

LA PÉRDIDA DEL INTERÉS (SUPERIOR DEL MENOR) CUANDO SE NACE POR GESTACIÓN SUBROGADA

THE LOSS OF INTEREST (OF THE CHILD) WHEN BORN BY SURROGATE MOTHERHOOD

LORENA SALES PALLARÉS

Prof. Titular de Derecho internacional privado

Universidad de Castilla-La Mancha

ORCID ID: 0000-0002-7163-0902

Recibido: 19.06.2019 / Aceptado: 08.07.2019

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2019.4961>

Resumen: Las contradicciones que el desarrollo de las técnicas de reproducción asistida provocan sobre los ordenamientos jurídicos tienen en la gestación subrogada su máximo exponente. A la maternidad tecnológica no la ha acompañado una adecuada regulación jurídica, lo que ha provocado que los tribunales y la DGRN convivan en una dualidad que provoca irremediabilmente la pérdida del interés superior del menor. Tras cerrar las puertas a la inscripción de la filiación de menores nacidos por gestación subrogada, el TS apuntó a la adopción como modo de proteger los intereses de los menores. Sin embargo, recientes decisiones judiciales no parecen indicar que ese sea el camino ni más rápido ni más adecuado. Por tanto, hemos revisado diferentes planteamientos que el TS ha aceptado en temas análogos buscando una justificación o salida a estas situaciones. El reconocimiento por complacencia o el orden público atenuado son algunas de las opciones que se exploran ante la negativa actual de afrontar la demanda social de una regulación justa y adecuada para todos los afectados.

Palabras clave: gestación subrogada, interés superior del menor, filiación intencional, *forum shopping*, orden público atenuado, dignidad humana.

Abstract: The contradictions that the development of assisted reproduction techniques provoke in the legal systems have in the surrogacy its maximum exponent. Technological maternity has not been accompanied by adequate legal regulation, which has caused the Courts and the DGRN to coexist in a duality that irremediably causes the loss of the best interests of the child. After closing the doors to the registration of the filiation of minors born through surrogacy, the Supreme Court pointed to adoption as a way to protect the interests of minors. However, recent court decisions do not seem to indicate that this is the fastest or most appropriate course of action. Therefore, we have reviewed different approaches that the SC has accepted in analogous issues seeking a justification or a way out of these situations. Recognition out of complacency or attenuated public order are some of the options explored in view of the current refusal to face the social demand for a fair and adequate regulation for all those affected.

Keywords: surrogacy, best interests of the child, intended parents, forum shopping, attenuated public order, human dignity.

Sumario: I. El *interés*...¿de qué o de quién? II. Cardar antes de hilar: la reproducción asistida, la identidad y la dignidad. III. La (des)protección legal: los límites del art. 10 LTRHA. IV. El (des)interés en la gestación subrogada. V. La (des)protección de los tribunales ahora mismo. VI. La filiación y el Tribunal Supremo: no todos somos iguales. VII. Por qué la solución no resuelve la situación. VIII. La regulación ha de ser la respuesta.

I. El *interés*...¿de qué o de quién?

1. El art. 2.1 de la Ley Orgánica 1/1996 de protección jurídica del menor¹, lleva por título “Interés superior del menor” y preceptúa que:

Todo menor tiene derecho a que su interés superior sea valorado y considerado como primordial en todas las acciones y decisiones que le conciernan, tanto en el ámbito público como privado. En la aplicación de la presente ley y demás normas que le afecten, así como en las medidas concernientes a los menores que adopten las instituciones, públicas o privadas, los Tribunales, o los órganos legislativos primará el interés superior de los mismos sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir².

2. ¿Cuál es el problema entonces si la ley es tan clara?

La respuesta a la que llego con demasiada facilidad y con mayor frecuencia de la que me gustaría, es que cuando se nace por gestación subrogada se pierde la protección de este interés superior del menor. Y esta pérdida (del interés) viene tanto del legislador, que sigue sin regular y afrontar una realidad que forma parte de nuestra sociedad, como de los tribunales, que mantienen una errática línea jurisprudencial plagada de incoherencias propias y ajenas como voy a tratar de poner de manifiesto. Las consecuencias en todo caso recaen sobre los menores que en virtud de esta técnica de reproducción humana asistida han venido a este mundo³.

3. Hay que ser conscientes de un hecho, y es que ponerle puertas al campo siempre ha sido tan inútil como recurrente por parte del legislador, sin importar el color o el momento temporal al que nos reframos. Cuando no estaba permitido el divorcio en España, aquellos españoles que querían poner fin a su matrimonio acudían a otras legislaciones, otros Estados, para conseguir aquello que necesitaban para desarrollar su esfera personal e íntima, a sabiendas de que estaba prohibido y no iba a estar reconocido ulteriormente en España. Permittimos del mismo modo que aquellos nacionales sometidos a una prohibitiva ley nacional del matrimonio entre personas del mismo sexo puedan contraer aquí matrimonio conociendo que lo tienen prohibido y que no van a conseguir de ese modo que sus países de origen reconozcan estos matrimonios. Y todo ello porque es imposible prohibir a las personas que busquen, se muevan, acudan a legislaciones que les permitan desarrollar derechos que para ellas son fundamentales: casarse, divorciarse o tener un hijo. Esta suerte de *fórum shopping* va de la mano de continuas alusiones (por parte de doctrina o jurisprudencia) al orden público internacional, o al fraude a la ley, porque los ordenamientos jurídicos son tan comprensibles como implacables, de modo que protegen cuando entienden que la búsqueda del ordenamiento jurídico más adecuado a los intereses de los particulares les conduce a su ordenamiento jurídico o les castigan cuando encuentran en otros Estados esa protección. En este sentido, para aquellos que quieren concebir un hijo y necesitan recurrir a la maternidad subrogada como técnica de reproducción asistida conocen el tenor literal del art.10 LTRHA⁴, pero también conocen que lo que en España no se permite está regulado y amparado por ley en otras legislaciones.

¹ Artículo redactado por el apartado dos del artículo primero de la LO 8/2015, de 22 de julio, *de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia*, BOE de 23 julio de 2015.

² La negrita es nuestra.

³ Sigo creyendo imprescindible partir del hecho no controvertido de que la Organización Mundial de la Salud reconoce la gestación por sustitución o subrogada como una técnica de reproducción humana asistida más. Y ello porque de este modo se contribuye, a mi entender, a una reflexión más ponderada y desapasionada del tema, crucial para ser un punto de partida del estudio de esta figura.

⁴ Ley 14/2006, de 26 de mayo, *sobre técnicas de reproducción humana asistida* (LTRHA), BOE núm. 126, de 27 de Mayo de 2006, cuyo tenor literal es:

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.*

4. Sin perder de vista la idea del interés, que ahora retomo, planteo un caso típico, esto es, unos padres comitentes que son también donantes, por tanto la identidad biológica del menor estará claramente determinada, por lo que los orígenes genéticos del menor son claros y ciertos. ¿Qué sucede a nivel legal? Para el legislador español la verdad biológica no va a coincidir con la verdad jurídica, esto es, la madre se determinará por el parto y será por tanto la gestante y no quien aporta la carga genética quien conste como madre de ese menor. ¿Trabaja por tanto hoy en día esta presunción (*mater semper certa est*) en favor del interés superior del menor o puede que obedezca a otros intereses? Si lo que se busca es que el menor tenga protegido el derecho a conocer sus orígenes biológicos y estos ya están debidamente determinados, ¿por qué no han de coincidir en una única filiación?, ¿exige realmente el interés del menor que se ponga de manifiesto el hecho de su gestación en el registro y en su filiación?

5. En este sentido personalmente me llama la atención el art. 7.2 LTRHA, cuando se refiere a la filiación de los hijos nacidos mediante técnicas de reproducción asistida, cuando manifiesta que *[E]n ningún caso, la inscripción en el Registro Civil reflejará datos de los que se pueda inferir el carácter de la generación*. Pero en los supuestos de gestación subrogada es justamente en la inscripción registral donde se reflejan los datos que infieren claramente el carácter de la generación de este menor. ¿Hemos de interpretar el interés en estos términos?

6. Estoy de acuerdo con FLORES RODRÍGUEZ⁵, y ciertamente creo que existe en este momento más preocupación por la defensa a toda costa del *biopoder* (autoridad de la ley) que de las consecuencias nocivas que su estricta aplicación tiene sobre los derechos del niño (*bioética*). Y esto implica necesariamente reconocer que se ha producido una pérdida del interés (superior del niño) cuando su nacimiento se ha producido por gestación subrogada, porque se supedita este interés del menor al hecho de que su nacimiento se haya producido por una determinada técnica de reproducción asistida. Sin otro motivo o criterio, o justamente por ese.

Creo que cuando se nace por gestación subrogada no se prima el interés del menor, y ello porque, o bien se suele partir de la presunción de que *siempre* estos contratos se han realizado con graves violaciones de los derechos propios y ajenos de las partes involucradas, sobre todo en las referencias a las gestantes⁶, y por tanto se prima proteger ese otro interés legítimo, provocando con ello en la práctica que los menores no tengan reconocida su filiación; o bien, aun reconociendo este interés legítimo que representa el reconocimiento (de algún modo) de la filiación de estos menores, se defiende como interés legítimo concurrente pero prevalente el cumplimiento (de la prohibición) de la ley española (el tan manido art.10 LTRHA). El *biopoder* del legislador prima pues sobre el hecho mismo de que estamos hablando de menores ya nacidos y que se encuentran sin protección alguna como pone en evidencia la situación de las más de 30 familias españolas atrapadas actualmente con sus hijos en Ucrania⁷. ¿Cómo sacamos del limbo jurídico a todos aquellos menores que han quedado atrapados en este laberinto de adultos?

Y lo que es más grave, ¿cómo es posible predicar *la primacía del interés superior del menor sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir* cuando son otros los intereses que acaban prevaleciendo cuando el menor ha nacido por gestación subrogada?

⁵ J. FLORES RODRÍGUEZ, "Atrapados en un vientre de alquiler en Ucrania: ¿Bioética o biopoder?", *Diario la Ley*, núm. 9388, de 2 de abril de 2019, p.6.

⁶ El propio TS en su STS, Sala 1ª, 6 de febrero 2014 (RJ 2014/833) como bien apunta L. ÁLVAREZ DE TOLEDO, "El futuro de la maternidad subrogada en España: entre el fraude de ley y el correctivo de orden público internacional", *Cuadernos de derecho transnacional*, Vol. 6, Núm. 2, 2014, pp.5-49, en concreto p.12, planteó el caso como si se estuviera ante un verdadero contrato forzado, en el que la mujer sumida en la pobreza presta su organismo a cambio de una limosna que necesita para sobrevivir. También es cierto que los disidentes del criterio de la mayoría de la Sala, hicieron notar que ese panorama que opone a la mujer depauperada y necesitada y a los comitentes ricos del hemisferio norte, no debería generalizarse ni tenía por qué corresponder a la realidad; y en todo caso no justificaría que se subestimara la capacidad para consentir de la madre gestante, cuya declaración de voluntad había sido emitida ante una autoridad competente según los propios criterios de competencia judicial internacional del Estado del foro, velando esa autoridad porque se prestara tal declaración con libertad y pleno conocimiento de las consecuencias.

⁷ Vid. J. FLORES RODRÍGUEZ, "Atrapados en un vientre de alquiler en Ucrania...", op.cit., así como prensa desde julio de 2018 cuando el consulado español en Kiev dejó de inscribir a los menores. En este sentido vid. https://www.elconfidencial.com/espana/2018-08-27/ucrania-kiiev-atrapados-vientres-de-alquiler-familias-pasaporte-adn_1607834/.

7. Aunque no resulte sencillo demostrar esta pérdida del interés sobre los menores nacidos por gestación subrogada, los siguientes epígrafes están destinados a construir un *hilo* argumental partiendo de la premisa de que la filiación debería ser un modo de protección del menor, de alcanzar ese interés superior del menor, de modo que como Penélope, trataré de tejer cuidadosamente los hilos de un manto que debería cubrir jurídicamente a todos los menores concebidos mediante gestación subrogada, buscando respuestas en los pronunciamientos de los mismos tribunales que deniegan sistemáticamente cualquier avance en esta materia. Para este fin utilizaré como test de efectos, si la denegación o el reconocimiento de la filiación de los menores nacidos por gestación subrogada atiende o se realiza en beneficio o no del menor, o si atiende a otras consideraciones o derechos de otros individuos o intereses ajenos a él.

II. Cardar antes de hilar: la reproducción asistida, la identidad y la dignidad

8. Para ajustar debidamente el debate sobre el interés de qué o de quién se protege, es necesario tomarnos previamente un momento para clarificar algunos conceptos ligados a discursos relacionados con situaciones relacionadas con la reproducción asistida⁸. Y ello porque si importante es saber dónde se quiere llegar, no lo es menos saber desde donde vamos a partir, ya que el camino argumentativo será un reflejo del *iter* desde nuestro punto de partida hasta el objetivo final marcado.

En nuestro caso debemos “cardar”⁹ antes de hilar fijando qué alcance tienen los conceptos de identidad y dignidad como manifestación de los derechos de la personalidad, y el equilibrio, a veces complejo, entre la colisión de los mismos en este campo de la reproducción asistida y especialmente en la gestación subrogada, donde los comitentes y la gestante parecieran antípodas de estos conceptos¹⁰.

9. Ya la STC 53/1985 de 11 de abril, determinó que el libre desarrollo de la personalidad como “autodeterminación, consciente y responsable de la propia vida”, entroncaba con el valor jurídico fundamental “dignidad de la persona”; con línea similar la STC 215/1994 de 14 de julio, vino a mantener que el ejercicio de la sexualidad (como también la *libertad de procreación*), “deriva del libre desarrollo de la personalidad proclamado en el art.10.1 CE”. Esto es, la identidad personal y la dignidad de la persona son derechos fundamentales a proteger tanto desde nuestra Constitución como por la vía del Convenio de Roma de Derechos Humanos, cuyo art. 8 salvaguarda el derecho a la vida privada y familiar. Aunque el Convenio no regula de manera expresa la reproducción o la existencia de un derecho respecto a la misma, sí se encuentran diversas sentencias pronunciadas por el TEDH en este sentido, amparado en la amplia y flexible interpretación que se ha hecho del citado art. 8. Aunque habla del “respeto a la vida privada y familiar”, la interpretación que se ha venido haciendo es entender que el derecho a la reproducción queda incluido de manera implícita en el mismo¹¹.

⁸ Enmarcan estas reflexiones los trabajos de M^a. P. MOLERO MARTÍN-SALAS, “La reproducción asistida en Europa: la labor armonizadora del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Estudios Constitucionales*, 2016, Año 14, Núm. 2, pp. 183-206; S. QUICIOS MOLINA, “Casos recientes que plantean el difícil equilibrio entre la búsqueda de la verdad biológica y la estabilidad del estado civil de la filiación”, *Derecho Privado y Constitución*, enero-diciembre 2015, núm. 29, pp. 263-303; E. SERNA MEROÑO, “Las técnicas de reproducción humana asistida: limitaciones para su práctica”, *Derecho Privado y Constitución*, enero-diciembre 2012, núm. 26, pp. 273-307.

⁹ Se entiende por cardado un conjunto de operaciones mecánicas que se realizan sobre la lana u otros materiales como el algodón y el lino, con el objetivo de limpiar, paralelizar e individualizar las fibras para producir finalmente una mecha o cinta, siendo este un proceso de gran importancia para obtener hilo de calidad.

¹⁰ Una visión sobre la libertad reproductiva y la conjugación de estos derechos puede verse en L. SALES PALLARÉS, y M^a. N. PACHECO JIMÉNEZ, “Libertad reproductiva y problemática derivada del contrato de maternidad subrogada”, en A. M. OLMO GASCÓN (Dir.), *Diversidad sexual y libertad reproductiva de las mujeres en la cultura de la producción y el consumo*, Comares, Granada, 2018, pp. 109-133.

¹¹ Un extenso y cuidadoso estudio del tema lo encontramos en M^a. P. MOLERO MARTÍN-SALAS, “La reproducción asistida en Europa...”, *op.cit.*, donde se analizan pormenorizadamente los asuntos a los que me voy a referir, así como en L. SALES PALLARÉS, y M^a. N. PACHECO JIMÉNEZ, “Libertad reproductiva y problemática...”, *op.cit.*, pp.110 y ss.

10. El asunto posiblemente más célebre de esta interpretación sea el caso *Evans contra Reino Unido*¹², donde el Tribunal fijó que la noción de vida privada es amplia y que también puede englobar aspectos de su identidad física y social, “concretamente el derecho a la autodeterminación, el derecho al desarrollo personal y el derecho a establecer y mantener relaciones con otros seres humanos y el mundo exterior cubriendo asimismo el derecho al respeto de la decisión de tener o no un hijo”. La misma idea subyace en el pronunciamiento de la Gran Sala de TEDH al caso *Dickson*¹³, cuando entendió que la denegación al uso de la técnica de la reproducción asistida supuso una intromisión a la vida privada y familiar de los demandantes que comprende también “el derecho al respeto de su decisión de ser padres genéticos”¹⁴.

De este modo, puede entenderse que la voluntad de tener un hijo es una manifestación del libre desarrollo de la personalidad, y que esta búsqueda de una descendencia genética es del todo lícita. En el asunto *S.H. y otros vs. Austria (II)*¹⁵, el TEDH señaló explícitamente que “no existe prohibición, bajo la ley austriaca, de ir al extranjero en busca de un tratamiento contra la infertilidad que utilice técnicas de reproducción asistida no permitidas en Austria”. Desde el parámetro del ordenamiento jurídico español hemos de plantearnos que la afirmación del TEDH sobre la licitud de la búsqueda de la filiación genética es extrapolable también a nuestro territorio, por lo que, si la búsqueda de descendencia genética es lícita, ¿existe en España alguna prohibición que limite esta posibilidad?

III. La (des)protección legal: los límites del art. 10 LTRHA

11. Ciertamente el art. 10 LTRHA preceptúa en su apartado 1º que “será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero”. Pero creo necesario resaltar un matiz interesante para perfilar el modo en el que se aborda el tema en España, en el sentido de que la ley no prohíbe la gestación subrogada: la norma declara el contrato *nulo*, por lo que no sería correcto hablar de prohibición propiamente dicha¹⁶.

Esto significa que en España los contratos celebrados con tal fin van a ser considerados nulos de pleno derecho, pero sólo eso; no puede entenderse que quienes se manifiestan tan en contra de regular o reconocer esta técnica de reproducción humana más allá de nuestras fronteras estén queriendo defender con ahínco la extraterritorialidad de la ley española, haciendo de este modo una interpretación tal de la norma que implique que la prohibición en España de este tipo de contratos significa la nulidad de los mismos siempre y con independencia de que se hayan realizado en el extranjero, sometidos por tanto a otro ordenamiento jurídico, en el que pueden ser totalmente válidos y legales. Pero es que, además,

¹² Sentencia Tribunal Europeo de Derechos Humanos Estrasburgo (Sección 4), 7 marzo 2006 (TEDH 2006\19), del caso *Evans contra Reino Unido*. Su origen procede del sometimiento a un tratamiento de fecundación in vitro por parte de una pareja, llevándose a cabo la fecundación de un total de 6 embriones. Antes de la implantación de los mismos, la pareja se rompe, por lo que el futuro padre revoca el consentimiento prestado, solicitando que dichos embriones sean destruidos. El caso alcanzó trascendencia judicial ya que se trataba de un asunto especialmente dramático, pues la mujer, por problemas de salud, había sido sometida a una ovariectomía, por lo que esos óvulos fecundados eran su única oportunidad para ser madre. A pesar de que en su solicitud al TEDH se alegaban vulneraciones de diversos artículos del Convenio, la principal argumentación la encontramos respecto del art. 8.

¹³ Sentencia de la Gran Sala del TEDH del caso *Dickson contra Reino Unido*, de 4 diciembre 2007 (TEDH\2007\86). En el origen de la sentencia que dio lugar a la intervención del recurso ante la Gran Sala, se resolvía la petición de un condenado por asesinato a cadena perpetua para poder inseminar a su mujer, quien sí estaba en libertad. La solicitud se basaba en la imposibilidad de poder tener hijos de manera natural debido a la diferencia de edad que existía entre ellos, puesto que la mujer era 14 años mayor que él, y la duración de la pena impuesta. Puesto que sus pretensiones no fueron satisfechas por los tribunales nacionales, acudió al TEDH alegando la vulneración del artículo 8 del Convenio.

¹⁴ A pesar de que el pronunciamiento se refiere a unos hechos que no interesan aquí, sí quiero poner de relieve ese matiz que añade el Tribunal al referirse al hecho de proteger la decisión de ser padres *genéticos*, ya que adquiere importancia cuando se aborda el tema de la gestación subrogada como pondré más adelante de manifiesto.

¹⁵ STEDH al asunto *S.H. y otros vs. Austria (II)*, 3 de noviembre 2011 (Aplicación num. 57813/00).

¹⁶ Es más, se empieza ya a apuntar la posibilidad de que ni siquiera esto sea ya así, véase en este sentido A. GÁLVEZ CRIADO, “¿Sigue siendo nulo en España el contrato de gestación subrogada? Una duda razonable”, *Diario La Ley*, Núm. 9444, 2019, Sección Tribuna, 26 de Junio de 2019, al hilo de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 4ª, Sentencia 10/2019 de 15 de enero de 2019, Rec. 185/2018.

en todo caso, no evita este artículo que se lleven a cabo allí donde estén regulados, o donde a falta de legislación hay un vacío legal¹⁷, porque como afirmé al inicio, es imposible ponerle puertas o muros al campo que separen a las personas de sus deseos.

12. Y ello a pesar de que, como ha puesto de manifiesto el propio TEDH, no es ilícito que los Estados puedan adoptar las medidas que consideren necesarias para disuadir a sus nacionales de recurrir al extranjero a realizar prácticas prohibidas en su propio territorio¹⁸. Y esa sería una plausible interpretación del límite que representa el art.10.1 LTRHA, de acuerdo con el TEDH en este sentido, que el mismo es el modo de disuasión que el legislador español ha encontrado para evitar la huida hacia otros ordenamientos jurídicos más permisivos; pero cabe recordar de nuevo, que, como en la Sentencia al asunto antes mencionado *S.H. y otros vs. Austria (II)*, no existe en España una prohibición para buscar en el extranjero “un tratamiento contra la infertilidad que utilice técnicas de reproducción asistida no permitidas” aquí.

En todo caso, si las consideramos medidas de disuasión, ¿alcanzan el no reconocimiento de la filiación así establecida? ¿de qué queremos disuadir, de no tener hijos?, ¿de que no tengan una filiación única o válida? Hay más preguntas que respuestas y eso desde luego no beneficia a quien necesita de seguridad jurídica.

13. Tampoco creo que podamos decir que con esta técnica de reproducción asistida se esté en una situación de *alegalidad*¹⁹, al menos en el sentido más tradicional del término. De hecho, en la eclosión de los casos de inscripción de la filiación de estos menores nacidos por gestación subrogada se asimilaba la nulidad del contrato con la prohibición de esta figura en la escena nacional²⁰, aunque realmente lo que se estaba tratando de plantear era que España pertenecía al grupo de los Estados que no permitían en su territorio la realización de estos contratos, de modo que la alineación era más sencilla: países que sí lo permitían, países que no lo permitían y una zona gris de Estados que no se pronunciaban sobre estos contratos. Creo que la *alegalidad* solo sería predicable de estos últimos. También creo que la misma no es deseable, no porque fruto de ella se haya abierto la puerta a un *turismo reproductivo*²¹, cosa por otra parte que no creo que haya sido así o no al menos en el sentido que se apunta, sino porque la indefinición, la falta de regulación (en cualquier sentido) sí es la puerta a la vulneración de los derechos fundamentales como intentaré poner de relieve en el desarrollo del presente trabajo.

14. En todo caso y como apuntaba, actualmente el discurso sobre gestación subrogada se ha afinado y depurado de modo que se habla estrictamente de la nulidad de estos contratos y no tanto de una prohibición de los mismos. Ese es justamente el punto, creo yo, que inflexiona los discursos sobre este tema, en el sentido de que quienes están en contra de la regulación e incluso de la existencia de esta técnica solicitan una mayor dureza legal para prohibir el acceso a estos contratos y sus efectos sobre

¹⁷ La regulación de esta técnica de reproducción humana asistida varía entre aquellos Estados en los que está regulada y aquellos Estados en los que no se regula pero no se prohíbe, produciéndose un vacío legal que permite de facto hablar de permisividad aunque sea pasiva. En el 2013 la Comisión de Asuntos Jurídicos del Parlamento Europeo encargó la elaboración de un Informe sobre “El régimen de subrogación en los Estados miembros de la UE”, cuyo director fue L. BRUNET, y que puede consultarse en <http://www.europarl.europa.eu/studies>, con la referencia PE474.403 *A Comparative Study on the Regime of Surrogacy in EU Member States*, de 15 de mayo de 2013, en el que se concluía que era imposible indicar una tendencia legal en particular a través de la UE, aunque todos los Estados miembros están de acuerdo en la necesidad del menor de disponer de unos padres legales y un estatus civil claramente definidos.

¹⁸ El TEDH se refiere a ello en relación en la Sentencia sobre el asunto *Paradiso y Campanelli c. Italia* de la Gran Sala de 24 de enero de 2017, que se puede consultar en <http://hudoc.echr.coe.int/eng/?i=001-170359>. Un detallado análisis de esta sentencia se puede encontrar en A. J. VELA SÁNCHEZ, “¿Ha variado el TEDH su Doctrina favorable a los convenios de gestación por sustitución realizados en países que legalmente los permiten? A propósito de la Sentencia de la Gran Sala del TEDH de 24 de enero de 2017”, *Diario La Ley*, Núm. 8953, Sección Doctrina, 3 de abril de 2017.

¹⁹ En este sentido recientemente A. VALERO HEREDIA, “La maternidad subrogada: un asunto de Derechos Fundamentales”, *UNED. Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 43, 2019, pp. 421-440, en concreto, p.424.

²⁰ En este sentido, L. SALES PALLARÉS, “La determinación de la filiación de los menores concebidos en el extranjero mediante maternidad subrogada”, en *Retos de la abogacía ante la sociedad global*, M. GISBERT POMATA y A. SERRANO MOLINA (Coords.); C. CARRETERO GONZÁLEZ, y F. DE MONTALVO JÄÄSKELÄINEN (Dirs.), 2012, Thomson-Reuters- Civitas, pp.1731-1744, 2012.

²¹ Cfr. A. VALERO HEREDIA, “La maternidad subrogada...”, op.cit., p.424.

nuestro ordenamiento, ya que las diferentes Instrucciones de la DGRN y la jurisprudencia (nacional y supranacional) recaída permiten “blanquear” este fraude de ley e insertarlo a través de la inscripción registral de los menores así concebidos. Es paradójico por tanto, que se pida al mismo tiempo que se deniegue la entrada de estas filiaciones por estar prohibido por el ordenamiento jurídico español y se argumente para ello que la regulación actual española permite realizar estas inscripciones legalmente.

15. No quiero dejar sin señalar, refiriéndome a la expresión *turismo reproductivo*, que de manera muy gratuita se introduce el término por todas las connotaciones negativas que el mismo tiene cuando se habla de gestación subrogada. Y en este sentido no podemos olvidar que el *Registro Nacional de Actividad 2016- Registro SEF*²² determina que durante el año 2016 se realizaron en España un total de 175.016 ciclos de reproducción, observándose un incremento del 8% en los ciclos de FIV respecto al informe del 2015. El mismo informe señala que en 2016 se realizaron un total de 12.939 ciclos de reproducción asistida a pacientes residentes en otros países, lo que representaba un incremento del 6% con respecto al año anterior, siendo Francia el primer país de procedencia con un 39% de pacientes, seguido de Italia con un 19%. Estos datos, paradójicamente, sitúan a España como líder europeo en la realización de estos tratamientos, y por ende, ello hace imposible no reconocer que, por diversos factores, España sería en este sentido un destino de turismo reproductivo. Sin calificar esta búsqueda de un ordenamiento jurídico favorable como de *turismo reproductivo*, lo cierto es que parte de razón ostentan quienes así lo califican, ya que la apertura o cierre de consecuencias jurídicas es la razón que impulsa al cruce transfronterizo para ser padres en una suerte de *fórum shopping*. Esto sin embargo no debería calificar o descalificar esta búsqueda del ordenamiento jurídico más adecuado a nuestros intereses. Si bien hay una vertiente negativa del *fórum shopping*, la idea que lo sustenta es encontrar un ordenamiento acorde con nuestras expectativas o necesidades. Miles de personas acuden a España como demuestran las cifras del *Registro-SEF* ¿consideramos por tanto esto un turismo reproductivo? ¿atentamos por ello contra el orden público internacional de alguno de nuestros vecinos franceses o italianos?

16. Es necesario por tanto una doble lectura para matizar y encauzar exactamente lo que pretendemos decir. Sin duda alguna pueden existir algunos casos de Estados profesionalizados en el comercio sanitario de reproducción asistida²³ pero no debe confundirse esta situación con la explotación de derechos básicos y fundamentales ligados a la procreación. España en este sentido es un referente en el campo de la reproducción asistida, por un lado, porque nuestros equipos médicos están en la punta de lanza de las técnicas de reproducción humana asistida (tanto los pertenecientes al ámbito público como al privado); de otro, porque nuestra normativa legal da mayor cobertura que algunos de nuestros vecinos, ejemplificados todos ellos por Italia²⁴. Pero este turismo reproductivo que supone tener clínicas tan profesionales e innovadoras que incentivan a nuestros vecinos a acudir a nuestro territorio no supone un demérito para nuestro Estado sino todo lo contrario, expone la calidad científica y jurídica de nuestro sistema.

17. Hasta el propio TEDH ha sido criticado por *alentar* este turismo cuando señaló explícitamente²⁵ que *no existe prohibición, bajo la ley austriaca, de ir al extranjero en busca de un tratamiento contra la infertilidad que utilice técnicas de reproducción asistida no permitidas en Austria*. La misma idea parece que subyace en el pronunciamiento de la Gran Sala de TEDH al caso *Dickson*²⁶, cuando entendió que la denegación al uso de la técnica de la reproducción asistida supuso una intromisión a la

²² Informe Registro Nacional de Actividad 2016-Registro SEF, https://www.registrosef.com/public/docs/sef2016_IAFI-Vm.pdf. Este es el último informe disponible ya que hasta el 2 de febrero de 2019 estaban recogiendo los datos para realizar el informe de 2017.

²³ E. NELSON, “Global Trade and Assisted Reproductive Technologies: Regulatory Challenges in International Surrogacy”, *The Journal of Law, Medicine and Ethics*, Vol. 41, 2013 cit. por A. VALERO HEREDIA, “La maternidad subrogada...”, op.cit., nota pie 2.

²⁴ M^a. P. MOLERO MARTÍN-SALAS, “La reproducción asistida en Italia: una regulación (inacabada) a golpe de sentencia”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 38, núm. 111, 2018, p.131.

²⁵ Sentencia de la Gran Sala del TEDH del caso *S. H.y otros vs. Austria (II)* de 3 de noviembre de 2011 (Aplicación num.57813/00).

²⁶ Sentencia de la Gran Sala del TEDH del caso *Dickson contra Reino Unido*, de 4 diciembre 2007 (TEDH\2007\86).

vida privada y familiar de los demandantes que comprende también “el derecho al respeto de su decisión de ser padres genéticos” como apuntamos anteriormente.

18. El problema es que al amparo de la dignidad del ser humano, proclamada como principio básico del ordenamiento en nuestro art. 10 de la Constitución, han combatido tanto los partidarios de hacer de ella un arma contra la gestación subrogada, como los defensores de la admisión de ésta como componente inseparable del derecho del ser humano a la procreación²⁷. Y ello porque esta protección es bidireccional y por ello ambivalente, en el sentido de poderse usar tanto como apoyo material como para desarmar cualquier argumentación amparada en derecho. Habiendo menores de por medio, el socorrido recurso a la invocación del interés superior del menor para conciliar los derechos de todas las partes no nos presta un asidero legal firme, ya que este interés puede estar tanto en que su filiación legal coincida con la biológica, o justo lo contrario, que el interés que mejor le proteja sea mantener una situación jurídica previa sin atender a otros derechos que se reclamen amparados en la genética.

19. Junto a estos problemas se añade el hecho de que el propio concepto de interés superior del menor, ha experimentado una evolución dentro de la concepción del derecho de familia. Sobre el tema se ha escrito mucho²⁸, pero como expone DE TORRES PEREA²⁹, la transformación de principio del derecho a cláusula general supone (o debería suponer) la capacidad de neutralizar la aplicación de normas imperativas con esta positivización del interés superior del menor³⁰ que han culminado en las reformas legales de 2015³¹. Esta evolución del sentido y alcance del interés superior del menor puede extraerse también (aunque aquí con matices) de la lectura de la jurisprudencia emanada del Tribunal Supremo, y ver cómo se ha ido apuntalando la transformación del principio del interés superior del menor en cláusula general, llegando incluso a neutralizar la aplicación de una norma imperativa. También el TEDH ha impulsado por su parte una evolución de lo que ha de considerarse interés superior del menor, adaptándose a las nuevas situaciones que se le han planteado desde el derecho de familia y a la concepción misma de familia como vamos a referir seguidamente.

20. Junto a la dignidad, nos encontramos con la dificultad de encauzar la identidad, entendida como el derecho a conocer el propio origen y el trato que se dispensa al mismo tiempo a los donantes de capacidad de generación (ya sean óvulos, semen o preembriones). Si bien la ley parte del anonimato de estos donantes³², ello confronta con el derecho de la persona a conocer su propia filiación biológica y

²⁷ Como pone de relieve L. ÁLVAREZ DE TOLEDO, “El futuro de la maternidad subrogada en España...”, op.cit., p.21.

²⁸ Nos remitimos a C. GUILARTE MARTÍN-CALERO, “El interés superior del niño: la nueva configuración del artículo de la ley orgánica, de 15 de enero, de protección jurídica del menor”, en V. J. CABEDO MALLOL, y I. RAVELLAT BALLESTÉ (COORDS.), *Comentarios sobre las leyes de reforma del sistema de protección a la infancia y la adolescencia*, 2016, pp. 87-131; S. TORRECUADRADA GARCÍA-LOZANO, “El interés superior del niño”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, Núm. 16, 2016, pp. 131-157; A. FERNÁNDEZ PÉREZ, “Aproximación al interés superior del menor en el derecho internacional privado español”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Vol. 50, Núm. 151 (enero-abril 2018), 2018, pp. 107-134; L. SALES PALLARÉS, “La dignidad de la persona, la identidad biológica, y la responsabilidad médica: algunos casos recientes”, *Actualidad jurídica iberoamericana*, Núm. 8, 2018, pp.108-123; M^a. D. ORTIZ VIDAL, “El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la promoción de los valores de la Unión Europea: gestación por sustitución e interés superior del menor”, en C. MARTÍNEZ CAPDEVILA y E. J. MARTÍNEZ PÉREZ (DIRS.), *Retos para la acción exterior de la Unión Europea*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017, pp. 729-740.

²⁹ J. M. DE TORRES PEREA, “Estudio de la función atribuida al interés del menor como cláusula general por una relevante línea jurisprudencial”, *Diario La Ley*, Núm. 8737, 2016, pp. 5 y ss.

³⁰ Como bien señala J. M. DE TORRES PEREA, “Estudio de la función atribuida al interés del menor...”, op.cit., p.6, tanto la Ley 21/1987 de 11 de noviembre, como el art. 2 de la LO de Protección Jurídica del Menor 1/1996, introducen un principio general del derecho (el interés superior del menor) en una norma positiva, lo cual permite su lectura en clave de cláusula general. También la doctrina mantuvo esta misma idea como lo afirmaba E. ROCA I TRÍAS, “Contestación: El interés del menor como factor de progreso y unificación del Derecho internacional privado”, *Revista Jurídica de Cataluña*, Vol. 93. Núm. 4, p. 975, cuando enfatizaba las ventajas y desventajas del hecho de que “el interés superior del menor se había incluido en nuestro derecho en forma de cláusula general, lo cual implicaba ventajas y desventajas”.

³¹ Nos referimos a las reformas operadas a través de dos normas, la LO 8/2015, de 22 de julio, *de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia*, BOE núm. 175, de 23 de julio de 2015, p. 8222 y ss. y la Ley 26/2015, de 28 de julio de 2015, *de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia*, BOE núm. 180, de 29 de julio de 2015, pp. 64544-64613.

³² Interesante ver el abordaje de temas colaterales de estas donaciones en N. IGARÉDA GONZÁLEZ, “La donación anónima

al mismo tiempo con el derecho a la intimidad personal o familiar del donante³³. Estas situaciones plantean la colusión del derecho a la intimidad frente al derecho a la identidad genérica³⁴, al que el TEDH también dio respuesta en el asunto *Odièvre*³⁵, donde se discutió el derecho de la persona a conocer su propio origen frente al derecho a guardar el secreto de su identidad de quien lo gestó y parió³⁶. Mantuvo el Tribunal que la protección dispensada por el art. 8 alcanzaba al derecho a la identidad y, por tanto, a obtener las informaciones necesarias para el descubrimiento de la verdad en la identidad de los progenitores³⁷. De manera análoga encontramos esta misma confrontación de derechos en la posición del adoptado, al que se le reconoce también el derecho a conocer sus orígenes biológicos³⁸, y donde persisten los mismos conflictos entre el derecho a conocer los orígenes biológicos con el derecho a la intimidad de quienes renunciaron a ese hijo. Desde donde se aborde el tema, el conflicto de intereses en presencia no permite obtener respuestas claras y precisas de dónde y cómo regular los derechos de quienes se ven involucrados en estas situaciones.

21. Como apuntaba al inicio, en los casos de gestación subrogada en los que la identidad biológica del menor está claramente determinada, esto es, los progenitores son a la vez donantes, para el legislador español la verdad biológica no va a coincidir con la verdad jurídica. Esto me hace dudar de que las presunciones de las que tradicionalmente se ha servido el derecho trabajen realmente a día de hoy, a favor del interés superior del menor, y en último término, me hace preguntarme qué sentido tiene interpretar el interés superior del menor en estos términos cuando las soluciones en casos similares no son desde luego tan unánimes.

22. Si intentamos vincular la dignidad y la identidad con la reproducción asistida nos encontraremos con situaciones de facto que trascienden la letra de la ley, ya que el deseo de tener un hijo, llegado el caso, no conoce de fronteras ni leyes, y las personas buscan el ordenamiento jurídico que les permita ser padres. El caso *De Ambrosis*, aun siendo un supuesto llamativo y poco frecuente, ilustra los conflictos reales que se dan cuando no hay concordancia entre la letra de la ley y el deseo de ser padres. Casados en 1990, Gabriella y Luigi De Ambrosis quisieron ser padres, sometiéndose hasta en diez ocasiones a *FIV* en Italia sin éxito y tratando hasta de adoptar en dos ocasiones, siendo rechazadas sus solicitudes.

de gametos para reproducción humana asistida en España: problemas y retos”, *Revista de Bioética y Derecho*, 2016, núm. 38, pp.71-86, accesible en <http://revistes.ub.edu/index.php/RBD/article/view/17046>.

³³ Cierto es que esta “anonimización” legal de las donaciones es un secreto de polichinela como acertadamente pone de relieve P. BLANCO-MORALES LIMONES, “Una filiación: tres modalidades de establecimiento: La tensión entre la ley, la biología y el afecto”, *Bitácora Millennium DIPr: Derecho Internacional Privado*, 2015, núm. 1, pp.1 a 16, en concreto, p.8, accesible en <http://www.millenniumdipr.com/ba-4-una-filiacion-tres-modalidades-de-establecimiento-la-tension-entre-la-ley-la-biologia-y-el-afecto>, ya que la identidad del donante es perfectamente conocida por el centro sanitario autorizado.

³⁴ Más a fondo véase A. M^a. ROMERO COLOMA, “Identidad genética frente a intimidad”, *Diario La Ley*, Núm. 7199, de 18 de junio de 2009, pp.1-13.

³⁵ *Odièvre c. Francia*, (GS), núm. Núm. 42326/98, TEDH 2003. Para un análisis de los efectos de esta sentencia nos remitimos a F. RIVERO HERNÁNDEZ, “De nuevo sobre el derecho a conocer el propio origen. El asunto *Odièvre* (sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 13 de febrero de 2003)”, *Actualidad Civil*, núm. 24, semana del 9 al 15 de junio de 2003, pp.1-25.

³⁶ Esta posibilidad de parto oculto quedó cercenada en España tras la STS de 21 de septiembre de 1999, que declaró que la legislación registral que posibilitaba la ocultación de la identificación de la madre biológica estaba derogada por inconstitucionalidad sobrevenida. Actualmente la nueva legislación registral permite el derecho a renunciar a ejercer los derechos derivados de la filiación materna, siempre que haya motivos fundados para ello: el supuesto es el de la madre que recurre a la Entidad Pública competente para la protección de menores y presta su consentimiento a la adopción. En este caso, el acceso a la inscripción de nacimiento, en la que debe constar la filiación materna por naturaleza aunque su determinación carezca de eficacia, será restringido (art. 44.4.II LRC/2011). De acuerdo con la Instrucción DGRN de 9 de octubre de 2015 (BOE de 14 octubre 2015), no procederá la remisión de información al Registro Civil “cuando la madre haya renunciado al hijo”, expresión absolutamente impropia para referirse a la situación regulada pues no se renuncia al hijo sino a los efectos de la determinación de la maternidad (número 5º de la disposición 3ª, donde se regulan los supuestos excluidos de la remisión de información).

³⁷ Quien más lejos ha llegado ha sido Alemania, en el sentido que en 2016 planteó un proyecto de ley que prevé la obligación mediante la cual pueda exigirse, bajo pena de sanción, a una mujer a revelar a su pareja el nombre de los amantes frecuentados durante el momento de la concepción en aras de discernir la paternidad biológica de la criatura. Véase en extenso M. SANCHO LÓPEZ, “El voto particular de la STS, Sala 1ª, sentencia 202/2015, de 24 de Abr. y la nueva Ley Alemana que obliga a las madres a revelar quién es el padre biológico de sus hijos”, *Diario La Ley*, Núm. 8856, de 4 de noviembre de 2016.

³⁸ J. VELA SÁNCHEZ, “El derecho del adoptado a conocer sus orígenes”, *Diario La Ley*, núm. 7526, 13 de diciembre de 2010.

Contaban con 56 y 68 años, respectivamente, cuando decidieron viajar al extranjero para someterse a un nuevo intento, eludiendo así la legislación italiana sobre el límite para acceder a las técnicas de reproducción humana asistida. Gabriella dio a luz en mayo de 2010 a una niña, pero en septiembre de 2011 se les retiró la custodia de la misma³⁹ siendo entregada la menor a una familia de acogida, y con posterioridad dada en adopción⁴⁰. Afirmaba la sentencia que la niña era “fruto de una aplicación distorsionada de las enormes posibilidades que ofrece el progreso en materia genética, se quedará huérfana muy pronto y, además, se verá obligada a cuidar a unos padres ancianos, con posibles graves patologías o minusvalías”. Entendiendo el razonamiento de que la menor ya se encontraba integrada en su nueva familia y que, por tanto, podría ser perjudicial para la misma la separación, es difícil entender y comprender cómo el interés superior del menor se ve satisfecho de este modo, cuestionando el sistema italiano, en el fondo, la permisividad de la legislación extranjera de reproducción asistida en contraposición a la italiana, y supeditando el interés superior del menor al *biopoder*⁴¹.

23. Soy consciente de que no es fácil poder determinar cuál es la mejor solución para los menores implicados, y ello lo ejemplifica otro caso al que se enfrentó el Tribunal de Roma el 20 de agosto de 2014 cuando tras un negligente intercambio de embriones por parte del hospital italiano entre varias parejas que se estaban sometiendo a una *FIV* en el mismo centro, nacieron unos gemelos que ostentaban la carga genética no de la madre gestante y su marido, sino de otra de las parejas, por lo que reclamaban sus derechos como padres de los que para ellos eran sus hijos, como las pruebas de ADN confirmaron. La magistrada encargada del asunto desestimó las consideraciones de los padres genéticos que reclamaban a los gemelos, dando preferencia al vínculo de esos recién nacidos con quien había llevado a cabo la gestación a sabiendas del error en la transferencia embrionaria. La demanda fue rechazada alegando que la misma *no es conforme a los intereses de los niños menores, a la estabilidad de su estatuto ni a su derecho a vivir con quienes constituyen su familia, según el orden vigente italiano*. Al margen de la realidad jurídica italiana en lo que se refiere a la reproducción asistida y que obviamente modula o justifica la solución alcanzada, el hecho de que no se tenga en cuenta la carga genética de los menores ni el error en el intercambio de los embriones, parece que choca con el derecho a la identidad o al derecho a conocer los orígenes de estos menores, por no entrar en los derechos que sobre los embriones tienen los propios donantes involuntarios. Conociendo todas las partes el error en el intercambio de los embriones, ¿no debería haberse tenido en cuenta el mismo a la hora de determinar la filiación de estos menores?

24. Queda patente que la *maternidad tecnológica*⁴² que ha propiciado el avance de las Ciencias en el ámbito de la reproducción asistida es el primer paso para un cambio que preconiza para el Derecho lo que es más que obvio para la sociedad. La maternidad ya no es lo que era, si se me permite decirlo así y no solo porque se retrasa gracias a estas técnicas de reproducción asistida el hecho de tener un hijo. Aunque nunca ha sido tan fácil ser padres como lo es en el momento actual de la ciencia, lo cierto es que, a la vez, nunca ha sido tan difícil.

25. La incapacidad del actual derecho de familia español, pero también del comparado, de adaptarse a la evolución de la ciencia en este campo ha hecho ilegible la respuesta del legislador como ha señalado BLANCO-MORALES LIMONES⁴³ al tener que equilibrar las fuerzas que ejercen la ley, la biología y el afecto. La respuesta que demos en todo caso debería llevar aparejada una coherencia con el sistema de

³⁹ Ante la denuncia por “abandono” presentada por una vecina, un tribunal de menores decidió retirarles la custodia de la hija de por entonces 15 meses. El progenitor fue absuelto de la acusación de abandono (había dejado a la menor dentro del coche mientras descargaba la compra) aunque ya la menor estaba con una familia de acogida que posteriormente formalizó la adopción.

⁴⁰ Aunque la decisión fue recurrida por los padres, en marzo de 2017 el Tribunal de Apelación de Turín confirmó la sentencia de adopción, al estimar que los De Ambrosis no eran idóneos “al ser demasiado ancianos en el momento de su nacimiento”, y teniendo en cuenta que mantener a la menor con su familia adoptante era la opción que menos perjuicio causaría a la menor, que llevaba en esos momentos cerca de 7 años viviendo con la familia adoptiva.

⁴¹ Sobre el resto de afirmaciones del tribunal sobre la edad de los progenitores no creo que sea este el lugar de hacer valoraciones y me remito a L. SALES PALLARÉS, “La dignidad de la persona, la identidad biológica, y la responsabilidad...”, pp.117 y ss.

⁴² L. TABOADA, *La maternidad tecnológica*, Icaria Editorial, 1986.

⁴³ P. BLANCO-MORALES LIMONES, “Una filiación: tres modalidades de establecimiento...”, op.cit., en concreto, p.4.

filiación que se me antoja difícil de mantener en la actualidad y que en el fondo es lo que lastra el encaje de la gestación subrogada en la mayoría de ordenamientos jurídicos actuales. Respuesta en todo caso que deberá hacerse con sumo cuidado ya que si la falta de legislación es preocupante, una regulación inadecuada lo es aún más⁴⁴, y es fuente de abusos y fraudes de ley que no benefician a nadie y perjudican gravemente sobre todo a los menores que van a nacer mediante estas técnicas.

26. Muestra de esto ha sido lo ocurrido en febrero de 2019⁴⁵, donde no me cabe duda se ha causado una desprotección legal a sabiendas de que se lesionaba directamente el interés superior de los menores atrapados en Ucrania. Aunque desde el Ministerio de Asuntos Exteriores se hubiera desaconsejado⁴⁶ acudir a la gestación subrogada, la paralización de cualquier inscripción motivada por el cambio de criterio no creo yo que pueda mantenerse teniendo en cuenta ni el interés superior de estos menores ni la dirección señalada por el TEDH en sus últimas manifestaciones. La inadecuada aproximación a la regulación que se ha producido en el panorama español solo abunda en la palpable demostración de una tensión entre el modo de abordar este tema por parte de la DGRN y por parte del legislador.

IV. El (des)interés en la gestación subrogada

27. Sigo pensando que el desinterés existe de un modo tan claro y flagrante que es difícil no querer verlo, y viene dado tanto por el legislador como acabo de apuntar, como por los tribunales. Quiero empezar analizando la (des)protección que los tribunales españoles han brindado a los menores nacidos por esta técnica de reproducción humana asistida.

28. Es el propio *iter* judicial de los precedentes que vivimos en España⁴⁷ los que ilustran hasta qué punto se han visto afectados los menores y sus progenitores, produciéndose *filiaciones claudicantes*⁴⁸, siendo, paradójicamente, cada resolución recaída el mejor reflejo de la desprotección que les ha brindado la tutela judicial en aras del interés superior del menor que tanto se desea proteger. La actuación de las diferentes instancias judiciales ha evidenciado que el equilibrio de los intereses en juego es más bien un desequilibrio entre las partes que se ven atrapadas en este limbo legal⁴⁹. El “caso 0”⁵⁰ pro-

⁴⁴ Como pone de manifiesto, aunque refiriéndose a México, I. BRENA SESMA, “La maternidad subrogada ¿es suficiente la legislación civil vigente para regularla?”, *Revista de Derecho Privado*, núm. 23, 2009, p.142, y en “La gestación subrogada. ¿Una nueva figura del derecho de familia?”, en I. BRENA SESMA, (COORD.), *Reproducción asistida*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2012, p.160.

⁴⁵ Me refiero a la Instrucción de 14 de febrero de 2019, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre actualización del régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución y al comunicado que el día 16 de febrero de 2019 el Gobierno emitió dejando sin efectos la Instrucción del día 14, para lo que me remito al comentario que FEDERICO GARAU hiciera en su blog sobre la noticia: <http://conflictuslegum.blogspot.com/2019/02/el-gobierno-deja-sin-efecto-la.html> así como al comentario de P. JIMÉNEZ BLANCO, “La “crisis” de la gestación por sustitución en Ucrania y el caos en el Ministerio de Justicia (comentario a las instrucciones de la DGRN de 14 y 18 de febrero de 2019)”, *REEI*, núm. 37, 2019, pp. 23-30, que se puede consultar en <http://www.reei.org/index.php/revista/num37/cronicas/37-cronica-derecho-internacional-privado>.

⁴⁶ En este sentido vid. “Casos de inscripción de nacimientos en el Registro Civil Consular de la Embajada de España en Kiev” http://www.exteriores.gob.es/Portal/es/SalaDePrensa/Comunicados/Paginas/2018_COMUNICADOS/20180829_COMU114.aspx.

⁴⁷ Nos referimos a los diferentes pronunciamientos que terminaron con la Sentencia del Tribunal Supremo en 2015, cronológicamente: Sentencia de 15 de septiembre de 2010 del Juzgado de Primera Instancia de Valencia, núm. 15 [SJPI Valencia (RJ 2010, 25)], que fue confirmada por la Audiencia Provincial de Valencia, el 23 de noviembre de 2011 [SAP Valencia (RJ 2011, 5738)]. Recurrida ante el Tribunal Supremo, éste confirmó la no inscripción de los menores el 6 de febrero de 2014 [STS (RJ 2014, 247)], pronunciamiento que recurrieron los padres y al que puso fin el Auto del Tribunal Supremo de 2 de febrero de 2015 [ATS (RJ 2015, 335)] y que cuentan cada uno de ellos con abundantes comentarios doctrinales a los que nos remitimos.

⁴⁸ Tomamos la expresión de N. GONZÁLEZ MARTÍN, y M^a. M. ALBORNOZ, “Aspectos transfronterizos de la gestación por sustitución”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, Núm. 16, 2016, p.173.

⁴⁹ Es el propio Tribunal Supremo el que habla de “limbo jurídico incierto”, apartado segundo, punto 5, del voto particular de la STS (Pleno), de 06 de febrero de 2014, como pone de relieve M. CORERA IZU, “Maternidad subrogada: la solución única, de momento, el Registro Civil”, *Diario La Ley*, núm. 8813, de 28 de julio de 2016, pp.1-14, en concreto p. 2.

⁵⁰ Me refiero al caso 0 no porque con anterioridad no se hayan dado supuestos de maternidad subrogada, sino porque es a raíz de este caso que la DGRN con una Resolución y una Instrucción puso en la palestra el tema. Sobre este caso L. SALES

pició la Resolución de la DGRN de 18 de febrero de 2009⁵¹, en la que se estimó el recurso interpuesto por el matrimonio de varones español que tuvo a sus hijos gemelos a través de gestación subrogada en California frente a la negativa del Encargado del Registro Civil consular español en Los Ángeles, de inscribir a los menores por considerar que contrariaba el orden público internacional español en atención al artículo 10.1 de la LTRHA. Desde ese momento se ha plasmado una dualidad representada por un lado por la DGRN, innovadora e impulsora de modalidades o interpretaciones favorables al reconocimiento de la filiación de estos menores, preocupada realmente por conseguir una justicia material tangible y de otro el resto de poderes públicos, inmersos en una lucha ideológica como han evidenciado las dos Instrucciones de la DGRN de 14 y de 18 de febrero de 2019 a las que me he referido antes⁵².

29. La denegación en instancia de la inscripción de los menores supuso una doble desprotección que a día de hoy persiste con otros actores: primero, no reconocer la filiación determinada por Estados Unidos a favor de los padres comitentes, y en segundo lugar, por el hecho de que para California los padres de los menores eran a todos los efectos el matrimonio español, lo que implicaba que la nacionalidad de estos menores debía ser la española y no la estadounidense, por lo que cuando se denegó la inscripción de estos menores en el Consulado español también se les privó de poder adquirir la nacionalidad española. Afortunadamente para los menores, las autoridades norteamericanas, atendiendo al interés superior del menor, les concedieron la nacionalidad americana proporcionándoles la protección de una ley personal, así como los documentos necesarios para volar hasta España. En este caso, Estados Unidos sí primó el interés superior de los menores, ya que al margen de si se cumplían o no los requisitos para expedir la documentación pertinente o para adquirir la nacionalidad norteamericana, denegarla significaba dejar sin nacionalidad a los menores con la desprotección que esto implicaba⁵³. En similar situación el caso resuelto el 13 de marzo de 2017⁵⁴, aunque mucho más complejo, al no existir en el caso vínculo biológico entre el menor engendrado y los padres comitentes al no haber aportado ellos el material genético para la gestación. Solicitado un salvoconducto para permitir la salida del menor de Moscú a España, este fue denegado, de manera motivada y cierta hemos de decir⁵⁵. Cuestión accesoria del asunto es que la Administración demandada negaba que el menor tuviera la nacionalidad española, mientras los

PALLARÉS, “La determinación de la filiación de los menores concebidos en el extranjero mediante maternidad subrogada”, en M. GIBERT POMATA/ A. SERRANO MOLINA(COORD.); C. CARRETERO GONZÁLEZ/ F. DE MONTALVO JÄÄSKELÄINEN (DIR.), *Retos de la abogacía ante la sociedad global*, 2012, pp.1731-1744.

⁵¹ Sobre esta Resolución pueden consultarse entre otros los siguientes comentarios: A.-L. CALVO CARAVACA, y J. CARRAS-COSA GONZÁLEZ, “Gestación por sustitución y derecho internacional privado: Consideraciones en torno a la Resolución de la DGRN de 18 de febrero de 2009”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Octubre 2009, Vol. 1, núm. 2, pp.294-319; E. FARNÓS AMORÓS, “Inscripción en España de la filiación derivada del acceso a la maternidad subrogada en California”, *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, Núm.1, 2010, pp.1-25; A. QUIÑONES ESCÁMEZ, “Doble filiación paterna de gemelos nacidos en el extranjero mediante maternidad subrogada: En torno a la RDGRN de 18 de febrero de 2009”, *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, Núm. 3, 2009, pp.1-41.

⁵² Me refiero a la Instrucción de 14 de febrero de 2019, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre actualización del régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución y al comunicado que el día 16 de febrero de 2019 el Gobierno emitió dejando sin efectos la Instrucción del día 14, para lo que me remito al comentario que FEDERICO GARAU hiciera en su blog sobre la noticia: <http://conflictuslegum.blogspot.com/2019/02/el-gobierno-deja-sin-efecto-la.html>.

⁵³ En situación similar se encontró una menor en 2012 de padre español y madre hispano-argentina, que nació en la India fruto de gestación subrogada. Para la India la menor no ostentaba, fruto del contrato de maternidad subrogada, la nacionalidad hindú al ser hija de extranjeros, pero ni España ni Argentina concedían a la menor la nacionalidad al considerar nulos ambos Estados este tipo de contratos. Ni España ni Argentina quisieron reconocer ni inscribir a la menor aunque finalmente, y fruto de la buena voluntad de un juez de familia argentino basándose en los derechos superiores del niño, se le concedió tres meses después de su nacimiento la nacionalidad argentina y se pudo tramitar la documentación para que la familia volara a Madrid, lugar de residencia habitual de la familia. Sobre la noticia vid. <http://www.elmundo.es/elmundo/2012/06/30/espana/1341042729.html> y https://www.clarin.com/sociedad/nacida-india-vientre-alquilado-argentina_0_SJM7wBf3vme.html.

⁵⁴ STSJ de Madrid, núm. 209/2017 (ROJ: STSJ M 1247/2017) de 13 de marzo de 2017 en la que se confirma la Resolución de 28 de marzo de 2016, del Consulado General de España en Moscú (Federación de Rusia), por la que se acordaba denegar la solicitud, formulada por un nacional español, de concesión de salvoconducto para un recién nacido en Moscú fruto de un proceso de maternidad subrogada. Vid. sobre el asunto el comentario <https://fernandezrozas.com/2017/05/03/denegacion-de-la-solicitud-de-concesion-de-salvoconducto-para-un-recien-nacido-en-moscu-fruto-de-un-proceso-de-maternidad-subrogada/>.

⁵⁵ El texto completo de la sentencia puede consultarse en <http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&database=AN&reference=7984774&links=gestaci%C3%B3n&optimize=20170406&publicinterface=true>

recurrentes, por su parte, que el menor tuviera la nacionalidad rusa. Y en todo caso, el interés superior del menor no apareció como matiz modulador para alcanzar una solución materialmente orientada al menos para la vida del menor aquí afectado⁵⁶. Tampoco parece que el interés superior del menor esté presente en la resolución de los casos de las familias atrapadas actualmente en Ucrania, que viven en un bucle similar en cuanto a la nacionalidad⁵⁷.

30. Pero siguiendo con el “caso 0”, a pesar de que la DRGN instó la inscripción de los menores, el Ministerio Fiscal impugnó esta Resolución (difícil de justificar su actuación como de protección del menor), que terminó siendo anulada por la Sentencia de 15 de septiembre de 2010 del Juzgado de Primera Instancia de Valencia, núm. 15⁵⁸, y confirmada por la Audiencia Provincial de Valencia, el 23 de noviembre de 2011⁵⁹. La DRGN publicaba en octubre de 2010⁶⁰ otra Instrucción intentando revertir la situación así creada. Recurrida ante el Tribunal Supremo, éste confirmó la no inscripción de los menores en febrero de 2014⁶¹, resolución que recurrieron los padres obteniendo una nueva negativa a inscribir la filiación derivada del convenio de gestación por sustitución en virtud del Auto del Tribunal Supremo de 2 de febrero de 2015⁶² de manera que para formalizar la relación jurídica de filiación solo podrán acudir a la acción de reclamación de la paternidad biológica (ex art.10.3.º LTRHA) o a la institución de la adopción⁶³, aunque como veremos más adelante puede no ser esta una opción factible después de todo.

31. En todo caso, claramente el interés superior del menor, como principio, como cláusula general o como norma, no parece que haya inspirado la actuación del caso, y procurando un legítimo interés en el cumplimiento de la ley, los menores siguen sin estar inscritos como hijos de sus padres, exclusivamente por el hecho de cómo fueron concebidos y como vinieron a este mundo. La pérdida del interés superior del menor obedece a que nacieron por gestación subrogada únicamente.

⁵⁶ Aun compartiendo la argumentación, correcta y ajustada a derecho del tribunal, nos queda pendiente el futuro de este menor, ya que, del contenido de la sentencia se extraen los hechos de que nacido en diciembre de 2014 en Moscú, y *tras la expiración del visado del que disponían, tuvieron que abandonar [los padres comitentes] el territorio de la Federación de Rusia* (aproximadamente en marzo de 2015) dejando allí al menor al cuidado de una niñera que es quien se ocupa de él. Por lo tanto, y si la resolución es de marzo de 2017, esto implica que en la actualidad el menor lleva residiendo en Moscú con la niñera más de 4 años. Es difícil encontrar el interés superior del menor en casos como el que nos ocupa, aunque reiteramos que compartimos la argumentación jurídica del tribunal sobre la cuestión que se le plantea.

⁵⁷ Recoge J. FLORES RODRÍGUEZ, “Atrapados en un vientre de alquiler en Ucrania...”, *op.cit.*, que Ucrania rechazan sistemáticamente, por aplicación de sus leyes de ciudadanía, la atribución de su propia nacionalidad al niño cuando conforme al Derecho del país de los padres este le atribuye la suya propia. De acuerdo con el párrafo 4 del artículo 7 de Ley núm. 2235 de 18 de enero de 2001, de la nacionalidad ucraniana, “el nacido en Ucrania de padres extranjeros que ostenten justificación legal para residir en el territorio de Ucrania de forma permanente se considerará nacional de Ucrania, siempre “que no haya adquirido por nacimiento la nacionalidad de cualquiera de los padres”. Este es el caso español, pues dispone nuestro art. 17.1.a) del Código civil que son españoles de origen los nacidos de padre o madre españoles. De este modo, si el Registro civil consular no reconoce esa filiación el niño queda —como en un bucle— atrapado junto a sus padres y sin nacionalidad en un Estado extranjero que tampoco le atribuye la suya.

⁵⁸ SJPI Valencia (RJ 2010, 25).

⁵⁹ SAP Valencia (RJ 2011, 5738).

⁶⁰ El 7 de octubre de 2010 se publicó en el BOE la Instrucción de 5 de octubre de 2010, *sobre el régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución*, dictada después de que el Juzgado de Valencia dejara sin efectos la inscripción en el Registro Civil. Vid. A. J. VELA SÁNCHEZ, “La gestación por sustitución o maternidad subrogada: el derecho a recurrir a las madres de alquiler”, *Diario La Ley*, N° 7608, 2011; A.-L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Notas críticas en torno a la instrucción de la Dirección general de los registros y del Notariado de 5 octubre 2010 sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 3, Núm. 1, 2011, pp. 247-262. De los requisitos de esta Instrucción se ocupa M^a DEL R. DÍAZ ROMERO, “La gestación por sustitución en nuestro ordenamiento jurídico”, *Diario La Ley*, Núm. 7527, 14 de diciembre de 2010.

⁶¹ STS (RJ 2014, 247).

⁶² ATS (RJ 2015, 335).

⁶³ Los recurrentes han planteado ante el Tribunal Constitucional un recurso al fallo sin que tengamos noticia de la situación del mismo. El excelente trabajo de A. DURÁN AYAGO, “El acceso al Registro Civil de certificaciones registrales extranjeras a la luz de la ley 20/2011: relevancia para los casos de filiación habida a través de gestación por sustitución”, *Anuario español de derecho internacional privado*, Núm. 12, 2012, pp.265-308, aporta una visión global de todo este caso.

32. Ni siquiera la doctrina del TEDH⁶⁴ ha hecho cambiar esto, a pesar de lo que pudiera parecer en la última STEDH al caso *Paradiso y Campanelli c. Italia*⁶⁵, ya que mantiene el tribunal español que la interpretación mantenida a lo largo del caso no vulnera derechos fundamentales en el sentido que los ha interpretado el TEDH y, por lo tanto, se ha protegido adecuadamente el interés de los menores. Es innegable que estos casos ponen en evidencia que los menores concebidos mediante esta técnica de reproducción asistida se ven desposeídos de las garantías más elementales que les deberían amparar, empezando por la de tener una filiación única y determinada, a pesar de lo que diga el Tribunal Supremo⁶⁶.

33. Pero es que, además, nos encontramos con la paradoja de que mientras la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo mantiene esta opinión, las de lo Social han apostado por un criterio más aperturista. Ciertamente persiguen fines diferentes unos y otros, pero el resultado final no debería ser tan dispar a pesar de ello ya que los directamente afectados son menores a los que se les está privando de derechos fundamentales.

Desde hace ya algún tiempo la jurisprudencia social de nuestro Tribunal Supremo a pesar de que parte, como no podía ser de otro modo, de la nulidad de estos convenios gestacionales, les reconoce ciertos efectos jurídicos, en una suerte de *orden público atenuado*. Plantea el orden social⁶⁷ que el interés superior del menor debe modular las consecuencias de la ineficacia contractual, de modo que la nulidad de pleno derecho del contrato de gestación por sustitución no debe suponer que al menor que nace en esas circunstancias se le prive de determinados derechos. Y en este sentido, la Sala Cuarta del TS y las Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia de las Comunidades Autónomas, para determinar si procede la prestación de maternidad en estos supuestos, han tenido que plantearse la eficacia de estos contratos realizados en otros Estados y sujetos a normativa válida para ellos, aquí en España, que es donde han de surgir las maternidad y paternidades correspondientes. Y en este sentido han aceptado (cuando concurren una serie de criterios obviamente) su validez y numerosos permisos de paternidad/maternidad han sido concedidos a padres comitentes. Queremos resaltar la expresión de la STS, 4^a, de 25 de octubre de 2016⁶⁸, al afirmar que en la actualidad *la condición de progenitor no se ostenta por ser sujeto que ha contribuido físicamente a dar a luz sino que viene otorgada porque así figura en el Registro Civil en su condición de sujeto que ha obtenido esa posición por virtud de una filiación conseguida mediante gestación por sustitución*.

⁶⁴ Nos referimos a las Sentencias del TEDH de 26 de junio de 2014, en los asuntos *Mennesson c. Francia* (n.º 65192/11) y *Labassee c. Francia* (n.º 65941/11) que se pueden consultar en <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-145179> y <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-145180> respectivamente. Sobre estas vid. A. DURÁN AYAGO, “Nota a las Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, casos *Mennesson c. France* (n.º 65192/11) y caso *Labassee c. France* (n.º 65941/11) de 26 de junio de 2014: Interés superior del menor y gestación por sustitución”, *Ars Iuris Salmanticensis*, vol. 2, núm. 2, 2014, pp.280-282; ÍDEM., “Primeras impresiones sobre las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, casos *Mennesson* y *Labassee*, dictadas el 26 de junio de 2014”, publicado en <http://www.gestacion-subrogada.com/interpretacion-sentencia-tedh>; E. LAMM, “Gestación por sustitución. La importancia de las sentencias del Tribunal Europeo de derechos humanos y su impacto”, *Ars Iuris Salmanticensis*, vol. 2, núm. 2, 2014, pp.43-50; A. J. 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*, núm. 8415, 2014; y H. FULCHIRON y C. GUILARTE MARTÍN-CALERO, “Algunas reflexiones sobre la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014 a la luz de la condena de Francia por el TEDH (Sentencias *Labassee* y *Menesson* de 26 de junio de 2014)”, *Aranzadi civil-mercantil. Revista doctrinal*, vol. 2, núm. 3, 2015, pp.67-108.

⁶⁵ STEDH de la Gran Sala, de 24 de enero de 2017, ECHR 034 (2017), que se puede consultar en <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-170359>. Un exhaustivo análisis de esta sentencia se encuentra en A.J. VELA SÁNCHEZ, “¿Ha variado el TEDH su Doctrina favorable a los convenios de gestación por sustitución realizados en países que legalmente los permiten? A propósito de la Sentencia de la Gran Sala del TEDH de 24 de enero de 2017”, *Diario La Ley*, Núm. 8953, Sección Doctrina, 3 de abril de 2017, pp.1-13.

⁶⁶ Para ello consideramos imprescindible la lectura en este sentido de A. DURÁN AYAGO, “Una encrucijada judicial y una reforma legal por hacer: la gestación por sustitución”, *Bitácora Millennium DIPr: Derecho Internacional Privado*, Núm. 2, 2015, pp.55 y ss.

⁶⁷ Vid. en este sentido el análisis que realiza a las decisiones mencionadas A. J. VELA SÁNCHEZ, “La gestación por sustitución en las Salas de lo Social del Tribunal Supremo y de los Tribunales Superiores de Justicia. A propósito de la prestación por maternidad en los casos de nacimientos derivados de convenio gestacional”, *Diario La Ley*, núm. 8927, Sección Doctrina, de 22 de febrero de 2017.

⁶⁸ STS 881/2016 (ROJ: STS 5375/2016).

34. Hemos de apuntar sin embargo que la reforma operada por el Real Decreto-Ley 6/2019, de 1 de marzo, *de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación* habla ya no de prestaciones o baja de maternidad y paternidad sino que los artículos 2 y 3 hablan de los permisos por nacimiento de hijo o hija de ambos progenitores, haciéndose referencia concreta a la *madre biológica*, por lo que no sabemos cual será con esta nueva norma la doctrina de la Sala, ya que con la alusión sistemática de la madre biológica por nacimiento no parece plausible una interpretación muy amplia que proteja la gestación subrogada como hasta ahora lo venía haciendo. El legislador pareciera intentar cerrar de este modo esta puerta que hasta el momento permanecía abierta.

V. La (des)protección de los tribunales ahora mismo

35. A pesar de la línea trazada por el TEDH abierta con los casos *Menesson y Labassee*⁶⁹, y mantenida hasta los más recientes (*Foulon y Bouvet*⁷⁰ o *Martine Maillard y otros contra Francia*⁷¹) nuestro Tribunal Supremo sigue como acabamos de señalar la bipolar y errática jurisprudencia de denegar las inscripciones de filiación de estos menores pero al mismo tiempo conceder las prestaciones por maternidad o paternidad a sus progenitores, dependiendo de si la Sala es la civil o la social. No quiero en este momento discutir el sentido que ha de darse a las decisiones del TEDH, coincidiendo en este punto con ÁLVAREZ GONZÁLEZ⁷² cuando señala que en todo caso, y a pesar de las varias interpretaciones que son posibles, lo indiscutible es que no reconocer o no prever una fórmula alternativa para que los nacidos puedan establecer jurídicamente su filiación biológica es un atentado a sus derechos fundamentales.

36. En el plano nacional tanto la DGRN como las instancias judiciales que han ido interviniendo, más han parecido estar enzarzadas en el juego de la cuerda disputándose la victoria de la norma frente a la vida, sin pararse a pensar que la cuerda que tensaban eran menores y progenitores. El punto inicial marcado por la Resolución de la DGRN de 2009 puso en la mesa la referencia al *orden público internacional* español, utilizado también por el Tribunal Supremo en sus sentencias de 2014 y 2015. Ni creí entonces que se protegía debidamente entonces a los menores, ya que el propio tribunal reconocía que el equilibrio de los intereses en juego era más bien un desequilibrio entre las partes, ni lo creo ahora, al hilo de los diferentes Autos de las Audiencias Provinciales de Barcelona y Murcia⁷³, que ponen otra letra a esa música.

37. En todo caso para el alto tribunal español se vulnera el orden público internacional al dar entrada a las filiaciones resultantes de la gestación subrogada y por tanto se deniega el reconocimiento de las mismas:

“... la decisión de la autoridad registral de California al atribuir la condición de padres al matrimonio que contrató la gestación por sustitución con una mujer que dio a luz en dicho estado es contraria al orden público internacional español por resultar incompatible con normas que regulan aspectos esenciales de las relaciones familiares, en concreto de la filiación, inspiradas en los valores constitucionales de dignidad de la persona, respeto a su integridad moral y protección de la infancia”⁷⁴.

38. Entendiendo el planteamiento del Tribunal Supremo, veo una clara contradicción en su defensa y protección de estos valores con sus propios actos. Por un lado porque a pesar del desastroso

⁶⁹ *Menesson c. France* (núm. 65192/11), *Labassee c. France* (núm. 65941/11) ambos de 26 de junio de 2014).

⁷⁰ *Foulon et Bouvet c. France* (núm. 9063/14 y 10410/14, de 21 de julio de 2016).

⁷¹ Caso núm. 17348/18, introducido el 10 de abril de 2018.

⁷² S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, “Nuevas y viejas reflexiones sobre la gestación por sustitución”, p.12, https://www.academia.edu/38377619/Nuevas_y_viejas_reflexiones_sobre_la_gestacion_por_sustitucion.pdf.

⁷³ Me refiero respectivamente al Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 18ª, núm. 565/2018, 16 de octubre 2018 (AAP B 6494/2018) y a la Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia, Sección 4ª, núm. 91/2019, 31 de enero 2019 (SAP MU 181/2019) sobre los que volveré más adelante.

⁷⁴ STS 835/2013, 6 de febrero 2014 (RJ 2014/833).

intento de febrero de 2019, se mantiene la Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010, por lo que mediando sentencia judicial extranjera se debería proceder a la inscripción registral de los menores. ¿Va a recurrir el Ministerio Fiscal todas las inscripciones que alcancen el registro por esta vía? ¿Es ese el modo de proteger judicialmente la infancia o las relaciones familiares?

39. Es más, tras la jurisprudencia del TEDH nuestro Tribunal Supremo consideró que no tenía caso cambiar el aire o el sentido de su planteamiento por cuanto que en España el menor está protegido al permitir “otros medios”, remitiendo a la posesión de Estado, la reclamación de la paternidad o la adopción. Pero encaja mal esto con las resoluciones judiciales de Murcia y Barcelona como ahora pondré de manifiesto y tampoco encaja con respuesta de la opinión consultiva (cierto que no vinculante) al TEDH presentada por la Corte de casación francesa el 16 de octubre de 2018, y que se ha conocido en abril de 2019⁷⁵.

VI. La filiación y el Tribunal Supremo: no todos somos iguales

40. Empezaré por donde quiero acabar, ¿cabría plantearse una filiación intencional en la legislación española?, ¿o se atenta realmente contra el orden público internacional español cuando nos encontramos con ordenamiento jurídicos que sí reconocen esta figura o reconocen figuras diferentes a nuestros modos de filiación? ¿podría ser esta una posible solución?

41. En todo caso, el motivo que me planteó revisar la filiación desde el punto de vista del Derecho internacional privado fue la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de julio de 2016⁷⁶. En esa sentencia planteó la Sala que el reconocimiento de complacencia es el que hace una persona [...] con conocimiento de que dicha declaración de voluntad no se corresponde con la realidad biológica. Esto es, el reconocedor es consciente de que el reconocido como hijo suyo no lo es biológicamente, y, pese a ello, tiene la real intención de asumir una relación de filiación con el reconocido, con todos los deberes y cargas que ello impone, aunque no se acuda para ello al procedimiento de adopción, sino a un reconocimiento de filiación, mucho más sencillo y económico en sus trámites (lo que no implica, un supuesto de fraude de ley ni causa ilícita en el acto)⁷⁷.

42. En España, el tema de la filiación, inspirada por el principio de libre investigación de la paternidad del art. 39.2 CE, sucumbe con estos argumentos a la autonomía de la voluntad, en la medida que se reconoce la posibilidad de este reconocimiento por complacencia, tanto del padre como de la madre, puesto que la referida Sentencia llega a admitir que caben ciertamente reconocimientos de complacencia de la maternidad. En este sentido, si declara el Tribunal Supremo que este es un modo de establecer la filiación ¿por qué no puede empezar a hablarse de una filiación intencional? ¿Por qué si en la esfera interna no causa rechazo esta situación, se puede mantener y alegar orden público para denegar la inscripción de menores que han nacido con técnicas de reproducción asistida fuera de nuestras fronteras? Claramente existe un desajuste entre la norma y su aplicación o al menos en la doctrina propia del TS sobre este tema.

43. Dos dudas que me asaltan, la primera: ¿cómo puede hacerse una lectura conjunta del Auto del TS de 2 de febrero de 2015 y de la STS 494/2016 de 15 de julio, que fija doctrina en cuanto al reconocimiento de complacencia?

⁷⁵ El Dictamen y la noticia pueden consultarse en <http://diariolaley.laley.es/document/NE0001905246/20190423/El-TE-DH-aboga-por-legalizar-la-relacion-de-la-madre-no-biologica-y-el-bebe-nacido-por-gestacion-subr>. Me remito al comentario realizado por A. DURÁN AYAGO, “Protocolo nº 16 al Convenio Europeo de Derechos Humanos y gestación por sustitución: primera consulta planteada por la Corte de Casación francesa y primera respuesta para seguir sin desbrozar del todo el camino”, *Revista General de Derecho Europeo*, 48 (2019), pp.132-149.

⁷⁶ Sentencia del Tribunal Supremo, Sección 991, núm. 494/2016, 15 de julio 2016 (STS 3192/2016).

⁷⁷ Desde un planteamiento civilista la jurisprudencia emanada a partir de ella conduce a admitir que el propio reconocedor, aun sabiendo que no era el padre biológico del reconocido cuando lo reconoció, está legitimado para impugnar la paternidad por no coincidir con la verdad biológica como así lo han hecho las SSTS 4 julio 2011, que sienta la jurisprudencia sobre la cuestión, y 10 mayo 2012 (RJA 5965 y 6341).

Mantiene la STS 494/2016 que:

[...]el reconocimiento de complacencia no es nulo por ser de complacencia. No cabe negar, por esa razón, la inscripción en el Registro Civil de tal reconocimiento de complacencia, aunque el encargado del Registro Civil disponga en las actuaciones de datos significativos y concluyentes de los que se deduzca que el reconocimiento no se ajusta a la verdad biológica⁷⁸.

44. Pero es más, basa las razones para fijar la doctrina en que:

[5ª] No cabe sostener la ilicitud de la causa del reconocimiento de complacencia sobre la base de que la intención del reconocedor es hacer nacer, al margen de las normas sobre la adopción, una relación jurídica de filiación entre él y la persona de la que sabe o tiene la convicción de que no es hijo biológico suyo, puesto que dicha motivación no puede considerarse contraria a la ley: el autor de un reconocimiento de complacencia de su paternidad no pretende (ni por supuesto conseguirá) establecer una relación jurídica de filiación adoptiva con el reconocido. No puede considerarse tampoco una motivación contraria al orden público, cuando el propio legislador (hoy la Ley 17/2006, de 26 de mayo) permite con gran amplitud las técnicas de reproducción humana asistida con gametos o preembriones de donantes. Ni contraria a la moral: se constata que los reconocimientos de complacencia de la paternidad son frecuentes, y no se aprecia que susciten reproche social; lo que sugiere que cumplen una función que, normalmente -cuando la convivencia entre el reconocedor y la madre del reconocido perdura-, se ajusta a los deseos y satisface bien los intereses de todos los concernidos.

45. ¿Cómo puede entender el Supremo que un reconocimiento de complacencia de paternidad/maternidad no atenta al orden público, a la moral ni a la legalidad vigente pero en cambio la inscripción de una filiación surgida de una gestación subrogada, que puede ser en la mayoría de los casos ajustada a la verdad biológica, sea incompatible con el orden público? Es difícil entender que se proteja el mismo interés superior del menor en ambos casos.

46. Aunque poco frecuentes, existen otros casos que quiero apuntar para mostrar que realidades divergentes con la ortodoxia jurídica se dan y no encuentran tanta resistencia por parte del legislador o del juzgador. Me refiero a que actualmente están admitidos los reconocimientos paternos sin previa inscripción de la maternidad o la segunda maternidad no biológica. Para los primeros hay que plantearse supuestos en los que se recurre a la gestación subrogada por varones que sólo quieren que quede determinada su paternidad, y no la de la gestante. Estos casos pueden acceder perfectamente al Registro Civil si se han formalizado en documento público o ante el Encargado del Registro Civil, y si se realizan dentro del plazo para inscribir el nacimiento (lo que puede acreditarse con la certificación extranjera del nacimiento, que siempre se producirá en algún país donde se permita la gestación subrogada), sin necesidad de ningún requisito para ser eficaces y determinar la paternidad (art. 124.II CC). Para los segundos⁷⁹, la interpretación de la RDGRN de 8 de febrero de 2017 del art. 44.5 LRC supone la creación de un nuevo mecanismo para la determinación de la filiación extramatrimonial específico para los matrimonios de mujeres, basado en la mera voluntad, no sujeto a formalidad o limitación temporal en su ejercicio/declaración⁸⁰. Con ello se incide aún más en la admisión de la determinación de la filiación

⁷⁸ Fundamento de Derecho Tercero (la negrita es nuestra).

⁷⁹ La doble maternidad no biológica presenta algunas complejidades que van más allá de lo que pretendo en estas páginas, aunque me sirve para constatar las diferentes y complejas realidades a las que se enfrenta el derecho de familia actual y las diferentes sensibilidades que la jurisprudencia está teniendo. Remito sobre esta cuestión a M^a. B. ANDREU MARTÍNEZ, “La doble maternidad tras la reforma del artículo 7.3 LTRHA y la resolución de la DGRN de 8 febrero de 2017: ¿Realmente avanzamos o hemos retrocedido?”, *InDret*, Vol. 2, 2018, accesible en <https://ssrn.com/abstract=3174902>.

⁸⁰ El artículo 7.3 de la LTRHA se introdujo en el 2007 para dar cabida a las demandas de determinación de doble maternidad derivadas de la admisión del matrimonio entre personas del mismo sexo. Este precepto no equiparó sin más el matrimonio entre mujeres con el matrimonio heterosexual a los efectos de filiación, sino que estableció un procedimiento específico para determinar la filiación respecto de dos mujeres en ciertos casos. Como ha señalado parte de la doctrina, se introdujo de este modo un nuevo título para la determinación de la filiación de manera extrajudicial, dando cabida dentro de la filiación “por naturaleza” a un nuevo supuesto de determinación de la filiación con base en la voluntad de la persona de tener al hijo como propio. La Ley 19/2015 modificó el art. 7.3 LTRHA para favorecer la inscripción de esta segunda maternidad, alterando lige-

con base en la mera voluntad de serlo⁸¹. Son solo dos ejemplos reales y actuales dentro del ordenamiento jurídico español donde los estándares colapsan para adecuarse a las nuevas realidades sociales sin que se haya producido controversia alguna (más allá de discusiones doctrinales).

47. En todo caso, y volviendo al tema que me ocupa, entiende el Tribunal que un reconocimiento por complacencia no atenta, repito, al orden público español, aun a sabiendas del Encargado del Registro de que el reconocimiento que está realizando no se ajusta a la verdad biológica. Incluso (Fundamentos de Derecho Segundo) mantiene que *[C]aben ciertamente reconocimientos de complacencia de la maternidad; pero en lo que sigue contemplaremos sólo los referidos a la paternidad, puesto que es este el caso de autos y, con mucho, el más frecuente en la práctica; y también en beneficio de la claridad del análisis, habida cuenta de la complejidad jurídica de la materia.*

48. Con esta sentencia en la mano, y viendo que lo que se busca realmente es la protección del menor dotándole de una filiación acorde con sus deseos (una suerte de filiación intencional en el fondo), el propio TS podría ser consecuente con su doctrina y permitir crear jurisprudencialmente una vía de acceso para los supuestos de gestación subrogada.

O cuanto menos, y enlazo con la segunda duda, ¿cómo es posible que aun aferrándose a la aplicación del orden público no se le haya ocurrido hacer uso del *orden público atenuado* para proteger a esos menores? Si atendemos a la STS de 24 de enero de 2018⁸², el uso del orden público atenuado no supone ninguna dificultad para el Alto Tribunal, que ya consideró que:

[...] en nuestro propio ordenamiento jurídico existe un concreto efecto reconocible para los matrimonios polígamos de súbditos marroquíes y, por tanto, respondiendo a la primera de las cuestiones de interés casacional, si el Estado español reconoce esos efectos "atenuados" a las situaciones de poligamia de súbditos marroquíes, no es acertado oponer la cláusula general de orden público al reconocimiento de la condición de beneficiarias de la pensión de viudedad, ello aunque nos encontremos en un supuesto de clases pasivas del Estado.

49. Creo que puede tomarse en consideración (para extrapolarse al tema de la gestación subrogada), la opinión mantenida por el Tribunal en esta sentencia por varias razones, siendo la más obvia, la proximidad en el tiempo, ya que la resolución a la que me refiero recayó en enero de 2018, por lo que la conceptualización de qué entender por orden público no se ve distorsionada por el transcurso o el cambio en las circunstancias sociales producidas por el paso del tiempo. También por el propio concepto que se estudia, la poligamia, que a decir del propio Tribunal apoyándose en anterior jurisprudencia propia⁸³ mantiene que:

[la poligamia] no es simplemente algo contrario a la legislación española, sino algo que repugna al orden público español, que constituye siempre un límite infranqueable a la eficacia del Derecho extranjero (art. 12.3 CC). Entendido el orden público como el conjunto de aquellos valores fundamentales

ramente los requisitos para prestar el consentimiento a esta doble filiación materna, lo que dio pie a que la DGRN propusiera una interpretación en 2017 que alteraba el esquema seguido hasta ese momento. Se dispone ahora que cuando la mujer (que se somete a técnicas de reproducción asistida) estuviera casada, y no separada legalmente o de hecho, con otra mujer, ésta última podrá manifestar conforme a lo dispuesto en la Ley del Registro Civil que consiente en que se determine a su favor la filiación respecto al hijo nacido de su cónyuges, sin que sea necesario acreditar, con un certificado de una clínica de reproducción asistida, que la concepción fue asistida. La RDGRN de 9 febrero 2017 permitió así la inscripción del tercer hijo de una pareja de lesbianas que fue concebido mediante una inseminación doméstica declarando expresamente que ni el art. 44.4 LRC/2011, al que se remite el art. 7.3 LTRHA, ni éste, exigen probar la reproducción asistida.

⁸¹ Situación que puso de relieve S. QUICIOS MOLINA, *Determinación e impugnación de la filiación*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2014, y en “¿Cómo puede determinarse la maternidad de la esposa de la mujer que ha dado a luz un hijo concebido utilizando alguna técnica de reproducción asistida? Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de diciembre de 2013”, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 95, 2014.

⁸² STS Sala de lo Contencioso, Sección 4ª, núm. 84/2018, de 24 de enero de 2018 (STS 121/2018).

⁸³ Las Sentencias de la propia Sala de 14 de julio de 2004, de 10 y de 18 de junio de 2008, de 14 de julio de 2009, y de la dictada el 4 de julio de 2011 (FD Quinto).

e irrenunciables sobre los que se apoya nuestro entero ordenamiento jurídico, resulta incuestionable la incompatibilidad con el mismo de la poligamia; y ello sencillamente porque la poligamia presupone la desigualdad entre mujeres y hombres, así como la sumisión de aquellas a éstos. Tan opuesta al orden público español es la poligamia, que el acto de contraer matrimonio mientras subsiste otro matrimonio anterior es delito en España (art. 217 CP). En esencia, la falta de reconocimiento de efectos al matrimonio polígamo destaca en la idea de que atentaría contra la concepción española del matrimonio y contra la dignidad constitucional de la mujer.

50. Esto es, si bien para el Estado español la poligamia no tiene cabida por atentar al orden público español por lo incompatible y dañino que es, encuentra que sí es posible modular o “atenuar” su reconocimiento a los efectos de proteger o garantizar que las “viudas” alcancen a cobrar su pensión de viudedad.

¿No podría el TS haber encontrado una motivación similar de manera que aún manteniendo dentro del núcleo esencial o nuclear de rechazo la gestación subrogada se pudieran reconocer como efectos periféricos la filiación de estos menores determinada en el extranjero para mantener el interés superior del menor?

51. La respuesta me lleva a replantear de nuevo la solución que planteó el TS, esto es, la protección a través de los diferentes mecanismos que el Código Civil ofrece. Pero trataré de hacerlo no en abstracto sino a la luz de algunos casos concretos, para ver si tantas reticencias a aplicar una solución tan fácil como reconocer las filiaciones constituidas en el extranjero se sostiene o si la solución ofrecida por el tribunal no es más que una huida hacia delante.

VII. Por qué la solución no resuelve la situación

52. Antes me he referido a 2 casos que quiero explicar ahora, para justificar (si es que aun hace falta hacerlo) la necesidad de regular y de resolver las situaciones existentes y creadas. Ambos casos, uno en Barcelona y otro en Murcia suponen la existencia de una familia con una descendencia biológica creada a partir de la gestación subrogada, una en Tailandia y la segunda en Ucrania. En ambos casos, determinada la filiación respecto del padre, los cónyuges ya en España solicitan la adopción de la menor. Estaríamos por tanto recurriendo a la *solución* que el TS manifestara en 2015 de acudir a las soluciones que el derecho interno español dispone para garantizar la protección de los menores. En primera instancia ambas obtienen un rechazo de plano tanto por parte del Ministerio Fiscal como por parte del Tribunal, llegando a segunda instancia ante la Audiencia Provincial con diferente final⁸⁴.

53. El Auto AP de Barcelona confirma la denegación de la adopción de los dos menores de edad por parte del actor, pareja estable del padre legal de ambos menores. Los menores nacieron en virtud de un contrato de maternidad subrogada en Bangkok, constando como el padre el otro integrante de la pareja y la madre gestante tailandesa en el Servicio Consular de España en Bangkok. Existen pruebas genéticas realizadas tanto en Tailandia como en España que acreditan que quien ostenta la filiación legal es también el padre biológico, así como que quien promueve la adopción es la pareja estable del padre, que convive con los menores desde su nacimiento y que ejerce la posesión de estado de padre de los mismos desde 2015 que resultaron empadronados en el domicilio de la pareja⁸⁵. Los hechos requerirían

⁸⁴ Aunque ya he hecho referencia a ellas, reitero que me voy a referir al Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 18ª, núm. 565/2018, de 16 de octubre de 2018 (AAP B 6494/2018) y a la Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia, Sección 4ª, núm. 91/2019, de 31 de enero de 2019 (SAP MU 181/2019).

⁸⁵ No es baladí el tema de la ostentación de la posesión de Estado ya que el TS se ha pronunciado sobre esta vía para acceder a la filiación en supuestos de doble filiación materna en la STS 5 diciembre 2013 (RJ 2013, 7640) en la que se estimó la demanda de reclamación interpuesta por la excónyuge de la madre, apoyada exclusivamente en la posesión de estado de una filiación materna. Las dos madres del litigio se divorciaron después del nacimiento de las gemelas concebidas mediante técnicas de reproducción asistida, y la no gestante, que había convivido con las nacidas y era legalmente la madre adoptiva de una hermana mayor, reclamó tras la separación que se declarara por sentencia judicial que era madre de las dos pequeñas, con base en la posesión de estado acreditada. El Tribunal Supremo admitió que esta segunda maternidad, podía establecerse por

un hilvanado mucho más fino que el que ahora voy a trazar⁸⁶, pero en realidad lo que quiero resaltar no es la adecuación más o menos técnica que se produjo en este caso, sino el resultado al que puede conducir la rígida postura de los tribunales, incluso cuando se admite y exige el cumplimiento de la Instrucción de la DGRN de 2010⁸⁷. Esto es, a sabiendas de que los menores han sido concebidos por maternidad subrogada; que para las autoridades extranjeras involucradas en la documentación inicial de los menores el contrato fue válido y se produjo con respeto y adecuación a sus normas internas y por lo tanto se expidieron los documentos que así se acompañan⁸⁸; que los niños llevan residiendo desde 2015 con quien para ellos son sus padres, tanto intencionales como de hecho; con todo ello, la pareja del padre no puede adoptar a los que considera sus hijos ya que (FD Quinto, *final*):

[...] aun atribuyendo efectos a la inscripción registral de la paternidad, no constando suficientemente acreditado que la madre gestante tuvo la oportunidad de ser oída en un proceso contradictorio, con plenas garantías a sus derechos y que su renuncia o consentimiento a la adopción ha sido prestado con libertad y conocimiento de las consecuencias, presentes y futuras de su decisión para ella y para los hijos, no nos encontraríamos ante el asentimiento a que se refiere el art. 235-32 y el art. 235-41 del mismo CCCat. y por lo tanto no se cumplen los requisitos exigidos para la constitución de la adopción.

54. Entiendo y comparto la opinión de proteger en los casos de adopción las garantías de los progenitores de los menores que van a ser entregados en adopción, pero resulta complicado exigir el cumplimiento de unas obligaciones pensadas para la adopción superponiéndolas a una figura como es un contrato de gestación subrogada, que ya tiene su propia regulación en origen. Difícilmente van a poder coincidir los efectos o requisitos de ambas figuras porque responden no solo a objetivos diferentes, sino que en este caso además obedecen a dos legislaciones de dos Estados diferentes. Vuelvo al inicio, ¿qué interés se trata de proteger al denegar la adopción por parte de la pareja del padre? ¿se consigue de este modo el objetivo que llevó al TS en 2015 a denegar la inscripción registral extranjera a reconducir todas estas situaciones a otras soluciones?

55. El caso de la SAP de Murcia es para mi el más ilustrativo de la bipolaridad en la que vivimos. Nacida una menor en Ucrania en 2017, aparece en el registro consular de Kiev, como hija del marido de la actora y de la madre gestante, quien, ante el mismo funcionario presta su consentimiento para la adopción de la menor por parte de la esposa del padre. Iniciado el trámite en España de la adopción⁸⁹, el Ministerio Fiscal requiere que la solicitante aporte la inscripción del Registro Civil ucraniano, lo que hace, constanding en la misma la solicitante como madre de la menor, junto a su marido como padre⁹⁰,

sentencia judicial, de modo que estableció que la maternidad de la esposa de la madre gestante de hijos concebidos en un centro de reproducción asistida puede determinarse legalmente no sólo con el título extrajudicial correspondiente (art. 7.3 LTRHA), sino también si se ejerce una acción de reclamación judicial de la maternidad basada en la voluntad de ser madre expresada antes del nacimiento del hijo, aceptando en el formulario médico la fecundación asistida de la pareja, y existiendo posesión de estado (art. 131 CC, por remisión del artículo 7.1 LTRHA). Esta segunda filiación materna, matrimonial, quedaría determinada legalmente por sentencia firme, como prevén el art. 115.2.º CC y el art. 764.1 LEC.

⁸⁶ Me refiero por ejemplo al hecho de la falta de legalización de los documentos originales, que para el juzgador supone una merma injustificada de derechos, a pesar de que el propio Encargado de Asuntos Consulares haga constar que el Ministerio de Asuntos Exteriores no legaliza prácticamente ningún documento tailandés (FD Segundo).

⁸⁷ Es paradójico que cuando existe una resolución judicial acorde con esta Instrucción de 2010 los tribunales deniegan la inscripción aludiendo al orden público y remitiendo el asunto a otros cauces (adopción, acción de paternidad...) sin querer aceptar como válida esta Instrucción de la DGRN y que en cambio ante países en los que existiendo regulación de la maternidad subrogada no hay previsto un procedimiento judicial de la misma, se deniegue la inscripción y validez de esta filiación amparándose en que no se cumplen los criterios que la Instrucción requiere para que entren en nuestro ordenamiento jurídico, refiriéndose básicamente a la inexistencia de la resolución judicial.

⁸⁸ Entender lo contrario nos llevaría o bien a dar por supuesto la corrupción del sistema expidiendo documentos sin la concurrencia de requisito alguno; o bien a dar por supuesto la inversión de la carga de la prueba, de modo que siempre presumiríamos la vulneración de los derechos elementales salvo que las partes pudieran demostrar que no fue así. Y en ese caso, ¿la demostración del respeto de esos derechos se debería hacer desde el ordenamiento jurídico que realiza el acto, o desde el ordenamiento jurídico que deba valorar con posterioridad esas actuaciones?

⁸⁹ Lo que sigue es casi la transcripción literal del Fundamento de Derecho Primero de la mentada Sentencia.

⁹⁰ Como explica J. FLORES RODRÍGUEZ, "Atrapados en un vientre de alquiler en Ucrania...", op.cit., en Ucrania, la ley atribuye en estos casos la maternidad a una mujer distinta de la gestante en virtud del art. 123 del Código civil ucraniano (en la

razón por la que el MF se opone a la adopción *porque la solicitante es la madre de la menor*⁹¹ y el art.175.3.1º CC impide la adopción de los propios hijos.

56. Aunque la AP de Murcia estima la pretensión y accede a la adopción, no deja de ser llamativo que el Ministerio Fiscal y el juez de Primera instancia no vieran tal necesidad y se aferraran a un acta de nacimiento contradictoria con la inscripción registral consular para denegar la adopción de la menor, a pesar de no ser hechos controvertidos la existencia del consentimiento prestado por la madre gestante después de las seis semanas del parto con lo que se cubrían todos los presupuestos formales para que siguiera adelante el expediente de adopción.

57. Si realmente el TS entendía que no cabe acudir a la Instrucción de 2010 (y practicar la inscripción registral cuando se den los requisitos por ella exigidos) porque caben otras vías para proteger a los menores ¿está demostrando la práctica judicial que esto es realmente así?

IV. La regulación ha de ser la respuesta

58. Dice el refranero español que *de buenas intenciones está el infierno lleno*, y puedo intentar creer que cuando en su momento el TS apeló al orden público y a otros recursos legales para determinar la filiación de los menores nacidos por maternidad subrogada le guiaban buenas intenciones, o al menos lo que para él eran buenas intenciones (*biopoder*). Pero al no regular, al no permitir acceder a las filiaciones de los nacidos por medio de la maternidad subrogada o hacerlo con tantas dificultades está implicando dejar en el limbo legal a menores. No reconocer o no prever una fórmula alternativa para que los así nacidos puedan establecer jurídicamente su filiación biológica es un atentado a sus derechos fundamentales.

59. Nos planteamos así, varias reflexiones finales, ya que los conflictos de leyes y las divergencias en el modo de regular la situación entre los diferentes Estados implicados, ponen de manifiesto las discrepancias sobre todo en la cuestión de la filiación de estos menores y en el modo de perfilar esta institución. Hay que destacar que la referencia a los diferentes Estados puede ser mucho más cercana a lo que imaginamos, en el sentido de que incluso entre los países miembros del Consejo de Europa y entre los Estados miembros de la UE hay importantes contradicciones, de modo que podemos observar⁹² un primer grupo de Estados que consideran que los nacidos en virtud de estas técnicas deben ser considerados “hijos” de los comitentes o *intended parents*, mientras que un segundo grupo de Estados entienden que el nacido es, ante la Ley, hijo, exclusivamente, de la mujer que da a luz y no de los comitentes (*intended parents*) y que los contratos de gestación por sustitución son nulos de pleno derecho y carecen de efecto legal alguno⁹³. Como ya hemos señalado, España está en este segundo grupo, lo que a los efectos

redacción dada por Ley núm. 524-V de 22 de diciembre de 2006) que mantiene que *[E]n caso de implantación en el útero de otra mujer de un embrión obtenido a partir de los gametos de ambos cónyuges, estos serán considerados como padres del niño*. Completado por la Orden del Ministerio de la Sanidad pública de Ucrania núm. 787, de 9 de septiembre de 2013, P. 6.9. *La inscripción del niño nacido a partir del uso de técnicas de asistencia reproductiva mediante maternidad subrogada se realizará conforme al orden establecido por la legislación vigente de Ucrania cuando exista certificado de parentesco genético de los padres (madre o padre) con el feto* y por la Orden del Ministerio de Justicia de Ucrania núm. 140/5 de 18 de noviembre de 2003, de modificación y adición a las reglas del Registro Civil, que dispone en su P. 2.2, que *[S]i la mujer a la que se implantó un embrión obtenido a partir de los gametos de ambos cónyuges da a luz, la inscripción de nacimiento se practicará a partir la declaración de los cónyuges que prestaron su consentimiento a la implantación. En este caso, junto al documento que confirma el hecho del nacimiento del niño de la otra mujer, se presentará el consentimiento por escrito de ambos cónyuges, certificado por Notario, en el que manifiestan ser los padres del niño a los efectos de la inscripción*.

⁹¹ Me parece surrealista que siga diciendo el Ministerio Fiscal que lo procedente habría sido recurrir la inscripción consular donde se hace constar otra filiación materna diferente.

⁹² Proponemos en este sentido la lectura de A. DURÁN AYAGO, “El acceso al Registro civil de certificaciones registrales extranjeras a la luz de la ley 20/2011: relevancia para los casos de filiación habida a través de gestación por sustitución”, *Anuario Español de Derecho internacional privado*, 2012, pp. 265-308, en concreto pp. 277-283, donde de manera sistematizada recoge los grupos de Estados atendiendo a las tendencias reguladoras.

⁹³ Sobre los Estados concretos que podemos encontrar en ambos grupos vid. también A.-L. CALVO CARAVACA y J. CARRAS-COSA GONZÁLEZ, en “Gestación por sustitución y derecho internacional privado...”, op.cit., pp.48-49.

que estamos estudiando supone que los menores nacidos en el extranjero a través de la gestación por sustitución, no van a ver reconocida esta filiación al llegar a territorio español, lo cual plantea serias dudas sobre el alcance material del interés superior del menor en estos casos.

60. Sabedora de la problemática de estos asuntos, la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado tiene desde hace ya unos años un Grupo de expertos estudiando la elaboración de un proyecto sobre Filiación/Maternidad subrogada⁹⁴. El informe publicado sobre su reunión en enero de 2017⁹⁵ pone de manifiesto *la pertinence de la question de la filiation juridique pour tous, et non seulement pour les mineurs*, a pesar de que son ellos los más afectados por estas decisiones al recaer sobre los mismos los efectos.

61. Pero ¿cómo y qué hay que regular? La *Proposición de Ley reguladora del derecho a la gestación por subrogación presentada por el Grupo Parlamentario Ciudadanos* se plantea solo una regulación interna, sin perspectiva internacional, ya que no atiende o se preocupa de la gestación por subrogación cuando se ha llevado a cabo en el extranjero, lo cual sigue dejando sin respuesta a aquellos menores que no han alcanzado los registros nacionales. Sin entrar a valorar ahora el contenido de la propuesta legislativa sí hay que reconocer al menos la aportación de un texto sobre el que empezar a trabajar aunque me inclino más a trabajar sobre la idea manifestada por el profesor ÁLVAREZ GONZÁLEZ en una de sus últimas aportaciones a este tema⁹⁶ de reflexionar sobre la posibilidad de regular atendiendo al modelo seguido para las adopciones internacionales, en el sentido de buscar un texto similar al del Convenio de La Haya de 1993 con todos los matices que él ya acierta a apuntar.

62. Excedería la extensión y tiempo concedido entrar en la valoración de cada una de las posibilidades ofrecidas por cada modo de abordar la regulación de la maternidad subrogada, pero creo que es fundamental arrancar desde la regulación si lo que se quiere es erradicar esta pérdida del interés del menor atendiendo al modo en que ha venido a este mundo.

⁹⁴ Vid. <https://www.hcch.net/fr/projects/legislative-projects/parentage-surrogacy/>

⁹⁵ Vid. <https://assets.hcch.net/docs/443f72ec-a21e-45b0-8503-e28533aeded6.pdf>

⁹⁶ S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, “Nuevas y viejas reflexiones sobre la gestación por sustitución”, op.cit.