

# DERECHOS HUMANOS FUNDAMENTALES Y GESTACIÓN POR SUBROGACIÓN EN EL MARCO DE LOS NUEVOS MODELOS FAMILIARES

## HUMAN RIGHTS AND SURROGATE MOTHERHOOD IN THE FRAME OF NEW FORMS OF FAMILY

HILDA AGUILAR GRIEDER

*Profesora Titular de Derecho internacional privado*

*Universidad de Huelva*

ORCID ID: 0000-0002-3138-8904

Recibido: 17.06.2019 / Aceptado: 05.07.2019

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2019.4948>

**Resumen:** El presente estudio analiza una temática actual de enorme repercusión social y de suma sensibilidad: la llamada gestación por subrogación. Dicha problemática, que ha suscitado una viva polémica tanto en España como en el extranjero, se puede analizar desde diferentes perspectivas. En este artículo nos limitaremos a explorar los derechos humanos fundamentales implicados en la referida institución, ya que consideramos que ello es un presupuesto indispensable para tratar los diferentes problemas que plantea la maternidad subrogada.

**Palabras clave:** nuevos modelos familiares, maternidad subrogada, acuerdo de gestación por subrogación, establecimiento de un vínculo de filiación, madre gestante, comitentes o padres intencionales, derechos humanos fundamentales, dignidad humana, mercantilización, interés superior del menor, orden público internacional.

**Abstract:** This study analyses one actual institution who has opened a deep debate in Spain and in other countries: the surrogate motherhood. The treatment of this problem can be done in different perspectives. In this study we only pretend to analyse the human rights involved in the surrogate motherhood, because the treatment of the different problems of this institution depends on this principal matter.

**Keywords:** new forms of family, surrogate motherhood, surrogate arrangement, establishment of legal ties of filiation, intended parents, human rights, human dignity, commodification, interests of the child, international public policy.

**Sumario:** I. Reconocimiento de la filiación de un niño concebido por la vía de las técnicas de reproducción asistida: planteamiento del problema y objeto de estudio. II. Derechos humanos fundamentales implicados en la gestación subrogada: presupuestos de partida. III. Implicaciones del derecho a la dignidad del ser humano y del derecho de la persona al respeto de su integridad física en la problemática objeto de estudio. IV. Principio del interés superior del menor y gestación por subrogación. V. Derecho a ser padres versus deseo de ser padres: alcance del denominado *ius nubendi*. VI. Implicaciones del derecho a la vida privada y familiar en la problemática objeto de análisis. VII. Implicaciones del derecho a la no discriminación por orientación sexual en la problemática objeto de estudio. VIII. A modo de conclusiones.

## I. Reconocimiento de la filiación de un niño concebido por la vía de las técnicas de reproducción asistida: planteamiento del problema y objeto de estudio

1. El presente trabajo tiene como objeto de estudio llevar a cabo una comparativa de dos realidades jurídicas actuales diferentes de enorme repercusión social, para lo cual me voy a servir como base o hilo conductor de los principios subyacentes y los derechos humanos fundamentales implicados en ambas problemáticas jurídicas<sup>1</sup>. Dichas cuestiones jurídicas, que han suscitado una viva polémica social y política, han sido objeto de dos sentencias de la Sala 1ª de nuestro Tribunal Supremo (en adelante, TS), muy próximas en el tiempo, en las cuales éste ha fallado en sentido inverso por lo que al reconocimiento de la filiación se refiere. Al menos *a priori*, ello puede hacer pensar que la postura adoptada por la Sala de lo Civil de nuestro TS es contradictoria. De hecho, un sector doctrinal ha estimado que existe una contradicción valorativa entre ambas sentencias<sup>2</sup>. En la presente publicación pretendo analizar si el hecho de haber fallado el TS en sentido inverso, en ambas sentencias, entraña o no una contradicción valorativa. Pese a que en ambas realidades jurídicas, sobre las que versan las referidas sentencias, se dilucida sobre el establecimiento de un vínculo de filiación de un niño concebido a través de técnicas de reproducción asistida, a lo largo de la intervención trataremos de dejar patente que los intereses implicados son diferentes y que los derechos humanos fundamentales subyacentes a tales situaciones jurídicas, pese a ser parcialmente coincidentes, no juegan en la misma dirección.

2. Por un lado, en la STS (Sala 1ª), 15 de enero 2014<sup>3</sup>, sobre reclamación de la filiación de la mujer no progenitora por posesión de estado, se reconoce la filiación homoparental no matrimonial, con base en la referida institución civil, respecto de un menor concebido a través de la vía de las técnicas de reproducción asistida por una pareja de hecho de mujeres. Por lo tanto, esta sentencia puede considerarse como pionera en materia de filiación y parejas del mismo sexo, ya que en ella la Sala de lo Social de nuestro TS ha admitido la doble maternidad por la vía de una institución regulada en el art. 131 de nuestro Código civil: la posesión de estado. De este modo, a través de la susodicha institución, se consigue el reconocimiento de la filiación (y no un mero derecho de visita [lo cual en épocas pasadas era también inviable]), a la mujer no sometida a la técnica de reproducción asistida, con respecto al hijo nacido de la aplicación de la misma a la mujer con la cual formaba una pareja de hecho. Esta avanzada sentencia nos parece una clara manifestación de cómo las instituciones jurídicas han de adaptarse a los nuevos tiempos, a las demandas de la sociedad actual, en aras de cumplir la función protectora que el Derecho, en general, y el Derecho internacional privado, en particular, está llamado a cumplir; utilizándose para resolver cuestiones jurídicas para las cuales no habían sido en un principio concebidas.

3. Y, por otro lado, en la polémica STS (Sala 1ª), de 6 de febrero de 2014<sup>4</sup>, no se reconoce, en España, la filiación de dos nacidos, en el extranjero (en concreto, en California), mediante la práctica de gestación por subrogación y, por consiguiente, se deniega la inscripción de la referida filiación, de los niños nacidos en California, en el Registro civil español.

En el controvertido ATS, de 2 de febrero de 2015, nuestro alto Tribunal ha ratificado su postura, consistente en defender el no reconocimiento en España de la inscripción de los “niños de California”, al considerar que en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en lo sucesivo, TEDH) alegada, motivadora del susodicho auto, se falló de otro modo debido al distinto resultado producido, en relación con los menores fruto de la gestación subrogada, en las situaciones planteadas ante el TS y ante el TEDH. Dicho auto trae causa del hecho de que determinadas sentencias del TEDH, posteriores al fallo de nuestro TS en la polémica sentencia anteriormente aludida, se han mostrado a favor del reconocimiento de la filiación de los niños nacidos por la vía de la gestación por subrogación, esto es, de

<sup>1</sup> Este trabajo trae causa de la comunicación presentada, en el seno del V Congreso internacional de Derecho internacional privado “Gestación subrogada”, celebrada en la Universidad Carlos III de Madrid los días 25 y 26 de abril de 2019.

<sup>2</sup> Tal es el caso, entre otros, del profesor J. FLORES RODRÍGUEZ, “Nuevas formas de familia, filiación y técnicas de reproducción asistida”, *Actualidad Civil*, 2014, núm. 5, pp. 541-547.

<sup>3</sup> *La Ley* 11199/2014.

<sup>4</sup> *La Ley* 2868/20149.

la inscripción de los niños nacidos por la referida práctica: la STEDH de 26 de junio de 2014 (asunto *Labasse y Mennesson*)<sup>5</sup>; la STEDH de 27 de enero de 2015 (asunto *Paradiso y Campanelli*); así como la STEDH de 21 de julio de 2016 (asunto *Foulon y Bouvet*). En cualquier caso, dicha jurisprudencia del TEDH se basa en casos con unas circunstancias muy concretas y específicas, considerando nuestro TS que la situación de desamparo del menor no es la misma en uno y otro caso<sup>6</sup>.

4. Las dos cuestiones jurídicas referidas por las anteriormente mentadas sentencias de la Sala de lo Civil de nuestro TS, que siendo muy próximas en el tiempo han fallado en sentido diverso por lo que al reconocimiento de la filiación se refiere, presentan ciertas similitudes, entre las cuales podemos destacar las siguientes.

En primer lugar, las dos sentencias de la Sala de lo Civil del TS tienen como denominador común que, en ambos supuestos se reivindica, en el contexto de parejas del mismo sexo, el establecimiento del vínculo de filiación con respecto a un menor.

En segundo término, en los dos casos el niño ha sido concebido a través de técnicas de reproducción humana asistida. Es indiferente que en un supuesto haya donación de óvulos y en el otro no, ya que, en el ordenamiento jurídico español, se reconoce la filiación obtenida a través de las técnicas de reproducción humana asistida como filiación por naturaleza, ya sea con material genético propio o ajeno, pero no la gestación por subrogación (art. 10.2 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida<sup>7</sup>); y ello con independencia de recurrirse o no, para llevarla a cabo, a la donación de gametos, la cual, en el seno de nuestro ordenamiento jurídico, está permitida y es anónima (lo cual, como es sabido, no acontece en muchos ordenamientos jurídicos estatales). Por esta y otras razones, la Ley 14/2006 puede considerarse como una Ley de técnicas de reproducción asistida especialmente avanzada. No es casualidad que nuestro país se haya convertido, desde la vigencia de la referida legislación (año 2006<sup>8</sup>), en un paraíso del denominado “turismo procreativo internacional”.

En tercer lugar, ambas sentencias de la Sala de lo civil de nuestro TS son fruto de la diversidad de modelos familiares existente, actualmente, en el mundo occidental, en general, y en la sociedad española, en particular. De hecho, tanto una como otra sentencia se refieren a supuestos englobados dentro de los nuevos modelos o formas de familia. Como es bien sabido, actualmente, en el seno de las sociedades occidentales, se vislumbra una diversidad de modelos familiares<sup>9</sup>: familia tradicional (basada en la unión matrimonial entre un varón y una mujer [a tal concepción tradicional de la familia responde el art. 32.1 de la Constitución española de 6 de diciembre de 1978<sup>10</sup>]), familia de hecho, familia reconstituida (fruto de la unión entre familias ya disueltas), familia monoparental, familia entre personas del mismo sexo (ya sea matrimonial<sup>11</sup> o no) y familia “poligámica” (fruto de la multiculturalidad de las actuales

<sup>5</sup> En relación con este asunto, *vid.* la primera Opinión Consultiva (no vinculante) del TEDH, emitida el 22 de abril de 2019, a raíz de un caso de gestación por sustitución transfronteriza, *Cartas blogatorias. El Blog de los Litigios Internacionales*.

<sup>6</sup> Un riguroso análisis de la jurisprudencia citada sobre gestación subrogada, tanto de la Sala de lo Civil de nuestro TS como de la del TEDH, puede encontrarse en A.L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Gestación por sustitución y Derecho internacional privado. Más allá del Tribunal Supremo y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2015, vol. 7, núm. 2, pp. 45-113.

<sup>7</sup> La Ley 14/2006 sobre técnicas de reproducción humana asistida, conforme a la cual la donación de gametos además de estar permitida es anónima, declara expresamente de un modo particularmente claro, en su art. 10.2, la nulidad de pleno derecho del contrato o acuerdo de subrogación: “la filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto”.

<sup>8</sup> En dicha fecha fue derogada la antecesora directa de la Ley 14/2006: la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, de técnicas de reproducción asistida, cuya Exposición de Motivos señalaba que tales técnicas “ya no sólo es factible utilizarlas como alternativa a la esterilidad”, pues “desde el respeto a los derechos de la mujer a fundar su propia familia en los términos que establecen los acuerdos y pactos internacionales garantes de la igualdad de la mujer, la Ley debe eliminar cualquier límite que socave su voluntad de procrear y constituir la forma de familia que considere libre y responsablemente”. Es significativo que la Ley 14/2006 ya no haga referencia alguna al término de “esterilidad”, lo cual es un presupuesto indispensable para eliminar toda discriminación por orientación sexual o por tratarse de una familia monoparental.

<sup>9</sup> En relación con la diversidad de modelos familiares que se vislumbra actualmente en Occidente, y con las dos tesis existentes en la doctrina civilista en relación con la familia, *vid.* A.L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional privado*, vol. II, Comares, Granada, 2017, pp. 124-126.

<sup>10</sup> *BOE*, de 29 de diciembre de 1978, núm. 311.

<sup>11</sup> Aunque en el momento de la redacción de estas líneas, ya 26 países admiten el matrimonio entre personas del mismo

sociedades europeas en las que coexisten nuestros modelos de familia con otras formas de familia que traen causa de la cultura islámica [en la que existe una evidente supremacía del varón sobre la mujer]).

En cuarto término, estimo que, en ambas sentencias, la Sala de lo Civil de nuestro TS ha partido de una misma tesis en relación con la familia, en concreto, de la tesis moderna, que a diferencia de la tesis clásica o tradicional, no está ligada a la procreación; sino que su función es potenciar la realización de los derechos fundamentales de los particulares (entre ellos, el derecho al libre desarrollo de la personalidad, el interés superior del menor, el derecho a la dignidad del ser humano y el derecho de la persona al respeto de su integridad física).

## II. Derechos humanos fundamentales implicados en la gestación subrogada: presupuestos de partida

5. Pese a reconocer las evidentes similitudes existentes entre ambas sentencias de la Sala de lo Civil de nuestro TS, las cuestiones jurídicas sobre las cuales versan las mismas presentan notables diferencias, que justifican que no puedan considerarse las referidas sentencias de la Sala de lo Civil de nuestro TS como contradictorias. A nuestro modo de ver, entre las diferencias más relevantes, entre las dos cuestiones jurídicas sobre las cuales versan las mentadas sentencias, al margen de que una se refiere a una relación jurídica meramente interna y otra a una relación jurídico-privada internacional, cabe destacar las siguientes.

Por un lado, de ambas sentencias se desprende que no se puede otorgar el mismo tratamiento a cualquier filiación que haya sido concebida a través de técnicas de reproducción asistida, pero no por existir en un caso donación de óvulos y en el otro no, sino por ser muy distintos los intereses en juego y, consiguientemente, por no ser idénticos los derechos humanos fundamentales implicados en ambas problemáticas jurídicas ni jugar en la misma dirección los derechos fundamentales coincidentes en ambas cuestiones jurídicas. En algunos círculos se ha llegado incluso a asimilar la donación de gametos a la maternidad subrogada. En nuestra opinión, tanto desde una perspectiva *de lege lata* como *de lege ferenda*, la “donación de óvulos”<sup>12</sup> no es equiparable al en ocasiones denominado “alquiler de vientres”<sup>13</sup>, ya que los derechos humanos fundamentales implicados son distintos en uno y otro caso<sup>14</sup>; lo cual justifica que ambas figuras sean objeto de un tratamiento diferente. De hecho, la gestación por sustitución puede llevarse a cabo o no mediante técnicas de reproducción humana asistida y, en caso afirmativo (que es lo más habitual), aportando o no la mujer gestante o madre gestacional también su óvulo (siendo ésta la modalidad tradicional de gestación subrogada [mientras que en la “gestacional o parcial” los comitentes o padres intencionales aportan su material genético]). Por lo tanto, los comitentes o padres intencionales pueden aportar o no sus gametos. Caben, pues, muchas variantes.

Por otro lado, las dos sentencias referidas de la Sala de lo Civil de nuestro TS se basan en el principio del interés superior del menor, pero fallan en sentido distinto por la diversidad de intereses implicados en los supuestos de reconocimiento de filiación homoparental no matrimonial y en los de solicitud de reconocimiento de la filiación de un menor procedente de una gestación por subrogación llevada a cabo en el extranjero. En efecto, el principio del interés superior del menor, que está presente en ambas sentencias de nuestro TS, juega en distinto sentido o dirección en los dos supuestos contemplados, por existir, como ya veremos, diferentes intereses en juego.

---

sexo (el último reconocimiento se ha producido en Australia), nuestro país puede sentirse orgulloso por lo que a esta cuestión se refiere, ya que la controvertida Ley 13/2005, que admitió en España el matrimonio entre personas del mismo sexo, fue pionera y revolucionaria en esta materia. Podemos congratularnos de que España haya sido pionera en el reconocimiento de muchos derechos sociales, confiando en que la convulsa y reciente situación política no suponga una merma en el reconocimiento de derechos sociales conquistados con mucho esfuerzo y pese a la dura oposición de ciertos sectores sociales.

<sup>12</sup> Se habla de “donación” debido a que el coste que conlleva, sobre unos 900 euros, cubre básicamente los gastos generados a la mujer que dona sus óvulos.

<sup>13</sup> El coste de la maternidad subrogada es, en la práctica totalidad de los supuestos, tremendamente elevado, aproximadamente unos 120.000 euros, aunque el importe varíe según cuál sea el país de donde proceda el niño. Dicho coste hace inviable hablar de “donación de vientres”, ya que existe un sentir popular de que, aunque la gestación subrogada llegase a ser altruista, el “pago se haría por la puerta de atrás”.

<sup>14</sup> Sería como comparar, como ha llegado a hacer algún político español, un aborto con un infanticidio.

Al margen de lo señalado, existen otros derechos humanos fundamentales implicados en los diversos supuestos a los que hacen referencia las mentadas sentencias sobre reconocimiento de la filiación homoparental no matrimonial y sobre no reconocimiento de la filiación de un menor procedente de una gestación por subrogación. Los principios y derechos humanos fundamentales, subyacentes a ambas problemáticas jurídicas, aunque sean parcialmente coincidentes, juegan en un sentido o dirección diferente en cada una de ellas por ser distintos los intereses afectados. Ello justifica que el resultado de ambas sentencias de nuestro TS sea opuesto sin que ello conlleve, a mi modo de ver, una contradicción valorativa entre ambas sentencias.

6. Entre los derechos humanos fundamentales implicados en la gestación o maternidad subrogada se encuentra, además del principio del interés superior del menor (dentro del cual tienen cabida diferentes derechos), el derecho a la dignidad de la persona (en nuestro caso, tanto de la mujer gestante como del niño objeto del contrato o acuerdo de subrogación), el derecho de la persona a su integridad física y moral (de la madre gestacional), el denominado *ius nubendi* (considerado como el derecho de una persona a casarse y a fundar una familia), el derecho a la vida privada y familiar, así como el derecho a la no discriminación por razón de género y orientación sexual. Todos estos derechos fundamentales han sido consagrados por las Constituciones estatales (entre ellas por nuestra Carta Magna); y desarrollados por la normativa internacional de derechos humanos y, más en concreto, por la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948; por el Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950<sup>15</sup>, enmendado por el Protocolo número 11, de 11 de mayo de 1994; por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 19 de diciembre de 1966<sup>16</sup>; por la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, de 18 de diciembre de 1979<sup>17</sup>; por la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea; por la Convención de las Naciones Unidas, sobre los derechos del niño, de 20 de noviembre de 1989<sup>18</sup>; etc.

7. Es innegable que la gestación por subrogación es un fenómeno extremadamente complejo, ya que además de presentar aspectos sumamente variados (éticos, jurídicos, religiosos, etc.), los principios y valores implicados en la referida institución son muy diversos. Además, no existe una postura unánime acerca del contenido de alguno/-os de los derechos humanos fundamentales implicados en la gestación por subrogación. Tal es el caso, por ejemplo, del polémico y heterogéneo concepto del “interés superior del menor”, al cual han recurrido, por la razón alegada, tanto los defensores como los detractores de la práctica de la maternidad subrogada.

8. Con independencia de la opinión que nos merezca la gestación por subrogación, consideramos que es preciso partir de tres premisas básicas. Por un lado, no todos los mentados principios o derechos humanos fundamentales, que subyacen detrás de la institución de la gestación por subrogación, juegan en la misma dirección en relación con la cuestión jurídica de la admisión o no en España de la maternidad subrogada. Por otro lado, no todos ellos tienen el mismo peso. Y, por último, no todos los referidos derechos humanos fundamentales resultan afectados con la misma intensidad en la problemática jurídica objeto de estudio.

A continuación nos proponemos llevar a cabo un breve análisis de los principios subyacentes y derechos humanos fundamentales implicados en la problemática jurídica de la gestación por sustitución, ya que consideramos que ello es un presupuesto indispensable para tratar los diferentes problemas que plantea la maternidad subrogada en el marco del Derecho interno y en el del Derecho internacional privado (tanto en sede de Derecho aplicable como en el ámbito de la eficacia extraterritorial de decisiones extranjeras). Los derechos humanos fundamentales implicados en la institución de la maternidad subro-

<sup>15</sup> BOE, de 10 de octubre de 1979, núm. 243; BOE, de 26 de junio de 1988, núm. 152. Corrección de errores: BOE, de 17 de septiembre de 1998, núm. 223.

<sup>16</sup> BOE, de 30 de abril de 1977, núm. 103.

<sup>17</sup> BOE, de 21 de marzo de 1984, núm. 69.

<sup>18</sup> BOE, de 31 de diciembre de 1990, núm. 313.

gada habrán de tenerse en cuenta, como punto de partida ineludible, para abordar tres cuestiones básicas: la admisión de la institución en el ordenamiento jurídico español; el reconocimiento en España de la filiación de los nacidos en el extranjero mediante gestación por subrogación; así como el reconocimiento en nuestro país de ciertos “efectos colaterales” de la institución (como es el caso de la llamada “prestación por maternidad subrogada”). Se trata de tres problemáticas completamente diferentes, pero para la resolución de cualquiera de ellas es preciso tener presente, como necesario punto de partida, cuáles son los principios y derechos humanos fundamentales implicados en la gestación por subrogación.

### III. Implicaciones del derecho a la dignidad del ser humano y del derecho de la persona al respeto de su integridad física en la problemática objeto de estudio

9. En buena parte, nuestra valoración de la gestación por subrogación va a depender de si consideramos o no que la misma atenta o no contra principios y derechos humanos fundamentales consagrados por las Constituciones estatales y desarrollados por la normativa internacional de derechos humanos. De hecho, en la sentencia de la Sala de lo Civil de 6 de febrero de 2014, nuestro TS ha considerado que la gestación por subrogación atenta contra el derecho a la dignidad del ser humano. Dicha postura ha sido defendida por un importante sector de la doctrina constitucionalista, siendo uno de sus máximos exponentes el profesor O. SALAZAR BENÍTEZ<sup>19</sup>. Coincido con dicho sector doctrinal en que la gestación subrogada deshumaniza y cosifica a la mujer; convirtiendo a la mujer y al niño en objeto de comercio, en un mero producto de mercado, en definitiva, en una mercancía; ya que es una quimera pensar que pueda ser altruista. Tal como ha puesto de manifiesto el profesor O. Salazar Benítez, la gestación subrogada implica la “instrumentalización del ser humano”, “convierte al ser humano en una mercancía”; el menor y la mujer se introducen, por esta institución, en la “dinámica del mercado”. En su opinión, “que se pueda comprar y vender todo lo que sirva para satisfacer nuestros deseos” responde a una “lógica economicista” propia de un modelo económico neoliberal. Coincido con el señalado profesor en que determinadas cuestiones (en concreto, las relacionadas con el cuerpo humano y con la integridad física del individuo como venta de órganos, de niños y de personas) deben quedar al margen del tráfico mercantil. El profesor Salazar llega a comparar la gestación subrogada a la “venta de un niño”. Con esta afirmación no estoy de acuerdo. A mi juicio, ello es como comparar la donación de óvulos a la maternidad subrogada. Considero que se trata de escalones distintos: donación de óvulos, maternidad subrogada y venta de niños. No obstante, en el primer caso estimo que no se vulnera ningún derecho fundamental, pero en los otros dos sí, aunque la gravedad de los dos supuestos no sea la misma.

10. A mi modo de ver, la propia terminología empleada para denominar a la institución pone de manifiesto en qué medida afecta la misma a la dignidad del ser humano, tanto de la mujer gestante (madre gestacional) como del nacido de su vientre: “vientre de alquiler”, “maternidad subrogada”, “gestación por subrogación” o “gestación por sustitución”. De hecho, se contrata a una mujer para gestar a un niño/-a que será entregado/-a, tras su nacimiento, a la persona o personas que hayan contratado con la misma con la referida finalidad. Caben muchas variantes en el seno de la maternidad subrogada: llevarla a cabo mediante técnicas de reproducción humana asistida o no, con material genético propio o ajeno, los comitentes o padres intencionales pueden ser tanto un sujeto individual como una pareja, en el caso de ser los comitentes una pareja, ésta puede ser del mismo o de distinto sexo, matrimonial o no matrimonial, incluso, al menos en teoría, el contrato puede ser oneroso o “gratuito”, etc. Pero en todos los supuestos de gestación subrogada se trata de un contrato por virtud del cual la mujer gestante o madre gestacional se compromete/obliga a entregar, a los comitentes o padres intencionales, al nacido, en definitiva, se contrata a una mujer para gestar un niño “para otros”, y ésta se obliga a entregar al nacido; incluso en el “hipotético supuesto” en el cual el contrato fuese, en lugar de oneroso, “gratuito”. De hecho, la mujer que consiente en llevar a cabo la gestación por sustitución (gráficamente llamada “vientre

<sup>19</sup> O. SALAZAR BENÍTEZ, “La gestación subrogada convierte al ser humano en una mercancía”, *Diario Público*, de 4 de marzo de 2019 (<http://www.publico.es>); *id.*, *La gestación para otros: Una reflexión jurídico-constitucional sobre el conflicto entre deseos y derechos*, Dykinson, Madrid, 2018.

de alquiler”) suele estar sometida a cláusulas muy rigurosas. Considero que la expresión de “vientre de alquiler” es muy gráfica. El contrato o acuerdo de subrogación consiste en arrendar el cuerpo de la mujer gestante y, en la generalidad de los supuestos, la mujer que consiente en llevar a cabo la gestación suele estar en una situación de necesidad o penuria económica. De hecho, es sintomático que los civilistas discutan sobre si la concreta naturaleza jurídica del referido contrato responde, o bien, a un arrendamiento de servicios, o bien, a un arrendamiento de obra; pero, en todo caso, no dudan de que se trata de un arrendamiento. En mi opinión, es utópico pensar que la referida institución jurídica pueda ser altruista, ya que, en la generalidad de los supuestos, la pobreza es el motor de la gestación por subrogación.

**11.** Como consecuencia de lo anteriormente señalado, estimo que la institución de la gestación subrogada, al menos considerada en abstracto, vulnera derechos humanos fundamentales, en concreto, el derecho a la dignidad del ser humano (consagrado, junto con el derecho al libre desarrollo de la personalidad, por el art. 10.1 de nuestra Carta Magna), tanto la dignidad de la mujer gestante como la del niño/-a por ella gestado, considerando que ambos son objeto de mercantilización, de cosificación; así como el derecho de la persona, en concreto, de la madre gestacional, a la integridad física y moral (reconocido por el 15 de la Constitución española [“todos tienen derecho a la integridad física y moral, sin que, en ningún caso, puedan ser sometidos ... a tratos inhumanos o degradantes”]).

Desde este punto de vista, la postura de la Sala de lo Civil de nuestro TS, en la sentencia de 6 de febrero de 2014, es comprensible. No obstante, dado que el problema se planteaba en sede de eficacia extraterritorial de decisiones extranjeras, el TS debería de haber examinado si, en el supuesto concreto que se planteaba con motivo de la inscripción de la filiación en España de los “niños de California”, se producía tal vulneración; en lugar de hacer una valoración en abstracto de la vulneración de los referidos derechos humanos fundamentales por la institución de la gestación subrogada. Como sabemos, con base en la doctrina del efecto atenuado del orden público internacional y a las actuales tendencias de este expediente técnico en los sistemas estatales de Derecho internacional privado, en el ámbito de la eficacia extraterritorial de decisiones extranjeras, la vulneración o no de derechos humanos fundamentales en dicha sede ha de considerarse, no en abstracto, sino en el caso concreto.

#### **IV. Principio del interés superior del menor y gestación por subrogación**

**12.** Al margen de lo señalado, la doctrina y jurisprudencia se ha planteado si la gestación por subrogación atenta o no contra el principio del interés superior del menor, el cual ha sido consagrado, entre otros, por el art. 39 de nuestra Constitución [“protección a la familia y a la infancia”] y desarrollado por el art. 3 de la Convención de las Naciones Unidas de 1989 sobre los derechos del niño. Esta cuestión es muy discutible, ya que el concepto del interés superior del menor es difícil de definir debido a su extrema complejidad y heterogeneidad. Dicha heterogeneidad trae causa de englobar el referido principio o derecho fundamental, además de otros derechos como el derecho del niño a tener un nombre y apellido, a gozar de una identidad filial única, el derecho a la dignidad del niño, que a mi modo de ver es otra derivación esencial del aludido principio que obviamos al tratarlo como una mercancía. Ni siquiera existe una postura unánime, ni a nivel doctrinal ni jurisprudencial, sobre si la institución de la gestación subrogada viola o no la dignidad del niño. De hecho, en la sentencia de 6 de febrero de 2014, la Sala de lo Civil de nuestro TS ha considerado que la gestación subrogada viola su dignidad, mientras que para el TEDH ello no es así. En suma, el concepto del interés superior del menor es, además de heterogéneo, muy complejo y relativo. Ello justifica que se haya recurrido al principio del interés superior del menor tanto por los defensores de la práctica de la gestación subrogada<sup>20</sup> como por sus detractores (considerando estos últimos que la referida institución atenta contra tal principio).

**13.** Dicho principio del interés superior del menor también está presente, aunque juega en sentido inverso por no vulnerar dicho supuesto ninguno de los derechos humanos fundamentales aludidos,

<sup>20</sup> *Vid.*, muy especialmente, A.L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *op. cit.*, 2018, pp. 340-341.

en la anteriormente mentada STS (Sala 1ª) de 15 de enero de 2014 (de reconocimiento de la filiación homoparental no matrimonial respecto de un menor concebido, por una pareja de hecho de mujeres, a través de la vía de técnicas de reproducción humana asistida).

**14.** En opinión del profesor Salazar Benítez, el Derecho debe tener una función protectora de quienes están en condiciones de mayor vulnerabilidad, y esta práctica puede resultar, y de hecho resulta en una buena parte de los supuestos, atentatoria contra la dignidad de la persona; por lo que es necesario, en aras de evitar la cosificación del ser humano (mujeres y niños/-as), poner límites a esa tendencia invasora de la lógica del mercado, a esa “gestación para otros” (como el mismo titula su monografía sobre la maternidad subrogada). En su opinión, ello justifica prohibirla en España, pero también no reconocerla.

Desde mi punto de vista, ello no es tan sencillo, ya que, como anteriormente hemos puesto de manifiesto, el orden público internacional, dentro del cual tienen cabida los derechos humanos fundamentales aludidos (entre otros, el derecho a la dignidad del ser humano y el derecho de la persona al respeto de su integridad física), no actúa con la misma intensidad en sede de Derecho aplicable que en el ámbito de la eficacia extraterritorial de decisiones extranjeras.

No obstante, a mi modo de ver, es necesario buscar instrumentos (sanciones penales incluso, como se ha hecho en determinados países cuyos ordenamientos jurídicos no admiten la gestación subrogada) tendentes a no incitar a las personas a celebrar acuerdos de subrogación en países en los cuales ello es legal; beneficiando con ello, claramente, a los que tienen los medios financieros necesarios para llevarlo a cabo y perjudicando al resto.

**15.** Hay que tener igualmente presente que ha de existir una coherencia valorativa o conciliación, en el seno de cada ordenamiento jurídico (no necesariamente estatal<sup>21</sup>), entre el Derecho privado interno de dicho ordenamiento jurídico y su sistema de Derecho internacional privado, que necesariamente ha de basarse en los mismos principios, valores e intereses que subyacen detrás del ordenamiento jurídico al cual pertenece (derecho a la dignidad de la persona, derecho al libre desarrollo de la personalidad, derecho de la persona a la integridad física y moral, principio del interés superior del menor, etc.). En suma, la función protectora del Derecho es predicable, igualmente, del Derecho internacional privado. A mi modo de ver, un poderoso instrumento para llevar a cabo la señalada función protectora del Derecho internacional privado, en la gestación subrogada, lo encontramos, en sede de eficacia extraterritorial de decisiones extranjeras, en el orden público internacional; y ello pese a reconocer que esta herramienta no actúa con la misma intensidad en sede de reconocimiento que en el ámbito del Derecho aplicable.

**16.** En íntima relación con lo señalado, por lo que se refiere a la jurisprudencia de nuestro TS, no considero que exista contradicción entre la polémica sentencia de la Sala de lo Civil de nuestro TS de 6 de febrero de 2014 y la jurisprudencia de la Sala de lo Social del TS (como, por ejemplo, la STS de 25 de octubre de 2016 y la STS de 16 de noviembre de 2016), que ha reconocido a los comitentes o padres intencionales la “prestación por maternidad” en casos de gestación por sustitución o maternidad subrogada<sup>22</sup>. De este modo, la Sala de lo Social de nuestro TS ha creado la denominada “prestación por maternidad subrogada”. A mi modo de ver, ello no supone una contradicción de nuestro TS, ya que las referidas sentencias de la Sala de lo Social del TS español, con base en el principio del interés superior del menor, reconocen en España, no la propia institución de la gestación subrogada, sino un efecto colateral o accesorio de la misma, como es la concesión de la baja maternal por maternidad subrogada a los comitentes o padres intencionales (“efecto atenuado” del orden público internacional).

Como es sabido, dicho “efecto atenuado” del orden público internacional, que no es novedoso, se ha admitido, por ejemplo, en los casos de matrimonios poligámicos, en lo que afecta al reparto de la pensión de viudedad entre las dos mujeres del finado, en aras de proteger a la parte débil de la relación jurídico-privada internacional, en concreto, a las mujeres víctimas de una cultura anclada en la supe-

<sup>21</sup> Piénsese, por ejemplo, en el principio de conciliación en el seno del ordenamiento jurídico de la UE.

<sup>22</sup> Por lo que a esta cuestión se refiere, *vid.*, muy especialmente, J.R. MERCADER UGUINA, “La creación por el Tribunal Supremo de la prestación por maternidad subrogada: a propósito de las SSTs de 25 de octubre de 2016 y de 16 de noviembre de 2016”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2017, vol. 9, núm. 1, pp. 454-467.

rioridad del varón sobre la mujer, en concreto, de un matrimonio poligámico (lo cual en modo alguno implica que se haya admitido la susodicha institución en el seno del ordenamiento jurídico español) y, en nuestro caso, al menor que ha sido objeto de la gestación subrogada.

Una cosa es admitir el reconocimiento en España de la filiación de los nacidos en el extranjero mediante gestación subrogada, con lo cual se puede o no estar de acuerdo, y otra cuestión bien distinta es admitir en nuestro país, a los comitentes o padres intencionales, un “efecto accesorio” (colateral) de la institución, como es la “prestación por maternidad (subrogada)”, cuya admisión redundaría en última instancia en beneficio del menor. No creemos que ello implique, ni la admisión de la institución en el ordenamiento jurídico español, ni tampoco permitir, por la puerta de atrás, el reconocimiento en España de la filiación de los nacidos en el extranjero mediante gestación por sustitución (como tampoco se ha hecho con la figura del matrimonio poligámico), sino únicamente el reconocimiento de un efecto colateral de la institución que beneficia a la parte débil.

## V. Derecho a ser padres *versus* deseo de ser padres: alcance del denominado *ius nubendi*

17. La valoración de la institución de la gestación subrogada depende igualmente de si consideramos que existe un “derecho a ser padres” o un “deseo de ser padres”. La polémica Proposición de Ley reguladora del derecho a la gestación por subrogación, presentada al Congreso por el Grupo Parlamentario Ciudadanos<sup>23</sup>, reconoce un “derecho a la paternidad” y a la gestación por subrogación. El debate planteado por dicha Proposición de Ley se ha reavivado, en los últimos tiempos, con motivo del actual e incierto panorama político.

18. En diversos ámbitos se ha hablado del denominado *ius nubendi* como el derecho de una persona a casarse y a fundar una familia<sup>24</sup>. Como es sabido, dicho derecho fundamental aparece reconocido por la normativa internacional de derechos humanos: art. 16.1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, de 10 de diciembre de 1948; art. 12 del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950 (en lo sucesivo, CEDH); etc. A mi modo de ver, el concreto alcance del referido derecho fundamental es decisivo a los efectos del debate planteado por la gestación por subrogación.

19. En mi opinión, no existe un “derecho a ser padres a toda costa y caiga quien caiga”. Coincido con el profesor O. Salazar Benítez en que el Estado no puede garantizar dicho derecho por no existir el “derecho a la procreación” o el “derecho a ser padres”, sino un mero “deseo de ser padres”, esto es, se trata, no de un derecho, sino de un “deseo o proyecto personal”<sup>25</sup> que el Estado no puede limitar de un modo infundado. Es muy discutible el derecho a tener un hijo en una institución que afecta a un tercero. Tener un hijo, más que un derecho, es una libertad de decisión sobre tener hijos; siempre y cuando dicha opción de concebir o no un hijo no vulnere derechos humanos fundamentales de terceras personas, como ha considerado el TS que ocurre en la polémica sentencia, anteriormente referida, de 6 de febrero de 2014 sobre reconocimiento de la filiación emanada de una gestación por subrogación; y que no es el caso en la sentencia de 15 de enero de 2014 sobre reconocimiento de la filiación homoparental no matrimonial. Considero que el supuesto fáctico al cual hace alusión esta última sentencia suponía claramente una limitación injustificada al *ius nubendi*, basada en una discriminación a parejas formadas por personas del mismo sexo, que la Sala de lo Civil de nuestro TS ha corregido recurriendo a la figura jurídica de la posesión de estado.

<sup>23</sup> *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, Congreso de los Diputados, XII Legislatura, Serie B: Proposiciones de Ley, 8 de septiembre de 2017, núm. 145-1, pp. 1-12.

<sup>24</sup> En relación con el contenido del susodicho derecho humano fundamental, *vid.*, muy especialmente, M. AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO, “Ius nubendi y orden público matrimonial”, *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, de 1 de febrero de 2000, núm. 1862, pp. 425-447.

<sup>25</sup> *Diario Público*, de 4 de marzo de 2019.

**20.** A mi modo de ver, el denominado *ius nubendi* no hace referencia al “derecho a la paternidad”, sino que implica que no existan limitaciones injustificadas, impuestas por el Estado, a la voluntad de las personas de casarse y de procrear: por ejemplo, por razones de orientación sexual, prohibiendo el matrimonio entre personas del mismo sexo, o exigiendo más requisitos, para establecer la filiación, a las parejas de mujeres que a las parejas heterosexuales (art. 7.3 de la Ley 14/2006), o condicionando a una pareja de mujeres la inscripción de su hijo en el Registro civil a la presentación del certificado de la clínica de esterilidad<sup>26</sup>; o por razones demográficas, no permitiendo, por ejemplo, que las personas puedan tener más de un hijo; o por razones morales, por ejemplo, permitiendo a la mujer recurrir solamente a las técnicas de reproducción asistida como una mera alternativa a la esterilidad, como ocurría antes de la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre técnicas de reproducción asistida. El Estado no debe coartar dicho derecho de las personas; pero no puede garantizarlo a costa de vulnerar derechos humanos fundamentales (derecho a la dignidad de la persona, derecho de la persona a la integridad física y moral, etc.). Considero que el llamado *ius nubendi* sirve para impedir la vulneración de principios y derechos fundamentales (para permitir el matrimonio entre personas del mismo sexo [lo cual no se ha conseguido en numerosos países, incluso en algunos países occidentales como, por ejemplo, en Italia] o a una mujer musulmana contraer matrimonio con un varón no musulmán [lo cual está prohibido por algunos ordenamientos jurídicos islámicos], etc.); pero no para conseguir el efecto contrario, esto es, no para justificar la gestación por subrogación, institución en la cual están implicadas otras personas cuyos derechos fundamentales pueden resultar vulnerados (madre gestacional y niño afectado por el acuerdo de subrogación). De hecho, en las instituciones en las cuales se ha alegado el *ius nubendi* o *ius connubii* (algunas procedentes de ordenamientos jurídicos islámicos), ha sido para conseguir que no se vulnerasen derechos humanos fundamentales (como el derecho de no discriminación, entre otros); en ningún caso el *ius nubendi* ha servido para justificar un atentado a derechos fundamentales de terceras personas.

**21.** Al margen de lo señalado, el pretendido “derecho a la paternidad”, o “derecho a ser padres”, no sintoniza bien con la tesis moderna en relación con la familia, la cual, a diferencia de lo que acontece con la tesis clásica, no está ligada a la procreación, siendo su función, como anteriormente señalamos, potenciar la realización de los derechos fundamentales de los particulares.

**22.** En mi opinión, como anteriormente he puesto de manifiesto, en sintonía con lo señalado en este apartado, sí que se estaría vulnerando el *ius nubendi*, en el supuesto contemplado por la sentencia del TS (Sala 1ª) de 15 de enero de 2014, de no haberse reconocido la filiación homoparental no matrimonial que se solicitaba, ya que el supuesto contemplado parte de una discriminación que la sentencia trata de corregir por medio de la institución de la posesión de estado: el reconocimiento de la filiación, a la mujer no sometida a la técnica de reproducción asistida, con respecto al hijo nacido de la aplicación de la misma a la mujer con la cual formaba pareja; y ello, a mi juicio, en aras del principio del interés superior del menor, del principio de no discriminación por orientación sexual y del derecho que toda persona tiene al respeto de su vida privada y familiar (al que a continuación haremos referencia). Como puede observarse, los derechos humanos fundamentales son los mismos, en las dos sentencias referidas de la Sala de lo Civil del TS, pero éstos juegan en distinta dirección por la diversidad de intereses implicados. *De facto*, tal como ha señalado el profesor J. Flores Rodríguez al hacer referencia a esta última sentencia, la antecesora de la Ley 14/2006 tuvo el acierto de considerar las técnicas de reproducción humana asistida, no como una mera alternativa a la esterilidad (como anteriormente se estimaba), sino como un derecho de la mujer a fundar su propia familia; eliminando, de este modo, una importante limitación a su voluntad de procrear y a la posibilidad de constituir la “forma de familia que considere libre y responsablemente”<sup>27</sup>.

**23.** En suma, a mi modo de ver, el llamado *ius nubendi* ha de concebirse, no como un “derecho a la procreación” o “derecho a ser padres”, sino como un derecho de las personas a fundar la “forma de familia que considere libre y responsablemente”, sin que existan limitaciones injustificadas a su volun-

<sup>26</sup> Caso de un Registro civil de Alicante (Denia), el cual ha suscitado una viva polémica en los medios de comunicación: eldiario.es, de 11 de abril de 2019.

<sup>27</sup> J. FLORES RODRÍGUEZ, *loc. cit.*, 2014, pp. 543-544.

tad de casarse y de procrear (como, por ejemplo, las basadas en la orientación sexual, en la sentencia aludida). Una cuestión diferente son las limitaciones fundamentadas en la vulneración de derechos fundamentales de terceras personas, como acontece, a mi juicio, en la gestación por subrogación. De este modo, el *ius nubendi* y el derecho al libre desarrollo de la personalidad (proclamado este último por el art. 10 de la Constitución española) impiden al Estado inmiscuirse en la opción o derecho de concebir o no un hijo, ni imponiéndola ni prohibiéndola, debiendo respetar la libertad de decisión de cada ciudadano; siempre y cuando dicha opción o decisión no vulnere derechos fundamentales de terceras personas.

## VI. Implicaciones del derecho a la vida privada y familiar en la problemática objeto de análisis

24. Tal como proclama el apartado 1º del art. 8 del CEDH, que late detrás de las sentencias del TEDH a las que hicimos alusión en el apartado I del presente trabajo, “toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar (...)”; y tal como determina el apartado 2º del referido precepto, sin que pueda “haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho”. Sin embargo, hay restricciones o limitaciones al ejercicio del derecho a la vida privada y familiar. De hecho, la injerencia de la autoridad pública, en el ejercicio del señalado derecho de una persona, está permitida en determinados supuestos aludidos en el art. 8.2 del CEDH: “en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás”.

25. Desde mi punto de vista, en el apartado 2º del art. 8 del CEDH está la clave para entender cómo el derecho a la vida privada y familiar está limitado cuando lo que se plantea es admitir una institución como la gestación por subrogación en el ordenamiento jurídico español. De este modo, considero que la injerencia de la autoridad pública, en el ejercicio del derecho a la vida privada y familiar, proclamado por el apartado 1º del art. 8 del CEDH, está justificada, en los casos de gestación por subrogación, en tanto en cuanto esta injerencia está “prevista por la ley” (en nuestro caso, la injerencia aparece impuesta por el art. 10.2 de la Ley 14/2006 sobre técnicas de reproducción humana asistida) y constituye una medida necesaria, en una sociedad democrática, para la “seguridad nacional, la seguridad pública, (...), la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud (de la mujer gestante, en nuestro caso) o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás” (en nuestro caso, tanto de la mujer gestante como del niño por ella gestado).

26. Sin embargo, tales limitaciones no existen en el caso contemplado por la STS (Sala 1ª) de 15 de enero de 2014 a la que anteriormente hicimos referencia. Es más, en el supuesto al que hace alusión la señalada sentencia, el derecho que toda persona tiene al respeto de su vida privada y familiar juega claramente a favor del reconocimiento de la filiación homoparental no matrimonial solicitada por la mujer que no había dado a luz.

27. En relación con los supuestos de reconocimiento de la filiación de un niño nacido en el extranjero a través de la técnica de la gestación por subrogación, consideramos que la vulneración del derecho a la vida privada y familiar habrá de analizarse por la jurisprudencia (ya sea del TS o del TEDH) caso por caso, valorando las concretas circunstancias concurrentes en el supuesto concreto; lo cual está en consonancia con la atenuación o flexibilización que caracteriza, actualmente, a la cláusula de orden público internacional.

## VII. Implicaciones del derecho a la no discriminación por orientación sexual en la problemática objeto de estudio

28. En ciertos ámbitos, tanto sociales como académicos, se ha señalado que la no admisión de la institución de la gestación por subrogación implica una vulneración del principio o derecho a la no dis-

crimación del colectivo LGTBI, alegando para ello que es la única forma de constitución de familias para el colectivo homosexual masculino, ya que la adopción internacional, salvo en muy pocos países, no es una opción para el referido colectivo<sup>28</sup>.

No obstante, teniendo en cuenta el coste medio de una gestación subrogada (que, como anteriormente señalamos, ronda sobre unos 120.000 euros [aunque la cuantía puede verse alterada considerablemente de un país a otro]), ello afecta a un sector muy reducido del colectivo LGTBI, al igual que también afecta a una parte muy reducida del colectivo heterosexual, ya que únicamente pueden recurrir a la susodicha institución los gais, lesbianas y heterosexuales con un nivel económico y estatus muy elevado. *De facto*, hay Asociaciones LGTBI que no han querido tomar partido sobre la maternidad subrogada debido a los derechos humanos fundamentales que se ven afectados por la señalada institución. Evidentemente, no se puede admitir una institución como la maternidad subrogada, que daña principios y derechos fundamentales, únicamente para el colectivo LGTBI. A mi modo de ver, en aras del derecho a la no discriminación por orientación sexual, han de modificarse las normas de adopción internacional, eliminando los obstáculos que tiene el colectivo LGTBI para acceder a la adopción internacional. No obstante, mientras que no se consiga eliminar las limitaciones que les afectan en todos los países con los que se tienen suscritos Convenios de adopción internacional, a modo de discriminación positiva (como acontece en ciertos supuestos con las mujeres), se les puede dar prioridad para adoptar en los países que no impongan impedimentos al colectivo LGTBI.

**29.** En cualquier caso, en la mayoría de las ocasiones no se trata de parejas de gais. Como anteriormente puse de manifiesto, caben muchas opciones en la gestación por subrogación, ya que los comitentes o padres intencionales pueden ser sujetos individuales o una pareja, matrimonial o no, del mismo o de distinto sexo. De hecho, en muchos países que admiten la gestación por subrogación, se prohíbe el acceso a la gestación subrogada a las parejas de homosexuales. Tal es el caso, por ejemplo, de Ucrania (país en el cual dicha técnica se admite únicamente a las parejas heterosexuales casadas) y de Rusia (país en el cual sólo se admite la gestación subrogada a las parejas heterosexuales y a las mujeres solteras).

**30.** A diferencia de lo que acontece en la sentencia de la Sala de lo Civil de nuestro TS de 6 de febrero de 2014, en el supuesto contemplado por la sentencia de 15 de enero de 2014 nos encontramos ante un supuesto en el cual se ha vulnerado el principio de no discriminación por orientación sexual, ya que de haberse tratado de una pareja heterosexual, matrimonial o no, ningún miembro de la pareja se hubiese visto privado de la filiación del hijo nacido a través de una técnica de reproducción humana asistida. La aludida sentencia trata de corregir una discriminación, ya que, en el caso de una pareja de mujeres, la filiación, respecto del nacido a través de una técnica de reproducción asistida, sólo puede determinarse a favor de la mujer, que no da a luz, cuando es su cónyuge y ha prestado su consentimiento previo al parto (art. 7.3 de la Ley 14/2006 sobre técnicas de reproducción humana asistida). Ello implica una discriminación con respecto a la pareja de hecho de mujeres. Además, en épocas pasadas, la discriminación era incluso mayor, ya que, en las parejas de mujeres, la mujer que no daba a luz estaba privada, de un modo automático, de cualquier vínculo de filiación.

### VIII. A modo de conclusiones

**31.** A mi modo de ver, los países que admiten la gestación subrogada suelen ser países, o bien, basados en un modelo económico muy liberal (Reino Unido, Escocia, California, Virginia, etc.), o bien, en los cuales impera la pobreza o necesidad económica sobre la necesidad de respetar los derechos humanos fundamentales (como es el caso, por ejemplo, de Grecia y de Ucrania [la cual ha sido considerada como el útero de España y, en general, de Europa]). No es casualidad que Ucrania haya sido considerada, por el Fondo Monetario Internacional, como el país más pobre de Europa. De hecho, en los países europeos en los cuales se otorga el debido valor al respeto de los derechos humanos fundamentales y

<sup>28</sup> *Vid.*, por todos, O. SALAZAR BENÍTEZ, *loc. cit.*, 2019.

éstos subyacen al conjunto del ordenamiento jurídico estatal, el contrato o acuerdo de subrogación no es legal, es decir, es nulo de pleno derecho (tal es el caso, por ejemplo, de España, de Suecia, de Francia y de Alemania). *De facto*, al menos hasta el momento, ésta es la tendencia en la mayor parte de los países europeos. En mi opinión, ello está en sintonía con el hecho de que sus Constituciones estatales (que se encuentran en la cúspide de sus respectivos ordenamientos jurídicos) consagran principios y derechos humanos fundamentales desarrollados por la normativa internacional de derechos humanos, entre los que destacan el principio del interés superior del menor, el derecho a la dignidad de la persona, así como el derecho de la persona a la integridad física y moral.

**32.** El problema es que es sencillo defraudar dicho sistema trasladándose a países cuya legislación admite la gestación por sustitución para contratar a la “madre gestacional” y, tras el nacimiento del hijo/-a, los comitentes o padres intencionales regresan a España (o al país en el cual la gestación por subrogación no es legal) con el menor y con una documentación oficial extranjera, ya sea registral o judicial, en la que consta el menor como hijo/-a de los comitentes o padres intencionales. Este “fraude a la ley” española (o de países en los cuales el acuerdo de subrogación es nulo de pleno derecho), en sede de reconocimiento, beneficia claramente a los más pudientes, que no dudan en trasladarse a “paraísos uterinos” (como Ucrania) para cumplir su deseo o proyecto personal (“deseo de ser padres”), que ellos consideran, de un modo erróneo a mi juicio, como un “derecho a ser padres”. En cualquier caso, es preciso reconocer que el orden público internacional no actúa con la misma intensidad en sede de reconocimiento de las decisiones extranjeras, terreno en el cual la vulneración del orden público internacional ha de enjuiciarse, no de un modo rígido y automático, sino de una manera flexible y atenuada, observando detenidamente en cada caso concreto si se produce o no la vulneración de alguno de los aludidos derechos humanos fundamentales; lo cual hubiese sido necesario acometer en la polémica sentencia de la Sala de lo Social de nuestro TS de 6 de febrero de 2014.

**33.** Sin embargo, la sentencia de la Sala de lo Civil de nuestro TS de 15 de enero de 2014 no se mueve en el referido terreno, ya que se trata de una situación privada meramente interna. No obstante, los derechos humanos fundamentales implicados en el supuesto al cual se refiere tal sentencia son parcialmente coincidentes con los que subyacen detrás de la institución de la gestación por subrogación. La sentencia del TS, de 15 de enero de 2014, reconoce la filiación homoparental no matrimonial solicitada, y ello en aras del principio del interés superior del menor, del principio de no discriminación por orientación sexual, del derecho que toda persona tiene al respeto de su vida privada y familiar, y de evitar la vulneración del *ius nubendi*; ya que en el supuesto contemplado por dicha sentencia no se atenta contra el derecho a la dignidad de la persona ni contra el derecho de la persona a la integridad física y moral; a diferencia de lo que acontece en la sentencia del TS de 6 de febrero de 2014, en la que es comprensible estimar que sí se produce tal vulneración.

Ello justifica que el resultado de ambas sentencias de la Sala de lo Civil de nuestro TS sea opuesto, sin que ello conlleve una contradicción valorativa.