

*Dura lex sed lex. O de cómo integrar el interés del menor y la prohibición de la maternidad subrogada*¹

ENCARNACIÓN ROCA TRÍAS
Catedrática de Derecho Civil
Magistrada del Tribunal Constitucional

“When a stone begins to roll, it will continue doing so until no legal distinctions are made” (Maarit Jänterä Jareborg)

Resumen

A raíz del aumento de la utilización de los contratos de maternidad subrogada por personas que no pueden tener hijos (mujeres estériles, parejas de personas gay), plantea problemas en toda Europa. La diversidad de legislaciones en vigor, permitiendo o prohibiendo estos contratos produce consecuencias importantes en el reconocimiento de la filiación en los países donde el contrato está prohibido, como ocurre en España y en Francia, entre otros. En este trabajo se estudian las decisiones judiciales españolas y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), sobre la base del principio general de protección del interés del menor. Se concluye que los legisladores deberían reconocer la voluntad como título de filiación, para proteger el interés del menor.

Abstract

The increase of surrogacy arrangements, which allow the access to parentage to sterile women and gay couples, creates hard problems in European countries. The variety of rules of law in force in different

¹ Agradezco a los eficientes servicios de la biblioteca del Tribunal Constitucional el acceso a muchos de los trabajos que cito y a otros más que no he tenido ocasión de citar, pero que conservo. Mi especial reconocimiento al letrado Sr. Pomed Sánchez, que se encargó de coordinar la búsqueda.

legislations, accepting the validity of these arrangements or forbidding them, produces important consequences, particularly where the surrogacy arrangements are forbidden, as happens in Spain and France, among other countries. In this paper I study different Spanish Supreme Court and European Court of Human Rights (ECtHR) rulings, focused on the best interest of the child. I conclude that the legislative bodies must recognize the will of the intended parents as a mean to establish parentage, in order to protect the best interest of the child.

Palabras clave

Derechos fundamentales. Interés del menor. Maternidad subrogada. Jurisprudencia TEDH.

Key words

Fundamental rights. Best interest of the child. Surrogacy arrangements. ECtHR case-law.

Sumario

- I. Planteamiento.
- II. La jurisprudencia del Tribunal Supremo: ¿el consentimiento como título de atribución de la filiación?
 - A) Filiaciones derivadas de la aplicación de la LTRHA: los matrimonios de mujeres y los criterios de determinación de la filiación.
 - B) Prohibición de los contratos de maternidad subrogada. ¿Qué hacemos con los niños?
 - C) Las dudas que plantea la doctrina de la STS de 16 de febrero de 2014.
- III. Mal de muchos. Las lecciones del derecho comparado.
 - A) *El* interés del menor en Bélgica y Holanda.
 - B) El interés del menor c. la defensa del ordenamiento: Francia.
 - C) El desenlace del conflicto: las SSTEDH *Mennesson c. Francia* y *Labassée c. Francia*, de 26 de junio de 2014.
 - D) El caso *Paradiso et Campanelli c. Italia*.
- IV. ¿Regular o ignorar? A modo de conclusiones.

Bibliografía

I. PLANTEAMIENTO

Dice el libro del Génesis (16,1) “Sara, la mujer de Abraham, no tenía hijos. Pero tenía una esclava egipcia de nombre Agar, y dijo a Abraham: «Mira, Yavé me ha hecho estéril; entra, pues, a mi esclava, a ver si por ella puedo tener hijos» [...] Entró éste a Agar, que concibió [...]. Parió Agar a Abraham un hijo y le dio Abraham el nombre de Ismael”. Quizá aquí empieza toda la historia.

La familia posmoderna constituye un laboratorio de experimentación de técnicas jurídicas y sociales. Los paradigmas que provienen de los inicios del siglo XIX, que llevarán a una aproximación romántica del matrimonio y, a la vez, lo despojarían de su carácter religioso, han cedido el paso, de manera paulatina a partir de la segunda guerra mundial a nuevos paradigmas. La caída de los viejos ha sido estrepitosa. A mi modo de ver, tenemos diversas causas de lo que planteo como hipótesis:

1.^a El reconocimiento de los derechos fundamentales a los individuos como tales destruye en gran parte el concepto de familia como núcleo. Es cierto que en épocas de crisis, lo que se ha venido en calificar como “solidaridad familiar” funciona² o como dice el filósofo Perron, los valores éticos que comporta la idea de solidaridad orientan el derecho de la familia. Pero los derechos se reconocen a las personas individualmente consideradas, aunque algunas prestaciones vengan reconocidas por el hecho de pertenecer a un grupo que se denomina convencionalmente “familia”. En este supuesto se deben incluir las prestaciones de la Seguridad Social relativas a la viudedad (art. 174 LGSS) y la orfandad (art. 175 LGSS). Algunos autores entienden que nos encontramos ante un nuevo “individualismo”, de modo que la característica de la familia postmoderna quedaría lejos del principio de solidaridad que puede deducirse de lo establecido en el artículo 39 CE. Pero es precisamente esta característica, el individualismo, la que va a llevar a demanda de hijos, favorecida por los avances en las técnicas de fecundación asistida.

² En julio de 2011, el 14 Congreso de la International Society of Family Law, que tuvo lugar en Lyon, dedicó sus discusiones a “Les solidarités entre générations”. El trabajo que se cita en el texto corresponde a la ponencia de PERRON, “Les solidarités entre générations et la transmission familiale”. *Les solidarités entre générations. Solidarities between generations*. Fulchiron, dir. Bruylant. Bruselas, 2013, p. 23.

2.^a El acceso de determinados colectivos al matrimonio³. No voy a repetir aquí ideas que ya he tenido ocasión de exponer en otros trabajos⁴; sí vale la pena recoger aquí muy someramente las razones por las que el Tribunal Constitucional ha entendido incluido en el artículo 32.1 CE el matrimonio entre personas del mismo sexo. El TC amplió, en la STC 198/2012, los titulares del mencionado derecho, al considerar como tales las personas con la misma orientación sexual. Así, el TC entiende que “la igualdad de los cónyuges, la libre voluntad de contraer matrimonio con la persona de la propia elección y la manifestación de esa voluntad son las notas esenciales del matrimonio, presentes ya en el Código Civil antes de la reforma del año 2005 y que siguen reconociéndose en la nueva institución diseñada por el legislador”⁵, por lo que “[...] la institución matrimonial se mantiene en términos perfectamente reconocibles para la imagen que, tras una evidente evolución, tenemos en la sociedad española actual del matrimonio, como comunidad de afecto que genera un vínculo, o una sociedad de ayuda mutua entre dos personas que poseen idéntica posición en el seno de la institución, y que voluntariamente deciden unirse en un proyecto de vida familiar común, prestando su consentimiento respecto de los derechos y deberes que conforman la institución y manifestándolo expresamente mediante las formalidades establecidas en el ordenamiento”.

3.^a Al cambio en el concepto de matrimonio, se une el rechazo de otros colectivos al matrimonio mismo, generalizándose las convivencias, lo que no excluye, ni mucho menos, la problemática jurídica. ¿Hay que regular estas convivencias? ¿No constituye ello una intromisión en la libertad de los convivientes? Y si la respuesta es afirmativa, ¿en qué sentido debe producirse esta regulación? Ejemplo de esta perplejidad es la STC 93/2013, en la que se reconoce la amplia autonomía de los convivientes, al anular la Ley de Navarra

³ En la decisión 2013-669 DC, de 17 de mayo de 2013, el Conseil Constitutionnel francés confirmó la ley aprobada por la Asamblea Nacional el 23 de abril, relativa a la obertura del matrimonio a las personas del mismo sexo; la sentencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos, *United States v Windsor* (2012) declaró contrario a la enmienda quinta de la Constitución el texto de la DOMA (*Federal Defense of Marriage Act*). Antes, la sentencia del Tribunal constitucional de Portugal, n.º 121/2010 había declarado también de acuerdo con la Constitución la reforma del Código Civil, que reconoció a las personas del mismo sexo el derecho a casarse.

⁴ ROCA TRÍAS. “El Dret de família com a dret de llibertat i de llibertats”. *R.J.C.*

⁵ DIEZ PICAZO GIMÉNEZ. *Sistema de Derechos fundamentales*, 4.^a ed. Thompson-Civitas. Cizur Menor, 2014, p. 470.

reguladora de las uniones de hecho⁶. La sentencia se construye en torno al concepto de la autonomía de la voluntad de las personas que constituyen una pareja de hecho, lo que implica que deba protegerse lo que se denomina “autogobierno”.

Por ello, la STC 93/2013 declara que la ley no puede “[i]mponer una opción o limitar las posibilidades de elección en virtud de los condicionamientos que pudieran resultar de las normas de orden público interno”, porque el libre desarrollo de la personalidad “quedaría afectado tanto si los poderes públicos trataran de imponer el establecimiento, contra la voluntad de los componentes de la pareja, de un determinado tipo de vínculo no asumido de consuno por éstos”. De modo que la libertad de decisión no solo en la constitución de la pareja, sino en la fijación de la organización del grupo resultante depende de la autonomía de la voluntad de los convivientes, y por ello es incompatible la imposición de normas que la regulen de forma imperativa. Por ello, “este respeto a la autonomía privada de quienes han decidido conformar una unión de hecho se traduce en el reconocimiento de que, en aras a su libertad individual, pueden desarrollar sus relaciones –antes, durante y al extinguirse la unión– conforme a los pactos que consideren oportunos, sin más límites que los impuestos por la moral y el orden público constitucional [...]”.

4.^a Por último, la generalización del divorcio como forma normal de extinción del matrimonio lleva a la creación de tipos de familia distintos de los hasta ahora aceptados socialmente y, por ello, jurídicamente. Las familias reconstituidas o recompuestas, que están formadas por miembros que provienen de familias anteriores, sean o no matrimoniales, puesto que la tipología es muy amplia, y las familias monoparentales, que constituyen núcleos pequeños formados por un progenitor y sus hijos son algunos de los tipos más generalizados.

Junto a todos ellos y conviviendo con cualquiera de las posibles formas familiares a las que me he referido, así como cualquiera que podamos imaginar, en una especie de línea transversal, se añaden las familias en las que los hijos son producto del empleo de las técnicas de reproducción asistida humana. Pero ello no sería problemático y en realidad no lo ha sido hasta ahora si el uso de estas técnicas se limitara a las parejas tradicionales, casadas o no, por decirlo de alguna manera comprensible. Pero quien en uso de la autonomía de la

⁶ Ley 6/2000, de 3 de julio, para la igualdad jurídica de las parejas estables.

voluntad utiliza cualquier tipo de técnicas de reproducción asistida para tener un hijo, plantea algunos problemas jurídicos que, en este momento, no tienen ninguna solución. De esto se va a tratar en este trabajo, que solo pretende estudiar cuáles son las normas vigentes en este momento, que permiten al juez decidir los “casos difíciles”, a los que no puede negar solución, en virtud de lo que dispone el artículo 1. 7 CC, cuando impone a los jueces y tribunales la obligación de decidir los asuntos de que conozcan, ateniéndose al sistema de fuentes.

Ello lleva a la pregunta de cómo debe el operador jurídico resolver este conflicto, teniendo en cuenta que el reconocimiento del matrimonio contraído por personas del mismo sexo adoptado por Ley 13/2005 y la confirmación de su ajuste constitucional declarado en la STC 198/2012 deja abiertos otros problemas, el más complejo de todos es la atribución de la filiación cuando no se utiliza el expediente de la adopción conjunta o de los hijos de uno de los cónyuges por el otro. Y ello porque:

i) Aunque la Exposición de motivos de la Ley 13/2005 mantuvo las palabras “marido” y “mujer” en la regulación de las presunciones de paternidad contenidas en los artículos 116, 117 y 118 CC, mi opinión es que es posible aplicar dicha presunción a los matrimonios de personas del mismo sexo. La presunción no está pensada para este tipo de matrimonios, pero tal ficción no tiene por qué excluirse⁷.

ii) La Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida (14/2006, de 26 de mayo) admitió, desde su primera versión, que la mujer solo pudiera utilizar las técnicas de reproducción asistida (art. 6). Y ello a pesar de que no todas las recomendaciones y legislaciones extranjeras aceptaran esta posibilidad. La Ley 13/2005, al admitir la validez del matrimonio contraído por personas del mismo sexo, propició la modificación del art. 7 LTRHA, que se produjo por Ley 31/2007, que añadió un tercer párrafo a dicho artículo 7. A partir de entonces establece que “cuando la mujer estuviere casada, y no separada legalmente o de

⁷ Y ello, pesar de que la Exposición de Motivos de la Ley 13/2005 diga que se mantiene la referencia al marido y la mujer en los artículos 116, 117 y 118 CC, “dado que los supuestos de hecho a que se refieren estos artículos solo pueden producirse en el caso de matrimonios heterosexuales”. Se trata de las presunciones de paternidad del hijo nacido dentro del matrimonio de los padres, que, a mi modo de ver, no siempre será aplicable a los matrimonios heterosexuales, como afirmé en *Libertad y familia*, Tirant lo Blanch, Valencia 2014, p. 153.

hecho, con otra mujer, esta última podrá manifestar ante el Encargado del Registro Civil del domicilio conyugal que consiente en que cuando nazca el hijo de su cónyuge, se determine a su favor la filiación del recién nacido”⁸.

iii) Pero no todo son actuaciones en positivo. El artículo 10 LTRHA prohíbe la gestación por sustitución, diciendo que “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”. De este modo, a los matrimonios formados por hombres solo les queda la vía de la adopción.

II. LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO: ¿EL CONSENTIMIENTO COMO TÍTULO DE ATRIBUCIÓN DE LA FILIACIÓN?

Empiezan a llegar a casación asuntos que hasta ahora no se habían producido o, por lo menos, no se habían planteado. Los problemas se centran en la determinación del estatuto de los menores y los títulos de paternidad que van a permitir atribuir la filiación con los fines establecidos en el artículo 39.2 CE.

⁸ Se trata de una norma parecida a la que rige en Suecia desde 2005. Si se produce el nacimiento de un niño después del tratamiento de fertilidad, ambas mujeres casadas serán consideradas como los progenitores legales del nacido; según Jänterä-Jareborg, esto no ocurre por aplicación automática de una presunción legal, sino que debe ser establecido en una concreta orden judicial, después del consentimiento de la otra esposa, cuando la pareja está casada, consentimiento que puede producirse incluso antes del nacimiento; según esta autora lo fundamental es el consentimiento para el tratamiento que obliga a la esposa las relaciones paternales legales con el hijo, con completo estatuto parental y plenos derechos. JÄNTERÄ-JAREBORG. “Parenthood for Same-Sex Couples. Scandinavian Developments”, en *Bøele-Waelki-Fuchs. Legal Recognition of Same-Sex Relationships in Europe. National, Cross-border and European Perspectives*. 2.ª Ed. Intersentia, 2012, p. 109. En Noruega, después de la aceptación, en 2009, del “gender neutral concept of marriage”, que admitió también el acceso a los tratamientos de fecundación asistida, si de resultados del tratamiento nace un hijo, la esposa que ha consentido recibe *ex lege* el trato de “co-madre” y ello sucede de forma similar en Islandia (*ob. cit.*, p. 110).

A) Filiaciones derivadas de la aplicación de la LTRHA: los matrimonios de mujeres y los criterios de determinación de la filiación

La primera sentencia a la que voy a referirme es la 740/2013, de 5 de diciembre. Los hechos son los siguientes: Dos mujeres contrajeron matrimonio en agosto de 2007; el mes de marzo del mismo año ambas firmaron el documento de consentimiento informado para la fecundación *in vitro* de A; en diciembre del mismo año nacen dos niñas gemelas. La filiación se determinó únicamente con respecto a la madre biológica A y fueron inscritas como hijas de madre soltera, cuando en realidad estaba ya casada, y únicamente con los apellidos de A. A pesar de que se interpuso el correspondiente recurso para la rectificación, únicamente se obtuvo el cambio del estado civil de la madre, pero no la rectificación de los apellidos. En 2009 se rompió la relación entre las dos mujeres y la esposa de la madre biológica, a quien llamaremos X, formuló una demanda reclamando la filiación de las dos niñas por constante posesión de estado.

La demanda se estima en primera instancia y se confirma en apelación. La sentencia del Tribunal Supremo de 5 de diciembre de 2013 confirma la sentencia recurrida, con los siguientes argumentos: (i) el relativo a la equiparación entre verdad biológica y declaración de voluntad. Así la mencionada sentencia afirma que “En el régimen de filiación en la aplicación de estas técnicas, el lugar del padre como verdad biológica a que se refiere el Código Civil, lo sustituye la Ley por la voluntad de quien desea ser progenitor. Se posibilita, por tanto, la coexistencia de dos filiaciones a favor de personas del mismo sexo: una filiación materna biológica y una filiación no basada en la realidad biológica, sino en una pura ficción legal, ambas con los mismos efectos jurídicos que la filiación por naturaleza, una vez se hayan cumplimentado los requisitos expuestos, lo que implica que en orden al ejercicio de una acción de reclamación de filiación, no sea necesaria la impugnación de la ya determinada, pues no es contradictoria con la que se establece por ley”; (ii) la equiparación absoluta entre los diferentes tipos de matrimonio, cuando afirma que “Resulta indiscutible, pues, que la nueva regulación legal del matrimonio no solo ha abierto las puertas de esta institución a las parejas del mismo sexo, sino que, al optar por esta solución normativa de entre las diversas que estaban a su alcance, ha equiparado de forma absoluta los matrimonios contraídos entre personas homosexuales y personas heterosexuales, sin que la reforma resulte contraria a la Constitución (STC

6 de noviembre 2012)”⁹, y (iii) aplica el artículo 131 CC, utilizando la remisión que el artículo 8 LTRHA efectúa a las leyes civiles para los procedimientos de determinación de la filiación. La STS que estoy analizando argumenta que “La remisión a las leyes civiles «salvo de las especificaciones establecidas en los tres siguientes artículos» que efectúa la Ley posibilita además el ejercicio de la acción que aquí se ejercita al amparo del artículo 131 del Código Civil , sobre posesión de estado, que constituye una causa para otorgar la filiación jurídica, aunque no exista el nexo biológico, y que en la práctica queda superada por la prestación del consentimiento para llevar a cabo la técnica de reproducción asistida, porque *«constituye la voluntad libre y manifestada por ambas litigantes del deseo de ser progenitoras»*”.

Estos mismos argumentos fueron utilizados por la posterior STS de 15 de enero de 2014 que entendió que “Por tanto, la conclusión que debe extraerse de este contexto valorativo, avanzando en la dirección ya señalada por la sentencia de esta Sala de 5 de diciembre de 2013 (núm. 740/2013), no es otra que la plena razón de compatibilidad de ambas normativas en el curso de la acción de filiación no matrimonial, de forma que los consentimientos prestados con ocasión del empleo de las técnicas de reproducción asistida, claramente acreditados de los hechos obrantes y que llevó a la madre biológica a poner como segundo nombre del niño el primer apellido de su pareja, como antecedente o causa de la filiación reclamada, integran y refuerzan la posesión de estado de la mujer homosexual tanto en el plano de su función legitimadora del ejercicio de la acción, como en su faceta de medio de prueba de la filiación reclamada (sic)”, ya que ello queda incluido en el concepto de interés legítimo que el artículo 131 CC exige para legitimar a “cualquier persona” a los efectos del ejercicio de la acción de reclamación de la filiación por posesión de estado.

En conclusión, el Tribunal Supremo ha extendido la legitimación para el ejercicio de las acciones de filiación por la posesión de estado, por medio de la aplicación analógica de las normas sobre determinación de la filiación, pensadas evidentemente, para un sistema de filiación muy

⁹ Aunque critica la falta de regulación de los aspectos de la filiación cuando la propia sentencia que estoy examinando dice “Ocurre que esta reforma se hizo sin atender a otros aspectos que están en íntima relación con el matrimonio, como es régimen legal de la filiación, en el que las acciones de impugnación y reclamación estaban pensadas exclusivamente para parejas heterosexuales, sin mencionar las homosexuales en que una de las personas no interviene en la fecundación”. Ver los comentarios a esta sentencia en FARNÓS, E. “Filiación derivada de reproducción asistida. Voluntad y biología”. *Anuario de Derecho civil*. En prensa.

distinto del que ahora se plantea. No sabemos, sin embargo, cual sería la solución si uno de los cónyuges hombres ejerciera esta misma acción. En principio, no debería ser distinta, porque si debe aplicarse el principio del consentimiento como título de filiación, el principio de igualdad debe llevar a su aplicación a cualquier tipo de matrimonio. A ello hay que añadir que, como señala la STS de 5 de diciembre de 2013, el interés que debe protegerse en estas situaciones es el de las niñas y la estabilidad familiar de la unidad creada, que no puede quedar al albur de la voluntad de una de las progenitoras, añadido, que después de aceptar unas reglas, pretende dismantelar la unidad familiar como consecuencia de la ruptura afectiva. El consentimiento como título de filiación no puede quedar a expensas de los cambios de voluntad de los implicados, cuando ha producido efectos en terceras personas.

B) Prohibición de los contratos de maternidad subrogada. ¿Qué hacemos con los niños?

Este es un problema complejo. La ley prohíbe el contrato de maternidad subrogada en cuya virtud una mujer accede, por contrato, a ser inseminada con material genético o bien a que se le implante un óvulo ya fecundado y a completar un embarazo, a cuyo término, entregará al niño nacido a los que se denominan “padres de intención”, es decir, los nacidos a partir del uso de esta tecnología. Estos contratos pueden utilizarse para superar la esterilidad de mujeres casadas o conviviendo en parejas de hecho o bien para las parejas formadas por hombres solos, casados o no. Los matrimonios de mujeres no tienen este problema, al poder utilizar directamente la fecundación asistida¹⁰.

Es cierto que la maternidad subrogada no puede limitarse a las parejas del mismo sexo. Como se comprobará más adelante, los asuntos resueltos por el TEDH tienen como protagonistas a matrimonios heterosexuales. Pero también es verdad que la utilización de estas técnicas por matrimonios/parejas del mismo sexo coloca el punto de mira en una problemática que combina no solo la prohibición de la maternidad subrogada, sino también en las parejas del mismo sexo, cuyo acceso al matrimonio aún no se ha reconocido en general.

¹⁰ De todos modos, no todo parece tan sencillo. Jänterä, por ejemplo, se refiere al modelo danés, en el que la fertilización asistida solo puede atribuir la responsabilidad parental a través de la adopción, que solo puede tener lugar si existe una relación registrada entre la mujer y su compañera. (*ob. cit.*, p. 111).

Me voy a referir ahora a la postura del Tribunal Supremo en el caso resuelto en la STS de 16 de febrero de 2014 y el posterior auto de 2 de febrero de 2015, resolviendo el incidente de nulidad de actuaciones planteado por los afectados. A pesar de estas dos decisiones, este asunto tampoco puede darse por acabado.

El supuesto de hecho es el siguiente:

Dos hombres casados contratan una maternidad de sustitución en California y nacen dos niños. Después de cumplir con las formalidades exigidas en el Código de California que les declara padres, intentan inscribir esta resolución en el Registro consular, sin éxito. Recurrida esta decisión ante la Dirección General de los Registros, la Resolución de la Dirección General de 18 de enero de 2009 estima el recurso e inscribe a los dos niños como hijos de los padres que han encargado el procedimiento de maternidad por sustitución. A continuación, el Ministerio Fiscal presenta una demanda contra esta resolución, que es estimada en 1.ª Instancia, confirmada en apelación y en el Tribunal Supremo, aunque con cuatro votos particulares.

Voy a omitir el problema del reconocimiento de estos títulos internacionales en España; no me interesa en este momento¹¹, porque no quiero analizar esta cuestión únicamente desde un punto de vista formal, sino desde el punto de vista material y a los efectos de examinar el interés del menor y las consecuencias que tiene ante el Tribunal Supremo. Los argumentos fundamentales en que se basa esta sentencia para desestimar el recurso de amparo son los que se resumen a continuación:

1.º El primero, ciertamente, se refiere al reconocimiento de una decisión extranjera en España, pero lo hace a partir de la aplicación de la excepción de orden público, contenida en el artículo 12.3 CC, que establece que “en ningún caso tendrá aplicación la ley extranjera cuando resulte contraria al orden público”. La primera argumentación del Tribunal Supremo consiste en negar la validez en España de la

¹¹ QUIÑONES ESCÁMEZ, A. “Doble filiación paterna de gemelos nacidos en el extranjero de maternidad subrogada”. *Indret* 3/2009; VELA SÁNCHEZ. “Los hijos nacidos de convenio de gestación por sustitución “pueden” ser inscritos en el registro civil español. A propósito de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos humanos de 26 de junio de 2014”. *Diario La Ley*. N.º 8415, de 6 de noviembre de 2014, p. 9; PARRÓN CAMBERO M.ª J. “Ventre de alquiler: mater semper certa est, pater semper incertus est”, *La Ley* n.º 8269, 12 de marzo de 2014, p. 3; WILLEMS- SOSSON. “Legiférer en matière de gestation pour autrui: quelques repères en droit comparé et de droit international”, a *Schamps-Sosson. La gestation pour autrui: vers un encadrement?* Bruylant, Bruselas, 2013, pp. 268-272.

decisión del Tribunal de California, porque “la decisión de la autoridad judicial 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 [California] es contraria al orden público internacional español por resultar incompatible con normas que regulan aspectos esenciales de las relaciones familiares, en concreto la filiación, inspiradas en los valores constitucionales de dignidad de la persona, respeto a su integridad moral y protección de la infancia”. Y añade que “no puede admitirse la disociación entre el contrato y la filiación [...]”¹².

El voto particular insiste en que la denegación del reconocimiento de una decisión extranjera en España por razones de orden público “solo podría producirse cuando se contraría el orden público entendido desde el punto de vista del interés del menor”.

2.º Más digno de estudio resulta el concepto de interés del menor que esta sentencia desarrolla. La sentencia entiende que se trata de un concepto indeterminado, no absoluto, y señala que “la aplicación del principio de la consideración primordial del interés superior del menor ha de hacerse para interpretar y aplicar la ley y colmar sus lagunas, pero no para contrariar lo expresamente previsto en la misma”, puesto que otra cosa llevaría a la alteración del sistema de fuentes. Debe realizarse una ponderación con otros bienes constitucionalmente protegidos, como es este caso, la dignidad de la mujer. En concreto, se señala que se trata de un “Concepto jurídico indeterminado que en casos como este tiene la consideración de un «concepto esencialmente controvertido» al expresar un criterio normativo sobre el que no existe unanimidad social. La aplicación de la cláusula general de la consideración primordial del interés superior del menor no permite al juez alcanzar cualquier resultado. La concreción de dicho interés del menor debe hacerse tomando en consideración los valores asumidos por la sociedad como propios, contenidos tanto en las reglas legales

¹² Se reproduce a continuación el argumento completo: “Infracción de normas destinadas a evitar que se 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. Inexistencia de trato discriminatorio. La razón de la denegación de la inscripción de la filiación no es que la misma estuviera determinada a favor de un matrimonio de dos varones, sino que estaba determinada por la celebración de un contrato de gestación por sustitución”.

como en los principios que inspiran la legislación nacional y las convenciones internacionales, no los personales puntos de vista del juez; sirve para interpretar y aplicar la ley y colmar sus lagunas, pero no para contrariar lo expresamente previsto en la misma. Debe ponderarse con los demás bienes jurídicos concurrentes, como son el respeto a la dignidad e integridad moral de la mujer gestante, evitar la explotación del estado de necesidad en que pueden encontrarse mujeres jóvenes en situación de pobreza, o impedir la mercantilización de la gestación y de la filiación. La protección del interés superior de los menores no puede fundarse en la existencia de un contrato de gestación por sustitución y en la filiación a favor de los padres intencionales que prevé la legislación de California, sino que habrá de partir, de ser ciertos tales datos, de la ruptura de todo vínculo de los menores con la mujer que les dio a luz, la existencia actual de un núcleo familiar formado por los menores y los recurrentes, y la paternidad biológica de alguno de ellos respecto de tales menores”. Debo señalar en este punto que resulta extraño el concepto que en esta sentencia se utiliza para identificar el interés del menor. Otras SSTs han considerado que este criterio es preferente a cualquier otro¹³, siendo a estos efectos especialmente importante la STS de 20 de noviembre de 2013, que alude a “la extraordinaria importancia que

¹³ Ver SSTs de 19 de julio de 2013, 5 y 12 de diciembre de 2013, entre muchas otras anteriores e incluso posteriores a la STS de 16 de febrero de 2014. La STS de 20 de noviembre de 2013 dice que la normativa relativa al interés del menor tiene características de orden público, por lo que debe ser observada necesariamente por los jueces y tribunales en las decisiones que se tomen en relación a los menores, como se afirma en la STC 141/2000, de 29 mayo, que lo califica como “estatuto jurídico indisponible de los menores de edad dentro del territorio nacional”, destacando como relevantes a estos efectos la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, de 1989, ratificada por España en 1990, la Carta Europea de los Derechos del Niño del Parlamento Europeo (Resolución A 3-0172/92, de 8 julio) y la Ley Orgánica 1/1996, de Protección Jurídica del Menor (asimismo SSTC 143/1990, 298/1993, 187/1996 y 114/1997, así como el ATC 28/2001, de 1 febrero)”. Añadiéndose en el FJ Tercero que “El interés superior real, y no simplemente abstracto de la niña, no puede ser interpretado solamente desde el punto de vista de la familia biológica, sino que el eje debe situarse en el propio interés (STS 13 de junio 2011), y ello exige que no se haga prevalecer el interés de la madre biológica, simplemente conectado con la acción de paternidad ejercitada en su día por el recurrente, sino el que resulta de la valoración de los hechos desde la realidad de la vida familiar y no desde la pura abstracción amparada no solo por una convicción de paternidad, sino teniendo en cuenta una situación efectiva que, en estos momentos, resulta indudablemente beneficiosa para la niña, puesto que protege todos los intereses en juego, incluso los del padre biológico, que no es parte en el procedimiento, si es que finalmente se consolida la existencia de unos vínculos paterno filiales asumidos y recíprocamente adaptados por el padre biológico y su hija para merecer el consiguiente amparo que se le reconoce en derecho, lo que la Sala desconoce en estos momentos”.

revisten estos intereses y derechos en juego en este tipo de procesos”. Aquí se efectúa una ponderación del interés del menor con los derechos fundamentales, aunque más que nada, sociales de la madre biológica, lo que no parece sea un parámetro correcto en la identificación de los derechos fundamentales de ambos, que después de esta sentencia va a señalar el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

El voto particular señala de forma clara que el interés del menor queda gravemente afectado con la solución que adopta la mayoría en la sentencia que se reseña, porque con dicha cláusula el ordenamiento jurídico “lo que [...] pretende es que los derechos fundamentales del niño resulten protegidos y que ello suceda de forma prioritaria y preferente a los de los demás implicados, debido a la falta de capacidad del menor para actuar defendiendo sus propios intereses”.

3.º La sentencia de 16 de febrero de 2014 utiliza otros argumentos, pero el tercero más importante se refiere a que una ponderación adecuada de los intereses en presencia en este caso lleva a considerar que el interés del niño no puede buscarse a través de un contrato de sustitución de maternidad. La sentencia analiza la regulación española de estos contratos, que, contenida inicialmente en el artículo 10 de la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, primera en regular las técnicas de filiación asistida, se mantuvo sin modificaciones en la Ley 14/2006, actualmente vigente. La sentencia resume la regulación del siguiente modo: “Su apartado primero establece la nulidad de pleno derecho del 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. El segundo apartado prevé que la filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto (en línea con lo recomendado en el informe del Comité *Ad Hoc* de Expertos en el Progreso de las Ciencias Biomédicas, CAHBI, del Consejo de Europa). Y el tercero deja a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales”. De acuerdo con estos criterios, la sentencia entiende que no puede aceptarse el argumento de los recurrentes que consideran que la filiación es periférica al contrato de gestación por sustitución; al contrario, según la sentencia, la Ley no solo declara la nulidad del contrato de gestación, sino que, además, determina el régimen de la filiación, porque la materna queda determinada por el parto y la paterna, mediante la posible acción de reclamación de la paternidad. Al ser la filiación que se demanda contraria al artículo 10 LTRHA, es

incompatible con el orden público y ello impide el reconocimiento registral.

4.º La solución propuesta se mantiene en la argumentación del incidente de nulidad de actuaciones, presentado por los recurrentes y resuelto en el ATS de 2 de febrero de 2015, del pleno de la Sala 1.ª del Tribunal Supremo. La mayor parte de las explicaciones va dirigida a razonar sobre las diferencias entre el caso español y los casos decididos hasta aquel momento por el TEDH. Se dice que así como en los casos franceses, las niñas no estaban jurídicamente integradas en Francia, porque se hallan en “una situación de incertidumbre jurídica”, dado que “Francia les niega esa consideración [de hijos de los recurrentes], porque la gestación por sustitución impide absolutamente el establecimiento del vínculo de filiación con los comitentes, sea mediante la inscripción de las actas de nacimiento expedidas en el extranjero, sea mediante la inscripción del acta de notoriedad de la relación de filiación por constar que los solicitantes crían y educan al niño desde su nacimiento, sea mediante la constatación de la filiación paterna, sea mediante la adopción” (FJ5, pr. 8). En cambio, se añade, que la sentencia del Tribunal Supremo español, contra la que se interpone el incidente de nulidad de actuaciones, no da un rodeo para llegar al mismo punto inicial, sino que “la cuestión decisiva es que lo que determina la relación de filiación, *esencial para establecer la identidad del menor (sub. Mio)* según las normas de orden público del ordenamiento español actualmente vigentes, es la filiación biológica (cuyo reconocimiento como determinante de la filiación tiene una especial importancia para el interés del menor, como elemento esencial de su identidad, y así es destacado por las sentencias del Tribunal de Estrasburgo), y el establecimiento de lazos filiales como consecuencia de la existencia de un núcleo familiar de facto en el que están integrados los menores, el progenitor biológico y su cónyuge [...]”. Y añade el ATS a que me estoy refiriendo que la sentencia del TS dictada en febrero de 2014 “[...] permite que la identidad de los menores quede debidamente asentada mediante el reconocimiento de la filiación biológica y la formalización de las relaciones existentes si hubiera un núcleo familiar “de facto” entre los comitentes y los niños, como parece que existe. Y no solo lo permite, sino que acuerda instar al Ministerio Fiscal para que adopte las medidas pertinentes en ese sentido para la protección de los menores”. El establecimiento de la relación biológica entre el padre que ha proporcionado el material genético para la procreación puede proporcionar el estatus definitivo de los menores en lo relativo

a la fijación de la identidad, según las SSTEDH. Pero también la adopción o incluso la posesión de estado, que según el ATS “[...] nuestro ordenamiento jurídico ha considerado idóneos para *proteger el interés del menor* (sub. Mio)”¹⁴.

C) Las dudas que plantea la doctrina de la STS de 16 de febrero de 2014

Tan pronto como en 1987, el denominado caso “Baby M.” produjo una importante literatura jurídica; se trataba del *leading case*, un caso, además, difícil en el que había importante implicación de derechos fundamentales¹⁵. Los principales temas fueron los siguientes: (i) los acuerdos de maternidad subrogada no proporcionan una adecuada protección para los niños, los jueces consideraron que los acuerdos de maternidad subrogada deberían contener cláusulas que previeran la adopción por el padre biológico, siempre en atención al interés del menor, mientras que el incumplimiento de estos contratos que dé lugar a litigios debe resolverse siempre en interés del menor; (ii) el tribunal consideró que los contratos de maternidad subrogada explotaban menos a las mujeres que las adopciones¹⁶; (iii) no implica la compra de bebés, porque el pago únicamente pretende compensar los gastos del proceso; (iv) los contratos de maternidad subrogada no lesionan el concepto de familia tradicional, y (v) estos contratos deberían ser admitidos jurídicamente sin tener en cuenta si existe o no explotación de los pobres por las personas que pueden pagar este procedimiento.

¹⁴ Este FJ acaba con una pequeña bronca a los recurrentes, cuando el TS afirma que “los promotores del incidente deben ser conscientes de que la filiación de los menores podía ya haber sido fijada definitivamente, o estar muy avanzado el proceso para fijarla, si se hubiera dado cumplimiento a nuestra sentencia”, porque los recurrentes “no solo no han ejercitado las acciones de reclamación de la filiación biológica paterna, sino que ni siquiera están prestando su colaboración al Ministerio Fiscal para que la filiación sea fijada del modo previsto en nuestro derecho y acordada en la sentencia” (FJ 5, pr. 12).

¹⁵ COPEN, ROBERT A. “Family Law: Surrogate Parenting”. 1988 *Annual Survey of American Law*. Issue 4. 1988, p. 948-950. New York University School of Law.

¹⁶ Como se dice en p. 949: “The court viewed private adoption as a situation in which the mother was usually pregnant before the contemplation of surrendering the child, the natural father was uninterested in the child or his whereabouts or identification was unknown, and the unborn fetus faced potential abortion due to financial or social pressures. In addition, the trial court stressed that private adoptions often involved illegal payment. By contrast, surrogacy possessed none of the foregoing problems. Instead, the parties planned and desired to have a child and the mother had ample time to consider her duties, even before her impregnation”.

Desde entonces, los problemas no han dejado de crecer debido a la mejora de las técnicas de reproducción asistida y a la entrada en el que podría llamarse “mercado” de parejas que no pueden tener hijos, como ocurre con los matrimonios de personas gay. Sobre todo, si examinamos la cuestión desde el punto de vista de la protección de los derechos humanos, surgen problemas de mucho calado, como pone de relieve Tobin¹⁷, existen algunos problemas complejos: (i) el primero, el artículo 35 de la Convención sobre los derechos del niño, de Nueva York 1989, que establece que “los Estados parte tomarán todas las medidas de carácter nacional, bilateral y multilateral que sean necesarias para impedir el secuestro, la venta o la trata de niños para cualquier fin o en cualquier forma”; (ii) la maternidad subrogada es moralmente objetable porque refuerza la desigualdad de género, y (iii) la regulación de este tipo de contratos no puede proporcionar protección suficiente en contra de la explotación de las madres gestantes.

Es interesante observar la coincidencia de esta opinión con algunos de los argumentos expresados en la STS de 16 de febrero de 2014 y en el incidente. Sin embargo, creo que si bien los casos resueltos por el Tribunal Supremo español merecen la calificación de “casos difíciles”, no pueden constituir pretextos para el *non licet*, porque el juez debe resolver de acuerdo con el sistema de fuentes previsto (art. 1.7 CC).

III. MAL DE MUCHOS. LAS LECCIONES DEL DERECHO COMPARADO

No es mi intención hacer aquí un estudio de derecho comparado acerca de los diversos sistemas que intentan afrontar el problema que, como se dice al inicio de este trabajo, está empezando a ser una gran bola de nieve rodando por la pendiente de la legalidad. Dicho sea sin que esto deba entenderse como una toma de postura.

Son diversas las publicaciones que se han ocupado de aclarar el panorama comparado relativo a la regulación de los contratos de maternidad subrogada, por una parte, y los efectos que dichos contratos producen en las relaciones paterno filiales entre los que se denominan “padres de intención” o padres que encargan el procedimiento, la madre

¹⁷ TOBIN. “To prohibit or Permit: What is the (Human) Rights Response to the Practice of International Commercial Surrogacy?”. *Melbourne Legal Studies Research Paper*. N.º 689, pp. 2-3. <http://ssrn.com>. This paper was first published in the *International and Comparative Law Quarterly*, Volume 63, Issue 2, 2014.

subrogada o gestante, su marido, si lo hay, y los hijos nacidos de este procedimiento. De ahí puede llegarse a una primera conclusión y es que el problema presenta diversas facetas: (i) la primera y seguramente la más importante, la constituye el hecho de que no existe unanimidad entre los diferentes estados para regular de manera uniforme los contratos de maternidad subrogada, lo que genera lo que ya en 2003 Deech calificaba como “turismo reproductivo”¹⁸; (ii) la distinción entre la validez o no del contrato de gestación por sustitución, que debe diferenciarse absolutamente del estatuto del menor, ya que en este segundo aspecto deben ponderarse prioritariamente sus derechos fundamentales incluidos en lo que se denomina “interés del menor”, y (iii) como se va a comprobar a continuación, el problema no se concentra solamente en las parejas del mismo sexo, casadas o no; es mucho más complejo.

La STEDH de 26 junio 2014, dictada en el asunto *Menesson c. Francia*, realiza un resumen de las diversas posturas mantenidas en los 35 Estados firmantes del Convenio de Derechos Humanos y distingue aquellos en los que la maternidad subrogada está absolutamente prohibida; en otros no se regula; en otros se autoriza, con exigencia de condiciones estrictas o bien se tolera; en 13 de los 35 estados es posible obtener el reconocimiento jurídico de la relación de filiación ya sea a través del *exequatur*, la transcripción directa del acta de nacimiento extranjera o la adopción, lo que parece excluirse en otros 11 de los Estados firmantes del CEDH¹⁹.

¹⁸ DEECH, RUTH. “Reproductive tourism in Europe: infertility and human rights”. *Global Governance*. Vol. 9, núm. 4, oct. 2003, pp. 2-7, aunque el caso a que se refirió en su trabajo se refería a la inseminación *post mortem*. Luego ha sido una expresión recurrente, como MONÉGER. “Rapport de synthèse”. MONÉGER. “Gestation pour autrui: surrogate Motherhood”. *Gestation pour autrui: surrogate Motherhood*. XVIII Congrès, Washington D.C. les 25-31 juillet 2010. Société de Legislation Comparée, Paris 2011, p. 20. El informe de la Conferencia de La Haya señala en la p. 6-7 que el turismo médico en la India tiene un montante de aproximadamente 400 millones de dólares en 2012. Ver Hague Conference on Private International Law. Questions de Droit International Privé concernant le Statut des enfants, notamment celles résultant des accords de maternité de substitution à caractère international. Doc. N.º 11, marzo 2011.

¹⁹ “40. La Cour a procédé à une recherche de droit comparé couvrant trente-cinq États parties à la Convention autres que la France: Andorre, l’Albanie, l’Allemagne, l’Autriche, la Belgique, la Bosnie-Herzégovine, l’Espagne, l’Estonie, la Finlande, la Géorgie, la Grèce, la Hongrie, l’Irlande, l’Islande, l’Italie, la Lettonie, la Lituanie, le Luxembourg, Malte, la Moldova, Monaco, le Monténégro, les Pays-Bas, le Pologne, la République tchèque, la Roumanie, le Royaume-Uni, la Russie, Saint-Marin, la Serbie, la Slovaquie, la Suède, la Suisse, la Turquie et l’Ukraine”.

“41. Il en ressort que la gestation pour autrui est expressément interdite dans quatorze de ces États: l’Allemagne, l’Autriche, l’Espagne, l’Estonie, la Finlande, l’Islande, l’Italie, la Moldavie, le Monténégro, la Serbie, la Slovaquie, la Suède, la Suisse et la Turquie. Dans dix

Quiero destacar, sin embargo, un común denominador para la resolución de los casos planteados ante tribunales que deben decidir muchas veces en casos de derecho internacional, en los que los interesados aprovechan estas disparidades para eludir las prohibiciones que existen en sus países de origen. Se trata de la aplicación del principio del interés del menor.

Voy a examinar los casos de Bélgica y Holanda, donde se han producido este tipo de casos con bastante frecuencia, para estudiar de forma independiente y quizá con mayor detenimiento, los casos de Italia y Francia, dadas las últimas sentencias de la Corte Europea de Derechos Humanos en asuntos provenientes de estos dos últimos países²⁰.

autres États, dans lesquels il n'y a pas de réglementation relative à la gestation pour autrui, soit elle y est interdite en vertu de dispositions générales, soit elle n'y est pas tolérée, soit la question de sa légalité est incertaine. Il s'agit d'Andorre, de la Bosnie-Herzégovine, de la Hongrie, de l'Irlande, de la Lettonie, de la Lituanie, de Malte, de Monaco, de la Roumanie et de Saint-Marin.

La gestation pour autrui est en revanche autorisée dans sept de ces trente-cinq États (sous réserve de la réunion de conditions strictes): en Albanie, en Géorgie, en Grèce, aux Pays-Bas, au Royaume-Uni, en Russie et en Ukraine. Il s'agit en principe de la gestation pour autrui dite altruiste (la mère porteuse peut obtenir le remboursement des frais liés à la grossesse mais ne peut être rémunérée), mais il semble que la gestation pour autrui peut revêtir un caractère commercial en Géorgie, en Russie et en Ukraine. Elle paraît en outre être tolérée dans quatre États où elle ne fait pas l'objet d'une réglementation: en Belgique, en République tchèque et, éventuellement, au Luxembourg et en Pologne”.

“42. Dans treize de ces trente-cinq États, il est possible pour les parents d'intention d'obtenir la reconnaissance ou l'établissement juridiques du lien de filiation avec un enfant né d'une gestation pour autrui régulièrement pratiquée à l'étranger, soit par *l'exequatur*, soit par la transcription directe du jugement étranger ou de l'acte de naissance étranger sur les registres d'état civil, soit par l'adoption. Il s'agit de l'Albanie, de l'Espagne, de l'Estonie, de la Géorgie, de la Grèce, de la Hongrie, de l'Irlande, des Pays-Bas, de la République tchèque, du Royaume-Uni, de la Russie, de la Slovaquie et de l'Ukraine. Cela semble également possible dans onze autres États où la gestation pour autrui est interdite ou n'est pas prévue par la loi: en Autriche, en Belgique, en Finlande, en Islande, en Italie (s'agissant du moins du lien de filiation paternelle lorsque le père d'intention est le père biologique), à Malte, en Pologne, à Saint-Marin, en Suède, en Suisse et, éventuellement, au Luxembourg.

Cela semble en revanche exclu dans les onze États suivants: Andorre, l'Allemagne (sauf peut-être quant au lien de filiation paternelle lorsque le père d'intention est le père biologique), la Bosnie-Herzégovine, la Lettonie, la Lituanie, la Moldavie, Monaco, le Monténégro, la Roumanie, la Serbie et la Turquie”.

²⁰ Más información puede obtenerse en el documento del Parlamento Europeo titulado *A Comparative Study on the Regime of Surrogacy in EU Member States*. Directorate General for International Policies. Policy Department C: Citizen's Rights and Constitutional Affairs. European Parliament, 2013.

A) El interés del menor en Bélgica y Holanda

Bélgica.— Los autores están de acuerdo en afirmar que en Bélgica no hay una prohibición directa de la maternidad subrogada²¹. Sin embargo, a pesar de la falta de regulación se pone de manifiesto que hay ciertas prácticas que (i) restringen su utilización a las parejas heterosexuales, bajo indicaciones médicas, como la esterilidad de la pareja; (ii) solo se autoriza la práctica altruista, sin compensación económica; (iii) en la mayoría de los casos los padres de intención son asimismo padres genéticos; (iv) la maternidad resulta del parto, porque se aplican las reglas generales reguladoras de la atribución de la filiación²², por lo que el padre de intención debe iniciar las acciones legales correspondientes para que se determine la filiación, si es padre biológico, o bien proceder a la adopción. En lo que se refiere a la determinación de la filiación respecto a una pareja formada por personas del mismo sexo, la legislación belga no permite establecer la doble paternidad, y ello solo puede tener lugar mediante la doble adopción²³.

En relación a los casos planteados ante los Tribunales belgas, los autores distinguen entre los que se producen a nivel interno y aquellos en los que interviene un elemento de extranjería. Los casos internos no resultan interesantes al objeto de este estudio²⁴; me voy a detener en los casos en que concurren elementos de extranjería. Se citan los casos *Hanne and Elke*, nacidas de una maternidad de sustitución en Ucrania²⁵; eran hijas de madre ucraniana y los padres de intención eran una pareja heterosexual belga. El certificado de nacimiento les reconoció como padres, pero el consulado belga se negó a inscribir el certificado de nacimiento; los tribunales reconocieron el certificado ucraniano como un acto jurídico auténticamente válido y atribuyeron la paternidad al padre biológico

²¹ “A Comparative Study”, cit. p. 206 y HENRICOT, C. “Belgique” en *Monéger*, dir., cit., p. 50.

²² “A Comparative Study”, cit. p. 211 y *Verschelden-Pluym* “Chronique de jurisprudence belge concernant la gestation pour autrui (droit interne)”, en *Schamps-Sosson. La gestation pour autrui* cit. p. 202 p. 196 y pp. 203-209 respecto a los casos de derecho interno.

²³ VERSCHELDEN-PLUYM cit., p. 202.

²⁴ “A Comparative Study”, cit., pp. 215-218. Se afirma, sin embargo, que en los casos de derecho interno, el interés del menor sirve como fundamento para comprobar si la decisión para la adopción está fundada en bases justas (p. 226). VERSCHELDEN-PLUYM, cit., p. 202, señalan que se han presentado ya diversos procedimientos en los tribunales belgas, después de demandas de adopción subsiguientes a maternidad subrogada.

²⁵ Civ. Amberes, 19 diciembre de 2008 y Tribunal de Menores de Amberes, 22 abril 2010. *A Comparative Study*, p. 218, y HENRICOT, cit., p. 51.

intencional, pero no la maternidad de la madre de intención. Finalmente esta adoptó a las niñas. En relación al interés de las niñas, el Tribunal de Menores de Amberes especificó que considerar contrario al orden público el procedimiento de adopción iniciado en Bélgica solamente porque la filiación procedía de un procedimiento tecnológico, penalizaría a las niñas, que no habían elegido la vía de su nacimiento. Otras consideraciones relativas a la comercialización de este tipo de operaciones, no importan en este momento.

El segundo caso belga interesante al objeto de este estudio es el denominado caso *Samuel*, también consecuencia de un contrato de maternidad subrogada celebrado en Ucrania, esta vez entre una mujer de aquella nacionalidad y una pareja del mismo sexo²⁶; uno de los miembros de la pareja era el padre genético, quien interpuso una acción pidiendo que se reconociese el certificado, como finalmente ocurrió.

El tercer caso citado por los autores belgas es el conocido como *Maia y Maureen*, nacidas en USA, de madre sustituta americana y padres de intención del mismo sexo, de nacionalidad belga²⁷. Los certificados de nacimiento se basaban en una sentencia declarativa de paternidad de dos niñas nacidas como consecuencia de un contrato de maternidad subrogada y sin parentesco entre los padres legales y las gemelas. De nuevo, los padres pretendieron el reconocimiento de los certificados de paternidad americanos. Como en el caso español, los tribunales belgas rehusaron en primera instancia el reconocimiento de dichos certificados, aplicando la regla del fraude de ley, aunque fue revocada por el tribunal de apelación, que consideró que la filiación con el padre de intención quedaba establecida con el reconocimiento de paternidad efectuado por dicho padre, concluyendo que la ilegalidad del contrato no podía poner en peligro el interés del menor, razón por la cual debía reconocerse la paternidad del padre biológico.

En estos y otros casos que han tenido lugar en Bélgica, el interés del menor permite “neutralizar” la ilegalidad de los contratos de maternidad concluidos en el extranjero, porque como afirma Henricot²⁸, la filiación de un hijo nacido como consecuencia de un contrato de maternidad de sustitución, considerada contraria al orden público, debería ser reconocida

²⁶ Civ. Bruselas, 15 de febrero de 2011. *A Comparative Study*, cit., p. 219.

²⁷ Lieja. 6 de septiembre de 2010 y Tribunal de Menores de 22 diciembre de 2011. *A Comparative Study*, cit., p. 221 y HENRICOT, cit., p. 51.

²⁸ HENRICOT. *Ob. cit.*, p. 77.

en la medida en que la relación jurídica ha sido válidamente creada en un país que lo admite y conforme a las reglas establecidas en dicho país. Y todo ello, en base a la protección del interés del menor.

Holanda.— El otro sistema jurídico al que quiero referirme es el holandés. En Holanda la práctica de la maternidad de sustitución está admitida, aunque bajo fuertes restricciones. Vonk y Bøele-Wøelki²⁹ insisten en que a pesar de los controles de la Sociedad Holandesa de Obstetricia y Ginecología, que establece las directivas para proceder a este tipo de operaciones, la sociedad holandesa no ve con buenos ojos los contratos de este tipo. Debe añadirse que las parejas formadas por hombres no pueden acceder a los dichos contratos, ya que según estos mismos autores, aun en el caso que pudieran llegar a contratar, este acuerdo no es obligatorio, de modo que los jueces no estarían obligados a otorgar un estatuto civil al menor nacido de estas técnicas. Solo el procedimiento de adopción permitiría reconocer una relación de filiación, porque la madre que ha dado a luz es la madre legal y la adopción solo será posible cuando los padres legales hayan sido privados de la potestad parental³⁰.

Sin embargo, como en todas partes, el *law in practice* es infinitamente más interesante que el *law in books*. Dejando de lado los casos internos, como he hecho antes, me centraré en los casos internacionales, en los que los tribunales holandeses han tenido que resolver por qué los ciudadanos recurren a una subrogación en el extranjero, a pesar de la llamémosle “tolerancia”, sometida, sin embargo, al férreo control profesional de la sociedad médica a la que antes me he referido. Aparte de algunos casos en los que concurren circunstancias de fraude real, como el denominado caso *Dona*³¹, la mayoría de los supuestos reproducen algunas de las características de los ya citados para Bélgica. En algunos de ellos, los tribunales holandeses han aplicado el artículo 8 del CEDH, es decir, el derecho al respeto a la vida familiar, como ocurrió en el caso de 2011, en el de una maternidad subrogada realizada en la India por una pareja heterosexual, mediante una donación de óvulos, fertilizada con esperma de uno de los miembros de la pareja; en este caso se declaró que la madre subrogada no era la madre genética, pero las autoridades holandesas no admitieron la inscripción a favor de la madre de intención porque no había dado a luz. Como más adelante vendrá a decir el TEDH,

²⁹ VONK, M- BøELE-WøELKI, K. “Surrogacy and Same-Sex Couples in the Netherlands”. En BøELE-WøELKI-FUCHS, *Legal Recognition*, cit., p. 127

³⁰ *A Comparative Study*, cit., p. 305.

³¹ *A Comparative Study*, cit., p. 312-313. VONK, M- BøELE-WøELKI, K., cit. p. 134.

lo que importa es la combinación de los lazos de sangre y las concretas circunstancias de la vida familiar, de acuerdo con el mencionado artículo 8 del Convenio y, por ello, se admitió establecer la filiación con relación al padre de intención³².

La complicación de los casos producidos, como ocurre en todos los sistemas y en la jurisprudencia que puede consultarse, gira siempre en torno a tres problemas: (i) si la madre subrogada debe ser declarada o no madre, a pesar de haber dado a luz; (ii) si puede determinarse la filiación con relación al padre, en base a elementos biológicos, y (iii) qué ocurre con el pasaporte de estos niños nacidos en el extranjero cuando sus padres de intención quieren educarlos y convivir con ellos en el país de origen de los padres. Estos problemas acaban siendo resueltos teniendo en cuenta el interés del menor y, por ello, algunas veces la guarda de estos niños se atribuye a los padres de intención, pero ello encuentra, a su vez, las limitaciones del cumplimiento de los requisitos de la adopción internacional en la propia Holanda. El caso *Dona* constituye un *leading case*, en el que se mezclan cuestiones penales, decisiones en interés del menor y fraudes. Es el “caso difícil” perfecto.

B) El interés del menor c. la defensa del ordenamiento: Francia

El artículo 16-7 del Código Civil francés, tal como aparece redactado por la Ley 94-653, de 29 de julio de 1994, establece que “toute convention portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d’autrui est nulle”. A continuación, el artículo 16-9 declara que todas las disposiciones del capítulo relativo a estos aspectos son de orden público. Esta normativa no ha evitado los mismos problemas producidos en los demás países y es más, las decisiones del TEDH han tenido como objeto dos casos ocurridos en Francia, los casos *Menesson* y *Labassée*, a los que sin duda hay que referirse a continuación, porque constituyen un punto de no retorno en la metodología a aplicar para la solución de estos casos.

La doctrina francesa había ya manifestado su preocupación como consecuencia de la sentencia de la Cour de Cassation de 17 de diciembre de 2008, primera pronunciada en el asunto *Menesson*; en ella, la Cour, después de explicar los hechos a que luego me referiré, admitió la legitimación del Ministerio público para impugnar la inscripción de las actas de nacimiento de las menores nacidas en Estados Unidos, porque se deducía de los hechos que los enunciados inscritos en las actas del

³² *A Comparative Study*, cit., p. 315. Se refiere a la sentencia Rechtbank’s-Gravenhage, de 24 de octubre de 2011.

Registro Civil no podían resultar más que de un contrato de maternidad subrogada. Algún autor afirmó que la Cour de Cassation, ante la previa sentencia de apelación que manifestó una cierta benevolencia para evitar que los niños resultaran jurídicamente huérfanos, impuso el orden, aplicando el derecho y sus prohibiciones³³.

La primera sentencia francesa en el asunto *Menesson* era, pues, una sentencia de contenido claramente procesal: se había vulnerado, según la casación, una disposición de la Ley de Procedimiento Civil, concretamente el artículo 423. Se explica que teniendo el Ministerio Fiscal la competencia para actuar defendiendo el orden público y declarada como orden público la prohibición de contratar una maternidad de sustitución, los acuerdos de llevarlas adelante son nulos, lo que legitima al Ministerio público³⁴ para actuar pidiendo la nulidad. Nos hallamos ante un razonamiento puramente formal, que finaliza el primer acto del asunto *Menesson* y produce el efecto de anular la sentencia recurrida, devolviéndolo a la apelación para que vuelva a pronunciarse sobre el problema suscitado, esta vez, entrando en el fondo.

A partir de aquí se inicia el segundo acto de la obra. El Tribunal de apelación de París dictó una nueva sentencia el 18 de marzo de 2010 en la que anuló la inscripción de las actas de nacimiento de las dos niñas. Allí se enfrenta directamente con los dos problemas con los que también ha tenido que lidiar nuestro Tribunal supremo, es decir, la cuestión del orden público internacional³⁵ y el interés del menor, que es el hilo conductor de este trabajo. El razonamiento del Tribunal de apelación de París viene a concluir que no puede alegarse este principio que no permitiría validar *a posteriori* un procedimiento ilícito y que la falta de inscripción no priva a las niñas de su nacionalidad americana. La segunda escena del segundo acto tiene lugar con la sentencia de la Cour de Cassation, de 6 de abril de 2011, que resolvió el recurso de los padres; aquí sí se discutió sobre si se podía oponer a un derecho adquirido legalmente en el extranjero. Los argumentos de la sentencia confirmaron lo dicho en la apelación, recalcando que la anulación de la inscripción de las actas de nacimiento

³³ BRUNET, L. "Un arrêt trompe-l'œil sur la gestation pour autrui: retour du droit ou recul de la raison juridique?" Nota a la sentencia de la Cour de cassation de 17 de diciembre de 2008. Recueil Dalloz 2009, n.º 5, p. 340.

³⁴ BRUNET, L. *Ob. cit.* p. 341.

³⁵ Que se había escamoteado en la primera sentencia, tal como hizo notar BRUNET, L. *Ob. cit.*, p. 341, en hablar del "l'étonnant escamotage de la dimension internationale du litige". Asimismo, HENRICOT. *Ob. cit.*, p. 81.

no impedía a las menores vivir en Francia, ni lesionaba el derecho al respeto a la vida privada y familiar de los niños según el artículo 8 del CEDH, ni tampoco el interés de los menores, garantizado en el artículo 3 de la Convención de los Derechos del Niño³⁶. Algunos comentarios de la sentencia ponen de relieve que es dudoso que la resolución no afecte el interés superior del menor, especialmente por el mantenimiento del estado civil americano³⁷.

El interés del menor siguió sin estar protegido: se prefirió en Francia la protección del ordenamiento interno, considerando la sanción por fraude como un castigo, con connotaciones morales (Bollée³⁸), como ocurrirá también en el caso italiano que examinaré a continuación.

Pero la historia de las decisiones francesas no acaba aquí. La Cour de Cassation ha mantenido la prohibición de la inscripción de los certificados de nacimiento de niños nacidos en la India, como consecuencia de contratos de maternidad subrogada (sentencia de 13 de septiembre de 2013³⁹).

C) El desenlace del conflicto: las SSTEDH *Menesson c. Francia y Labassée c. Francia*, de 26 de junio de 2014

Las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos determinan un punto de no retorno en el tratamiento de los problemas derivados de los contratos de maternidad subrogada no solo por lo que se refiere a Francia, sino a la protección de los Derechos Humanos en el ámbito de los países signatarios del Convenio.

³⁶ “[...] qu’une telle annulation, qui ne prive pas les enfants de la filiation maternelle et paternelle que le droit californien leur reconnaît ni ne les empêche de vivre avec les époux Mennesson en France, ne porte pas atteinte au droit au respect de la vie privée et familiale de ces enfants au sens de l’article 8 de la Convention (...), non plus qu’à leur intérêt supérieur garanti par l’article 3 § 1 de la convention internationale des droits de l’enfant (...)”.

³⁷ DE GEOUFFRE DE LA PRADELLE. “Gestation pour autrui à l’étranger: annulation de la transcription des actes de naissance constant une filiation cependant reconnue”. *Recueil Dalloz*. 8 juillet 2010, n.º 26, p. 1686

³⁸ BOLLÉE, S. “Conflits de lois. Gestation pour autrui.- Actes d’état civil dressés à l’étranger.” Comentario a la sentencia de 17 de diciembre de 2008. *Revue trimestrielle LexisNexis JurisClasseur*, abril-mai. Juin 2009, p. 582.

³⁹ PETIT, C. “Statut juridique des enfants nés d’une gestation pour autrui réalisée à l’étranger”. *Recueil Dalloz*. 17 octobre 2013, n.º 35, p. 2382.

Los casos *Menesson* y *Labassée* constituyen un ejemplo de cómo puede aplicarse una metodología correcta que respetando los derechos fundamentales implicados, pondere la importancia de cada uno de ellos en la relación jurídica. Ambas decisiones huyen del formalismo que ha impregnado las decisiones francesas, para fijar los centros de atención en la protección de los derechos. Voy a utilizar básicamente el asunto *Menesson*, aunque debe entenderse que estoy haciendo también referencia al caso *Labassée*.

No es necesario volver a recordar los casos. A partir de la decisión de 2011 del Tribunal de Casación francés, los padres y las hijas recurrieron ante el TEDH. Sus alegaciones se basaban en la violación del artículo 8 del Convenio, que establece que las personas tienen derecho al respeto de su vida privada y familiar y que las autoridades públicas no pueden interferir en este derecho más que por circunstancias previstas en la ley en la medida en que, en una sociedad democrática, sean necesarias para la seguridad nacional, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de infracciones penales, la protección de la salud o de la moral o la protección de los derechos y libertades. Sobre la base de la existencia de una familia fundada en la presencia de relaciones *de facto*, y dado que los padres de intención viven con las niñas, de manera que no se distingue de la vida familiar en su concepción habitual, el TEDH considera admisible la demanda presentada. Señala que en asuntos de este tipo se produce una relación directa entre la vida privada de los niños nacidos de una maternidad subrogada y la determinación jurídica de su filiación (§ 46).

El TEDH distingue entre los efectos que la prohibición de la maternidad de sustitución produce en los padres de intención y las hijas. Respecto de los primeros, el TEDH considera que la anulación de las inscripciones de nacimiento de las niñas no ha impedido a los padres de intención vivir con ellas en Francia en condiciones comparables a las de las otras familias y que no existe un riesgo de que las autoridades los separen (§ 92). Por ello, el TEDH llega a la conclusión que si bien se produce una injerencia en la vida familiar, ésta tenía como finalidad legal la protección de la salud y la protección de los derechos y libertades de terceras personas. Por ello el TEDH entiende que la conclusión de la Cour de Cassation produce un justo equilibrio entre los intereses del estado demandado, Francia, y los de los padres de intención demandantes, en relación a lo que se refiere a la protección de su vida familiar (§ 94).

Sin embargo, aquí no acaba todo. Porque rechazada la demanda de los padres de intención, resta por responder la de las hijas. La pregunta sigue

siendo la misma: ¿han respetado las autoridades públicas el derecho a la dignidad de las menores y su vida privada y familiar? La respuesta es no. El TEDH recuerda que el respeto a la vida familiar del artículo 8 CEDH exige establecer los concretos detalles de la identidad de cada uno como ser humano, entre los que se encuentran: (i) establecer la filiación; (ii) establecer la nacionalidad que aunque no está incluida en el artículo 8 CEDH, resulta un elemento de la identidad de las personas (§ 97), y (iii) que como consecuencia de lo anterior, al carecer las niñas de identificación de acuerdo con el derecho francés, no ostentan derechos sucesorios. Y todo ello, teniendo en cuenta, además, que uno de los progenitores de intención era el padre biológico de las menores.

La que podría calificarse como “solución salomónica” se resume claramente en el §99 de la STEDH⁴⁰, donde se señala que los efectos del no reconocimiento en derecho francés de la relación de filiación entre los hijos concebidos por esta técnica y los padres de intención no se limitan a la situación de estos últimos, que solo han elegido una de las modalidades de procreación que les reprochan las autoridades francesas, sino que producen efectos sobre los propios hijos, cuyo respeto a la vida privada, que implica que cada uno pueda establecer la sustancia de su identidad, incluida la filiación, se encuentra significativamente afectado. Ello genera una cuestión grave de compatibilidad de esta situación con la protección de interés superior del hijo, cuyo respeto debe guiar cualquier decisión que les afecte: *“Se pose donc une question grave de compatibilité de cette situation avec l'intérêt supérieur des enfants, dont le respect doit guider toute décision les concernant”*. En consecuencia y dado el peso que debe acordarse al interés del menor cuando se ponderan los intereses en presencia, el TEDH concluye que se ha desconocido el derecho de la vida privada de las menores: *“101. Étant donné aussi le poids qu'il y a lieu d'accorder à l'intérêt de l'enfant lorsqu'on procède à la balance des intérêts en présence, la Cour conclut que le droit des troisième et quatrième requérantes au respect de leur vie privée a été méconnu”*.

Las reacciones de la doctrina francesa no se han hecho esperar. Una parte de la doctrina ha reaccionado señalando que en Francia determinada la filiación con relación al padre de intención que lo sea biológico, la

⁴⁰ 99 “Il résulte toutefois de ce qui précède que les effets de la non reconnaissance en droit français du lien de filiation entre les enfants ainsi conçus et les parents d'intention ne se limitent pas à la situation de ces derniers, qui seuls ont fait le choix des modalités de procréation que leur reprochent les autorités françaises: ils portent aussi sur celle des enfants eux-mêmes, dont le droit au respect de la vie privée, qui implique que chacun puisse établir la substance de son identité, y compris sa filiation, se trouve significativement affecté”.

esposa, que no podrá ser reconocida como madre, sigue teniendo un derecho a las relaciones que proviene de lo establecido en el *Code* respecto a la posibilidad de que el padre pueda nombrarla como tutora de sus hijos a su fallecimiento, puede demandar al juez que le reconozcan el derecho a las relaciones con ellos, así como que se los confíen. Para algunos, se trata de una instrumentalización de los derechos humanos⁴¹; se critica que en presencia de un conflicto de intereses divergente, en el que existen planteamientos diversos desde puntos de vista como la moral, el orden público, etc., el TEDH impone una opinión “personal”, por encima de las decisiones tomadas por los representantes democráticos del pueblo francés (Chénéde *dixit*), imponiendo lo que se denomina “nueva instrumentalización democrática” de los derechos del hombre, que se considera inaceptable.

D) El caso *Paradiso et Campanelli c. Italia*

En este revuelto panorama, se plantea el por ahora último asunto resuelto en el TEDH, el caso *Paradiso et Campanelli c. Italia*, de 27 enero de 2015, que tiene unas connotaciones más complejas aún que los anteriormente resueltos por el TEDH. Se trataba aquí de una maternidad subrogada llevada a cabo en Rusia en 2010; según los documentos que constan en la STEDH, la madre portadora prestó su consentimiento por escrito para que el niño fuera inscrito como hijo de los demandantes; declaraba que los padres biológicos eran la pareja italiana Paradiso y Campanelli, que le habían encargado llevar a cabo el embarazo y el parto y que, de acuerdo con las reglas del Código de familia vigente en Rusia, daba su consentimiento para que los padres de intención fueran inscritos como padres del niño a quien ella había dado a luz. A partir de aquí empieza un complejo problema entre las autoridades italianas y los padres de intención, que puede resumirse del modo siguiente: (i) el consulado italiano comunicó al tribunal de menores italiano que el dossier relativo al nacimiento del niño contenía datos falsos; (ii) iniciado el procedimiento de adopción, se nombró un curador para el menor, los padres de intención se sometieron a una prueba de ADN que dio resultado negativo y el niño fue ingresado en un centro de acogida; (iii) los tribunales declararon que había sospechas de graves infracciones y que lo único cierto era que el niño había sido entregado a la madre de intención mediante el pago de 50.000 euros; (iv) el 26 de enero de 2013 el niño fue colocado en una familia de acogida; (v) en abril de 2013, el tutor pidió que se otorgara al

⁴¹ CHÉNEDÉ, F. “Les arrtes Menesson et Labassée. Ou l’instrumentalisation des droits de l’homme”. *Recueil Dalloz*. N.º 31, 18 setembre 2014, punto 7.

niño una identidad ficticia puesto que carecía de ella y finalmente el Tribunal acordó la entrega de un acta de nacimiento donde se indicaba que el niño había nacido en Moscú el 27 de febrero de 2011, de padres desconocidos y se le atribuía un nombre, y (vi) finalmente, el tribunal de menores declaró que los padres de intención no estaban legitimados en el procedimiento de adopción, porque ni eran padres ni parientes del niño. Los padres de intención interpusieron una demanda ante el TEDH, en nombre del niño por la imposibilidad de obtener el reconocimiento de la filiación establecida en el extranjero y por las medidas adoptadas por los tribunales italianos que, a su parecer, violaban el artículo 8 CEDH, así como la Convención de los Derechos del Niño.

Después de recordar la doctrina del TEDH sobre las relaciones familiares *de facto*, en la sentencia *Paradiso* se pone de relieve que los demandantes han pasado seis meses en Italia con el niño, durante los primeros meses de su vida y aunque se trata de un corto periodo de tiempo, debe concluirse que sí ha existido vida familiar (§69) y ello, aunque no exista una relación genética entre los padres de intención y el niño. Por ello, debe aplicarse el artículo 8 CEDH. En la ponderación de los intereses en juego y a la vista de los hechos, el TEDH concluye que los tribunales italianos no tomaron una decisión no razonable (*déraisonnable*), al no tener en cuenta el certificado extranjero para atribuir la filiación. Ello no significaba, sin embargo, que no debiera examinarse el interés del menor, porque para que el alejamiento del menor del entorno familiar se justifique, debe tener como finalidad su protección frente a un peligro inmediato. La solución del TEDH es aquí, si cabe, aún más salomónica. Hay un pasaje muy significativo en el §84, donde se dice que los recurrentes que habían sido considerados idóneos para adoptar en general, en esta concreta adopción han sido considerados incapaces de educar al menor por el único motivo de que han violado la ley, sin que haya intervenido una nueva valoración de un experto. En definitiva, se ha vulnerado el interés del menor, porque no se puede perjudicar a un niño que haya nacido como consecuencia de un contrato de maternidad subrogada y, por ello, se ha violado el derecho contenido en el artículo 8 CEDH. Pero como el niño ha desarrollado lazos de afecto con la familia con la que vive desde principios de 2013, la constancia de la violación no obliga al Estado a devolver el menor a los interesados y solo a la compensación por daño moral.

IV. ¿REGULAR O IGNORAR? A MODO DE CONCLUSIONES

El panorama descrito en el anterior apartado nos coloca ante la disyuntiva de regular o ignorar los contratos de maternidad subrogada. Pero esta

opción no es jurídica, sino de política jurídica y hay que poner de relieve que el TEDH no ha declarado que la falta de regulación o incluso la prohibición de estos contratos deba considerarse contraria al Convenio; solo ha dicho y es mucho, que la ignorancia de estos contratos y la aplicación formalista de la legalidad ordinaria no pueden hacerse de manera que violen los derechos reconocidos en el propio Convenio.

La solución, sin embargo, no es tan simple. De entrada, existen profundas diferencias entre los supuestos de hecho a regular: (i) la maternidad subrogada a favor de parejas heterosexuales, con o sin aportación de material genético de los propios padres de intención; (ii) la denominada co-maternidad, y (iii) la doble paternidad. Todo ello completado con el reconocimiento o no de matrimonio entre personas del mismo sexo, que no necesariamente debe comportar como consecuencia que las personas que tienen derecho a casarse tengan automáticamente derecho a tener hijos por procedimientos técnicos como la maternidad subrogada, porque el conjunto de derechos implicados es muy complejo y deben ponderarse de manera adecuada.

Pero dicho lo anterior, los problemas que ahora preocupan son los relativos a la existencia de niños nacidos en estas condiciones, en lugares donde la maternidad subrogada es admitida o bien, tolerada y que en base a una serie de disposiciones formales, relativas al reconocimiento de los certificados de nacimiento expedidos en el extranjero, pretenden hacerse valer en el país de origen de los padres de intención, casados o no, del mismo o diferente sexo. Quienes como los franceses, los españoles y los italianos tienen prohibidos de manera expresa en sus normas los contratos de maternidad subrogada utilizarán la excepción del orden público internacional, olvidando que ello se refiere a la validez y consiguiente exigibilidad de las obligaciones nacidas del contrato declarado nulo, pero no puede alcanzar al estatuto jurídico del menor, que nos devuelve a situaciones de desigualdad que parecían ya olvidadas en virtud de la aplicación del CEDH y de las diversas normas constitucionales sobre igualdad⁴². Es decir, una solución del tipo de la aplicada en estos países llevaría a declarar la nulidad de todos los efectos derivados de estos contratos, pero los niños no pueden ser declarados “nulos”. Como contrapartida, se dirá que una solución como la propugnada en las sentencias *Menesson* y *Labassée* constituye una cierta forma de

⁴² Algunos autores franceses hablan de que no puede volverse al antiguo sistema de castigar a los hijos por los pecados de sus padres. A tal efecto, CHÉNEDÉ. “...Et demain, la gestation pour autrui?” *Droit de la famille*. N.º 7-8, pag. 42. Y el título del dossier de FULCHIRON-BIDAUD-GARON en *Recueil Dalloz*, n.º 31, cit. p. 1773.

hipocresía, porque la protección del interés del menor, en la forma propugnada en ellas, produce indirectamente el mismo resultado buscado por los padres de intención. En resumen, que la protección del menor implica el olvido de la conducta ilegal de sus padres que, a la postre, se encuentran en la misma situación que si el contrato hubiese sido considerado legal. Ya hace bien el TEDH cuando reconoce que la situación que se presenta a los jueces en estos casos es muy delicada (STEDH de 27 de enero de 2015, *Paradiso* §81).

Las preguntas que surgen en la situación actual deben, pues, centrarse en los criterios para la resolución de estos casos.

1.º *El interés del menor como criterio de ponderación.* La doctrina protectora del TEDH sobre la base de la aplicación del interés del menor intenta ofrecer una línea de solución a los aspectos no regulados, es decir, los efectos de la violación de las prohibiciones de realizar estos contratos. Como ya se ha visto, los Tribunales belgas y holandeses, a falta de norma concreta, han aplicado el principio del interés superior del menor, que les ha llevado a neutralizar, de alguna manera, la ilegalidad del contrato de subrogación, como ya se ha visto. A la misma solución llegará, en un momento posterior, la jurisprudencia del TEDH, en las sentencias vistas. Sin embargo, hay que matizar también estas conclusiones, porque antes que nada hay que determinar qué debe entenderse por *interés del menor*, puesto que, como afirma Farnós⁴³, si se examinan los conceptos que aparecen en las diversas sentencias del Tribunal supremo, que aquí se han examinado, así como en la del TEDH, el concepto de interés “es ambivalente”. Pero, ¿es así?

A mi parecer, el TEDH deja muy claro cuál es el contenido del interés del menor en este caso, dado que de una forma muy clara lo liga con la dignidad de la persona, que exige poder fijar los detalles de la identidad de cada ser humano, lo que, según la sentencia *Menesson*, incluye la determinación de la filiación. Pero en los casos *Menesson* y *Labassée* se produce un nuevo elemento, que podría haber limitado las conclusiones de dichas sentencias si no se hubiese pronunciado posteriormente la del caso *Paradiso*: efectivamente, en ambos casos, existía una prueba definitiva de paternidad biológica, mientras que en el caso *Paradiso* no existe. En realidad, esta cuestión no es considerada como esencial, porque los argumentos sobre la existencia de una situación familiar *de facto* sustituyen la verdad biológica. Lo esencial es el interés del menor

⁴³ FARNÓS. *Ob. cit.* ADC, en prensa

entendido como dignidad humana y la consecuencia que el interés comporta es el reconocimiento legal de una relación de filiación no necesariamente biológica.

Ello no impide que algunos autores consideren que en estos casos, en los que se cruzan tres tipos de intereses, “los de la mujer gestante, y los de los cónyuges «gay» que pretenden su paternidad”, hay que priorizar el de la parte más débil, es decir, obviamente, el menor, aunque el interés del menor es inocuo, porque sea cual sea la solución que se adopte, siempre quedará determinada la filiación⁴⁴.

Esta reflexión lleva directamente a otra afirmación: pienso que en la noción de orden público está incluido el interés del menor, como hace ya tiempo afirmó Borrás⁴⁵. Es decir, que la protección del interés del menor forma parte de los conceptos de orden público español, dado que España es parte en el Convenio Internacional de los Derechos del Niño, de 1989 convenio que ha sido introducido directamente en el derecho español al haberse ratificado por España y haberse introducido en el artículo 2 de la LO 1/1996, de protección jurídica del menor.

Por tanto y sin entrar a valorar si en la STS de 16 de febrero de 2014 y el ATS de 2 de febrero de 2015 se descuida o no dicha protección, lo que sí debe afirmarse es que inevitablemente la aplicación de este principio a estas situaciones debe llevar a una postura más activa que pasiva, tal como ha resultado de las sentencias del TEDH. En cualquier caso, los legisladores deben tenerlo en cuenta.

2.º *Los problemas de la inscripción del acto extranjero.* Es evidente que el problema concreto se enfrenta con el reconocimiento de las decisiones extranjeras válidas en países donde no se admite este tipo de contratos. Es decir, que entramos de lleno en la excepción del orden público en la aplicación del derecho extranjero, de acuerdo con el artículo 12.3 CC e incluso podría entrar en juego la excepción de fraude de ley. El TEDH no se opone a que cada Estado signatario del Convenio regule en la forma que crea conveniente la maternidad subrogada, pero a lo que se opone es

⁴⁴ CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G. “Copaternidad y matrimonio entre hombres: la derogación tácita y parcial de la proscrita gestación por sustitución, fundada en razones de igualdad”. *Revista de Derecho privado*, n.º 4 julio-agosto de 2014, p.16.

⁴⁵ BORRÁS “El «interés del menor» como factor de progreso y unificación del Derecho internacional privado”. *Discurs d'ingrés de l'acadèmic de número Dra. Alegria Borrás i Contestació de l'acadèmic de número Dra. Encarna Roca i Trias*. 25 de noviembre de 1993. *Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya*. Barcelona, MCMXCIII, pp. 58 y 59.

a que los efectos de la nulidad del contrato afecten los derechos de las personas nacidas, colocándolas en una situación cercana a la inexistencia en el país de donde son oriundos los padres de intención.

La Instrucción del Ministerio de Justicia de 5 de octubre de 2010 intenta afrontar esta realidad; pero en realidad el problema subsiste, sobre todo, después de la sentencia de 16 de febrero de 2014 y el auto en el incidente de nulidad de actuaciones, de 2 de febrero de 2015, ya reseñados. Aunque no se ha anulado la Instrucción de referencia, puede considerarse de dudosa legalidad, en tanto que sobrepasa el límite del orden público⁴⁶.

Sin embargo, como he dicho antes, no voy a ocuparme de esta delicada cuestión. A mi modo de ver, no debo ocultar tras argumentos formales un problema de protección de derechos fundamentales.

Para poder afrontar de una forma racional la solución de un problema de alcance importante⁴⁷ pienso que debe distinguirse claramente entre el contrato de maternidad subrogada y el interés de los niños nacidos por este procedimiento. El interés de los menores en la protección de su dignidad implica el reconocimiento de la filiación, independientemente o no de la relación biológica con sus padres de intención. En la ponderación de los derechos fundamentales presentes en los procedimientos, el TEDH ha dejado claro que es intolerable dejar a los niños a la incierta suerte de la admisión o no por los tribunales del reconocimiento de la validez de las sentencias o certificaciones extranjeras, puesto que no puede impedirse el reconocimiento de su filiación⁴⁸. Creo que en el momento actual no se trata de un problema de ejecución de sentencias extranjeras, aunque también, sino de protección de los derechos fundamentales de la parte más afectada en esta relación, que son los menores.

Y mientras, ¿qué? El Tribunal Supremo había iniciado una línea de resolución aplicando por analogía las reglas de las acciones de filiación a otras situaciones, como además ha admitido el mencionado ATS de 2 de febrero de 2015. El juez tiene en su mano las técnicas adecuadas para resolver los asuntos de que conozca (art. 1.7 CC), entre las que se encuentra la analogía (art. 4.1 CC). Pero esta es solo una solución

⁴⁶ La propia Sentencia *Mennesson* recoge la Circular del Ministerio de Justicia, Garde des Sceaux, de 25 de enero de 2013 (§36).

⁴⁷ Según dice FARNÓS, *ob. cit.* en prensa.

⁴⁸ AVOUT, *cit.*, p. 1807

temporal. Por tanto, propongo unos puntos sobre los que debemos reflexionar para afrontar la solución de estas situaciones que no dejarán de producirse en un futuro.

1.º El hecho de que el legislador español no haya afrontado una solución específica para la filiación que se pueda producir en el seno de matrimonios de personas del mismo sexo, al admitir la validez de dichos matrimonios⁴⁹, no impide al juez aplicar por analogía las reglas en vigor. Por ello, he afirmado ya⁵⁰ que determinada la filiación con respecto a uno de los cónyuges, nada impediría ampliar el campo de la presunción de paternidad/maternidad. No lo impide la alusión que se hace a este problema en la exposición de motivos de la Ley 13/2005; se trata de una explicación del porqué no se alteran las reglas de la filiación, pero esto no impide que un juez pueda aplicarlas cuando sea conveniente para evitar precisamente la indefensión de un menor ante estas situaciones, como ha ocurrido ya en la aplicación de la atribución de la maternidad por posesión de estado, en las sentencias ya referenciadas.

2.º El hecho de que personalmente uno (una) pueda estar a favor o no del procedimiento de la maternidad subrogada, no debe impedir la búsqueda de soluciones a una realidad ineludible. Si el legislador considera conveniente la prohibición dentro de las reglas de la ética que considera deben imperar en un determinado sistema jurídico, no puede impedir que los derechos fundamentales de los nacidos de estas técnicas queden protegidos. Pueden establecerse sanciones que disuadan a los posibles usuarios de la utilización del método concreto. Pueden establecerse salvaguardas, comprobaciones y garantías para evitar que el contrato de maternidad subrogada pueda convertirse en una compraventa de niños y una mayor explotación de las mujeres, sobre todo, en países del tercer mundo. Puede reconocerse la validez de determinados tipos de contratos, como cuando son gratuitos o de pura beneficencia o están controlados por el juez, como ocurre en determinados países europeos. Pero lo que no puede producirse es la desprotección de los hijos, porque sería tanto como hacerles pagar por los pecados de sus padres, concepción afortunadamente superada.

⁴⁹ Me parece mejor esta solución que la de la derogación tácita propugnada por CERDEIRA, pp. 14-15, por entender que, entre otras razones, se produce la incompatibilidad entre la Ley que reconoce el derecho a casarse a las personas del mismo sexo y el artículo 10 LTRAH.

⁵⁰ ROCA TRÍAS. *Libertad y familia*. Cit., pp. 152- 153

3.º La problemática que genera el contrato de maternidad subrogada presenta diversas facetas: la primera es la relativa a las parejas heterosexuales, casadas o no, que por razones de infertilidad, no pueden tener hijos y acuden a este tipo de métodos. Es de esto de lo que se ha ocupado hasta el momento el TEDH. Pero el segundo aspecto, que es el que afecta a las parejas del mismo sexo, es el que ha ocupado al Tribunal Supremo. Y aquí surgen de nuevo algunas preguntas, que por ahora no tienen más respuesta que el recurso, por analogía, a la legislación que regula la filiación tradicional. En consecuencia, cualquier regulación debe ser consciente, por lo menos, de estos dos aspectos.

4.º El legislador debe afrontar una nueva realidad, que se inició ya a finales de los 80, cuando empezaron a generalizarse las técnicas de reproducción asistida humana. Cuando se estableció que en el caso en que el marido consintiera la inseminación de su esposa con material genético de donante, no podría ejercer la acción de impugnación de la filiación, se inició, seguramente de forma inconsciente, un proceso imparable al reconocimiento de la voluntad como forma de atribución de la filiación. Después de la reforma, en 2007, del art. 7 LTRAH, que permite atribuir la maternidad de los hijos de la esposa a su cónyuge del mismo sexo, se ha consolidado este proceso, sin que pueda, dadas las actuales circunstancias, producirse una marcha atrás. ¿Por qué no es posible considerar la voluntad como título de la filiación?

En definitiva, pienso que la rápida evolución social, así como la lentitud del legislador en establecer unas reglas claras en este tema, lleva a que el juez se encuentre en una situación imposible que le obliga a optar entre aplicar “formalmente” el sistema jurídico o bien actuar como legislador. La peor solución por la inseguridad que produce.

Empezaba esta reflexión con la historia de Abraham, Sara y Agar. Agar era una esclava. Ahora nos ufamamos en decir que las mujeres que acceden a la realización de este tipo de contrato son libres. Pero tanto la mujer como el niño son objeto de comercialización y cosificación⁵¹. Y siempre las finalidades han sido las mismas.

⁵¹ Como afirma OLAYA GODOY. “Regulación del contrato de subrogación uterina: protección del bien público e interés privado” en MARÍA J. ROCA, coord. *Derecho público y Derecho privado: diferencias de régimen jurídico y cuestiones actuales de recíproca influencia*. Iustel, Madrid, 2015, p. 233.

BIBLIOGRAFÍA

BRUNET, L. “Un arrêt trompe-l’œil sur la gestation pour autrui: retour du droit ou recul de la raison juridique?” Nota a la sentencia de la Cour de cassation 17 diciembre 2008. *Recueil Dalloz*, 2009, n.º 5, p.

BOLLÉE. “Conflits de lois.-Etat civil.-Gestation pour autrui.-Actes d’état civil dressés à l’étranger”. *Journal de Droit International*, 2009. Revue Trimestrielle LexisNexis Iuris Classeur. Avril-Mai-Juin 2009, pp.577-586.

BORRÁS. “El «interés del menor» como factor de progreso y unificación del Derecho internacional privado”. *Discurs d’ingrés de l’acadèmic de número Dra. Alegria Borrás i Contestació de l’acadèmic de número Dra. Encarna Roca i Trias*. 25 de noviembre de 1993. Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya. Barcelona, MCMXCIII.

CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G. “Copaternidad y matrimonio entre hombres: la derogación tácita y parcial de la proscrita gestación por sustitución, fundada en razones de igualdad”. *Revista de Derecho privado*, n.º 4 julio-agosto 2014, pp. 3-27.

COPEN, ROBERT A. “Family Law: Surrogate Parenting”. *1988 Annual Survey of American Law*. Issue 4. 1988, pp. 948-950. New York University School of Law.

CHÉNEDÉ, F. “Les arrêts Mennesson et Labassée. Ou l’instrumentalisation des droits de l’homme”. *Recueil Dalloz*. N.º 31, 18 setembre 2014, pp. 1797-1804.

CHÉNEDÉ. “...Et demain, la gestation pour autrui? *Droit de la famille*. N.º 7-8, p. 42.

DE GEOUFFRE DE LA PRADELLE. “Gestation pour autrui à l’étranger: annulation de la transcription des actes de naissance constant une filiation cependant reconnue”. *Recueil Dalloz*. 8 juillet 2010, n.º 26, pp.1683-1687.

DEECH, RUTH. “Reproductive tourism in Europe: infertility and human rights”. *Global Governance*. Vol. 9, núm. 4, oct. 2003, pp. 1-7.

DIEZ PICAZO GIMÉNEZ, L.M. “Sistema de Derechos fundamentales”, Thompson Civitas, Cizur Menor. 4.ª ed. 2014. p. 470.

FARNÓS, E. “Filiación derivada de reproducción asistida. Voluntad y biología”. *Anuario de Derecho civil*. En prensa.

FULCHIRON, H-BIDAUD-GARON, C. “Ne punissez pas les enfants des fautes de leurs pères. Regard prospectif sur les arrêts “Labassée” et “Menesson” de la CEDH du 26 juin 2014”. *Recueil Dalloz*, n.º 31, 18 setembre 2014, pp. 1773-1782.

GODOY, M. OLAYA. “Regulación del contrato de subrogación uterina: protección del bien público e interés privado” en MARÍA J. ROCA, coord. *Derecho público y Derecho privado: diferencias de régimen jurídico y cuestiones actuales de reciproca influencia*. Iustel, Madrid, 2015, pp. 223-255.

HAGUE CONFERENCE ON PRIVATE INTERNATIONAL LAW. *Questions de Droit International Privé concernant le Statut des enfants, notamment celles résultant des accords de maternité de substitution à caractère international*. Doc. N.º 11, marzo 2011.

HENRICOT, C. “Belgique” en Monéger, dir. *Gestation pour autrui: surrogate Motherhood*. XVIII Congrès, Washington D.C. les 25-31 juillet 2010. Société de Legislation Comparée, Paris 2011, pp. 49-84.

JÄNTERA-JAREBORG, M. “Parenthood for Same-Sex Couples. Scandinavian Developments”, en Bøele-Woelki-Fuchs. *Legal Recognition of Same-Sex Relationships in Europe. National, Cross-border and European Perspectives*. 2.º Ed. Intersentia, 2012, pp. 191-223.

MONÉGER. “Rapport de synthèse” . Monéger, dir. *Gestation pour autrui: surrogate Motherhood*. Société de Legislation Comparée. Paris, 2011, p. 9-25.

PARLAMENTO EUROPEO . *A Comparative Study on the Regime of Surrogacy in EU Member States*. Directorate General for International Policies. Policy Department C: Citizen’s Rights and Constitutional Affairs. European Parliament, 2013.

PARRÓN CAMBERO M.^a J. “Ventre de alquiler: mater semper certa est, pater semper incertus est”, *La Ley* n.º 8269, 12 de marzo de 2014.

PETIT, C. “Statut juridique des enfants nés d’une gestation pour autrui réalisée à l’étranger”. *Recueil Dalloz*. 17 octobre 2013, n.º 35, pp. 2377-2384.

PERRON, “Les solidarités entre générations et la transmission familiale”. *Les solidarités entre générations*.

QUIÑONES ESCÁMEZ, A. “Doble filiación paterna de gemelos nacidos en el extranjero de maternidad subrogada”. *Indret* 3/2009.

ROCA TRÍAS. *Libertad y familia*, Tirant lo Blanch, Valencia 2014.

ROCA TRÍAS. “El Dret de família com a dret de llibertat i de llibertats”. *R.J.C.* en prensa.

SCHAMPS, G-SOSSON, J. (coord.). *La gestation pour autrui: vers un encadrement?* Bruylant, Bruselas, 2013, pp. 240-283.

TOBIN. “To prohibit or Permit: What is the (Human) Rights Response to the Practice of International Commercial Surrogacy?”. *Melbourne Legal Studies Research Paper*. N.º 689, pp. 2-3. <http://ssrn.com>. *This paper was first published in the International and Comparative Law Quarterly*, Volume 63, Issue 2, 2014.

VELA SÁNCHEZ. “Los hijos nacidos de convenio de gestación por sustitución «pueden» ser inscritos en el registro civil español. A propósito de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos humanos de 26 de junio de 2014”. *Diario La Ley*. N.º 8415, de 6 de noviembre de 2014, pp. 1-12.

VERSCHELDEN-PLUYM. “Chronique de jurisprudence belge concernant la gestation pour autrui (droit interne)”, en Schamps-Sosson. *La gestation pour autrui: vers un encadrement?* Bruylant, Bruselas, 2013, pp. 195-212.

VONK, M- BÖELE-WÖELKI, K. “Surrogacy and Same-Sex Couples in the Netherlands”. En Böele-Wöelki-Fuchs, *Legal Recognition*, cit.