sobre técnicas de reproducción humana asistida»⁶⁶.

Pese a ello, el TS teniendo en cuenta que era probable que uno de los miembros de la pareja fuese el padre biológico de los menores y en aras a garantizar el interés superior de estos, instó al MF a que adoptase las medidas necesarias para integrar a los menores en ese núcleo familiar ya que ellos no pueden cargar con la responsabilidad en la que puedan incurrir sus padres comitentes por acudir a una TRHA prohibida en España.

Afirma el TS que en el caso objeto de estudio la cuestión decisiva es:

«[...] que lo que determina la relación de filiación, esencial para establecer la identidad del menor, según las normas de orden público del ordenamiento español actualmente vigentes porque el legislador ha entendido que es lo más adecuado para proteger el interés del menor, es la filiación biológica (cuyo reconocimiento como determinante de la filiación tiene una especial importancia para el interés del menor, como elemento esencial de su identidad, y así es destacado por las sentencias del Tribunal de Estrasburgo), y el establecimiento de lazos filiales como consecuencia de la existencia de un núcleo familiar de facto en el que estén integrados los menores, el progenitor biológico y su cónyuge, como por ejemplo los derivados de la adopción, en la que el interés del menor se controla y protege por el juez que la constituye»⁶⁷.

⁶⁶ ATS de 02 de Febrero de 2015. Fundamento Jurídico núm.6, apartado 10. [ECLI: ES:TS:2015:35A].

⁶⁷ ATS de 02 de Febrero de 2015. Fundamento Jurídico núm.6, apartado 10. [ECLI: ES:TS:2015:35A].

Y concluye afirmando que dicha cuestión no fue planteada en el proceso.

Por lo expuesto, entiende el TS, como indiqué al comienzo de dicho epígrafe, que la sentencia de la cual se pretende la nulidad respeta el Art.8 del CEDH ya que:

«[...] permite que la identidad de los menores quede debidamente asentada mediante el reconocimiento de la filiación biológica paterna y la formalización de las relaciones existentes si hubiera un núcleo familiar “de facto” entre los comitentes y los niños, como parece que existe. Y no solo lo permite, sino que acuerda instar al Ministerio Fiscal para que adopte las medidas pertinentes en ese sentido para la protección de los menores»⁶⁸.

Entiende el TS que el TEDH en el caso *Mennesson y Labassée* considera que hay una vulneración del Art.8 CEDH, no porque se impida el acceso al RC francés de las actas de nacimiento de dichos menores, sino porque no se les reconoce una identidad determinada en el país en el que van a vivir con habitualidad, es decir, en Francia. En España, la identidad de los menores puede quedar determinada por tres vías, a saber:

- A través del reconocimiento o establecimiento de la filiación biológica respecto del padre que haya aportado material genético.
- A través de la adopción.
- Mediante la posesión de estado civil.

Consecuentemente entiende el TS que:

«Las molestias e inconvenientes que para los recurrentes (y en menor medida para los niños, que por su corta edad no serán conscientes siquiera de la situación) puede suponer la situación provisional que se produzca por la sustitución de la filiación resultante de la transcripción de las actas de nacimiento de California por la filiación que resulte de la aplicación de las normas del ordenamiento jurídico español, no alcanzan una entidad suficiente como para considerar que se produce el desequilibrio vulnerador del derecho a la vida privada de los niños, en su aspecto de fijación de una identidad determinada. Se trata de una situación temporal que puede tener una duración razonablemente breve (determinación de la filiación paterna respecto del progenitor biológico y adopción por el cónyuge), y el Estado de Derecho provee de suficientes medios para evitar perjuicios a los menores durante esa interinidad, siguiendo el criterio de protección del núcleo familiar “de facto” afirmado en la sentencia»⁶⁹.

⁶⁸ ATS de 02 de Febrero de 2015. Fundamento Jurídico núm.6, apartado 12. [ECLI: ES:TS:2015:35A].

⁶⁹ ATS de 02 de Febrero de 2015. Fundamento Jurídico núm.6, apartado 12. [ECLI: ES:TS:2015:35A].

En conclusión, se puede afirmar que la situación de los menores franceses no es equiparable a la situación de los menores españoles puesto que los primeros tenían vedada de por vida la posibilidad de ver determinada su filiación, con los perjuicios que lleva aparejada dicha situación; mientras que los menores en España, tarde o temprano, iban a ver determinada su filiación sin perjuicio de los posibles inconvenientes transitorios que se pudiesen plantear en tanto se determinase la misma.

C. VOTO PARTICULAR FORMULADO EN EL AUTO OBJETO DE ESTUDIO

En el voto particular los magistrados discrepantes muestran su disconformidad respecto a la poca trascendencia que da el TS a las sentencias del TEDH a la hora de resolver el supuesto, es decir, para estos magistrados dichas sentencias justificarían que se estimase el incidente de nulidad de actuaciones formulado por los padres comitentes, el cual se niega en el auto.

Entienden los magistrados que formulan el voto particular que las sentencias del TEDH tienen más puntos en común que la simple transcripción al RC de las actas de nacimiento para determinar la filiación de los menores que nacen a través de un contrato de gestación por sustitución respecto de sus padres comitentes. No obstante, también es cierto que reconocen que el sistema jurídico francés, a diferencia del español, impide determinar la filiación de forma absoluta de los menores nacidos mediante gestación por sustitución respecto de sus padres comitentes; en España, como ya indiqué en el epígrafe anterior, la filiación de estos menores se podría determinar de tres formas.

Pese a lo dicho anteriormente, los magistrados que formulan este voto particular consideran que las diferencias entre el caso *Mennesson y Labassée* y el supuesto español no justifican que la sentencia dictada por el TS no tome en cuenta las precitadas resoluciones del TEDH; ello es así porque el supuesto fáctico que da lugar a dichas sentencias es la incertidumbre en la que se encuentran los menores en tanto no se determina su filiación. A juicio de estos magistrados, y siguiendo la línea del TEDH, el interés superior del menor debe guiar toda decisión que les vaya a afectar.

Por lo expuesto, concluyen el voto particular dando una breve explicación de porqué a su juicio debe estimarse el incidente de nulidad de actuaciones planteado por los padres comitentes, a saber:

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

En conclusión, tras haber analizado el ATS de 02 de Febrero de 2015, mi postura se encuentra más próxima al voto particular formulado en el mismo por los magistrados discrepantes. Considero que en España, si bien es cierto que existen diferentes vías para determinar jurídicamente la filiación de los menores nacidos a través de la gestación por sustitución, también es cierto que estas vías suelen fracasar situando a los menores en una situación de incertidumbre que hace que sea vea vulnerado su interés superior; un ejemplo de ello lo encontramos en la reciente SAP de Asturias de 24 de Julio de 2018. En dicha sentencia se resuelve el supuesto en el que un matrimonio acude a Kiev para a tener a sus hijos a través de la gestación por sustitución. El marido aporta el material genético y otorga ante Notario, con carácter irrevocable, su asentimiento y consentimiento en que su esposa, en ese momento, adopte a esos menores (todo ello a efectos de que la filiación quede determinada en favor del matrimonio, es decir, de los padres de intención), pero el matrimonio fracasa y el marido revoca dicho consentimiento lo que da lugar a la precitada sentencia. La AP de Asturias entiende que la adopción que pretende la madre de intención no es lo que más concierne al interés superior de los menores teniendo en cuenta la corta edad de los mismos, el escaso tiempo de convivencia entre esta y los menores, y la ruptura de la relación afectiva entre ella y el padre de los menores (recordar que además de ser el padre de intención de los menores es su padre biológico). Entiende la AP de Asturias que:

«Siendo en todo caso el interés de los menores el que debería servir como criterio prevalente a la hora de resolver sobre su adopción, aún cabría considerar si, pese a la ruptura del núcleo familiar en el que se integraban y en el que la solicitante había asumido el rol de madre, el

establecimiento de una relación de filiación adoptiva con esta última sería lo más conveniente y beneficioso para ellos.

Pero para que así fuera, la integración en ese núcleo familiar y el establecimiento de una relación de filiación de facto debería haber durado lo suficiente como para que pudiera hablarse de una consolidación y afianzamiento de los lazos afectivos propios de las relaciones maternofiliales, de suerte que el interés de los menores hiciera aconsejable que éstos se mantuvieran, aún después de la ruptura de la solicitante con el padre de los mismos»⁷⁰.

Consecuentemente, aunque es cierto que nuestro ordenamiento tiene diferentes mecanismos para que se determine la filiación de los menores nacidos mediante esta técnica, también lo es que estos mecanismos suelen dilatarse en el tiempo y en ocasiones pueden fallar, como hemos visto en la SAP de Asturias, lo que sitúa a los menores en una situación de incertidumbre total durante el lapso de tiempo existente entre el momento en que se solicita se determine su filiación respecto de sus padres comitentes y el momento en que verdaderamente se determina. Quizás la falta de legislación en torno a la gestación por sustitución, realidad social que existe actualmente y que no debemos obviar, propicie estas situaciones que sitúan a los menores en un contexto de desamparo transitorio ya que se hace a los órganos judiciales legislar a través de sentencias, cuando estos están para juzgar y hacer ejecutar lo juzgado a través de una interpretación de la normativa existente; considero que es necesario que nuestro legislador establezca una legislación sólida respecto a esta técnica que, como ya dije, existe en la actualidad, y no se limite a establecer, como hace actualmente, un precepto en la LTRHA declarando nulo el contrato de gestación por sustitución cuando luego abre otras vías para determinar la filiación de estos menores.

10.¿ES NECESARIO QUE SE REGULE LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN EN ESPAÑA?

10.1. CONSIDERACIONES PREVIAS

Como ya anunciaba en el epígrafe anterior, desde mi punto de vista, es necesario que en España se regule esta práctica. Antes de ahondar en el porqué de mi respuesta considero importante partir de una definición de Derecho para así poder llegar a entender mejor cual es mi razonamiento en este punto.

⁷⁰ SAP de Asturias de 24 de Julio de 2018. Fundamento Jurídico núm. 4. [.RJ 2018\300256].

Podemos afirmar, tal y como indica PANERO, que el Derecho es un instrumento que regula las relaciones sociales a fin de evitar o minorar los conflictos entre los hombres⁷¹. Consecuentemente *ubi homo ibi societas, ubi societas ibi ius*, es decir, y siguiendo el pensamiento de CICERÓN, donde está el hombre está la sociedad y donde está la sociedad está el Derecho. Es preciso partir de esta premisa pues solo si comprendemos que el Derecho debe dar respuesta a la realidad social podremos entender la necesidad de regular la gestación por sustitución en nuestro país.

La gestación por sustitución es una práctica que está presente en nuestra comunidad y respecto de esta, diferentes órganos judiciales, incluido el TEDH, se muestran más próximos a la postura de tolerarla y no a la de prohibirla tal y como hemos podido ver a lo largo de este trabajo. Además, en España, si tenemos en cuenta la redacción del Art.10.3 LTRHA, el cual permite sortear una situación que inicialmente es nula y convertirla en ajustada a Derecho a través de la acción de reclamación de la paternidad biológica (en caso de que el padre aporte material genético) y la posterior adopción del menor por la pareja de este, podemos concluir afirmando que nuestro ordenamiento se muestra también más próximo a la postura de tolerarla y por tanto resulta necesario regularla.

10.2. ANÁLISIS DE LA PROPUESTA DE LEY QUE EXISTE EN ESTA MATERIA EN ESPAÑA

El partido político Ciudadanos formuló el día 08 de Septiembre de 2017 una *Proposición de Ley reguladora del derecho a la gestación por subrogación* (Proposición de Ley nº. 122/000117).

Comenzaremos analizando dos de los apartados que considero más relevantes de la exposición de motivos de esta Propuesta de Ley, a saber:

- El apartado IV de la exposición de motivos incide, tal y como venimos afirmando a lo largo de este epígrafe, en la necesidad de regular esta técnica de reproducción humana, puesto que es una realidad a la que nos enfrentamos actualmente en España.
- El apartado III de la exposición de motivos hace referencia a la instrucción de la DGRN de 05 de Octubre de 2010 a fin de tener un punto de partida que justifique que en España esta técnica viene siendo tolerada en la sociedad. Esta instrucción habilita a las

⁷¹ Cfr. PANERO, R. *Formación de los Conceptos Jurídicos*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2006. Pág. 36.

autoridades españolas competentes a inscribir en el RC español una filiación determinada por un Tribunal extranjero, vaciando de contenido por tanto el precepto de la LTRHA que declara nulo el contrato de gestación por sustitución; es decir, permite a las autoridades españolas inscribir en el RC español la filiación de un menor que ha nacido a través de la técnica de gestación por sustitución en favor de sus padres comitentes y ello pese a que dicho contrato es nulo en España.

Por otro lado, a modo de esquema, esta Proposición de Ley presenta la siguiente estructura la cual analizaremos en profundidad a continuación, a saber:

- 7 capítulos.
 - Capítulo 1. Referente al objeto, principios, definiciones básicas en la materia, requisitos del contrato de gestación por sustitución y naturaleza del mismo.
 - Capítulo 2. Recoge los derechos que tienen los intervinientes en el contrato de gestación por sustitución, los requisitos que estos deben cumplir, y la forma y contenido que ha de tener este contrato.
 - Capítulo 3. Aborda el proceso de gestación como tal y las relaciones de filiación entre los padres comitentes y el menor.
 - Capítulo 4. Prevé la creación de un Registro Nacional de Gestación por Subrogación adscrito al Registro Nacional de Donantes en el que se deberán inscribir aquellas mujeres que libremente decidan convertirse en madres gestantes.
 - Capítulo 5. Regula las condiciones que deben cumplir los centros sanitarios donde se lleve a cabo esta práctica.
 - Capítulo 6. Relativo a orientación y asesoramiento a aquellas personas que decidan acudir a esta técnica.
 - Capítulo 7. Infracciones y sanciones en caso de incumplimiento de la ley.
- 1 disposición derogatoria.
- 4 disposiciones finales.

Entraré ahora a analizar los preceptos que considero tienen más relevancia o pueden ser más controvertidos.

En primer lugar, el Art.1 da una definición del derecho de gestación por sustitución entendido este como:

[...] *El que les asiste a los progenitores subrogantes a gestar, por la intermediación de otra, para constituir una familia, y a las gestantes subrogadas, a facilitar la gestación a favor de los subrogantes, todo ello en condiciones de libertad, igualdad, dignidad y ausencia de lucro, expresivas de la más intensa solidaridad entre personas libres e iguales.*

En segundo lugar, el Art.3 da una definición de los principales conceptos que se utilizan a lo largo del articulado, a saber:

- *Gestación por sustitución. Es la gestación que se lleva a cabo cuando una mujer acepta ser la gestante mediante cualquiera de las técnicas de reproducción asistida contempladas por la ley y dar a luz al hijo o hijos de otra persona o personas, los progenitores subrogantes.*
- *Mujer gestante por subrogación. Es la mujer que, sin aportar material genético propio, consiente y acepta, mediante un contrato de gestación por subrogación, someterse a técnicas de reproducción asistida humana con el fin de dar a luz al hijo o hijos del progenitor o progenitores subrogantes, sin que, en ningún momento, se establezca vínculo de filiación entre la mujer gestante y el niño o niños que pudieran nacer.*

Subrayo el inciso de *sin aportar material genético*, puesto que entiendo que limita mucho las posibilidades que se pueden dar en el ámbito en el que nos movemos. Pensemos en el ejemplo de una pareja heterosexual que acude a la técnica de FIV y la mujer es fecundada con gametos masculinos de su pareja, pero con óvulos de una donante; partiendo de este hecho resultaría contradictorio que en la gestación por sustitución no se permitiese a la mujer gestante aportar sus óvulos cuando el supuesto de hecho es el mismo. Este apunte que se hace en la propuesta de ley limitaría mucho el acceso a esta técnica a la cual cada vez acuden más parejas homosexuales de hombres, los cuales sin aportación de óvulos por parte de tercero donante no podrían tener un hijo, por lo que resultaría indiferente que ese óvulo lo aportase un tercero o la propia madre gestante, que al fin y al cabo también podría ser donante. Lo mismo sucedería en el caso de parejas heterosexuales en las que la mujer por circunstancias X, como puede ser un cáncer de útero, endometriosis... ya no produce óvulos y necesitan que un tercero donante los aporte. Yo me pregunto cuál sería la diferencia entre que los óvulos los aportase la madre gestante o un tercero donante. Creo que sería indiferente.

Además, si tenemos en cuenta el Art.4.2 de dicha propuesta de ley, el cual establece que *el progenitor o progenitores subrogantes deberán haber agotado o ser incompatibles con las técnicas de reproducción humana asistida*, podemos concluir afirmando que si los padres comitentes son incompatibles con las técnicas de reproducción humana asistida por las

razones X que sean, por ejemplo la mujer no tiene útero, y por tanto deciden acudir a la gestación por sustitución, desde mi punto de vista no existiría inconveniente alguno en que la mujer gestante fuese quien aportase el óvulo, siempre y cuando, como es obvio, ella consintiera libremente en donar sus óvulos a los padres comitentes para gestar al hijo de estos.

- Progenitor o progenitores subrogantes. *La persona o personas que acceden a la paternidad o a la maternidad mediante la gestación por subrogación, aportando su propio material genético.*

Este precepto me parece oscuro, y creo que puede dar lugar a confusión. Al leerlo se me plantean los siguientes interrogantes: ¿es necesario que ambos padres comitentes, en caso de que sean una pareja, aporten material genético propio o por el contrario basta con que lo aporte uno de ellos? ¿si uno de los padres comitentes (en caso de ser una pareja) por cualquier circunstancia médica no puede aportar su propio material genético no pueden acudir a esta técnica?

Respecto del primer interrogante, considero que si se trata de una pareja bastaría con que uno de ellos aportase material genético por ejemplo en una pareja de hombres solo uno de ellos va a poder aportarlo.

Respecto al segundo interrogante, y para el caso de que la respuesta al primero fuese que ambos progenitores deben aportar material genético, no comprendería la necesidad de que ambos aportasen material genético en caso de ser una pareja y sin embargo se permitiese a una sola persona acudir a esta técnica pues entiendo que cuando dice *progenitor o progenitores subrogantes* es porque pueden acudir a la gestación por sustitución tanto personas solteras que no pueden tener un hijo como parejas que se encuentren en la misma situación siempre y cuando se cumplan unos determinados requisitos. Consecuentemente, si la respuesta al interrogante planteado es afirmativa me parecería dicho precepto discriminatorio pues ante situaciones iguales se trataría de forma distinta atendiendo únicamente al hecho de que estés soltero o no.

Como se puede observar las múltiples interpretaciones que plantea este precepto debido, en mi opinión, a la falta de claridad de este, podría situar en un plano de inseguridad jurídica a las personas que acuden a esta técnica.

- Contrato de gestación por subrogación. *Documento público por el que una persona o una pareja, formada por individuos de igual o diferente sexo, y una mujer, acuerdan que esta será la gestante por subrogación, en los términos establecidos en esta Ley.*

En tercer lugar, el Art.4.2 establece que *el progenitor o progenitores subrogantes deberán haber agotado o ser incompatibles con las técnicas de reproducción humana asistida*. Esto implica que para poder acudir a la gestación por sustitución es ineludible que aquellos que pretenden ser padres hayan agotado todas las vías posibles para serlo con carácter previo, es decir, la gestación por sustitución se considera una técnica subsidiaria en caso de que fallen las otras TRHA existentes en nuestro ordenamiento jurídico.

Por otro lado, el Art.4.3 establece que *la mujer gestante por subrogación no podrá tener vínculo de consanguinidad con el o los progenitores subrogantes*. Este precepto, en mi opinión, que comparto con SALAS CARCELLER, choca con la idea de gestación altruista que pretende esta proposición de ley⁷², pues no comprendo por qué entre dos hermanas, aquella que puede tener hijos no puede gestar al bebé de la que no puede tenerlos. ¿Hay más altruista que este gesto en favor de una hermana o de un hermano?

Este carácter altruista al que hacemos mención viene recogido en el Art.5.1 de la proposición de ley objeto de estudio el cual establece que *la gestación por subrogación no podrá tener carácter lucrativo o comercial, sin perjuicio de la compensación resarcitoria que podrá percibir la mujer gestante*. Estoy totalmente de acuerdo en que la gestación por sustitución debe tener carácter altruista, pues es la única forma de regular coherentemente una materia cuyo objeto tiene que estar fuera de comercio, y también permite salvaguardar la integridad de las mujeres gestantes evitando que se puedan producir situaciones de explotación. Pese a ello, tal y como indica el precepto, un modelo de gestación por sustitución altruista es perfectamente compatible con la compensación resarcitoria que pueda recibir la mujer gestante por las molestias sufridas; en este sentido el Convenio para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina, hecho en Oviedo el 04 de Abril de 1997, lo que prohíbe en su Art.21 es precisamente la obtención de lucro con partes del cuerpo humano, pero no prohíbe el hecho de que por ello se pueda obtener una compensación económica. Esta línea es la que sigue la LTRHA en su Art.5.3 el cual prevé respecto a la

⁷² SALAS CARCELLER, A. *Gestación Subrogada, hacia una ley reguladora*. Aranzadi Doctrinal N° 10/2017, parte Tribuna. Aranzadi, 2017. [.BIB 2017\13223].

donación de gametos que *nunca tendrá carácter lucrativo o comercial. La compensación económica resarcitoria que se pueda fijar sólo podrá compensar estrictamente las molestias físicas y los gastos de desplazamiento y laborales que se puedan derivar de la donación y no podrá suponer incentivo económico para ésta.* Si hacemos una aplicación analógica de dicho precepto al ámbito que nos ocupa nada parece contravenir la posibilidad de que la madre gestante reciba una compensación por las molestias físicas que pueda sufrir y por los gastos de desplazamiento y laborales que se deriven mientras dura la gestación.

En cuarto lugar, respecto a las condiciones que debe cumplir la madre gestante para serlo, vienen recogidas en el Art.7 y entre ellas destacan las siguientes: la mujer gestante debe ser mayor de 25 años y menor de la edad que se fije reglamentariamente, debe tener plena capacidad jurídica y de obrar, buen estado de salud, haber gestado al menos un hijo sano con anterioridad, tener una situación económica y familiar favorable, tener nacionalidad española o residencia legal en España, no tener antecedentes penales ni de abuso de drogas o alcohol y no haber sido gestante por subrogación más de una vez con anterioridad. Discrepo de lo establecido en este precepto en dos puntos: 1. Que la mujer gestante para serlo deba haber tenido con anterioridad al menos un hijo sano (Art.7.1.e) y 2. Que la mujer gestante solo pueda serlo 2 veces en su vida pues ello es lo que se desprende del Art.7.1.j. Respecto al primer punto puedo llegar a entender que si la mujer gestante ha tenido con carácter previo un hijo propio y este no goza de salud suficiente o se han producido problemas durante el parto no se le permita realizar esta función a fin de minorar los riesgos que para ella o para el bebé pueda acarrear esta técnica. Pero pensemos en el caso de una mujer totalmente sana que nunca ha tenido hijos ¿por qué es requisito ineludible que previamente haya tenido uno? Considero que si la mujer esta sana y no presenta ningún problema médico que le aconseje no tener hijos, se le debería permitir ser madre gestante porque desde mi punto de vista, el requisito de que haya tenido previamente un hijo sano se enfoca simplemente a garantizar a los padres comitentes que su hijo no va a tener, en principio, ningún problema de salud, y ello en un embarazo normal no se puede garantizar ya que siempre va a existir el riesgo, en mayor o menor medida, de que tu hijo sufra algún problema durante el embarazo o tras el parto, bien sea congénito o no. En cuanto al segundo punto no comprendo cuál es el razonamiento lógico que hacen para prohibir a una mujer que lo desee gestar para otros un hijo como máximo dos veces a lo largo de su vida. Si la gestación es altruista esta limitación no obedece a un razonamiento tendente a evitar que la mujer gestante se lucre con esta práctica y desde mi punto de vista no existiría otro razonamiento posible para

justificar esta decisión, ya que una mujer de forma natural a lo largo de su vida perfectamente puede gestar a más de dos hijos por lo que ¿por qué no iba a poder una mujer gestante realizar esta práctica más de dos veces a lo largo de su vida?

En quinto lugar, respecto a los requisitos que deben cumplir el o los progenitores subrogantes aparecen regulados en el Art.8 en el cual se establece que estos, para poder acudir a la gestación por sustitución, deben haber agotado las vías restantes o ser incompatibles con otras técnicas de reproducción humana asistida, deben aportar su propio material genético, tener plena capacidad jurídica y de obrar, ser mayores de 25 años y menores de 45 años, tener nacionalidad española o residencia legal en España y acreditar que pueden asumir la responsabilidad parental respecto del menor que va a nacer fruto de esta técnica. Desde mi punto de vista, los requisitos son lógicos, pero llama la atención ese límite de edad, tanto mínimo como máximo, para poder acudir a esta técnica. Entiendo que para realizar esta proposición de ley se han fijado en el límite de edad establecido en el Art.175.1 CC⁷³ que fija las mismas limitaciones, pero cuyo supuesto de hecho es diferente (adopción). Por otro lado, respecto a la aportación de material genético propio, entiendo que al menos uno de los miembros de la pareja ha de aportar su material genético, puesto que si ninguno lo hace, antes que acudir a la gestación por sustitución, cuya finalidad es tener un hijo biológico, se podría acudir a otras figuras como la adopción. Finalmente, para concluir el examen de este precepto, se hace referencia a que los padres comitentes deben tener la nacionalidad española o su residencia habitual en España, entiendo que ello es así en aras a evitar el turismo reproductivo.

Por último, respecto a las infracciones que llevan aparejada sanción, aparecen recogidas en el Art.24 y se dividen en:

TIPO DE INFRACCIÓN	SANCIÓN APAREJADA
Infracciones leves	Multa de hasta 1 000€
Infracción grave	Multa desde 1 001€ hasta 10 000€
Infracción muy grave	Multa desde 10 000€ hasta 1 000 000€

⁷³ Art.175.1 CC: *La adopción requiere que el adoptante sea mayor de veinticinco años. Si son dos los adoptantes bastará con que uno de ellos haya alcanzado dicha edad. En todo caso, la diferencia de edad entre adoptante y adoptando será de, al menos, dieciséis años y no podrá ser superior a cuarenta y cinco años, salvo en los casos previstos en el artículo 176.2.*

Se consideran infracciones muy graves, entre otras:

- *La realización del proceso de gestación por subrogación cuando la mujer gestante tenga vínculo de consanguinidad con el o los progenitores subrogantes, o aporte su propio material genético (Art.24.2.c.7ª).*

Como ya indiqué anteriormente, entiendo que esto no debería ser considerado motivo de sanción y tendría que estar permitido, puesto que no plantea, en mi opinión, ningún problema jurídico. Si consideramos la gestación por sustitución como una técnica altruista, no tiene sentido prohibir a la mujer gestante tener relación de consanguinidad con los padres comitentes, pues bien puede ser la hermana de uno de ellos, como ya he indicado. Por otro lado, tampoco entiendo que se prohíba a la mujer gestante aportar material genético siempre y cuando el varón de la pareja (homosexual o heterosexual) o el hombre que desea tener un hijo en solitario aporte su material genético, es decir, los gametos masculinos. En este caso, desde mi punto de vista, no existiría inconveniente alguno en que el óvulo lo aportase un tercero donante o la mujer gestante.

- *El incumplimiento de la obligación de el o los progenitores subrogantes de hacerse cargo, a todos los efectos, del niño o niños nacidos inmediatamente después del parto, prevista en el Art.10.2 de la presente Ley (Art.24.2.c.9ª).*

Me parece correcta esta sanción, pero quizás la endurecería un poco más debido al estado de vulnerabilidad al que se va a ver abocado el menor. En este supuesto prevería también que se privara para siempre a esos padres comitentes de la patria potestad de los menores y que se les impidiese acudir en cualquier otro momento de su vida a una TRHA o a la figura de la adopción. Considero que acudir a una TRHA entraña una decisión muy relevante en la vida de una persona la cual debe ser sopesada y meditada con calma. No se puede permitir que unos padres abandonen sus obligaciones para con sus hijos tras el duro camino seguido para tenerlos como si de un producto se tratase; hay que ser consecuente con los actos llevados a cabo y, si finalmente, los padres del menor deciden, de forma definitiva, no hacerse cargo de este deberán de ser sancionados no solo económicamente sino, como ya dije anteriormente, impidiéndoles en cualquier otro momento de su vida tener hijos a través de una TRHA o mediante la adopción y privándoles de la patria potestad de los hijos nacidos a través de la gestación por sustitución.

En conclusión, si bien es cierto que la propuesta de ley estudiada en este epígrafe es un paso hacia adelante que nadie se ha atrevido a dar hasta el momento en esta materia, también es cierto que quizás la misma necesite alguna modificación. No obstante, entiendo, como explicaré a continuación, que esta materia necesita ser regulada con urgencia en nuestro país, puesto que es una realidad social a la que nos enfrentamos y el Derecho está para dar respuesta a los problemas que se plantean en el día a día. No se puede mirar hacia otro lado en este tema y menos aun si tenemos en cuenta que hay menores de por medio, los cuales pueden ver vulnerados sus intereses en tanto no haya una norma jurídica al respecto.

10.3. ARGUMENTOS A FAVOR DE LA REGULACIÓN DE ESTA MATERIA EN ESPAÑA

Aunque mi postura respecto a la posible regulación de esta materia creo que ya ha quedado definida al analizar la propuesta de ley que existe actualmente en nuestro país respecto de la gestación por sustitución, considero oportuno ahondar en los argumentos que justificarían su regulación.

En primer lugar, con carácter general, y como ya indiqué en el epígrafe anterior, la gestación por sustitución es una realidad social a la que nos venimos enfrentando en los últimos años y consecuentemente debe ser regulada, pues el Derecho está para dar respuesta a las cuestiones sociales que se van planteando con el paso del tiempo. No parece por tanto adecuado que se pretenda prohibir esta práctica en nuestro ordenamiento, máxime si tenemos en cuenta que en otros ordenamientos jurídicos vecinos como por ejemplo en Francia, pese a estar prohibida de forma taxativa, se sigue llevando a cabo la misma acudiendo a países extranjeros y el TEDH ha obligado al mencionado país a reconocer la filiación respecto de los menores así nacidos como ya hemos visto a lo largo de este trabajo.

Por otro lado, la regulación española, contenida principalmente en el Art.10 LTRHA por el que se declara nulo el contrato de gestación por sustitución, es precaria en el sentido de que tiene como finalidad impedir que la ciudadanía española acuda a este tipo de contratos; sin embargo, como se puede observar, la realidad es otra, pues cada vez más españoles acuden a países extranjeros como Estados Unidos o Ucrania para tener hijos mediante esta técnica. Se puede afirmar por tanto que la regulación actual no solo no impide que se lleve a cabo esta práctica sino que la reserva a aquellas personas que tienen un poder adquisitivo alto, pues un ciudadano de a pie no puede, con carácter general, permitírselo salvo que contraiga una elevada deuda

para ello; además tampoco se establece en la normativa actual ninguna garantía para las partes intervinientes en este tipo de contrato fomentando así la vulnerabilidad de estas y la de los menores nacidos mediante esta técnica.

Respecto al Art.221.1 y 2 del Código Penal en los que se establece que:

Los que, mediando compensación económica, entreguen a otra persona un hijo, descendiente o cualquier menor aunque no concorra relación de filiación o parentesco, eludiendo los procedimientos legales de la guarda, acogimiento o adopción, con la finalidad de establecer una relación análoga a la filiación, serán castigados con las penas de prisión de uno a cinco años y de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de la patria potestad, tutela, curatela o guarda por tiempo de cuatro a 10 años.

Con la misma pena serán castigados la persona que lo reciba y el intermediario, aunque la entrega del menor se hubiese efectuado en país extranjero.

Si bien es cierto que parece que nuestro ordenamiento tiende a prohibir esta práctica puesto que de hecho la sanciona, también es cierto que, al igual que MATIA PORTILLA, yo tampoco he encontrado ninguna sentencia donde se aplique dicho precepto y sin embargo, como ya hemos visto, sí que son abundantes los supuestos en los que se ha determinado la filiación de los menores nacidos por esta técnica en el extranjero a favor de los padres comitentes en el RC español⁷⁴.

Por lo expuesto, parece razonable afirmar que la gestación por sustitución debe ser regulada en nuestro país con independencia de la posición moral que al respecto tengan sus detractores, pues la función del Derecho tal y como indica MATIA PORTILLA es *regular las relaciones sociales, canalizándolas y delimitándolas*⁷⁵; luego serán los particulares los que decidan utilizar o no los mecanismos que a su disposición pone el Derecho.

Me centraré ahora en explicar cuál es mi postura respecto a la posible regulación que se le podría dar a esta materia en aquellos puntos que resultan más controvertidos y en los cuales no he incidido en el epígrafe anterior, a saber:

⁷⁴ Cfr. MATIA PORTILLA, F.J. *¿Resulta oportuno dar un tratamiento jurídico a la gestación subrogada en nuestro país?* Revista de Derecho Político UNED N°105, Mayo-Agosto 2019. Pág.110 a 118.

⁷⁵ Vid. MATIA PORTILLA, F.J. *Op. Cit.*, Pág.114.

- Gestación subrogada ¿remunerada o altruista?

Entiendo, como ya indiqué anteriormente, que la gestación por sustitución deberá tener carácter altruista pues es la única forma de salvaguardar la integridad de las mujeres gestantes evitando que aquellas que se encuentren en una situación vulnerable económicamente se vean abocadas a la explotación.

No obstante, ello no quiere decir que las mujeres gestantes no puedan percibir una compensación resarcitoria por las molestias que puedan sufrir durante el embarazo; es más, salvo determinadas excepciones me resulta dudoso pensar que una mujer va a asumir *gratia et amore* el desgaste físico y psíquico que conlleva un embarazo, por ello entiendo que serán las partes las que deban convenir si existe compensación o no.

- Gestación subrogada ¿al alcance de cualquier persona o solamente en determinadas circunstancias?

Considero que esta técnica se debería reservar a aquella persona o personas que tengan imposibilidad para tener un hijo biológico de forma autónoma. Además, y a diferencia de lo establecido en la propuesta de ley estudiada en el epígrafe anterior, considero que la gestación por sustitución debería regularse como una opción más dentro de las diferentes TRHA existentes, es decir, no se debería supeditar el uso de esta técnica a haber agotado los otros métodos existentes en la materia, puesto que esto podría ser muy costoso para quienes decidan acudir a la misma ya que por todos es sabido los precios que existen en este ámbito. Entiendo por tanto que la gestación por sustitución se debería equiparar a cualquier otro medio de reproducción asistida, como por ejemplo la fecundación in vitro, siendo siempre necesaria la aportación de material genético por parte de quien vaya a ser padre o padres comitentes.

No es lógico, por tanto, pensar que vaya a acudir a esta técnica una persona que pueda tener hijos de forma autónoma por el mero hecho de no sufrir las consecuencias que se derivan del embarazo o no sufrir un “perjuicio” estético.

- ¿Deben la madre gestante y los padres comitentes cumplir determinados requisitos?

Entiendo que sí y, salvo las discrepancias que ya mostré anteriormente, los requisitos establecidos en la propuesta de ley me parecen adecuados. Es lógico que se fije una edad mínima y una máxima tanto para ser mujer gestante como para ser padre comitente, que sea necesario que las partes tengan plena capacidad jurídica y de obrar, que los padres comitentes

o al menos uno de ellos aporte su material genético, que la madre gestante emita su consentimiento de forma libre y voluntaria pues sino el contrato de gestación estaría viciado...

- ¿Deben asegurarse los derechos de la madre gestante?

En este punto lo que mayor problemática plantea es si debe respetarse el derecho de la madre gestante a abortar o el derecho de esta a quedarse con el menor.

Respecto al derecho de la madre gestante a abortar entiendo que sí debe ser respetado pues es una decisión que afecta a su esfera privada y la injerencia derivada de esta práctica se va a producir en su cuerpo, ergo, la decisión es suya. Por otro lado, y en conexión con este tema, algunos autores como MATIA PORTILLA entienden que en caso de que la mujer gestante decida abortar esta deberá *restituir lo entregado por la contraparte*⁷⁶. Difiero en este punto con el precitado autor pues si el modelo de gestación por sustitución que se pretende instaurar es un modelo altruista (con independencia de que exista una compensación que no es en ningún caso una remuneración) no se puede pretender que en caso de que la mujer gestante tome esa decisión (abortar) se le obligue a devolver la compensación que haya percibido por las molestias derivadas del embarazo; de ser así nos situaríamos en el ámbito de un contrato sinalagmático, es decir, te entrego X cantidad de dinero a cambio de que tú me entregues al menor cuando nazca, y ello no puede ser porque un menor, al igual que cualquier ser humano, es una *res extra commercium*, de ahí la importancia de que esta práctica sea altruista. Quizás, la vía más adecuada para que los padres comitentes puedan recuperar lo perdido es acudir a la vía de la indemnización por daños y perjuicios, consecuencia del incumplimiento del contrato alegando la existencia de un daño moral irreparable por la pérdida del menor que iba a ser su hijo a todos los efectos.

Además del supuesto de aborto por parte de la madre gestante, la ley debería contemplar otros supuestos como es el caso de aborto natural, pérdida del bebé por cualquier problema derivado del embarazo, nacimiento del menor con alguna enfermedad... En estos casos, los padres comitentes no podrían recuperar lo que hubiesen entregado a la madre gestante a modo de compensación, pues son riesgos que han de asumir como propios del embarazo. En cuanto al supuesto de que el bebé nazca con alguna enfermedad, también habrán de hacerse cargo de él

⁷⁶ Vid. MATIA PORTILLA, F.J. *Op. Cit.*, Pág.117.

pues como ya he dicho estos son riesgo que una persona asume cuando se enfrenta a la maternidad/paternidad.

Finalmente, en cuanto al derecho de la madre gestante a quedarse con el bebé entiendo que en este supuesto no se puede hacer prevalecer el principio de derecho romano *mater semper certa est* pues, desde mi punto de vista, ha de primar el documento público firmado por la madre gestante y por los padres comitentes donde la primera emite su consentimiento libre y voluntario en gestar al menor para posteriormente entregárselo a los padres de intención. Además, también hay que tener en cuenta que ese menor va a estar vinculado genéticamente con al menos uno de los padres de intención, por lo que en ningún caso la madre gestante puede echarse atrás en su decisión revocando el consentimiento emitido inicialmente para así quedarse con el menor. El consentimiento que emita la madre ha de ser consecuentemente irrevocable.

- Necesidad de que la norma asegure en todo caso el interés superior del menor.

El punto de partida para fijar una regulación en esta materia ha de ser necesariamente la prevalencia del interés superior del menor sobre cualquier otro interés en juego. Para ello se pueden establecer restricciones como las ya indicadas, como, por ejemplo, fijar un límite de edad para ser padre comitente, impedir que los padres comitentes puedan renunciar al menor con independencia de que este tenga alguna enfermedad, evaluar psicológicamente a aquellos que desean ser padres comitentes a fin de establecer como sucede en el caso de la adopción un informe de idoneidad de la aptitud de estos para desempeñar las funciones propias de la patria potestad...

CONCLUSIONES

1. Ha quedado probado, tras analizar diferentes sentencias al respecto, que la gestación por sustitución es un tema de actualidad. Nos encontramos ante una técnica de reproducción humana asistida a la que cada vez más personas acuden a fin de poder tener un hijo biológico.
2. Pese a que la gestación por sustitución es un tema de actualidad, no hay que olvidar que esta técnica ya existía en época romana. Además, en Roma se admitían dos modalidades de gestación por sustitución, una de carácter remunerado donde la madre gestante obtenía una contraprestación por los servicios prestados, y otra de carácter altruista; esta última era la mejor considerada entre los miembros de la *societas* romana. Este hecho quizás podría servir de base a la hora de establecer una regulación futura en nuestro país pues, desde mi punto de vista, solo una gestación por sustitución de carácter altruista sería compatible con el respeto hacia los menores así nacidos los cuales son una *res extra commercium*.
3. Respecto a la normativa existente en España en esta materia, ha quedado probado que es mínima, por no decir inexistente. Solamente el Art.10.1 LTRHA hace referencia a la gestación por sustitución declarando nulo de pleno derecho dicho contrato. Asimismo, es cierto que el Art.221.1 y 2 CP sanciona esta práctica, pero nunca, por lo que he podido investigar al respecto, se ha aplicado dicho precepto en nuestro país. Cabría afirmar, por tanto, que es necesario que se regule esta materia en España, máxime si tenemos en cuenta los problemas que surgen en torno a ella debido a los derechos en liza existentes y el hecho de que el Derecho está para dar respuesta a los problemas que se plantean en el día a día.
4. Uno de los principales problemas que se plantea en este ámbito es la determinación de la filiación de los niños nacidos a través de esta técnica, pues la misma está prohibida en algunos países como, por ejemplo, Francia o el contrato así celebrado es declarado nulo en otros como puede ser el caso de España.

En España, pese a que las autoridades españolas entienden que la determinación de la filiación de los menores nacidos en el extranjero siguiendo esta técnica puede ser determinada por las tres vías recogidas en nuestro ordenamiento (reconocimiento o establecimiento de la filiación biológica respecto del padre que aporte material genético, adopción o posesión de estado), también es cierto que la determinación de la filiación a

través de estos mecanismos se puede dilatar en el tiempo situando a los menores en un ámbito de vulnerabilidad. Desde mi punto de vista, lo más rápido y respetuoso con el interés superior de estos menores sería permitir el acceso de sus actas de nacimiento al Registro Civil, pero hasta que no exista una regulación de esta materia en nuestro país quizás no sea posible con la celeridad que requieren este tipo de asuntos; es más, una regulación de esta materia que permitiese la gestación por sustitución en España podría evitar el turismo reproductivo existente en la actualidad, pues aquellos que necesiten ser padres siguiendo esta técnica no tendrían que verse obligados a acudir a países extranjeros donde esta práctica sí es permitida.

5. Del análisis de las sentencias del TEDH podemos concluir afirmando que para determinar la filiación de los menores así nacidos ha de prevalecer el interés superior de estos y su derecho a la vida privada y familiar, pues más allá del respeto al ordenamiento jurídico interno de cada país está el respeto a los Convenios y Tratados de carácter internacional, en nuestro caso, el respeto al Art.8 CEDH.
6. Todo lo expuesto me lleva a pensar que, para garantizar el interés superior de los menores nacidos a través de la gestación por sustitución, es necesario que esta materia se regule en nuestro país y, en este punto, uno de los principales problemas que se suscitan entre los diferentes autores es si esta técnica debe tener carácter remunerado o altruista. Entiendo que la gestación por sustitución ha de ser altruista, pues un menor o la parte del cuerpo de una mujer (en este caso el útero) son una *res extra commercium* tal y como ya indiqué en la conclusión número dos; no obstante, el hecho de que esta técnica deba tener carácter altruista no es incompatible, desde mi punto de vista, con el hecho de que la mujer gestante pueda percibir una compensación resarcitoria por las molestias que le pueda ocasionar el embarazo.

BIBLIOGRAFÍA

ARISTÓTELES. *Política*. Ed. Bilingüe de Julian Mariás y María Araujo. Madrid, 1997. Pág. 20 y ss.

BACCINO, G. (Editora). *Reproducción Humana Asistida. Aspectos Jurídicos, Sociales y Psicológicos*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2014. Pág. 92 a 96.

DELGADO HERVÁS A., PICAZO GURINA M. *Los trabajos de las mujeres en el mundo antiguo. Cuidado y mantenimiento de la vida*. Ed. Institut català de arqueologia classica. Tarragona, 2016. Pág. 134 a 135.

GALÁN CORTÉS, J. *Responsabilidad Civil Médica*. Ed. Thomson Reuters. Navarra, 2016. Pág. 622 a 623.

GALÁN GARCÍA S., MEDINA QUINTANA S., SUÁREZ SUÁREZ C. *Nacimientos bajo control: el parto en las edades Moderna y Contemporánea*. Ed. Trea. Gijón, 2014. Pág. 67 a 73.

GARCÍA RUBIO M.P., AMMERMAN YERBA, J., GARCÍA GOLDAR, M., VARELA CASTRO I. *Mujer, maternidad y Derecho: V Congreso sobre la feminización del Derecho. Carmona V, Santiago de Compostela 21 y 25 de Septiembre*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2019. Pág. 751 a 752.

GUILARTE MARTÍN-CALERO, C., FULCHIRON, H. *Algunas reflexiones sobre la sentencia del Tribunal Supremo de 6 de Febrero de 2014 a la luz de la condena de Francia por el TEDH (Sentencias Labassée y Menesson de 26 de junio de 2014)*. Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil Nº 3/2015. Ed. Aranzadi. Cizur Menor, 2015. Pág. 1 a 29.

GODOY VÁZQUEZ, M.O. *El impacto de la jurisprudencia del TEDH en la legislación de los estados miembros en materia de subrogación uterina*. Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado. Vol. 32, 2016. Pág. 991 a 994.

LAMM, E. *El elemento volitivo como determinante de la filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida*. Programa: *El derecho en una sociedad globalizada*. Tutora: Mónica Navarro Michel, Universidad de Barcelona, Departamento de Derecho Civil, Facultad de Derecho. Barcelona, 2008. Pág. 64.

LAMM, E. *Gestación por sustitución: ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*. Observatori de Bioètica i Dret. Universitat de Barcelona. Pág. 36, 55 y 267.

LÓPEZ Y LÓPEZ, Á.M., VALPUESTA FERNÁNDEZ, R (Editores). *Derecho de Familia*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2015. Pág. 161.

LUCAS ESTEVE, A. *La gestación por sustitución*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2019. Pág. 28 a 31.

MATIA PORTILLA, F.J. *¿Resulta oportuno dar un tratamiento jurídico a la gestación subrogada en nuestro país?* Revista de Derecho Político UNED N°105, Mayo-Agosto 2019. Pág.110 a 118.

Meinke Sue, A. *Surrogate Motherhood: Ethical and Legal Issues*. National Reference Center for Bioethics Literature. The Joseph and Rose Kennedy Institute of Ethics. Georgetown University, Washington, DC., 1998. Pág. 1 a 2.

MORENO SÁNCHEZ-MORALEDA, A. *Registro de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución y su articulación en el régimen de reconocimiento de resoluciones judiciales en el Derecho Internacional Privado español*. Revista Crítica de Derecho Inmobiliario. Volumen 88, N° 731. Madrid, 2012. Pág. 1375.

NÚÑEZ PAZ, M. *Sobre la cesio ventris en la antigua Roma. Trascendencia socio jurídica del principio mater semper certa est*. e-SLegal History Review, N° 26, 2018.

NÚÑEZ PAZ, M., JIMÉNEZ BLANCO, P., SUÁREZ LLANOS, L. *Mujer sujeto u objeto de derechos reproductivos: derechos de los menores y maternidad por sustitución*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2019. Pág.27 a 32, 66 a 69, 145 a 146, 152 y 158.

PANERO, R. *Formación de los Conceptos Jurídicos*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2006. Pág. 36.

PANTALEÓN, A.F. *Contra la ley sobre técnicas de reproducción humana asistida*. Jueces para la Democracia, N°5, 1988. Pág. 25 y ss.

PÉREZ FUENTES, G.M., CANTORAL DOMÍNGUEZ, K., RODRÍGUEZ COLLADO, M.C. *La maternidad Subrogada*. Ed. Tirant lo Blanch. Ciudad de México, 2017. Pág. 87 a 89.

PÉREZ MONGUE, M. *Cuestiones actuales de la maternidad subrogada en España: Regulación versus realidad*. Revista de Derecho Privado. Ed. Reus. Madrid, 2010. Pág. 51 a 53.

PÉREZ VAQUERO, C. *Diez claves para conocer los vientres de alquiler*. Noticias Jurídicas. Ed. Bosh S.A., 2010. Pág. 1.

PRESNO LINERA, M.A., JIMÉNEZ BLANCO, P. *Libertad, igualdad, ¿maternidad? La gestación por sustitución y su tratamiento en la jurisprudencia española y europea*. Revista Española de Derecho Europeo, Nº 51, 2014. Pág. 5 a 12.

RODRÍGUEZ ATIENZA, M. *Gestación por sustitución y prejuicios ideológicos*. El Notario, 2015. Nº 63. Pág. 95 a 96.

SALAS CARCELLER, A. *Gestación Subrogada, hacia una ley reguladora*. Aranzadi Doctrinal Nº 10/2017, parte Tribuna. Aranzadi, 2017. [.BIB 2017\13223].

SALAZAR BENÍTEZ, B. *La gestación por sustitución desde una perspectiva jurídica: algunas reflexiones sobre el conflicto entre deseos y derechos*. Revista de Derecho Político Nº99, Mayo-Agosto 2017. Pág. 79 a 120.

SOUTO PAZ, J.A. *El informe Palacios y la Ley de Reproducción Asistida*. Dialnet. Pág. 187 a 196.

VELA SÁNCHEZ, A.J. *Los hijos nacidos de convenio de gestación por sustitución pueden ser inscritos en el registro civil español. A propósito de las Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 26 de junio de 2014*. La Ley nº 8415, 6 de Noviembre de 2014.

JURISPRUDENCIA CITADA

Caso Johnson vs. Calvert (1993)

STC de 17 de Junio de 1999 [RTC 1999\116]

Sentencia del JPI nº 15 de Valencia de 15 de Septiembre de 2010 [AC 2010\1707]

SAP de 23 de Noviembre de 2011 [AC 2011\1561]

STS de 06 de Febrero de 2014 [RJ 2014\833]

STEDH de 26 de Junio de 2014 [JUR 2014\176908]

STEDH de 26 de Junio de 2014 [JUR 2014\176905]

ATS de 02 de Febrero de 2015 [ECLI: ES:TS:2015:35A]

STEDH de 27 de Enero de 2015 [JUR 2015\24183]

SAP de Asturias de 24 de Julio de 2018 [RJ 2018\300256]

ÍNDICE DE FUENTES

1. FUENTES JURÍDICAS

1.1. JUSTINIANEAS

Digesta

D.2,4,5

D.3,2,11

D.3,2,11,1

D.3,2,11,2

D.21,1,14

D. 21,1,14,1

D.21,14,7

D.21,1,15

1.2. LEGISLACIÓN ACTUAL

España

Instrumento de Ratificación del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950, y enmendado por los Protocolos adicionales números 3 y 5, de 6 de mayo de 1963 y 20 de enero de 1966, respectivamente. Publicado en BOE, núm. 243, de 10 de octubre de 1979.

Carta Europea de los Derechos del Niño (DOCE nº C 241, de 21 de Septiembre de 1992).

Instrumento de Ratificación del Convenio para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina (Convenio relativo a los derechos humanos y la biomedicina), hecho en Oviedo el 4 de abril de 1997. Publicado en BOE, núm. 251, de 20 de octubre de 1999.

Instrumento de Ratificación de la Convención sobre los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989. Publicado en BOE, núm. 313, de 31 de diciembre de 1990.

Constitución Española. Publicada en BOE, núm. 311, de 29 de diciembre de 1978.

Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil. Publicado en BOE, núm. 206, de 25 de julio de 1889.

Ley Orgánica 10/1995 de 23 de noviembre por la que se publica el Código Penal. Publicado en BOE, núm. 281, de 24 de noviembre de 1995.

Ley Orgánica 1/1996 de 15 de enero de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Publicado en BOE, núm.15, de 17 de enero de 1996.

Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica. Publicado en BOE, núm. 274, de 15 de noviembre de 2002.

Ley 14/2006 de 26 de mayo sobre técnicas de reproducción humana asistida. Publicado en BOE, núm. 126, de 27 de mayo de 2006

Ley 20/2011 del Registro Civil. Publicado en BOE, núm. 175, de 22 de julio de 2011.

Real Decreto de 14 de noviembre de 1958 por el que se aprueba el Reglamento de la Ley del Registro Civil. Publicado en BOE, núm. 296, de 11 de diciembre de 1958.

Francia

LOI N° 2006-1376 du 14 novembre 2006. Art.7 JORF 15 novembre 2006.

2. FUENTES LITERARIAS Y FILOSÓFICAS

CICERÓN

De off. 1,42,150 y ss.

3. FUENTES EPIGRÁFICAS

CIL VI, 1525