

LIBERTAD, IGUALDAD, ¿MATERNIDAD? LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN Y SU TRATAMIENTO EN LA JURISPRUDENCIA ESPAÑOLA Y EUROPEA

MIGUEL ÁNGEL PRESNO LINERA

Profesor Titular de Derecho Constitucional de la Universidad de Oviedo
acreditado como catedrático *

PILAR JIMÉNEZ BLANCO

Profesora Titular de Derecho Internacional Privado de la Universidad de Oviedo
acreditada como catedrática **

Revista Española de Derecho Europeo 51
Junio – Septiembre 2014
Págs. 9 – 44

SUMARIO: I. PRESENTACIÓN. II. GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN, DIGNIDAD HUMANA Y LIBRE DESARROLLO PERSONAL EN EL ORDENAMIENTO CONSTITUCIONAL ESPAÑOL. A. *La dignidad de la persona como garantía de «igualdad para todos» y su conexión con la gestación por sustitución.* B. *El libre desarrollo personal como tutela de «libertad máxima» y su incidencia en la gestación por sustitución.* III. LAS PERSPECTIVAS DEL ORDEN PÚBLICO INTERNACIONAL ANTE LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN. A. *La Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 5 de octubre de 2010 y el «olvido» del orden público.* B. *La perspectiva del Tribunal Supremo y el orden público preventivo.* 1. El control abstracto «versus» el control «in casu». 2. El fraude a la ley. 3. Control «ex ante» y control «ex post». C. *La perspectiva de la jurisdicción social y el orden público atenuado.* 1. La gestación por sustitución como cuestión incidental en el orden

* Este estudio es uno de los resultados del Proyecto de Investigación I+D DER 2011-23566 (La relación jurídica dignidad humana-derecho fundamental), del que es Investigador Principal el profesor Ricardo Chueca Rodríguez.

** Este estudio se enmarca dentro de las investigaciones realizadas para el Proyecto de Investigación I+D DER2013-44950-R (Hacia un modelo migratorio europeo: La movilidad de personas según su estatuto en la UE), del que son Investigadores Principales P. Jiménez Blanco y A. Espiniella Menéndez.

social. 2. El alcance de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia. IV. ¿UN CAMBIO DE PARADIGMA? LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS EN LOS CASOS «MENNESSON» Y «LABASSEE». V. ¿EL FINAL O UN NUEVO PRINCIPIO?: INCÓGNITAS PENDIENTES Y ALGUNA CERTEZA.

RESUMEN: Este trabajo estudia en su primera parte qué son la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad y si está justificado el empleo de la dignidad humana como un límite a la libertad individual en relación con la gestación por sustitución; la segunda parte analiza las perspectivas del orden público internacional presentes en relación con la eficacia en España de filiaciones por gestación por sustitución constituidas en el extranjero, valorando la adecuación de los pronunciamientos judiciales al caso concreto.

PALABRAS CLAVE: dignidad humana, libre desarrollo personal, gestación por sustitución, orden público, interés del menor, prestación por maternidad.

ABSTRACT: This paper examines in its first part which are the dignity of the person and the free development of the personality, and if human dignity can be used as a limit to individual freedom regarding surrogate motherhood; in its second part analyzes the approaches of international public policy related to the effectiveness in Spain of surrogacy arrangements incorporated abroad, assessing the adequacy of judicial pronouncements to the case.

KEYWORDS: human dignity, free development of the personality, surrogate motherhood, public policy, welfare of the child, maternity leave.

Fecha recepción original: 17 de junio de 2014

Fecha aceptación: 7 de julio de 2014

I. PRESENTACIÓN

Como recuerda el Informe «El régimen de subrogación en los Estados miembros de la UE» elaborado, a petición de la Comisión de Asuntos Jurídicos del Parlamento Europeo, por Laurence Brunet, Janeen Carruthers, Konstantina Davaki, Derek Kin, Claire Marzo y Julie McCandless, «aunque la maternidad subrogada no es una práctica reproductiva nueva, es un hecho generalmente aceptado que se trata de un fenómeno cada vez más frecuente. Los informes recientes han documentado un aumento en la práctica de la maternidad subrogada, que incluyen acuerdos que cruzan las fronteras nacionales...¹ recientemente se ha producido un aumento en la jurisprudencia relativa a la subrogación en un amplio número de jurisdicciones. Curiosamente, mientras que algunos casos dentro de esta jurisprudencia sí implican controversias privadas entre las partes del acuerdo, la tendencia temática principal se refiere a las dificultades para el reconocimiento formal por parte del Estado de la voluntad de las partes del acuerdo con respecto a la condición jurídica y la paternidad legal de los menores involucrados... Mientras que algunos Estados miembros han trabajado para adaptar las complejas consecuencias de estas situaciones, ya sea a través de deliberaciones judiciales y/o mediante la publicación de consejos guberna-

1. Conferencia de La Haya sobre Derecho Internacional Privado (2012): «A Preliminary Report on the Issues Arising from International Surrogacy Arrangements».

mentales preventivos, otros se han negado a hacerlo, una vez más sobre la base de las políticas públicas»².

Estas palabras reflejan bien la situación en la que se encuentra la legislación y la jurisprudencia españolas, y los problemas cada vez más frecuentes que surgen tanto en el Derecho Internacional Privado como en el Derecho de la Unión Europea.

En las páginas siguientes nos ocuparemos de lo que ocurre en el Derecho español tomando como puntos de referencia las sentencias del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014, del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en los casos C-167/12 C. D./S.T. y C-363/12 Z./A Government Department and the Board of Management of a Community School, de 18 de marzo de 2014, y, brevemente, del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en los casos *Mennes-*

2. http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/JOIN/2013/474403/IPOL-JURI_ET%28-2013%29474403%28SUM01%29_ES.pdf (consultado el 26 de junio de 2014). El Tribunal Europeo de Derechos Humanos –asuntos *Menneson* y *Labassee*– ha realizado un breve análisis de derecho comparado, que reproducimos a continuación: «Il en ressort que la gestation pour autrui est expressément interdite dans quatorze de ces États: l'Allemagne, l'Autriche, l'Espagne, l'Estonie, la Finlande, l'Islande, l'Italie, la Moldavie, le Monténégro, la Serbie, la Slovaquie, la Suède, la Suisse et la Turquie. Dans dix autres États, dans lesquels il n'y a pas de réglementation relative à la gestation pour autrui, soit elle y est interdite en vertu de dispositions générales, soit elle n'y est pas tolérée, soit la question de sa légalité est incertaine. Il s'agit d'Andorre, de la Bosnie-Herzégovine, de la Hongrie, de l'Irlande, de la Lettonie, de la Lituanie, de Malte, de Monaco, de la Roumanie et de Saint-Marin.

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

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

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

son *c. Francia* y *Labassee c. Francia*, de 26 de junio de 2014, hechas públicas el día que se terminaban estas líneas³.

A efectos terminológicos, y aunque no es la única denominación –es casi tan frecuente aludir a la maternidad subrogada⁴–, hemos optado por hablar de gestación por sustitución⁵, puesto que refleja bien de lo que se trata y es la expresión empleada por el Tribunal Supremo y por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Este trabajo se divide en dos grandes partes; en la primera, de la que se ocupa Miguel PRESNO, se estudiará, en primer lugar, qué son, jurídico-constitucionalmente, la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad, teniendo bien presente que en el derecho público español se ha dedicado un especial esfuerzo al análisis de la dignidad humana⁶ pero apenas al libre desarro-

3. Sentencias del TEDH de 26 de junio de 2014, asunto nº 65192/11 *Mennesson c. Francia*, y asunto nº 65941/11, *Labassee c. Francia*.
4. Por ejemplo, CORRAL GARCÍA, Eduardo: «El derecho a la reproducción humana ¿Debe permitirse la maternidad subrogada?», *Revista de derecho y genoma humano*, nº 38, 2013, pp. 45-69; DREYZIN DE KLOR, A. y HARRINGTON, C. (2011), «La subrogación materna en su despliegue internacional: ¿más preguntas que respuestas?», *Revista de Derecho de Familia*, nº 5, octubre 2011, pp. 301-329; FARNÓS AMORÓS, Esther: «Inscripción en España de la filiación derivada del acceso a la maternidad subrogada en California», *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, nº 1, 2010; GOSTIN, L. (Ed.) *Surrogate motherhood: Politics and privacy*, Indiana University Press, Bloomington & Indianapolis; LASARTE ÁLVAREZ, Carlos: «La reproducción asistida y la prohibición legal de maternidad subrogada admitida de hecho por vía reglamentaria», *Diario La Ley*, nº 7777, pp. 1 y ss.; LÓPEZ GUZMÁN, J./APARISI MIRALLES, A.: «Aproximación a la problemática ética y jurídica de la maternidad subrogada», *Cuadernos de bioética*, vol. 23, nº 78, pp. 253-268; MIR CANDAL, L. (2010), «La maternidad intervenida. Reflexiones en torno a la maternidad subrogada», *Revista Redbioética/UNESCO*, Vol 1º, nº 1, julio 2010, pp. 174-188; PÉREZ MONGE, Marina: «Cuestiones actuales de la maternidad subrogada en España: regulación "versus" realidad»; *Revista de derecho privado*, nº 94, 2010, pp. 41-64. QUINONES ESCÁMEZ, A.: «Doble filiación paterna de gemelos nacidos en el extranjero mediante maternidad subrogada. En torno a la RDGRN de 18 de febrero de 2009», *InDret 3/2009*, pp. 1-42; RAGONE, H. (1994), *Surrogate motherhood: conception in the heart*, Oxford Westview Press, San Francisco.
5. Así, por ejemplo, ÁLVAREZ GONZÁLEZ, Santiago: «Efectos en España de la gestación por sustitución llevada a cabo en el extranjero», *Anuario español de derecho internacional privado*, nº 10, 2010, pp. 339-377; LAMM, Eleonora: «Gestación por sustitución: Realidad y Derecho», *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, nº 3, 2012, 49 págs, y *Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*, Publicacions i Edicions, Universitat de Barcelona, 2013; MORENO SÁNCHEZ-MORALEDA, Ana: «La determinación de la filiación mediante gestación de sustitución reconocida en el derecho internacional privado español», *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº 1, 2014, pp. 189-215, y SOUTO GALVÁN, Beatriz: «Aproximación al estudio de la gestación de sustitución desde la perspectiva del bioderecho», *Foro. Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales*, núm. 1, 2005, pp. 275-292, y «Nuevas reflexiones sobre la gestación de sustitución», *Biotecnología y bioderecho*, coord. por Salvador Tarodo Soria, Paulino César Pardo Prieto, 2011, pp. 127-138.
6. De manera monográfica, ALEGRE MARTÍNEZ, M. Á.: *La dignidad de la persona como fundamento del ordenamiento constitucional español*, Universidad de León, 1996; GONZÁLEZ PÉREZ, J.: *La dignidad de la persona*, Civitas, Madrid, 1986; GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, I.: *Dignidad de la persona y derechos fundamentales*, Marcial Pons, Madrid, 2006; en el libro de GUTIÉRREZ se incluye, además, un exhaustivo análisis de la dogmática alemana en la materia,

llo de la personalidad ni tampoco a la eventual conexión entre la primera y el segundo⁷. En segundo lugar, trataremos de dilucidar en qué medida está justificado el empleo de la dignidad humana como un límite a la libertad individual a propósito de prácticas como la gestación por sustitución. A lo largo de la primera parte se acudirá con frecuencia a la ya citada sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014, donde se argumenta, entre otras cosas, que «la decisión de la autoridad registral de California al atribuir la condición de padres al matrimonio que contrató la gestación por sustitución con una mujer que dio a luz en dicho estado es contraria al orden público internacional español por resultar incompatible con normas que regulan aspectos esenciales de las relaciones familiares, en concreto de la filiación, inspiradas en los valores constitucionales de dignidad de la persona, respeto a su integridad moral y protección de la infancia». Y se concluye que se trata de promover el «respeto a la dignidad e integridad moral de la mujer gestante, evitar la explotación de necesidad en que pueden encontrarse mujeres jóvenes en situación de pobreza, o impedir la mercantilización de la gestación y de la filiación». En suma, en esta primera parte se analiza la gestación por sustitución en relación con la dignidad de la persona y su libre desarrollo y la respuesta que el Tribunal Supremo español ha dado a esta práctica, mencionando también el contexto que se abre con la muy reciente jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

En la segunda parte, obra de Pilar JIMÉNEZ, se analizarán las perspectivas del orden público internacional en relación con la eficacia en España de filiaciones por gestación por sustitución constituidas en el extranjero, valorando la adecuación de los pronunciamientos judiciales al caso concreto. En esta parte cobra un papel esencial la Instrucción de la Dirección General de los Registros y el Notariado de 5 de octubre de 2010, cuyo origen y orientación era establecer el cauce para permitir la inscripción de las filiaciones obtenidas en el extranjero a través de contratos de gestación por sustitución al margen de la prohibición legal del artículo 10 de la Ley sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida. En esta parte también se presta atención a la mencionada sentencia del Tribunal Supremo, en particular para analizar su incidencia a propósito del fraude a la ley.

Posteriormente, se estudiará la gestación por sustitución como cuestión incidental en el orden social y el alcance de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Y es que la cuestión sobre la concesión, o rechazo, de los permisos de maternidad en los supuestos de gestación por sustitución ha alcanzado una dimensión europea, en la medida en que ha sido el objeto central de dos cuestiones prejudiciales planteadas ante el Tribunal de Justicia. El debate se ha centrado en el alcance en este ámbito de la Directiva 92/85/

así como su diferente significado en la Ley Fundamental de Bonn y en la Constitución española.

7. Se ocupa de la dignidad y el libre desarrollo JIMÉNEZ CAMPO, J.: «Artículo 10.1», en CASAS BAAMONDE/RODRÍGUEZ PIÑERO (dirs.), *Comentarios a la Constitución española*, Wolters-Kluwer, Madrid, 2008, p. 178.

CEE, pero también en relación con las Directivas sobre igualdad entre hombres y mujeres (Directiva 2006/54/CE) y sobre discapacidad (Directiva 2000/78/CE).

Por último, se realizará una valoración inicial sobre la recientísima jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en materia de gestación por sustitución y su previsible impacto.

II. GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN, DIGNIDAD HUMANA Y LIBRE DESARROLLO PERSONAL EN EL ORDENAMIENTO CONSTITUCIONAL ESPAÑOL

La Constitución española (CE) proclama, en su artículo 10.1, que «la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social». Esta mención a la dignidad aparece de forma recurrente en los textos constitucionales aprobados en Europa después de la Segunda Guerra Mundial; también la ha incorporado, y de manera significativa, la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea: titula su Capítulo I «Dignidad» y su artículo 1 dice que «la dignidad humana. Será respetada y protegida»⁸. No obstante, la virtualidad normativa de la dignidad y, en su caso, del libre desarrollo personal ha de apreciarse en cada concreto sistema de derechos fundamentales y siempre que, como ocurre en el español, alemán o italiano, hayan sido formalizados jurídicamente. Precisamente el hecho de que sean parte del entramado normativo constitucional obliga a tener en cuenta esos «fundamentos del orden político y de la paz social» pero también a evitar su conversión en un «contenedor» de enunciados valorativos⁹.

La CE ha vinculado la dignidad y el libre desarrollo personal a esos derechos fundamentales que estructuran todo el ordenamiento; no en vano aparecen en el primer artículo del Título Primero: «De los derechos y deberes fundamentales». Por este motivo se hace necesario analizarlos como parte de una teoría general de los derechos fundamentales y cobrarán en ella mayor relevancia en la medida en que predominen en la Constitución derechos estructurados como principios; es decir, como normas que imponen una protección preferente de los comportamientos descritos de manera muy genérica y abstracta en los enunciados jurídicos constitucionales frente a otros comportamientos con los que entran en conflicto en el seno de las relaciones sociales¹⁰.

8. Ya en su sentencia de 9 de octubre de 2001 (asunto *Países Bajos vs. Parlamento Europeo y Consejo*), el Tribunal de Justicia de la Unión Europea alude al «derecho fundamental a la dignidad humana».

9. Al respecto, JIMÉNEZ CAMPO se pregunta: ¿renunciamos a la identificación del contenido normativo del precepto? O peor aún ¿admitimos que se trata de un yacimiento de recursos verbales para el arbitrio» de los jueces muy en primer lugar? ¿O emprendemos la tarea de construir su posible sentido preceptivo de manera compatible con lo que sea propio a la democracia constitucional?; *ob. cit.*, p. 178.

10. BASTIDA y otros: *Teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución española de 1978*, Tecnos, Madrid, 2004, p. 48.

Dado que el respeto a la ley y a los derechos de los demás –se entiende que a los derechos derivados de las normas– son otra forma de referirse a la general sujeción a la Constitución y al resto del ordenamiento (art. 9.1), la clave está en aclarar qué aportan esas referencias a la dignidad y al libre desarrollo personal.

Su caracterización como fundamentos del orden político y la paz social obliga a conectarlos con los que la propia Constitución configura como valores superiores del ordenamiento: la libertad, la igualdad, la justicia y el pluralismo político (art. 1.1 CE). Si esos valores del artículo 1.1 lo son de todo el ordenamiento, la dignidad y el libre desarrollo parecen proyectarse de manera intensa en el sistema de derechos fundamentales, pues abren el Título a esos derechos reservados. Ni una ni otro son, como se sabe, derechos fundamentales en sí mismos; son instrumentos incluidos en la Constitución para enjuiciar la labor de concreción de los derechos fundamentales que llevan a cabo los tribunales y, especialmente, el Legislador, que operan sobre normas como las *iusfundamentales*, en muchos casos con una estructura abierta, de programación finalista, que las convierte en un marco jurídico susceptible de diversas concreciones.

A. LA DIGNIDAD DE LA PERSONA COMO GARANTÍA DE «IGUALDAD PARA TODOS» Y SU CONEXIÓN CON LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN

El Tribunal Constitucional español (TC) ha acudido con gran frecuencia –de forma innecesaria en muchas ocasiones– a la dignidad cuando se ha enfrentado a problemas de discriminación. En varias de esas situaciones podría bastar con la aplicación de otros preceptos constitucionales para resolver el asunto; así, por ejemplo, no es precisa la invocación de la dignidad para concluir que es inconstitucional la resolución del contrato de una trabajadora por haberse quedado embarazada (STC 166/1988, de 26.9.1988) o el abono de salarios inferiores por razón de sexo (STC 141/1991, de 1.7.1991); nos encontramos ante discriminaciones por razón de género y, por tanto, prohibidas de manera expresa por el artículo 14 CE. En el mismo sentido, si se desarrolla un juicio sin un mínimo de garantías (STC 199/2009, de 28.9.2009) lo que se está vulnerando no es la dignidad de la persona sino su derecho a la tutela judicial efectiva protegida por el artículo 24.

Quizá donde se evidenció más esta expansión innecesaria de la dignidad fue en la STC 236/2007 (y las posteriores con ella relacionadas), de 7.11.2007, que resolvió el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Parlamento de Navarra contra la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. Y es llamativa esta sentencia porque aunque la dignidad aparece aquí con una función «resolutoria» acaba operando más bien de forma enfática¹¹.

11. Empleo «uso resolutorio» y «uso enfático» en el sentido que les atribuye JIMÉNEZ CAMPO: *ob. cit.*,..., pp. 180 ss.

Así, y ciñéndonos, como muestra significativa, a lo dicho a propósito del derecho de reunión, se argumenta (F. 6) que «la definición constitucional del derecho de reunión realizada por nuestra jurisprudencia, y su vinculación con la dignidad de la persona, derivada de los textos internacionales, imponen al legislador el reconocimiento de un contenido mínimo de aquel derecho a la persona en cuanto tal, cualquiera que sea la situación en que se encuentre. En este sentido, ya hemos declarado que «el ejercicio del derecho de reunión y de manifestación forma parte de aquellos derechos que, según el art. 10 de la norma fundamental, son el fundamento del orden político y de la paz social», por lo que "el principio de libertad del que es una manifestación exige que las limitaciones que a él se establezcan respondan a supuestos derivados de la Constitución..."» Para concluir, como hace luego el TC, que era inconstitucional la regulación legal que condicionaba el ejercicio del derecho de reunión a que la persona tuviera autorización de estancia o residencia en España, no hacía falta vincular el derecho limitado a la dignidad; caso de querer conectarlo con algún fundamento de los mencionados en el artículo 10.1 parece más adecuado el del libre desarrollo personal, pues se trata de tutelar la libertad de asistir, o no, a un acto, lo que a su vez, como recuerda el propio TC, está relacionado con la libertad de expresión.

El TC justifica la apelación a la dignidad acudiendo a la Declaración Universal de Derechos Humanos y a los principales tratados internacionales ratificados por España, que, según el Tribunal, «parecen vincular el derecho de reunión a la dignidad». Sin embargo, esa Declaración nada dice de la dignidad cuando reconoce el derecho de reunión: «Toda persona tiene derecho a la libertad de reunión y asociación pacíficas» (art. 20.1). Tampoco se menciona en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos –«Se reconoce el derecho de reunión pacífica. El ejercicio de tal derecho sólo puede estar sujeto a las restricciones previstas por la ley que sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional, de la seguridad pública o del orden público, o para proteger la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de los demás» (art. 21)– ni en el Convenio Europeo Derechos Humanos –«Toda persona tiene derecho a la libertad de reunión pacífica y a la libertad de asociación...» (art. 11)–.

Estamos, pues, ante un supuesto –otro más– del recurso a la dignidad como instrumento retórico¹².

Distinto es el uso que puede desempeñar la dignidad para enjuiciar si en las decisiones u omisiones de los poderes públicos se sitúa, a personas concretas o grupos de personas, en una posición de desigualdad e injusticia respecto de otras personas, bien sea en su condición individual o en cuanto integrante de un determinado grupo social. Cuando tal cosa ocurre estamos, como recuerda JIMÉNEZ CAMPO, ante una situación de *discriminación primaria*¹³.

12. Sobre esta cuestión, CHUECA RODRÍGUEZ, Ricardo en *Dignidad humana y Derecho fundamental*, libro colectivo coordinado por el propio Ricardo Chueca, pendiente de publicación.

13. *Ob. cit.*, p. 182. En materia de «discriminación primaria» son de obligada referencia los

La dignidad operaría aquí frente a lo que FERRAJOLI ha denominado una «diferenciación jurídica de las diferencias»¹⁴: una identidad determinada por una diferencia se asume como fuente de derechos mientras que otra se configura como un estatuto discriminatorio y excluyente. De este modo, la igualdad es una igualdad amputada, relativa a una parte de la sociedad, que arbitrariamente se confunde con la totalidad.

Y es que, como señala también FERRAJOLI, «igualdad» es término normativo: quiere decir que los diferentes deben ser tratados y respetados como iguales y que, siendo ésta una norma, no basta enunciarla sino que es necesario observarla y sancionarla. Diferencia es término descriptivo: quiere decir que, de hecho, entre las personas hay diferencias, que la identidad de cada persona está dada, precisamente, por sus diferencias y que son éstas las que deben ser tuteladas, respetadas y garantizadas.

La Constitución parte de la igual «valoración jurídica de las diferencias»: al convertir la no discriminación (artículo 14) en una norma, los diferentes (por razones de sexo, edad, raza... u otra circunstancia personal o social) deben ser tratados como iguales. Se protege la diferencia –en eso consiste el libre desarrollo de la personalidad y por eso todos somos diferentes– y se prohíbe la discriminación: un tratamiento jurídico excluyente basado, precisamente, en una diferencia protegida por la Constitución. En suma, la dignidad humana, como criterio de interpretación constitucional, debe servir para determinar si en el desarrollo legislativo de un derecho o en su aplicación se excluye a una persona o a un grupo por razón de su identidad.

No es éste, sin embargo, el sentido en el que maneja la dignidad la mayoría del Tribunal Supremo que avala el fallo de 6 de febrero de 2014. Así, se dice que

«... en nuestro ordenamiento jurídico y en el de la mayoría de los países con ordenamientos basados en similares principios y valores, no se acepta que la generalización de la adopción, incluso internacional, y los avances en las técnicas de reproducción humana asistida vulneren la *dignidad de la mujer gestante y del niño*, mercantilizando la gestación y la filiación, "cosificando" a la mujer gestante y al niño, permitiendo a determinados intermediarios realizar negocio con ellos, posibilitando la explotación del estado de necesidad en que se encuentran mujeres jóvenes en situación de pobreza y creando una especie de "ciudadanía censitaria" en la que solo quienes disponen de elevados recursos económicos pueden establecer relaciones paterno-filiales vedadas a la mayoría de la población...» (F. 3.6).

trabajos de REY MARTÍNEZ, F.; pueden verse, entre otros, «Igualdad y discriminación: estrategias contra los estigmas, las castas y la ciudadanía debilitada» en *La inclusión del otro: más allá de la tolerancia*, TORRES AGUILAR/SALAZAR BENÍTEZ (coords.), 2007, pp. 49 ss.; «La discriminación racial en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», Varios Autores: *Constitución y democracia: ayer y hoy. Libro homenaje a Antonio Torres del Moral*, Vol. 3, 2012, pp. 3157-3184; «Sentido y alcance del derecho a no sufrir discriminación por orientación sexual», *Revista general de derecho constitucional*, n° 17, 2013, pp. 11 y ss.

14. *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Trotta, Madrid, 1999, pp. 73-96.

«Lo expuesto lleva a considerar que la decisión de la autoridad registral de California al atribuir la condición de padres al matrimonio que contrató la gestación por sustitución con una mujer que dio a luz en dicho estado es contraria al orden público internacional español por resultar incompatible con normas que regulan aspectos esenciales de las relaciones familiares, en concreto de la filiación, *inspiradas en los valores constitucionales de dignidad de la persona*, respeto a su integridad moral y protección de la infancia» (F. 3.10).

«Pueden concurrir otros bienes jurídicos con los que es preciso realizar una ponderación. Tales son *el respeto a la dignidad e integridad moral de la mujer gestante*, evitar la explotación del estado de necesidad en que pueden encontrarse mujeres jóvenes en situación de pobreza, o impedir la mercantilización de la gestación y de la filiación...» (F. 5.7).

«... no puede olvidarse que el establecimiento de una filiación que contradiga los criterios previstos en la ley para su determinación supone también un perjuicio para el menor. Y que la mercantilización que supone que la filiación de un menor resulte determinada, a favor de quien realiza el encargo, por la celebración de un contrato para su gestación, atenta *contra la dignidad del menor* al convertirlo en objeto del tráfico mercantil» (F. 5.8).

La dignidad de las mujeres gestantes y de los niños nacidos de una gestación por sustitución es, pues, uno de los principales argumentos que el Tribunal Supremo emplea para concluir que la decisión de la autoridad registral de California, al atribuir la condición de padres al matrimonio que contrató la madre de alquiler, es contraria al orden público internacional español.

Sin embargo, esta concepción de la dignidad no es, en nuestra opinión, la que cabe derivar de la Constitución española. Como ya se ha dicho, lo que la Norma Fundamental trata de evitar es que se coloque, a personas concretas o a grupos de personas, en una posición de desigualdad e injusticia respecto de otras personas, bien sea en su condición individual o en cuanto integrantes de un determinado grupo social. En cuanto a los menores nacidos de una gestación por sustitución, el reconocimiento como hijos de los padres comitentes en absoluto los convierte en personas en situación de desamparo o con, como diría FERRAJOLI, una «igualdad amputada». Más bien al contrario, pues, como se señala en el Voto particular, su inscripción registral como hijos de la pareja comitente estaría «amparada en el principio de igualdad e interés de los menores que de hecho están siendo inscritos en los registros civiles». Admitir la inscripción del menor es ubicarle jurídicamente en una familia que lo quiere y, como recuerda el Voto particular, «es al niño al que se da una familia y no a la familia un niño y es el Estado el que debe ofrecer un marco legal que le proteja y le proporcione la necesaria seguridad jurídica».

En una línea similar se puede entender el pronunciamiento del TEDH en el asunto *Mennesson*: en primer lugar, ya el Tribunal de Apelación de París reconoció que la situación creada planteaba «problemas concretos» y, en su Informe de 2009 sobre la revisión de las leyes de bioética, el Consejo de Estado subrayó que «de hecho, la vida de estas familias es más complicada...», lo que se evidenció al acceder a la seguridad social, los comedores escolares o ciertas ayudas familiares, lo que coloca a estas familias en una posición de cierta infe-

rioridad respecto a las demás. Se plantearían dificultades adicionales para la señora Mennesson y las gemelas en caso de fallecimiento del señor Mennesson, su padre biológico, o si se produce una disolución del matrimonio.

A lo anterior, hay que añadir dos argumentos más: primero, las gemelas Mennesson se encuentran en una situación de incertidumbre jurídica al negarles Francia la condición de hijas del matrimonio Mennesson, lo que socava su identidad dentro de la sociedad francesa; segundo, no cabe ignorar los eventuales perjuicios hereditarios que les supondría su situación conforme al Derecho Civil francés.

En consecuencia, se vulnera el derecho a la vida privada de las menores, protegido por el artículo 8 del Convenio, y así lo reconoce el TEDH, que, una vez constatado lo anterior, no considera necesario entrar en el análisis de una eventual vulneración de la prohibición de discriminación prevista en el artículo 14. Pero, en nuestra opinión, parece claro que esa situación colocaba a las menores en una situación en la que resultaban menos dignas en derechos.

Parece, en conclusión, que es precisamente la dignidad del menor lo que se protege con el reconocimiento de la gestación por sustitución y no con su prohibición.

En cuanto a la dignidad de las madres gestantes, no justifica la mayoría del Tribunal Supremo su presunción de que ha quedado, o puede quedar, menoscaba si se admite la inscripción registral a nombre de otras personas de los hijos que han gestado: en el caso de autos se trató de una gestación llevada a cabo en el Estado de California y sometida a la supervisión de sus autoridades judiciales, sin que existan datos que permitan concluir, como prejuzga el Tribunal, que nos encontramos ante un caso de «la explotación del estado de necesidad en que pueden encontrarse mujeres jóvenes en situación de pobreza».

Quizás la mayoría del Tribunal entienda que una gestación por sustitución nunca puede ser un acto «libre» pero entonces nos encontramos más bien ante la defensa de cierto tipo de «dignidad social», de moral colectiva, que a menudo se identifica con el «orden público», lo que no dejaría de ser paradójico, pues dicho orden está formado, en los ordenamientos democráticos, precisamente por los derechos fundamentales y libertades públicas garantizados por la Constitución.

En la resolución comentada parece latir, más que una defensa de la dignidad constitucionalmente protegida, una suerte de «paternalismo estatal» o, si se trata de proteger una supuesta dignidad colectiva o moral social dominante, un puro «moralismo legal»¹⁵ que sacrifica, sin fundamento constitucional, la

15. Sobre estos conceptos y su diferenciación véanse, en la doctrina española, ALEMANY, M.: *El paternalismo jurídico*, Iustel, Madrid, 2006; LAPORTA, F.: *Entre el Derecho y la Moral*, Fontamara, México, 1993; RAMIRO AVILÉS, M. Á.: «A vueltas con el paternalismo jurídico», *Derechos y libertades*, n° 15, 2006, pp. 211 ss.; OMÁS-VALIENTE LANUZA, C.: «Autonomía y paternalismo en las decisiones sobre la propia salud», en MENDOZA BUERGO, B. (editora): *Autonomía personal y decisiones médicas. Cuestiones éticas y jurídicas*, Thomson Reuters/UAM, Madrid, 2010, pp. 61 ss., y «Nuevas y viejas formas de paternalismo: algunas consideraciones generales y el derecho a rechazar tratamientos médicos», en

libertad personal como precio a pagar por la garantía de la «dignidad colectiva»¹⁶. Y es que cuando se adopta –como veremos a continuación– un enfoque de la autonomía personal basado en la capacidad de elección, resulta extraño que la persona cuya dignidad supuestamente está en juego no pueda mantener esa capacidad de elección¹⁷.

B. EL LIBRE DESARROLLO PERSONAL COMO TUTELA DE «LIBERTAD MÁXIMA» Y SU INCIDENCIA EN LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN

El libre desarrollo de la personalidad se orienta, principalmente, a la realización de la libertad «máxima» de los individuos como expresión de los valores

PRESNO LINERA, M. A.: *Autonomía personal, cuidados paliativos y derecho a la vida*, Procuradora General del Principado, Oviedo, 2001, pp. 105 ss.

La distinción entre paternalismo y moralismo radica, según TEN, C. L., en que 1) el paternalismo protege a los individuos que carecen de capacidad suficiente para evitar un daño, mientras que el moralismo interfiere en la voluntad de la persona aunque no esté afectada su capacidad; 2) para el paternalismo no es relevante la motivación moral de la persona, mientras que el moralismo trata de corregir a la persona que viola la moralidad aceptada de la sociedad; 3) el paternalismo pretende proteger a las personas a las que se aplican las medidas en cuestión; para el moralismo lo importante, más que los intereses personales, son los generales; «Paternalism and Morality», *Ratio*, 13, 1971, pp. 63-65.

16. Es interesante lo dicho por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso *K. A. y A. D. c. Bélgica*, de 7 de febrero de 2005, pues aunque en un primer momento afirmó que «no toda actividad sexual desarrollada a puerta cerrada cae, necesariamente, dentro del ámbito del artículo 8» (asunto *Laskey, Jaggard y Brown c. Reino Unido*, de 19 de febrero de 1997), en el citado asunto *K. A. y A. D.* proclamó que «el derecho a mantener relaciones sexuales deriva del derecho a disponer de su cuerpo, parte integrante de la noción de la autonomía personal... De ello resulta que el derecho penal no puede intervenir, en principio, en el ámbito de las prácticas sexuales consentidas que dependen del libre arbitrio de los individuos. Es necesario, por tanto, que existan unos «motivos particularmente graves» para que se justifique, a efectos del artículo 8.2 del Convenio, la injerencia de los poderes públicos en el ámbito de la sexualidad [...] Si bien una persona puede reivindicar el derecho a ejercer unas prácticas sexuales lo más libremente posible, el límite a aplicar es el del respeto a la voluntad de la «víctima» de tales prácticas, cuyo derecho a la libre elección, en cuanto a las modalidades de ejercicio de su sexualidad, debe también garantizarse. Ello implica que las prácticas se desarrollen en unas condiciones que permitan dicho respeto,...»; véanse, al respecto, DUBOUT, E.: «Les nouvelles frontières des droits de l'homme et la définition du rôle du juge européen», en HENNETTE-VAUCHEZ/SOREL (dir.): *Les droits de l'homme ont-ils constitutionnalisés le monde?*, Bruylant, Bruselas, 2011, p. 41; FRUMER, P./VILLAVARDE, I.: *La renunciabilidad de los derechos fundamentales y libertades públicas*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2013, pp. 54 ss.; MARGENAUD, J. P.: «Liberté sexuelle et droit de disposer de son corps», *Droits*, n° 49, 2009, pp. 23 ss.

Muy críticos con la decisión del caso *K. A. y A. D.* y el valor que le atribuye a la autonomía personal, FABRE-MAGNAN, M.: «Le sadisme n'est pas un droit de l'homme», *Recueil Dalloz*, 2005, p. 2975, y LEVINET, M.: «La notion d'autonomie personnelle dans la jurisprudence de la Court européenne des droits de l'Homme», *Droits*, n° 49, 2009, pp. 16 ss.

17. Véase MCCRUDDEN, C.: «Human dignity and judicial interpretation of human rights», *European Journal of International Law*, vol. 19, n° 4, p. 705.

«libertad» y «pluralismo». Es un fundamento del ordenamiento constitucional que «autoriza a los ciudadanos a llevar a cabo todas aquellas actividades que la ley no prohíba o cuyo ejercicio no subordine a requisitos o condiciones determinadas» (STC 93/1992, de 11.6.1992, F. 8).

Existe así «una dimensión externa de *agere licere* que faculta a los ciudadanos para actuar con arreglo a sus propias convicciones y mantenerlas frente a terceros (SSTC 19/1985, de 13.2.1985, F. 2; 120/1990, de 27.6.1990, F. 10, y 137/1990, de 19.7.1990, F. 8)». Este reconocimiento protege la autodeterminación personal a través del ejercicio de las facultades que componen esas concretas manifestaciones de libertad. Y esa esfera de *agere licere* lo es «con plena inmunidad de coacción del Estado o de cualesquiera grupos sociales» (STC 46/2001, de 15.2.2001, F. 4, y, en el mismo sentido, las SSTC 24/1982, de 13.5.1982, y 166/1996, de 28.10.1996).

El libre desarrollo personal se proyecta, pues, sobre los derechos fundamentales cuyo objeto es una esfera vital¹⁸; es decir, sobre los derechos que permiten elegir qué hacer o qué comportamiento realizar sin que esa elección pueda estar condicionada por el uso de poder público. De esta manera, se protege a la persona frente a quien pretenda obligarle a que ejercite un derecho fundamental de esta naturaleza, garantizando el respeto a su decisión de no expresar su opinión, no asociarse, no manifestarse,...

Por otra parte, el libre desarrollo faculta al titular del derecho para decidir no solo lo que no quiere hacer sino también lo que quiere hacer en ese ámbito vital, concretando espacio-temporalmente su conducta. Como resultado, sólo una habilitación constitucional expresa puede permitir la limitación de esa inicial autodeterminación individual.

Y el libre desarrollo personal, en tanto fundamento «del orden político y la paz social», cumple una importante función a la hora de interpretar si una determinada conducta encaja en el objeto protegido por el derecho fundamental, lo que no sucede por el mero hecho de que dicha conducta no esté prohibida por el ordenamiento; habrá que indagar si lo que pretende el titular del derecho está incluido en el enunciado constitucional del mismo y en esa indagación habrá de tenerse en cuenta la posibilidad de actuar de acuerdo con las propias convicciones.

Por citar algunos ejemplos, el libre desarrollo personal quedaría afectado si se pretende impedir o reprimir la convivencia *more uxorio* o si se trata de imponer el establecimiento, contra la voluntad de los componentes de la pareja, de un determinado tipo de vínculo no asumido de consuno por éstos (STC 93/2013, de 23.4.2013, F. 8) y ello porque «la posibilidad de optar entre el estado civil de casado o el de soltero está íntimamente vinculada al libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 de la Constitución)» (STC 184/1990, de 15.11.1990, F. 3), sin que el ejercicio de este derecho pueda verse limitado por otros condi-

18. Véase el análisis de VILLAVERDE MENÉNDEZ, I., que se sigue en estas páginas, en *Teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución española de 1978*,..., pp. 105 ss.

cionamientos que los que resulten de las normas de orden público interno (STC 51/2011, de 14.4.2011, F. 8).

En este mismo ámbito, se ha admitido que forman parte también del libre desarrollo personal la libertad de procreación y la decisión de continuar o no una relación afectiva o de convivencia (SSTC 215/1994, de 14.6.1994, F. 4, y 60/2010, de 7.10.2010, F. 8.b) y se ha relacionado la libertad con el pluralismo: «en correspondencia con el pluralismo de opciones personales existente en la sociedad española y la preeminencia que posee el libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 C.E.), la Constitución no sólo protege a la familia que se constituye mediante el matrimonio –aunque a ésta la proteja especialmente– sino también a la familia como realidad social, entendida por tal la que se constituye voluntariamente mediante la unión de hecho, afectiva y estable, de una pareja» (STC 47/1993, de 8.2.1993, F. 3).

Respecto a la integridad física y moral, el consentimiento del paciente a cualquier intervención sobre su persona forma parte de su facultad de autodeterminación y le legitima para decidir libremente sobre las medidas terapéuticas y tratamientos que puedan afectar a su integridad, escogiendo entre las distintas posibilidades, consintiendo su práctica o rechazándolas¹⁹. Se protege así la libertad para consentir un tratamiento o rehusarlo, posibilidad que ha sido admitida por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos –TEDH–, aun cuando pudiera conducir a un resultado fatal (STEDH de 29 de abril de 2002, caso *Pretty c. Reino Unido*, § 63), y también por el TC español (STC 154/2002, de 18.7.2002, F. 9).

Como se acaba de indicar, en el ordenamiento español se ha admitido jurisprudencialmente que forma parte del libre desarrollo personal la libertad de procreación, así como la aceptación o rechazo de medidas terapéuticas y tratamientos que puedan afectar a su integridad. El propio Tribunal Supremo (TS), en la sentencia que nos ocupa, admite (F. 3.5) que «las normas que regulan los aspectos fundamentales de la familia y, dentro de ella, de las relaciones paterno-filiales, tienen anclaje en diversos preceptos constitucionales del Título

19. En particular, sobre el consentimiento del paciente y el poder de disposición sobre el final de la vida, y ciñéndome a la doctrina constitucional española, BASTIDA FREIJEDO, F.: «El derecho fundamental a la vida y la autonomía del paciente», en PRESNO LINERA, M. Á. (coordinador): *Autonomía personal, cuidados paliativos y derecho a la vida...*, pp. 53 ss.; BASTIDA/XIOL: *Autonomía del paciente, responsabilidad patrimonial y derechos fundamentales*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2012; CHUECA RODRÍGUEZ, R.: «El marco constitucional del final de la propia vida», *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 85, 2009, pp. 99 ss.; «El poder de disposición sobre el final de la vida», en *Autonomía personal, cuidados paliativos y derecho a la vida...*, pp. 79 ss. Sobre los casos de urgencia vital, ARRUEGO RODRÍGUEZ, G.: «La naturaleza constitucional de la asistencia sanitaria no consentida y los denominados supuestos de "urgencia vital"», *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 82, 2008, pp. 53-82, y «El rechazo y la interrupción del tratamiento de soporte vital en el derecho español», *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, nº 2, 2009, disponible en http://www.indret.com/pdf/620_es.pdf (a. 16 de junio de 2014); más en general, *Vida, integridad personal y nuevos escenarios de la biomedicina*, Comares, Granada, 2011.

I dedicado a los derechos y deberes fundamentales: derecho al libre desarrollo de la personalidad, entendido como la autonomía de la persona para elegir libre y responsablemente, entre las diversas opciones vitales, sea más acorde con sus preferencias...».

Como también se recuerda en esta sentencia y es, por lo demás, de general conocimiento, el artículo 10 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, dispone que «1. Será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero. 2. La filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto...».

Nosotros consideramos, a diferencia de lo que sostiene la mayoría que respalda el fallo, que este precepto no es de aplicación al caso que se examina pues, como se recuerda en el Voto particular, «la filiación ya ha sido determinada por una autoridad extranjera ("decisión de autoridad"), con lo que el problema se trasladaría a resolver si esta decisión contraría o no el orden público internacional, que es el argumento utilizado en algunas resoluciones dictadas en países de nuestro entorno en los que este tipo de contratos está prohibido por su legislación,..., y ver si puede ser introducida en el orden jurídico español para surtir en España los efectos legales correspondientes».

Entendemos que el orden público está orientado a la tutela de los derechos fundamentales en presencia, interpretados de acuerdo con los fundamentos del orden político y la paz social que son la dignidad y el libre desarrollo, por lo que debe atender tanto a la dignidad del menor como a la libertad de la mujer gestante, verificada judicialmente en el Estado de California en el caso que nos ocupa, y a la de los propios padres comitentes para acordar con esa mujer una conducta que es legal en el lugar donde se lleva a cabo.

Ya se ha mencionado antes que la apelación a la dignidad del menor debe encontrar su sentido en la protección frente a un trato peyorativo, que en este caso se produciría, precisamente por la negativa a la inscripción registral de su filiación a favor de los padres comitentes; ante este panorama, el Tribunal Supremo reconoce «que la decisión que ha adoptado no es intrascendente..., y que puede causar inconvenientes a los menores cuya filiación se discute» y se siente obligado a ofrecer alternativas: «el propio art. 10 de la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida, en su párrafo tercero, permite la reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, por lo que si alguno de los recurrentes lo fuera, podría determinarse la filiación paterna respecto del mismo. Asimismo, figuras jurídicas como el acogimiento familiar o la adopción permiten la formalización jurídica de la integración real de los menores en tal núcleo familiar» (F. 5.11).

Sin embargo, como se sostiene en el Voto particular, «es evidente que ante un hecho consumado como es la existencia de unos menores en una familia que actúa socialmente como tal y que ha actuado legalmente conforme a la

normativa extranjera, aplicar la normativa interna como cuestión de orden público, perjudica a los niños que podrían verse abocados a situaciones de desamparo, ..., y se les priva de su identidad y de núcleo familiar contrariando la normativa internacional que exige atender al interés del menor; identidad que prevalece sobre otras consideraciones, como ha destacado el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (SSTJUE de 2 de octubre 2003 –caso *García Avello*–, y 14 de octubre de 2008 –caso *Grunkin-Paul*–)».

En cuanto a la madre gestante, no parece que el Tribunal Supremo español se encuentre en mejores condiciones que los tribunales del Estado de California para presumir que debe «evitar la explotación del estado de necesidad en que pueden encontrarse mujeres jóvenes en situación de pobreza». Y no se olvide, como también ya se ha dicho, que el orden público español protege las decisiones libres de la persona capaz sobre la procreación y sobre prácticas médicas propias de la gestación.

Por lo que respecta al reproche expreso a los padres comitentes de «huida del ordenamiento español» y al implícito de aprovecharse del estado de necesidad de mujeres jóvenes en situación de pobreza, cabe recordar que la moral no es un límite a los derechos fundamentales; al menos, no lo es en la Constitución española ni puede serlo en normas inferiores del ordenamiento por mucho, como recuerda JIMÉNEZ CAMPO²⁰, que estén en la tradición del derecho (artículos 1255 y 1275 del Código Civil, que prevén, respectivamente, el límite de la moral a la libertad contractual y la nulidad de la causa del contrato cuando se opone a las leyes o a la moral).

III. LAS PERSPECTIVAS DEL ORDEN PÚBLICO INTERNACIONAL ANTE LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN

A. LA INSTRUCCIÓN DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO DE 5 DE OCTUBRE DE 2010 Y EL «OLVIDO» DEL ORDEN PÚBLICO

Sabida es la transcendencia que en este ámbito ha tenido la Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado (DGRN) de 5 de octubre de 2010²¹. Su origen y su orientación era clara: establecer el cauce para permitir la inscripción de las filiaciones obtenidas en el extranjero a través de contratos de gestación por sustitución al margen de la prohibición legal del art. 10 de la Ley sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida (LTRHA)²². La exigencia

20. *Ob. cit.*, p. 188.

21. BOE núm. 243, de 7-X-2010.

22. Ley 14/2006, de 26 de mayo (BOE núm. 126, de 27-V-2006). Esta actitud claramente favorable al reconocimiento de la gestación por sustitución también es subrayada por ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., (*loc. cit.*, pp. 369-370); *vid.* también VELA SÁNCHEZ, A. J., *La maternidad subrogada: estudio ante un reto normativo*, Granada, Comares, 2012, pp. 57 y ss.). Esta tendencia favorable a la inscripción se hace evidente con la práctica posterior, entre otras: la Resolución DGRN 1/2011, de 3 de mayo (JUR 2012, 107637) (www.westlaw.es); Resolución 6/2011, de 6 de mayo (JUR 2012, 147776) (*ibid.*). *Vid.* más referencias en DURÁN AYAGO, A., «El acceso al Registro Civil de certificaciones registrales extranjeras a

de la existencia de una resolución judicial en origen, introducida como condición específica, pretende establecer una garantía mínima en torno a la validez del contrato en el Estado de origen y, en la medida de lo posible, evitar su utilización para encubrir el tráfico internacional de niños. El voluntarismo de la Instrucción no sólo era palmario en su planteamiento central, sino que también se manifiesta en los propios controles que establece: en unos casos, por su formulación; en otros casos, por su puesta en práctica, y, finalmente, por sus omisiones.

En cuanto a su formulación, las condiciones establecidas como controles de las resoluciones judiciales de origen están claramente orientadas a mitigar algunos de los aspectos más polémicos que subyacen en la valoración de los supuestos de gestación por sustitución. Por una parte, el control de la voluntad de la madre gestante, que haya sido libremente consentido, con plena capacidad y conocimiento de causa, y respetando sus derechos procesales. Por otra parte, la exigencia de la firmeza de la decisión y la irrevocabilidad de los consentimientos se introducen como clave de protección de la seguridad jurídica del menor. Sin embargo, en la formulación de estos criterios no dejaba de ser sorprendente que se incluyera una referencia expresa al interés del menor. Lo sorprendente no es esta referencia en sí misma, dado que el interés del menor es el criterio rector de los poderes públicos en todas las actuaciones que les afecten; lo sorprendente es que tal alusión se haga en un instrumento en el que precisamente se pretende dar efecto a los contratos de gestación por sustitución. Esto presupone que, por sí misma, no se va a considerar contraria al interés del menor la filiación obtenida por esta vía.

El voluntarismo de la Instrucción de la DGRN también se manifiesta, como hemos indicado, en la puesta en práctica de algunas de las condiciones allí sugeridas. En concreto, la necesidad de que el supuesto esté conectado con el Estado de origen se articula a través de un control de competencia del tribunal de origen buscando que los criterios sean equivalentes a los previstos en el Derecho español. No es objetable la intencionalidad de tal condición en la medida en que pudiera utilizarse como instrumento de control y prevención de fraudes al Derecho español; después de todo detrás del control de la competencia judicial internacional del tribunal subyace la idea de evitar el *forum shopping*; es decir, la búsqueda (con una intencionalidad más o menos fraudulenta) de un tribunal con el que no exista una verdadera vinculación con la única intención de obtener un resultado no previsto (o incluso ilegal) en los propios tribunales. De hecho, una aplicación correcta de tal control debería haber impedido las inscripciones en el Registro Civil español de la mayoría de las filiaciones habidas mediante contratos de gestación por sustitución, en la medida en que la mayor parte de los supuestos se trataba de nacionales españoles, residentes en España, que acudieron a países donde estas prácticas son legales (lo que se ha denominado el «turismo reproductivo» o «turismo gestacional»).

la luz de la Ley 20/2011: relevancia para los casos de filiación habida a través de gestación por sustitución», *AEDIPr*, t. XII, 2012, pp. 265-308, esp. p. 266, nota 6.

Desde una perspectiva técnica, este control de la competencia supondría una «bilateralización» de los criterios del art. 22.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial en materia de filiación²³. Ya de inicio eso generaría, entre otras, dificultades en la medida en que tal disposición sólo está pensando en procesos contenciosos relativos a la filiación, lo que obligaría a adaptar su contenido a los procesos de jurisdicción voluntaria. El resultado de este control de competencia supondría que el padre o la madre comitentes fueran nacionales o residentes en el Estado concreto donde va a celebrarse el contrato (por ejemplo, Estados Unidos). No tendría, sin embargo, trascendencia en esta sede el criterio de la residencia habitual del hijo, en la medida en que ésta, para el caso de recién nacidos, debe entenderse fijada en la residencia de los progenitores²⁴ y, en estos supuestos, los que aspiran a serlo son residentes en España.

En la práctica registral este control no se ha realizado de ese modo. Puede, incluso, intuirse que no era éste el tipo de control en el que pensaba la DGRN, en la medida en que su aplicación estricta supondría, en la mayoría de los casos, el rechazo a la inscripción. Los Encargados de los Registros han reconvertido este control a la mera constatación de que la madre gestante esté domiciliada en el Estado de origen y que el nacimiento del niño se haya producido en el mismo, condiciones ambas evidentes y de obligado cumplimiento para que tales contratos pudieran tener eficacia en aquel Estado. Sin embargo, estos contactos no tienen en cuenta la vinculación real de la filiación que se va a constituir y que, en buena lógica, no desplegará ningún efecto en el Estado de origen si los padres comitentes no tienen esa nacionalidad, residen en otro Estado y no es previsible un traslado de residencia inmediato a ese Estado.

Finalmente, el aspecto más llamativo de la Instrucción, y sobre el que adecuadamente ha puesto acento la doctrina, ha sido el «olvido» del control de legalidad al que obliga el art. 23 de la Ley de Registro Civil (LRC)²⁵ o, al menos, de un control de orden público²⁶. El control de legalidad, aparte del problema

23. GUZMÁN ZAPATER, M., «Gestación por sustitución y nacimiento en el extranjero: hacia un modelo de regulación (sobre la Instrucción DGRN de 5 de octubre de 2010), *AEDIP*, t. X, 2010, pp. 731-743, p. 738. Sobre las dificultades de la bilateralización de estos criterios *vid.* ESPINAR VICENTE, J. M., «Nuevas reflexiones en torno a la heterodoxa doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado. La gestación por sustitución y el amparo a los actos en fraude a la Ley», en ESPLUGUES MOTA, C. y PALAO MORENO, G. (Eds.), *Nuevas fronteras del Derecho de la Unión Europea*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012, pp. 589-604, p. 602.
24. Véase, en este sentido, la sentencia del Tribunal de Justicia de 22 de diciembre de 2010, asunto C-497/10 PPU: *Bárbara Mercredi c. Richard Chaffe*.
25. Destaca ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S. (*loc. cit.*, p. 369) que esta actitud claramente favorable al reconocimiento «hasta el punto de silenciar obscenamente la aplicación del art. 23 LRC». También ESPINAR VICENTE, J. M., *loc. cit.*, pp. 598-599, critica especialmente la omisión al control de legalidad que pasaría por una aplicación directa del art. 10 LTRHA como norma de policía.
26. *Vid.* la posición crítica al respecto de CALVO CARAVACA, A. L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., «Notas críticas en torno a la Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 5 de octubre de 2010 sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución», *CDT*, 2011, vol. 3, nº 1, pp. 247-262, esp. pp. 253

metodológico que plantea en relación con el «reconocimiento» de la filiación ya constituida, habría obligado a un análisis de la inscripción de la filiación desde la perspectiva del Derecho español sobre la base del art. 10 LTRHA, algo que obviamente pretendía evitarse. Esa orientación material de la Instrucción explica también la ausencia del control del orden público entre las condiciones establecidas y, por tanto, elude cualquier valoración desde la perspectiva de los valores constitucionales, en su caso, subyacentes.

Resultado de todo ello, es que la Instrucción logra evitar cualquier vía que suponga una confrontación con la prohibición del art. 10 LTRHA. Elude también cualquier valoración en relación con la confrontación de valores con nuestro sistema jurídico: no hay control del orden público y tampoco hay control de fraude. Ello permite, en definitiva, dar cobertura al «turismo gestacional», desde el momento en que no sanciona la posibilidad de que padres y madres intencionales españoles domiciliados en España se desplacen a un Estado que ampare la validez de los contratos de gestación por sustitución.

B. LA PERSPECTIVA DEL TRIBUNAL SUPREMO Y EL ORDEN PÚBLICO PREVENTIVO

1. *El control abstracto «versus» el control «in casu»*

El Tribunal Supremo, en la citada Sentencia de 6 de febrero de 2014, sustenta el rechazo a la inscripción de la filiación obtenida de gestación por sustitución en el control del orden público internacional. Sin embargo, los valores constitucionales invocados, por una parte, y el carácter abstracto del control realizado, permiten cuestionar la conclusión alcanzada en la Sentencia. Tal y como califica el Voto particular, en esta Sentencia se tutela la «excepción del orden público de una forma preventiva» más allá del caso concreto planteado. Y ahí radica una de sus principales debilidades.

La aplicación del criterio de orden público a supuestos internacionales requiere, como es sabido, una interpretación estricta y adecuadamente fundamentada de los valores constitucionales vulnerados. Sin embargo, utiliza aquí el TS una cita yuxtapuesta de preceptos constitucionales que debilita enormemente la convicción sobre el núcleo y valor esencial que infringe la maternidad subrogada. De este modo se citan la autonomía y la dignidad de la persona (art. 10), la protección de la integridad física y moral (art. 15), el derecho a contraer matrimonio (art. 32), el derecho a la intimidad familiar (art. 18.1) y la protección integral de los hijos, en situación de igual al margen de la filiación (art. 39).

El criterio aglutinante parece ser la protección de la dignidad de la gestante, la mercantilización y «cosificación» de los niños y el aprovechamiento del estado de necesidad y explotación de mujeres en economías en desarrollo. La debilidad de la invocación de la dignidad para estos supuestos ya ha sido puesta

y ss.; también ha destacado la ausencia del orden público en GUZMÁN ZAPATER, M., *loc. cit.*, p. 734.

de manifiesto en la primera parte de este trabajo²⁷. Corresponde ahora profundizar en el carácter abstracto y apriorístico de la motivación de la Sentencia y su confrontación con el interés del menor en el supuesto planteado.

Una de las principales limitaciones de la Sentencia del TS es que su argumentación se construye a partir de un planteamiento general sobre la gestación por sustitución y sobre el significado que esta técnica representa en un determinado contexto social. Se llega a decir cosas tales como que estas técnicas posibilitan «la explotación del estado de necesidad en que se encuentran muchas mujeres en situación de pobreza, creando una especie de "ciudadanía censitaria" en la que solo quienes disponen de elevados recursos económicos pueden establecer relaciones paterno-filiales vedadas a la mayoría de la población» (FJ 6º)²⁸. Se entremezclan aquí cuestiones diversas atinentes a la dignidad de la mujer y al ámbito socio-económico de los Estados que admiten tales prácticas.

Sin embargo, esta contextualización de la gestación por sustitución puede entenderse sesgada, porque la realidad socio-jurídica subyacente es mucho más compleja. La gestación por sustitución no sólo es un fenómeno vinculado a países de economías en desarrollo o emergentes, tales como la India, sino que el modelo está extendido en Estados con sustrato económico diverso²⁹. La falta de precisión de las apreciaciones del Tribunal se demuestra en el propio supuesto de base que dio lugar al recurso (un contrato celebrado en California) cuyos parámetros para nada son coincidentes con lo expuesto en la Sentencia, tal y como se destaca en el Voto particular. No son comparables ni las intenciones de política legislativa presentes en las regulaciones de lugares tan diversos como California o la India, ni los perfiles de las mujeres que puedan aceptar ser gestantes, ni las condiciones o garantías que rodeen todo el proceso en el Estado de origen. No es válida, por tanto, una división lineal entre países pobres-productores de niños y países ricos-importadores de niños. Es evidente, además, la tendencia en el Derecho comparado y en los movimientos codificadores internacionales, como la Conferencia de La Haya, hacia la regulación de este tipo de maternidad, consecuencia, precisamente, de la «competencia entre ordenamientos»³⁰.

27. Abunda en la relativización de la dignidad como motivo de orden público invocable en este supuesto ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., «Reconocimiento de la filiación derivada de gestación por sustitución», en FORNER DELAYGUA, J., GONZÁLEZ BEILFUSS, C. y VIÑAS FARRÉ, R. (Coord.), *Entre Bruselas y La Haya. Estudios sobre la unificación internacional y regional del Derecho internacional privado. Liber Amicorum Alegría Borrás*, Madrid, Marcial Pons, 2013, pp. 77-90, esp. pp. 83 y ss.

28. En la misma idea se reitera en el FJ 7º, aludiendo al respeto a la dignidad e integridad moral de la mujer gestante y evitar la explotación de su estado de necesidad por su situación de pobreza.

29. Vid. un resumen de Derecho comparado en el documento de la Conferencia de La Haya, *Rapport Préliminaire sur les problèmes découlant des Conventions de maternité de substitution à caractère international*, www.hcch.net, pp. 12 y ss. Vid. también una exposición de Derecho comparado en DURÁN AYAGO, A., *loc. cit.*, pp. 277 y ss.

30. Véanse, en este sentido, los trabajos desarrollados en el seno de la Conferencia de La Haya para valorar la oportunidad de elaborar un Convenio internacional en la materia: *The Desirability and Feasibility of further work on the Parentage/Surrogacy Project* (Doc.

Pero también es ajeno al supuesto concreto la presentación y valoración que se realiza en la Sentencia sobre la validez del consentimiento de la madre gestante. Peca aquí el TS de cierto grado de «paternalismo» sobre la mujer. Este aspecto es especialmente subrayado en el Voto particular en el que se pone de relieve la minusvaloración que se realiza de la mujer en relación con su propia capacidad para consentir a la gestación por sustitución. La generalización realizada por el Tribunal no se corresponde con la existencia de diversos perfiles de madre gestante cuyo grado de «tutela» no puede, en todo caso, uniformarse. Por otra parte, porque se obvia la existencia de instrumentos jurídicos cuya función es garantizar la prestación de un consentimiento válido, informado y sin vicios de la voluntad. En esta clave, como vimos, la Instrucción DGRN de 5 octubre de 2010 estableció la necesidad de contar con una resolución judicial en el Estado de origen para garantizar la validez del consentimiento y del contrato de gestación por sustitución. Tal exigencia no es un mero condicionante formal sino una garantía de que un órgano imparcial ha podido verificar los extremos necesarios para una validez del consentimiento. Pero es que, además, la mera presencia de este requisito ya permitiría rechazar inscripciones procedentes de países poco garantistas donde podrían fácilmente intuirse prácticas abusivas³¹.

Nuevamente la posición del TS no resiste una confrontación con el caso concreto. La resolución judicial ha debido existir porque, precisamente, es una de las exigencias que introduce el Derecho californiano³², si bien es cierto, como se indica en el Voto particular, que tal resolución no figuraba entre la documentación aportada al procedimiento. En cualquier caso, el conocimiento sobre la legislación californiana invalida muchas de las apreciaciones realizadas con carácter general en la Sentencia y que no se corresponden con el sustrato fáctico y jurídico sobre el que debe decidirse en el recurso.

2. El fraude a la ley

La dispersión y poca consistencia a la hora de justificar el control del orden

Prel. nº 3 B, de abril de 2014), y *Study of Legal Patentage and the issues arising from International Surrogacy Arrangements*, vid. <http://www.hcch.net>.

31. Véase que, por ejemplo, la ausencia de resolución judicial para el caso de niños nacidos en la India fue la causa de rechazo a inscripciones procedentes de este Estado: Resolución DGRN 5/2011, de 6 de mayo (JUR 2012, 114782) (www.westlaw.es) y 2/2011, de 23 de septiembre (JUR 2012, 168312) (*ibid.*,).
32. El procedimiento legal para obtener la paternidad de un niño a través de un contrato de gestación por sustitución está regulado, fundamentalmente, en los artículos 7630 f) y 7650 a) del Código de Familia de California, y requiere necesariamente la obtención de una decisión judicial en la que, entre otras actuaciones, se declaran extintos los derechos de la madre gestante y de su eventual pareja, y se atribuye la paternidad al padre o a los padres intencionales, es decir, se determina la filiación de los niños nacidos por el procedimiento de gestación por sustitución. Asimismo, es esta decisión judicial la que ordena la expedición del certificado de nacimiento, donde ya no consta referencia alguna a la madre gestante, y la que impone que en el acta de nacimiento del hospital no se haga mención alguna a ésta y sí al padre o padres intencionales. Vid. un relato de los antecedentes del caso que llegó al TS en QUIÑONES ESCÁMEZ, A., *loc. cit.*, pp. 6 y ss.

público en algún valor constitucional determina que finalmente una prohibición de mera legalidad, como es la prevista en el citado art. 10 LTRHA, sea elevada a la categoría de orden público. Tal opción no se justifica como mecanismo de control al reconocimiento. Sin embargo, sí cabe analizar su incidencia en otra vertiente que plantea también la Sentencia, como es la del fraude a la ley.

Es identificable la «huida» del Derecho español en estos casos en los que la conexión real de la relación se produce con nuestro ordenamiento jurídico, tanto por la nacionalidad de los comitentes como por su residencia en España³³. La intencionalidad «defraudatoria» es verificable y, en esa medida, resulta difícil invocar una expectativa legítima por parte de los padres intencionales de ver reconocida la gestación por sustitución en España³⁴. Sin embargo, incluso siendo evidente esta «huida», su materialización como causa de rechazo a la eficacia de las filiaciones ya constituidas en otros Estados es más que cuestionable. El problema es difícilmente atajable en la medida en que sigan existiendo auténticos «paraísos gestacionales» que permiten y amparan los contratos de gestación en su territorio sin condicionantes de residencia previos³⁵. Por este motivo, la mera consideración del fraude, de existir, sólo tendría cabida desde la perspectiva del sistema español, pero no desde la perspectiva de los Derechos de los países de origen. Desde la perspectiva de los Estados de acogida esta situación y esta «huida» podría atajarse con un adecuado control de competencia de las autoridades de origen que suponga una «vinculación razonable» con ese Estado, basada, al menos, en una conexión con los padres intencionales³⁶. Otra de las vías propuestas ha sido considerar el art. 10 LTRHA como norma de policía de aplicación imperativa a situaciones internacionales y subsumible dentro del expediente general del fraude a la ley recogido en el art. 6.4 del Código civil³⁷.

33. Claramente lo destacan ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S. («Efectos en España...», *loc. cit.*, p. 351) y ESPINAR VICENTE, J. M., *loc. cit.*, p. 599.

34. QUIÑONES ESCÁMEZ, A., *loc. cit.*, pp. 27-29; ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., «Efectos en España...», *loc. cit.*, pp. 352 y 363.

35. Junto a verdaderos «paraísos gestacionales» existen otras legislaciones que, sin embargo, sí exigen una vinculación con su territorio para admitir el contrato de gestación de extranjeros; *vid.*, por ejemplo, en relación a Grecia y al Reino Unido, en QUIÑONES ESCÁMEZ, A., *loc. cit.*, pp. 30 y ss.

36. Véase en este sentido, ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., «Efectos en España...», *loc. cit.*, p. 364. Claramente contraria se muestra en este punto OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, P., «Reconocimiento en España de la filiación creada en el extranjero a través de una maternidad de sustitución», en NAVAS NAVARRO, S. (Dir.), *Iguals y diferentes ante el Derecho privado*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012, pp. 465-516, pp. 491 y ss. Salvando las distancias, es bastante significativo, en este sentido, el tipo de control de competencia que introduce el art. 26.I.1º de la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de adopción internacional, para el reconocimiento en España de las adopciones constituidas en el extranjero, y que establece que «en el caso en que la adopción no presente conexiones razonables de origen, de antecedentes familiares o de otros órdenes similares con el país cuya autoridad haya constituido la adopción, se estimará que la autoridad extranjera carecía de competencia internacional».

37. *Cf.* esta vía en ESPINAR VICENTE, J. M., *loc. cit.*, p. 599.

3. Control «ex ante» y control «ex post»

El TS también incluye la dignidad del menor dentro del orden público que motivaría el rechazo a la inscripción de la filiación a través de la gestación por sustitución. Nuevamente aquí debe distinguirse entre una aproximación general y apriorística al tema y su valoración cuando la filiación ya ha sido establecida en el Estado de origen.

Desde una aproximación general, el debate se suscita en torno al alcance de la libertad personal y sus límites en relación con la dignidad y el interés del menor, aspectos ya tratados y analizados en la primera parte de este trabajo. Enlazaría la cuestión con la identificación de un posible derecho fundamental a la procreación y a fundar una familia, que introduce un planteamiento novedoso respecto al enfoque tradicional del derecho a la vida familiar del art. 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH), centrado en el derecho del niño a una familia o el derecho de comunicación entre padres e hijos³⁸. Tal derecho fundamental no está asegurado en el estadio actual de interpretación del art. 8 CEDH y suscita un importante debate en torno a la confrontación de valores éticos, jurídicos y sociales, sobre todo en supuestos de maternidad subrogada de carácter comercial.

En todo caso, este planteamiento general debe dejarse a un lado cuando se confronta con la realidad de unos menores que ya han nacido y cuya filiación ya ha sido determinada conforme a un sistema jurídico. En este caso, el interés del menor parece que pasaría por dar continuidad a la relación jurídica ya constituida en el Estado de origen. Y es precisamente en este ámbito en el que se evidencia, como se destaca en el propio Voto particular, la debilidad de la posición del TS.

En este contexto, uno de principales argumentos esgrimidos en el recurso interpuesto por los padres intencionales para mantener la inscripción de la filiación a su favor es el «interés de los menores». Sobre esta base, denuncian la inseguridad que la cancelación de la inscripción de la filiación va a tener sobre la situación futura de los menores, tanto desde una perspectiva jurídica (con una posible vulneración a su derecho a la identidad única) como desde una perspectiva fáctica (dónde deben estar y con cargo a quién deben quedarse).

La respuesta dada por el TS y las posibilidades que abre ponen de manifiesto la debilidad de su construcción. Su propio punto de partida es más que cuestionable al contraponer la propia idea de «orden público» (en el sentido expuesto anteriormente) con el interés del menor cuya aplicación no cabe de manera «indiscriminada», vulnerando otros bienes jurídicos para colocar a los menores «en el ámbito de esas personas acomodadas» (FJ 5º). Sin entrar en otro tipo de valoraciones, esta afirmación, por sí misma, resulta inconsistente con un planteamiento coherente del orden público ya que aboca a entender que éste es algo diverso y puede contraponerse al interés del menor. Dicho de otro modo: parece confrontar nada menos el interés del menor (que llevaría a mante-

38. Sentencia TEDH asunto *Johansen c. Noruega*, nº 17383/90, de 7 de agosto de 1996.

ner el *status quo* actual de los menores) con una determinada concepción de orden público (del que derivaría un rechazo absoluto a la filiación obtenida a través de contratos de gestación).

Cabe preguntarse por las consecuencias de aplicar el interés concreto de los menores en el caso planteado: en particular, la problemática en torno a la identidad única y la situación legal posterior de los menores.

El derecho a la identidad única del menor y a mantener la relación familiar constituida es, sin duda, un argumento importante a favor de conservar la filiación ya creada en California. No obstante, debe precisarse el impacto concreto que sobre la identidad de los menores tiene la cancelación de la inscripción. Es cierto, tal y como indica el TS, que tal cancelación no determina, en ningún caso, una privación de todos los efectos que la inscripción haya podido producir. En concreto, no afectará ni al régimen del nombre ni a la nacionalidad (española) ya atribuida³⁹. Lo que sí sería apreciable sería una diferente determinación de la filiación en Estados Unidos y en España: en la inscripción registral californiana la filiación estaría determinada a favor de los comitentes, mientras que en el Registro civil español quedarían como supuestos de filiación indeterminada⁴⁰. Tal aspecto no debe minimizarse dado que, aunque en la actualidad la vinculación de los niños con Estados Unidos es inexistente, las circunstancias de los menores pueden cambiar (por ejemplo, una residencia posterior en aquel país) y con ello plantearse verdaderas dificultades de identificación. Es más, precisamente la vulneración de este derecho a la identidad única es la clave sobre la que se sustenta la nueva jurisprudencia del TEDH asuntos *Menesson* y *Labassee*, que se analizará más adelante, para justificar las filiaciones ya establecidas en el extranjero.

Queda por despejar, en todo caso, la incógnita sobre la situación futura de los menores. Frente a las alegaciones de posible desamparo, invoca el TS diversas vías que permitirán dar cobertura a la protección de los niños: ya sea a través de la reclamación de la paternidad biológica de uno de los padres (si realmente es posible porque hubiera aportado él mismo material genético) con base en el art. 10.3 LTRHA, ya sea acudiendo a la adopción o a otras figuras como el acogimiento familiar (FJ 11º). De hecho, finaliza la Sentencia instando al Ministerio Fiscal para que determine, en la medida de lo posible, la correcta filiación de los menores y tome en consideración, en su caso, «la efectiva integración de los mismos en un núcleo familiar *de facto*» (FJ 12º). La solución final pasaría, por tanto, por encontrar una vía que mantenga el *status quo* de la relación ya generada, de hecho, entre los padres comitentes y los menores. A un resultado de este tipo se ha llegado en la mayoría de casos similares planteados en países de nuestro entorno que, partiendo del rechazo a la maternidad

39. Sobre el alcance del art. 7 de la Convención de los Derechos del Niño y la inscripción registral *vid.* RODRÍGUEZ MATEOS, P., «La protección jurídica del menor en la Convención sobre los Derechos del niño de 20 de noviembre de 1989», *REDI*, vol. XLIV, 1992, pp. 465-498, esp. pp. 473-476 y, en relación con la nacionalidad, pp. 479 y ss.

40. Esto, al menos, es lo que se desprende del FJ 8º de la Sentencia.

subrogada, mantienen la relación de hecho ya consolidada. Lo cuestionable es que la utilización de tales figuras ya nace orientada en su solución, de modo que acaban desvirtuándose y perdiendo sus garantías específicas⁴¹.

C. LA PERSPECTIVA DE LA JURISDICCIÓN SOCIAL Y EL ORDEN PÚBLICO ATENUADO

1. *La gestación por sustitución como cuestión incidental en el orden social*

La perspectiva adoptada por los Juzgados y Tribunales del orden social ha sido bastante más flexible a la hora de otorgar efectos en España a la filiación obtenida por gestación por sustitución. Existen, en este sentido, diversas resoluciones de los Tribunales Superiores de Justicia (TSJ) de Madrid, Cataluña y Asturias que otorgan la prestación de maternidad a los supuestos de filiación obtenida por gestación por sustitución⁴².

Esta jurisprudencia tiene el valor añadido que le da realizar una interpretación, a los efectos de los permisos de maternidad, acomodada al nuevo contexto jurídico-social, superando la estricta literalidad de la previsión normativa. En este sentido, los tribunales realizan una equiparación de los supuestos ya legalmente previstos, tales como la adopción y el acogimiento familiar⁴³, para extender tales permisos también a las filiaciones obtenidas por gestación por sustitución. La analogía se basaría en estos casos en la identidad entre tales supuestos (en los que no existe el hecho biológico del embarazo y del parto) y su objeto jurídico (la protección del vínculo que se genera con el menor).

Sin embargo, el alcance de esta jurisprudencia es limitado en cuanto pronunciamiento sobre la validez y eficacia en España de la maternidad subrogada. Ciertamente, se da en estos casos la circunstancia de que nos encontramos ante filiaciones inscritas en el Registro civil y de las que, por tanto, se deriva una presunción de legalidad. Los tribunales del orden social no tienen competencia para pronunciarse sobre la validez de la filiación determinada, sino que simplemente parten de la eficacia que les otorga la previa inscripción registral.

Precisamente, el carácter incidental con el que se presenta la filiación por sustitución permite «atenuar» el orden público y en esa clave se pronunció

41. Aspecto ya denunciado por OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, P., «Reconocimiento en España...», *loc. cit.*, pp. 508-509.

42. *Vid.* la Sent. del Juzgado de lo Social nº 2 de Oviedo, nº 212/2012, de 9 de abril (AS 2012, 924), www.westlaw.es; Sent. Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sala de lo Social) núm. 668/2012, de 18 octubre (AS 2012, 2503), *ibid.*, (ambas comentadas por ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S. en *REDI*, vol. XLV, 2013-12-Pr.). *Vid.* también la Sent. Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sala de lo Social), núm. 216/2013, de 13 marzo (JUR 2013, 291496) (www.westlaw.es); Sent. Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (Sala de lo Social) núm. 7985/2012, de 23 noviembre (AS 2013, 845) (*ibid.*,) y Sent. Tribunal Superior de Justicia de Asturias (Sala de lo Social) núm. 2320/2012, de 20 septiembre (AS 2012, 2485) (*ibid.*,).

43. *Vid.* art. 133.ter de la Ley General de la Seguridad Social (R.D. Legislativo 1/1994, de 20 de junio, B.O.E. núm. 154, de 29-VI-1994); R.D. 295/2009, de 6 de marzo (B.O.E. núm. 69, de 21-III-2009).

expresamente el Juzgado nº 2 de lo Social de Oviedo de 9 de abril de 2012. En la medida en que no se trata de un pronunciamiento a título principal, sino sólo dar efectos a una filiación presumiblemente válida (en cuanto inscrita), no se suscita aquí una confrontación con los valores esenciales del ordenamiento jurídico. El planteamiento no es nuevo. De hecho, también en el orden social ha sido relevante en el sector de las pensiones de viudedad en el caso de matrimonios poligámicos⁴⁴. Ese mismo efecto atenuado del orden público permitiría, en el ámbito civil, que los menores cuya filiación se hubiera obtenido por esta vía pudieran reclamar alimentos de sus progenitores ante un tribunal español. Mientras no se cuestione la validez de esta filiación, tal reclamación podría prosperar sin prejuzgar el estado civil de base⁴⁵.

2. *El alcance de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia*

La cuestión sobre la concesión, o rechazo, de los permisos de maternidad en los supuestos de gestación por sustitución ha alcanzado una dimensión europea, en la medida en que ha sido el objeto central de dos cuestiones prejudiciales planteadas ante el Tribunal de Justicia. El debate se ha medido en torno al alcance en este ámbito de la Directiva 92/85/CEE⁴⁶, pero también en relación las Directivas sobre igualdad entre hombres y mujeres (Directiva 2006/54/CE)⁴⁷ y sobre discapacidad (Directiva 2000/78/CE)⁴⁸. Las Sentencias TJUE de 18 de marzo de 2014 han considerado que de estas Directivas ninguna obligación se deriva para los Estados miembros en relación con los permisos en los supuestos de gestación por sustitución.

Las circunstancias fácticas que originaron ambas Sentencias son esencialmente las mismas aunque en un contexto normativo diferente. En el asunto C-167/12, los hechos tuvieron lugar en el Reino Unido, Estado que admite una

44. Aspecto éste especialmente destacado en la Sent. de lo Social nº 2 de Oviedo nº 212/2012, de 9 de abril.

45. Así ocurre cuando deba emitirse un pronunciamiento sobre alimentos (*vid.* art. 1.2 del Protocolo de La Haya, de 23 de noviembre de 2007, sobre Ley aplicable a las obligaciones alimenticias). Lo mismo sucede en el sector del reconocimiento y ejecución de decisiones judiciales en materia de alimentos, que no tiene efectos en relación con la relación familiar subyacente (*vid.* art. 22 del Reglamento (CE) 4/2009, del Consejo, de 18 de diciembre, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y la cooperación en materia de obligaciones de alimentos).

46. Directiva 92/85/CEE del Consejo, de 19 de octubre de 1992, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia, D.O. núm. L 348, de 28-XI-1992.

47. Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación, D.O. núm. L 204, de 26-VII-2006.

48. Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, D.O. núm. L 303, de 2-XII-2000.

determinada modalidad de gestación por sustitución⁴⁹. En el asunto C-363/12, el supuesto se plantea en Irlanda, que no regula este método de filiación. También difieren las Conclusiones de los Abogados Generales: en el primer caso, la Sra. J. Kokott se muestra favorable a la concesión del permiso de maternidad con base en la Directiva 92/85/CEE «siempre que la madre intencional haya asumido la custodia del niño tras el parto, la maternidad subrogada sea admisible en el Estado miembro afectado y se cumplan los requisitos previstos al efecto en la legislación interna»; en el segundo caso, el Sr. N. Wahl directamente rechaza la posible extensión de la citada Directiva a estos supuestos porque, a su entender, no entra dentro de su objeto de protección, que se define por la situación de vulnerabilidad de las trabajadoras.

La conclusión que alcanza el TJUE en ambas decisiones es la imposible invocación de las Directivas europeas para sustentar la concesión de un permiso de maternidad por gestación por sustitución. Ambas decisiones coinciden en que el rechazo al permiso de maternidad no constituye una discriminación por razón de sexo prohibida por la Directiva 2006/54/CE. En el asunto C-167/12, se considera además la inexistencia de una obligación derivada de la Directiva 92/85/CEE para otorgar un permiso de maternidad a la madre comitente, incluso aunque ésta amamante al niño. En el asunto C-363/12, se considera, por su parte, que tal rechazo, no constituye tampoco una discriminación por razón de discapacidad prohibida por la Directiva 2000/78/CE.

Con estos antecedentes, debe valorarse si hubiera sido posible llegar a otra conclusión en el marco de las citadas Directivas y las consecuencias que, en su caso, podrían derivarse de los diferentes contextos normativos existentes en el Reino Unido y en Irlanda.

La aplicación de las Directivas sobre prohibición de discriminación por razón de sexo (Directiva 2006/54/CE) y de discapacidad (Directiva 2000/78/CE) parece que son fácilmente descartables. Ciertamente, resulta difícil identificar una discriminación, directa o indirecta, que afecte exclusiva o mayoritariamente a un sexo frente al otro y que, en los casos concretos planteados, pueda perjudicar la situación de las mujeres solicitantes frente a los varones. La denegación del permiso se hace al margen del sexo del solicitante y pueden verse perjudicados tanto mujeres como hombres. Es más, incluso en la práctica, podría entenderse precisamente que sería el colectivo de parejas homosexuales masculinas el más perjudicado con el rechazo a la gestación por sustitución⁵⁰.

49. La particularidad del Derecho británico en la materia, es que el 54 de la Ley de 2008 sobre la fertilización y la embriología humana (Human Fertilisation and Embryology Act 2008) prevé que, a instancia de dos personas, un tribunal puede dictar una resolución que les confiera la patria potestad sobre un niño («parental order»), al que se considerará legalmente hijo de los solicitantes, si el niño ha nacido de una mujer que no es uno de los solicitantes como consecuencia de la implantación en ella de un embrión, o de esperma y óvulos, o de su inseminación artificial; se han utilizado los gametos de al menos uno de los solicitantes para crear el embrión, y se cumplen otros requisitos, entre los cuales el de que los solicitantes sean marido y esposa o mantengan una relación análoga.

50. Es más, incluso para el ámbito del Derecho español, podría entenderse que precisa-

También parece plenamente justificada la inaplicación de la Directiva 2000/78/CE en la medida en que la discapacidad invocada que se argumenta para acudir a la gestación por sustitución, la incapacidad para procrear, no tiene trascendencia para la relación laboral ni genera una especial situación de vulnerabilidad que deba protegerse. Es decir, a efectos de esta Directiva, entiende el Tribunal de Justicia que el término «discapacidad» debe entenderse referido a cualquier «limitación, derivada en particular de dolencias físicas, mentales o psíquicas, a largo plazo, que, al interactuar con diversas barreras, puede impedir la participación plena y efectiva de la persona, de que se trate, en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores». Es decir debe demostrarse que el impedimento que aqueja a la recurrente dificulta el ejercicio de su vida profesional o el acceso a la misma. Tal y como se indica por el Tribunal de Justicia en el asunto C-363/12, tal circunstancia no está, sin embargo, acreditada en este supuesto.

Más elaborado debe ser, sin embargo, el análisis desde la perspectiva de la Directiva 92/85/CE y es donde precisamente se manifiestan las divergencias de interpretación. Ciertamente, se trata en este caso de identificar su objeto jurídico protegido y la necesidad o la posibilidad de actualización de su regulación al contexto actual de los diferentes métodos para el acceso a la maternidad. La perspectiva adoptada por la Abogada General J. Kokott propone situar a la Directiva en el nuevo contexto social y al margen de que la madre intencional amamante (como era el caso), o no, a su hijo. Entiende que la finalidad de la Directiva es una finalidad tuitiva relación madre-hijo: «con el permiso de maternidad se pretende también proteger la especial relación existente entre madre e hijo durante el período que sigue al embarazo y al parto, lo cual se corresponde con lo previsto en el artículo 24, apartado 3, y en el artículo 7 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea» y, desde esa perspectiva, existiría una clara analogía entre la filiación biológica con la filiación obtenida por gestación por sustitución. La perspectiva adoptada, sin embargo, por el Abogado General N. Wahl y por el TJUE parte del hecho biológico del embarazo y del parto, de modo que sólo se trata de proteger la especial situación de vulnerabilidad que tales hechos pueden suponer para la trabajadora y prevenir los inconvenientes que de esta vulnerabilidad podrían derivarse en el marco de su relación jurídica laboral. De este modo, no podría invocarse la Directiva 92/85/CEE si se considera que su objeto jurídico protegido es la filiación como hecho biológico, no como vínculo jurídico ni la relación materno-filial.

mente sería el colectivo masculino el que, con el rechazo a la maternidad subrogada, vería cerrada la vía a la inscripción de la filiación respecto de dos varones, siendo posible respecto de dos mujeres (art. 7.3 LTRHA). Este fue uno de los argumentos utilizados en el recurso planteado ante el Tribunal Supremo, resuelto por la Sentencia de 6 de febrero de 2014, y en la que se dejaba claro que el sexo de los solicitantes no era la causa de la negativa a la inscripción, sino la prohibición de un determinado acceso a la filiación, que afecta a todos por igual. El fundamento del art. 7.3 LTRHA resulta sólo aplicable cuando esté determinada la filiación biológica respecto de una de las mujeres casadas.

Quedaría por determinar el alcance de la vulnerabilidad derivada de lactancia. Obsérvese que la Directiva establece tres supuestos de trabajadora protegida: la trabajadora embarazada, la trabajadora que ha dado a luz y la trabajadora en período de lactancia (art. 2 de la Directiva). Cabe pensar que en realidad esta triple situación no era sino, en la concepción de la Directiva, una sucesión temporal de etapas en una misma trabajadora y esto explicaría que, en efecto, tal y como se dice en la Sentencia del TJUE, la protección prevista en el art. 8 de la Directiva relativa al «permiso de maternidad» esté pensando en la circunstancia biológica del parto. Lo cierto es que, en el asunto 167/12, se daba la circunstancia de que la madre intencional sí parece, según se desprende del relato de los hechos, que estuviera amantando a su hijo y, por tanto, quedaría justificada la protección basada en esa circunstancia física. No obstante, el alcance de la Directiva sólo llega al permiso de maternidad, pero no a permisos por lactancia. Cuestión diferente es que se invocara la Directiva a los efectos de hacer valer los beneficios específicos aplicables específicamente a las situaciones de lactancia (tales como la adaptación de condiciones de trabajo para situaciones de riesgo del art. 5, las prohibiciones de exposición a agentes o condiciones de trabajo que pudieran poner en peligro la seguridad o la salud del art. 6)⁵¹.

En todo caso, ambas Sentencias del Tribunal de Justicia tienen un alcance limitado en cuanto a su posicionamiento frente a la gestación por sustitución. La conclusión relevante es que las Directivas citadas, y en especial la Directiva 92/85/CE, son Directivas de mínimos, que ni prejuzgan las regulaciones estatales sobre esta maternidad ni impiden una mejor cobertura por los Derechos nacionales. El primer aspecto es evidente, porque no entra dentro de las competencias de la UE, en su estadio actual, una eventual regulación sobre las formas admisibles de determinación de la filiación⁵². El segundo aspecto también está claro desde el momento en que la propia Directiva 92/85/CEE autoproclama su sentido de armonización mínima superable por las legislaciones nacionales⁵³.

Este carácter limitado de la Directiva convierte en irrelevante, desde la perspectiva del Tribunal de Justicia, el diferente contexto normativo existente en los Estados de origen en cuyo seno se plantea el problema (el Reino Unido e Irlanda). No obstante, sí cabe pensar que ese contexto tiene trascendencia desde la dimensión interna. En este sentido, no parece que pueda llegarse a la

51. Se citan en este sentido en el Anexo II.B) la exposición a determinados agentes químicos o las condiciones de trabajo de minería subterráneos. Otras medidas de protección pueden estar desarrolladas de forma autónoma en los Derechos nacionales; *vid.* en ese sentido, en el ámbito del Derecho español, el art. 135 bis LGSS, en relación con la prestación económica por riesgo durante la lactancia natural.
52. Véase en este sentido un análisis comparativo sobre la normativa en la Unión Europea en el documento del Parlamento Europeo, «El régimen de subrogación en los Estados miembros de la Unión Europea», en [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/join/2013/474403/IPOL-JURI_ET\(2013\)474403\(SUM01\)_ES.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/join/2013/474403/IPOL-JURI_ET(2013)474403(SUM01)_ES.pdf).
53. Así, el art. 1.3 de la Directiva 92/85/CEE manifiesta que la Directiva «no puede tener por efecto la regresión del nivel de protección de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia en relación con la situación existente en cada Estado miembro en la fecha de su adopción».

misma solución en cuanto a los permisos de maternidad en aquellos Estados en los que se regula y admite expresamente la gestación por sustitución que en aquellos otros en los que no ocurre así. En este sentido, la expresa regulación de la gestación por sustitución en el Reino Unido debe entenderse como un punto de apoyo para justificar la equiparación de tal supuesto con otros en los que tampoco existe gestación biológica por parte de la beneficiaria de la prestación, como ocurre en los casos de adopción y acogimiento. Recuérdese que esta analogía con supuestos de adopción y de acogimiento es la que precisamente ha servido de punto de partida a la jurisprudencia social de los tribunales españoles para extender el permiso de maternidad a los hijos habidos mediante gestación por sustitución.

IV. ¿UN CAMBIO DE PARADIGMA? LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS EN LOS CASOS «MENNESSON» Y «LABASSEE»

Como se ha apuntado al principio y se ha venido comentado luego, el 26 de junio de 2014 se conocieron las decisiones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en los casos *Menesson c. Francia* y *Labassee c. Francia*. Ambos supuestos se refieren a la denegación, en Francia, del reconocimiento de una filiación legalmente establecida en Estados Unidos entre los niños nacidos de gestación por sustitución y la pareja comitente. En el primer caso, los demandantes fueron el matrimonio Mennesson, ciudadanos franceses, y las gemelas Valentina y Fiorella Mennesson, nacidas en el año 2000 y nacionales de los Estados Unidos; en el segundo caso demandan el matrimonio Labassee, ciudadanos franceses, y la niña Juliette Labassee, ciudadana estadounidense nacida en 2001. Ante la infertilidad de las señoras Mennesson y Labassee, contrataron una gestación en la que se aportaron los gametos de los señores Mennesson y Labassee. Una vez nacidas las niñas, los Tribunales de California y Minnesota, respectivamente, determinaron la filiación a favor de los matrimonios Mennesson y Labassee, que no pudieron inscribirlas en el Registro Civil francés por la negativa de las autoridades galas.

En el asunto *Menesson* –y los argumentos se reproducen en el caso *Labassee*– el TEDH constata que los padres se ocupan de sus hijas desde su nacimiento y viven juntos de una manera que no se distingue de la «vida de familia» en su sentido usual. En segundo lugar, recuerda que el derecho a la identidad es una parte integral del concepto de intimidad y que existe una relación directa entre la vida privada de los niños nacidos de gestación por sustitución y la determinación legal de su filiación. El TEDH toma nota de que la negativa de Francia al reconocimiento de estas filiaciones deriva de la voluntad de desalentar a sus nacionales que buscan fuera de Francia un método de reproducción allí prohibido con el fin, según su percepción del problema, de proteger a los niños y a la madre gestante. El Tribunal admite las dificultades que se plantean y la falta de consenso sobre estos asuntos en Europa. No obstante, el margen de apreciación nacional se reduce si está en juego una cuestión de la filiación, que es un aspecto esencial de la identidad de los individuos. Por otra parte, le

corresponde al propio Tribunal determinar si se produce un justo equilibrio entre los intereses del Estado y los de los individuos directamente afectados, especialmente si está en juego el interés superior de los menores.

La valoración sobre el verdadero impacto de la jurisprudencia emanada de los asuntos *Menesson* y *Labassee*, requiere examinar el contexto previo sobre la posición del TEDH en relación con el art. 8 del CEDH en los supuestos de rechazo al reconocimiento de filiaciones constituidas en otros Estados. Existen ya varios pronunciamientos que abogan, en clave de protección del menor, por establecer una continuidad en estas relaciones. Tal criterio ha sido establecido por el TEDH, entre otras, en la Sentencia de 28 de junio de 2007, en el asunto *Wagner J.M.W.L. c. Luxemburgo*⁵⁴, en el que se condenó a Luxemburgo por no reconocimiento de adopción constituida en Perú amparándose en la prohibición luxemburguesa de la adopción por personas solteras. Un planteamiento similar puede verse en la Sentencia dictada en el asunto *Negrepontis-Giannisis c. Grecia*⁵⁵. El criterio sustentado en ambas decisiones parte de un denominador común basado en la protección de la vida familiar generada entre adoptantes y adoptando. El vuelco de la nueva jurisprudencia se produce porque toma como referente no el derecho a la vida familiar de los padres intencionales, sino el derecho a la vida privada de los menores.

El rechazo al reconocimiento de la filiación obtenida por gestación por sustitución en el extranjero no vulnera el derecho a la vida familiar de los padres intencionales, en la medida en que, en todo caso, los menores permanecerán con los padres intencionales y se mantendrá, por tanto, la convivencia habida hasta la fecha. Tal conclusión es plenamente consecuente con la línea jurisprudencial consolidada del TEDH basada en una concepción fáctica de las relaciones familiares. Siendo, por tanto, el objeto del art. 8 CEDH la familia *de facto*, no resulta necesario ni exigible que se reconozca el vínculo jurídico de la filiación, siempre que la decisión adoptada no conlleve la separación de los menores de los padres intencionales con los que llevan conviviendo desde el principio. En este sentido, en el asunto *Menesson* queda acreditado que la ausencia de reconocimiento del vínculo de filiación no les impide disfrutar en Francia del respeto del derecho a su vida familiar, dado que los menores permanecerán con ellos⁵⁶. En este contexto, la respuesta que da nuestro TS, en la citada Sentencia de 6 de febrero de 2014, está en plena sintonía con el TEDH, al intentar buscar vías para que los menores permanezcan con los padres intencionales, aunque no se reconozca el vínculo de filiación entre ellos.

El rechazo al reconocimiento de la filiación obtenida por gestación por sustitución, sin embargo, sí vulnera el derecho a la vida privada de los menores.

54. Sentencia TEDH de 28 de junio de 2007, asunto n° 76240/01. Ampliamente sobre este caso vid. OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, P., *loc. cit.*, pp. 501 y ss.; también de la misma autora, «Recognition in Spain of Parentage created by Surrogate Motherhood», *YPRIL*, 2010, vol. 12, pp. 619-637, esp. pp. 634 y ss.

55. Sent. TEDH de 3 de mayo de 2011, n° 56759/08.

56. Vid. los Fundamentos 92 y 93, en relación con el 27, de la Sent. en el asunto *Menesson*.

Tal es la principal conclusión del TEDH. Como ya se ha indicado, se parte de la filiación como uno de los elementos que integran la identidad y por ello, desde esa perspectiva, sí resulta relevante el tratamiento que se le dé al vínculo jurídico más allá de la situación puramente fáctica. En esta vertiente del derecho a la identidad, la aproximación ya no se realiza desde la perspectiva de los padres intencionales sino desde la del interés del menor. Y es aquí donde se evidencia lo que ya denunciábamos a propósito del asunto planteado ante el TS: los mismos menores serán considerados hijos de los padres intencionales desde la perspectiva del Derecho californiano y, sin embargo, verán negada tal cualidad en el Estado de acogida (Francia, en el asunto *Menesson*, o España, en el asunto del TS)⁵⁷. Este hecho determina una infracción del derecho a la identidad única del que se derivan diversas consecuencias, tal y como expone el propio TEDH, entre ellas en relación con la adquisición de la nacionalidad o los derechos sucesorios. Es cierto que en los casos *Menesson* y *Labassee* concurre la circunstancia de que uno de los padres intencionales es, además, padre biológico, lo que acentúa la vulneración del derecho a la identidad de los menores si se rechaza el reconocimiento del vínculo jurídico de la filiación. Ahora bien, tal circunstancia no justifica una lectura reduccionista de esta nueva jurisprudencia, que limite su alcance a un mero refrendo de la filiación por gestación por sustitución cuando ésta tiene un origen biológico. Debe hacerse y está justificada una lectura más ambiciosa de estas Sentencias, dado que el criterio sentado del derecho a la identidad única se establece como categoría general y con manifestaciones concretas, por ejemplo para el ámbito de los derechos sucesorios de los menores, al margen de la existencia o no de vínculo biológico con los menores⁵⁸.

Pero el impacto de esta nueva línea jurisprudencial también supone una «desactivación» de las consecuencias del posible fraude cometido por los padres intencionales cuando escapan de su Derecho para ir a la búsqueda de un paraíso gestacional. Es cierto, y así ha sido destacado, que de la jurisprudencia del TEDH se derivaba hasta ahora una protección del reconocimiento de las relaciones constituidas en otros Estados, pero en las que subyacía el condicionante de una expectativa legítima de las partes en que dicho reconocimiento fuera a poder producirse⁵⁹. Tal es precisamente, en los términos ya indicados, uno de

57. Así se deriva del Fundamento 96 de la Sentencia.

58. Véase claramente el tenor del Fundamento 98 de la Sent. *Menesson*, que analiza el tratamiento de los derechos sucesorios tanto en relación con el padre intencional (con el que existe la relación biológica) como en relación con la madre intencional (con la que tal relación no existe)

59. Tal criterio ha sido sostenido también doctrinalmente KINSCH, P. («Recognition in the Forum of a Status Acquired Abroad-Private International Law Rules and European Human Rights Law», en BOELE-WOELKI, K. y otros (eds.), *Convergence and Divergence in Private International Law-Liber Amicorum Kurt Siehr*, Países Bajos, Eleven International Publishing, 2010, pp. 259-275, esp. pp. 272 y ss.) establece que se deriva de la protección de los derechos fundamentales la obligación de reconocimiento de un estado civil válidamente adquirido, pero sometido al criterio de la buena fe y de las expectativas legítimas basadas en la propia vinculación con el sistema extranjero a cuyo amparo se constituyó la relación. En el mismo sentido, ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., «Reconocimiento de la filiación...», *loc. cit.*, p. 89.

los aspectos más controvertidos en este caso. Pues bien, con la jurisprudencia *Menesson* pierde fuerza el criterio de la expectativa legítima de los padres intencionales como condición para el reconocimiento de las relaciones ya constituidas. El TEDH entiende que la sanción por una filiación creada en fraude de ley por los padres intencionales no puede suponer un rechazo al reconocimiento de dicha filiación en el Estado de acogida, en la medida en que ello afecta directamente a la vida privada de los menores. Dicho de otro modo, la aproximación desde la perspectiva exclusiva de los menores en el caso concreto bloquea los efectos sobre la filiación de la sanción que pueda adoptarse por la conducta presumiblemente fraudulenta de los padres intencionales. Nuevamente vemos que la valoración a partir del caso concreto, y *ex post*, sirve para matizar el posicionamiento general sobre el fraude a la ley y sus consecuencias.

V. ¿EL FINAL O UN NUEVO PRINCIPIO?: INCÓGNITAS PENDIENTES Y ALGUNA CERTEZA

Parece evidente que debe pronunciarse el *réquiem* por la Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010 no sólo por la Sentencia del TS que desvirtúa su eficacia cuando sea las inscripciones sean objeto de impugnación judicial, sino también cuando se produzca la entrada en vigor de la nueva Ley de Registro Civil⁶⁰. Cuando tal cosa ocurra queda claro que siempre que exista una decisión judicial de base a la certificación tendrá que irse al reconocimiento de esa decisión, con un control de orden público ineludible, cuyo alcance deberá ser adecuadamente precisado (art. 98.2 en relación con el art. 96 de la Ley). Si tal decisión judicial no existiera, y la inscripción se basara en la mera certificación registral, debería pasar, además del control de orden público, por el control de ley aplicada en el que entraría el art. 10 LTRHA cuando, por remisión del art. 9.4 del Código civil, fuera aplicable el Derecho español [art. 98.1, apartados c) y d) de la Ley]⁶¹.

Una eventual –más que improbable– consolidación del criterio jurisprudencial iniciado con la Sentencia del TS de 6 de febrero de 2014 no podrá suponer un rechazo absoluto y en toda circunstancia de la gestación por sustitución. No lo supondrá, como hemos visto, en los casos de efecto atenuado del orden público. Pero tampoco lo supondrá en relación con supuestos realmente

60. Ley 20/2011, de 21 de julio (B.O.E. núm. 175, de 22-VII-2011). Sobre la incidencia de la LRC en relación con la inscripción de la maternidad subrogada y los controles, *vid.* DURÁN AYAGO, A., *loc. cit.*, pp. 296 y ss. La entrada en vigor de esta Ley estaba prevista, conforme a la Disposición Final 10ª de la misma, para el 22 de julio de 2014. No obstante, está prevista una prórroga de la *vacatio legis* (*vid.* *Diario La Ley*, nº 8331, de 12 de junio de 2014).

61. No está justificada, por tanto, la idea mantenida por alguna doctrina de que la nueva Ley de Registro Civil supondrá la práctica legalización de los contratos de gestación por sustitución realizados en el extranjero (en ese sentido, *vid.* VELA SÁNCHEZ, A. J., «Soluciones prácticas para la eficacia en España de un convenio de gestación por encargo (De nuevo a propósito de la STS de 6 de febrero de 2014)», *Diario La Ley*, nº 8309, de 13 de mayo de 2014).

vinculados con el Estado de origen. En este sentido, la propia «huida» del Derecho español denunciada por el TS no se entenderá realizada si los padres intencionales, aunque fueran españoles, tuvieran efectivamente su residencia en California. Más evidente aún sería el caso de dos estadounidenses que residían en California cuando recurrieron al contrato de gestación por sustitución, posteriormente se trasladan a España y adquieren la nacionalidad española⁶². En este caso, no tendría justificación posible rechazar el reconocimiento de la filiación ya constituida.

Por otra parte, también son evidentes los inconvenientes detectados con el rechazo frontal a la gestación por sustitución cuando la filiación ya ha sido establecida. La protección del interés del menor en el caso concreto implica, como la reciente línea jurisprudencial del TEDH ha confirmado, su permanencia en el seno de los padres comitentes con una cobertura jurídica, paradójicamente, menos garantista.

Pues bien, esta jurisprudencia europea puede suponer un cambio de paradigma en materia de gestación por sustitución en el Derecho europeo pues, si bien no se deduce de ella que deba permitirse o regularse tal práctica en la normativa estatal, sí parece claro que la libertad legislativa de los Estados tiene límites que el Tribunal puede controlar a efectos de proteger el interés de los hijos nacidos por estas prácticas. Y lo que no cabe es colocar a los menores en una situación de incertidumbre jurídica que socava su identidad dentro de la sociedad; tampoco que resulten perjudicados sus derechos en materia de ayudas familiares, educación o derechos sucesorios. Al respecto conviene recordar que la Constitución española establece, en su artículo 39, que los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia –y en estos casos nos encontramos con familias–, así como «la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación...»

Por todo ello, creemos que el paradigma sobre el que se articula la sentencia del Tribunal Supremo español comentada en estas páginas es poco coherente con esta jurisprudencia europea, a la que se aproxima mucho más el Voto particular que recuerda: «es evidente que ante un hecho consumado como es la existencia de unos menores en una familia que actúa socialmente como tal y que ha actuado legalmente conforme a la normativa extranjera, aplicar la normativa interna como cuestión de orden público, perjudica a los niños que podrían verse abocados a situaciones de desamparo,..., y se les priva de su identidad y de núcleo familiar contrariando la normativa internacional que exige atender al interés del menor».

En este sentido, y según apuntan los últimos datos, parece confirmarse que la vida útil de la Sentencia del TS va a ser efímera, dado que la nueva Instrucción dirigida a los Registros consulares obligará nuevamente a la inscripción de las filiaciones constituidas en el extranjero⁶³.

62. Vid el supuesto en ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., «Reconocimiento de la filiación...», *loc. cit.*, p. 80.

63. Vid. en este sentido la noticia «Justicia ordena volver a inscribir a los bebés de "vientre

En todo caso, eso no significa que favorecer el reconocimiento de las filiaciones constituidas en otros Estados sea la mejor solución, en tanto genera un verdadero elitismo socio-económico para el acceso a la filiación y fomenta el turismo gestacional. La solución pasa, en definitiva, por un replanteamiento también a nivel interno de nuestra normativa⁶⁴, que permita amoldar el marco jurídico al nuevo contexto social. No parece ser ésta la tendencia legislativa actual. Antes al contrario: en el Proyecto que se acaba de presentar por el Ministerio de Justicia se introduce un apartado 7 en el art. 44 de la Ley del Registro Civil cuya finalidad va encaminada a legislar específicamente en contra de la maternidad subrogada, obligando incluso, para nacimientos producidos en el extranjero y sometidos a una ley extranjera, a que la filiación materna se determine a favor de la gestante⁶⁵. La formulación dada supone confirmar la prohibición del art. 10 LTRHA como una norma internacionalmente imperativa, al margen del lugar de nacimiento y de la ley aplicable a la determinación de la filiación conforme al art. 9.4 C.c. La analizada jurisprudencia *Menesson* también incidirá, sin duda, en la tramitación de este Proyecto. Muchas críticas podrán realizarse a una disposición como la prevista si continuara adelante con el tenor actualmente proyectado.

Desde la perspectiva de política legislativa, cabría indicar lo desafortunado de no plantear una norma de este tipo en el contexto de un debate sobre la determinación de la filiación en nuestro Derecho interno y sus necesidades de reforma. Ya hemos indicado los movimientos existentes en el Derecho comparado y en el seno de la Conferencia de La Haya, que parten de asumir la realidad, inevitable, de la constitución de filiaciones por gestación por sustitución en muchos países y, por tanto, de la necesidad de su regulación.

Desde una perspectiva técnica, un precepto del tenor propuesto suscita muchos de los inconvenientes analizados a lo largo de este trabajo, fundamentalmente problemas de identidad y de seguridad jurídica para los menores. Además, obvia el efecto atenuado y el principio de relatividad espacial del orden

subrogado"», aparecida en *El País* de 10 de julio de 2014, http://sociedad.elpais.com/sociedad/2014/07/10/actualidad/1405018265_507916.html.

64. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., *loc. cit.*, pp. 376-377.

65. Proyecto de Ley de medidas de reforma administrativa en el ámbito de la Administración de Justicia y del Registro Civil, remitido a las Cortes por acuerdo del Consejo de Ministros de 13 de junio de 2014. Reforma el art. 44 de la Ley de Registro Civil, cuyo apartado 7 queda con el siguiente tenor:

«En los casos de nacimiento fuera de España, cuyo régimen de filiación esté sujeto a la legislación extranjera, se consignará en todo caso la filiación materna correspondiente a la madre gestante, siendo necesaria para hacer constar la filiación paterna no matrimonial la declaración conforme del padre y de la madre sobre dicha filiación; si la madre estuviera casada y la legislación extranjera lo exigiera, se precisará la conformidad del marido respecto de tal filiación. En cualquier otro caso, para la inscripción en el Registro Civil de la filiación del nacido será necesario que haya sido declarada en una resolución judicial reconocida en España mediante un procedimiento de exequátur».

Una primerísima valoración de DURÁN AYAGO, A., puede verse en <http://www.gestacion-subrogada.com/valoracion-proyecto-de-ley-registro>.

público, dado que declara su aplicabilidad a supuestos inicialmente desconectados con nuestro territorio (nacimientos en el extranjero y filiación sometida a una ley extranjera) que se verán sometidos al imperio de la prohibición española cuando tengan acceso al Registro civil español (por ejemplo, en los casos de adquisición posterior de la nacionalidad española)⁶⁶. Tal aplicación, claramente desproporcionada, generará graves problemas de efectividad.

En definitiva, habrá que seguir con atención los próximos movimientos legislativos y jurisprudenciales que, intuimos, de manera inexorable, más pronto o más tarde, acabarán admitiendo la eficacia de la filiación por gestación por sustitución, sumándose al contexto que la nueva realidad social y jurídica comparada va imponiendo.

66. La hipótesis de aplicación de la ley extranjera a la determinación de una filiación, cuando el nacimiento se ha producido fuera de España, presupone que ni el padre ni la madre tienen nacionalidad española porque, de lo contrario, la filiación quedaría regida por la ley española al tener el hijo esta nacionalidad (ex. art. 9.4 del Código civil). El supuesto, por tanto, está claramente desvinculado de nuestro territorio: nacimiento en el extranjero y padres de nacionalidad extranjera.