

Una filiación: tres modalidades de establecimiento. La tensión entre la ley, la biología y el afecto

PILAR BLANCO-MORALES LIMONES
Catedrática de Derecho internacional privado
Universidad de Extremadura

Resumen. Frente a la maternidad subrogada o donación de engendramiento no cabe eludir los problemas. Los casos de gestación subrogada producen una serie de conflictos de largo alcance que requieren de reformas legislativas a nivel nacional y en el plano internacional.

Palabras clave. Filiación. Adopción abierta. Maternidad subrogada

Abstract. Facing the surrogacy or donation of begetting not fit circumvent the problems. The cases produced a series of conflicts that require far-reaching legislative reforms an multilateral instrument in this field.

Keywords. Filiation. Open adoption. Surrogacy

Sumario: I. La legislación que rige las relaciones familiares participa en la formación de sus elementos esenciales. II. ¿Y tú de quién eres? Filiación y estirpe. 1. ¿Quién dijo miedo? De la adopción incógnita al derecho del adoptado a conocer su origen biológico y a la *adopción abierta*. 2. Un secreto de polichinela: la donación de la capacidad de engendramiento. A. *El anonimato reconocido al donante de semen*. B. *La prohibición del parto anónimo*. C. *Mater semper certa? La donación de capacidad de gestación*. III. El reconocimiento de la filiación de los niños nacidos en el extranjero en los supuestos de gestación subrogada. 1. El *leadin-case*. 2. El Estado español contra el Estado español. La fiscalía demanda a la DGRN por el caso de los mellizos y el Tribunal Supremo le da la razón. 3. La Doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en las sentencias de 26 de junio de 2014, casos *Menesson c. Francia* y *Labassee c. Francia*. IV. La imperiosa necesidad de legisla: Los niños no pueden ser tratados como pasajeros clandestinos.

I. La legislación que rige las relaciones familiares participa en la formación de sus elementos esenciales.

Un delicado problema de la sociedad de nuestros días es el de la redefinición de los vínculos genealógicos. Este problema se plantea en relación con la adopción y el secreto sobre los orígenes del hijo adoptivo. También surge en la reproducción asistida, al decidir sobre las técnicas admitidas y sobre si se debe garantizar el anonimato del donante o se debe asegurar el derecho de la persona a conocer sus orígenes biológicos. Aunque la gran cuestión pendiente es la ineludible regulación de la gestación subrogada, con especial atención a la filiación en los casos internacionales¹.

Los legisladores deberán pronunciarse sobre un tema tan importante como polémico: si se debe mantener el modelo de regulación que distingue entre el origen biológico y el entorno afectivo y social por filiación, o si se debe crear una serie de normas que relacionen “la filiación legal con la filiación *de ipso*”. De este modo se preparará el camino para la condición de parentesco múltiple, en la cual un joven puede tener a la vez padres sociales y genealógicos.

La medicina moderna agita los fundamentos de la filiación y la significación de sus reglas jurídicas. A los interrogantes de fondo se suma un difícil debate sobre los medios del Derecho: Qué se debe hacer ¿Legislar? En qué plano ¿constitucional, civil, social, administrativo, penal? ¿Dejar el problema en manos de comité de ética permitiendo una regulación abierta y flexible? ¿Esperar a que la jurisprudencia nos proporcione las soluciones, inevitablemente parciales, que la imaginación de los jueces pueda descubrir en los arcanos del Derecho vigente?

Desde un punto de vista jurídico, resulta ilusorio pensar que la vida familiar es hoy en día menos institucional que en el pasado. La diversificación de las relaciones y de las aspiraciones de las personas acarrea problemas inéditos y obliga a la necesaria actuación de los poderes públicos bajo nuevos enfoques. Al margen de cualquier otra consideración, cada uno tiene una experiencia de la familia: la de su propia familia. En todo tiempo y lugar la familia es vínculo, de afecto y parentesco. Ninguno

* Pilar BLANCO-MORALES LIMONES. Catedrática de Derecho internacional privado. Universidad de Extremadura

¹ De especial relevancia son los trabajos de la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado, que ofrecen una panorámica exhaustiva del estado de la cuestión y de su evolución en orden a la elaboración de un Convenio internacional. Vid. HCCH: *The private international law issues surrounding the status of children, including issues arising from international surrogacy arrangements*, accessible en http://www.hcch.net/index_es.php?act=text.display&tid=178

de los grandes cambios de nuestra época supone una modificación de esta percepción, permanente y universal, de la familia, elemento durable y fundamental de la sociedad.

En la sociedad española de nuestros días conviven ejemplarmente distintos modelos de familia que reflejan concepciones procedentes de todo el mundo: parejas de hecho, familias monoparentales, matrimonios heterosexuales, matrimonios del mismo sexo, matrimonios contractuales, matrimonios poligámicos. La Constitución española protege a la *familia* en su artículo. 39.1. La Constitución no acoge un concepto único y restrictivo de familia que deba ser objeto de protección. Es más, la familia a proteger jurídicamente no es sólo la familia matrimonial (STC 222/1992), como lo fue en el pasado; ni sólo la familia matrimonial monógama (STEDH 13 junio 1979, *Marckx vs Bélgica*). Los casos en los que un modelo de familia no recibe protección jurídica deben ser delimitados con sumo cuidado, para no vulnerar el mandato constitucional de protección a la familia (STEDH, 8 diciembre 2009, *Muñoz Díaz c. España*)².

Desde la Constitución de 1978, el Derecho de familia se ha reescrito en diferentes capítulos. El primero, lo dictó la propia norma fundamental y en 1981 se produce la gran reforma que entroniza la igualdad en nuestro sistema jurídico. Desde entonces, se han sucedido las modificaciones, impulsadas por los diversos factores. La *evolución social*, es sin duda el más visible, concierne al núcleo de la vida familiar. Podríamos concretarla en distintos aspectos que se traducen en lo que Irène THIERY ha denominado el *descasamiento*, para designar no la disminución del número de matrimonios, ni la crisis o desvalorización del matrimonio, sino una redefinición fundamental del lugar y del rol de la institución matrimonial en el sistema de parentesco occidental: divorcios, parejas de hecho, familias reconstituidas, familias monoparentales³.

Por otra parte, los Convenios internacionales, singularmente, la Convención internacional sobre los Derechos del Hombre, la Convención Europea sobre los Derechos Humanos y la Convención sobre los Derechos del niño, han contribuido a construir la cohesión familiar en armonía con el derecho a la igualdad y la proscripción de cualquier forma de discriminación. Y, finalmente, la *evolución científica en el ámbito de la biología y de la medicina*, de un lado contribuye a la

² Cfr. PRESNO LINERA, M.A: "El Derecho Europeo de Familia", BIB 2008\2161 Cuadernos Aranzadi del Tribunal Constitucional num. 22 (Estudios). Accesible en http://www.unioviado.es/constitucional/miemb/presno/Derecho_europeo%20de_familia.pdf.

³ Vid. *Filiation, origines, parentalité Le droit face aux nouvelles valeurs de responsabilité générationnelle*; accesible en http://www.justice.gouv.fr/include_htm/etat_des_savoirs/eds_thery-rapport-filiation-origines-parentalite-2014.pdf, pp. 29 y ss.

prolongación de la vida y, en consecuencia, a una mayor duración de las parejas, a la coexistencia de varias generaciones y a la necesidad de atender a nuevas necesidades ligadas a la longevidad; y de otro, permite la certidumbre sobre la filiación biológica al tiempo que facilita la procreación mediante Técnicas de Reproducción Humana Asistida (TRHA, en lo sucesivo).

Inadaptado a esta evolución que a pocos cupo imaginar y prever en su amplitud y velocidad, el Derecho de familia se hizo ilegible. La respuesta del legislador español ha sido diversa y dispersa. Diversa, porque mientras que en Cataluña se concibe de manera integral, como parte de un ambicioso plan codificador, no ha sido así en el resto de los ámbitos, ni para la reforma del Código civil, ni por parte de otras Comunidades Autónomas con Derecho civil propio. Dispersa, porque incluso en el caso de Cataluña, no se han emprendido con una perspectiva sistémica, comprensiva de las mutuas relaciones entre las diferentes instituciones, ni se ha fundado en principios que dieran respuestas plausibles a estas interrelaciones.

No obstante, entre 2004 y 2008 se dieron algunos pasos de gran importancia con la nueva regulación del divorcio, el reconocimiento del derecho a contraer matrimonio a las personas del mismo sexo y la reforma de la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida. Sin embargo, quedan muchas e importantes tareas pendientes. Algunas de ellas motivan el *Proyecto de Ley de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia*, en trámite parlamentario desde el 21 de febrero de 2015⁴. No obstante, este Proyecto de Ley no afronta la cuestión de la filiación de los hijos gestados por sustitución.

II. ¿Y tú de quién eres? Filiación y estirpe.

En 1476 se publicó un relato de *Masuccio Salernitano* que narraba el trágico destino de dos jóvenes amantes que decidieron morir porque pertenecían a familias enfrentadas y les habían prohibido casarse. Durante el siglo siguiente, el relato ganó popularidad y fue repetido incontables veces, no sólo porque era emocionante sino también porque daba motivo para reflexionar sobre las imposibles exigencias que las familias podían imponer a sus miembros. A finales del siglo XVI, *William Shakespeare* utilizó el argumento para *Romeo y Julieta* (1592), obra que puede contemplarse como una crítica a la opresión del parentesco sobre los deseos de las personas consideradas individualmente.

Hoy nos puede sorprender que Shakespeare escribiera *Romeo y Julieta* sin utilizar la palabra *family*. De hecho, en todas sus obras utilizó la palabra escasamente y

⁴ Accesible en http://www.congreso.es/public_oficiales/L10/CONG/BOCG/A/BOCG-10-A-131-1.PDF

nunca en su acepción moderna. En lugar de ello, el dramaturgo situó a sus célebres amantes en el centro de dos linajes, la casa de los Montesco y la casa de los Capuleto. En otros muchos países europeos también se evitaba el empleo de la palabra familia. Lope de Vega en *Castelvines y Monteses* (1618) habla esencialmente de la casa. Aunque Rojas Zorrilla en *Los bandos de Verona* (1640) utiliza ocasionalmente la palabra *familia* en el sentido de parentela, a menudo opta por sinónimos como *árbol*, *bandos* y *rama*.

Romeo y Julieta sabían que no eran dueños de sí mismos; sus destinos estaban en manos de las imposiciones de su estirpe. Su filiación no era únicamente la relación que les unía a sus procreadores, pues ésta era tan solo una vía más de integrarse en la familia agnaticia. En el cambio de la familia extensa a la familia nuclear, que constituye el paradigma de la codificación en el siglo XIX, la filiación natural adquiere un protagonismo excepcional, centrado en el privilegio de la filiación matrimonial, con prohibición de la investigación de la paternidad. Prácticamente hasta bien entrado el siglo XX se conceden muy reducidos derechos a los hijos no matrimoniales y se posterga absolutamente a los adulterinos y a los incestuosos. En España, como ya hemos señalado, a partir de la Constitución y desde la reforma de 13 de mayo de 1981, se ha instaurado una absoluta y total equiparación de los hijos, sin distinción alguna por razón de procedencia y nacimiento.

En una aproximación poco profunda, pudiera pensarse que en el Derecho español tras la Constitución, las relaciones de filiación, de parentesco en definitiva, resultan de la conciliación entre verdad biológica y libre investigación de la paternidad, por un lado, la equiparación de la filiación adoptiva a la filiación natural y la traslación de los principios de la filiación natural a la procreación mediante TRHA, por otro. En nuestro Derecho rige un modelo sustentado sobre el predominio de la verdad biológica; el criterio básico para la determinación de la filiación es el biológico, que se impone sobre otras consideraciones tales como la posesión de estado. Pero no es el único criterio en el ámbito jurídico como lo prueban la filiación por adopción, y la filiación mediante procreación asistida, con gametos ajenos a la pareja⁵.

Sin embargo, la regulación de la determinación de la filiación plantea al día de hoy grandes cuestiones. Estas cuestiones se resumen en la existencia de diferentes modalidades de establecimiento de la filiación. Así junto a la procreación por la que se establece la filiación natural, conviven la adopción y las TRHA. Sobre estas dos últimas centraremos nuestra atención.

⁵ Arts. 7, 8 y 9 de la Ley 14/2006 de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida.

1. ¿Quién dijo miedo? De la adopción incógnita al derecho del adoptado a conocer su origen biológico y a la *adopción abierta*.

En la adopción se cruzan dos historias y un único protagonista: el adoptado. Un protagonista al que, en muchos países, por ministerio de la ley se le priva de conocer sus orígenes y cuyas consecuencias están en revisión. Esta revisión evoluciona desde la modulación del secreto de la adopción a fin de que el adoptado busque y encuentre su identidad⁶; hasta una nueva concepción del triángulo de la adopción, que muchos países han afrontado dando cabida a un modelo de relaciones equilibradas.

Respecto de la adopción incógnita, hemos asumido que la “ética de la vida” y la “ética del parentesco” dialogan entre sí y no pueden ser fácilmente separadas. Así el secreto de la filiación de origen se ha levantado en numerosos países. En España, la legislación civil catalana reguló desde 1991 la posibilidad de que el adoptado mayor de edad pueda acceder a la información sobre la identidad de sus progenitores por naturaleza. La Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia impone a los adoptantes la obligación de informar al hijo adoptado sobre la adopción, tan pronto como este tenga suficiente madurez o, como máximo, cuando cumpla doce años, salvo que esta información sea contraria al interés superior del menor. Ante la falta de una clara determinación del Código civil, la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción internacional, consagra en su Artículo 12 el *Derecho a conocer los orígenes biológicos*. Derecho que también rige en Suiza, Alemania, Gran Bretaña, Brasil, Estados Unidos. Por el contrario, el secreto de la filiación de origen continúa vigente en Francia, Italia, Portugal.

El Proyecto de Ley de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, al que más arriba nos referimos, propone la modificación del artículo 180 CC para consolidar el derecho de las personas adoptadas a conocer sus orígenes. A tal fin se impone su garantía a las Entidades Públicas debiendo mantener la información durante al menos cincuenta años, plazo previsto en el Convenio Europeo de Adopción.

⁶ No así respecto de terceros, para los que la adopción es un dato confidencial que debe ser protegido. Vid. Instrucción de 1 de julio de 2004, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, por la que se modifica la regla primera de la Instrucción de 15 de febrero de 1999, sobre constancia registral de la adopción. Cfr. artículos 16 y 18 de la Ley de 8 de junio de 1957, reguladora del Registro Civil, modificados por la Ley 24/2005.

El estigma y el secreto de la adopción, en la década de los años 80 del pasado siglo, evoluciona hacia al conocimiento y a la relación⁷. Nueva Zelanda fue pionera en esta nueva concepción⁸. Los expertos en trabajo social pusieron de manifiesto el cambio se producía en la tensión entre la familia biológica y la familia legal y afectiva y abogaban por la regulación de la llamada adopción abierta.

En la adopción abierta, los progenitores biológicos y los padres adoptivos pueden acordar, en interés del menor, una relación personal adecuada entre los padres biológicos y el hijo adoptivo: Acuerdo que no se pueden modificar de forma unilateral y que requiere la aprobación de la Autoridad de Protección de la Infancia, quien también debe resolver las diferencias que surjan en la aplicación del acuerdo. A que en todo caso no debe imponerse al hijo menor de edad que no ha de verse obligado a mantener contacto con sus progenitores biológicos en contra de su voluntad⁹. En este sentido, el Proyecto de Ley de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, propone la modificación del artículo 178 CC a fin de permitir que entre el adoptado y su familia de procedencia, pueda mantenerse con algún miembro de ella alguna forma de relación o contacto a través de visitas o de comunicaciones. Para ello será necesario que en la resolución de constitución de la adopción así se acuerde por el Juez, a propuesta de la Entidad Pública, previa valoración positiva en interés del menor por parte de los profesionales de esa Entidad Pública, y consentido por la familia adoptiva y el menor que tenga suficiente madurez y, en todo caso, si tuviera más de doce años.

2. Un secreto de polichinela: la donación de la capacidad de engendramiento.

Las técnicas de reproducción asistida cuestionan las reglas clásicas de la paternidad y la maternidad, provocan la disociación del elemento genético y del elemento social en el nacimiento del ser humano. Ello implica que hay que diferenciar el status de padre del rol de progenitor con una perspectiva diferente la que sirve para enfocar la

⁷ Siegel, D./ Smith, S. L. (2012). *Openness in Adoption. From Secrecy and Stigma to Knowledge and Connections*. New York, NY: Evan B. Donaldson Adoption Institute. Retrieved from http://www.adoptioninstitute.org/research/2012_03_openness.php

⁸ NEW ZEALAND LAW COMMISSION, *Preliminary Paper 38*, Adoption: Options for Reform; accessible en <http://www.nzlii.org/nz/other/nzlc/pp/PP38/>

⁹ Hemos resumido los rasgos más generales de la adopción abierta. Para el detalle de la regulación en los estados de los EE.UU. vid. *Collection of Family Information About Adopted Persons and Their Birth Families*, accessible en https://www.childwelfare.gov/systemwide/laws_policies/statutes/collection.cfm; de interés resultan las propuestas de reforma en Suiza, vid. *Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Adoption)*, DE 28. November 2014, accessible en http://www.parlament.ch/d/suche/Seiten/geschaefte.aspx?gesch_id=20140094.

adopción. Las TRHA relativizan el parentesco biológico en interés de la que se considera como verdadera paternidad: la paternidad afectiva y educativa.

En España, la Ley 14/2006 de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida (LTRHA), regula las técnicas permitidas, su aplicación en la prevención y tratamiento de enfermedades de origen genético, la utilización de gametos y embriones humanos crioconservados, las condiciones personales de aplicación, los requisitos de los centros y servicios de reproducción asistida, los derechos y deberes de los beneficiarios, el consentimiento y sus formalidades; establece un registro de donantes y formula soluciones para el tratamiento y conservación de datos.

En el tratamiento de las que podríamos denominar *donaciones de la capacidad de generación* (óvulos, semen y preembriones), la Ley parte del anonimato del donante, si bien con preservación del derecho de los beneficiarios o de los nacidos mediante estas técnicas a obtener información general de los donantes que no incluya su identidad (art. 5.5 LTRHA). Excepcionalmente, en circunstancias extraordinarias que comporten un peligro cierto para la vida o la salud del hijo o cuando proceda con arreglo a las Leyes procesales penales, podrá revelarse la identidad de los donantes, siempre que dicha revelación sea indispensable para evitar el peligro o para conseguir el fin legal propuesto y sin que en ningún caso suponga establecer vínculos de filiación (art. 8.3 LTRHA).

En la solución legal se plantea un conflicto de intereses, pues la determinación de la filiación cuando los elementos genéticos proceden de donante, es centro de un complejo conflicto de intereses. De un lado, el derecho de la persona a conocer su propia filiación biológica; de otro, el derecho a la intimidad personal o familiar que corresponde a los padres –jurídicos- y la protección que el Estado debe dispensar a la estabilidad de las relaciones familiares; en fin, el derecho a la intimidad del donante.

En realidad, la identidad del donante es perfectamente conocida por el centro autorizado, se recoge en sus informes y es accesible a sus médicos. Por el contrario, los principales interesados no tienen acceso a esta información: ni el donante podrá saber quién nació de su donación, ni el niño podrá saber de qué donación ha nacido. Así pues, la regla es en realidad una “anonimización” legal de las donaciones, un secreto de polichinela.

Partiendo del anonimato de la donación, debemos centrar nuestra atención en algunas particularidades que marcan diferencias respecto de la posición del padre y de la madre.

A. El anonimato reconocido al donante de semen.

El Tribunal Constitucional hubo de resolver un recurso presentado contra el artículo 5 de la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre Técnicas de Reproducción Asistida. Esta disposición fue sustituida por la Ley 14/2006, de 26 de mayo, pero existe entre ambas una identidad de tenor y razón. El Tribunal Constitucional entiende que es perfectamente lícito, desde el punto de vista constitucional, la disociación entre progenitor biológico y padre legal. Y subraya que la acción de reclamación o de investigación de la paternidad se orienta a constituir, entre los sujetos afectados, un vínculo jurídico comprensivo de derechos y obligaciones recíprocos, integrante de la denominada relación paterno-filial. Dado que la revelación de la identidad de quien es progenitor a través de las técnicas de procreación artificial no se ordena a la constitución de tal vínculo jurídico, sino a una mera determinación identificativa del donante de los gametos origen de la generación, la eventual reclamación, con este concreto y limitado alcance, se sitúa en un ámbito distinto al de la acción investigadora de la paternidad que consagra el último inciso del artículo 39.2 de la Constitución.

El anonimato de la donación de semen esta previsto en: Francia, Italia, y Portugal. En Dinamarca la propuesta para acabar con el anonimato de las donaciones de esperma por razones fiscales ha sido desechada¹⁰. La exigencia del anonimato de los donantes, considerada incompatible con el derecho del nacido a conocer su propio origen, ha desaparecido ya en países como Suecia, Alemania, Suiza, Austria, Islandia, Noruega, Países Bajos, Nueva Zelanda, Finlandia, Bélgica o Reino Unido. En lo que respecta a la posibilidad de establecer un vínculo de filiación entre el niño y el donante, debemos decir que existe de manera general en Alemania y con carácter excepcional en Suecia y Suiza.

B. La prohibición del parto anónimo.

Los problemas jurídicos que plantea la donación de óvulos difieren de los que surgen en relación con la donación de semen. Tradicionalmente, el aforismo *mater semper certa est*, significaba que, ante la evidencia de la gestación y el conocimiento del alumbramiento, la atribución de la maternidad sólo podía derivar del hecho del parto. Desde la reforma de 1981, el Código Civil se remite a la legislación registral para la determinación extrajudicial de la filiación materna. En esta línea, el derogado artículo 47 párrafo 1º Ley Registro Civil regulaba lo que se denomina

¹⁰ Dinamarca lleva dos décadas exportando donaciones de semen. La organización *Cryos International* <https://dk-es.cryosinternational.com/> posee el banco de semen más grande del mundo.

desconocimiento de la maternidad extramatrimonial, o anonimato del parto, permitido a la madre soltera. La STS 21 de Septiembre de 1999 declaró que la legislación registral que posibilitaba la ocultación de la identificación de la madre biológica, está derogada por inconstitucionalidad sobrevenida. Esto significa que el encargado del Registro civil tiene que utilizar todos los medios a su alcance para averiguar la identidad de la madre y proceder a la inscripción de la filiación materna, con la obligada colaboración de las entidades publicas competentes en materia de protección de menores¹¹. Un relicto del parto anónimo se vislumbra en el *Proyecto de Ley de medidas de reforma administrativa en el ámbito de la Administración de Justicia y del Registro Civil*, en el que se establece la no obligatoriedad de la madre que renuncia a su hijo en el momento del parto a promover la inscripción de nacimiento, pasando esa obligación a la Entidad Pública correspondiente, sin que, en tal caso, el domicilio materno conste a los efectos estadísticos, evitando el consiguiente efecto de empadronamiento automático del menor en el domicilio de la madre que ha renunciado a su hijo. Si bien el dato de la filiación materna determinada por el parto no puede ser ocultada.

En España y en la mayoría de los países de nuestro entorno la maternidad, matrimonial o no matrimonial, nunca es anónima. La indicación del nombre de la madre, que se vincula automáticamente al del hijo, es obligatoria en Noruega, Holanda, Bélgica, Alemania, Dinamarca, Reino Unido, Portugal, Eslovenia o Suiza. Tan sólo Francia y, con matices, Italia acogen el sistema del parto secreto que lleva al anonimato de la madre.

Si la maternidad se determina por el parto ¿qué sentido tiene el anonimato de la donación de ovocitos? La cuestión resulta pertinente y perentoria, su debate presenta perfiles diferentes a la del anonimato de la donación de semen, sobre todo a la vista de que la Disposición Adicional Primera de la *Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas* ha modificado el artículo 7 de la *Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de reproducción humana asistida*, con la adición de un apartado 3 por el que *Cuando la mujer estuviere casada, y no separada legalmente o de hecho, con otra mujer, esta última podrá manifestar ante el Encargado del Registro Civil del domicilio conyugal, que consiente en que cuando nazca el hijo de su cónyuge, se determine a su favor la filiación respecto del nacido*. Resulta, por tanto, poco coherente que la cónyuge pueda prestar el consentimiento y no pueda donar sus óvulos.

¹¹ Este principio está firmemente asentado también en la *Ley 20/2011 del Registro Civil de 2011*, arts. 44 a 49. Preceptos que se pretenden reformar mediante el *Proyecto de Ley de medidas de reforma administrativa en el ámbito de la Administración de Justicia y del Registro Civil*, accesible en http://www.congreso.es/public_oficiales/L10/CONG/BOCG/A/BOCG-10-A-101-1.PDF#page=1

Finalmente, hemos de hacer una breve referencia a la aprobación en el Reino Unido de la posibilidad de donación mitocondrial que permitirá la concepción con aportaciones genéticas de tres sujetos¹². *¿Madre no hay más que una?*

C. Mater semper certa? La donación de capacidad de gestación.

Madre es la que pare. El Derecho español, al igual que el de la mayoría de los Estados occidentales, ha adoptado este principio. Un principio que ha sido sacudido cuando la ciencia posibilitó que una mujer extraña a la autoría genética pudiese llevar a término la gestación y el trabajo del parto.

La maternidad subrogada implica o puede implicar disociar las tres funciones de la maternidad: la generadora, que aporta los genes; la gestadora y la afectivo-educadora. La maternidad subrogada está regulada en países como el Reino Unido, Grecia, Israel, Canadá, Rusia, Ucrania, Georgia, Argentina, Brasil, Colombia, Sudáfrica, Nueva Zelanda, Corea del Sur, Tailandia numerosos estados de los EE.UU. (California, Florida, Illinois, Kentucky, Virginia, New Hampshire, Michigan, Nueva York,...) o de Australia. También está permitida en otros países que, sin embargo, no la regulan (India, Hungría, Irlanda, Holanda, Lituania, Letonia, Ucrania, Polonia, Bulgaria, Dinamarca, Rumania, Eslovenia, República Checa).

La maternidad subrogada es una TRHA¹³. En España es una práctica prohibida¹⁴. Como hemos señalado, la filiación materna en todo caso viene determinada por el parto. No obstante, no es excepcional y hay previsiones de que aumente en el futuro el caso de españoles que acuden a países donde está permitida para que nazcan sus hijos. Rehusar el debate o afrontarlo con prejuicios maniqueos no resuelve los dilemas que plantea la maternidad subrogada¹⁵.

¹² *The Human Fertilisation and Embryology (Mitochondrial Donation) Regulations 2015*, que entrará en vigor el 29 de octubre de 2015, accesible en <http://www.legislation.gov.uk/ukdsi/2015/9780111125816/contents>.

¹³ Así es considerada por la Organización Mundial de la salud, cfr. *The International Committee for Monitoring Assisted Reproductive Technology (ICMART) and the World Health Organization (WHO) Revised Glossary on ART Terminology (Human Reproduction, 2009)*.

¹⁴ Artículo 10 de la Ley 14/2006 de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida.

¹⁵ Para un estudio interdisciplinar, vid. *Schamps, G./ Sosson, J. (dir): La gestation pour autrui, vers un encadrement ?*, Bruselas, Bruylant, 2013. Este prejuicio late en la redacción que se se propone para el art. 44. 7 de la Ley del registro Civil de 2011, según el *Proyecto de Ley de medidas de reforma administrativa en el ámbito de la Administración de Justicia y del Registro Civil*: “ 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 ...”

III. El reconocimiento de la filiación de los niños nacidos en el extranjero en los supuestos de gestación subrogada.

1. El *leadin-caseg*

En octubre de 2008 nacían dos mellizos en San Diego, California. Las autoridades locales emitieron los correspondientes certificados de nacimiento en el que dos ciudadanos españoles figuran como padres. La familia siguió escrupulosamente los trámites para inscribir a sus hijos y presentaron la solicitud de inscripción ante el consulado español en cuya demarcación se había producido el nacimiento. El cónsul y encargado del Registro Civil denegó la solicitud con el argumento de que los acuerdos de gestación por subrogación son nulos según la ley española de reproducción asistida. El cónsul basaba su denegación en que se trataba de un matrimonio formado por dos hombres y, por tanto, suponía que los hijos habían nacido por gestación subrogada. La resolución estaba acompañada de la denegación de un pasaporte español. El matrimonio presentó un recurso ante la Dirección General de los Registros y del Notariado (DGRN) del Ministerio de Justicia. Al tiempo, solicitaron al Departamento de Estado americano pasaportes para sus hijos, y les fueron concedidos inmediatamente.

La resolución de 18 de febrero 2009 de la DGRN ordenó la inscripción de los niños como hijos de españoles en el registro Civil, tras lo cual recibieron las partidas de nacimiento de los mellizos y el Libro de Familia con su respectivo asiento¹⁶. Poco después el INSS realizó los pagos de las prestaciones por nacimiento de hijos.

2. El Estado español contra el Estado español. La fiscalía demanda a la DGRN por el caso de los mellizos y el Tribunal Supremo le da la razón.

En enero de 2010 la familia recibió un correo electrónico de la Fiscalía de Valencia con una citación informal. Al acudir a la cita, se les informó de que por iniciativa del Fiscal General del Estado, la fiscalía iba a demandar al Ministerio de Justicia y al matrimonio por “dudar de la legalidad” de la resolución que permitió la inscripción de sus hijos en el Registro Civil español. La demanda de la fiscalía solicita al Juzgado la nulidad de la resolución y la anulación de la inscripción registral de los niños.

¹⁶ Con posterioridad, los criterios de esta Resolución fueron parcialmente trasladados a la Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución. La Circular de la DGRN de 11 de julio de 2014 recuerda la vigencia de la Instrucción.

¿A qué se debe esta demanda de la Fiscalía General del Estado? Parece que tras permitir el matrimonio de personas del mismo sexo falta el coraje necesario para asumir los cambios sociales que introdujo.

La STS de 6 de febrero de 2014, al confirmar la del JPI 15 de Valencia de 15 de octubre de 2010, por la que se dejan sin efectos la RDGRN que ordenó la inscripción de los mellizos, asume dejarlos sin padres, sin nacionalidad, sin apellidos. Con absoluto desprecio por los derechos de los niños, en ningún momento se pronuncia sobre la situación en que quedan los menores.

Frente a un caso como el planteado, la tarea del jurista es de ingente responsabilidad, obligado a construir respuestas adecuadas sin refugiarse en el confort del positivismo y mucho menos en una segada visión de las relaciones entre la moral y el Derecho en una sociedad abierta, pluralista y laica. Resultan inadmisibles desde todo punto de vista afirmaciones desviadas como las que incluso sirven para extractar el fallo con afirmaciones que cuando menos resultan dudosas a la luz de la legislación del Estado de California. Dudosas resultan también para nuestro sistema jurídico. Donde no faltan resoluciones judiciales que reconocen el interés superior del menor y dan carta de naturaleza a la cuestión de la subrogación¹⁷.

3. La Doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en las sentencias de 26 de junio de 2014, casos *Menesson c. Francia* y *Labassee c. Francia*.

Mientras en España se sustanciaba el caso de la RDGRN 18 de febrero 2009 que ordenó la inscripción los mellizos, con el resultado referido, el TEDH analizaba dos casos que presentan similitudes evidentes con el caso español. La doctrina del TEDH en los casos *Menesson c. Francia* y *Labassee c. Francia*, comparte con la cita RDGRN los presupuestos facticos y los elementos cardinales de la argumentación fundada en el interés general del menor. Para el TEDH los niños gestados por subrogación se encuentran en una situación de incertidumbre jurídica

¹⁷ En otras instancias resultan de interés las siguientes resoluciones: [Auto de 25 de junio de 2012 del JPI de Pozuelo de Alarcón](#). [Auto de 3 de diciembre de 2012 AP de Madrid \(Sección 24ª\)](#). Reconocen el permiso de maternidad/paternidad a madres/padres que han tenido a sus hijos a través de gestación por sustitución, frente a la negativa del INSS de concederles tales permisos las sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Asturias (Sala de lo Social, Sección 1ª), 2320/2012, de 20 de septiembre; del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sala de lo Social, Sección 4ª), 668/2012, de 18 de octubre; del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (Sala de lo Social, Sección 1ª), 7985/2012, de 23 de noviembre de 2012.

ya que en Francia no están reconocidos como hijos de sus padres, lo que atenta contra su identidad en el seno de la sociedad francesa, y la negación de la nacionalidad puede afectar negativamente a su propia identidad, creando complicaciones a sus desplazamientos, generando inquietud sobre su residencia en Francia, cuando lleguen a la mayoría de edad, y afectando a la estabilidad de la célula familiar. Para el TEDH el respeto a la vida privada implica que cada uno pueda establecer la sustancia de su identidad como ser humano, incluida la filiación, lo que en este caso afecta el interés superior de los niños, cuyo respeto debe tenerse en cuenta en cualquier actuación. Por lo que Francia, al negar el reconocimiento de un vínculo de filiación de los niños con sus padres biológicos, el Estado ha ido más allá de lo que permite el margen de discrecionalidad, violando así lo dispuesto en el art. 8 de la Convención Europea de Derecho Humanos. En consecuencia, la negativa de Francia a inscribir en el Registro Civil la certificación de sendos registros civiles de los EE.UU. en las que consta que los niños nacidos por gestación subrogada son hijos de sus padres de intención, de nacionalidad francesa y residentes en Francia, vulnera el derecho a la vida privada de los menores. Por lo que el Estado Francés debe dejar sin efecto sus anteriores resoluciones y proceder a la inscripción solicitada.

IV. La imperiosa necesidad de legislar la maternidad subrogada: Los niños no pueden ser tratados como pasajeros clandestinos.

La ley española, con sorprendente torpeza, se limita a declarar la nulidad de pleno derecho del contrato de gestación por sustitución. La ley no dice si el contrato es nulo por su ilicitud o por su objeto. Y lo que está claro es que se trata de un contrato en el que los niños no son parte. Unos niños a los que queremos convertir en chivo expiatorio de la desazón que se siente ante las técnicas de reproducción asistida.

La prohibición no impide ni impedirá el nacimiento de niños mediante gestación subrogada. La solución legal vigente en España, *madre es la que pare*, no resuelve los conflictos. Es más, puede dar lugar a situaciones insólitas, por no decir grotescas, al considerarse madre en España a la mujer que gestó y alumbró al niño en un país donde la maternidad subrogada está permitida y cuyo Derecho considera que ella no tiene ningún vínculo con el niño que alumbró, hijos de los padres intencionales.

La sentencia que anula la inscripción de los mellizos y los deja huérfanos y apátridas ¿supondrá que deberán ser devueltos a los EE.UU.?; en su caso, dado que en los EE.UU. no tienen madre ¿deberán ser entregados a un orfanato? El Auto del TS de 2 de febrero de 2015 por el que se resuelve el incidente de nulidad de

actuaciones planteado contra la sentencia de la Sala de lo Civil del TS que denegó la inscripción en España de la filiación de los dos menores nacidos en EE.UU en virtud de un contrato de gestación por sustitución, concluye que no existe vulneración del derecho a la vida privada de los menores. El Auto considera que la sentencia protege el interés de los menores pues permite la fijación de las relaciones paterno-filiales mediante la *determinación de la filiación biológica paterna* (sic?)¹⁸ y la formalización de las relaciones familiares “de facto” mediante la adopción o el acogimiento.

Ante tamaño dislate, resulta obligado hacer una serie de consideraciones sustantivas pensando en el interés del menor. El interés superior del menor exige la continuidad espacial de la filiación y la coherencia internacional de la misma, así como un respeto ineludible del derecho a la identidad única de los menores que prevalece, en todo caso, sobre otras consideraciones. Es una solución de justicia material que trata de facilitar la vida de los menores y de su familia en nuestro territorio dando a los certificados de nacimiento extranjeros la fe pública registral, y una presunción *iuris tantum* de veracidad y legalidad.

En nuestro Estado de Derecho corresponde al legislador establecer las normas que regulan el estado de las personas y buscar en el respeto conjugado del orden público y las libertades individuales, la armonía de derechos e intereses a menudo contradictorios, a fin de regular las condiciones y consecuencias derivadas de la evolución científica. El legislador, no puede permanecer ajeno a una realidad, fruto inesperado, de la globalización, que ha penetrado en nuestras salas de estar en horario infantil.

La donación de óvulos y el acceso a la maternidad subrogada plantean además graves dilemas, especialmente en lo que afecta a la posibilidad de incurrir en prácticas eugenésicas y en la explotación de mujeres sin recursos. Sus múltiples implicaciones, especialmente en un contexto global, convierten la regulación en una necesidad inminente, y evidencian el fracaso de un sistema autorregulado, basado en directrices de asociaciones profesionales.

Frente a la maternidad subrogada o donación de engendramiento no cabe eludir los problemas. En países donde se practica con carácter comercial (la India, Ucrania, Georgia, Rusia, algunos estados de EE.UU), los ciudadanos de los países donde está prohibida pueden recurrir con relativa facilidad a madres subrogadas. Los problemas están aquí y son niños con nombre y ¿apellidos?

¹⁸ Esta afirmación es, cuando menos, extraña en el contexto de la regulación del establecimiento de la filiación de los procreados mediante TRHA. Cfr. arts. 7, 8 y 9 LTRHA.

Los casos de gestación subrogada una serie de conflictos de largo alcance que requieren de reformas legislativas. Esta reforma debiera abordarse de acuerdo con un diseño sistémico y coherente, con la participación de especialistas en diferentes materias que ayuden a evaluar las circunstancias e implicaciones de una eventual legalización. Una reforma que responda a cuestiones tan importantes como:

- Si es necesaria la intervención de una autoridad pública; si sólo debe admitirse la maternidad subrogada practicada con fines altruistas;
- qué cuantía aproximada debe considerarse “compensación razonable” a percibir por la madre subrogada por las molestias y gastos en los que incurrió durante la gestación y el parto;
- si debe existir algún tipo de vínculo familiar o afectivo entre los padres intencionales y la madre subrogada;
- si sólo debe reconocer la maternidad gestacional, es decir, aquella en que la madre subrogada es sólo gestante, o también debe desplegar efectos la maternidad subrogada o plena, en la que además de gestar, la madre subrogada aporta sus óvulos.

Una reforma que debe prever y resolver los eventuales conflictos de intereses entre las partes, especialmente los cambios de opinión de la madre subrogada que, tras el parto, se niega a entregar al nacido. Abordar también garantías y cautelas para los supuestos con elemento de extranjería.

Todos estamos potencialmente sometidos a las carencias y contradicciones de una regulación de la familia que, pese a haber repudiado enérgicamente la aciaga época del estigma a las madres solteras y los bastardos, tiene ante sí la ingente tarea de instituir un derecho de la filiación a la vez común y pluralista. Esta tarea conlleva una reflexión renovada sobre las relaciones entre las ciencias y el Derecho. Esa reflexión nos lleva a sostener que también en el seno de la familia, cada persona es el sujeto único e irrepetible de su historia. Lo que, a mi juicio, no es una proclama retórica. Por el contrario, es una manifestación concreta del sentido último y radical del Derecho civil: el derecho de la persona en libertad.