



TRABAJO FIN DE GRADO

GRADO EN DERECHO

CURSO ACADÉMICO 2016-2017

LA MATERNIDAD SUBROGADA

SURROGATE MOTHERHOOD

AUTOR: JUAN FERNÁNDEZ CANALES

DIRECTORA: LAURA FERNÁNDEZ ECHEGARAY

Resumen del Trabajo Fin de Grado

Curso académico 2016-2017

Titulación oficial de Grado en Derecho

Título del Trabajo: La maternidad subrogada

Work title: Surrogacy motherhood

Estudiante solicitante: Juan Fernández Canales

Tutor/a del Trabajo Fin de Grado: Laura Fernández EcheGARAY

Resumen:

En este trabajo se analiza la figura de la maternidad subrogada desde un punto de vista jurídico. La regulación legal de esta técnica de reproducción asistida es un tema controvertido y para comprender mejor este fenómeno se analiza tanto la legislación y jurisprudencia españolas como legislaciones foráneas y algunos casos de gran relevancia sobre los que se ha pronunciado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Palabras clave:

Maternidad subrogada, gestación por sustitución, vientre de alquiler.

Abstract:

In this paper surrogacy motherhood is analyzed from a legal point of view. The legal regulation of this technique of assisted reproduction is a controversial subject and to better understand this phenomenon we analyze both Spanish legislation and jurisprudence as foreign legislation and some cases of great relevance on which the European Court of Human Rights has ruled.

Key words:

Surrogacy motherhood, gestation by substitution, womb for hire.

ABREVIATURAS

Art/art.	Artículo
CC	Código Civil
CE	Constitución Española
Núm./núm.	Número
Ob.Cit.	Obra citada
Pág./págs.	Página/páginas
TS	Tribunal Supremo
TC	Tribunal Constitucional
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TSJ	Tribunal Superior de Justicia
STSJ	Sentencia del Tribunal Superior de Justicia
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STEDH	Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos
Humanos	

ÍNDICE

1.- INTRODUCCIÓN	pág. 3
2.- CONCEPTO Y TIPOS	pág. 4
3.- REGULACIÓN DE LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL	pág. 8
3.1.- DETERMINACIÓN LEGAL DE LA MATERNIDAD	pág. 9
3.2.- DETERMINACIÓN LEGAL DE LA PATERNIDAD	pág. 10
3.3.-INFRACCIONES EN MATERIA DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA	pág. 11
4.-GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN FUERA DE NUESTRAS FRONTERAS	pág. 12
4.1.- TURISMO REPRODUCTIVO Y PROBLEMAS DE INSCRIPCIÓN	pág. 13
4.1.1.- Concepto	pág. 13
4.1.2.- Problemas de inscripción en España	pág. 15
5.- ASUNTO VALENCIA	pág. 17
5.1.- RESOLUCIÓN 18 DE FEBRERO DE 2009 DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE REGISTROS Y DEL NOTARIADO	pág. 17
5.2.- SENTENCIA 193/2010 DE 15 DE SEPTIEMBRE DEL JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA NÚMERO 15 DE VALENCIA	pág. 18
5.3.- SENTENCIA NÚMERO 826/2011 (ROLLO DE SALA 949/2011) DE FECHA 23 DE NOVIEMBRE DE 2011	pág. 19
5.4.- INSTRUCCIÓN DE 5 DE OCTUBRE DE 2010, DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO	pág. 19
5.5.- SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO NÚMERO 835/2013 DE 6 DE FEBRERO DE 2014	pág. 20
5.5.1- Comentario de la Sentencia del Tribunal Supremo número 835/2013 de 6 de febrero de 2014	pág. 20
5.5.2.- Análisis de las consecuencias jurídicas de la Sentencia del Tribunal Supremo número 835/2013 de 6 de febrero de 2014	pág. 24
5.5.3.- Voto particular de la sentencia del Tribunal Supremo número 835/2013 de 6 de febrero de 2014	pág. 25
6.- JURISPRUDENCIA DEL TEDH:	pág. 26
6.1.- SSTEDH DE 26 DE JUNIO DE 2014 CONTRA FRANCIA	pág. 26
6.1.1- Mennesson contra Francia	pág. 27
6.1.2.- Labasse contra Francia	pág. 29
6.1.3.-Comentario a las sentencias del TEDH de 26 de junio de 2014	pág. 30

6.1.4.- Consecuencias en España de las sentencias del TEDH de 26 de junio de 2014.....pág. 33

6.2.- AUTO DEL TRIBUNAL SUPREMO NÚMERO 335/2015 DE 2 DE FEBRERO DE 2015.....pág. 34

6.3.- CASO BOUVET Y FOULON CONTRA FRANCIA.....pág. 35

6.4.- CASO PARADISO CAMPANELLI CONTRA ITALIA.....pág.36

7.- LA JURISDICCIÓN SOCIAL: JURISPRUDENCIA RECIENTE EN ESPAÑA
.....pág. 40

7.1.- SENTENCIAS 25/10/16 Y 16/11/2016.....pág.40

7.1.1- Sentencia nº 881/2016 de 25/10/2016 de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo.....pág.44

7.1.2.- Sentencia nº 953/16 de 16/11/2016de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo.....pág.45

7.1.3.- Criterios que se establecen mediante las sentencias 25/10/16 y 16/11/16.....pág.46

8.-CONCLUSIONES.....pág. 49

BIBLIOGRAFÍA.....pág. 55

1.- INTRODUCCIÓN

El mundo es un lugar cambiante, como ha sido siempre, y el Derecho tiene que acompañar este cambio. Una de las ramas que más se ha visto afectada por estos cambios, es el Derecho de Familia, ya que la evolución que ha tenido lugar en la sociedad, tanto en el plano tecnológico como social provocan que nos enfrentemos a un panorama muy distinto al que se nos presentaba hace algunos años en lo relativo a la regulación de esta materia. En este campo los avances científicos nos presentan posibilidades antes insospechadas y el reto actual y responsabilidad social, es dotar a estas nuevas situaciones de una regulación legislativa adecuada.

La gestación por sustitución, lejos de ser un asunto con un tratamiento claro, una regulación uniforme y una cohesión social acerca de cómo debe ser afrontada dicha institución, es un foco de polémicas y debates, partiendo de los problemas que suscita la falta de uniformidad, precisión y desarrollo en la regulación legal de la mencionada figura. A estos problemas, se les unen los éticos y jurídicos, que serán sustanciales a la hora de regular la materia en profundidad. Esta situación de incertidumbre provoca que ciudadanos de países donde la gestación por sustitución no está permitida viajen a países donde esta figura sí es legal. Estos ciudadanos, después de realizar el proceso vuelven a sus países de origen con la intención de inscribir a los nacidos mediante esta técnica, lo que en ocasiones acarrea problemas.

Como objeto de este trabajo, se pretende analizar la situación de la gestación por sustitución sobre todo centrándonos en sus consecuencias en España, aunque dado que es una institución que puede plantear conflictos transfronterizos no podremos limitarnos a analizar únicamente esta situación a raíz de las situaciones planteadas en nuestro propio país. Es por ello que, para realizar un análisis más completo, describiremos tanto la regulación legal en nuestro propio país, así como decisiones judiciales respecto a esta materia, como acudiremos al derecho comparado para analizar el tratamiento legal que se da a esta figura en otros países a la par que analizaremos ciertos casos que se han dado en el extranjero. El objetivo es, presentar una imagen completa y de conjunto de esta institución en nuestras fronteras y fuera de ellas, obteniendo un perfil adecuado que nos permita visualizar mejor una situación compleja, y nos acerque a la elaboración de posibles soluciones en forma de regulación legal, cuanto más completa y uniforme mejor.

La metodología a seguir para la realización de este trabajo consiste en analizar como tratan las legislaciones de los distintos países la materia, así como explicar cómo se ha tratado el asunto en la práctica mediante ejemplos reales, intentando dar una perspectiva amplia y precisa del tema para poder entenderlo en profundidad sin entrar en el fondo del asunto para resolverlo mediante propuesta de una regulación legal. Para llevar a cabo esta tarea, se acudirá tanto a textos legales, nacionales e

internacionales como a jurisprudencia, en la que también encontraremos española y foránea, así como revisaremos la doctrina, tanto de juristas como de diversos científicos expertos en la materia.

2.- CONCEPTO Y TIPOS

En los tiempos en los que vivimos, no hay duda de que la tecnología se encuentra por delante del Derecho, y no exento de polémica dependiendo de los ideales políticos, religiosos y morales de cada uno, es la gestación por sustitución. Esta técnica es también conocida como ‘vientre de alquiler’, ‘subrogación uterina’, ‘maternidad subrogada’, ‘gestación por cuenta ajena’, ‘madres suplentes’, etc. Todas estas expresiones vienen a referirse al mismo concepto, que no es otro que aquella situación en la que una mujer, previo acuerdo, acepta dar su consentimiento con el fin de quedar embarazada, generalmente a través del uso de técnicas de reproducción asistida, para posteriormente parir y entregar el niño a un tercero. La singularidad reside en que ese hijo no será criado por la madre gestante, la cual no tiene ningún tipo de derecho o inscripción en relación con el recién nacido; este será oficialmente inscrito a nombre del tercero o terceros en el Registro Civil.

Dentro de la gestación por sustitución, podemos encontrar dos tipos¹; en primer lugar, la conocida como tradicional, en la cual la mujer gestante es la madre genética, al ser ésta la que aporta su propio óvulo el cual será fecundado con espermatozoide del varón contratante o de un donante. En segundo lugar, nos encontramos ante la gestacional, que se caracteriza porque la madre portadora no es la madre genética del bebé, y por tanto no guarda ningún vínculo genético con él. En este caso, será la madre intencional quien aporte el óvulo, que será fecundado con un espermatozoide para que el embrión resultante sea implantado en el útero de la mujer gestante, encargada de pasar por todo el proceso de embarazo y posterior parto.² En este segundo caso, también podría darse que el óvulo fecundado fuese de una donante de óvulos.³ La gestación por sustitución de tipo gestacional es la más común⁴ ya que, como ya se ha indicado, la mujer gestante no tiene de esta forma ninguna relación genética con el niño, quedando registrados por tanto los padres contratantes en el certificado de nacimiento del niño y quedando así inscrito como hijo natural de la pareja. De esta forma se evita que en un futuro la mujer gestante pueda accionar acción de reclamación de maternidad en un proceso de filiación, o, sencillamente. Que pueda tener un mayor sentimiento sobre ese hijo que gestó para otros.

¹ PÉREZ MONGE, M. “*Cuestiones actuales de la maternidad subrogada en España: Regulación versus realidad*”. RDP, julio-agosto, 2010, pp. 41-64.

² VELA SÁNCHEZ, A. J. “*Gestación por sustitución o maternidad subrogada: El deseo de recurrir a las madres de alquiler*”. Diario La Ley, núm. 7608, Sección Doctrina, 11 de abril de 2011, pp 1-2.

³ DÍAZ ROMERO, M.R: “*La gestación por sustitución en nuestro ordenamiento jurídico*” Diario La Ley, nº 7527, Sección Doctrina, p.1.

⁴ FERNÁNDEZ ECHEGARAY, L: “*Gestación por sustitución*”: en “*La maternidad y la paternidad en el siglo XXI*”. Editorial Comares, Granada, 2015, p.136.

En cuanto a la naturaleza jurídica del acuerdo, esta figura se realizaría mediante un contrato, el cual podría corresponder a un arrendamiento de servicios o a un contrato de arrendamiento de obra⁵, interviniendo tres partes en este proceso; a) el sujeto individual o la pareja que tiene el deseo de ser padres pero que o por imposibilidades físicas, como suele ser, o por otras circunstancias, no quiere o puede llevar a cabo la gestación; b) una mujer gestante la cual realizará la gestación del niño en su útero; c) unos profesionales médicos, cuya parte en el proceso consiste en, al menos, implantar el óvulo fecundado a la que será madre portadora.

El mencionado contrato, puede darse de forma onerosa, donde la madre gestante recibe una compensación económica o por otra parte, esta podría darse de forma altruista donde la madre gestante no recibiera contraprestación alguna. Como ejemplo⁶ de este segundo tipo destaca el caso que dio lugar en Sudáfrica en 1987, donde la madre gestante, Pat Anthony, era la abuela de los niños y madre de la madre comitente, Karen Ferreira-Jorge.

Ante nosotros se presenta una figura jurídica compleja y controvertida, que consta de numerosas complejidades y una disparidad de opiniones acerca de ella, teniendo en cuenta el debate ético que se puede presentar alrededor de la utilización de esta técnica, lo cual no hace sino más difícil la posibilidad de plantear un debate jurídico en torno a la regulación de la citada materia.

Históricamente, podemos encontrar referencias bíblicas a esta institución, aunque exactamente no estuviéramos refiriéndonos a lo mismo, ya que en aquella época no se empleaban técnicas de reproducción asistida. Dichas referencias se pueden encontrar en el Antiguo Testamento⁷ (Génesis 16), donde Abraham tiene descendencia con Agar, la sierva de su mujer, al ser esta estéril, pero entendiéndose que los padres comitentes serían los padres legales, dándose aquí una gestación tradicional.

Siendo más precisos, para retrotraernos a los orígenes de esta institución debemos retroceder hasta la década de los 70 del siglo pasado, donde la inseminación artificial era una realidad, y Noel Keane, abogado, llevaba una clínica de inseminación artificial. El primer caso de gestación por sustitución tendría lugar cuando en Nueva Jersey el citado Sr. Keane sería el encargado de negociar y escribir el primer contrato entre una pareja casada y una madre sustituta. Beth Whitehead, ama de casa de 29 años, estableció con el matrimonio Stern (Elisabeth, una pediatra de 41 años, y William, un bioquímico), que deseaban un hijo pero que no querían arriesgarse debido a un principio de esclerosis

⁵ DÍAZ ROMERO, M.R: “*La gestación por sustitución en nuestro ordenamiento jurídico*”, Diario La Ley, nº 7527, Sección Doctrina, 14 de diciembre de 2010, p.1.

⁶ LAMM, E. “*Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*”, Edicions Universitat de Barcelona, 16 de Diciembre 2013, p.164.

⁷ ‘Sarai, mujer de Abram, no le daba hijos; pero ella Tenía una sierva egipcia que se llamaba Agar. Entonces Sarai dijo a Abram: –He Aquí que Jehovah me ha impedido concebir. Únete, por favor, a mi sierva; Quizás yo tenga hijos por medio de ella. Abram hizo caso de las palabras de Sarai. Y Sarai su mujer Tomó a Agar, su sierva egipcia, después de haber vivido diez años en la tierra de Canaán, y se la dio por mujer a Abram su marido. Abram se unió a Agar, y ella concibió.’

múltiple que sufría Elisabeth. Todo comenzó con un anuncio en la prensa, Mary Beth Whitehead contrató quedar embarazada del marido del matrimonio Stern, con material genético del esposo y un óvulo propio, lo que se conoce como gestación por sustitución del tipo tradicional. Se llevó a cabo el contrato, en el cual la madre portadora se obligaba a abortar si se diera el caso de que el feto presentase anomalías o, por el contrario a llevar el embarazo a término, y dar a luz, si no se diera esta circunstancia. Después de la realización del parto, debía dar al recién nacido a los Stern, comprometiéndose a renunciar a cualquier tipo de relación materno filial, a cambio se le entregaría una suma de 10.000 dólares. Tras el parto, la madre gestante, incumplió lo pactado y quiso quedarse con la niña recién nacida. El asunto fue a los tribunales y el 31 de marzo de 1987, el juez Harvey R. Sorkow de la Corte Superior de Nueva Jersey en un primer momento se dio la razón al matrimonio Stern, declarando el contrato nulo y, a pesar de esta decisión, otorgó la custodia al matrimonio al entender que la situación socio-económica era más beneficiosa para la niña. Diez años después, la gestante consiguió que se le declarara madre biológica y se implantara un régimen de visitas con la menor.

La gestación por sustitución del tipo gestacional se empezó a popularizar a partir de la década de 1980, aprovechando los avances de la fecundación in vitro.

Pueden ser diversas las razones y situaciones que lleven a una persona a plantearse recurrir a la gestación por sustitución, entre ellas podemos destacar algunas de las más comunes como son⁸:

- 1) Una posibilidad es la infertilidad en caso de mujeres cuyo deseo es tener hijos. Estos problemas de infertilidad pueden darse por diversos motivos, y teniendo en cuenta los cambios sociales que se están produciendo con la equiparación de la incorporación laboral de la mujer respecto del varón, así como la difícil tanto situación laboral como conciliación de la vida profesional y familiar dan lugar a que la maternidad se busque a una edad más avanzada, menos propicia biológicamente, lo cual da pie a que se dé un mayor número de casos de infertilidad.
- 2) Mujeres que ya hayan sufrido anteriormente embarazos de riesgo, o que aun teniendo la capacidad física para engendrar, dicho embarazo sería de riesgo, poniendo en peligro su salud al pasar por un periodo de gestación.
- 3) Mujeres con ausencia de útero.
- 4) Mujeres con alteraciones o anomalías uterinas.

⁸ Entre otros autores, comparten esos criterios, LAMM, E: “*Gestación por sustitución: Realidad y Derecho*”. InDret, Barcelona, Julio 2012, www.babygest.es y FERNÁNDEZ ECHEGARAY, L: “*Gestación por sustitución*”: En “*La maternidad y la paternidad en el siglo XXI*”. Editorial Comares, 2015.

- 5) Mujeres que hayan sufrido abortos de repetición.
- 6) Mujeres que hayan sufrido repetidos fracasos en la Fecundación in Vitro.
- 7) Mujeres adultas, sin pareja, que encontrándose cerca de los cuarenta, tienen el deseo de ser madres en solitario.
- 8) Mujeres que pese a tener el deseo de ser madres, no quieren pasar por el proceso de gestación, parto y posparto.
- 9) Parejas de varones homosexuales que quieran tener hijos genéticamente propio

3.- REGULACIÓN DE LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL

En la legislación española podemos encontrar regulación legal para estos temas⁹ en la Ley 14/2006 Ley sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida (a partir de ahora LTRHA). Siendo más precisos, la maternidad subrogada se regula en su artículo 10¹⁰, donde se establece la nulidad¹¹ de pleno derecho de cualquier tipo de contrato de gestación por sustitución, sin distinguir que sea este oneroso o gratuito.

La nulidad se fundamenta en prohibir el uso de un cuerpo ajeno, para llevar a cabo un embarazo siendo entregado el bebé o los bebés resultantes de este a una tercera persona diferente a la mujer que llevase a cabo dicha gestación. Aún si el artículo 10 LTRHA no existiera, hay algunos autores¹² que entienden que de acuerdo con la teoría general del contrato¹³ también se produciría la nulidad del mismo teniendo en cuenta la ilicitud de su causa y la razón de su objeto. Esto conlleva que no existiría ninguna obligación jurídica para la mujer gestante la cual no tendría que entregar al bebé

⁹Artículo 1. Objeto y ámbito de aplicación de la Ley. '1. Esta Ley tiene por objeto: a) Regular la aplicación de las técnicas de reproducción humana asistida acreditadas científicamente y clínicamente indicadas.b) Regular la aplicación de las técnicas de reproducción humana asistida en la prevención y tratamiento de enfermedades de origen genético, siempre que existan las garantías diagnósticas y terapéuticas suficientes y sean debidamente autorizadas en los términos previstos en esta Ley. c) La regulación de los supuestos y requisitos de utilización de gametos y preembriones humanos criopreservados.2. A los efectos de esta Ley se entiende por preembrión el embrión in vitro constituido por el grupo de células resultantes de la división progresiva del ovocito desde que es fecundado hasta 14 días más tarde.3. Se prohíbe la clonación en seres humanos con fines reproductivos'.

¹⁰Artículo 10. Gestación por sustitución.'1. Será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero.2. La filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto.3. Queda a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales'.

¹¹ La primera ley que regulaba la materia, la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre Técnicas de Reproducción Asistida ya recogía la prohibición de esta técnica en España. Los sucesivos cambios hasta que nos encontremos con la actual Ley 14/2006, también han negado este fenómeno reproductivo basándose en la premisa de que siempre se ha entendido que ni la gestación ni la reproducción puede tratarse como objeto de tráfico jurídico.

¹² GARCÍA ALGUACIL, M.J: "Incoherencia legislativa o despropósito judicial Apropósito de la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014". Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil núm. 3/2014 parte Comentario. Editorial Aranzadi, SA, Pamplona, 2014 , pp.79-110.

¹³ Artículo 1261 Código Civil: "No hay contrato sino cuando concurren los requisitos siguientes: 1.ºConsentimiento de los contratantes. 2.ºObjeto que sea materia del contrato. 3.ºCausa de la obligación que se establezca".

tras el parto, así como no cabría la obligación de indemnizar a la otra parte en caso de incumplimiento, con independencia de que haya habido una entrega de dinero a causa de la gestación¹⁴.

Para esta parte de la doctrina, sus argumentaciones acerca de la ilicitud del contrato de gestación por sustitución encontraría apoyo en lo expuesto por el artículo 1271 del Código Civil¹⁵(en adelante CC). Este artículo indica, de forma indirecta que las personas presentes o futuras no pueden ser objeto de contrato, por lo que el contrato sería nulo. La justificación de todo esto descansa en el respeto de una regla básica de orden público: el deber de respeto a la dignidad y al valor de la persona humana y de evidente indisponibilidad¹⁶.

España tiene una gran cantidad y calidad de centros reproductivos, y eso hace que reciba una gran cantidad de extranjeros buscando recibir estos servicios¹⁷, pero por el contrario hay ciudadanos españoles que salen de España buscando realizar su sueño de ser padres de un hijo genéticamente propio mediante un contrato de gestación por sustitución. Esto da lugar a que en los países donde sí está permitido se produzca turismo reproductivo, llegando allí nacionales de otros países que después de llevar a cabo todo el proceso regresan a sus países de origen con los bebés, con la intención de inscribir a estos como hijos suyos en los registros de sus respectivos países. Los padres intencionales se encuentran a veces con la negativa de inscribir por parte de las autoridades de sus propios estados, lo que origina una situación problemática.

3.1.-DETERMINACIÓN LEGAL DE LA MATERNIDAD

Atendiendo a las reglas de determinación de la filiación presentes en la legislación española, la mujer que pare es la determinada como madre legal. Consecuentemente con esto, la celebración de un contrato de gestación por sustitución en España traería consigo la consecución de un resultado contrario al deseado, ya que según el artículo 10.2 LTRHA¹⁸ la maternidad será determinada por el parto, siendo considerada la madre gestante como madre legal, no pudiendo ser entendida como tal la

¹⁴ DÍAZ ROMERO, M.R. “La gestación por sustitución en nuestro ordenamiento jurídico”. *Diario La Ley*, n.º7527, Sección Doctrina, p.2.

¹⁵ Artículo 1271 Código Civil: ‘Pueden ser objeto de contrato todas las cosas que no estén fuera del comercio de los hombres, aún las futuras’.

¹⁶ HUALDE MANSO, T. “De nuevo sobre la filiación de los nacidos mediante gestación contratada”. *Aranzadi Civil-Mercantil* núm. 10/2012. Parte Comentario. Editorial Aranzadi, Pamplona 2012: ‘El contrato de gestación por sustitución es nulo porque se opone al principio de indisponibilidad del cuerpo humano, ya que recae sobre las facultades reproductivas y de gestación de la madre, haciendo objeto del comercio una función de la mujer, tan elevada, como es la maternidad, la cual no puede ser objeto de tráfico jurídico. Se opone también al principio de indisponibilidad del estado civil, ya que trata de modificar las normas que determinan la constitución de la relación jurídica paterno filial y la atribución de la condición jurídica de progenitor e hijo’.

¹⁷ España concentra el 40% de los tratamientos de fertilidad Europeos según La Sexta http://www.lasexta.com/noticias/ciencia-tecnologia/espana-concentra-tratamientos-fertilidad-europeos_20160416572377784beb28d446ffd70d.html

¹⁸ Artículo 10.2 LTRHA: “La filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto”.

madre intencional. Es decir, sería considerada e inscrita como madre la mujer que realice la gestación, no siéndolo la mujer contratante. Esto también saldría en el caso de que aplicásemos las normas generales de filiación materna dispuestas en el CC¹⁹. El legislador español ha querido que la filiación se determine de acuerdo con la madre gestacional, es decir, la que lleve a cabo el embarazo y dé a luz, siendo para este totalmente indiferente el origen del gameto femenino utilizado para la procreación²⁰. No hace ninguna distinción entre que la gestación por sustitución haya sido tradicional o gestacional, o dicho de otro modo, que los óvulos deriven de la madre gestante, de la intencional, o de una tercera donante de óvulos, ateniéndose solo al hecho del parto. Es por ello, que aun cuando la gestación se haya llevado a cabo con material reproductor femenino ajeno, la donante nada pretender en orden a la filiación²¹.

Por otra parte, es posible que la filiación sea inscrita a favor de dos mujeres casadas entre sí. Esta situación es posible, por un lado, mediante lo dispuesto en los artículos 175 y siguientes del CC, relativos a la adopción, que son aplicables tanto para matrimonios homosexuales formados por una pareja de hombres como de mujeres, así como mediante la aplicación del artículo 7.3²² de la LTRHA. Esto último sería aplicable solamente en el caso de que el matrimonio estuviera compuesto por dos mujeres.

3.2.-DETERMINACIÓN LEGAL DE LA PATERNIDAD

En nuestros textos legales, esto queda regulado mediante lo dispuesto en el artículo 10.3²³ LTRHA. El varón que haya aportado esperma para inseminar a la madre portadora tiene la posibilidad de reclamar la paternidad del niño, independientemente de que hubiera sido o no parte en el contrato de gestación por sustitución. El varón que aportase sus gametos tiene legalmente el derecho a ejercitar la acción judicial de reclamación de paternidad, que en algunos supuestos requerirá una previa impugnación de la filiación²⁴ por parte del marido de la madre determinada. En el caso de que la sentencia determinara dicha paternidad a su favor, la filiación paterna se inscribiría en el Registro Civil, lo cual sigue la regla de *'pater est quem sanguinis demonstrant'*.²⁵

¹⁹ Título V: 'De la paternidad y filiación'.

²⁰ HUALDE MANSO, T. 'De nuevo sobre la filiación de los nacidos mediante gestación contratada'. ob.cit.p.3.

²¹ Artículo 7 LTRHA: 'La filiación de los nacidos con las técnicas de reproducción asistida se regulará por las leyes civiles (...)'.
(...)'.

²² Artículo 7.3 LTRHA: 'Cuando la mujer estuviere casada, y no separada legalmente o de hecho, con otra mujer, esta última podrá manifestar conforme a lo dispuesto en la Ley del Registro Civil que consiente en que se determine a su favor la filiación respecto al hijo nacido de su cónyuge'.

²³ Artículo 7.3 LTRHA 'Queda a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales'.

²⁴ FERNÁNDEZ ECHEGARAY, L: "Gestación por sustitución": En "La maternidad y la paternidad en el siglo XXI". Ob. cit. p. 140

²⁵ Ibídem.

Lo aquí expuesto nos lleva a concluir que la legislación española se puede considerar como discriminatoria hacia las mujeres en lo relativo a la determinación legal de la maternidad y de la paternidad en los casos de gestación por sustitución. Mientras el hombre que acuda a este proceso aportando su material genético puede ser reconocido como padre mediante la acción legal de reclamación de paternidad esta situación no se produce a la inversa, donde una mujer que decida acudir a esta técnica no será reconocida como madre, aunque sea la aportante del material genético. A esto hay que sumarle los perjuicios causados a las mujeres gestantes, ya que quedará determinada la filiación a su favor cuando estas no tienen ninguna intención de que esto sea así.

3.3.- INFRACCIONES EN MATERIA DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA

Principalmente, en lo relativo a la gestación por sustitución, nos encontramos ante la sanción de nulidad de pleno derecho²⁶. Junto a esta, el artículo 24 de la LTRHA incluye todas las posibles infracciones en materia de reproducción humana asistida, que serían objeto de las sanciones administrativas correspondientes, sin perjuicio de que concurrieran también responsabilidades civiles, penales u de otro orden. Si pasamos a analizar la respuesta que presenta ante esto el Derecho Penal, debemos indicar que nuestro Código Penal tipifica la suposición de parto en su artículo 220.1²⁷ así como la alteración de la paternidad, estado o condición del menor en su artículo 221.1²⁸.

4.-GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN FUERA DE NUESTRAS FRONTERAS

Para tener una idea más profunda del tratamiento legal que se le da a la maternidad subrogada en España, así como de la trascendencia que tiene este fenómeno, es lógico compararla con la regulación que podemos encontrar en otros países, lo cual además nos ayudará a entender problemas de inscripción que se puedan dar tanto en España como transfronterizos.

Para entender la actitud que presentan los diferentes países en términos de tratamiento legal de este fenómeno, podemos dividirlos en los siguientes grupos:

A) En primer lugar, encontramos países en los que, al igual que en España, se prohíbe expresamente la maternidad subrogada. Como ejemplos de esto podemos destacar Austria²⁹, Islandia, Polonia, Bulgaria, Italia³⁰, Suiza³¹, Alemania³² y Francia³³.

²⁶Artículo 10 LTRHA.

²⁷Artículo 220.1 CP: 'La suposición de un parto será castigada con las penas de prisión de seis meses a dos años'.

²⁸Artículo 221.1 CP: '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 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'.

²⁹ Artículo 2.3 de la Ley Federal Austriaca sobre Reproducción Asistida, de 1 de julio de 1992.

B) En segundo lugar, podemos encontrar países donde la gestación por sustitución está permitida bajo la condición de que se cumplan determinados requisitos. Entre estos países podemos encontrar Brasil³⁴, Reino Unido³⁵, Canadá³⁶, Israel, Grecia³⁷, México, Australia, Sudáfrica³⁸, Uruguay, Vietnam, Chipre, Nueva Zelanda y, el último en incorporarse, Portugal.

C) Como tercer grupo, se encuentran los Estados donde esta figura no está regulada, lo cual origina problemas, como es en el caso de Tailandia y Argentina.

D) Por último, hay en ciertos países donde estos tienen una permisividad amplia en torno a la figura de la maternidad subrogada. En estos países se permite que haya una compensación económica y se ofrecen una serie de garantías a los que decidan contratar un ‘vientre de alquiler’. En este grupo se encuentran países como Rusia, Ucrania, India³⁹ y Estados Unidos⁴⁰. Esto no significa que exista una homogeneidad en las regulaciones de estos países, ni en lo que puede llegar a costar acceder a esta técnica, ya que podemos encontrar grandes diferencias a la hora de acudir a la gestación subrogada en India⁴¹ o en California⁴².

³⁰ Artículo 4.3, Ley 40/2004, de 19 de febrero, sobre Técnicas de Reproducción Asistida.

³¹ Artículo 119.2,d) de la Constitución Federal Suiza: ‘La donación de embriones y todas las formas de maternidad de sustitución están prohibidas’ y artículo 4 de la Ley Federal, sobre Procreación Medicamente Asistida, de 18 de diciembre de 1998 (reformada en 2006).

³² Artículo 1, Ley 745/90, de 13 de diciembre, sobre Protección del Embrión

³³ Ley 94/653, de 29 de julio de 1994/artículo 16-7 CC/Comité Consultatif National d’Ethique de Francia: Opiniones núm. 23, de 23 de octubre de 1984; Opinión núm. 90, de 24 de noviembre de 2005, Opinión núm. 110, mayo de 2010.

³⁴ Resolución núm. 1957, de 15 de diciembre de 2010, del Consejo Federal de Medicina (CFM).

³⁵ Ley de acuerdos de subrogación (Surrogacy Arrangements Act) de 1985.

³⁶ Ley de Reproducción Humana Asistida, de 29 de marzo de 2004 (no aplicable en la provincia de Quebec).

³⁷ Artículo 8 de la Ley 3089/2002, de 19 de diciembre de 2002 y artículos 1458 y ss. Del CC. Griego.

³⁸ Children’s Act. Num. 38/2005. Destacar, sentencia núm. 29936/2011, de 27 de septiembre ZAGPPHC 185.

³⁹ En la India, es legal la gestación por sustitución y un organismo denominado Consejo Médico de Investigación, que es el encargado de registrar la carrera médica en el país, controla que las gestantes pasen una prueba de VIH, no sean consumidoras de drogas, o que no sobrepasen los 45 años, entre otros requisitos. Aproximadamente, un contrato de esta índole cuesta sobre 30000 dólares.

⁴⁰ Cuando nos referimos a Estados Unidos, en realidad nos estamos refiriendo a algunos de sus estados, ya que esta técnica no está legalizada en la totalidad del territorio, y hay diferencias legislativas y jurisprudenciales entre los diferentes estados. En concreto, son sólo 8 los estados en los que está legalizado, entre ellos destaca California al ser la más permisiva.

⁴¹ En India, las leyes del país, a raíz de una modificación que tuvo lugar en 2013, exigen como parte necesaria dentro de los trámites legales que los padres contratantes extranjeros adjuntaran una certificación oficial expedida en el país de origen que acreditara sobre la legalidad de esta técnica en dicho país. Este requisito se le pidió a una ciudadana española, de Asturias, que responde a las iniciales de A.M.C., la cual tras acudir a esta técnica en la ciudad de Bombay (India) fue madre intencional de dos mellizos, a los cuales les concedieron el pasaporte español. La modificación en la regulación legal de 2013 hizo que esta mujer se tuviera que quedar con sus hijos en la India. Ante la petición de expedir la certificación oficial de que esta técnica es legal en España las autoridades españolas contestaron que esto no era posible, ya que esta práctica no es legal en España. Para resolver esta situación de bloqueo, las autoridades españolas, más en concreto, la embajada española en Nueva Delhi, hizo llegar una carta oficial a las autoridades indias en las que instaba a encontrar una ‘solución jurídica a la situación que se presentaba, dada la enorme ‘dimensión humana’ del problema en cuestión. Todo se resolvió, dejando salir las autoridades Indias del país a la madre con los dos hijos rumbo a España justificando esto en que el interés superior de los menores justificaba esta autorización.

⁴² El precio sobre el que puede rondar contratar un vientre de alquiler en Estados Unidos puede rondar sobre los 100000 dólares. De esta cantidad, 25000 euros irían para la madre gestante, entre 4000 y 10000 para la madre biológica que aporta el óvulo y el resto para la agencia que lleve el proceso, médicos y abogados. Fuente UDA. Fertility Consulting. Consultado 5 de junio de 2014. www.vientredealquiler.com/index.php/glosario/606-madres-de-alquiler-el-fin-justifica-los-medios. Es

4.1.-TURISMO REPRODUCTIVO Y PROBLEMAS DE INSCRIPCIÓN

4.1.1.- Concepto

El turismo reproductivo, es el fenómeno por el cual existe un flujo de personas, que viajan de su país de origen a un país extranjero, con el objetivo de realizar un tratamiento de fertilidad. Las razones que propician esto pueden ser muy variadas, y entre ellas se puede encontrar, tanto el deseo de realizar una técnica que no es posible en su propio país, dado que la legislación no es favorable o que no es asequible dados los altos precios que en su propio país se establecen. España, por la modernidad, asequibilidad y eficacia de sus técnicas, unida a la regulación que se da en el país, es un país de destino en lo que a turismo reproductivo se refiere⁴³. Según la Sociedad Española de Fertilidad (SEF) cada año nacen unos 16000 niños en nuestro país en hospitales y clínicas de reproducción asistida. De hecho, se calcula que anualmente se realizan unos **60.000 ciclos de fecundación ‘in vitro’ (FIV)** en España. Sin embargo, este flujo se revierte cuando hablamos de gestación por sustitución, ya que, al no ser esta una técnica regulada en el ordenamiento jurídico español, son los ciudadanos españoles los que acuden al extranjero a realizar dicha técnica. Esto, provoca que ciudadanos españoles vayan a otros países donde sí está permitida y regulada esta técnica para cumplir allí su deseo de ser padres. Una vez realizada esta técnica los padres vuelven al territorio español con sus hijos, pretendiendo la inscripción de estos en los registros españoles como hijos suyos. Esta disparidad entre las regulaciones de distintos países y sus consecuencias prácticas da lugar a problemas en relación con los hijos nacidos mediante estas técnicas. Ante esta situación se nos presentan interrogantes como decidir qué tratamiento legal dar a estos hijos nacidos en un país extranjero con una técnica de reproducción prohibida en nuestro país, dilucidar que nacionalidad otorgarles o si estos pueden ser inscritos en el registro civil español. Como aquí se expone, estamos ante un tema delicado y controvertido, donde las fronteras a las que la tecnología nos permite llegar no han sido aún previstas por la legislación, y sobre el que ni siquiera existe un consenso social a la hora de regular estas cuestiones, teniendo en cuenta las implicaciones éticas y morales que esto supone. Más allá del debate jurídico e incluso ideológico, hay que tener en cuenta que estos problemas tienen como sujetos a niños, seres humanos inocentes que, pese a haber nacido bajo una técnica de reproducción que pueda considerarse ilegal a la vista de nuestro ordenamiento jurídico, son personas, y por lo tanto merecen una protección que les asegure un

por el alto precio que muchas parejas de Estados Unidos tienen que salir a países donde es más asequible acceder a esta técnica.

⁴³ <http://www.observatoriobioetica.org/2016/06/turismo-reproductivo-en-espana/14539>

derecho a una única y propia identidad. Para ilustrar los problemas⁴⁴ y debates tanto jurídicos como éticos que se dan alrededor de la utilización de esta técnica, vamos a referirnos a casos que han despertado gran controversia y expectación, tanto en el marco de nuestras fronteras como en el seno de otros países.

4.1.2.- Problemas de inscripción en España

En primer lugar, hay que precisar que el tema de la inscripción de menores es potestad del Registro Civil español⁴⁵, el cual está regulado en la Ley de 8 de junio de 1957 sobre el Registro Civil⁴⁶. Esta ley explica en su primer artículo que en el Registro Civil serán inscritos los hechos referentes al estado civil de las personas y aquellos otros que determina la Ley, por lo tanto su objeto lo forman entre otros: El nacimiento, la filiación, el nombre y apellidos, la nacionalidad y vecindad, la patria potestad, tutela y demás representaciones que señala la Ley, etc. Por su parte, el artículo segundo indica que el Registro Civil constituye la prueba de los hechos inscritos en este.

⁴⁴ España se muestra contraria a que sus ciudadanos acudan a esta técnica en países extranjeros y en la página web del Ministerio de Exteriores <http://www.exteriores.gob.es/Embajadas/KIEV/es/Embajada/ServiciosConsulares/Servicios%20consulares%20en%20Kiev/Registro/Paginas/Nacimientos.aspx> se intenta disuadir a los ciudadanos de viajar a otro país para acudir a este método de paternidad. En concreto, la página recuerda que ‘En el marco del ordenamiento jurídico español, en relación a la posibilidad de inscripción del nacimiento de un menor en el Registro Civil, se recuerda que artículo 10 de la Ley 14/2006 de 26 de mayo sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida, establece que el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, será nulo de pleno derecho, siendo la filiación materna del menor determinada por el parto y la paterna según las reglas de la filiación matrimonial o la no matrimonial, según el caso. Esto supone que, de acuerdo con lo establecido en la Ley (de 8 de junio de 1957) del Registro Civil, no es posible hacer una inscripción de nacimiento por transcripción de la certificación local cuando haya duda de su legalidad conforme a la Ley española. En consecuencia, se desaconseja claramente iniciar un proceso de este tipo por no tener cabida en el ordenamiento jurídico español. Las Autoridades españolas no pueden hacerse responsables de las promesas y afirmaciones hechas por agencias privadas, que realizan fuera de España una actividad no amparada por la Ley española. Tampoco se puede asegurar que el tratamiento que se da a las madres gestantes sea bueno. En este contexto, la Sección Consular de la Embajada de España en Ucrania, siempre dentro del marco legal vigente, no asumirá responsabilidades derivadas de un negocio jurídico nulo de pleno derecho que desaconseja realizar. Finalmente se advierte y se informa que esta sección consular es conocedora de que en los últimos meses se han venido produciendo estafas y engaños por parte de las denominadas clínicas de reproducción asistida y las personas vinculadas a este tipo de negocios (irregularidades en el proceso, falta de informes, falta de transparencia y principalmente mala praxis médica), que como se reitera, no están permitidos en España.’

⁴⁵Según su página web oficial (www.registrocivil.es), El Registro Civil es una base de datos de la población española que recoge su filiación, información familiar, fechas y lugar de nacimiento y defunción así como los diferentes estados que puede tener en sus estados civiles (actos de matrimonio, hijos, divorcios y separaciones).

⁴⁶Tanto la Ley de Registro Civil de 8 de junio de 1957 como su Reglamento, de 14 de noviembre de 1958, son los pilares que sustentan el Derecho registral civil español. Este cuerpo normativo es completado con otras disposiciones de inferior rango emanadas en esencia de la Dirección General de Registros y del Notariado. Además, es reformado en un gran número de preceptos por otras disposiciones introducidas en los últimos años en el Código Civil, en materias que tienen relación con el estado civil de las personas. Para ello se redactó la Ley 20/2011 de 21 de julio de 2011 del Registro Civil. Su objetivo era modernizar y adecuar la Ley al ordenamiento jurídico actual. Entre los objetivos de esta ley podemos destacar que deslinda con claridad las tradicionales funciones gubernativas y judiciales, se supera la fijación por la constatación territorial de los hechos concernientes a las personas, se suprime el antiguo sistema de división del Registro Civil en Secciones, se crea un registro individual para cada persona, los actos del Registro Civil quedan sujetos a control judicial, se diseña un Registro Civil único para toda España que se configura como una base de datos única e informatizada aunque el carácter electrónico del Registro Civil no significa alterar la garantía de privacidad de los datos contenidos en el mismo. Sin embargo, la entrada en vigor de esta ha sido prorrogada ya que en el BOE, con fecha de 29 de junio de 2017, se ha publicado la Ley 4/2017, de 28 de junio, de modificación de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria. En su artículo único, apartado cuatro, se recoge la modificación del apartado doce, de la disposición final cuarta, que modifica la disposición final décima de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil, por lo que refiere a su entrada en vigor. Así, se prorroga la misma al día 30 de junio de 2018.

También, en su artículo 15 expone que es necesario inscribir además de los hechos que tengan lugar en territorio español, los que sucedan fuera pero sean necesarios para conseguir inscripción en el Registro Civil español.⁴⁷

En el territorio español, ante la imposibilidad de realizar un contrato de gestación en el propio territorio, parejas heterosexuales españolas suscribían contratos de maternidad subrogada en países donde esta era legal, los niños fruto de este contrato eran inscritos en el Registro Civil español sin mayores complicaciones. El panorama cambia cuando la legislación española sufre un cambio y mediante la Ley 13/2005, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio, se introduce en nuestra legislación el matrimonio entre contrayentes del mismo sexo⁴⁸ con plenitud de igualdad, superando de esta forma la concepción tradicional de la diferencia de sexos como fundamental para el reconocimiento de la institución matrimonial por nuestro Derecho. Este ha sido precisamente el caso de dos varones casados entre sí que pretendían la inscripción de un bebé como hijo de ambos, ante la evidencia biológica de que ninguno de ellos ha podido alumbrar al hijo, por lo que se presupone la utilización de un vientre de alquiler. Es por ello, que es muy ilustrativa la situación que se dio por el nacimiento de un par de gemelos en San Diego (California, Estados Unidos) el 24 de octubre de 2008, cuyos padres intencionales eran un matrimonio homosexual conformado por dos varones españoles. Este asunto se ha convertido en un referente jurídico a nivel nacional y es por ello por lo que le dedicamos un apartado concreto:

5.- ASUNTO VALENCIA

5.1.- RESOLUCIÓN 18 DE FEBRERO DE 2009 DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE REGISTROS Y DEL NOTARIADO⁴⁹

Esta pareja, recurrió lo que se entiende como una gestación por sustitución del tipo gestacional, ya que ambos aportaron esperma para la fecundación de un óvulo aportado por una tercera donante que posteriormente sería implantado en el útero de la madre gestante.⁵⁰ La pareja para inscribir acudió al Registro Civil Consular de España en la ciudad de Los Ángeles con el propósito de realizar la inscripción de estos como hijos suyos. Para ello presentaron a modo de documentos acreditativos el Libro de Familia donde se reflejaba el matrimonio celebrado, el

⁴⁷ Artículo 15 de la Ley de 8 de junio de 1957 sobre el Registro Civil: *‘En el Registro constarán los hechos inscribibles que afectan a los españoles y los acaecidos en territorio español, aunque afecten a extranjeros. En todo caso se inscribirán los hechos ocurridos fuera de España, cuando las correspondientes inscripciones deban servir de base a inscripciones exigidas por el derecho español.’*

⁴⁸ Ley 13/2005 de 1 de julio de 2015.

⁴⁹ BOE núm. 60, de 10 de marzo de 2009.

⁵⁰ QUIÑONES ESCÁMEZ, A. *“Doble filiación paterna de gemelos nacidos en el extranjero mediante maternidad subrogada (en torno a la RDGRN de 18 de febrero de 2009)”*. InDret, Barcelona, julio 2009, p.5: *Pone de manifiesto que la manera de utilizar esta técnica para el caso parejas homosexuales de varones es la de mezclar el semen de la pareja, siendo altamente improbable que queden fecundados a la vez embriones con el semen de cada uno de ellos.*

certificado de nacimiento de los niños y de los promotores. El cónsul español en Los Ángeles, apoyándose en que, ante la imposibilidad biológica de llevar a cabo el embarazo y posterior parto de los dos varones, entendió que estos habían acudido a un vientre de alquiler, por lo que dado que esta técnica está prohibida en España, denegó la inscripción mediante Auto en noviembre de 2008.

Los padres intencionales recurrieron el citado auto, y ello dio lugar a la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 18 de febrero de 2009, por la cual se autorizaba la inscripción de los menores en el Registro Civil español como hijos de la pareja homosexual.

Esta resolución estimó que a pesar de ser ilegal la técnica reproductiva usada para dar lugar al nacimiento de los niños, se debe reconocer e inscribir la filiación a favor de la pareja homosexual recurrente. Esto era importante ya que sentaba precedente para reconocer válida la inscripción en el registro español de hijos que hayan sido concebidos mediante esta técnica por parte de parejas homosexuales que hayan acudido a esta técnica fuera de nuestras fronteras, siendo válidos los convenios redactados por agencias privadas que ofrecen tanto servicios médicos como jurídicos⁵¹. Esta resolución alegaba que es la certificación registral californiana una auténtica decisión que ni quiebra principios básicos del derecho español ni vulnera el orden público internacional, además sostiene que puede recomendarse la inscripción en el Registro Civil español de una filiación que obre en un Registro Civil extranjero⁵² siempre que esto se haga en ‘interés superior del menor’⁵³. Para la DGRN esta inscripción no vulnera el orden público español ya que se puede inscribir la filiación a favor de dos varones al igual que se hace en el caso de que estos adopten, al igual que según el artículo 7.3 de la LTRHA se puede a favor de dos mujeres.

5.2.- SENTENCIA 193/2010 DE 15 DE SEPTIEMBRE DEL JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA NÚMERO 15 DE VALENCIA⁵⁴

El Ministerio Fiscal interpuso una demanda y este Juzgado de Primera Instancia la estimó por lo que dejó sin efecto la inscripción registral, ordenando la cancelación de esta. El Juez entendió que el principio de jerarquía normativa del artículo 9.3 de la Constitución Española

⁵¹ GARCÍA ALGUACIL, M, J. “*Incoherencia legislativa o despropósito judicial? A raíz de la sentencia del tribunal supremo de 6 de febrero de 2014*”. Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil núm. 3/2014 parte Comentario. Editorial Aranzadi, S.A. Pamplona 2014,

⁵² AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO, M. “*La tutela y demás instituciones de protección del menor en Derecho Internacional Privado*”. BIJM, 1996, núm. 1766, pp. 7-30.

⁵³ Artículo 3 de la Convención de Nueva York sobre los Derechos del Niño (20 de noviembre de 1989), y en cumplimiento de los dispuestos en los artículos 6 y 7 del Convenio de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, en los cuales se apuesta por el reconocimiento de la identidad de los niños, la cual debe ser la misma tanto en el país de nacimiento como en aquel en el que residen.

⁵⁴ Actualidad Civil. Editorial Aranzadi (AC 2011, 1561)

podría haber sido quebrantado ya que en vez de aplicar el artículo 23 de la Ley de Registro Civil de 1957⁵⁵ se habrían aplicado los artículos 81⁵⁶ y 85⁵⁷ del Reglamento de Registro Civil de 1988.

Esta sentencia fue recurrida por el matrimonio mediante recurso de apelación.

5.3.- SENTENCIA NÚMERO 826/2011 (ROLLO DE SALA 949/2011) DE FECHA 23 DE NOVIEMBRE DE 2011⁵⁸

La Sala falló desestimando el recurso de apelación y confirmando la sentencia de instancia. En esta sentencia la Sala entiende también que el principio de jerarquía normativa ha sido quebrantado.

En sus Fundamentos Jurídicos 2 y 4 entiende que la filiación es el resultado directo de la realización de un contrato de gestación por sustitución, prohibido en nuestras fronteras, y que vulnera la integridad moral⁵⁹, la protección por parte de los poderes públicos de hijos y madres, independientemente de su estado civil⁶⁰, la dignidad humana⁶¹ así como la indisponibilidad de la persona.

Por otra parte, se expone que el interés superior del menor no puede satisfacerse quebrantando la ley, ya que la legislación española regula el cauce de la adopción para posibilitar a la pareja recurrente la filiación de un niño como hijo de ambos.

5.4.- INSTRUCCIÓN DE 5 DE OCTUBRE DE 2010, DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO⁶².

Esta resolución fue dictada durante la resolución del anterior procedimiento, y ha sido objeto de durísimas críticas por parte de la doctrina y de nuestros Tribunales. El objeto de esta Instrucción es el de dotar de plena protección jurídica el interés superior del menor, así como de otros intereses presentes en los supuestos de gestación por sustitución, y para ello expone los criterios que determinan las condiciones de acceso al Registro Civil español de los nacidos en el

⁵⁵ Artículo 23 de la Ley de Registro Civil de 1957: *'también podrá practicarse (la inscripción) sin necesidad de previo expediente, por certificación de asientos extendidos en Registros extranjeros, siempre que no haya duda de la realidad del hecho inscrito y de su legalidad conforme a la Ley española.'*

⁵⁶ Artículo 81 del Reglamento del Registro Civil: *'El documento auténtico, sea original o testimonio, sea judicial, administrativo o notarial, es título para inscribir el hecho de que da fe. También lo es el documento auténtico extranjero, con fuerza en España con arreglo a las leyes o a los Tratados internacionales'*

⁵⁷ Artículo 85 del Reglamento del Registro Civil: *'Para practicar inscripciones sin expediente en virtud de certificación de Registro extranjero se requiere que éste sea regular y auténtico, de modo que el asiento de que se certifica, en cuanto a los hechos de que da fe, tenga garantías análogas a las exigidas para la inscripción por la Ley española. Se completarán por los medios legales los datos y circunstancias que no puedan obtenerse de la certificación o parte extranjero, por no contenerlos, por no merecer en cuanto a ellos autenticidad o por ofrecer, por cualquier otro motivo, dudas sobre su realidad.'*

La falta de inscripción en el Registro extranjero no impide practicarla en el español mediante título suficiente.'

⁵⁸ **Sentencia Civil N.º 826/2011, Audiencia Provincial de Valencia, Sección 10, Rec. 949/2011 de 23 de Noviembre de 2011. CENDOJ: 46250370102011100707.**

⁵⁹ Artículo 15 de la Constitución Española.

⁶⁰ Artículo 39.2 de la Constitución Española.

⁶¹ Artículo 10.1 de la Constitución Española.

⁶² RCL 2010, 2624.

extranjero mediante gestación por sustitución. Esta Instrucción se basa en el Principio de orden público internacional y defiende principios que se encuentran en la Constitución tales como el derecho a la dignidad de la persona, el libre desarrollo de la personalidad y el derecho a la igualdad.

La instrucción comienza hablando de la nulidad del contrato de gestación por sustitución en nuestro ordenamiento jurídico, a la par que explica que la legislación española regula otras vías legales que permiten la atribución de paternidad del niño.

Mantiene el criterio de la resolución de 18 de febrero de 2009 pero, en esta ocasión, añade el requisito de que uno de los solicitantes debe ser de nacionalidad española, fundamentando esto en la protección del interés del menor. La instrucción también apuesta por la protección de las mujeres que vayan a ejercer como madres gestantes. Dicha resolución establece como requisito el respeto a ciertos factores⁶³ orientados a conseguir el control del cumplimiento de los requisitos de perfección y contenido del contrato: exigencia de resolución judicial extranjera sobre la filiación, exigencia de *exequatur* en España de la resolución judicial extranjera, exigencia de reconocimiento incidental y decisión del encargado respecto al *exequatur* por homologación judicial previa, o de reconocimiento incidental registral.

5.5.- SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO NÚMERO 835/2013 DE 6 DE FEBRERO DE 2014⁶⁴

5.5.1- Comentario de la Sentencia del Tribunal Supremo número 835/2013 de 6 de febrero de 2014

Volviendo al asunto principal, la pareja interpuso recurso de casación ante la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia que confirmaba la sentencia del Juzgado de Primera Instancia.

El recurso de fundamentó en la infracción del principio de igualdad⁶⁵, en relación con el derecho de identidad única de los menores, así como con el interés superior del menor⁶⁶. Más en concreto, podemos extraer tres pilares fundamentales en los que se fundamenta la argumentación:

- Que resultaría discriminatorio la negación a permitir la inscripción en el Registro Civil español de la filiación de los niños nacidos en California a favor de dos varones por el hecho de que estos constituyan una pareja homosexual.

- Que negar a los menores su filiación claramente es algo que vulnerara el interés del menor, lo cual les lleva a un estado de desprotección. Además, los recurrentes van a ejercer mejor el papel de

⁶³ CALVO CARAVACA, A.L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. “Notas críticas en torno a la Instrucción de la DGRN de fecha 5 de octubre de 2010, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución”. Cuadernos de Derecho Transnacional. Marzo 2012.

⁶⁴ Sentencia de la sala 1ª del Tribunal Supremo 835/2013, de 6 de febrero de 2014. Recurso de Casación núm. 245/2012. Aranzadi (RJ/2014/736).

⁶⁵ Artículo 14 de la Constitución Española.

⁶⁶ Consagrado en la Convención de Derechos del Niño de Nueva York, de 2 de noviembre de 1989. RCL 1990, 2712.

padres al ser estos los que intencionalmente tienen el deseo de serlo frente a una mujer que ha actuado como madre gestante y que sin ninguna intención de convertirse en madre de los pequeños se limita a cumplir su parte en el contrato. Por último, también se alega que el menor tiene derecho a una identidad única que es merecedora de un respeto, independientemente de fronteras estatales.

- Que el reconocimiento de la filiación, la cual vino determinada en la certificación registral californiana, no es contradictoria con el orden público internacional español.

Tras el planteamiento de motivos por la parte recurrente, el Tribunal Supremo resolvió el recurso planteado. El voto mayoritario de los Magistrados basaba la desestimación del recurso en base a tres cuestiones:

1- El concepto jurídico de orden público.

2-El interés superior del menor.

3- El acceso registral de la certificación expedida por parte de la autoridad administrativa de California.

Según el propio Tribunal Supremo, el objeto sobre el que trata la cuestión y que debe dilucidarse, es si se dota de validez por parte de las autoridades del Registro Civil español a una decisión realizada por parte de autoridades extranjeras y que puede comprometer el orden público español. La decisión en cuestión es que las autoridades californianas establecen la filiación de los niños a favor de los padres intencionales. Los órganos administrativos californianos determinan la filiación basándose en las leyes propias del Estado de California. Por lo tanto, es tarea de este tribunal comprobar si la decisión de los órganos administrativos del Registro Civil californiano es digna de reconocimiento, así como de desplegar efectos en el sistema jurídico español. Para nuestro Alto Tribunal, la norma aplicable a un supuesto como este debe ser la ley material a la que remita la norma de conflicto aplicable. No nos encontramos ante un caso de conflicto de leyes sino ante un caso de reconocimiento. Se había cometido un error al aceptar ese reconocimiento basándose en la aplicación del artículo 85 del Reglamento del Registro Civil, en relación con el artículo 81. Esto implicaría que la única comprobación pertinente es que esta certificación fuese auténtica y regular. Esto implica que no debería comprobarse el fondo, que es el determinar la filiación a favor de una pareja de varones. Sin embargo, para el TS la forma correcta de realizar este reconocimiento es aplicando el artículo 23 LRC. Este artículo implica que además de comprobar la regularidad y autenticidad de la certificación extranjera para asegurarnos que esta presenta unas garantías análogas a las exigidas por la ley española, también debe controlarse la legalidad en España del hecho inscrito, así como su certeza y realidad. Los magistrados en la sentencia, entienden que *'el control en que consiste este reconocimiento se extiende a que 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'. Por lo tanto, se señala como característica a tener en cuenta, para practicar la inscripción del nacimiento de los menores, la existencia de un control que no solo sea formal del documento en el que nos basamos para la posterior anotación registral, sino que es necesario, a su vez, que se examine el contenido del documento, que es un factor que perfectamente puede justificar que se deniegue la inscripción. Este pronunciamiento faculta al encargado del Registro Civil a denegar la inscripción en el Registro cuando este sea contrario al orden público internacional español, ya que este está obligado a realizar una comprobación del asiento objeto de la certificación.

Esto implica que, el control que debe realizarse por parte de las autoridades registrales españolas consiste en distinguir si hay una vulneración del orden público español al reconocer la certificación registral extranjera. Este respeto al orden público debe entenderse como 'el sistema de derechos y libertades individuales garantizados en la Constitución y en los convenios internacionales de derechos humanos ratificados por España, y los valores y principios que estos encarnan'⁶⁷ Esta serie de derechos y libertades, han sido la mayoría de ellos consagrados mediante su existencia en, el Título I de la Constitución, y estos deben servir como límite para reconocer decisiones extranjeras⁶⁸.

En relación a esto, el informe de la Conferencia de Derecho Internacional Privado de la Haya de marzo de 2012⁶⁹, propone seguir otras pautas. Para estos casos la Conferencia propone que se asuma un sistema de orden público internacional atenuado para situaciones como estas, que se crean en un país extranjero al amparo de su ley, siendo totalmente legal en dicho país pero que pretende tener efectos jurídicos en otro. En definitiva, lo que se pide es que se haga una interpretación más liviana en la aplicación de este orden público internacional buscando lo mejor para el interés superior del menor.

Es necesario para ello poner en relación el concepto de orden público internacional español con la agrupación de disposiciones normativas recogidas en el ordenamiento jurídico español. Para el caso que nos atañe, hay que entender que la composición de este concepto jurídico indeterminado se

⁶⁷ Fundamento jurídico 3º.4. Sentencia T.S. de 6 de febrero de 2014.

⁶⁸La sentenciase refiera de forma explícita, en relación a estos límites, a la doctrina establecida en el Fundamento Jurídico Cuarto de la STC núm. 54/1989, de 23 de febrero.

⁶⁹La Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, cuyos orígenes datan de la segunda mitad del siglo XIX, es una organización interestatal de carácter permanente que tiene como objetivo favorecer la unificación progresiva de las normas de Derecho Internacional privado de los Estados miembros. Tiene lugar en la ciudad de La Haya, en Holanda. La Conferencia de La Haya, conformada por 82 miembros entre los que encontramos 81 países y la Unión Europea, contribuye al desarrollo del Derecho Internacional privado, no sólo a través de los convenios internacionales, donde cabe destacar que se han realizado más de treinta convenios, sino también a través de la aplicación extensiva de los mismos y de la influencia ejercida sobre la doctrina, la legislación y la jurisprudencia. La Oficina Permanente de la Conferencia de la Haya preparó el documento preliminar nº 10 de marzo de 2012, que fue presentado ante el Consejo de Asuntos Generales y Política de la Conferencia de la Haya en abril de 2012. Es destacable que en este documento se propone adoptar un instrumento internacional que permita, no tanto armonizar las normas de Derecho internacional privado sobre establecimiento de la filiación en casos en los que media un contrato de maternidad por sustitución, sino el establecer un marco de cooperación entre autoridades.

forma tanto por el artículo 10 de la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida, cuyo objetivo es prohibir la utilización de la gestación por sustitución. En la sentencia se destaca el hecho que la pareja homosexual acudió a California para poder concertar este contrato de gestación, que el ordenamiento jurídico español no permite, al ser una gestación que tiene un eminente carácter oneroso.

Para el TS, los avances en las regulaciones legales de las relaciones familiares no tienen en cuenta únicamente el hecho biológico para establecer la filiación, pero por otra parte expone que *‘en nuestro ordenamiento jurídico y en el de la mayoría de los países con ordenamientos basados en similares principios y valores, no se acepta que la generalización de la adopción, incluso internacional, y los avances en las técnicas de reproducción humana asistida vulneren la dignidad de la mujer gestante y del niño, mercantilizando la gestación y la filiación, "cosificando" a la mujer gestante y al niño, permitiendo a determinados intermediarios realizar negocio con ellos, posibilitando la explotación del estado de necesidad en que se encuentran mujeres jóvenes en situación de pobreza y creando una especie de "ciudadanía censitaria" en la que solo quienes disponen de elevados recursos económicos pueden establecer relaciones paterno-filiales vedadas a la mayoría de la población.*⁷⁰

El Tribunal Supremo entendió que los contratantes se desplazaron a California para realizar el citado contrato, a sabiendas de que esta era ilegal en España y buscando de esta forma una ‘huida’ de lo establecido en el ordenamiento jurídico español. Consideró que el artículo 10 de la LTRHA es parte del orden público internacional español lo que conlleva que la decisión que se busca reconocer es artificial, fruto de la ‘huida’ de la legislación española y por tanto el contrato de gestación por sustitución es nulo⁷¹ y no se reconoce la filiación a favor de los padres intencionales.

Para fundamentar su fallo, los magistrados alegan que España no es el único país que prohíbe la maternidad subrogada, ya que esta prohibición opera de forma similar en la mayoría de países la Unión Europea, siendo un factor determinante, también para los países que permiten esta técnica, la prohibición del carácter oneroso de estas prácticas.

Al final, los magistrados del Alto Tribunal español entendieron que la filiación que los recurrentes pretendían inscribir es consecuencia directa y principal del contrato de gestación por sustitución, que al ser contraria al artículo 10 LTRHA sería incompatible con el orden público español.

⁷⁰ Fundamento Jurídico 3º.6. Sentencia T.S. de 6 de febrero de 2014.

⁷¹ Fundamento Jurídico 3º.10. Sentencia T.S. de 6 de febrero de 2014 *“Lo expuesto lleva a considerar que la decisión de la autoridad registral de California al atribuir la condición de padres al matrimonio que contrató la gestación por sustitución con una mujer que dio a luz en dicho estado es contraria al orden público internacional español por resultar incompatible con normas que regulan aspectos esenciales de las relaciones familiares, en concreto de la filiación, inspiradas en los valores constitucionales de dignidad de la persona, respeto a su integridad moral y protección de la infancia.”*

La sentencia también, en lo que respecta al interés superior del menor, entiende que este no ha sido vulnerado y que estos no quedan desprotegidos. Propone varias soluciones tales como que el aportante de material ejerza la acción de reclamación de paternidad y su cónyuge solicite posteriormente la adopción⁷², fórmula presente en el artículo 10.3 de LTRHA. También propone otras fórmulas posibles en el ordenamiento jurídico español tales como el acogimiento familiar.

5.5.2.- Análisis de las consecuencias jurídicas de la Sentencia del Tribunal Supremo número 835/2013 de 6 de febrero de 2014

El fallo recogido en la Sentencia da lugar a complicadas situaciones que podrían surgir de su propia aplicación. No hay duda de su criterio provocaría que los padres intencionales sean considerados padres del niño fuera de nuestras fronteras, mientras que dentro de ellas tendrían una filiación distinta. Además, para las autoridades españolas sería considerada madre la madre gestante, que no tiene ninguna intención de inscribir la filiación de los niños a su favor. Los padres intencionales deberían inscribir los niños a favor de sólo uno de ellos, y esto puede conllevar una grave situación de desamparo, dado que mientras se estuviera realizando el proceso para inscribir al otro cónyuge estos podrían divorciarse o podría fallecer el varón determinado en primer lugar. En ese caso la madre intencional no tendría ninguna potestad sobre los menores, a lo que hay que sumar que al no quedar inscritos como madre la madre intencional, no tendrían derechos sucesorios los menores en caso de fallecimiento de esta. Todo esto podría derivar en problemas burocráticos para cuestiones como alteración de los apellidos o pérdida de la nacionalidad española de los menores, lo que podría afectar al derecho de los menores de acceder a la sanidad pública. A esto se suma problemas en materia de acceso a la educación o ayudas.

5.5.3.- Voto particular de la sentencia del Tribunal Supremo número 835/2013 de 6 de febrero de 2014

En la propia sentencia, se emitió voto particular por parte del Magistrado, Excmo. Sr. Seijas Quintana, en voz de la minoría del pleno⁷³. La existencia de este voto particular refleja que no existe una uniformidad en relación a cómo tratar este tema, controvertido, y que tal vez el enfoque que el Tribunal Supremo dio a esta situación no fue el más adecuado.

En este voto se expone que la existencia de ese contrato de gestación por sustitución no queda probada, sino que se presupone, ya que de este contrato no existe prueba alguna en la certificación registral. Es por ello que la DGRN se tiene que limitar a reconocer un documento auténtico de

⁷²Fundamento Jurídico 4º.11.Sentencia T.S. de 6 de febrero de 2014. “Existen en nuestro ordenamiento jurídico diversas instituciones que lo permiten. 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 los recurrentes lo fuera, podría determinarse la filiación paterna respecto del mismo. Asimismo, figuras jurídicas como el acogimiento familiar o la adopción permiten la formalización jurídica de la integración real de los menores en tal núcleo familiar.”

⁷³ A este voto particular se sumaron cuatro de los nueve magistrados.

autoridad administrativa extranjera, ya que al existir una decisión previa no se debería plantear ningún conflicto sobre ley aplicable. Ya que el documento extranjero permite la inscripción en el Registro Civil español teniendo en cuenta que al ser acorde con la ley californiana no debería realizarse un control previo de legalidad.

La cuestión principal radicaría en este caso en si la decisión de inscribir es contraria al orden público internacional. Para el ordenamiento jurídico español es nulo el contrato de gestación por sustitución, pero en este caso estamos pretendiendo inscribir es un efecto colateral proveniente de un país donde este es legal, cosa muy distinta. España no tiene que reconocer la validez del contrato de gestación por sustitución sino una decisión extranjera válida y legal conforme a la normativa californiana. La única vía para denegar la inscripción es alegar una vulneración del orden público internacional, entendiendo este como interés superior del menor. Este debe ser flexibilizado y adecuarse a la situación, como expone el artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño⁷⁴.

Por último no queda claramente explicado dónde se ve atacada la dignidad de la madre gestante. Esta presta un consentimiento libre y voluntario, y dicho consentimiento es aceptado en el seno de un procedimiento judicial cuyo objetivo es determinar la filiación de los niños de acuerdo a la voluntad de las partes.⁷⁵

6.- JURISPRUDENCIA DEL TEDH:

6.1.- SSTEDH DE 26 DE JUNIO DE 2014 CONTRA FRANCIA⁷⁶

El TEDH, en fecha de 26 de junio de 2014 dictó dos sentencias que obligaban a replantearse a los tribunales españoles su posición, ya que en estas sentencias se entendían de forma diferente tanto el interés superior del menor como el tratamiento de los derechos humanos que estas situaciones merecen. Los asuntos que propiciaron estas sentencias son los asuntos *Mennesson* y *Labassee*, ambos contra Francia. Estos casos y la jurisprudencia que iba a derivarse de ellos, es trascendente ya que nos encontramos ante la primera vez en la que el TEDH ha tenido que emitir un pronunciamiento sobre el alcance y la trascendencia en el establecimiento de la filiación en un caso de gestación por sustitución. El TEDH emite dos sentencias que enjuician situaciones similares y en las que muchos de los fundamentos jurídicos coinciden. Para las dos situaciones, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos dictamina que el interés superior del menor es un concepto que debe plasmarse de forma clara y meridiana a la hora de establecer la filiación. Esto faculta que desde el nacimiento del niño su filiación esté debidamente acreditada, lo cual no puede ser vulnerado por el diferente tratamiento legislativo sobre la gestación por sustitución que proporcione el país de origen de los padres contratantes, en el

⁷⁴ RCL 1900,2712.

⁷⁵ California Family Code. Sección 7630.

caso de que sea este el elegido como de residencia para el menor. Se presentaron dos casos de matrimonios heterosexuales de origen francés con problemas de fertilidad que buscando su anhelo de ser padres, y ante la prohibición por parte de la legislación francesa de la gestación por sustitución, habían decidido acudir a dos estados de EE. UU. En los que esta práctica es legal (California y Minnesota). En ambas situaciones el semen lo habían aportado los respectivos maridos y el óvulo venía de una donante.

6.1.1- Menesson contra Francia

En este caso, un tribunal de California decidió el 14 de julio del año 2000 la paternidad de la pareja formada por Dominique y Sylvie Menesson ya que en el proceso se verificó que todas las partes involucradas (padres intencionales, mujer gestante y marido de esta) daban su consentimiento de forma libre y voluntaria. El 25 de julio del año 2000 nacieron dos niñas gemelas. En días posteriores la pareja se dirigió al consulado francés para inscribir a las niñas como hijas suyas pero el cónsul se negó ya que tenía sospechas de que habían acudido a un vientre de alquiler. En mayo de 2001 el Ministerio público denunció a los Menesson como supuestos autores de un delito de simulación de parto y alteración del estado civil. El 16 de mayo de 2003, el Ministerio Fiscal interpuso ante el Gran Tribunal de Instancia Francés⁷⁷ una demanda civil con el único objetivo de anular las actas de nacimiento de las menores, apoyándose en la violación del orden público, entendido este como indisponibilidad del cuerpo humano y del estado civil de las personas, alegando los artículos 16-7 y 16-9 del código civil francés que son los que prohíben la figura de la maternidad subrogada.

Dicha demanda fue desestimada por parte del tribunal francés, en sentencia de fecha 13 de diciembre de 2005, ya que este entendía que no cumplía los requisitos legales necesarios. Por otra parte, la Corte de Apelación de París mediante sentencia de fecha 25 de octubre de 2007 rechaza la petición de nulidad a la que insta el Fiscal⁷⁸ alegando que lo que debería haber hecho el Ministerio Fiscal es impugnar los documentos públicos californianos que hacen referencia al estado civil así como el reconocimiento de la decisión americana. Esto lo fundamentaban en el artículo 47 del Código Civil Francés⁷⁹. También se alegó el artículo 3 del Convenio de Naciones Unidas sobre Derecho del

⁷⁶ STEDH de 26 de junio de 2014. Caso Menesson c. France (n.º 65192/11) y caso Labassee c. France (n.º 65941/11).

⁷⁷ Tribunal de Grande Instance de Gréteil.

⁷⁸ Courtd'Appel de Paris. 25.10.2007. Notas de Cuniberti, G.JDI, 2008, pp. 145 y ss; HAUSER. J. 'Personnes et droits de la Famille'. RTDCiv, núm. 1, pp.193 y ss.

⁷⁹ Artículo 47 del Código Civil Francés: '*Cualquier acta relativa al estado civil de los Franceses y de los extranjeros realizada en un país extranjero y redactada en las formas usuales de ese país dará fe, salvo si otras actas o documentos poseídos, otros datos o elementos extraídos de la propia acta, determinaran que dicho documento es irregular, falso, o que los hechos que se declaran en él no se corresponden con la realidad. En caso de duda, la administración, a la que se haya acudido para solicitar el establecimiento, la transcripción o la expedición de un acta o de un título, aplazará su respuesta e informará al interesado de que, en un plazo de dos meses, podrá acudir al Fiscal de Nantes para que proceda a la verificación de la autenticidad del acta. Si éste estimara que no es procedente la solicitud de verificación que se le ha hecho, el Fiscal advertirá de ello al interesado y a la administración en el plazo de un mes. Si compartiera las dudas de la*

Niño de 1989⁸⁰ considerando que la decisión que da validez al contrato de gestación subrogada no produjera efectos, esto llevaría al resultado de que las niñas puedan quedar huérfanas y extranjeras a menos que fuera determinada legalmente la filiación paterna.

El Abogado General del Tribunal recurrió esta decisión mediante recurso de casación ante la Corte⁸¹ el 17 de diciembre de 2008. El Tribunal no quiso entrar a valorar el fondo del asunto ya que entendía que esto debería ser tratado por el Tribunal de Apelación. Finalmente, el asunto llegó hasta la Corte de Apelación de París⁸², que tomó la decisión de anular la transcripción de las actas de nacimiento e incluir esta sentencia en el marginal de la inscripción de nacimiento anulada basándose en los siguientes motivos:

-La ausencia de inscripción no tiene como objetivo despojar a las menores de su estado civil americano ni tampoco impugnar una filiación que les ha sido reconocido en virtud de lo dispuesto en un derecho extranjero.

-Apelar al interés superior del menor no puede servir para hacer que sea válido a posteriori un proceso ilegal para el legislador francés.

-La eficacia de las actas de nacimiento queda pendiente de la regularización internacional de esa decisión judicial, ya que dichas actas se basan en una sentencia emitida por un órgano judicial californiano.

-Para reconocer decisiones judiciales extranjeras en Francia es preciso que haya competencia indirecta de un juez extranjero, la cual se debe basar en la conexión entre el litigio y la jurisdicción de origen, que esta sea conforme con el orden público francés y la inexistencia de fraude de ley.

-Una sentencia californiana que valide un contrato de gestación por sustitución es contraria al orden público internacional, ya que estos están prohibidos en Francia.

administración, el Fiscal de Nantes, en un plazo que no podrá ser superior a seis meses y que podrá ser renovado una vez si así lo requiere la investigación, procederá a realizar todas las investigaciones necesarias, en particular acudiendo a las autoridades consulares competentes. Informará lo antes posible al interesado y a la administración sobre el resultado de dicha investigación. A la vista de los resultados de las investigaciones llevadas a cabo, el Fiscal podrá acudir al Tribunal de Grande Instance de Nantes, para que resuelva sobre la validez del acta, tras haber ordenado eventualmente todas las medidas de instrucción que consideren necesarias'.

⁸⁰Artículo 3 del Convenio de Naciones Unidas sobre Derecho del Niño de 1989: '1. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño. 2. Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas. 3. Los Estados Partes se asegurarán de que las instituciones, servicios y establecimientos encargados del cuidado o la protección de los niños cumplan las normas establecidas por las autoridades competentes, especialmente en materia de seguridad, sanidad, número y competencia de su personal, así como en relación con la existencia de una supervisión adecuada.'

⁸¹Court of Cassation

⁸²Courtd' Appel de París.

Esta decisión dio lugar a que el matrimonio Mennesson recurriera ante la Corte de Casación. Para ello se basaron en los artículos 8⁸³ y 14⁸⁴ de la Convención Europea de los Derechos Humanos, que se refieren a la vida privada y familiar. También alegaron el artículo 3.1 del Convenio de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño. Asimismo, entendían que no hay que confundir orden público internacional con orden público interno. La Corte de Casación respondió a este recurso en fecha 6 de abril de 2011 y confirmó la sentencia de la Corte de Apelación de París. En su argumentación expusieron que entienden que la resolución emitida por los Tribunales Californianos es contraria al orden público internacional, lo que conlleva que las actas de nacimiento deben ser anuladas ya que el contrato de maternidad subrogada atenta contra el principio de indisponibilidad del cuerpo humano y del estado civil de las personas, lo que provoca un fraude de ley francesa ante el que no cabe alegar ni el derecho a la vida privada y familiar y el interés superior del menor.

6.1.2.- Labassee contra Francia

Este asunto es sustancialmente muy similar al ocurrido por el matrimonio Mennesson. En este caso también nos encontramos ante una pareja heterosexual francesa en la que la esposa tiene problemas de fertilidad. La pareja decide acudir a la figura de la gestación por sustitución y el estado americano de Minnesota es el lugar elegido. Tras la realización de la técnica, en la que el padre aporta el gameto masculino y una donante el femenino, nace una niña, cuya filiación queda determinada a favor de los Labassee previa resolución judicial de las autoridades norteamericanas. Los padres de la niña, que ha sido registrada en el registro civil estadounidense, quieren registrarla en el francés, pero se encuentran ante la negativa de este respecto al acta de nacimiento y consiguiente filiación extranjera, ya que las autoridades creían estar ante un caso de maternidad subrogada, la cual consideraban contraria al orden público internacional francés, al igual que pasa en el anterior caso. El matrimonio, ante la situación que se les presentaba, intentó realizar dicha inscripción mediante la figura de la posesión de estado.⁸⁵

De forma análoga al caso anterior, la Corte de Casación Francesa negó efectos al contrato de maternidad subrogada mediante sentencia del 6 de abril de 2011. Para el tribunal francés este contrato

⁸³ Artículo 8 de la Convención Europea de los Derechos Humanos: *'1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia. 2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás'*.

⁸⁴ Artículo 14 de la Convención Europea de los Derechos Humanos: *'El goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación'*.

⁸⁵ La posesión de estado es una figura jurídica la cual engloba un conjunto de circunstancias de hecho que poseen valor de derecho en relación con el estado civil de las personas, es decir, mediante una apariencia público-social cuya bases son un comportamiento anterior y no interrumpido, en este caso, entre el supuesto progenitor y el hijo, que exige como requisitos el 'tractatus', fama y 'nomen'

es contrario al orden público internacional de su país, siéndolo también tanto la posesión de estado alegada como los efectos jurídicos que esta desplegara en lo relativo a establecer la filiación de los padres comitentes. Sin embargo, el tribunal consideró que no se está privando a la menor de su filiación, puesto que esta está reconocida por parte del estado de Minnesota, a la par que ni se impedía al niño la convivencia con sus padres intencionales en Francia, ni se vulneraba el interés de este, como tampoco quedaba vulnerado su derecho a la vida privada y familiar.

6.1.3.- Comentario a las sentencias del TEDH de 26 de junio de 2014

Tanto los *Mennesson* como los *Labasse* llevaron sus pretensiones al Tribunal Europeo de Derechos Humanos, interponiendo demanda contra la República Francesa. Para ello alegaron que se vulneraba el derecho a la vida privada y familiar, protegida en el artículo 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos, así como que se vulneraba el interés superior de los menores.

El 26 de junio de 2014, el TEDH sentencia por partida doble, respondiendo a las demandas de ambas parejas y estableciendo, a grandes rasgos que nos encontramos ante una violación del art. 8 del Convenio Europeo de los Derechos Humanos cuando los Estados, en este caso el Estado Francés, no reconoce la relación de filiación entre los niños nacidos mediante vientre de alquiler y los progenitores que han acudido a este método reproductivo. Las decisiones tomadas por este son vinculantes para España. El Tribunal deja claro que la interpretación del artículo 8 del CEDH presupone la existencia de una familia, la cual se forma mediante unos vínculos familiares ‘de hecho’, es decir, una determinada relación entre los miembros constituyentes de dicha familia.⁸⁶ El Tribunal constata que la intromisión en el derecho al respeto a la vida privada y familiar de los padres recurrentes que se da mediante la negativa de las autoridades francesas a dar reconocimiento a la relación de filiación, está “prevista por la ley” en lo que respecta al artículo 8. Para los magistrados, las decisiones tomadas por las autoridades francesas afectan dos de los objetivos legítimos que recoge e intenta proteger el artículo 8: la “protección de la salud” y la “protección de los derechos y libertades de los demás”. Se entiende que el rechazo de Francia a reconocer el vínculo de filiación entre las parejas que han acudido a la gestación subrogada y los niños nacidos de la realización de esta técnica en el extranjero, procede de la voluntad de desincentivar a los ciudadanos franceses a acudir fuera de Francia a una técnica de reproducción asistida que prohíbe en su territorio con la finalidad de salvaguardar a los niños y a la madre portadora⁸⁷. Los Estados suelen tener una amplia libertad para decidir que consideran ellos como ‘necesario’ para una sociedad democrática, y su radio de acción es muy amplio cuando existe un consenso social sobre el interés en juego y la manera de proteger este, especialmente cuando emanan distintas cuestiones comprometidas, que implican consideraciones éticas o morales, es

⁸⁶ Punto 37 STEDH de 26 de junio asunto *Labasse* contra Francia y punto 45 STEDH de 26 de junio asunto *Mennesson* contra Francia.

por ello, que el margen de maniobra debe ser menor cuando estén en juego aspectos que atañen a la existencia o identidad del individuo.⁸⁸ Para este caso en concreto, el Tribunal destaca que no hay un consenso interestatal sobre el tratamiento jurídico o la moralidad acerca de realizar estas prácticas así como que estamos ante un caso que implica una cuestión esencial de la identidad de los individuos afectando a la filiación legal, lo que tiene numerosísimas consecuencias en el plano jurídico y práctico. Estas razones le llevan a hacer un balance y tratar de buscar una solución equilibrada que aúne los intereses de las partes en conflicto, es decir, el Estado Francés y los ciudadanos del mismo implicados en el litigio, pero teniendo en cuenta que, al afectar este asunto a la situación de un menor, entra en juego el interés superior del menor, el cual debe prevalecer siempre.⁸⁹

Para el TEDH la utilización del orden público internacional para denegar la inscripción de las actas de nacimiento implica que hay que valorar si el Tribunal Estatal ha ponderado correctamente los intereses en juego, ya que el interés del Estado al caso concreto no puede prevalecer sobre los intereses de los particulares⁹⁰.

En cuanto a si la negativa de inscripción ataca el derecho a la vida familiar de los padres intencionales, el TEDH considera que esto no es así. Es una verdad innegable que dicha negativa afecta a la vida familiar de la pareja, pero sin embargo este Tribunal también considera que los obstáculos con los cuales se han encontrado no son absolutos ni se han visto impedidos de disfrutar en Francia del derecho al respeto de su vida familiar. Ha quedado probado que padres e hijo han podido establecerse juntos en Francia poco después del nacimiento del hijo, que viven juntos en una similar a cualquier otra en las que viven otras familias y que no se ha estimado que exista ningún tipo de peligro relacionado con que las autoridades decidan separarles con motivo de su situación respecto del derecho francés. También han estimado los jueces franceses que las dificultades a las que han tenido que hacer frente los recurrentes no han ido más allá de los límites que impone el respeto a la vida familiar. Por lo tanto, se concluye en que se ha logrado alcanzar un equilibrio a la hora de ponderar los intereses de los recurrentes y los del Estado en lo que respecta al derecho de respeto a la vida familiar.

Sin embargo, el Tribunal considera que la realidad es otra en lo relativo al respeto a la vida privada de los niños nacidos mediante gestación por sustitución. Para el TEDH el respeto a la vida privada incluye la posibilidad de que cada individuo tenga la capacidad de establecer los detalles de su propia identidad como ser humano, incluyendo la filiación como un requisito esencial de la identidad. Este Tribunal considera ilegítimos los efectos que esa voluntad del Estado francés tiene sobre el

⁸⁷ Punto 54 STEDH de 26 de junio asunto Labasse contra Francia y punto 62 STEDH de 26 de junio asunto Mennesson contra Francia.

⁸⁸ Puntos 56-58 STEDH de 26 de junio asunto Labasse contra Francia y puntos 77-80 STEDH de 26 de junio asunto Mennesson contra Francia.

⁸⁹ Punto 60 STEDH de 26 de junio asunto Labasse contra Francia y punto 84 STEDH de 26 de junio asunto Mennesson contra Francia.

⁹⁰ Interés superior del menor y derecho a la vida privada y familiar.

derecho de filiación entre los menores así concebidos y sus padres de intención, porque no solamente tienen proyección sobre los padres, sino también sobre los menores y la situación que esto crea no puede ser considerada bajo ningún concepto compatible con el principio del interés superior del menor, lo cual implique que se declare vulnerado su derecho a la vida privada⁹¹. Las decisiones de Francia dejan a los niños en una situación de incertidumbre jurídica, ya que mientras en el extranjero los niños si son considerados hijos de la pareja contratante, en Francia las autoridades, actuando de acuerdo a su ordenamiento jurídico, les niegan dicha consideración, lo cual tiene consecuencias en muy variados ámbitos tales como nacionalidad, derechos sucesorios o responsabilidades paterno-filiales, por citar algunos. Esta contradicción sería constitutiva de una vulneración del derecho a la identidad de las personas ya que **atenta al reconocimiento de su identidad en el contexto de la sociedad francesa**. Se entiende que las actuaciones de las autoridades francesas afectan no solo a los padres sino también a **los niños, cuyo derecho al respeto a la vida privada, que implica que cada uno pueda establecer la sustancia de su identidad, incluida su filiación, se encuentra en situación de riesgo**. Ello hace incompatible la situación derivada de las decisiones tomadas por parte del Estado Francés y el interés superior de los niños, cuya vigilancia tiene más importancia que cualquier otra consideración o valor a defender entre los que debemos sopesar en este caso concreto. La sentencia explica que este análisis adquiere especial importancia cuando uno de los miembros de la pareja es donante de material genético lo cual implica que engendró al niño. Atendiendo a la importancia de la filiación biológica como elemento definidor de la identidad de todo individuo, no hay posibilidad de alegar que sea conforme con el interés superior del niño el negarle un vínculo jurídico de esta entidad e importancia cuando la realidad biológica de dicho vínculo ha sido establecida y el niño y el padre afectados reivindican su pleno reconocimiento. Sin embargo, en el caso que estamos analizando no solo no ha sido admitida la relación entre los gemelos y su padre biológico mediante la solicitud de transcripción de sus respectivas actas de nacimiento, sino que se llega a dar el caso de que el reconocimiento por vías alternativas tales como una demanda de paternidad o la adopción o incluso alegando por efecto de posesión de estado, se encontraría con la jurisprudencia prohibitiva que establece al respecto el Tribunal Supremo.

Por lo tanto, ya que para el TEDH la negativa a la inscripción constituía una extralimitación sobre el margen de apreciación obligado que establece el artículo 8 CEDH, se condenaba a Francia a inscribir el nacimiento y filiación de los hijos nacidos de maternidad subrogada en países extranjeros

6.1.4.- Consecuencias en España de las sentencias del TEDH de 26 de junio de 2014

Lo decidido por el TEDH es vinculante para nuestro país, y es, en definitiva, un duro golpe para nuestro Tribunal Supremo, ya que la decisión que este tomo mediante sentencia de 6 de febrero

⁹¹ Punto 71-79 STEDH de 26 de junio asunto Labassee contra Francia y punto 87-100 STEDH de 26 de junio asunto

de 2014 es contraria a la emitida por el TEDH. Por otra parte, la sentencia refuerza lo que defendía el voto particular en voz de la minoría del Tribunal⁹². Por todo esto se vio obligado el Ministerio de Justicia español de publicar la Circular, de fecha 11 de julio de 2014 en la que comunicaba a los Registros Consulares que es obligatorio inscribir estos nacimientos, así como la filiación que de ellos se deriva. Ante esta situación los recurrentes españoles decidieron interponer un incidente de nulidad contra la STS de 6 de febrero de 2014. Ello fue contestado por parte del TS mediante el Auto de 2 de febrero de 2015 (nº335/2015).

6.2.- AUTO DEL TRIBUNAL SUPREMO NÚMERO 335/2015 DE 2 DE FEBRERO DE 2015

El Tribunal Supremo contestó mediante este auto al incidente de nulidad propuesto por parte de la pareja española ante la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014. Dicho Tribunal falla confirmando la resolución basándose en que el caso español no se asemeja a los casos franceses, a pesar de tener ciertas cosas en común.⁹³ El argumento que permite confirmar la sentencia del alto tribunal español es que las diferencias entre ambos países daban pie a que se vulnerara en interés de las menores en Francia, cosa que no pasaba en España, puesto que mientras que en Francia se impedía por cualquier vía el acceso de los niños nacidos mediante maternidad subrogada al Registro Civil, aun cuando había quedado probado el vínculo genético de estas con sus progenitores. Sin embargo, en España no se daba esta situación de desamparo por las siguientes razones que lo diferencian de la situación de los menores franceses:

- El ordenamiento jurídico español, prevé que respecto del padre biológico es posible la determinación de filiación paterna; y, en todo caso, si los comitentes y los niños efectivamente forman un núcleo familiar "de facto"⁹⁴.

- En lo relativo a nacionalidad y derechos sucesorios la legislación francesa determina que las niñas no pueden adquirir la nacionalidad francesa ni heredar a los comitentes en calidad de hijas. En España, la sentencia de esta Sala acordó que solo se anulara la mención a la filiación de los menores en tanto se determinaba la filiación biológica paterna y también, en su caso, la filiación que fuera acorde con la situación familiar 'de facto' de modo que, una vez quede determinada la filiación

Mennesson contra Francia

⁹² Este voto particular ya defendía en su Fundamento Jurídico 2º.3º que *'no hay orden público si en el caso se contrariara el interés de un niño, una persona de carne y hueso perfectamente individualizada' así como defendía que 'Es el Estado el que debe ofrecer un marco legal que le proteja y le proporcione seguridad jurídica'*.

⁹³Auto del Tribunal Supremo Número 335/2015 de 2 de febrero de 2015 Fundamento Jurídico 6º.10. *'Las similitudes entre la sentencia del Tribunal de Casación francés y la sentencia de esta Sala cuya nulidad se solicita se circunscriben a que ambas deniegan la transcripción al Registro Civil de las actas extranjeras de nacimiento que establecen la filiación de los niños respecto de los padres comitentes en supuestos de contratos de gestación por sustitución. Pero a partir de ahí, las diferencias son importantes.'*

⁹⁴Auto del Tribunal Supremo Número 335/2015 de 2 de febrero de 2015 Fundamento Jurídico 6º.10.

biológica respecto del padre biológico y la filiación por criterios no biológicos respecto del otro, tendrán la nacionalidad española y podrán heredar como hijos.

-Las circunstancias concretas relativas al litigio son distintas en los casos franceses y en el caso español.

-En el caso español se considera que no se ha dejado en situación de vulnerabilidad a los menores ya que ‘para proteger el interés del menor, y dado que era probable que alguno de los recurrentes fuera padre biológico de los niños, y que estos estuvieran integrados en un núcleo familiar "de facto" con los recurrentes, se instó al Ministerio Fiscal a proteger a los menores y a procurar su integración en ese núcleo familiar, en el caso de que efectivamente existiera, puesto que los menores no pueden cargar con las consecuencias negativas derivadas de que los recurrentes hayan acudido al contrato de gestación por subrogación’. Esto lo consiguieron aportando propuesta legal para la inscripción definitiva de los menores con filiación a favor de los recurrentes. El TS entiende que no se produce un *“desequilibrio vulnerador del derecho a la vida privada de los niños, en su aspecto de fijación de una identidad determinada”* ya que no son de gran entidad los inconvenientes que se produzcan en los recurrentes en el proceso de sustituir la filiación que resulta de de la transcripción de las actas de nacimiento de California por la filiación resultante de aplicar las normas del ordenamiento jurídico español. El TS entiende que estos inconvenientes no son de gran entidad ya que tienen una duración breve y los menores, dada su corta edad, no van a ser conscientes de la situación que pasa a su alrededor. Esta reflexión del TS obvia los graves problemas que se darían si durante este procedimiento falleciera el padre, lo que dejaría a los menores en una situación de desamparo y vulnerabilidad, al no haber sido establecida filiación alguna en favor de la madre intencional.

6.3.- CASO BOUVET Y FOULON CONTRA FRANCIA

Como consideración inicial, es importante destacar que, como ya hemos explicado en este TFG, el estado francés ya había sido condenado por parte del Tribunal Europeo de Derechos humanos mediante sentencia el 26 de junio de 2014 en el marco de los casos *Menesson* y *Labassee*. En estos casos, el TEDH condena a Francia por denegar la inscripción de niños que han nacido a partir de la gestación por sustitución en países extranjeros. Consideró el Tribunal Europeo que la sentencia dictada por el Tribunal de Casación francés, que negaba el reconocimiento de la filiación biológica de estos hijos con sus padres, atentaba contra el artículo 8 del CEDH que trata sobre el derecho fundamental al respecto de la vida privada.

Los casos que nos atañen⁹⁵ son similares. En el caso de Foulon el demandante realiza un contrato de gestación subrogada en la India para tener una niña que nace el 31 julio de 2009 mientras que en el caso Bouvet el demandante es padre de gemelos nacidos en fecha de 26 de abril de 2010. Los padres denuncian las dificultades experimentadas para poder obtener un pasaporte francés, una tarjeta de identidad o un certificado de nacionalidad, lo cual da lugar a numerosos obstáculos administrativos. Tras agotar las instancias judiciales francesas, Didier Foulon y Philippe Bouvet acudieron al Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que en una sentencia conjunta falló por unanimidad de los jueces que han tratado el caso que el Estado francés ha violado el artículo 8 del CEDH, lo que resulta en la obligación para Francia de entregar una indemnización a los padres muy similar en cantidad a la que se dio en los casos Mennesson y Labassee. En resumen, lo que el TEDH defiende es que Francia como país soberano tiene la potestad de prohibir la gestación subrogada a sus ciudadanos, pero al negarles los derechos de filiación a los hijos nacidos a través de esta técnica en un país extranjero donde esta si sea legal estima que lo que se está haciendo es vulnerar los derechos de los menores.

6.4.- CASO PARADISO CAMPANELLI CONTRA ITALIA⁹⁶

Esta sentencia apunta en otra dirección y da poder a los Estados a la hora de luchar contra la salida de nacionales para realizar contratos de gestación subrogada en el extranjero y posteriormente inscribir a dichos menores como hijos suyos. La *Grand Chamber* revocó la decisión previamente emitida por la *Second Section* de la propia CEDH consistente en que la medida adoptada por los tribunales de Italia, que consistía en retirarle al niño a una pareja que lo había obtenido mediante un contrato de maternidad subrogada en el extranjero y que no tenía ningún vínculo biológico con él, no viola el artículo 8 del CEDH.

Entrando detalladamente en el asunto, hay que indicar que en este caso nos encontramos ante un matrimonio de ciudadanos italianos, la Sra. Donatina Paradiso y el Sr. Giovanni Campanelli, los cuales guiados por su deseo de ser padres habían realizado varios intentos de fecundación *in vitro*. Ya que estos intentos fueron infructuosos decidieron acudir a la gestación subrogada en Rusia a través de la empresa Rosjurconsulting. Fruto de este acuerdo y mediante una madre gestante, nace en febrero de 2011 un bebé que, de acuerdo con lo establecido por la legislación rusa, fue inscrito como hijo de la Sra. Paradiso y del Sr. Campanelli sin ningún tipo de anotación que informase sobre que este bebé había nacido a través de un acuerdo de maternidad subrogada. En abril de 2011 el Consulado italiano en Moscú entregó los documentos que permitan al niño viajar a Italia. Una vez en Italia, más en

⁹⁵ Asunto Foulon es el 9036/14 y el asunto Bouvet es el 10410/14. Ambos resueltos a través de sentencia de 21 de julio de 2016.

⁹⁶ Sentencia de TEDH de 24 de enero de 2017, ECHR 034 (2017).

concreto en la ciudad de Collerorto, los padres procedieron a intentar la inscripción del niño como hijo de estos, lo cual fue denegado. Por otra parte, el Consulado de Italia en Moscú informó a las autoridades italianas de que el expediente sobre el nacimiento del niño contenía información de dudosa veracidad, ya que no se indicaba que el niño había nacido por un acuerdo de gestación subrogada, proceso ilegal de acuerdo a la legislación del Estado italiano. En el mes de mayo fue acusado el matrimonio de alteración del estado civil y de incumplimiento de la legislación italiana e internacional sobre adopción. Se realizaron pruebas de ADN y estas demostraron que el matrimonio Paradiso Campanelli no eran los padres biológicos del niño puesto que la clínica rusa había utilizado el semen de un donante en vez del semen del señor Campanelli. Esto nos deja en una situación donde la única certeza era la identidad de la madre subrogante, que no era madre genética y que no tenía ninguna intención de figurar ni de ejercer como madre del niño ya que había cedido los derechos sobre el niño tras el nacimiento. El Tribunal de menores de Campobasso pidió que se diera en adopción al niño al encontrarse este en una situación de abandono de acuerdo a lo dispuesto en las leyes italianas, puesto que según la legislación italiana la gestante por subrogación es considerada la madre. Posteriormente, la corte italiana de menores de Campobasso dictó una decisión mediante la cual ordenó el niño fue puesto a cargo de los servicios sociales, considerado en estado de abandono y confiado en acogimiento, siendo declarado idóneo para la adopción. El matrimonio intentó ser parte del proceso de adopción del niño pero las autoridades italianas denegaron esto argumentando que no eran los padres biológicos del niño. En el año 2013, el niño fue entregado a una familia adoptiva, y en abril de este mismo año el niño recibió una nueva identidad, indicando en su certificado de nacimiento nuevo que este niño había nacido de padres desconocidos.

Esto llevo a que la pareja acudiera al TEDH, el cual mediante Sentencia de 27 de enero de 2015 de la Sección 2ª del TEDH condenó a Italia por considerar que las actuaciones descritas atentaban contra el art. 8 del Convenio de Roma. La Sala entendía que pese a no existir una relación legal estrictamente hablando, ni biológica entre la pareja y el bebé, cabe apreciar que *de facto* había existido vida familiar en los términos del artículo 8. Esto se sostiene en que la pareja había compartido con el niño las primeras etapas importantes de su vida y que en ellas habían desempeñado en rol de padres. Como resultado, la medida tomada por la corte de menores de retirar el niño a la pareja no era sino una interferencia en la vida familiar. Para llegar a esta conclusión la Sala argumentó jurídicamente realizando una ponderación entre el derecho al respeto a la vida privada y familiar de la pareja, así como el interés superior del niño, frente al interés público, entendiendo que quitar el niño a esa pareja es una medida extrema que solamente encontraría justificación si la finalidad era proteger al niño frente a un daño inmediato, por lo que se violaba el artículo 8 del CEDH. No obstante, el pronunciamiento de la sección 2ª tuvo en contra el voto particular de los jueces Raimondi y Spiano

que entienden que el artículo 8º no puede ser interpretado de una forma que ampare como vida familiar aquella entre un niño y personas que no tienen ningún vínculo biológico con él y en donde los hechos sugieren que la custodia del niño derivaba de actos ilegales. Cabe destacar también que pese a lo que dictamina el TEDH este no dice que exista obligación de devolver al niño a su familia original, ya que éste ya ha desarrollado lazos emocionales con la familia adoptiva con la que lleva desde el 2013.

Pero más adelante se dio un cambio de tornas ya que la citada Sentencia ha sido revocada por la “Gran Sala” en reciente Sentencia de 24 de enero de 2017⁹⁷, que entendió que no existió vulneración del derecho al respeto a la vida privada y familiar. Antes de entrar a valorar la situación en cuestión, la Gran Sala aclaró que *‘Las disposiciones del artículo 8 no garantizan ni el derecho a fundar una familia ni el derecho a adoptar (...) El derecho al respeto de la vida familiar no protege el simple deseo de fundar una familia; este presupone la existencia de una familia (...), o por lo menos la relación potencial que se pudiera desarrollar, por ejemplo, entre un padre natural y un hijo nacido fuera de matrimonio (...), o la relación derivada de un matrimonio, aun cuando una vida familiar no haya sido plenamente establecida (...) o la relación entre un padre y su hijo legítimo, a pesar de que años después resulte que no existía un vínculo biológico (...) o la relación que deriva de una legal y verdadera adopción’*. En este caso el Tribunal cree que es necesario considerar que *“la ausencia de un vínculo biológico entre el niño y la pareja italiana, la corta duración de la relación con el niño y la incertidumbre de los vínculos desde el punto de vista jurídico, a pesar de la existencia de un proyecto de paternidad y la calidad de los vínculos afectivos, la Corte estima que las condiciones que le permitirían concluir que ha existido una vida familiar de facto no han sido cumplidas.”* Por ello, la primera consideración destacable es que no existe violación del derecho al respecto a la ‘vida familiar’, ya que en este caso no ha llegado a existir la mencionada ‘vida familiar’, ya que ni existe un vínculo biológico entre los demandantes y el niño, ni la convivencia fue durante un periodo largo ya que esta había sido de 6 meses en Italia, aunque la Señora Campanelli había convivido con el niño otros dos meses en territorio ruso. Por otra parte, se considera que, aunque las medidas denunciadas inciden sobre el derecho a la vida privada de los demandantes, no existe injerencia ilegítima⁹⁸ en este derecho teniendo en cuenta que el objetivo de las autoridades italianas es, con el objetivo de proteger a los niños, reafirmar la exclusiva competencia del Estado para reconocer la existencia de relaciones paterno-filiales, exclusivamente, en el caso de relación biológica o de adopción legal. A esto hay que añadir que la Gran Sala considera que los Tribunales italianos han obrado correctamente⁹⁹ y siempre

⁹⁷ECHR 034 (2017)

⁹⁸El Tribunal de Estrasburgo expone que *‘la Convención, al no reconocer un derecho a convertirse en padre/madre’ tiene como resultado que los ‘intereses públicos’ tienen primacía sobre ‘el deseo a ser padres’*.

⁹⁹ El TEDH entiende que las normas que prohíben la subrogación de vientres protegen intereses públicos muy importantes y reconoce que *‘Mediante la prohibición de acuerdos de subrogación, Italia ha considerado que persigue el*

dentro del margen de actuación que tiene cada Estado ya que realizan una justa ponderación de los intereses en juego porque la separación del niño de los demandantes no provoca aquél daños graves o irreparables.

7.- LA JURISDICCIÓN SOCIAL: JURISPRUDENCIA RECIENTE EN ESPAÑA:

7.1.- SENTENCIAS 25/10/16 Y 16/11/2016¹⁰⁰

Las dos sentencias que a continuación se expondrán y analizarán, constituyen un importante avance jurisprudencial ya que clarifica la situación al realizar una unificación de doctrina sobre un asunto que anteriormente presentaba dispares soluciones sobre la cobertura de la Seguridad Social en favor de las personas comitentes de un contrato de gestación subrogada para dilucidar si a las mismas se les puede reconocer las prestaciones que el ordenamiento socio-laboral prevé para los casos de maternidad o paternidad. En ellas se establece que existe en derecho a dichas prestaciones, **independientemente del origen biológico de la maternidad, entendiendo que los derechos ligados a la maternidad no se limitan a la maternidad biológica, sino que se extienden a otras figuras entre las que encontramos la adopción o el acogimiento con el objetivo de dar protección adecuada al interés del menor y propiciar una conciliación efectiva de las responsabilidades familiares y laborales.**

Anteriormente no existía una línea jurisprudencial uniforme por parte de los distintos tribunales, lo que creaba una cierta inseguridad jurídica. **En lo que a legislación se trata, hay que entender que el artículo 48.4 del ET no incluye expresamente la maternidad por sustitución como situación que genere el derecho al descanso por maternidad,** ya que solo menciona las situaciones de parto, adopción o acogimiento. En la misma línea, **el artículo 177 del TRLGSS no contempla como situación susceptible de protección a efectos de la prestación económica, la maternidad que derive de una maternidad subrogada.** A pesar de la existencia de criterios administrativos que no admitían este derecho, podíamos encontrarnos con ciertos fallos judiciales que reconocen la prestación de maternidad en supuestos señalados, **aplicando la analogía, al entender que, la maternidad subrogada, es otro supuesto de “maternidad”, teniendo una cobertura**

interés consistente en proteger a las mujeres y a los niños potencialmente afectados por las prácticas que considera como muy problemáticas desde el punto de vista ético. (...) Este interés general que subyace es también relevante respecto de medidas adoptadas por el Estado para disuadir a sus nacionales de hacer uso de dichas prácticas en el extranjero, las cuales están prohibidas en su propio territorio’.

protectora por el sistema de Seguridad Social. Afirmaban los Tribunales que aplicando la analogía, tenemos que dar el mismo tratamiento al supuesto de la maternidad subrogada que al de la adopción, en la que tampoco ha existido parto pero que sí recibe protección por parte del ordenamiento laboral¹⁰¹ y de la Seguridad Social¹⁰². La posición de nuestra **Administración de la Seguridad Social ha sido denegar estas prestaciones** en supuestos de maternidad subrogada, por dos importantes motivos: por una parte, **la nulidad radical en el ordenamiento español del contrato de maternidad por sustitución**, nulidad de la que no pueden derivarse efectos respecto de las prestaciones de la Seguridad Social; y por otra, que el **ordenamiento de la Seguridad Social¹⁰³ no prevé, dentro de las situaciones a proteger, a la maternidad subrogada.** En una posición enfrentada, nuestros tribunales han decidido no aplicar el criterio anterior y lo han descartado atendiendo a la negativa de la nulidad del contrato de maternidad por sustitución, si consideramos que el ordenamiento español contempla supuestos no previstos que, sin embargo, producen efectos en la Seguridad Social como por ejemplo es el caso de los trabajadores extranjeros en situación irregular en España que tienen acceso a las prestaciones por desempleo o los supuestos de poligamia, en los que tras la muerte del hombre se ha posibilitado que accedan las esposas del marido polígamo a pensiones de viudedad. También podemos encontrar otros fallos de los Tribunales Superiores de Justicia¹⁰⁴ afirman expresamente que *“aunque en el ordenamiento de la Seguridad Social no se prevea de forma expresa, y dentro de las situaciones protegidas a efectos de las prestaciones por maternidad, a la maternidad subrogada, ello no es óbice para el reconocimiento de esa cobertura, ya que ese precepto se refiere a la maternidad, pero sin que la califique, de forma exclusiva, como “maternidad biológica”.* De esta forma, se realiza una **interpretación extensiva que tanto a la maternidad con parto como a la maternidad por sustitución, que se integraría de igual forma que las situaciones de acogimiento o adopción.** Otros Tribunales Superiores de Justicia¹⁰⁵, de forma minoritaria, han seguido otra doctrina y han optado por denegar prestaciones por maternidad en estos casos, basándose en los criterios derivados de los pronunciamientos del TJUE que posteriormente explicaremos.

Toda esta caótica y diversa situación anterior se supera mediante sendos pronunciamientos por los que la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, mediante sus sentencias de 25 de octubre y 16 de noviembre de 2016, realizan una unificación de doctrina que significa la protección de la maternidad subrogada en lo que ha prestaciones por maternidad se refiere. Esto implica que a raíz de estas

¹⁰⁰SSTS, Sala 4ª de lo Social, Sección 1ª, de 25 de octubre –RCUD 3818/2015– CENDOJ: 28079149912016100036 y 16 de noviembre de 2016, Pleno Sala 1ª de lo Social–RCUD 3146/2014- CENDOJ: 28079149912016100035.

¹⁰¹Artículo 48 del ET

¹⁰²Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Valladolid de 5 de mayo de 2010 y sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 18 de octubre de 2012.

¹⁰³**Artículo 177 TRLGSS**

¹⁰⁴Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Las Palmas de 7 de julio de 2014.

sentencias el Instituto Nacional de la Seguridad Social, deberá reconocer las prestaciones de maternidad a los padres de los hijos nacidos mediante gestación subrogada, y que estas prestaciones se disfrutarán en igualdad de condiciones y requisitos que el resto de casos que la Ley prevea. Es decir, en la práctica esto significa que pueden acceder a la prestación de maternidad contributiva todas las personas que se encuentren en alta, que tengan cubierto el periodo de cotización requerido dependiendo de la edad del solicitante¹⁰⁶. La duración temporal de dicha prestación comprenderá 16 semanas ininterrumpidas, ampliables en 2 semanas si nos encontrásemos ante un caso de en caso de parto múltiple a partir del segundo hijo. Además, el importe de la prestación ascenderá al 100% de la base reguladora del solicitante.

La postura defendida por el pleno es contraria a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, ya que este, al plantearse sendas cuestiones prejudiciales, se pronunció mediante sentencia el 18 de marzo de 2014, no reconociendo las citadas prestaciones a los solicitantes, de Reino Unido e Irlanda. el Tribunal analiza si es la denegación de las prestaciones a las madres intencionales es contraria a la Directiva 92/85/CEE del Consejo, de 19 de octubre de 1992¹⁰⁷, o si esta negativa en algún caso pudiera dar lugar a una discriminación, aún en el caso de que esta fuera indirecta, prohibida por la Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006,¹⁰⁸ o si de alguna forma podría suponer una discriminación por razón de sexo y discapacidad, contraria a la Directiva 2000/78/CE, del Consejo, de 27 de noviembre de 2000¹⁰⁹. El Tribunal de Justicia ha resuelto dicha cuestión prejudicial planteada interpretando los artículos 1, 2, 8 y 11 de la Directiva 92/85/CEE, y los artículos 2 y 14 de la Directiva 2006/54/CE, más en concreto, este tribunal alega que la interpretación de la Directiva 92/85 ha de realizarse en el sentido de que los Estados miembros no están obligados en virtud de artículo 8 de la misma a conferir un permiso de maternidad a una trabajadora, la cual haya sido madre subrogante que ha tenido un hijo gracias a un convenio de gestación por sustitución, incluso cuando dé el pecho al niño en el posterior periodo de lactancia. También se indica que el artículo 14 de la Directiva 2006/54 ha de interpretarse en el sentido de que no constituye una discriminación basada en el sexo que se dé una situación en la cual un empleador deniegue un permiso de maternidad a una madre subrogante, que ha tenido un hijo en virtud de un convenio de gestación por sustitución. Por último, se establece mediante interpretación de la

¹⁰⁵ Sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia del País Vasco de 13 de mayo de 2014 y de Sevilla de 4 de febrero de 2015.

¹⁰⁶ La ley establece que es necesario 90-360 días de cotización anteriores al inicio de la prestación.

¹⁰⁷ Directiva que se refiere a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia;

¹⁰⁸ El contenido de esta Directiva trata sobre la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación

¹⁰⁹ Esta Directiva es la relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación.

Directiva 2000/78 que no constituye una discriminación por motivo de discapacidad que se deniegue la concesión de un permiso retribuido, que sería similar a un permiso de maternidad o un permiso por adopción, a una trabajadora que esta incapacitada para llevar a cabo la gestación de un niño y que ha recurrido a un contrato de gestación subrogada.

Sin embargo, la línea jurisprudencial marcada por el TJUE no es la compartida por el TEDH el cual ha emitido pronunciamientos en dirección contraria a lo que el TJUE establece, ya que para el TEDH la denegación del permiso/prestación de maternidad es constituyente de una discriminación prohibida por el señalado convenio lo cual implica que el Estado ha de abstenerse de adoptar cualquier medida que suponga un obstáculo para el ejercicio y desarrollo de los vínculos familiares entre los padres adoptivos y su hijo, así como la integración de este último en la familia adoptiva. Esto se plasma en el contenido de la sentencia de 14 de noviembre de 2013, la cual al analizar la denegación por las autoridades de Croacia del permiso de maternidad de una trabajadora, ya que esta no es la madre biológica, sino adoptiva de un menor mayor de 1 año¹¹⁰, entiende que el permiso parental se basa en los artículos 8 y 14 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, lo cual lleva a la conclusión de que las autoridades públicas de un Estado no pueden interferir en tal derecho, salvo que dicha intromisión se encuentre regulada en una norma con rango de ley y, además, constituya una medida necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades, circunstancias que se cumplían en este caso. Esta línea se ha mantenido en otros pronunciamientos del mismo Tribunal.

Dejando aparte estas consideraciones, vamos a pasar a analizar las situaciones que se plantearon y los argumentos que el Tribunal Supremo esgrimió para conceder las prestaciones por maternidad.

7.1.1- Sentencia nº 881/2016 de 25/10/2016 de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo

En el caso de la sentencia de 25 de octubre de 2016, todo comienza con un hombre que acude a un contrato de gestación por sustitución en la ciudad de Nueva Delhi, en la India. Este hombre aportó material genético y tuvo dos hijas, el óvulo fue aportado por la madre gestante, que renunciaba a cualquier tipo de derecho o de filiación respecto a los menores en virtud de lo convenido en el contrato de gestación por sustitución. A día 25 de septiembre de 2013, fueron inscritas dichas menores como hijas del padre contratante que a su vez era padre biológico, el Registro Civil del Consulado de España. Posteriormente, a fecha de 31 de octubre de 2013, el demandante reclamó las prestaciones por maternidad por el nacimiento de sus dos hijas. Dicha solicitud fue denegada, por resolución del

Instituto Nacional de la Seguridad Social el 6 de noviembre de 2013, ya que se entendió que esta no es una de las situaciones susceptibles de protección por lo expuesto en el artículo 133 bis de la **Ley General de la Seguridad Social**¹¹¹. Dicha negativa fue también aplicada a la oportuna reclamación previa. Ante esta situación el padre decidió poner una demanda ante la jurisdicción social, la cual fue desestimada por sentencia del Juzgado de lo Social n.º 2 de Mataró, de fecha 17 de diciembre de 2014. Tras la presentación de recurso de suplicación el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, mediante sentencia de 15 de septiembre de 2015, estimó el mismo. Las razones que esgrimió el TSJ de Cataluña para estimar las pretensiones del demandante fueron las siguientes:

-La situación ante la que se plantea el litigio, es decir, la filiación, se puede entender como similar a las situaciones de adopción o acogimiento, para las que el ordenamiento socio-laboral español prevé el acceso a prestaciones por maternidad. Por otra parte. También se puede llegar a la conclusión, interpretando la propia normativa de la Seguridad Social¹¹² puede efectuarse una aplicación analógica, a las situaciones de maternidad subrogada, de la regulación establecida para las de adopción y acogimiento.

- Los Estados tienen libertad para proteger, en el marco de sus legislaciones internas, el ejercicio de este derecho a pesar de que los pronunciamientos del Tribunal de Justicia de la Unión Europea consideran como no discriminatoria la denegación de prestaciones por maternidad.

-Para denegar el acceso a las prestaciones por maternidad no cabe alegar **la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida, ya que esta disposición legal no conlleva una regulación sobre la prestación por maternidad, por lo tanto, su contenido no puede condicionar la atención a los menores.**

-La obligatoriedad de aplicar los principios de igualdad ante la ley de los hijos y de proteger el interés superior del menor con independencia del nacimiento, crea la obligación para los poderes públicos de efectuar una interpretación de las disposiciones legales en el sentido de promover y facilitar las especiales relaciones entre el padre y las menores nacidas.

Dicha sentencia provoca que se formule un recurso de casación para la unificación de doctrina por la Administración de la Seguridad Social. Para esto se alega como sentencia de contraste la Sentencia del Tribunal Superior del País Vasco de 13 de mayo de 2014¹¹³. Se alegó también que se

¹¹⁰ La normativa en Croacia condiciona el acceso al permiso, para un caso de adopción, a que el menor tenga menos de un año.

¹¹¹ Actualmente **art. 177 TRLGSS**.

¹¹² Más en concreto, el Artículo 2 del Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo, por el que se regulan las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural.

¹¹³ Mediante esta sentencia se denegaban prestaciones por maternidad en un caso similar a las personas comitentes, alegando la infracción de la Directiva 92/85/CEE del Consejo de 19 de octubre de 1992, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a

había cometido infracción de acuerdo a lo expuesto por la Directiva 92/85/CEE del Consejo de 19 de octubre de 1992, así como el artículo 133 bis de Ley General de la Seguridad Social y del artículo 48.4 del ET, en relación con el artículo 10 de la LTRHA.

7.1.2.- Sentencia nº 953/16 de 16/11/2016 de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo

El caso relativo a la Sentencia de 16 de noviembre de 2016 versa sobre dos ciudadanos españoles: una mujer y su marido, los cuales se desplazaron a California, en EEUU, para la realización de un contrato de gestación subrogada. Posteriormente en España deciden solicitar al INSS las prestaciones por maternidad. **Se entienden como hechos probados los siguientes:** 1) La actora prestaba servicios para la Consejería de Sanidad de la CCAA de Madrid, como Médico Inspectora. 2) En 4-4-13, la Corte Suprema de California declara que el *nasciturus* Casimiro es hijo de la actora y de D. José Enrique. 3) El hijo nació en el Hospital Naval de San Diego. 4) Está inscrito en el Registro Civil de San Diego. En 15-8-13 es inscrito en el Consulado Español de Los Ángeles. La solicitud a dichas prestaciones es denegada al entender la Entidad gestora que la gestación de un menor por útero subrogado no está comprendida entre las situaciones protegidas a efectos de la prestación de maternidad, criterio denegatorio que sigue esgrimiéndose en la contestación a la correspondiente reclamación previa. Contra esta resolución, se presenta demanda judicial al considerar que el criterio administrativo supone un desconocimiento de los artículos 14 y 39 de la **Constitución Española**. **Ante dicha demanda los órganos judiciales españoles responden denegándolo a través de la sentencia del Juzgado de lo Social nº 31 de Madrid.** Se presenta recurso de suplicación, el cual es resuelto de manera desestimatoria mediante la **sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 7 de julio de 2014**, señalando que, aunque la Sala en supuestos semejantes había posibilitado el acceso a las prestaciones por maternidad, sin embargo, en esta ocasión tiene en cuenta el contenido de la Sentencia del Tribunal Superior del País Vasco de 13 de mayo de 2014 acorde con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, para adoptar ahora una posición contraria, denegando, en los casos de maternidad por subrogación, el derecho de los padres comitentes a acceder a las prestaciones por maternidad. Finalmente, se interpone recurso de casación para la unificación de doctrina¹¹⁴, el cual que es objeto de resolución a través de la STS de 16 de noviembre de 2016.

7.1.3.- Criterios que se establecen mediante las sentencias 25/10/16 y 16/11/16

En primer lugar, cabe destacar que el Tribunal Supremo rompe una lanza en favor de los derechos del menor ya que *la nulidad de pleno derecho del contrato de gestación por sustitución no*

luz o en período de lactancia, así como el artículo 133 bis de Ley General de la Seguridad Social y del artículo 48.4 del ET.

¹¹⁴ Dicho recurso puso su base jurídica en la infracción de los arts. 133 bis y 133 ter de la Ley General de la Seguridad Social, en relación con los arts. 14 y 39 de la Constitución Española.

puede suponer que al menor nacido se le prive de derechos. Para el TS hay que diferenciar entre la nulidad del contrato de gestación, establecida en el ordenamiento jurídico español, y la situación en que se encuentra el menor nacido, cuyos derechos no pueden verse perjudicados por la mencionada nulidad.¹¹⁵

En segundo lugar, tenemos que destacar como el TS prima **el interés superior del menor como principio básico de aplicación, así como la potenciación de los vínculos familiares, la protección tanto de los hijos como de la familia y la ausencia de discriminación.** Para el TS, el «interés superior del menor»¹¹⁶ ha de llevar al juez a una aplicación del mismo in extenso¹¹⁷, teniendo en cuenta, además, que la normativa interna establece que todo menor tiene derecho a que su interés superior sea valorado y considerado como básico en todas las acciones y decisiones que le conciernan, tanto en el ámbito privado como en el ámbito público, de modo que, en la aplicación de dicha ley y demás normas que le afecten, así como en las medidas concernientes a los menores que adopten las instituciones, públicas o privadas, los tribunales, o los órganos legislativos, ha de ponerse por encima el interés superior de los mismos sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir. A su vez, conforme a la interpretación del señalado artículo 8, donde nos encontremos ante una relación de familia con un niño, la obligación del Estado ha de consistir en apoyar y ayudar más que simplemente permitir, que dicho vínculo se desarrolle, otorgando una protección jurídica que facilite la integración del niño en su familia, aunque se trate de relaciones familiares ‘de facto’, entre el menor y los padres comitentes mediante un contrato de gestación subrogada.¹¹⁸

¹¹⁵ Literalmente, el TS dice en la sentencia que *‘La nulidad de pleno derecho del contrato de gestación por sustitución, establecida en el artículo 10 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, no supone que al menor que nace en esas circunstancias se le priven de determinados derechos. Hay que distinguir dos planos perfectamente diferenciados, a saber, el atinente al contrato de gestación por sustitución y su nulidad legalmente establecida y la situación del menor, al que no puede perjudicar la nulidad del contrato. En nuestro ordenamiento laboral, en determinados supuestos, se reconocen ciertos efectos en casos de negocios jurídicos afectados de nulidad. Así, cuando se reconoce el derecho al salario por el tiempo ya trabajado al amparo de un contrato que resultase nulo, artículo 9.2 ET; en el supuesto en el que se establece pensión de viudedad en determinados casos de nulidad matrimonial, artículo 174.2, actual 220.3 LGSS; cuando se acotan los efectos de la ausencia de permiso de trabajo, artículo 36.5 LOEX 4/2000’.*

¹¹⁶ Que está previsto en el art. 8 del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales⁴⁵ y que ha sido tomado en consideración por el TS, Sala 1ª, en su sentencia de 6 de febrero de 2014.

¹¹⁷ En el caso de que llegase a resultar necesario, y también cuando tengamos que interpretar las normas de Seguridad Social reguladoras de la protección por maternidad.

¹¹⁸ Literalmente expone la sentencia que: *‘El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha considerado que allí donde está establecida la existencia de una relación de familia con un niño, el Estado debe actuar con el fin de permitir que este vínculo se desarrolle y otorgar protección jurídica que haga posible la integración del niño en su familia’.* El Tribunal quiere **potenciar los vínculos familiares** y si existe tal núcleo familiar, si los menores tienen relaciones familiares “de facto” con los recurrentes, estos vínculos se han de proteger. **Si en la maternidad subrogada existe un núcleo familiar con los padres comitentes, que le prestan atención y cuidados parentales y tienen relaciones familiares “de facto”, ha de protegerse este vínculo, siendo un medio idóneo la concesión de la prestación por maternidad.** Como cita la sentencia *“De no otorgarse la protección por maternidad al menor nacido tras un contrato de gestación por subrogación, se produciría una discriminación en el trato dispensado a éste, por razón de su filiación, contraviniendo lo establecido en los artículos 14 y 39.2 de la Constitución, disponiendo este último precepto que los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos, iguales estos ante la ley, con independencia de su filiación”.*

Las sentencias buscan la no discriminación, así como la protección integral de los hijos y de la familia. Por ello consideran que en el caso de no concederse la pedida prestación por maternidad, se estaría concurriendo en un caso de discriminación por razón de su filiación, lo cual ante el análisis de la normativa española sería contrario a lo dispuesto en los artículos 14 y 39.2 de la Constitución, que obligan a los poderes públicos a asegurar la protección integral de los hijos, iguales todos ante la ley, con independencia de su filiación, entendiéndose también que las normas laborales y de Seguridad Social, reguladoras de las situaciones de maternidad, son una parte del desarrollo del mandato constitucional, en orden a la protección de la familia y de la infancia. A pesar de que el ordenamiento jurídico español declare como nulos los contratos de gestación por sustitución el TRLGSS reconoce la protección de la maternidad y paternidad, sin restricciones lo cual lleva a la situación de que el juez tiene que establecer una interpretación armónica de las disposiciones, con el objetivo de buscar la aplicación más coherente y que persiga una mayor seguridad para el hecho familiar. Pese a la existencia de una Ley Civil que mantiene la nulidad del contrato de maternidad, para el TS tal circunstancia no elimina la situación de necesidad que se origina a partir del nacimiento del menor y su inserción en un núcleo familiar, a los que deben proteger las prestaciones de Seguridad Social, de modo que ese menor no llegue a una situación en la cual sea privado de sus derechos.

Por último, cabe destacar que para el TS hay que realizar una aplicación analógica de los supuestos de adopción o acogimiento, respecto del acceso a las prestaciones por maternidad. Según el criterio expuesto en sendas sentencias, la cobertura de los ordenamientos laboral y de Seguridad Social, en relación con la maternidad, no está dirigida en exclusiva a los supuestos de maternidad biológica, ya que el período de 16 semanas de descanso y de prestación de la Seguridad Social, tiene una doble finalidad, tanto velar por la recuperación, seguridad y salud de la madre, también tiene como prioridad la protección de las especiales relaciones entre la madre y su hijo, durante el periodo posterior al nacimiento del menor. También en los supuestos de adopción o acogimiento familiar, aunque no haya que proteger la salud de la madre, se reconoce un periodo de igual duración para con ello permitir el desarrollo de las especiales relaciones entre la madre y su hijo, durante el periodo posterior al nacimiento del hijo. Por lo tanto hay que entender que las citadas relaciones existen de igual manera en los supuestos de nacimiento por maternidad subrogada, lo que implica que estas situaciones han de ser debidamente protegidas, al igual que lo son los supuestos de adopción y acogimiento, considerando, también, que la propia normativa de la Seguridad Social considera jurídicamente equiparables a la adopción y/o al acogimiento, las instituciones jurídicas declaradas por resoluciones judiciales o administrativas extranjeras, cuya objetivo y efectos jurídicos sean los mismos que para la adopción o el acogimiento, por lo que esto debe extenderse a las situaciones de maternidad subrogada.

Por todo ello, la sentencia finaliza afirmando que *‘La interpretación integradora de las normas a que antes hemos hecho referencia, contempladas a la luz de la sentencia del TEDH de 26 de junio de 2014 , en la aplicación del artículo 8 del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, que invoca el interés superior del menor cuyo respeto ha de guiar cualquier decisión que les afecte, del artículo 14 y 39.2 de la Constitución , que dispone que los poderes públicos aseguran la protección integral de los hijos, conduce a la estimación del recurso formulado’.*

8.- CONCLUSIONES

A lo largo de este TFG hemos podido acercarnos al fenómeno de la gestación por sustitución desde un punto de vista jurídico. Después de explicar en detalle en qué consiste, cómo se realiza y cuáles son sus orígenes hemos pasado a examinar jurídicamente la situación analizando tanto la legislación tanto española como extranjera como jurisprudencia a nivel nacional e internacional, siguiendo de cerca todos los detalles que rodean a los diversos litigios y analizando las respuestas que los distintos órganos administrativos y judiciales han dado ante las situaciones que se les han planteado.

Este análisis nos lleva a concluir que a día de hoy nos encontramos en un momento de incertidumbre, dónde ni los legisladores ni los gobiernos ni los jueces han conseguido dar una respuesta unánime y coherente a las situaciones que este proceso plantea.

Nos encontramos ante un gran reto para los juristas tanto de nuestro país como de todo el mundo. El mundo se globaliza más cada día que avanza y en un contexto como en el que vivimos no podemos obviar los problemas que suscita una figura como es la gestación por sustitución. En este caso la ciencia ha llegado antes que el consenso social de cómo aplicar las posibilidades que esta nos da, e independientemente de los ideales morales que pueda tener cada individuo o país es una realidad el turismo reproductivo que hoy en día se lleva a cabo, y las regulaciones estatales prohibitivas sobre esta técnica lo único que hacen es cerrar los ojos ante la situación.

Si a esta situación no se le encuentra pronto una solución seguiremos teniendo casos de turismo reproductivo y los problemas de inscripción acaban teniendo a la par que serios riesgos y complicaciones pueden derivarse en grandes perjuicios, no solo para los adultos que acuden a esta técnica reproductiva movidos por el deseo de ser padres y dar a un hijo que quieren una vida digna, cuidados y una educación sino también para un menor, que ajeno a las circunstancias y a las técnicas que se han empleado para su nacimiento, puede ser el gran perjudicado de todo este entresijo, siendo la parte más inocente y la que menos culpa tiene de todo lo que se desarrolla a su alrededor.

En este TFG hemos podido analizar pronunciamientos tales como el que se da en el caso Paradiso Campanelli, que son para mí una aberración, alejando a un niño de una familia que le quiere y le desea, alejando a esta familia del niño y sometiendo al menor a un proceso de adopción. La postura más avanzada es a mí parecer buscar un consenso social y político y regular esta técnica de una forma efectiva, adecuada y acorde a las posibilidades y al ordenamiento jurídico de cada país. Al igual que muchas otras técnicas de reproducción asistida esta es otra forma de ayudar a ser padres a individuos o parejas que desean serlo y esto solo puede conseguirse mediante el desarrollo de una legislación que cubra las posibles lagunas legales, proteja a la madre gestante de situaciones de explotación y cosificación del cuerpo femenino y evite las situaciones que se han producido en algunos de los casos explicados en este TFG. Es necesario poner este tema en boca de la opinión pública y de los expertos, estudiarlo y debatir posibles alternativas buscando siempre en la medida de lo posible una homogenización internacional de las legislaciones evitando así el turismo reproductivo y todos los problemas que este conlleva.

Cada persona tiene unos distintos ideales y principios y sobre un tema tan estrechamente ligado con derechos tan importantes como la vida, la dignidad, la familia y que lleva al ser humano a expandir los límites conocidos de la biología es normal que exista una gran disparidad de opiniones sobre el tratamiento legal que esta técnicas de reproducción asistida deberían tener. Pero más allá de estas consideraciones, hay que tener en cuenta que si en los países donde esta técnica no se admite se continúa en esta posición, van a seguir llegando casos de padres que pretendan inscribir a niños nacidos por esta técnica en el extranjero, dando lugar a nuevos problemas y situaciones que no benefician a ninguna de las partes implicadas.

Es entendible muchos argumentos en contra de legalizar estas prácticas, ya que se puede acudir a argumentos tales como la cosificación de la mujer, la indisponibilidad de la vida y del cuerpo humano o la no mercantilización de la maternidad junto con otros argumentos. Sin embargo, la mejor forma de superar estos problemas y de que se pueda proteger tanto a las parejas que deseen acudir a esta técnica como a las propias madres gestantes es regular este tema. Regularlo de forma que esta técnica se realice en centros especializados que ofrezcan todas las garantías posibles que serán objeto de un control estatal constante y exhaustivo, respetando los derechos de todas las partes implicadas. De esta forma se evita que exista una mercantilización de la técnica o una cosificación de las madres gestantes. Si todos los países regulasen esta técnica, no tendrían sus nacionales que acudir a países en vías de desarrollo, donde las necesidades económicas son mayores y los controles estatales menores pudiendo existir una mayor situación de vulnerabilidad de las gestantes.

En un país como el nuestro, con un gran abanico de partidos y sensibilidades políticas es a veces difícil llegar a acuerdos y entenderse en temas primordiales, pero este es un caso donde es

necesario un entendimiento para que encontrar una solución un problema que afecta a muchos ciudadanos llegue a buen puerto. Para ello no es necesario que se empiece a trabajar desde cero sino que se pueden inspirar en las regulaciones que los países permisivos dan al tema. Además ya se cuenta con ciertas propuestas de regulación de la materia por juristas de reconocido prestigio tanto nacionales como internaciones, que intentan ofrecer un régimen jurídico lo más beneficioso posible para todas las partes implicadas, respetando siempre los derechos fundamentales de las personas y mediante unas técnicas y garantías que puedan ser factibles actualmente.

Como ejemplo de estas propuestas de regulación podemos destacar la que la doctora en Derecho Laura Fernández Echegaray, las que la prestigiosa jurista argentina Eleonora Lamm realizó o la iniciativa realizada por el Grupo de Ética y Buena Práctica de la Sociedad Española de Fertilidad publicada en abril de 2016.

Para aportar mi granito de arena, me gustaría proponer una regulación para la materia a grandes rasgos, explicando el porqué de cada apartado:

1- La gestación solo podrá realizarse en centros autorizados por el gobierno, que cumplan unos determinados requisitos previamente establecidos.

De esta forma se vigila que estos centros respeten unos estándares mínimos de calidad, evitando problemas a las partes.

2- Para acudir a esta técnica se debe gozar de una indicación médica debidamente documentada o una situación de esterilidad. Se tiene que haber agotado previamente otros tratamientos de fertilidad así como se debe haber acudido a la adopción.

Esto sirve para que se llegue a situaciones tan frívolas como que gente que puede permitirse este tratamiento acuda a él para no pasar por las dificultades que acarrea el periodo de embarazo, quedando así este proceso solo para las personas que realmente lo necesitan.

3- Se tendrán que reunir por parte tanto de la gestante como de la parte subrogada una serie de requisitos objetivos de edad, capacidad, madurez, salud física y psicológica. Estos serán evaluados por médicos y psicólogos especializados.

Así se puede descartar que este proceso lo realice gente que no está preparada para pasar por él.

4- La gestante tendrá que ser mayor de 25 años y haber sido madre de, al menos, un hijo sano previamente.

De esta forma es más madura y está más preparada para saber a las complicaciones a las que se enfrenta.

5- La gestante no será remunerada, solo recibirá compensación de los gastos y molestias causadas

Al no ser remunerado este proceso se evita que se puedan dar situaciones de cosificación o que mujeres en situación de precariedad económica se vean avocadas a realizar esto aun no estando plenamente convencidas. La Administración pública será quien fije unas bases homogéneas para determinar la compensación a la gestante.

6- La gestante deberá ser familiar de alguno de los padres intencionales.

Al ser familia se entiende que se pueda realizar esto de buena fé sin buscar compensación económica

7- Las solicitudes tiene que ser aceptadas favorablemente por un órgano especializado que se creará para valorar todas las circunstancias concernientes a cada caso.

Este órgano podrá incluso valorar si el entorno socioeconómico tanto de la gestante como los padres intencionales es el adecuado.

8- El número de embriones a transmitir a la gestante será como máximo de dos.

Así se busca proteger tanto la salud de la gestante como de los futuros hijos.

9- Si es posible y viable, aportan gametos ambos miembros de la pareja subrogada. Si esto no es posible pero al menos uno de ellos pudiera aportar, este miembro aportará. En caso de que el óvulo no pueda aportarse por la persona individual o pareja que acuda a esto se recurrirá al de una tercera mujer distinta de la gestante.

Así no hay ningún tipo de vinculación genética entre la madre gestante y el bebé.

10- Se informará a la gestante de los riesgos y complicaciones que pudiera tener el proceso.

Para ser totalmente libre en su decisión la gestante tendrá que tener a su disposición toda la información posible.

11- Es necesaria la aprobación judicial previa al inicio del proceso clínico que constate la voluntariedad del consentimiento informado, que se dispone de la documentación clínica y social prevista que no se produce explotación de la mujer ni tráfico de niños, así como del informe favorable del órgano especializado.

El juez podrá citar y entrevistarse con las partes si no tiene claro si dar dicha aprobación judicial.

12- Se preverá legalmente los supuestos en los que la gestante puede detener el embarazo.

Solo podrá realizar un aborto en los supuestos tasados.

13- La gestante firmará un documento mediante el cual asume la responsabilidad de evitar comportamientos y estilos de vida que puedan suponer un riesgo prenatal.

Asimismo asumirá responsabilidades en caso de que por incumplimiento de este se produzcan problemas en el feto.

14- La gestante firmará que no puede negarse a entregar el niño después del nacimiento de este, y que no pretenderá establecer la filiación de este a su favor.

15- Se creará un Registro en el que se abra una ficha de cada madre gestante con el fin de que se puedan controlar las veces que se ha actuado como gestante de sustitución.

Se pretende evitar la reiteración que ponga en peligro su salud.

16- Las madres gestantes lo podrán ser como máximo dos veces.

De esta forma se evitan riesgos para su salud.

BIBLIOGRAFÍA

- AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO, M. '*la tutela y demás instituciones de protección del menor en Derecho Internacional Privado*'. BIJM, 1996, núm. 1766.
- BENAVENTE MOREDA, P Y FARNÓS AMORÓS, E '*Treinta años de reproducción asistida en España: una mirada interdisciplinaria a un fenómeno global y actual*'. Boletín Oficial del Ministerio de Justicia, Año LXIX, Núm. 2179, Junio de 2015.
- CALVO CARAVACA, A.L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. '*Notas críticas en torno a la Instrucción de la DGRN de fecha 5 de octubre de 2010, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución*'. Cuadernos de Derecho Transnacional. Marzo 2012.
- DÍAZ ROMERO, M.R. '*La gestación por sustitución en nuestro ordenamiento jurídico*' Diario La Ley, nº 7527, Sección Doctrina.
 - DÍAZ ROMERO, M.R. '*La gestación por sustitución en nuestro ordenamiento jurídico*', Diario La Ley, nº 7527, Sección Doctrina, 14 de diciembre de 2010.
- ELEONORA LAMM. '*Gestación por sustitución: Realidad y Derecho*'. InDret, Barcelona, Julio 2012.
- FERNÁNDEZ ECHEGARAY, L. "*gestación por sustitución*": '*La maternidad y la paternidad en el siglo XXI*'. Editorial Comares, 2015.
- GARCÍA ALGUACIL, M.J. '*Incoherencia legislativa o despropósito judicial Apropósito de la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014*'. Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil núm. 3/2014 parte Comentario. Editorial Aranzadi, SA, Pamplona 2014.
- HUALDE MANSO, T. '*De nuevo sobre la filiación de los nacidos mediante gestación contratada*'. Aranzadi Civil-Mercantil núm. 10/2012. Parte Comentario. Editorial Aranzadi, Pamplona 2012.
- LAMM, E. '*Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*.' Edicions Universitat de Barcelona, 16 de diciembre 2013.
- PÉREZ MONGE, M. '*Cuestiones actuales de la maternidad subrogada en España: Regulación versus realidad*'. RDP, julio-agosto, 2010.
- QUIÑONES ESCÁMEZ, A. '*Doble filiación paterna de gemelos nacidos en el extranjero mediante maternidad subrogada (en torno a la RDGRN de 18 de febrero de 2009)*'. InDret, Barcelona, julio 2009.
- VELA SÁNCHEZ, A, J '*Comentario a la iniciativa legislativa popular para la regulación de la gestación por subrogación en España*'. Diario La Ley, ISSN 1989-6913, Nº 8457, 2015

.- VELA SÁNCHEZ, A, J. '*Gestación por sustitución o maternidad subrogada: El deseo de recurrir a las madres de alquiler*'. Diario La Ley, núm. 7608, Sección Doctrina, 11 de abril de 2011.