

Una vez más sobre gestación por sustitución, porque sin marco legal se siguen sumando violaciones a derechos humanos

Once again about surrogacy, because human rights violations are increasing as a consequence of the lack of legal framework

Eleonora LAMM

Investigadora del Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas (CONICET), Argentina.

Doctora en Derecho con línea de investigación en bioética

elelamm@gmail.com

Fecha de recepción: 16 de febrero de 2016

Fecha de aceptación definitiva: 22 de abril de 2016

Resumen

Este trabajo procura evidenciar la realidad cada vez más elocuente, frecuente y manifiesta de la gestación por sustitución y cómo las estrategias que se utilizan para remediar o eludir la prohibición legal vulneran derechos humanos fundamentales. Se parte de que la prohibición legal no evita la práctica, sino que –ante una técnica compleja– la torna aún más conflictiva, vulnerando derechos.

Abstract

This paper seeks to highlight the ever more eloquent, frequent and manifest reality of surrogacy and how the strategies that are being used to remedy or avoid the legal prohibition violate fundamental human rights. It is based on the premise that the legal prohibition does not prevent the practice, but makes a complex technique even more contentious, violating rights.

Eleonora LAMM
Una vez más sobre gestación por sustitución,
porque sin marco legal se siguen sumando
violaciones a derechos humanos

Ars Iuris Salmanticensis,
vol. 4, Junio 2016, 61-107
eISSN: 2340-5155
© Ediciones Universidad de Salamanca - CC BY-NC-ND

Palabras clave: gestación por sustitución; turismo reproductivo; derechos reproductivos.

Key words: surrogacy; reproductive tourism; reproductive rights.

1. INTRODUCCIÓN. EL MARCO LEGAL DE LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN EN ESPAÑA

Otra vez dedico un trabajo a la figura de la gestación por sustitución (GS)¹. Sucede que han tenido lugar diversas situaciones y acontecimientos –como la jurisprudencia del TEDH– que obligan a retomar, afianzar, y a la vez renovar, los argumentos a favor de su regulación legal. La prohibición actual en España está provocando un sinnúmero de violaciones a los derechos humanos que amerita revisar nuevamente la decisión política y legislativa adoptada.

Como es bien conocido, en España el artículo 10 de la LTRHA establece:

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

1. Véase de mi autoría LAMM, Eleonora. 2013: *Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*. Universitat de Barcelona, Publicacions i Edicions; LAMM, Eleonora. 2012: «Gestación por sustitución. Realidad y Derecho». *InDret. Revista para el Análisis del Derecho*, 2012, vol. 3: 1-49; LAMM, Eleonora. 2011: «La autonomía de la voluntad en las nuevas formas de reproducción. La maternidad subrogada...». *Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*, julio de 2011, n.º 50: 107, y LAMM, Eleonora. «Una vez más sobre gestación por sustitución. Porque la realidad sigue exigiendo legalidad». *Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia* (en prensa). En coautoría con KEMELMAJER y HERRERA: KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída; HERRERA, Marisa y LAMM, Eleonora. 2013: «Gestación por sustitución en Argentina. Inscripción judicial del niño conforme a la regla de la voluntad procreacional». *La Ley*, 2013-D: 195; KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída; LAMM, Eleonora y HERRERA, Marisa. 2014: «Regulación de la gestación por sustitución». *La Ley*, 2012-E: 960. En coautoría con Marisa HERRERA: HERRERA, Marisa y LAMM, Eleonora. 2014: «Un valiente fallo del TEDH sobre gestación por sustitución. Prohibir, silenciar, regular o fallar». *La Ley*, 02/07/2014: 1, cita online: AR/DOC/2285/2014; HERRERA, Marisa y LAMM, Eleonora: *¿Esconder o enfrentar? Otro argumento a favor de la regulación de la gestación por sustitución*, cita Microjuris online: MJ-DOC-5971-AR|MJD5971.

Eleonora LAMM
Una vez más sobre gestación por sustitución,
porque sin marco legal se siguen sumando
violaciones a derechos humanos

Ars Iuris Salmanticensis,
vol. 4, junio 2016, 61-107
eISSN: 2340-5155

© Ediciones Universidad de Salamanca - CC BY-NC-ND

La regla es la nulidad de pleno derecho del convenio de gestación por sustitución, sea altruista u oneroso. No hay, pues, vínculo, derecho ni deber que derive de tal acuerdo².

Claramente, la norma adopta una postura contraria a la gestación por sustitución. La sanción de nulidad tiene por finalidad que estos acuerdos no se realicen. Si, no obstante la invalidez, el contrato se celebra, la ley:

- (i) Determina quién es la madre. El artículo 10.2 recoge y potencia la antigua regla de que la maternidad siempre es cierta (*mater semper certa est*) y, consecuentemente, la determina por el parto.
- (ii) Deja a salvo la reclamación de la paternidad contra el padre biológico. El art. 10.3 permite que l*s niñ*s³ no queden sin filiación biológica paterna. No obstante, la determinación de la paternidad no es automática, pues requiere reclamarla mediante una acción judicial⁴.
- iii) Desde la perspectiva del Derecho punitivo criminal, el Código penal español no tipifica como delito la gestación por sustitución. No obstante, según un sector doctrinal, podría dar lugar a la comisión de dos delitos tipificados en el art. 220 de ese ordenamiento: suposición de parto (comitente que se atribuye *l hij* que, legalmente, es de la persona gestante) y ocultación o entrega del* hij* (persona gestante que cumple y lo da al* comitente). Si mediara contraprestación económica, también podría llegar a configurar el delito de compraventa de niñ*s, previsto en el artículo 221⁵.

2. MONTÉS PENADÉS, V. 2003: «La reproducción humana asistida en la experiencia jurídica española». *Revista Jurídica de la Comunidad Valenciana*, 2003, n.º 7: 5-22. Tirant lo Blanch.

3. Las enseñanzas de Mauro CABRAL me llevaron a rever mi forma de escribir y de expresarme. Para explicar entonces el porqué del asterisco, me remito a uno de sus textos que dice: «Podríamos escribir siempre los. Podríamos escribir as/os. Podríamos escribir las y los. Podríamos escribir las, los y les. Podríamos usar una arroba. Podríamos usar una x. Pero no. Usamos un asterisco. ¿Y por qué un asterisco? Porque no multiplica la lengua por uno. Porque no divide la lengua en dos. Porque no divide la lengua en tres. Porque a diferencia de la arroba no terminará siendo la conjunción de una a y una o. Porque a diferencia de la x no será leído como tachadura, como anulación, como intersex. Porque no se pronuncia. Porque hace saltar la frase fuera del renglón. Porque es una tela de araña, un agujero, una estrella. Porque nos gusta. ¡Faltaba más!». Extracto del texto incluido en *Interdicciones. Escrituras de la intersexualidad en castellano*, Mauro CABRAL (ed.). Disponible en www.mulabi.org/Interdicciones2.pdf.

4. Véase QUIÑONES ESCÁMEZ, A. 2009: «Doble filiación paterna de gemelos nacidos en el extranjero mediante maternidad subrogada. En torno a la RDGRN de 18 de febrero de 2009». *InDret*, 3/2009, 1-42, en 5. http://www.indret.com/pdf/657_es.pdf.

5. Artículo 221: «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 de filiación, serán castigados con las penas de prisión

- IV) Además, conforme un sector de la doctrina⁶, la práctica de la gestación por sustitución podría ser calificada como infracción muy grave, que autoriza sanciones de multa entre 10.000 a 1.000.000 de euros y la clausura o cierre de los centros o servicios en los que se realiza⁷.

El régimen descrito no provoca que, en la práctica, no se practique gestación por sustitución en España. Se hace recurriendo a diferentes estrategias para legalizarla, incluida la adopción, como se verá luego.

Además, l*s ciudadan*s español*s recurren a la gestación por sustitución en los países que sí la permiten. Cada vez son más l*s español*s que acuden a la GS en el extranjero, aunque no sin dificultades⁸, a través de lo que se conoce como turismo reproductivo⁹.

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.

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

6. FARNÓS AMORÓS, E. 2013: «Surrogacy arrangements in a global world: the case of Spain». *International Family Law*, March [2013]: 68-72, en 70.

7. Algun*s autor*s consideran que la regulación actual de la gestación por sustitución solo sanciona la nulidad del contrato, pero no establece ningún tipo de sanción a l*s sujet*s que intervienen en él. DÍAZ ROMERO, M. R. 2010: «La gestación por sustitución en nuestro ordenamiento jurídico». *Diario La Ley*, 14 dic., 2010, n.º 7527, Sección Doctrina, Año xxxi: 1-15; BENÍTEZ ORTÚZAR, I. F. 1998: «Delitos relativos a la reproducción asistida». En J. Vidal Martínez (coord.): *Derechos reproductivos y técnicas de reproducción asistida*. Granada: Comares-Ministerio de Sanidad y Consumo, 178 y ss. OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, P. 2013: «Spain». En K. Trimmings y P. Beaumont (eds.): *International Surrogacy Arrangements*. United Kingdom: Hart Publishing, 347-355; ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S. 2010: «Efectos en España de la gestación por sustitución llevada a cabo en el extranjero». *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, 2010, tomo x: 339-377.

8. Para ampliar véase LAMM, Eleonora, 2013: *Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*. Universitat de Barcelona, Publicacions i Edicions; SHENFIELD, F.; DE MOUZON, J.; PENNING, G.; FERRARETTI, A. P.; NYBOE ANDERSEN, A.; DE WERT, G. y GOOSSENS, V. 2010: «Cross border reproductive care in six European countries». *Human Reproduction*, 2010, vol. 25, n.º 6: 1361-1368. Disponible en: <http://humrep.oxfordjournals.org/cgi/reprint/25/6/1361>; STORROW, R. F. 2006: «Quests for Conception: Fertility Tourists, Globalization and Feminist Legal Theory». *57 Hastings Law Journal*, 2006: 295-330, especial en 300-305; PENNING, G.; DE WERT, G.; SHENFIELD, F.; COHEN, J.; TARLATZIS, B. y DEVROEY, P. 2008: «Equity of access to ART». *Human Reproduction*, 2008, vol. 23: 772-774; FARNÓS AMORÓS, E. 2010: «European Society of Human Reproduction and Embryology, 26th Annual Meeting Roma, 27-30 de junio, 2010». *Indret*, 3/2010: 1-17, en 7; COHEN, J. 2006: «Le tourisme procréatif: un pis-aller». *Gynécologie Obstétrique & Fertilité*, 2006, vol. 34, n.º 10: 881-882.

9. Este turismo reproductivo es preocupante por varias razones: es sólo una opción para las personas que pueden económicamente permitírselo; es imposible un absoluto control en la calidad o la seguridad de los servicios ofrecidos que pueden presentar riesgos para las partes

España, hasta hace poco únicamente sujeto pasivo del turismo reproductivo por las mayores facilidades de acceso a las técnicas de reproducción asistida (TRA) en general y a la «donación» de óvulos en particular, en relación con la GS se ha convertido en sujeto activo. En 2003 nacieron en EE. UU. casi mil niñ*s español*s, previsiblemente gestad*s de esta forma. Solo entre 2006 y 2010 la cifra de los acuerdos de GS celebrados a nivel internacional en aquel país se incrementó en un 1000% en las cinco grandes agencias especializadas consultadas, y en 2008 casi el 40% de l*s nuev*s «client*s» de estas agencias eran extranjero*s, cifra que contrasta con l*s menos del 5% registrad*s en años anteriores. En la actualidad se estima que ya más de la mitad de l*s «client*s» de las agencias de GS localizadas en EE. UU. son extranjero*s¹⁰.

De manera precisa se puede afirmar que los casos de GS internacionales suelen dar lugar a diferentes problemas¹¹ que pueden agruparse en dos categorías¹²:

involucradas, y que implica y aumenta el riesgo de que las mujeres que viven en países en desarrollo sean explotadas por aquell*s que provienen de países más ricos. Además, desde que las prohibiciones legales suelen ser un reflejo del consenso social, es preocupante que algun*s pretendan eludir las leyes de un país para ir a otro, donde las leyes son más laxas. Por otro lado, el turismo reproductivo también deja entrever la idea de que la reproducción humana es un objeto del comercio. Los términos «Baby business» («negocio de los bebés») o «industria reproductiva» también ilustran esta integración de la reproducción humana en el dominio del comercio. Véase la sentencia del TEDH en el caso *Caso S. H. y otros Vs. Austria* (n.º 57813/00), Sentencia de 3 de noviembre de 2011, que fomenta este turismo reproductivo. Véase JACKSON, E. 2012: «S. H. and Others v Austria». *25 Reproductive Bio Medicine Online*, 2012: 663 y COHEN, I. G. 2012: «S. H. and Others v. Austria and circumvention tourism». *25 Reproductive BioMedicine Online*, 2012: 660.

10. FARNÓS AMORÓS, E. 2015: «La filiación derivada de reproducción asistida: voluntad y biología», *ADC*, t. LXVIII, fasc. I, 31.

11. Cabe destacar, por lo conflictivo, el caso «Donna». (Rechtbank Utrecht, del 26 de octubre de 2005, LJN: AU4934. Rechtbank Utrecht, del 24 de octubre de 2007; Rechtbank Utrecht, del 7 de mayo de 2008. Gerechtshof Amsterdam, del 25 de noviembre de 2008; Rechtbank Utrecht, del 10 de junio de 2009; Gerechtshof Amsterdam, del 2 de febrero de 2010). En este caso la GS se llevó a cabo en Bélgica entre una gestante y un*s comitentes belgas. La gestante fue inseminada con el esperma del comitente (GS tradicional). Como resultado del deterioro de la relación entre la gestante y la pareja, la gestante fingió un aborto involuntario. Después del nacimiento, la gestante entregó a la bebé «Donna» a una pareja holandesa, a cambio de un pago. La pareja holandesa informó a las autoridades de su país que una recién nacida pronto llegaría a su familia y que les gustaría adoptarla, sin especificar que la niña venía del extranjero. El caso fue remitido al Tribunal de Utrecht, que tuvo que decidir si la niña podía permanecer con la pareja holandesa a pesar de que no se habían cumplido con las normas aplicables al procedimiento de adopción cuando el niño es extranjero. Tomando nota de que había una «vida familiar» entre la niña y la pareja, en la medida que Donna había estado viviendo en la casa de la pareja holandesa desde su nacimiento, la Corte autorizó a que la niña permaneciera con ell*s. Mientras tanto, l*s comitentes belgas advirtieron que la gestante les había mentido y había dado a luz a «su» hija. Transcurridos más de dos años después del nacimiento de la niña, una prueba de ADN demostró que el comitente belga era el padre genético de Donna. Después de esta prueba, el comitente belga comenzó varios procedimientos ante los tribunales holandeses para recuperar

- a. Cuando los comitentes desean desplazar *l niñ* del país donde nació para llevarl* a «casa», es decir, al Estado de su residencia¹³.
- b. Una vez que *l niñ* está en el Estado de residencia de l*s comitentes (o durante el proceso migratorio) y se procura regularizar la situación legal del* niñ* –principalmente la filiación y en muchos casos también la nacionalidad de aquél*–.

La magnitud de estos inconvenientes ha llevado a los países a tomar diferentes medidas. Entre las más recientes se destaca lo sucedido en India, Tailandia, Nepal y México, que asumieron una posición prohibitiva, ya sea de la GS comercial y/o de la GS con aristas de internacionalidad; y Grecia y Vietnam, que han tomado una posición más permisiva .

En India, el Consejo Indio de investigación médica, dependiente del Ministerio de Salud, emitió una resolución el 27 de octubre de 2015 disponiendo que el acceso a GS en India quedará limitado únicamente a ciudadanos de ese país, quedando entonces prohibido respecto de extranjeros. Además, un proyecto de ley ha sido propuesto recientemente en este mismo sentido. El proyecto restringirá el acceso a la GS en la India para los extranjeros, por lo que la GS quedará permitida sólo para los ciudadanos en el extranjero de la India, las personas de origen indio, no residentes indios y cualquier extranjero casado con un ciudadano indio¹⁴.

a la niña y que se le otorguen derechos de visita. Sin embargo, los tribunales consideraron que decidir que Donna deje de vivir en la casa en la que había ido creciendo desde su nacimiento así como otorgar al comitente un derecho de acceso no se correspondía con el mejor interés de Donna. Por su parte, el 12 de octubre de 2012, el Tribunal Penal de Oudenaarde condenó a la gestante y a su marido a un año de prisión diferidos y una multa de 1.650 euros por haber causado un «trato inhumano y degradante» a la pequeña Donna. La pareja holandesa que compró el niño también fue condenada a una multa 1.650 euros. Véase GHENT, del 5 de septiembre de 2005 *Tijdschrift voor Vreemdelingenrecht*, 2006, n.º 2: 163.

12. Véase: Hague Conference of Private International Law, Hague Conference Permanent Bureau, 2011: «Private International Law Issues Surrounding the Status of Children, including Issues Arising from International Surrogacy Arrangements». *General Affairs and Policy*: doc. prel. n.º 11, marzo 2011; «A Study of Legal Parentage and the Issues Arising from International Surrogacy Arrangements», doc. prel. 3B, March 2014; «The Parentage/Surrogacy Project: An Updating Note», doc. prel. 3A, February 2015 (estos documentos están disponibles en www.hcch.net), y TRIMMINGS, K. y BEAUMONT, P. 2013: «General report on surrogacy». En K. Trimmings y P. Beaumont (eds.): *International Surrogacy Arrangements*. United Kingdom: Hart Publishing, 439-550.

13. Nótese que los problemas pueden surgir tanto de la falta de nacionalidad que puede padecer *l niñ* o de los documentos o autorizaciones de viaje para desplazarse a otro Estado como de la falta de emplazamiento filiatorio respecto de l*s comitentes. El primero de estos problemas se presenta especialmente cuando en el Estado de origen se sigue el principio *ius sanguinis*; el segundo, cuando en el Estado de origen no está regulada la GS y, además, rige el principio *matter semper certa est*.

14. Ver «Now Foreigners Can't Hire Wombs in India». *Daily Mail*, 03 de octubre 2015; la *BBC news online*.

Tailandia ya ha cerrado sus puertas a futuros padres extranjeros, tras una serie de escándalos¹⁵.

La Corte Suprema de Nepal prohibió la GS comercial en agosto de 2015, sin referirse a que lo debería suceder respecto de l*s niñ*s ya concebid*s o nacid*s, dejando a much*s en el limbo aunque prohibiendo la salida del país y la expedición de documentos de viaje a los nacid*s por GS cuya gestación hubiera comenzado con posterioridad a agosto de 2015¹⁶.

Con la GS comercial ahora prohibida en la India, Nepal y Tailandia, la industria enormemente lucrativa está entrando en Camboya. Pero lo cierto es que nadie sabe realmente si el procedimiento es legal allí.

Recientemente Tabasco, México, resolvió el pasado 14 de diciembre de 2015 reformar varios artículos de su Código Civil sobre gestación asistida y subrogada. La principal novedad introducida radica en circunscribir el derecho a convenir un contrato de esta índole exclusivamente a ciudadan*s de nacionalidad mexicana. Consecuentemente, ningún* extranjero* podrá acogerse de ahora en adelante a esta práctica en el Estado de Tabasco.

En sentido contrario, Grecia abrió las puertas a la GS para extranjero*s. El pasado mes de julio el legislador griego abolió la obligatoriedad de que «las gestantes», así como las parejas y mujeres solteras en busca de alguien que les geste a sus hij*s, tengan que residir de manera permanente en Grecia. Las personas españolas han sido de las primeras en «aprovechar» este cambio¹⁷.

Por su parte, Vietnam reguló la GS en 2015 solo en la modalidad de tipo altruista¹⁸. En enero de 2016 nació el primer bebé mediante el empleo de esta técnica.

Con razón se ha dicho que «el sueño de formar una familia ha ocasionado una incertidumbre jurídica importante, que obliga a los estudiosos del Derecho a analizar aspectos de Derecho Internacional Privado, como consecuencia del uso de esta técnica por ciudadanos españoles en países donde es admitida»¹⁹. Por eso, l*s operador*s jurídíc*s deben dar una respuesta a los casos «extranjeros», es decir, a los derechos de l*s niñ*s que han nacido por gestación por sustitución en otro país.

15. Igualmente respecto de parejas homosexuales y cualquier acuerdo de tipo comercial. Sólo podrán acceder a estas prácticas parejas heterosexuales, casadas al menos por tres años, y bajo el requisito de que al menos uno de los esposos sea nacional tailandés.

16. Ver: <http://nepal.usembassy.gov/service/surrogacy-in-nepal.html>.

17. Ver: http://internacional.elpais.com/internacional/2015/12/14/actualidad/1450114667_047982.html.

18. <http://es.vietnamplus.vn/vietnam-legaliza-la-maternidad-subrogada-con-fines-humanitarios/48523.vnp>.

19. VELARDE D'AMIL, Y. 2012: «Comentario a la sentencia de la Audiencia provincial de Valencia n.º 949/2011: no inscripción en el registro civil de los menores nacidos mediante gestación por sustitución». *Revista sobre la Infancia y la Adolescencia*, septiembre 2012, 3: 61-70, en 62.

Analizaré esta situación en los apartados siguientes, para luego volver a la solución legal local que también contemple los casos nacionales.

2. LA SITUACIÓN EN ESPAÑA RESPECTO DE LOS CASOS EXTRANJEROS

El 6 de febrero de 2014, el Tribunal Supremo de España (TS) se pronunció, por primera vez, en un caso de gestación por sustitución internacional; la situación sometida a decisión arrastra una larga historia (casi seis años) que involucra los derechos de dos niñ*s y de un matrimonio conformado por dos personas de sexo masculino²⁰, que acudieron a la gestación por sustitución en California, naciendo gemel*s.

La situación visualizó una práctica que se llevaba a cabo desde hacía tiempo. Hasta ese momento, los diversos supuestos involucraron parejas heterosexuales que convenían en el extranjero; como la existencia de la GS no era manifiesta, podían transcribir el acta de nacimiento extranjera en el Registro Civil español, sin mencionar la existencia de la persona gestante, como si l*s niñ*s hubiesen nacido por filiación natural²¹.

El caso de R y C puso en evidencia el diferente trato que puede recibir una pareja según sea homosexual o heterosexual. En efecto, en el certificado de nacimiento emitido por el Estado de California constaba que los padres de l*s niñ*s eran los dos hombres; consecuentemente, el 7-11-2008, R y C solicitaron la inscripción del nacimiento de l*s niñ*s como hij*s de ambos en el Registro Consular de España de ese Estado norteamericano.

El 10-11- 2008, el canciller encargado del Registro Civil (RC) consular denegó la inscripción. Afirmó que: (i) el contrato es nulo de pleno derecho, y la persona gestante debe considerarse madre legal de l*s niñ*s; (ii) para la procreación, es necesaria la concurrencia de una mujer que aporte sus óvulos y que lleve a cabo la gestación; en consecuencia, es imposible que los dos varones sean padres de l*s niñ*s; (iii) no se

20. En España, desde el año 2005, el matrimonio de personas del mismo sexo tiene –por ley– los mismos derechos que uno de distinto sexo. La Ley 13/2005 de 1 de julio legalizó los matrimonios de personas del mismo sexo, quedando equiparados a los matrimonios heterosexuales. Contra esta ley se interpuso el Recurso de inconstitucionalidad 6864-2005. Casi siete años después, la Sentencia del Tribunal Constitucional, 198/2012 de 6 de noviembre de 2012, declaró la constitucionalidad de la regulación legal.

21. En el blog «sonnuestroshijos» (<http://sonnuestroshijos.blogspot.com.es>) hay varios testimonios anónimos de parejas heterosexuales que registraron a sus hij*s nacid*s por gestación por sustitución ante el Consulado de Los Ángeles, argumentando ser los p*dres biológic*s del* niñ*.

cumplen dos de los requisitos establecidos en el art. 23 de la Ley del Registro Civil (LRC): la conformidad con el derecho español y la realidad del hecho inscrito²².

El matrimonio recurrió la decisión administrativa del Encargado del RC consular español en Los Ángeles por ante la Dirección General de Registros y del Notariado²³ (DGRN), organismo que hizo lugar al recurso mediante Resolución del 18 de febrero de 2009 y, consecuentemente, ordenó la inscripción²⁴.

La resolución de la DGRN de 18-2-2009 fue atacada en sede judicial; la sentencia del Juzgado de primera instancia n.º 15 de Valencia, de 15 de septiembre de 2010, acogió íntegramente la demanda interpuesta por el Ministerio Fiscal²⁵ y ordenó dejar sin efecto la inscripción.

2.1. Instrucción de 5 de octubre de 2010 sobre régimen registral de la filiación de l*s nacid*s mediante gestación por sustitución

Ante la situación planteada y los nuevos pedidos pendientes, la DGRN reaccionó con la Instrucción de 5 de octubre de 2010 sobre «Régimen registral de la filiación de l*s nacid*s mediante gestación por sustitución»²⁶ (DGRN). Este instrumento fijó las directrices «para la calificación de los Encargados del Registro Civil en relación con las solicitudes de inscripción de nacimiento formuladas por ciudadanos españoles, de los menores nacidos en el extranjero como consecuencia del uso de técnicas de gestación por sustitución».

Se trata de proveer un marco de protección que: (i) permita el acceso al Registro Civil español de l*s nacid*s en el extranjero mediante gestación por sustitución; (ii) garantice que la voluntad de la persona gestante es libre; (iii) asegure que no se trata de

22. De conformidad con el art. 23 de la Ley del Registro Civil, la doctrina de la Dirección General de Registros y del Notariado sobre inscripción de nacimiento habido fuera de España exige tres requisitos: certificado del Registro extranjero, realidad del hecho inscrito y conformidad con la Ley española.

23. La DGRN está estructuralmente unida a la Subsecretaría del Ministerio de Justicia. Es el equivalente a la Oficina de Registro.

24. *BOE* n.º 60, de 10 de marzo de 2008.

25. Conforme a la Ley de Registro Civil en ese entonces vigente, la intervención del Ministerio Fiscal en todas las actuaciones registrales en defensa de la legalidad ha permitido que el supuesto concreto resuelto por la DGRN en Resolución de 18 de febrero de 2009 haya sido objeto de control judicial. SALVADOR GUTIÉRREZ, S. 2012: «Reconocimiento registral de la determinación en el extranjero de doble filiación paterna mediante técnicas de gestación por sustitución». *Boletín de Derecho de Familia*, 01.09.2012. Disponible en: http://www.elderecho.com/civil/Reconocimiento-determinacion-extranjero-gestacion-sustitucion_11_455680009.html.

26. *BOE* n.º 243, de 7 de octubre de 2010.

un caso de tráfico de niños, y (iv) no imposibilite el derecho del niño al conocimiento de su origen biológico.

2.1.1. Resolución judicial extranjera

La IDGRN exige como requisito previo a la inscripción de los nacidos mediante GS la presentación ante el Encargado del Registro Civil de una *resolución judicial* dictada por Tribunal competente en el país de origen, que determine la filiación del nacido.

La exigencia de resolución judicial en el país de origen, que no se había exigido hasta el dictado de esta instrucción, tiene como finalidad: (i) controlar el cumplimiento de los requisitos de perfección y contenido del contrato respecto del marco legal del país donde se ha formalizado; (ii) constatar la plena capacidad de la persona gestante, la eficacia legal del consentimiento prestado (no haber incurrido en error sobre las consecuencias y alcance, ni haber sido sometida a engaño, violencia o coacción) o la eventual previsión y/o posterior respeto a la facultad de revocación del consentimiento o cualesquiera otros requisitos previstos en la normativa legal del país de origen; (iii) verificar que no existe simulación en el contrato de gestación por sustitución que encubra el tráfico internacional de niños.

Cabe destacar que la exigencia de resolución judicial obliga a los promotores de la inscripción a «judicializar» el nacimiento de niños ante tribunales de un país extranjero, en tanto se debe acudir a un tribunal extranjero para acreditar la filiación del nacido, sin necesidad alguna, por no haber litigio o por no ser requerido por el Derecho extranjero²⁷.

Además, el requisito resulta de imposible aplicación cuando en el Estado extranjero no existen procedimientos judiciales para acreditar la filiación de los niños nacidos mediante gestación por sustitución²⁸.

27. CALVO CARAVACA, A. L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. 2011: «Notas críticas en torno a la Instrucción de la dirección general de los registros y del notariado de 5 octubre 2010 sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución». *Cuadernos de Derecho Transnacional*, marzo 2011, vol. 3, n.º 1: 247-262, en especial 250 a 258.

28. Véase DGRN, Resolución del 6 de mayo de 2011 que no admite la inscripción de un niño nacido en India a favor de un varón español (hombre solo). Se sostiene que «no es inscribible en el Registro español, el nacimiento en el extranjero de un menor mediante gestación por sustitución cuando no existe resolución judicial dictada por el órgano jurisdiccional competente en la que se determine la filiación del nacido, se haga constar que no se ha producido una vulneración del interés superior del niño y se recoja el libre consentimiento y la renuncia expresa de la madre persona gestante, de acuerdo con lo establecido en la Instrucción de 5 de octubre de 2010». En igual sentido se pronuncia la Resolución DGRN de 23 de septiembre de 2011 que no admite la inscripción de gemelos nacidos en India a favor de un varón español (hombre solo).

Por otro lado, si el Encargado del Registro Civil considera que la resolución extranjera fue dictada en el marco de un procedimiento jurisdiccional de naturaleza contenciosa, deniega la inscripción de la resolución en el Registro civil español, pues tal resolución extranjera requiere un previo *exequátur*, de acuerdo a lo establecido en la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC)²⁹.

En cambio, si la resolución judicial extranjera ha sido dictada como consecuencia de un «procedimiento análogo a uno español de jurisdicción voluntaria», no es preciso acudir a un reconocimiento judicial por homologación previo a la inscripción registral³⁰. En tal caso, El Encargado del Registro Civil controla si tal resolución judicial puede ser reconocida en España.

En este segundo caso, El Encargado del Registro Civil español debe verificar varios extremos, entre otros:

- (I) La regularidad y autenticidad formal de la resolución judicial extranjera y de cualesquiera otros documentos que se hubieran presentado; (II) Que el Tribunal de origen ha basado su competencia judicial internacional en criterios equivalentes a los contemplados en la legislación española; (III) Que se han garantizado los derechos procesales

29. Véase el caso resuelto en 2012, en el que se logró la inscripción tramitada directamente en España. Se trata de una mujer que acudió a la gestación por sustitución en California, pero en lugar de inscribir a los gemelos en el consulado, quiso hacerlo directamente en el Registro Civil en España. Ante la denegación de la inscripción, acudió la justicia. El 25 de junio de 2012 el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n.º 1 de Pozuelo de Alarcón hizo lugar a la solicitud de *exequátur* en reconocimiento de sentencia extranjera, dictada en proceso de reconocimiento de maternidad en ausencia de paternidad por un Tribunal de California, a los efectos de concederle a la solicitante la calidad madre legal y única progenitora de los gemel*s nacid*s en el extranjero en virtud de gestación por sustitución. Se sostuvo que en este caso se cumplía con el requisito previo para la inscripción de l*s nacid*s mediante gestación por sustitución al presentarse ante el Encargado del Registro Civil una resolución judicial dictada por Tribunal competente y al adjuntarse junto a la solicitud de *exequátur* copia autenticada y legalizada de la sentencia extranjera, habiendo resultado probada su firmeza y su autenticidad mediante la apostilla del Convenio de La Haya. El tribunal considera que estimar la solicitud de *exequátur* con los efectos que ello comporta en orden a acceder a la inscripción de l*s niñ*s nacid*s de gestación por sustitución en el Registro Civil como hijos de la solicitante española «no resulta contrario al orden público al ser el interés de mayor protección el de los menores, a quienes no se puede privar del acceso al Registro Civil Español, siendo requisito previo para ese acceso la obtención del *exequátur*». Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n.º 1 de Pozuelo de Alarcón, Auto de 25 jun., 2012, rec. 285/2012.

30. Para aquellos casos en los que la resolución derive de un procedimiento equiparable a un procedimiento español de jurisdicción voluntaria, en diversas ocasiones, el Tribunal Supremo ha proclamado que su inscripción no queda sometida al requisito de obtener el reconocimiento a título principal, con lo que el particular podría lograr ante el Encargado del Registro Civil el reconocimiento incidental de la resolución como requisito previo a su inscripción, sin tener que recurrir al régimen de la LEC 1881 (véanse AATS de 29 de septiembre de 1998 y de 1 de diciembre de 1998).

de las partes, en particular, de la persona gestante; (IV) Que no se ha producido una vulneración del interés superior del niño y de los derechos de la persona gestante; en especial, que el consentimiento se ha obtenido de forma libre y voluntaria, sin incurrir en error, dolo o violencia y que tiene capacidad natural suficiente; (V) Que la resolución judicial está firme y que los consentimientos prestados son irrevocables, o bien, si estuvieran sujetos a un plazo de revocabilidad conforme a la legislación extranjera aplicable, que éste ha transcurrido, sin que quien tiene facultad de revocación la haya ejercitado.

2.1.2. Efectos de la IDGRN, aunque también críticas

La IDGRN ha permitido regularizar la situación de vari*s niñ*s y ha generado otros efectos beneficiosos, como la obtención de licencias por «maternidad»³¹, aunque, como se verá luego, judicializando los pedidos y con reticencia.

Según datos que se desprenden de diferentes sitios online³², vari*s niñ*s nacid*s en el extranjero por gestación por sustitución han sido inscriptos³³ en el Registro Civil español³⁴.

31. Se utilizan comillas porque atento a los distintos modelos de familia existentes hoy en día, ya no se puede hablar de licencia por «maternidad», cuando ésta podría corresponder a un padre (hombre) en caso de parejas homosexuales (véase Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Social, Sección 4.ª, Sentencia de 18 oct. 2012, rec. 1875/2012) o de un hombre solo (véase Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña [Sala de lo Social, Sección 1.ª], 7985/2012, de 23 de noviembre de 2012). Véase también Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en sentencia de 13 de marzo de 2012; y Tribunal Superior de Justicia de Asturias (20 de septiembre de 2012), que consideran que en estos casos se dan los requisitos legales para reconocer el derecho de descanso y la prestación por maternidad. Ver, además, Sentencia 1032/09-MH del TSJ de Madrid; Sentencia 539/2010 del TSJ de Castilla-León; Sentencia 619/2013 del Juzgado de lo Social n.º 5 de Murcia; Sentencia 216/2013 del TSJ Madrid; Sentencia 155/2014 del Juzgado de lo Social n.º 2 de Murcia; Sentencia 377/2014 del Juzgado de lo Social n.º 1 Toledo; Sentencia 1259/2014 del TSJ de Canarias.

32. La plataforma «En familia LG»: <http://www.enfamilialg.com/formar-familia/la-instruccion-5317-a-toda-maquina/>; La plataforma «Son Nuestros Hijos»: <http://sonnuestroshijos.blogspot.com.ar/>.

33. En los casos en los que el encargado del Registro Civil ha denegado la inscripción y se ha recurrido a la DGRN, ésta, invocando la DGRN de 5 de octubre de 2010, ha admitido el recurso. Véanse, entre otras, DGRN, Resolución del 9 de junio de 2011 que admite la inscripción de un* niñ* nacid* en California a favor de un matrimonio homosexual español y DGRN, Resolución del 22 de diciembre de 2011 que admite la inscripción de gemel*s nacid*s en California a favor de un matrimonio heterosexual español. En ambas resoluciones se considera que «es inscribible en el Registro español, el nacimiento en el extranjero de un menor mediante gestación por sustitución cuando existe resolución judicial dictada por el órgano jurisdiccional competente en la que se determina la filiación del nacido, se hace constar que no se ha producido una vulneración del interés superior del niño y se recoge el libre consentimiento y la renuncia expresa de la madre persona gestante, de acuerdo con lo establecido en la Instrucción de 5 de octubre de

No obstante, ha sido objeto de numerosas críticas³⁵, situación que reafirma la necesidad de regular la gestación por sustitución por una ley que respete los derechos fundamentales.

Como sostiene FARNÓS si «se pretende otorgar efectos jurídicos a la gestación por sustitución, la respuesta debe venir exclusivamente del legislador, a través de una reforma del artículo 10 LTRHA que regularice los contratos de gestación por sustitución celebrados cumpliendo las garantías mínimas que el legislador considere necesarias de acuerdo con los principios de nuestro ordenamiento»³⁶.

2010». Véanse también las Resoluciones del 3 de mayo de 2011 (1.^a), del 6 de mayo de 2011 (4.^a), del 6 de mayo de 2011 (6.^a), del 9 de junio de 2011 (2.^a), del 9 de junio de 2011 (3.^a), del 27 de junio de 2011 (1.^a), del 23 de septiembre de 2011 (4.^a), del 23 de septiembre de 2011 (5.^a) y del 12 de diciembre de 2011 (1.^a), en las que la DGRN, aplicando la Instrucción de 5 de octubre de 2010, ha resuelto afirmativamente diversos casos de inscripción en el Registro Civil español de la filiación determinada mediante gestación por sustitución en el extranjero.

34. Se afirma que «Cientos de recién nacidos en el extranjero por gestación subrogada, es decir, de un vientre de alquiler, han sido inscritos en los últimos años en el registro civil español. Son españoles y, legalmente, hijos de españoles». MARIÑO, M. 2013: «La situación legal en España de los niños de “vientre de alquiler”: ¿pueden o no ser registrados?». *20minutos*, 04.04.2013. En: <http://www.20minutos.es/noticia/1775366/0/vientre-de-alquiler/registro-civil/bebes/>.

35. Véase PÉREZ MONGE, M. 2010: «Cuestiones actuales de la maternidad subrogada en España: regulación versus realidad». *Revista de Derecho Privado*, julio-agosto 2010: 41-64, en especial 59 y 64. VELA SÁNCHEZ, A. J. 2012: «De nuevo sobre la regulación del convenio de gestación por sustitución o de maternidad subrogada en España. A propósito de la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 23 de noviembre de 2011». *Diario La Ley*, 9 mar., 2012, n.º 7815, Sección Doctrina, Año XXXIII: 1-12, en 1; RUBIO TORRANO, E. 2011: «Inscripción como hijos de un matrimonio de varones, nacidos mediante gestación por sustitución». *Aranzadi Civil*, n.º 9/2011, parte Tribuna; SALAS CARCELLER, A. 2011: «El registro civil español y la filiación surgida de la gestación por sustitución». *Aranzadi Civil*, n.º 10/2011, parte Tribuna; MUÑOZ DE DIOS SÁEZ, L. F. 2010: «¿Se ha legalizado o no el alquiler de vientres?». *El Notario del Siglo XXI*, 2010, n.º 34: 45-50. GUZMÁN ZAPATER, M. «Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010. El acceso al Registro español de los nacidos en el extranjero mediante gestación por sustitución». *El Notario del Siglo XXI*, n.º 34: 51-55. LASARTE ÁLVAREZ, C. 2012: «La reproducción asistida y la prohibición legal de maternidad subrogada admitida de hecho por vía reglamentaria». *Diario La Ley*, 17 de enero de 2012, n.º 7777: 1-15, en 12. DE VERDA y BEAMONTE, J. R. «Inscripción de hijos nacidos mediante gestación por sustitución (a propósito de la sentencia del Juzgado de Primera Instancia n.º 15 de Valencia, de 15 de septiembre de 2010)», cit., 7. CALVO CARAVACA, A. L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. 2011: «Notas críticas en torno a la Instrucción de la dirección general de los registros y del notariado de 5 octubre 2010 sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución». *Cuadernos de Derecho Transnacional*, marzo 2011, vol. 3, n.º 1: 247-262, en especial 250 a 258.

36. Para FARNÓS AMORÓS la Instrucción también es criticable porque fundamenta la exigencia de resolución judicial para atribuir la filiación en la previsión contenida en el artículo 10.3 LTRHA, según el cual «Queda a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales». Se basa, por tanto, en una exigencia pensada para la determinación de la paternidad, que suele presuponer el establecimiento de una maternidad. Sin

Se afirma que la Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010 sería, pues, inconstitucional porque atenta contra el principio fundamental de igualdad de todos los españoles ante la Ley «sin que pueda prevalecer discriminación alguna [...] (por cualquier) condición o circunstancia personal o social» (art. 14 CE)³⁷.

2.2. Sentencia del Tribunal de Apelaciones de Valencia, de 23 de noviembre de 2011 (n.º 8621/2011)

Retomando el caso, sucede que el matrimonio apeló la sentencia del juzgado de Primera Instancia n.º 15 de Valencia, de 15 de septiembre de 2010. La Audiencia Provincial de Valencia, mediante sentencia n.º 826/2011 del 23/11/2011, confirmó la de la instancia inferior que había ordenado dejar sin efecto la inscripción.

El matrimonio recurrió, pues, al Tribunal Supremo.

2.3. La sentencia del Tribunal Supremo de España

El 6 de febrero de 2014, la sala de lo civil en pleno del TS decidió la cuestión planteada.

embargo, este último elemento no concurre en los supuestos de doble paternidad. En segundo lugar, y como afirma la propia Instrucción, las acciones a las que se refiere el artículo 10.3 LTRHA son acciones de reclamación de la paternidad, mientras que la Instrucción tiene por objeto resoluciones en las que se pretende determinar la filiación y que, por tanto, pueden carecer de fundamento biológico. FARNÓS AMORÓS, E. «Acceso a la reproducción asistida por parejas del mismo sexo en España: estado de la cuestión, propuestas y retos», cit., 177.

37. No obstante la crítica, para este autor la Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010 también puede verse desde otra óptica: en ella se establecen las premisas para la regulación de la gestación por sustitución en España. En efecto, VELA SÁNCHEZ sostiene que «atendiendo a su clarividente Exposición de Motivos y a sus concretas directrices podríamos configurar la estructura básica del convenio de gestación por sustitución en nuestro ordenamiento jurídico, de manera que sus claves serían: 1.ª Fecundación de la mujer persona gestante con la aportación de material genético de, al menos, uno de los padres o madres intervinientes; 2.ª Capacidad de obrar plena y consentimiento voluntario de las partes contratantes; 3.ª Irrevocabilidad del consentimiento prestado; 4.ª Posibilidad de que el hijo conozca su origen biológico». VELA SÁNCHEZ, A. J.: «De nuevo sobre la regulación del convenio de gestación por sustitución o de maternidad subrogada en España. A propósito de la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 23 de noviembre de 2011», cit., 9 y 10.

En una votación reñida (5 votos contra 4) la sentencia confirmó lo decidido (cancelar la inscripción de nacimiento) y, consecuentemente, dejó a estos dos niños sin la nacionalidad española y sin los beneficios que devienen de su titularidad³⁸.

Aunque utiliza como pretexto la defensa del interés superior del niño, lo desatiende absolutamente. Para probar este aserto y demostrar por qué asiste razón a los magistrados que votaron en minoría, a continuación, analizo los argumentos de la mayoría, en paralelo con los del voto particular.

2.3.1. Los argumentos de la sentencia

2.3.1.1. Extensión del control

El voto mayoritario afirma que el reconocimiento del título extranjero (la certificación registral de California) debe ser tramitado vía art. 85 en relación al último inciso del art. 81, ambos del Reglamento del Registro Civil. En este supuesto, el control abarca la facultad de verificar que: (i) la certificación del Registro extranjero sea regular y auténtica, de modo que el asiento que certifica, en cuanto a los hechos de que da fe, tenga garantías análogas a las exigidas para la inscripción por la Ley española; (ii) no haya duda de la realidad del hecho inscrito y de su legalidad conforme a la Ley española. Así lo exige el art. 23 de la Ley del Registro Civil, al que sirven de desarrollo los preceptos reglamentarios citados. Por consiguiente, la simpleza del procedimiento de reconocimiento en España de la decisión de la autoridad administrativa extranjera encargada del Registro Civil de California no significa que el control debe limitarse a los aspectos formales; por el contrario, se extiende a cuestiones de fondo.

En cambio, el voto particular sostiene que la decisión extranjera es un documento auténtico de autoridad administrativa, que debe ser reconocido por el registro español, tal como lo decidió la DGRN en la resolución que ha sido impugnada.

DÍAZ ROMERO, en coincidencia con esta postura, explica:

38. Como explica VILA CORO: «Sin registro no hay ciudadanía, y sin ciudadanía se les niegan todos los derechos básicos que de ella se derivan. No podrán ser beneficiarios de la cobertura sanitaria de sus padres. No habrá prestaciones de maternidad ni paternidad para ser cuidados por sus padres, que tampoco podrán disfrutar de las deducciones en el IRPF ni tener descuentos por familia numerosa. Quedarán sin protección en caso de divorcio y sin derechos hereditarios en caso de quedar huérfanos». De no proceder la inscripción de los niños nacidos por gestación por sustitución internacional «noventa días después de volver a casa, pasarán a ser inmigrantes sin papeles en su propio país. Su exención de visado como ciudadanos americanos expirará y sus padres no podrán conseguir un permiso de residencia para sus hijos, porque esa figura no existe. No existe porque los hijos de españoles son españoles.» <http://www.cas-caraamarga.es/entrevistas/9846-antonio-vila-coro-sin-registro-no-hay-ciudadania-ni-los-derechos-basicos-para-los-bebes-nacidos-por-gestacion-subrogada.html>.

El acceso de las certificaciones registrales extranjeras al Registro Civil español debe valorarse no a través de la aplicación del derecho sustantivo español, ni a través de las normas de conflicto españolas, sino a través de las normas específicas que en Derecho español disciplinan el acceso de las certificaciones registrales extranjeras al Registro Civil español. Perspectiva metodológica que ha asumido el legislador. En efecto, para estos supuestos, el legislador ha previsto un mecanismo técnico específico que se encuentra recogido en el art. 81 del RRC. La certificación registral extranjera constituye una «decisión» adoptada por las autoridades extranjeras que constata el nacimiento y la filiación del nacido. En consecuencia, y visto que existe una «decisión extranjera» en forma de certificación registral extranjera, su acceso al Registro Civil español no constituye una cuestión de «derecho aplicable», sino de «validez extraterritorial de decisiones extranjeras en España» (en este caso, de acceso de las certificaciones registrales extranjeras al Registro). La aplicación del art. 81 RRC excluye, por lo tanto, la utilización de las normas españolas de conflicto de leyes y, en concreto, la del art. 9.4 CC. Por lo tanto, también excluye la aplicación de la ley sustantiva a la que tales normas de conflicto españolas pudieran conducir, como la LTRHA. Las normas de conflicto españolas y las normas sustantivas designadas por tales normas de conflicto son solo aplicables a los supuestos que surgen ante las autoridades españolas sin que haya sido dictada una «decisión» por autoridad pública extranjera. Por consiguiente, son aplicables en el presente caso las normas jurídicas españolas que regulan el acceso al Registro Civil español de las certificaciones registrales extranjeras, esto es, el art. 81 Reglamento del Registro Civil, y no las normas de conflicto españolas y tampoco las normas sustantivas españolas que determinan la filiación³⁹.

2.3.1.2. Orden público

El voto mayoritario sostiene que las normas que regulan los aspectos fundamentales de la familia y, dentro de ella, las relaciones paterno-filiales, tienen anclaje en diversos preceptos constitucionales del Título I dedicado a los derechos y deberes fundamentales que integran el orden público que actúa como límite al reconocimiento de decisiones de autoridades extranjeras (STC n.º 54/1989, de 23 de febrero, FJ 4o) y, en definitiva, a la posibilidad de que l*s ciudadan*s opten por las respuestas jurídicas diferentes que los diversos ordenamientos jurídicos dan a una misma cuestión. En el caso, l*s recurrentes (nacionales residentes en España) se desplazaron a California únicamente para concertar el contrato de gestación por sustitución y la consiguiente gestación, parto y entrega de l*s niñ*s, porque tal actuación estaba prohibida en España. La vinculación de la situación jurídica debatida con el Estado extranjero cuya decisión se solicita que sea reconocida es completamente artificial, fruto de la «huida»

39. DÍAZ ROMERO, M. R. «La gestación por sustitución en nuestro ordenamiento jurídico», cit., 1-15, en 4.

de l*s solicitantes del ordenamiento español que declara radicalmente nulo el contrato de gestación por sustitución, no reconoce la filiación de l*s 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* niño* se ha producido en el extranjero (art. 221.2 del Código Penal).

Conforme el voto particular, en cambio, la vulneración del orden público internacional sólo puede comprobarse caso por caso [...] y es evidente que, más allá de una afirmación genérica, el voto de la mayoría nada concreta porque: (i) no indica cómo queda afectada la dignidad de quien solicita libre y voluntariamente esta forma de procreación, como tampoco de la mujer que acepta esa petición, en el seno de un procedimiento judicial regulado en la sección 7630 del California Family Code dirigido a determinar la filiación conforme a la voluntad de las partes expresada en el acuerdo; (ii) tampoco se colige de qué forma se ve afectada la dignidad de l*s naci*d*s a l*s que se les procura una familia; (iii) no ha sido objeto de contradicción ni prueba el hecho de que puedan existir beneficios económicos indebidos o la participación de posibles intermediari*s; (iv) la propia DGRN valora especialmente en resoluciones como la impugnada «que se ha respetado el interés superior del niño, de acuerdo a lo exigido por el artículo 3 de la Convención de 20 de noviembre de 1989 sobre los derechos del niño» y que «la ruptura absoluta del vínculo del niño con la persona gestante, quien en adelante no ostentará la patria potestad, garantizan el derecho del niño a disponer de una filiación única, válida para todos los países» (RDGRN 30 de noviembre; 22 de diciembre de 2011, entre otras); (v) en esta materia, el orden público no debe valorarse desde la perspectiva de la contrariedad con la normativa interna, sino desde la consideración que merezca la tutela del interés del* niño*, como ocurre en materia de adopciones internacionales, cuya normativa reguladora tiene también características de orden público y debe ser observada necesariamente por los jueces y tribunales en cuanto les afecte.

FARNÓS⁴⁰ resalta que el control efectuado en el caso por el TS es un control en abstracto que es incompatible con el reconocimiento incidental de una certificación registral extranjera que era mero reflejo registral de una resolución judicial previa y que únicamente requería, como correctamente apunta el voto particular de la sentencia, comprobar si *en el caso concreto* se vulneraba el OP internacional español⁴¹.

40. FARNÓS AMORÓS, E. 2015: «La filiación derivada de reproducción asistida: voluntad y biología». En *ADC*, t. LXVIII, fasc. I, 31.

41. En la misma línea, véase DURÁN AYAGO, A. 2012: «El acceso al Registro Civil de certificaciones registrales extranjeras a la luz de la Ley 20/2011: relevancia para los casos de filiación habida a través de gestación por sustitución». *AEDIPr*, t. XII, 265-308, en 302; PARRÓN CAMBEIRO, M. J. 2014: «Vientre de alquiler: *mater semper certa est, pater semper incertus est*». *La Ley*, 12.3.2014, n.º 8269: 1-5.

Además de estos argumentos, la cuestión del orden público se evidencia en los avances de la Conferencia de Derecho Internacional Privado de La Haya en su proyecto sobre los problemas derivados de la gestación por sustitución, que trata de uniformar los acuerdos internacionales y obtener una regulación internacional que dé respuesta a una realidad social evidente, tal como lo muestra el aumento progresivo de los casos⁴².

2.3.1.3. El interés superior del* niñ*

Los recurrentes alegaron que privar de su filiación a l*s niñ*s vulnera el principio del interés superior, pues (i) perjudica su posición jurídica y les deja desprotegid*s; (ii) l*s recurrentes, como personas que han manifestado su consentimiento inicial a ser padres, son l*s mejores padres por naturaleza que l*s niñ*s pueden tener, frente a la mujer que l*s dio a luz, que asumió su papel de mera parte en un contrato y se limitó a cumplir con las prestaciones asumidas; (iii) *l niñ* tiene derecho a una identidad única, que se debe respetar por encima de fronteras estatales.

Según el voto mayoritario, la aceptación de tales argumentos debería llevar a admitir la determinación de la filiación a favor de personas de países desarrollados, en buena situación económica, que hubieran conseguido que les fuera entregado un* niñ* procedente de familias desestructuradas o de entornos problemáticos de zonas depauperadas, cualquiera que hubiera sido el medio por el que lo hubieran conseguido, puesto que el interés superior del* niñ* justificaría su integración en una familia en buena posición, que esté interesada en él. La invocación indiscriminada del «interés del* niñ*» serviría para hacer tabla rasa de cualquier vulneración de los demás bienes jurídicos tomados en consideración por el ordenamiento jurídico nacional e internacional que se hubiera producido para situar al* niñ* en el ámbito de esas personas acomodadas. La cláusula general del primordial interés superior del* niñ* contenida en la legislación no permite al* magistrad* alcanzar cualquier resultado. La concreción de dicho interés no debe hacerse conforme a sus personales puntos de vista, sino tomando en consideración los valores asumidos por la sociedad como propios, contenidos tanto en las reglas legales como en los principios que inspiran la legislación nacional y las convenciones internacionales.

El voto particular, en cambio, pone en evidencia, con gran fuerza de convicción, que la decisión de la mayoría afecta gravemente el interés del* niñ*: en el caso, l*s niñ*s, de nacionalidad española, son colocad*s en un limbo jurídico incierto, aunque se siguen creando vínculos afectivos y familiares irreversibles. La mayoría, insiste el voto particular, trata de evitar esta incertidumbre jurídica instando al Ministerio Fiscal a que

42. Los trabajos desarrollados en este marco han importado un gran avance en el estudio de esta problemática. Aquéllos están disponibles en www.hcch.net sección «The parentage/surrogacy Project».

ejercite las acciones pertinentes «para determinar en la medida de lo posible la correcta filiación de los niños y para su protección, tomando en consideración, en su caso, la efectiva integración en su núcleo familiar de facto». Pretende, así, que los derechos fundamentales del* niñ* resulten protegidos y que ello suceda de forma prioritaria y preferente a los de l*s demás implicad*s, debido a la falta de capacidad del* niñ* para actuar defendiendo sus propios intereses. A los fines de dar una solución afirma, en consonancia con las sentencias anteriores, que el propio art. 10 de la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida, en su párrafo tercero, permite la reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, por lo que, si alguno de l*s recurrentes lo fuera, podría determinarse la filiación paterna respecto del mismo. Asimismo, figuras jurídicas como el acogimiento familiar o la adopción permiten la formalización jurídica de la integración real de l*s niñ*s en tal núcleo familiar.

La solución propuesta por la mayoría es manifiestamente insuficiente por diversas razones:

No reconoce a *ambos* padres y obliga a uno de ellos a erigirse en padre biológico, y al otro a comenzar un proceso de adopción.

Conforme el art. 10.3 LTRHA, el varón, que fuera el padre biológico (genético) del* nacid*, puede ejercitar la acción de reclamación de la paternidad y, posteriormente, previa renuncia de la persona gestante, realizada transcurridos treinta días desde el parto (art. 177.2.3 CC), *l hij* puede ser adoptad* por la verdadera pareja, sin necesidad de mediar la declaración de idoneidad prevista en el art. 176 CC⁴³.

Para ser padre del* niñ* nacid* de gestación por sustitución, *l integrante de la pareja que es el padre genético (porque fue quien proveyó los gametos masculinos) le queda la posibilidad de reclamar la paternidad del hijo. A su vez, el cónyuge o pareja, puede interponer un procedimiento de adopción (aun en los casos en que también fuera progenitor genético, como ocurre con las parejas heterosexuales en los que ambos

43. En palabras de CERDÀ SUBIRACHS: «La falta de sanción de la gestación por sustitución posibilita que una maternidad subrogada en España pueda legalizarse por la vía de la *adopción express* que, como excepción al principio general, se contempla en el art. 176 del CC. El modo de operar esta vía como sucedáneo de la maternidad subrogada es que un hombre casado sea padre biológico con una mujer que no es su esposa y ésta, tras el alumbramiento, preste su consentimiento a la adopción por la vía prevista en el art. 176.2.2.2.º del CC, excepción que permite bandear en el proceso de adopción el principio general de que para ésta será necesario el correspondiente expediente iniciado por entidad pública. El asentimiento de la *madre subrogada a la española* debería producirse al menos treinta días después del parto, a tenor del art. 177.2.2 CC. Esta vía de maternidad subrogada ha sido apuntada por diversos autores sin que consten datos ni indicios sobre su práctica». CERDÀ SUBIRACHS. J. 2011: «La insostenible legalización de facto de la maternidad subrogada en España. A propósito de la Instrucción de 5 de octubre de 2010 de la DGRN». *La Ley* 4893/2011, Sección Tribuna Abierta, Segundo trimestre de 2011, n.º 60: 1-9, en 3.

aportan gametos para generar el embrión que se transfiere al útero de la persona gestante), con lo que la situación del* niño* queda regularizada⁴⁴.

En definitiva, la mayoría conduce a la absurda solución de tener que recurrir a la adopción para encontrar la solución definitiva.

DE VERDA Y BEAMONTE sostiene que acudir a este mecanismo «supone utilizar la adopción para conseguir los efectos que se perseguían mediante la celebración del contrato de gestación por sustitución; y, si esto es así, ¿por qué no se admite directamente la gestación por sustitución y se evita un proceso más largo y complejo que va a llevar al mismo resultado?»⁴⁵.

VELA SÁNCHEZ estima que acudir a la figura de la adopción para salvar la interdicción del art. 10 de la LTRHA importa un supuesto flagrante de fraude de ley⁴⁶.

En una carta pública, l*s afectad*s cargan contra el «cinismo» del tribunal por argumentar que deniegan la inscripción de l*s niño*s en aras del interés de l*s niño*s . En realidad «nos obligan a borrar a nuestros hijos del Registro Civil y a que los volvamos a registrar sólo al nombre de uno de nosotros. El padre “marginado” debe iniciar un costoso proceso de “co-adopción” durante el cual los niños están sin cobertura médica, laboral, sanitaria, legal..., y puede dar lugar a múltiples problemas como muerte del padre “oficial” sin concluir la adopción, divorcio de los padres...».

¿De qué interés superior del* niño* estamos hablando?

La mayoría es consciente de que la decisión que ha adoptado puede causar inconvenientes a l*s niño*s cuya filiación se discute. No obstante, obstinadamente, considera que la protección no puede lograrse aceptando acriticamente las consecuencias del contrato de gestación por sustitución suscrito por l*s recurrentes, tal como fueron aceptadas por las autoridades de California con base en la legislación de dicho Estado, que admite el contrato oneroso de gestación por sustitución y que la filiación quede determinada a favor de quienes realizan el encargo.

Pero el nudo gordiano es éste: no se puede invocar judicialmente el interés superior cuando el efecto inmediato de la sentencia que dispone la cancelación de la inscripción es la desprotección, desde que se niega a l*s niño*s sus derechos básicos como ciudadan*s español*s y se l*s priva de padres y/o madres a efectos legales.

44. ALBERT MÁRQUEZ, M. 2012: «Los contratos de gestación de sustitución celebrados en el extranjero y la nueva Ley del Registro Civil». *Diario La Ley*, 22 mayo, 2012, n.º 7863, Sección Doctrina, Año XXXIII.

45. DE VERDA Y BEAMONTE, J. R. 2010: «Inscripción de hijos nacidos mediante gestación por sustitución (a propósito de la sentencia del Juzgado de Primera Instancia n.º 15 de Valencia, de 15 de septiembre de 2010)». *Diario La Ley*, 3 de noviembre de 2010, n.º 7501, Sección Tribuna: 1-7, en 5.

46. VELA SÁNCHEZ, A. J. «La maternidad subrogada: estudio ante un reto normativo», cit. 3 y ss.

Cabe poner de resalto que, según estudios empíricos realizados en familias que han recurrido a la gestación por sustitución, la práctica no conculca ni viola el principio del mejor interés del* niñ*; por el contrario, lo satisface. Las investigaciones arrojan resultados positivos en la interacción entre padres/madres y niñ*s nacidos por gestación por sustitución en los primeros años de vida⁴⁷.

Además, la respuesta dada por la mayoría española, discrimina a l*s niñ*s nacid*s por gestación por sustitución al tratarlos de manera diferente, privándoles de la nacionalidad de sus padres y/o madres, en razón de hechos que no se les pueden imputar.

2.3.1.4. La comercialización y explotación de la persona gestante

Según el voto mayoritario, otros bienes jurídicos deben ser tenidos en consideración al momento de la ponderación de los valores en juego. Tales son el respeto a la dignidad e integridad moral de la persona 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.

El voto particular entiende que el argumento no se puede generalizar ni se compecede con las reglas jurídicas de un Estado (los Estados Unidos de Norteamérica) con

47. Véase SHIFFRIN, S. V. 1999: «Wrongful life, procreative responsibility, and the significance of harm». *Legal Theory*, 1999, vol. 5: 117-148; MASSAGER, N. 2001: «Gestation pour autrui». En G. Hottois y J. N. Missa (eds.): *Nouvelle encyclopédie de bioéthique*. Bruxelles: De Boeck Université, 482 y ss.; DILL, S. 2001: «Consumer perspectives». En *Current practices and controversies in assisted reproduction*. Who, 255-271, en 259, quien sostiene que «no hay evidencia alguna en la literatura que permita sugerir que en la mayoría de estos contratos hay algún detrimento o efecto perjudicial respecto del niño o de las otras partes involucradas»; GOLOMBOK, S.; MACCALLUM, F.; MURRAY, C.; LYCETT, E. y JADVA, V. 2004: «Families created through surrogacy: parent child relationships in the first year of life». *Fertility and Sterility*, 2004, vol. 80, Supl. 3: 50-63; GOLOMBOK, S.; MACCALLUM, F.; MURRAY, C.; LYCETT, E. y JADVA, V. 2006: «Surrogacy families: parental functioning, parent-child relationships and children's psychological development at age 2». *Journal of Child Psychology and Psychiatry*, 2006, vol. 47, n.º 2: 213-222; GOLOMBOK, S.; MURRAY, C.; JADVA, V.; LYCETT, E.; MACCALLUM, F. y RUST, J. 2006: «Non-Genetic and Non-Gestational Parenthood: Consequences for Parent-Child Relationships and the Psychological Well-Being of Mothers, Fathers and Children at Age 3». *Human Reproduction*, 2006, vol. 21, n.º 7: 1918-1924; GOLOMBOK, S.; READINGS, J.; BLAKE, L.; CASEY, P.; MARKS, A. y JADVA, V. 2011: «Families created through surrogacy: mother-child relationships and children's psychological adjustment at age 7». *Dev Psychol*, 2011, 47 (6): 1579-1988; SHELTON, K. H.; BOVIN, J.; HAY, D.; VAN DEN BREE, M. B. M.; RICE, F. J.; HAROLD, G. T. y THAPAR, A. 2009: «Examining differences in psychological adjustment problems among children conceived by assisted reproductive technologies». *International Journal of Behavioral Development*, 2009, 33: 385-392; GOLOMBOK, S.; BLAKE, L.; CASEY, P.; ROMAN, G. y JADVA, V. 2013: «Children born through reproductive donation: A longitudinal study of psychological adjustment». *Journal of Child Psychology and Psychiatry*, 2013, 54 (6): 653-660.

el que se comparten ámbitos privilegiados de cooperación jurídica, en el seno de la Conferencia de Derecho Internacional Privado de La Haya.

Además, no puede olvidarse que: (i) la gestación por sustitución supone una manifestación del derecho a procrear, especialmente importante, para quienes no pueden tener un* hij* genéticamente propi*, como en este caso; (ii) no se puede subestimar, sin más, la capacidad de consentir de la persona gestante; (iii) el consentimiento de la persona gestante se hace ante la autoridad judicial, que vela por que se preste con libertad y conocimiento de las consecuencias, y (iv) tratándose de un acuerdo voluntario y libre, difícilmente se le explota o cosifica en contra de su libertad y autonomía, y en ningún caso afecta al interés del* niñ* que nace en el seno de una familia que lo quiere. Es al* niñ* al que se da una familia y no a la familia un* niñ* y es el Estado el que debe ofrecer un marco legal que l* proteja y le proporcione la necesaria seguridad jurídica.

En Estados Unidos, las personas gestantes son mujeres que en general, prestan su ayuda de manera voluntaria. Suelen ser personas de buen nivel socioeconómico con una vida familiar estable y que han tenido sus propi*s hij*s con anterioridad. Ell*s están orgullos*s de la ayuda que prestan y, por lo general, hablan con mucha naturalidad del tema. Hay un testimonio que se repite con frecuencia: cuando se les empieza a notar la barriga y la gente les da la enhorabuena por la calle, ellas contestan con naturalidad «gracias, pero no es mí*». De allí que VILA CORO se cuestiona cómo se puede considerar explotación algo que se lleva con tanto orgullo⁴⁸.

En definitiva, el argumento de la explotación que conlleva a prohibir los acuerdos de gestación por sustitución viola el derecho de las personas a la autodeterminación y refuerza el estereotipo negativo de la mujer como incapaz de brindar un consentimiento racional.

A su vez, por su paternalismo, ignora las voces de las propias personas gestantes, muchas de las cuales reclaman la oportunidad de que ese trabajo sea valorado y valuado⁴⁹.

Entiendo que la persona que actúa como persona gestante debe ser compensada⁵⁰ y que esa compensación debe comprender los gastos médicos (incluidos los

48. VILA-CORO, A. «Argumentario en defensa de la gestación subrogada». Disponible en: <http://sonnuestroshijos.blogspot.com.es/2010/11/argumentario-en-defensa-de-la-gestacion.html>.

49. APEL, S. A. 2011: «Why Compensating Surrogate Mothers is the Right Thing to Do». *Bioethics forum*, 03/08/2011. Disponible en: <http://www.thehastingscenter.org/Bioethicsforum/Post.aspx?id=5149&blogid=140#ixzz2B5bCydcP>.

50. En lo que concierne a la compensación, en el derecho comparado se encuentran distintas respuestas. En algunas leyes, el monto o los rubros que comprende esta compensación están indefinidos (por ej., en el Reino Unido); en otros, incluye expresamente, por ejemplo, gastos médicos, asesoramiento y/o gastos legales (por ej., Sudáfrica); en unos pocos Estados también comprende «la pérdida de ingresos» (por ej., en Grecia). La legislación de Israel permite que el comité que aprueba los acuerdos de gestación por sustitución autorice pagos mensuales a la persona gestante en compensación por el «dolor y sufrimiento», así como el reembolso de

hospitalarios y farmacéuticos), de traslados, de asesoramiento legal y psicológico, y todos aquellos gastos que sean consecuencia directa de la gestación por sustitución, incluidos los derivados de los tratamientos para provocar el embarazo, el parto y el postparto.

Considero que la persona gestante debe recibir también una compensación para cubrir gastos básicos durante los meses de embarazo y postparto cuya fijación debe ser homogénea a los efectos de evitar injusticias y abusos, o pagos encubiertos. TRIMMINGS y BEAUMONT proponen calcular esta suma a través de una fórmula, por ejemplo, tres veces el salario mínimo del país donde reside la persona gestante⁵¹. Comparto esta idea y considero que el Ministerio de Salud debe establecer la fórmula mediante la cual se calcula el monto de esta compensación.

Sin perjuicio de lo dicho, l*s comitentes deben contratar un seguro para la persona gestante, que tenga como beneficiari* a quien ésta designe, que cubra las contingencias que puedan derivarse como consecuencia del acuerdo de gestación por sustitución.

La solución propuesta es la más justa y equilibrada; se trata de una compensación que no actúe como motivación ni enriquezca a la persona gestante, evitando la profesionalización de la práctica y sus posibles abusos, pero al mismo tiempo que efectivamente compense por lo que la gestación por sustitución implica.

Es decir, por un lado, no debe haber lucro ni enriquecimiento, pero, al mismo tiempo, esto genera gastos, pérdidas y esfuerzos de la persona gestante que deben ser compensados. No se debe pagar un «precio» por esta tarea, pero tampoco se debe invisibilizar lo que ésta implica. Con sinceridad y perspectiva: ¿se explota si se compensa o se explota si no se compensa?

Entonces, al no haber retribución, y por ende no ser ésta la motivación, no se corre el riesgo de que quienes actúen como gestantes sean personas que carecen de recursos. Ahora bien, cualquiera que sea la persona que se ofrece a gestar, evitar la explotación implica compensarla por lo que la gestación por sustitución irroga y le ha significado.

Además, se dice que cuando media compensación –o en especial retribución– no hay consentimiento libre, pero el que no la haya tampoco lo garantiza; las presiones familiares pueden afectar el consentimiento⁵². En otras palabras, el garantizar un consentimiento libre, pleno e informado pasa por otro lado. Son otras las medidas que facilitan la prestación de un consentimiento informado, tales como: la existencia de un

sus gastos; la ley no especifica montos mínimos o máximos, dejándolo a la discrecionalidad de las partes y, en última instancia, a la del comité.

51. Véase TRIMMINGS, K. y BEAUMONT, P. «General report on surrogacy», cit., 545.

52. Véase DE WERT, G.; DONDORP, W.; PENNING, G.; SHENFIELD, F.; DE MOUZON, J.; DEVROEY, B.; TARLATZIS, P.; BARRI, P. y DIEDRICH, K. 2011: «Intrafamiliar medically assisted reproduction». *Human Reproduction*, 2011, vol. 26, n.º 3: 504–509.

procedimiento judicial previo en el que se evalúe el consentimiento de la persona gestante; que la persona gestante tenga al menos un* hij* previ*⁵³ propi*⁵⁴; que la persona gestante sea competente; etc.

53. Este requisito se exige, entre otras, en la legislación de Israel (la gestante debe haber dado a luz al menos una vez, pero no más de tres veces), Sudáfrica (la gestante debe tener un hijo vivo propio), Rusia, Australia [*Assisted Reproductive Treatment Act 2008* (Vic) art. 40 (1) (ac); *Surrogacy Act 2008* (WA) art. 17(a) (ii)], Virginia [VA. CODE ANN. § 20-160(B)(2) (2004)], Ucrania, Sinaloa, Texas (TEX FA. CODE ANN. § 160.751), Utah (UTAH CODE ANN. § 78B-15-801 a 809 (2009)), Illinois, New Hampshire, etc.

54. En lo que respecta a las preocupaciones concernientes a si la gestación por sustitución puede repercutir negativamente en es* niñ*, es decir, en l*s hij*s propi*s de la persona gestante, cabe destacar que los primeros estudios sobre GS ya ponían de manifiesto que esta práctica no l*s afecta. Así, en un estudio encabezado por Jadva, en el que se estudió a 34 gestantes que habían dado a luz a un* niñ* que ya tenía un año de edad, veintiocho gestantes (88%) informaron que su hij* reaccionó de manera positiva en el momento de la entrega, y tres (9%) dijeron que la reacción de su hij* fue neutra o ambivalente. Ningun* de l*s niñ*s mostró una respuesta negativa. Además, veintiocho gestantes (88%) informaron que sus hij*s se mostraron positivos respecto del acuerdo de GS en el momento de la entrevista, y cuatro (12%) describieron la reacción de sus hij*s como neutra o ambivalente. JADVA, V.; MURRAY, C.; LYCETT, E.; MACCALLUM, F. y GOLOMBOK, S. 2003: «Surrogacy: the experiences of surrogate mothers». *Human Reproduction*, 2003, 18: 2196-2204. Más recientemente se ha llevado a cabo el primer estudio en el mundo que examina, específicamente, las experiencias y la salud psicológica de l*s niñ*s cuyas madres han actuado como gestantes para una pareja incapaz de llevar a término un embarazo. Esta investigación presentada en la Reunión Anual de la Sociedad Británica de Fertilidad sugiere que la GS no tiene un impacto negativo en l*s propi*s hij*s de la persona gestante. L*s investigador*s del Centre for Family Research de la Universidad de Cambridge entrevistaron a 16 niñ*s en total (7 niños y 9 niñas, de entre 12 y 22 años), cuyas madres habían actuado como gestantes en el pasado. 7 eran hij*s de gestantes que habían aportado su material genético (gestación por sustitución tradicional) y 9 eran hij*s de gestantes gestacionales. Todos fueron visitados en sus hogares y se los cuestionó a través de entrevistas semiestructuradas, que contemplaban su bienestar psicológico. Tod*s l*s niñ*s entrevistad*s manifestaron una visión positiva de la participación de su madre en la gestación por sustitución. La mayoría (6 de 9 en los casos de GS gestacional y 4 de 7 en los casos de GS tradicional) estaba en contacto con *l niñ* nacido a través de GS y reportó una buena relación con él/ella. La mayoría de l*s niñ*s (12 de 16) discutió abiertamente la gestación por sustitución con sus amig*s, comúnmente con una reacción positiva (11 de 12) y también la mayoría de l*s niñ*s demostró encontrarse dentro del rango normal de autoestima, sin que se hayan evidenciado diferencias en cuanto a la salud psicológica entre l*s niñ*s de mujeres que actuaron como gestantes tradicionales y gestacionales. Como conclusión, el estudio destaca que a pesar de las preocupaciones planteadas respecto del impacto de la GS en l*s propi*s hij*s de la persona gestante, los hallazgos sugieren que l*s niñ*s no experimentan consecuencias negativas como resultado de la decisión de su madre de actuar como gestante. IMRIE, S.; JADVA, V. y GOLOMBOK, S. 2012: «Children of surrogate mothers: an investigation into their experiences and psychological health». En *Annual meeting of the British Fertility Society*. Leeds, enero de 2012.

En definitiva, prohibir una compensación –o, en su caso, una retribución– no evita la posible explotación⁵⁵ que tiene y debe ser tratada y evitada por otros medios⁵⁶.

Sin perjuicio de lo dicho, no se descarta que esta explotación pueda existir, especialmente si se carece de regulación legal. En otras palabras, la preocupación ante la posible explotación de personas es válida en muchos contextos. Indudablemente, la prohibición o la falta de regulación o silencio de la ley potencia y aumenta el número de personas que pueden sufrir explotación como consecuencia de esta práctica debido a que provoca que la gestación por sustitución se realice al margen de la ley y, en muchos casos, en la clandestinidad, lo que incrementa los posibles abusos e injusticias. La situación existente en India, donde la falta de marco legal provoca abusos e injusticias de los que son víctimas las persona gestantes⁵⁷, es el ejemplo más claro de que la prohibición o la falta de regulación no soluciona el problema.

2.3.1.5. Derecho comparado

En voto particular pone énfasis en que la tendencia en el derecho comparado camina hacia la regularización y la flexibilización de estos supuestos.

El número de Estados que tienen leyes que regulan la gestación por sustitución está creciendo. Muchos de esos Estados han promulgado esta legislación dentro de los últimos diez años, por ejemplo, Australia (ACT 2004), Queensland (2010), New South Wales (2010), Western Australia (2008), Victoria (2008), Canadá (Alberta 2010), Columbia Británica (2011), Grecia (2002 y 2005), Rusia (2011), Sudáfrica (la ley entró en vigor en 2010), Brasil (2010, modificada en 2013), Sinaloa, México (la ley entró en vigor en 2013), Uruguay (2013), Vietnam (2014), etc.

Muchos Estados se están cuestionando su regulación. Tal es el caso de Bélgica⁵⁸, Bulgaria⁵⁹, India, entre otros.

55. WILKINSON, S. 2003: «The Exploitation Argument against Commercial Surrogacy». 17 *Bioethics*, 2003, 169: 169-187, en 184-187; BLYTH, E. y POTTER, C. 2003: «Paying for It? Surrogacy, Market Forces and Assisted Conception». En R. Cook, S. D. Sclater y F. Kaganas (eds.): *Surrogate Motherhood: International Perspectives*. Hart Publishing, 227 y ss., en 232-233.

56. DAMELIO, J. y SORENSEN, K. 2008: «Enhancing Autonomy in Paid Surrogacy». 22 *Bioethics*, 2008, 269: 275-277.

57. Entre otros, falta de consentimiento, abortos no consentidos ni informados, falta de pagos a las persona gestantes... CENTRE FOR SOCIAL RESEARCH. «Surrogate Motherhood-Ethical or Commercial». Disponible en: <http://www.womenleadership.in/Csr/SurrogacyReport.pdf>.

58. Propuesta de ley del 9 de septiembre de 2010, presentada por Bart Tommelein, *Doc. parl.*, Senate, 2010, n.º 5-130/1; Propuesta de ley del 23 de septiembre de 2011, presentada por Christine Defraigne, *Doc. parl.*, Senate, 2010, n.º 5-160/1; Propuesta de ley del 6 de octubre de 2011 presentada por Philippe Mahoux, *Doc. parl.*, Senate, 2010, n.º 5-236/1; Propuesta de ley del 5 de abril de 2011, presentada por Marleen Temmerman y Guy Swennen, *Doc. parl.*, Senate, 2010-2011, n.º 5-929/1.

Diversas legislaciones que, en algunos aspectos, tenían un carácter restrictivo, se están flexibilizando; tal es el caso de Rusia, Reino Unido, Israel, Grecia y Brasil.

2.3.2. La situación postsentencia

No obstante las fundadas críticas a la decisión del TS, la injusticia de esta sentencia no se limitó al caso, sino que la consecuencia inmediata fue paralizar las inscripciones que se venían realizando de l*s niñ*s naci*d*s por gestación por sustitución en el extranjero, de conformidad con la instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010, dejando a much*s recién naci*d*s en un limbo legal. Situación que, como se verá, se remedia con las sentencias del TEDH.

2.4. La jurisprudencia del TEDH

Pocos meses después de la decisión del TS, se pronuncia el TEDH, echando por tierra la pretendida defensa del interés superior del* niñ* que argumentaba el TS. El TEDH viene a precisar qué debe entenderse por interés superior del* niñ* en los casos de gestación por sustitución, estableciéndolo como criterio imperante en toda decisión. Así, mientras que el TEDH sitúa el interés superior del* niñ* por encima del Orden Público (OP) internacional francés, el TS español otorga prevalencia al OP internacional español y por ello impide que el acuerdo de GS despliegue sus efectos en España. El mensaje del Tribunal europeo, reiterado, como se verá, en *Paradiso y Campanelli c. Italia*, es claro: el interés superior del* niñ* es un elemento prioritario en la definición del orden público⁶⁰.

En los casos, «Menesson» (demanda n.º 65192/11) y «Labassee» (demanda n.º 65941/11) ante el mismo país, Francia, el TEDH declaró, por unanimidad, que Francia ha violado el art. 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos que regula el respeto por el derecho a la vida privada respecto de las niñas nacidas por gestación por sustitución en el extranjero.

El TEDH observa que las autoridades francesas, a pesar de ser conscientes de que las niñas habían sido identificadas en los Estados Unidos como hijas del Sr. y Sra.

59. La iniciativa legislativa consta de cinco proyectos de ley que tienen por objeto modificar y completar la legislación búlgara existente, a saber, (1) un Proyecto de Ley que modifica y complementa el Código de Familia, (2) un proyecto de ley que modifica y complementa la Ley de Registro Ciudadano, (3) un Proyecto de Ley que modifica y complementa la Ley de Seguridad Social, (4) un proyecto de ley que modifica y complementa el Código de Trabajo y (5) un proyecto de ley que modifica y complementa la Ley de Salud.

60. FARNÓS AMORÓS, E. 2015: «La filiación derivada de reproducción asistida: voluntad y biología». En *ADC*, t. LXVIII, fasc. I: 31.

Menneson, en un caso, y del Sr. y la Sra. Labassee, en el otro; negaron el estado filial bajo el derecho francés y dicha contradicción ha socavado la identidad de las niñas dentro de la sociedad francesa. Para el Tribunal las sentencias francesas que excluían o negaban por completo el establecimiento de una relación jurídica de filiación entre las hijas nacidas como resultado de un acuerdo de gestación por sustitución que era totalmente legítimo bajo las normas del Estado en que se realizó, desconociendo a quiénes figuraban según esa legislación como padres, generaron un estado de inseguridad jurídica en el derecho francés y sobrepasaron el amplio margen de apreciación de los Estados.

El TEDH recuerda que el derecho a la identidad es parte integral del concepto de intimidad y que existe una relación directa entre la vida privada de l*s niñ*s nacid*s de gestación por sustitución y la determinación legal de su filiación.

El tribunal toma nota de que la negativa de Francia al reconocimiento de estas filiaciones deriva de la voluntad de desalentar a sus nacionales que buscan fuera de su país un método de reproducción allí prohibido con el fin, según su percepción del problema, de proteger a l*s niñ*s y a la persona gestante. El Tribunal admite las dificultades que se plantean y la falta de consenso sobre estos asuntos en Europa. No obstante, el margen de apreciación nacional se reduce a si está en juego una cuestión de la filiación, que es un aspecto esencial de la identidad de los individuos.

Por otro lado, la conculcación de derechos de las niñas, además, según lo expone el TEDH, se deriva de la imposibilidad de heredar, excepto que el Sr. y la Sra. Menneson realicen un testamento, lo cual significaba que sus derechos hereditarios serían menos favorables. Al respecto, el Tribunal consideró que esta situación implicaba privarlas de un componente más de su identidad derivada o relacionada con el parentesco.

El TEDH entiende que el respeto por la vida privada se vincula con la esencia de la identidad, incluyendo su filiación, la cual se ha visto afectada de manera significativa. Se asevera que las decisiones adoptadas por el Estado francés no fueron compatibles con el interés superior de l*s niñ*s, el que debe guiar cualquier decisión sobre ell*s.

En definitiva, según el TEDH si bien un Estado parte del Convenio podría prohibir la gestación por sustitución, esa opción del legislador nacional no puede provocar el desconocimiento de su filiación y así proyectarse sobre la identidad de l*s niñ*s , a los que de otro modo se les sitúa en una situación de incertidumbre jurídica sobre su identidad. Esta afirmación repercute en los casos de GS internacional, facilitando o propiciando el reconocimiento de las filiaciones determinadas en los países donde se llevó a cabo la GS. Esto sucedió en Francia, Alemania, entre otros.

Así, en Alemania, en diciembre de 2014, el Tribunal Federal de Justicia⁶¹ anuló una decisión de un tribunal inferior, estableciendo que la sentencia de California que

61. Bundesgerichtshof decision n.º XII ZB 463/13, 10 December 2014.

reconoce a una pareja homosexual como los padres legales de un niño nacido por GS en California debe ser reconocida en Alemania. Cabe destacar que esta decisión representa una desviación del anterior caso del Tribunal Federal, y se basó expresamente en el artículo 8 y en las decisiones Mennesson y Labassee del TEDH, concluyendo que la filiación jurídica establecida en los EE. UU. tuvo que ser reconocida en Alemania sobre la base del interés superior del* niño*. El Tribunal Federal, sin embargo, indicó que no hubiera sido posible llegar a la misma conclusión si la persona gestante hubiera aportado también el material genético o si hubiera habido un conflicto entre la persona gestante y los futuros padres en cuanto a la custodia del* niño*.

No obstante los beneficios que pudieran generar esta jurisprudencia, los principales inconvenientes del enfoque del TEDH son que sólo ofrecen una solución a posteriori a algunas de las cuestiones relacionadas con la GS internacional y que se basan únicamente en el método de reconocimiento. Este método, aunque es capaz de reducir algunos limbos, no aborda otras cuestiones graves que surgen de la GS internacional. De hecho, en opinión de Beaumont y Trimmings, este enfoque no es adecuado para hacer frente a un fenómeno tan complejo como la GS. En su lugar, es necesario un enfoque verdaderamente multilateral como un Convenio internacional sobre GS⁶².

El problema de la filiación y del estado de l*s niñ*s nacid*s por acuerdos de GS está siendo abordado en el ámbito de la Conferencia de La Haya de DIPr desde el año 2010⁶³. Entre los días 15 a 18 de febrero se reunirá en La Haya un Grupo de Expert*s a fin de avanzar en el análisis de las problemáticas que se presentan a nivel mundial en torno a esta cuestión en la práctica y detectar si existe una necesidad de una solución común. En tal caso, qué tipo de instrumento se necesitaría y los desafíos que enfrentaría tal misión⁶⁴.

En este sentido está avanzando la Convención de La Haya de derecho internacional privado. Se espera que el grupo de expertos se reúna a comienzos del año 2016 para comenzar a definir los primeros aspectos de este futuro convenio⁶⁵.

62. BEAUMONT, P. y TRIMMINGS, K. «Recent jurisprudence of the European Court of Human Rights in the area of cross-border surrogacy: is there still a need for global regulation of surrogacy?» <http://www.abdn.ac.uk/law/research/working-papers-455.php>.

63. Los trabajos están disponibles en [www. Hcch.net](http://www.hcch.net) sección «The parentage / surrogacy Project».

64. La nota con las directivas para dicha reunión se encuentran disponibles en: *Background note for the meeting of the Experts' Group on the parentage / surrogacy project*, elaborada por la Oficina Permanente de la Conferencia de La Haya, enero 2016, disponible en: <https://assets.hcch.net/docs/8767f910-ae25-4564-a67c-7f2a002fb5c0.pdf>, al 7/2/16.

65. Para mayor información véase: http://www.hcch.net/index_en.php?act=text.display&tid=178.

2.4.1. El impacto de las sentencias del TEDH

Las dos sentencias del TEDH que condenan a Francia a reconocer la filiación de 3 niñas nacidas por gestación por sustitución vienen a alterar directamente los efectos de la sentencia del TS del pasado febrero (835/2013). Sucede que aunque estas sentencias no conciernen directamente a España, sientan un precedente para toda la UE que debe ser tenido en cuenta. A diferencia de la doctrina del TS, el TEDH establece claramente que el interés superior del* niñ* está por encima del orden público.

Según informa la revista *La Ley Derecho de Familia*, la Dirección General de los Registros y del Notariado ha emitido un informe, de fecha 11 de julio de 2014, en relación al régimen registral de la filiación de l*s nacid*s fuera de España mediante gestación por sustitución, tras la sentencia del TS de 6 de febrero de 2014, que rechazaba dicha inscripción. Según dicho Informe, la DGRN establece que

En el estado legislativo y jurisprudencial actual, la instrucción de 5 de octubre de 2010, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución está plenamente vigente, por lo que debe seguir siendo aplicada por los Registros Civiles españoles a fin de determinar la inscribibilidad del nacimiento y filiación en los casos que entran en su ámbito de aplicación, sin que la Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014 constituya un obstáculo legal para ello.

Así fue como el 29 de julio de 2014 y a 2 días de cumplir 6 meses, Galileo fue registrado como ciudadano de español. Ese día, con la inscripción de Galileo, se reanudaron las inscripciones y comenzaron nuevamente a reconocerse los derechos de l*s niñ*s nacid*s por gestación por sustitución en el extranjero.

No obstante, aunque se reanudaron las inscripciones en los registros civiles, reconociéndose así derechos, el reconocimiento no es total, ni igualitario. Pareciera que la conquista ha de ser escalonada... como si a los derechos hubiera que ganarlos, como si no fueran propios de las personas. Sucede que no obstante estar inscript*s y ser español*s, el INSS deniega sistemáticamente las prestaciones de maternidad a los padres o madres de niñ*s nacidos por gestación por sustitución.

Sin embargo, como pone de manifiesto Pedro Fuentes Castro en una carta pública del 2 de septiembre de 2014 dirigida a la ministra de Empleo y Seguridad Social, las familias no se han resignado y han acudido a los Tribunales a pedir justicia y l*s magistrad*s les han dado la razón y han dictado sentencias contra el INSS que se han ido acumulando. No obstante, la Dirección General ha dado orden de recurrir uno tras otro los fallos judiciales. En vez de dedicar los recursos ministeriales a los graves problemas sociales de España, se emplean en denegaciones, recursos y contrarrecursos y se dedica la abogacía del ministerio a escamotear «la atención del niño durante la etapa inicial de su vida familiar»⁶⁶.

66. En el ámbito comunitario, el TJUE considera que no se puede obligar a los Estados miembros a otorgar permisos de maternidad a trabajadoras que han sido madres gracias a la

2.5. El auto aclaratorio del TS

No obstante parecía que las sentencias del TEDH habían mejorado la situación, lo resuelto en la sentencia del TS en 2014 fue luego confirmado por el Pleno de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo en un auto del 2 de febrero 2015 (recurso n.º 245/2012). Allí se argumentó que la Sentencia del 6 de febrero de 2014 no vulneró los derechos fundamentales de l*s niñ*s, ni de quienes pretendían ser inscrit*s como progenitor*s (igualdad y vida privada) debido a que esa sentencia respeta la doctrina establecida por el TEDH –en los casos analizados– pues permitió el reconocimiento de la filiación biológica paterna y la formalización de las relaciones existentes si hubiera un núcleo familiar «de facto» entre l*s recurrentes y l*s niñ*s al instar al Ministerio Fiscal para que adoptara las medidas pertinentes, en el sentido indicado, para la protección de l*s niñ*s.

El auto sostiene que la «sentencia no anula la inscripción de la filiación de los niños nacid*s de una gestación por sustitución respecto de los comitentes para obligarles a dar un rodeo, “cumplir unas formalidades” y llegar al mismo sitio» [...]

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 [...], 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».

Afirma 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*⁶⁷ tener una duración razonablemente

GS: al respecto, *vid.* las SSTJUE, Gran Sala, de 18.3.2014 (Asuntos C-167/12 y C-363/12), en que el Tribunal resolvió dos cuestiones prejudiciales formuladas en relación con las solicitudes de dos madres comitentes nacionales de Reino Unido e Irlanda. Pese a la doctrina del TJUE, el Gobierno de Reino Unido aprobó la concesión de estas ayudas, que son efectivas desde abril de 2014.

67. El destacado me pertenece.

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 niños, durante esta interinidad, siguiendo el criterio de protección del núcleo familiar *de facto* afirmado en la sentencia.

Esta decisión, en el contexto español, merece los mismos cuestionamientos que se especificarán en los apartados siguientes respecto de las judicializaciones o intervenciones postnacimiento, sin perjuicio de la hipocresía que implica exigir la adopción para obtener el mismo resultado que se procura evitar con la GS, cuando además ya se cuenta con jurisprudencia del TEDH.

Entonces, siguiendo esta línea, ¿cuál podría ser la suerte del caso español en Estrasburgo? Aunque se argumente que la remisión a la reclamación de la paternidad y a la adopción por parte de las autoridades españolas marca la diferencia con el caso francés, ésta constituye una solución «de segunda». El no reconocimiento de eficacia inmediata a estos acuerdos y el recurso, en su lugar, a una acción de paternidad seguida de la adopción comporta que durante un tiempo l*s niñ*s sigan sin una filiación determinada, con todos los riesgos que ello implica⁶⁸.

3. LOS «AVANCES Y RETROCESOS» EN ESPAÑA

Como bien explica Antonia DURÁN AYAGO⁶⁹ el 13 de junio de 2014 se aprobó en Consejo de Ministros el Proyecto de Ley de Medidas de reforma administrativa en el ámbito de la Administración de Justicia y del Registro Civil. Un año después, tras numerosos bandazos e improvisaciones del partido en el Gobierno incluida la supresión (afortunada) de la anunciada encomienda de gestión del Registro Civil a los Registradores de la Propiedad, el pasado 26 de mayo se publicó en el *Boletín Oficial de las Cortes Generales* las enmiendas presentadas por los diferentes grupos parlamentarios.

Una de las numerosas cuestiones que introducía el Proyecto era adoptar un posicionamiento legal respecto del reconocimiento de l*s hij*s de español*s nacid*s en el extranjero a través de GS. Inicialmente se introducía un párrafo séptimo al art. 44 de la Ley 20/2011 del Registro Civil que ya implicaba, en su formulación, una posición renuente al reconocimiento de estas filiaciones en España⁷⁰.

68. FARNÓS AMORÓS, E. 2015: «La filiación derivada de reproducción asistida: voluntad y biología». *ADC*, t. LXVIII, fasc. I, 31.

69. <http://diarium.usal.es/aduran/2015/06/01/gestacion-por-sustitucion-y-de-repente-el-psoe/>.

70. Para ampliar ver DURÁN AYAGO, Antonia. «Valoración del proyecto presentado por el Gobierno para regular la filiación de los niños nacidos por gestación subrogada». Disponible en: <http://www.gestacion-subrogada.com/valoracion-proyecto-de-ley-registro>.

Poco después, el 26 de junio del mismo año, las sentencias del TEDH llevaron al ministro de Justicia por aquel entonces, Sr. Gallardón, a comprometerse a adecuar la legislación española para facilitar la inscripción de l*s niñ*s nacid*s en el extranjero a través de GS. Compromiso que por otro lado asumió el actual ministro de Justicia Sr. Catalá. Y así se puede constatar en el *Diario de Sesiones del Congreso*⁷¹.

No obstante, ya se vio que el Tribunal Supremo, en un auto de febrero de este año, sostuvo que la sentencia que este tribunal había dictado en febrero de 2014 contraria al reconocimiento de estas filiaciones en el Registro Civil español no contradecía las sentencias del TEDH.

Sea por este motivo, o por otros que algunas asociaciones intuyen⁷², el caso es que el PP en su enmienda 116 ha decidido suprimir el apartado 7 del art. 44⁷³. Cierto es

El Ministerio de Justicia había previsto una reforma de la Ley del Registro Civil que permitía la inscripción de l*s niñ*s nacidos por gestación por sustitución en el extranjero, siempre y cuando figurase la gestante como madre y sus *adres de intención homologasen en España la sentencia judicial que se dicta en el país de origen. Estas premisas fueron fuertemente criticadas por las familias afectadas que consideraban, por un lado, que ese procedimiento de exequátur ponía trabas y dilaciones innecesarias y, por otro, que inscribir a la gestante era inaceptable, pues ni ella quiere figurar, ni la regulación de la gestación por sustitución en países como Estados Unidos lo permite, entre otros problemas. Concretamente, la asociación Son Nuestros Hijos exigía que se respete la identidad del* niñ* y se reconozca a los mismos progenitor*s que señala la partida de nacimiento del país donde nació y que la entrada de la partida de nacimiento extranjera sea por control incidental por parte del funcionario del registro consular. Dos puntos que ya estaban establecidos en la instrucción de la DGRN de 5 octubre de 2010. Ante esto, el 9 de julio de 2014 el Ministerio de Justicia publicó una nota de prensa en la que daba a conocer que representantes del Ministerio de Justicia se habían comprometido con los miembros de la asociación Son Nuestros Hijos a mejorar la última modificación de la Ley del Registro Civil aprobada el pasado 13 de junio para la inscripción de l*s niñ*s nacidos por gestación por sustitución en el extranjero, adaptándola a lo establecido por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos a los fines de facilitar la inscripción en favor del* niñ* de la forma más rápida posible.

71. <http://www.congreso.es/porta/page/porta/Congreso/PopUpCGI?CMD=VERLST&BAS E=pu10&DOCS=1-1&QUERY=%28DSCD-10-PL-248.CODI.%29#%28Página27%29>.

72. http://www.huffingtonpost.es/antonio-vila-coro/pp-y-psoe-unidos-contral_b_7481270.html?utm_hp_ref=tw.

73. «En los casos de nacimiento fuera de España, cuyo régimen de filiación esté sujeto a la legislación extranjera, para la inscripción en el Registro Civil de la filiación del nacido será necesario que haya sido declarada en una resolución judicial reconocida en España mediante un procedimiento de exequátur. No obstante, en el caso de que la resolución judicial extranjera tuviera su origen en un procedimiento análogo a uno español de jurisdicción voluntaria, el Encargado del Registro Civil controlará incidentalmente, como requisito previo a su inscripción, si tal resolución judicial puede ser reconocida en España. En dicho control incidental deberá constatar: a) La regularidad y autenticidad formal de la resolución judicial extranjera y de cualesquiera otros documentos que se hubieran presentado. b) Que el Tribunal de origen hubiera basado su competencia judicial internacional en criterios equivalentes a los contemplados en la legislación española. c) Que se hubiesen garantizado los derechos procesales de las partes, en particular,

que en la enmienda 2 presentada por Sr. Joan Baldoví del Grupo Parlamentario Mixto se ha introducido un apartado 11 al art. 44 para solucionar estos casos, trasladando el texto de la Instrucción DGRN de octubre de 2010 a la ley, algo que DURÁN AYAGO considera muy plausible. Pero aclara la autora con acierto que las opciones de que esto prospere son, como es de intuir, mínimas.

4. LA GS Y LA REGULACIÓN NACIONAL. LAS CONSECUENCIAS DE LA ADOPCIÓN «POSTNACIMIENTO»

Como se vio, el TS propone la adopción a los efectos de regularizar la filiación. Me opongo rotundamente a esta solución que no garantiza derechos, sino que los viola. Sucede que la adopción implica una judicialización postnacimiento, y toda esta situación de judicialización sin marco legal que otorgue seguridad jurídica, y el hecho de hacerlo con posterioridad al nacimiento del* niño*, lo que implica que transcurre necesariamente un plazo hasta que se determina la filiación a favor de *l o l*s comitentes, da lugar a una serie de violaciones a distintos derechos de l*s niños* naci*d*s con la ayuda de esta técnica. ¿Qué pasa si luego de naci*d* *l niño* l*s comitentes se arrepienten? ¿Si nace un* niño* con malformaciones o enfermedades?⁷⁴. ¿Si l*s comitentes fallecen o se divorcian o separan? ¿Si fallece quien no tenía vínculo jurídico, quedando *l niño* privado de, por ejemplo, la capacidad de heredar*? ¿O si quien fallece es quien sí tenía vínculo jurídico, quedando entonces *l niño* sin emplazamiento? La casuística es inmensa, siendo imposible prever la totalidad de las posibles vulneraciones.

Por otro lado, todas estas soluciones solo sirven para quienes acuden a la gestación por sustitución en el extranjero, lo que fomenta el turismo reproductivo y conlleva una discriminación y exclusión para quienes no tienen esas posibilidades.

de la mujer gestante. d) Que no se ha producido una vulneración del interés superior del menor y de los derechos de la mujer gestante. En especial, deberá verificar que el consentimiento de esta última se ha obtenido de forma libre y voluntaria, sin incurrir en error, dolo o violencia y que tiene capacidad natural suficiente. e) Que la resolución judicial es firme y que los consentimientos prestados son irrevocables, o bien, si estuvieran sujetos a un plazo de revocabilidad conforme a la legislación extranjera aplicable, que éste hubiera transcurrido, sin que quien tenga reconocida facultad de revocación, la hubiera ejercitado. En cualquier otro caso, se consignará la filiación materna correspondiente a la mujer gestante, siendo necesaria para hacer constar la filiación paterna no matrimonial la declaración conforme del padre y de la mujer gestante sobre dicha filiación; si la mujer gestante estuviera casada y la legislación extranjera lo exigiera, se precisará la conformidad del marido respecto de tal filiación. En todo caso, respecto de las adopciones internacionales se aplicará lo dispuesto en el apartado anterior».

74. Véase por ejemplo el caso de Gammy, el niño nacido por GS en Tailandia de una pareja australiana, que tras nacer con síndrome de Down fue rechazado por los comitentes.

Es una hipocresía y un disparate jurídico que se permita la gestación por sustitución en el extranjero pero no en España, aunque se lo plantee como el primer paso para una regulación integral que zanjaría cualquier otra vulneración de derechos⁷⁵.

Entiendo que el legislador español tiene que adoptar una posición justa, uniforme, coherente e igualitaria, en el sentido en que necesariamente debe tomar en cuenta que la prohibición de la gestación por sustitución no evitó que ésta se llevara a cabo, especialmente en el extranjero, no pudiendo obviar esta realidad ni conferir respuestas diferentes para los casos locales. Y esta solución legal debe ser la del sistema judicial previo. Me explico: como se ha dicho tantas veces, la GS es una figura compleja, por lo que es conveniente e imperiosa la necesidad de que se establezcan reglas claras que determinen con precisión el vínculo de filiación a favor de l*s comitentes de modo que cuando nazca *l niñ* pueda ser inmediatamente inscript* como hij* de quienes han querido ser sus padres y/o madres.

En otras palabras, la intervención –judicial–⁷⁶ debe ser previa a la provocación del embarazo. Esta intervención es a los efectos de que principalmente: 1) se verifique que se reúnen los requisitos que –de alguna manera, porque toda práctica puede tener complicaciones– permitan vislumbrar que no habrá inconvenientes; 2) se verifique que la persona gestante presta un consentimiento libre e informado y que la decisión es acorde al interés superior del* niñ* y 3) se garantice la filiación de quienes provocaron este embarazo sin que pueda haber margen de especulaciones o abusos.

Cabe destacar que en el derecho comparado, dentro de las legislaciones que admiten la gestación por sustitución, se divisan dos grandes sistemas o grupos:

75. Cabe destacar que en enero de 2013 se puso en marcha una iniciativa popular para legalizar la gestación por sustitución en España. Así, el 29 de enero de 2013 se constituyó formalmente la Comisión Promotora de la Iniciativa Legislativa Popular para la Regulación de la Gestación Subrogada en España.

76. A diferencia de otras posiciones que proponen la intervención de un notario, u otros organismos (la propuesta de la Comisión Promotora de la Iniciativa Legislativa Popular para la Regulación de la Maternidad Subrogada en España también propone que se realice a través de un contrato ante un notario. Para más información visítese su sitio en Internet: <http://www.gestacionsubrogadaenespana.es/index.html>. El proyecto de ley de México D. F. y el Código de Familia de Sinaloa exigen la intervención de un notario) por mi parte considero que la figura del* magistrad* es la que ofrece más garantías, asegura con mayor certeza el cumplimiento de los requisitos y posee la autoridad, imparcialidad, idoneidad y competencia necesaria para autorizar una gestación por sustitución. La propia complejidad de la GS demanda mayores exigencias. VELA SÁNCHEZ opta por exigir la intervención de un notario público ante el colapso judicial. VELA SÁNCHEZ, A. J. 2012: *La maternidad subrogada: estudio ante un reto normativo*. Granada: Comares, 111.

- (1) En el primer grupo⁷⁷, la regulación se refiere a poner en marcha un procedimiento para que se determine la filiación a favor de l*s comitentes ex post facto. Se trata de una transferencia de la filiación postparto.
- (2) El segundo grupo⁷⁸ regula un proceso de «preaprobación» de los acuerdos de GS, mediante el cual l*s comitentes y la persona gestante deben presentar su arreglo ante un organismo (ya sea un juez, tribunal, un notario o comité) para que lo apruebe antes de proceder con el tratamiento médico. Estos organismos deben verificar el cumplimiento de las condiciones previstas en la legislación.

El primer sistema conserva la regla tradicional de establecimiento de la maternidad: *Mater semper certa est*, y protege el derecho de la persona gestante a un cambio de parecer⁷⁹. Ahora bien, considerar que la persona gestante es madre socava o se enfrenta con la propia filosofía de la figura de la gestación por sustitución. Esto a su vez se enfrenta con la legislación sobre la donación de gametos, que asegura que l*s donantes no tienen ningún vínculo de filiación con *l niñ*. Además, sin perjuicio de las cuestiones resaltadas en los apartados anteriores, el propio sistema puede dar lugar a importantes conflictos si l*s comitentes no gestionan la transferencia de filiación, o si la persona gestante se niega a transferirla.

Por su parte, el sistema consagrado por el segundo grupo es protector frente a incertidumbres jurídicas y los cambios psicológicos o de parecer debido a que requiere que el acuerdo sea aprobado antes de la concepción y prevé que todas las partes

77. Ej. Reino Unido, Australia (Qld, NSW, ACT y SA).

78. Ej. Grecia, Israel, Sudáfrica, Sinaloa, Australia (VIC y WA), Estados Unidos (New Hampshire, Virginia, etc.).

79. Esto es precisamente lo que pasó en el caso *Re TT* (Surrogacy) [2011] EWHC 33 (Fam) [2011] 2 FLR 392. Se trata de un acuerdo informal –via Internet– entre la persona gestante y l*s comitentes, en el que ésta dio a luz a un* niñ* («T») concebido con esperma del comitente («Mr. W.»). Luego de varios conflictos entre l*s comitentes y la persona gestante, ésta cambió de opinión acerca de la entrega del* niñ* siendo autorizada a quedarse con él. El juez tuvo en cuenta el vínculo que se establece entre la madre y *l niñ* durante el embarazo, que *l niñ* había vivido con la persona gestante hasta ese momento –5 meses– y los propios «riesgos» de los acuerdos de GS.

No obstante, en un caso anterior *Re P* (Surrogacy: Residence) [2008] 1 FLR 177, el tribunal decidió que *l niñ* debía vivir con l*s comitentes, y no con la persona gestante. En este caso, la persona gestante hizo dos acuerdos de GS con distintas parejas, utilizando material genético del hombre en ambos supuestos. A ambas parejas les mintió diciéndoles que había tenido un aborto involuntario y, en los dos casos, ella y su marido se quedaron con *l niñ* nacid*. La situación salió a la luz cuando un* de l*s niñ*s creció y accedió a esta información a través de la agencia de GS. Intervino la justicia, y si bien respecto del* mayor, que en ese momento tenía 6 años, se decidió que permanezca con la persona gestante, se ordenó que *l otr* niñ*, que en ese momento tenía 18 meses, fuera dado a l*s comitentes.

involucradas estén de acuerdo desde el principio. En otras palabras, este sistema intenta anticiparse a los problemas, en tanto exige que lo convenido por todas las partes sea aprobado antes del implante del embrión.

En este sentido se inclinan las legislaciones que han regulado esta figura.

Siguiendo esta línea, GAMBLE critica el sistema británico de trasferencia de la filiación sosteniendo que

debemos honrar y respetar el papel crucial y emocionalmente significativo que la persona gestante desempeña al gestar y dar a luz a un niño. El punto es que, en un deseo casi histérico de garantizar su protección, se ha equilibrado mal. La ley actual en el Reino Unido le da a una parte en un acuerdo de GS un estatuto jurídico único y especial que prevalece por sobre los intereses de todos los involucrados, independientemente de las circunstancias. Aun cuando el acuerdo de GS se ejecuta según lo previsto, esto funciona en detrimento de todos, dejando a los comitentes –por un tiempo– sin ningún tipo de responsabilidades, la persona gestante con responsabilidades que no quiere, y al niño en el limbo por mucho tiempo.

Por esto es que la autora afirma que

es hora de que se tome un enfoque más sofisticado para la gestación por sustitución, que acepte que los acuerdos de GS son mucho más propensos a tener resultados felices que problemáticos; un enfoque que reconozca, no solo el *status* de la persona gestante, sino también los derechos y responsabilidades de los comitentes, y lo más importante, que vele por el bienestar del niño⁸⁰.

Vale la pena resaltar lo sucedido en el reciente caso *In H v S (Surrogacy Agreement)* [2015] EWFC 36, en el que la jueza Russell decidió que era en el mejor interés de una niña de 15 meses de edad vivir con su padre biológico y su compañero, en lugar de con su madre⁸¹, la mujer que la había gestado.

Fue una disputa entre la madre, por una parte, y el padre y su pareja del mismo sexo, por otra, respecto de lo que se acordó antes de que se concibiera a la niña, es decir, sobre el contenido del acuerdo previo. La pareja dijo que habían acordado ser ellos los principales cuidadores y que la madre (que era amiga del padre biológico) tendría un papel subsidiario. La madre vehementemente negó esto, diciendo que ella había accedido a tener una hija con su amigo (y no con su «novio») y que ella nunca accedió a entregar a la bebé. Habiendo escuchado evidencias durante más de 5 días y visto los correos electrónicos entre las partes antes de la concepción, el tribunal rechazó el testimonio de la madre y sostuvo que había habido un acuerdo según lo

80. GAMBLE, N. 2012: «Should surrogate mothers still have an absolute right to change their minds?». *BioNews*, 2 de octubre de 2012, 678.

81. En este supuesto hablo de madre porque así es en el sistema inglés y así se presentó en el caso.

descrito por la pareja, que tenían una relación de convivencia desde hacía 10 años en el momento de la concepción. El tribunal encontró que la madre había «engañado deliberadamente a los solicitantes con el fin de concebir una hija para ella» (sus dos hijas vivían con su padre, su exmarido, por resolución judicial). Para la jueza, la niña ya había sufrido daño, y probablemente seguiría sufriendolo si se quedaba con su madre. Estimó que era vital que se le permitiera desarrollar una buena relación con sus dos padres, para entender su identidad y lugar en el mundo de una manera positiva.

Segun la ley del Reino Unido no se puede exigir el cumplimiento de un acuerdo de GS, por lo que el caso nunca fue, a nivel legal, acerca de si el tribunal debía respetar el acuerdo original entre las partes. Sin embargo, lo que se acordó entre las partes fue un importante antecedente de hecho para resolver el caso.

Este caso provocó un importante debate sobre el futuro de la GS en el Reino Unido⁸², y se espera que fomente un cambio positivo en la que es, sin duda, una historia muy triste para tod*s l*s involucrad*s.

Como el tribunal dio a entender, lo que se necesita es un proceso adecuado que asegure que quienes recurren a la GS deban pensar todas las cuestiones cuidadosamente y proceder sólo si hay consenso. En muchos estados de Estados Unidos, como California, se incluye una evaluación psicológica, se les da a las partes asesoramiento médico y legal antes de firmar un contrato por escrito que luego permite que el tribunal determine las responsabilidades parentales antes del nacimiento.

Se estima que es hora de que exista un marco similar en el Reino Unido.

Esto ha sido puesto de manifiesto en un reciente informe de noviembre de 2015 llamado: «Subrogación en el Reino Unido: El mito y la reforma». Se trata de un informe sobre GS en el Reino Unido elaborado por el Grupo de Trabajo sobre la Reforma de la Ley de GS que reclama disipar muchos de los mitos relativos a la GS internacional y poner de relieve la práctica de la GS en el Reino Unido⁸³.

El informe muestra que tanto las personas gestantes como los padres y las madres de intención quieren eliminar la incertidumbre legal sobre la paternidad y maternidad en el momento del nacimiento. Conforme el marco legal actual, la paternidad y maternidad

82. Ver «Time for a Regulated Process for Surrogate Parents?», *Family Law Week*, 12/5/15.

83. De acuerdo con el informe escrito por la Dra. Kirsty Horsey, de la Universidad de Kent, muchos menos británicos de los que se había pensado previamente buscan la GS en el extranjero, por lo que conviene disipar el mito de que la GS internacional se ha convertido en algo común para los futuros padres del Reino Unido. El informe muestra que existe un amplio rechazo de cualquier movimiento a la comercialización de la GS. La gran mayoría de gestantes en el Reino Unido actúa sobre una base altruista y en general recibe menos de £15.000 para cubrir los gastos incurridos, lo que demuestra que la GS es una relación y no una transacción. El informe también destaca que el apoyo para la reforma legal con el fin de representar mejor cómo funciona la subrogación del Reino Unido en la práctica es abrumador (el 75% de las personas encuestadas).

legal recae en la persona gestante en el momento del nacimiento. Los padres y las madres de intención deben solicitar una orden parental después del nacimiento, que puede tardar varios meses. Mientras tanto no tienen derechos legales y el niño o niña queda en un limbo legal. El informe revela que el 69% de las personas gestantes se oponen a poder cambiar de opinión respecto del niño o niña que nace. Sólo el 5% cree que la persona gestante debe poder cambiar de opinión en cualquier momento.

Según se desprende del informe, las recomendaciones para la reforma son:

- El principio de GS altruista, que opera en el Reino Unido, debe ser protegido para reflejar que la GS es una relación, no una transacción.
- Las órdenes parentales deben ser previamente autorizadas para que la paternidad y maternidad legal se confiera a los padres y madres de intención al nacer.
- Los padres y las madres de intención deben registrar el nacimiento.
- La GS debe estar disponible para personas solteras.
- La GS debe estar disponible para padres y madres de intención incluso cuando ninguno de los dos pueda aportar sus propios gametos («doble donación»).
- El plazo para la solicitud de una orden parental debe ser eliminado.
- Los datos de nacimiento de niñ*s nacid*s por GS deben ser recogidos y publicados anualmente en el centro y con transparencia.
- Las normas relativas a la publicidad relacionada con la subrogación y su criminalización deben ser revisadas en el contexto de las organizaciones sin fines de lucro.

5. LA IMPORTANCIA DE REGULAR SOBRE LA BASE DE LA VOLUNTAD PROCREACIONAL

Por último, quisiera aclarar la importancia de la voluntad procreacional en el contexto de la GS.

Ya se vio que en los casos «Menesson» (demanda n.º 65192/11) y «Labassee» (demanda n.º 65941/11) contra Francia el TEDH declaró, por unanimidad, que Francia ha violado el art. 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos que regula el respeto por el derecho a la vida privada respecto de las niñas nacidas por gestación por sustitución en el extranjero.

Ahora bien, sobre la base del derecho a la identidad, el TEDH pone énfasis en el vínculo biológico. En estas sentencias el TEDH destaca la importancia de la paternidad biológica como un componente de la identidad de cada individuo, por lo cual, se entiende que no podría decirse que es en el mejor interés de las niñas privarlas de un vínculo jurídico de esta naturaleza cuando la realidad biológica estaba establecida y se procuraba su pleno reconocimiento. Por ende, al impedirse el reconocimiento y

establecimiento de dicho vínculo biológico, el Estado francés habría excedido el margen de apreciación permitido.

Sucede que destacar el papel de la biología implica establecer que la filiación des- cansa en la procreación, cuando esto claramente ya no es así.

Por otra parte, este argumento podría interpretarse como un apoyo a la solución que se adopta en un número de países en los casos de GS internacionales: a saber, el reconocimiento legal del vínculo filial solo entre el padre genético y *l niñ*⁸⁴. Si la solución francesa, que niega cualquier efecto legal a la filiación válidamente establecida en el extranjero, va más allá del margen de apreciación a la luz de las resoluciones del TEDH (véanse especialmente el párrafo 100 y el párrafo 79), el reconocimiento legal de la filiación entre el padre genético y *l niñ* podría ser suficiente para cumplir con el requisito de proporcionalidad, a no ser que el interés superior del *niñ* se interprete de manera amplia y suponga el reconocimiento de amb*s *adres como *adres legales. Pero además, ¿qué sucede cuando dos padres o dos madres figuran en el acta de nacimiento extranjera? Incluso en el caso de una pareja de distinto sexo, la falta de una relación jurídica entre *l niñ* y la comitente o el otro comitente crea incertidumbres respecto de los derechos sucesorios, así como los derechos y obligaciones derivadas de la responsabilidad parental.

Sin más aclaraciones en la sentencia, lo que parece ser una decisión progresista es probable que refuerce la idea de que sólo las relaciones genéticas importan en materia de filiación y así condonar una solución legal que margina a las madres y a los padres intencionales, privándoles de cualquier relación legal con sus hij*s.

Por otro lado, en ambos casos («Mennesson» y «Labassee») el progenitor relacionado genéticamente era el padre de las niñas; diferente sería el enfoque si la relacionada genéticamente fuera la madre.

84. En algunos casos, sobre la base del vínculo genético, se reconoce la filiación del comitente que aportó el semen, mientras que *l otr* comitente (hombre o mujer) tiene que acudir a la adopción. Véanse, entre otros, Liège, del 6 de septiembre de 2010, *Revue trimestrielle de droit familial*, 2010, n.º 4: 1139; Rechtbank 's-Gravenhage, del 14 de septiembre de 2009, LJN: BK1197; el caso de Hanne y Elke, Civ. Antwerp, del 19 de diciembre de 2008 y Youth Court Antwerp, del 22 de abril de 2010, *Tijdschrift voor Familierecht*, 2012: 43; Rechtbank 's-Gravenhage, del 24 de octubre de 2011, LJN: BU 3627; el caso Samuel, Civ. Bruselas, 15 de febrero de 2011, *Revue@dipr.be*, 2011: 125. También en algunos casos es el vínculo genético al que da lugar a la adopción a favor de los comitentes. Por ejemplo, en Bélgica, el vínculo genético justificó una sentencia favorable de adopción a favor de la comitente que aportó sus gametos, incluso cuando se había pagado una suma de dinero a la persona gestante (Youth court Antwerp, del 22 de abril de 2010, *Tijdschrift voor Familierecht*, 2012: 43), mas no se concedió la adopción ante la falta de vínculo genético, a pesar de que el acuerdo de GS había sido altruista. (Ghent, 15th ch.), del 30 de abril de 2012, *Tijdschrift voor Belgisch Burgelijk Recht*, 2012: 261). Véanse también el caso Rechtbank Arnhem, 20 de febrero de 2008, LJN: BC8012 y Rechtbank Arnhem, 19 de mayo de 2009, LJN: BI5039.

Esto fue recientemente analizado por el Tribunal Supremo de Irlanda en el caso *M.R. and D.R. (suing by their father and next friend O.R.) & ors -v- An t-Ard-Chláraitheoir & ors* [2014] IESC 60. Este caso se refiere a un acuerdo de GS altruista en el que amb*s comitentes –mujer y varón– habían aportado material genético y que con la intervención de una persona gestante nacieron gemel*s. La persona gestante era hermana de la comitente y estaba feliz de que su hermana pudiera ser registrada como la madre de l*s niñ*s y l*s comitentes iniciaron procedimientos judiciales con este fin. El tribunal decidió conceder la petición, y abandonó la presunción que deriva de la máxima de que la madre es siempre la mujer que da a luz. La decisión de este tribunal fue, sin embargo, anulada por el Tribunal Supremo irlandés, que sostuvo que en el acta de nacimiento de l*s gemel*s no se podía registrar a la comitente –madre genética– como la madre legal. El Tribunal concluyó que se trataba de un asunto a tratar por la legislación irlandesa quien debía determinar tales derechos por medio de la ley⁸⁵.

Atento a estos argumentos, entiendo que para que las sentencias redunden en *todos* los supuestos en el mejor interés del* niñ* nacid* por gestación por sustitución, hay que conferirle un justo peso a la importancia de este vínculo biológico.

Por ser la gestación una especie dentro del género de reproducción humana asistida, la voluntad procreacional debe ser la determinante de la filiación, con independencia de si l*s comitentes aportan o no su material genético.

Efectuar distinciones en la determinación de la filiación según se aporte material genético no puede dilatar y condicionar el acceso a la filiación y puede conllevar facilitar la determinación de la filiación respecto del* comitente que sí lo hizo, o cuando sí lo hizo tratándose de una persona sola, generando situaciones desiguales y discriminatorias, que, además, redundarían en perjuicio del* niñ*.

Por ejemplo, recientemente, el máximo tribunal de Suiza ha rechazado reconocer a dos varones suizos como los padres legales de un niño de cuatro años de edad, que nació por GS en los EE. UU.

En una decisión histórica emitida el 7 de julio de 2015, la Corte Suprema revocó el fallo de un tribunal administrativo de Saint Gallen de agosto del año pasado que reconocía los dos padres. Los dos varones contaban con un certificado de nacimiento de California y procuraron que fuera reconocido por la oficina de registro en su cantón de origen. La oficina se negó y la pareja apeló con éxito ante el tribunal administrativo, pero el fallo de ese tribunal fue apelado por el departamento de la justicia federal.

85. Véase CAFFREY. 2013: «Surrogacy-Genetics v Gestation: The Determination of *Mother* in Irish Law». *Medico-Legal Journal of Ireland*, 2013: 34-36; MURRAY. 2013: «Recent Developments in Irish Law on Guardianship in the Context of Surrogacy Arrangements». *International Family Law*, 2013, 261-266, y MARTÍNEZ GARCÍA. 2015: «Case Comment: High Court Appeal-Surrogacy Agreement». *Medico-Legal Journal of Ireland*, 2015: 44-47.

La Corte Suprema dictaminó que sólo el comitente que aportó el semen puede ser reconocido oficialmente como el padre y afirmó que el nombre de la persona gestante también debe ser registrado oficialmente por el cantón de San Gallen en su registro civil.

En similar sentido en una decisión de 2013 del Kammergericht Berlin (Alemania) el concepto del derecho del* niñ* a conocer su identidad llevó a la corte a la conclusión de que una sentencia estadounidense que declaró que dos comitentes varones alemanes sean registrados como los padres legales de un niño nacido a través de GS en California no podía ser reconocida en Alemania en relación con el padre no genéticamente relacionado por motivos de orden público. El tribunal también declaró que «la completa transcripción de la sentencia extranjera también infringiría el derecho del niño a conocer su identidad debido al hecho de que no contiene ninguna información relativa a la persona gestante»⁸⁶.

Como se puede advertir, la solución más conveniente e igualitaria, respetuosa de la identidad y consecuentemente lo mejor para *l niñ* es que desde su nacimiento tenga su filiación legalmente reconocida sobre la base de la voluntad procreacional respecto de amb*s comitentes o del* comitente si es una persona sola, sin hacer distinciones sobre la base del vínculo genético según éste haya sido o no aportado. Incluso aunque pudiera exigirse que al menos un* de l*s comitentes aporte su material genético⁸⁷, ello sólo debiera ser a los efectos de acceder a la gestación por sustitución, no a los efectos de establecer la filiación.

Luego de estos casos el TEDH ha tenido la oportunidad de expedirse en un caso originado como consecuencia de la GS internacional y ha restado importancia al factor biológico a los fines de considerar la existencia de «vida familiar».

Así, recientemente, en una nueva sentencia, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos se pronuncia en el caso «Paradiso y Campanelli c. Italia» (25358/12) el 27/01/2015.

Se trata de un acuerdo de gestación por sustitución entre una pareja italiana y la empresa «Rosjurconsulting». *l niñ* nació en Rusia el 27/02/ 2011 con la ayuda de una persona gestante rusa y el certificado de nacimiento fue expedido a nombre de l*s comitentes. Luego de su regreso a Italia, procuraron la transcripción del certificado de nacimiento, pero esto fue denegado por el Registro Civil. Se sostuvo que la documentación

86. Sentencia del 1 de agosto de 2013, caso 1 W 413/12, citado por Hague Conference on Private International Law, *A Study of Legal Parentage and the Issues Arising from International Surrogacy Arrangements*, March 2014, par. 164.

87. Entre otros ordenamientos se exige en Ucrania, Reino Unido, Israel (el comitente debe aportar su semen, pero el óvulo puede ser de una donante), Illinois, Virginia, New Hampshire, Australia [ACT (*Parentage Act 2004*) (ACT) art. 24(d) y SA (*Family Relationships Act 1975*) (SA) art. 10HA(2)(viii)(B)]. En Sudáfrica la ley exige que ambos aporten su material genético, o en el caso de persona sola que ésta aporte su material genético; no obstante, se aclara que si esto no es posible por razones biológicas, médicas u otras válidas, se debe aportar el gameto de al menos un* de l*s comitentes o del* comitente cuando es persona sola (art. 294. *Children's Act*).

presentada era falsa. El 5 de mayo 2011 la Sra. Paradiso y el Sr. Campanelli fueron acusados de «tergiversación de estado civil» y violación de la legislación sobre adopción, en tanto habían traído al* niño* a Italia violando la ley italiana e internacional y sin cumplir con la autorización de la adopción. Por otro lado, se probó que l*s comitentes no aportaron material genético. Consecuentemente, conforme la ley italiana, esta pareja evadió no sólo la prohibición de recurrir a la gestación por sustitución y al uso de gametos de donantes, sino también las reglas de la adopción. El Tribunal de menores declaró el estado de abandono (y adoptabilidad) con respecto al* niño*. El Tribunal de Apelaciones confirmó la sentencia y *l niño* fue confiado a los servicios sociales y colocado con una familia de acogida, y en enero de 2013 fue confiado a l*s padres adoptivos.

La Corte consideró que hubo una violación del artículo 8 del Convenio Europeo a partir de cómo se produjo la remoción del* niño* de su familia y su colocación bajo tutela. El TEDH entendió que hubo una injerencia en la vida privada y familiar, y para evaluar si ésta era necesaria en una sociedad democrática, debía tener en cuenta como parámetro fundamental el interés superior del* niño*. Este interés superior exige que los lazos familiares sólo sean cortados en circunstancias muy excepcionales –violencia, malos tratos, abuso sexual, peligro para la vida, la salud, inestabilidad psicológica de los padres– y que debe hacerse todo lo posible, siempre y cuando sea apropiado, para «reconstruir» la familia. Para el tribunal, en el caso no se cumplieron ninguna de estas condiciones extremas.

Para la Corte, si bien la situación ante los tribunales italianos era un tema delicado, no se habían cumplido las condiciones que justifican la remoción. El argumento de que, con el tiempo, *l niño* habría desarrollado vínculos más estrechos con sus futuros padres y/o madres, por lo que una posible posterior separación hubiera sido aún más problemática, no era suficiente para justificar la separación.

En especial, el tribunal afirma que aunque la Sra. Paradiso y el Sr. Campanelli habían pasado sólo seis meses con el bebé, ese período había cubierto etapas importantes de su joven vida habiéndose comportado como padres durante ese tiempo. *Ante esto, la Corte considera que el Estado debe tener en cuenta el interés superior del* niño*, independientemente de la relación parental, genética u otra*⁸⁸.

Esta jurisprudencia del máximo tribunal europeo en materia de derechos humanos permite inferir que debe ser respetada la vida familiar consecuente de la voluntad procreacional y la prevalencia en todos los casos del interés superior del* niño*⁸⁹.

Por otro lado, y confirmado lo dicho en apartados anteriores, a la vista de los efectos que pueden resultar de un acuerdo de gestación por sustitución celebrado en el extranjero, a raíz del caso «Paradiso y Campanelli contra Italia», la necesidad de

88. El resaltado me pertenece.

89. Véase en similar sentido FARNÓS AMORÓS, E., 2015: «La filiación derivada de reproducción asistida: voluntad y biología». En *ADC*, t. LXVIII, fasc. I: 31.

legislar se impone a los efectos de proteger mejor y con carácter «ex ante» los distintos intereses en juego⁹⁰.

6. BREVES CONCLUSIONES

Cuántas vulneraciones y violaciones de derechos prevendríamos de permitir y regular la GS.

La política del avestruz nunca sirvió ni servirá. La realidad nos interpela a procurar una regulación prontamente.

Para un grupo de personas, la gestación por sustitución es la única oportunidad real de tener un* hij*, por lo que el rol del Estado debe ser crear un ambiente que maximice las posibilidades de éxito y felicidad para las personas que quieren formar una familia, en lugar de establecer desventajas o estigmatizarlas.

Se trata, entonces, de promover un marco jurídico que privilegie y represente una garantía para el ejercicio de los derechos, que respete y promueva el derecho de las personas a una maternidad o paternidad libre y responsable, que reconozca la diversidad con la cual está integrada nuestra sociedad y que sea el ejemplo de normas de una sociedad democrática, plural, incluyente y diversa.

Porque, como sostiene D. BOUGNOUX, «Es necesario que el mundo del otro, de los innumerables e imprevisibles otros, trastorne el mío para elevarme por encima del miserable montón de mis pequeñas certidumbres».

BIBLIOGRAFÍA

- ALBERT MÁRQUEZ, M. 2012: «Los contratos de gestación de sustitución celebrados en el extranjero y la nueva Ley del Registro Civil». *Diario La Ley*, 22 mayo de 2012, 7863, Sección Doctrina, Año XXXIII.
- ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S. 2010: «Efectos en España de la gestación por sustitución llevada a cabo en el extranjero». En *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, t. X, 339-377.
- APEL, S. A. 2011: «Why Compensating Surrogate Mothers is the Right Thing to Do». *Bioethics forum*, 03/08/2011.
- BEAUMONT, P. y TRIMMINGS, K.: «Recent jurisprudence of the European Court of Human Rights in the area of cross-border surrogacy: is there still a need for global regulation of surrogacy?». <http://www.abdn.ac.uk/law/research/working-papers-455.php>.

90. FARNÓS AMORÓS, E. 2015: «La reproducción asistida ante el Tribunal de Estrasburgo: margen de apreciación v. necesidad de armonización». En Pilar Benavente Moreda y Esther Farnós Amorós (coords.): *Treinta años de reproducción asistida en España: una mirada interdisciplinaria a un fenómeno global y actual*. Boletín del Ministerio de Justicia, junio 2015, Año LXIX, BMJ n.º 2179.

- BENÍTEZ ORTÚZAR, I. F. 1998: «Delitos relativos a la reproducción asistida». En J. Vidal Martínez (coord.): *Derechos reproductivos y técnicas de reproducción asistida*. Granada: Comares-Ministerio de Sanidad y Consumo, 178 y ss.
- BLYTH, E. y POTTER, C. 2003: «Paying for It? Surrogacy, Market Forces and Assisted Conception». En R. Cook, S. D. Sclater y F. Kaganas (eds.). *Surrogate Motherhood: International Perspectives*. Hart Publishing, 227 y ss., 232-233.
- CAFFREY, 2013: «Surrogacy-Genetics v Gestation. 2013: The Determination of «Mother» in Irish Law». *Medico-Legal Journal of Ireland*, 2013: 34-36.
- CALVO CARAVACA, A. L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. 2011: «Notas críticas en torno a la Instrucción de la dirección general de los registros y del notariado de 5 octubre 2010 sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución». *Cuadernos de Derecho Transnacional*, marzo 2011, vol. 3, n.º 1: 247-262, en especial 250-258.
- CERDÀ SUBIRACHS, J. 2011: «La insostenible legalización de facto de la maternidad subrogada en España. A propósito de la Instrucción de 5 de octubre de 2010 de la DGRN». *La Ley*: Sección Tribuna Abierta, segundo trimestre de 2011, 4893, n.º 60, 1-9, en 3.
- COHEN, J. 2006: «Le tourisme procréatif: un pis-aller». *Gynécologie Obstétrique & Fertilité*, 2006, vol. 34, n.º 10: 881-882.
- COHEN, I. G. 2012: «S. H. and others v. Austria and circumvention tourism». *25 Reproductive BioMedicine Online*, 2012: 660.
- DAMELIO, J. y SORENSEN, K. 2008: «Enhancing Autonomy in Paid Surrogacy». *Bioethics*, 2008, 269: 275-277.
- DE VERDA Y BEAMONTE, J. R. 2010: «Inscripción de hijos nacidos mediante gestación por sustitución (a propósito de la sentencia del Juzgado de Primera Instancia n.º 15 de Valencia, de 15 de septiembre de 2010)». *Diario La Ley*, 3 de noviembre de 2010, n.º 7501, Sección Tribuna.
- DE WERT, G.; DONDORP, W.; PENNING, G.; SHENFIELD, F.; DE MOUZON, J.; DEVROEY, B.; TARLATZIS, P.; BARRI, P. y DIEDRICH, K. 2011: «Intrafamilial medically assisted reproduction». *Human Reproduction*, 2011, vol. 26, n.º 3: 504-509.
- DÍAZ ROMERO, M. R. 2010: «La gestación por sustitución en nuestro ordenamiento jurídico». *Diario La Ley*, 14 dic. 2010, n.º 7527, Sección Doctrina, Año XXXI: 1-15.
- DILL, S. 2001: «Consumer perspectives». En *Current practices and controversies in assisted reproduction*. WHO, 255-271, en 259.
- DURÁN AYAGO, A. 2012: «El acceso al Registro Civil de certificaciones registrales extranjeras a la luz de la Ley 20/2011: relevancia para los casos de filiación habida a través de gestación por sustitución». *AEDIPIR*, t. XII, 2012, 265-308, en 302.
- DURÁN AYAGO, A. «Valoración del proyecto presentado por el gobierno para regular la filiación de los niños nacidos por gestación subrogada». Disponible en: <http://www.gestacion-subrogada.com/valoracion-proyecto-de-ley-registro>.
- FARNÓS AMORÓS, E. 2010: «European Society of Human Reproduction and Embryology, 26th Annual Meeting Roma, 27-30 de junio, 2010». *Indret*, 2010, 3: 1-17, en 7.
- FARNÓS AMORÓS, E. 2013: «Surrogacy arrangements in a global world: the case of Spain». *International Family Law*, March [2013]: 68-72, en 70.
- FARNÓS AMORÓS, E. 2015: «La filiación derivada de reproducción asistida: voluntad y biología». *ADC*, t. LXVIII, 2015, fasc. I, p. 31
- FARNÓS AMORÓS, E. 2015: «La reproducción asistida ante el Tribunal de Estrasburgo: margen de apreciación v. necesidad de armonización. En Treinta años de reproducción asistida en España: una mirada interdisciplinaria a un fenómeno global y actual». En P. Benavente

- Moreda y E. Farnós Amorós (coords.): *Boletín del Ministerio de Justicia*, junio 2015, Año LXIX. BMJ, n.º 2179.
- GAMBLE, N. 2012: «Should surrogate mothers still have an absolute right to change their minds?». *BioNews*, 2 de octubre de 2012: 678.
- GOLOMBOK, S.; BLAKE, L.; CASEY, P.; ROMAN, G. y JADVA, V. 2013: «Children born through reproductive donation: A longitudinal study of psychological adjustment». *Journal of Child Psychology and Psychiatry*, 2013, 54 (6): 653-660.
- GOLOMBOK, S.; MACCALLUM, F.; MURRAY, C.; LYCETT, E. y JADVA, V. 2004: «Families created through surrogacy: parent child relationships in the first year of life». *Fertility and Sterility*, 2004, vol. 80, Supl. 3: 50-63.
- GOLOMBOK, S.; MACCALLUM, F.; MURRAY, C.; LYCETT, E. y JADVA, V. 2006: «Surrogacy families: parental functioning, parent-child relationships and children's psychological development at age 2». *Journal of Child Psychology and Psychiatry*, 2006, vol. 47, n.º 2: 213-222.
- GOLOMBOK, S.; MURRAY, C.; JADVA, V.; LYCETT, E.; MACCALLUM, F. y RUST, J. 2006: «Non-Genetic and Non-Gestational Parenthood: Consequences for Parent-Child Relationships and the Psychological Well-Being of Mothers, Fathers and Children at Age 3». *Human Reproduction*, 2006, vol. 21, n.º 7: 1918-1924.
- GOLOMBOK, S.; READINGS, J.; BLAKE, L.; CASEY, P.; MARKS, A. y JADVA, V. 2011: «Families created through surrogacy: mother-child relationships and children's psychological adjustment at age 7». *Dev Psychol*, 2011, 47 (6): 1579-1588.
- GUZMÁN ZAPATER, M. «Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010. El acceso al Registro español de los nacidos en el extranjero mediante gestación por sustitución». *El Notario del Siglo XXI*, n.º 34, 51-55.
- HAGUE CONFERENCE of private international law. Hague Conference Permanent Bureau, «Private International Law Issues Surrounding the Status of Children, including Issues Arising from International Surrogacy Arrangements». General Affairs and Policy: Doc. Prel. n.º 11, marzo 2011.
- HAGUE CONFERENCE of private international law, *A Study of Legal Parentage and the Issues Arising from International Surrogacy Arrangements*, March 2014.
- HAGUE CONFERENCE of private international law, *The Parentage/Surrogacy Project: An Updating Note*, February 2015.
- HERRERA, M. y LAMM, E. 2014: «Un valiente fallo del TEDH sobre gestación por sustitución. Prohibir, silenciar, regular o fallar». *La Ley*, 02/07/2014, 1, cita online: AR/DOC/2285/2014.
- HERRERA, M. y LAMM, E. «¿Esconder o enfrentar? Otro argumento a favor de la regulación de la gestación por sustitución», cita Microjuris online: MJ-DOC-5971-AR|MJD5971.
- HOTTOIS, G. y MISSA, J. N. (eds.). 2001: *Nouvelle encyclopédie de bioéthique*. Bruxelles: De Boeck Université, 482 y ss.
- IMRIE, S.; JADVA, V. y GOLOMBOK, S. 2012: «Children of surrogate mothers: an investigation into their experiences and psychological health». En *Annual meeting of the British Fertility Society*. Leeds, enero de 2012.
- JACKSON, E. 2003: «S. H. and others v Austria». *25 Reproductive Bio Medicine Online*, 2012: 663.
- JADVA, V.; MURRAY, C.; LYCETT, E.; MACCALLUM, F. y GOLOMBOK, S. 2003: «Surrogacy: the experiences of surrogate mothers». *Human Reproduction*, 2003, 18: 2196-2204.
- KEMELMAJER DE CARLUCCI, A.; LAMM, E. y HERRERA, M. 2012: «Regulación de la gestación por sustitución». *La Ley*, 2012-E: 960.

- KEMELMAJER DE CARLUCCI, A.; LAMM, E. y HERRERA, M. 2013: «Gestación por sustitución en Argentina. Inscripción judicial del niño conforme a la regla de la voluntad procreacional». *La Ley*, 2013-D: 195.
- LAMM, E. 2011: «La autonomía de la voluntad en las nuevas formas de reproducción. La maternidad subrogada...». *Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*, julio de 2011, n.º 50: 107.
- LAMM, E. 2012: «Gestación por sustitución. Realidad y Derecho». *InDret. Revista para el Análisis del Derecho*, 2012, vol. 3: 1-49.
- LAMM, E. 2013: *Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*. Universitat de Barcelona, Publicacions i Edicions.
- LAMM, E. «Una vez más sobre gestación por sustitución. Porque la realidad sigue exigiendo legalidad». *Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*, en prensa.
- LASARTE ÁLVAREZ, C. 2012: «La reproducción asistida y la prohibición legal de maternidad subrogada admitida de hecho por vía reglamentaria». *Diario La Ley*, 17 de enero de 2012, n.º 7777: 1-15, en 12.
- MARIÑO, M. 2013: «La situación legal en España de los niños de “vientre de alquiler”: ¿pueden o no ser registrados?». *20minutos*, 04.04.2013. En: <http://www.20minutos.es/noticia/1775366/0/vientre-de-alquiler/registro-civil/bebes/>.
- MARTÍNEZ GARCÍA. 2015: «Case Comment: High Court Appeal-Surrogacy Agreement». *Medico-Legal Journal of Ireland*, 2015: 44-47.
- MONTÉS PENADÉS, V. 2003: «La reproducción humana asistida en la experiencia jurídica española». *Revista Jurídica de la Comunidad Valenciana*, 2003, Tirant lo Blanch, n.º 7: 5-22.
- MUÑOZ DE DIOS SÁEZ, L. F. 2010: «¿Se ha legalizado o no el alquiler de vientres?». *El Notario del Siglo XXI*, 2010, n.º 34: 45-50.
- MURRAY. 2013: «Recent Developments in Irish Law on Guardianship in the Context of Surrogacy Arrangements». *International Family Law*, 2013: 261-266.
- OREJUDO PRIETO de los MOZOS, P. 2013: «Spain». En K. Trimmings y P. Beaumont (eds.): *International Surrogacy Arrangements*. United Kingdom, Hart Publishing, 347-355.
- PARRÓN CAMBERO, M. J. 2014: «Ventre de alquiler: *mater semper certa est, pater semper incertus est*». *La Ley*, 12.3.2014, n.º 8269: 1-5.
- PENNINGS, G.; DE WERT, G.; SHENFIELD, F.; COHEN, J.; TARLATZIS, B. y DEVROEY, P. 2008: «Equity of access to ART». *Human Reproduction*, 2008, vol. 23: 772-774.
- PÉREZ MONGE, M. 2010: «Cuestiones actuales de la maternidad subrogada en España: regulación versus realidad». *Revista de Derecho Privado*, julio-agosto 2010: 41-64, en especial 59 y 64.
- QUIÑONES ESCÁMEZ, A. 2009: «Doble filiación paterna de gemelos nacidos en el extranjero mediante maternidad subrogada. En torno a la RDGRN de 18 de febrero de 2009». *InDret* 3/2009: 1-42, en 5. http://www.indret.com/pdf/657_es.pdf.
- RUBIO TORRANO, E. 2011: «Inscripción como hijos de un matrimonio de varones, nacidos mediante gestación por sustitución». *Aranzadi Civil*, n.º 9/2011, parte Tribuna.
- SALAS CARCELLER, A. 2011: «El registro civil español y la filiación surgida de la gestación por sustitución». *Aranzadi Civil*, n.º 10/2011, parte Tribuna.
- SALVADOR GUTIÉRREZ, S. 2012: «Reconocimiento registral de la determinación en el extranjero de doble filiación paterna mediante técnicas de gestación por sustitución». *Boletín de Derecho de Familia*, 01.09.2012. Disponible en: http://www.elderecho.com/civil/Reconocimiento-determinacion-extranjero-gestacion-sustitucion_11_455680009.html.

- SHELTON, K. H.; BOVIN, J.; HAY, D.; VAN DEN BREE, M. B.; RICE, F. J.; HAROLD, G. T. y THAPAR, A. 2009: «Examining differences in psychological adjustment problems among children conceived by assisted reproductive technologies». *International Journal of Behavioral Development*, 2009, 33: 385-392.
- SHENFIELD, F.; DE MOUZON, J.; PENNING, G.; FERRARETTI, A.; NYBOE ANDERSEN, A.; DE WERT, G. y GOOSSENS, V. 2010: «Cross border reproductive care in six European countries». *Human Reproduction*, 2010, vol. 25, n.º 6: 1361-1368. Disponible en: <http://humrep.oxfordjournals.org/cgi/reprint/25/6/1361>.
- SHIFFRIN, S. V. 1999: «Wrongful life, procreative responsibility, and the significance of harm». *Legal Theory*, 1999, vol. 5: 117-148.
- STORROW, 2006: «Quests for Conception: Fertility Tourists, Globalization and Feminist Legal Theory». *Hastings Law Journal*, 2006, vol. 57: 295-330, especial en 300-305.
- TRIMMINGS, K. y BEAUMONT, P. 2013: «General report on surrogacy». En K. Trimmings y P. Beaumont (eds.): *International Surrogacy Arrangements*. United Kingdom: Hart Publishing, 2013: 39-550.
- VELA SÁNCHEZ, A. J. 2011: «De nuevo sobre la regulación del convenio de gestación por sustitución o de maternidad subrogada en España. A propósito de la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 23 de noviembre de 2011». *Diario La Ley*, 9 mar. 2012, n.º 7815, Sección Doctrina, Año XXXIII: 1-12, en 1.
- VELA SÁNCHEZ, A. J. 2012: *La maternidad subrogada: estudio ante un reto normativo*. Granada: Comares, 111.
- VELARDE D'AMIL, Y. 2012: «Comentario a la sentencia de la Audiencia provincial de Valencia núm. 949/2011: no inscripción en el registro civil de los menores nacidos mediante gestación por sustitución». *Revista sobre la Infancia y la Adolescencia*, septiembre 2012, 3: 61-70, en 62.
- VILA-CORO, A. 2003: «Argumentario en defensa de la gestación subrogada». Disponible en: <http://sonnuestroshijos.blogspot.com.es/2010/11/argumentario-en-defensa-de-la-gestacion.html>.
- WILKINSON, S. «The Exploitation Argument against Commercial Surrogacy». 17 *Bioethics*, 2003, 169: 169-187, en 184-187.