

La maternidad subrogada en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, confrontada con la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

José Ramón de Verda y Beamonte, Catedrático de Derecho civil, Universidad de Valencia

Sumario: I. LA POSICIÓN DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL: LA NULIDAD DEL CONTRATO Y LA ATRIBUCIÓN LEGAL DE LA MATERNIDAD A LA GESTANTE. II. LA POSICIÓN DE LA JURISPRUDENCIA ANTE LAS GESTACIONES POR SUBSTITUCIÓN REALIZADAS EN PAÍSES EXTRANJEROS, DONDE ESTA PRÁCTICA ES LEGAL. 1. Imposibilidad de inscribir la filiación (interés superior del menor y mercantilización de la gestación y de la filiación). 2. Ajuste de la jurisprudencia interna a la emanada del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. III. LA RECIENTE REITERACIÓN POR PARTE DEL TRIBUNAL SUPREMO DE LA CONTRARIEDAD AL ORDEN PÚBLICO DE LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN DE CARÁCTER COMERCIAL.

I. LA POSICIÓN DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL: LA NULIDAD DEL CONTRATO Y LA ATRIBUCIÓN LEGAL DE LA MATERNIDAD A LA GESTANTE

El art. 10.1 de la Ley 4/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, prevé que “Será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero”¹.

Por consiguiente, es nulo el contrato que se celebra, cuando una pareja es fértil, pero la mujer no puede o no quiere llevar a cabo el proceso de gestación, razón por la cual se acuerda realizar una fecundación *in vitro* con gametos de la propia pareja e implantar el embrión obtenido en el útero de otra mujer. Es igualmente nulo el contrato que se celebra cuando la mujer de una pareja es estéril, por lo que se acuerda inseminar artificialmente a otra mujer o fecundar *in vitro* un óvulo de ésta con gametos del varón, para, posteriormente, implantar en su útero el embrión resultante: en este caso, la mujer que acepta asumir el proceso de gestación será madre gestante y madre biológica.

El contrato de gestación por sustitución se opone al principio de indisponibilidad del cuerpo humano, ya que recae sobre las facultades reproductivas y de gestación de la madre, haciendo objeto del comercio una función de la mujer, tan elevada, como es la maternidad, la cual no puede ser objeto de tráfico jurídico. Se opone también al principio de indisponibilidad del

¹ A mi parecer la nulidad lo es por ilicitud de la causa, por lo que, por aplicación del art. 1306 CC, ninguna de las partes del contrato de gestación por sustitución tendrá acción para reclamar la restitución de las prestaciones ejecutadas, de modo que los comitentes no podrían pedir la devolución de las cantidades que hubieran pagado a la que se había comprometido a ser madre portadora. En contra, sin embargo, Pantaleón Prieto, F.: “Contra la Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida”, *Jueces para la democracia*, n. 5, 1988, pp. 27 y 28, quien considera que la nulidad procede de la ilicitud del objeto.

estado civil, ya que trata de modificar las normas que determinan la constitución de la relación jurídica paterno-filial y la atribución de la condición jurídica de madre y de hijo².

Ciertamente, es evidente la conexión entre procreación y el libre desarrollo de la personalidad, consagrado en el art. 10.1 CE, entendido éste, como un principio constitucional, que significa la autonomía de la persona para elegir, libre y responsablemente, entre las diversas opciones vitales, la que sea más acorde con las propias preferencias. En este caso, la opción vital es concebir, o no, un hijo, decisión personalísima, en la que el Estado no puede inmiscuirse, ni imponiéndola, ni prohibiéndola, debiendo respetar lo que resulte del ejercicio de la libertad de cada ciudadano. La libertad de procreación significa el reconocimiento a la persona de un ámbito de decisión (concebir, o no un hijo) sustraído a la injerencia estatal, pero de esta libertad no se desprende un derecho a exigir a los poderes públicos que éstos hagan efectiva la pretensión de tener hijos. Concretamente, no existe un derecho a exigir al Estado que permita el acceso a las técnicas de reproducción asistida a cualquier persona, en cualquier circunstancia, y, de cualquier modo. Es, por ello, legítimo que se limite el acceso a dichas técnicas con el fin de proteger intereses distintos a los de sus

² Un sector de la doctrina científica actual sigue defendiendo la nulidad del contrato de gestación con apoyo en dichos argumentos y en el principio constitucional de dignidad de la persona humana, consagrado en el art. 10.1 CE, haciendo especial hincapié en el riesgo de vulnerabilidad de las madres portadoras, que pueden verse abocadas a acudir a esta práctica para hacer frente a situaciones de pobreza o marginación social. Cfr., así, Aparisi Miralles, Á.: “Maternidad subrogada y dignidad de la mujer”, *Cuadernos de Bioética*, XXVIII, 2017/2ª, pp. 163-175; Bellver Capella, V.: “¿Nuevas tecnologías? Viejas explotaciones. El caso de la maternidad subrogada internacional”, *SCIO. Revista de Filosofía*, n. 11, noviembre de 2015, pp. 19-52; *Idem*: “Tomarse en serio la maternidad subrogada altruista”, *Cuadernos de Bioética*, XXVIII, 2017/2ª, pp. 229-243; Corral García, E.: “El derecho a la reproducción humana. ¿Debe permitirse la maternidad subrogada?”, *Revista de Derecho y Genoma Humano*, 38/2013, p. 69; Estellés Peralta, P.M.: “Gestación por sustitución: Desafíos jurídicos y éticos”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, n. 9, 2018, pp. 330-357; López Guzmán, J. y Aparisi Miralles, Á.: “Aproximación a la problemática ética y jurídica de la maternidad subrogada”, *Cuadernos de Bioética*, XXIII, 2012/2ª, pp. 253-267; Serrano Ruíz-Calderón, J. M.: “Manipulación del lenguaje, maternidad subrogada y altruismo”, *Ibidem*, XXVIII, 2017/2ª, pp. 219-228; o Valero Heredia, A.: “La maternidad subrogada: un asunto de derechos fundamentales”, *Teoría y realidad constitucional* (UNED), n. 49, 2019, pp. 421-440.

Otro sector de la doctrina se muestra favorable a la admisión de la validez del contrato, invocando el principio constitucional de libre desarrollo de la personalidad e incluso un pretendido derecho a la reproducción, además de la conveniencia de frenar el llamado *turismo reproductivo*, aunque procediendo siempre con cautelas, para asegurar que el consentimiento de las madres portadoras sea libre y evitar un posible tráfico internacional de niños. *Vid.* en este sentido Álvarez de Toledo Quintana: “El futuro de la maternidad subrogada en España: entre el fraude de Ley y el correctivo del orden público internacional”, *Cuadernos de Derecho Transaccional* (octubre 2014), vol. 6, n. 2, p. 39; Ávila Hernández, C. J.: “La maternidad subrogada en el Derecho comparado”, *Cadernos de Dereito Actual*, n. 6 (2017), pp. 313-344; García Aburuza, Mª P.: “A vueltas con los efectos civiles de la maternidad subrogada”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, n. 8/2015 (BIB 2015\4006); Igareda González, N.: “La inmutabilidad del principio *mater semper certa est* y los debates actuales sobre la gestación por sustitución en España”, *Universitas. Revista de Filosofía, Derecho y Política*, n. 21, enero 2015, pp. 6-7; Román Maestre, B.: “Gestación por sustitución: cuestiones de legitimidad”, *Folia Humanística*, n. 8, febrero-marzo 2018, pp. 24-41; Romeo Casabona, C. M.: “Las múltiples caras de la maternidad subrogada: ¿aceptamos el caos jurídico actual o buscamos una solución?”, *Ibidem*, pp. 1-23; Sánchez Hernández, C.: “Gestación por sustitución: una realidad y dos soluciones en la experiencia jurídica española”, *InDret* 4/2018; Vela Sánchez, A. J.: “Propuesta de regulación del convenio de gestación por sustitución o de maternidad subrogada en España”, *Diario La Ley*, n. 7621, 3 mayo 2013; *Idem*: “Crimen en el bar. Regulemos ya en España el convenio de gestación por sustitución”, *Ibidem*, n. 9056, 6 octubre 2017; o Vila-Coro Vázquez, A.: “Hacia una regulación de la gestación por sustitución como técnica de reproducción asistida”, en *Treinta años de reproducción asistida en España: una mirada interdisciplinaria a un fenómeno global y actual* (coord. P. Benavente Moreda y E. Farnós Amorós), Madrid, 2015, pp. 283 y ss. Últimamente Múrtula Lafuente, V.: “El difícil equilibrio en el tratamiento jurídico de la gestación por sustitución: una propuesta de regulación desde los derechos de la mujer gestante”, en *El Derecho civil ante los nuevos retos planteados por las técnicas de reproducción asistida* (dir. Y. Bustos Moreno y V. Múrtula Lafuente), Dykinson, Madrid, 2021, pp. 370-372, en un documentado trabajo, se ha pronunciado en favor de la regulación de la maternidad subrogada con grandes cautelas, que van más allá de la mera exigencia de su carácter altruista.

potenciales usuarios, como son la dignidad, tanto de las madres portadoras, como de los hijos concebidos mediante gestación por sustitución³.

La nulidad del contrato de gestación por sustitución hace que, a efectos legales, haya que considerar siempre como madre a la gestante, y no, a la biológica (en el caso de que ésta sea distinta de aquélla)⁴. El art. 10.2 de la Ley 14/2006, dice, así, que “La filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto”⁵. Sin embargo, el art. 10.3 de la Ley 14/2006, añade que “Queda a salvo la posible acción de reclamación de paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales”. Cabría, pues, que el padre biológico ejercitara la acción de reclamación de paternidad y que posteriormente, previo consentimiento de la madre gestante, el hijo fuera adoptado por la mujer de aquél, sin necesidad de mediar la declaración de idoneidad prevista en el art. 176 CC⁶.

II. LA POSICIÓN DE LA JURISPRUDENCIA ANTE LAS GESTACIONES POR SUSTITUCIÓN REALIZADAS EN PAÍSES EXTRANJEROS, DONDE ESTA PRÁCTICA ES LEGAL

³ Concuero, pues, con Pantaleón Prieto, F.: “Técnicas de reproducción asistida y Constitución”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, n. 15, 1993, mayo-agosto, pp. 130-131, cuando afirma que “no existe un derecho fundamental de todos a procrear, también por medio de técnicas de reproducción asistida, que vincule al legislador ordinario”; y ello, sin perjuicio de que no comparta sus posteriores consideraciones, realizadas en la p. 133, a propósito de la maternidad subrogada.

De cualquier modo, me parece que la respuesta legal ha de estar basada en un juicio de valores, y no en razonamientos de carácter económico, como son los que, en parte, esgrime en uno de sus numerosos y originales trabajos Vela Sánchez, A. J.: “La gestación por encargo desde el análisis económico del Derecho”, *Diario La Ley*, n. 8055, 4 abril 2013, en donde se refiere al considerable ahorro de costes que para los españoles supondría el no tener que viajar al extranjero para realizar la gestación por sustitución y a los ingresos que para la economía nacional supondría la práctica en España de la maternidad subrogada.

⁴ No obstante, el Pleno de la Sala Social de Tribunal Supremo, en dos novedosas y polémicas Sentencias, 25 octubre 2016, n. 881/2016, y 16 noviembre 2016, n. 953/2016 (seguidas de otras posteriores), ha entendido que el nacimiento de un hijo mediante maternidad subrogada (realizada en el extranjero) puede dar lugar a baja laboral y a las correspondientes prestaciones por maternidad, considerando que existe analogía entre la maternidad subrogada y la adopción o el acogimiento. Especialmente curioso es el caso resuelto por la primera de las sentencias: un varón español acudió a la maternidad subrogada en la India, utilizándose en la reproducción asistida su material genético. La madre gestante alumbró dos niñas y aceptó que el varón español asumiera, en exclusiva, “todas las funciones y obligaciones que se derivan de la patria potestad”. Las menores fueron inscritas en el Registro Consular como hijas del padre biológico, siendo trasladadas a España por aquél. La Seguridad Social española denegó las prestaciones “por maternidad” solicitadas por el padre biológico de las menores, argumentando que la legislación española considera nulo el contrato de maternidad por sustitución. El Tribunal Supremo, sin embargo, entiende fundada la pretensión del solicitante, afirmando que las prestaciones por maternidad también cubren supuestos de adopción o acogimiento, que la madre puede transferir al padre una parte de ellas y que, en ciertos casos, cuando la madre biológica no puede disfrutarlas (muerte, ausencia de protección) se transfieren al padre. Sobre el argumento *vid.* Talens Visconti, E.: “La prestación de maternidad en los supuestos de gestación subrogada”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, n. 9, 2018, pp. 438-453.

⁵ Esta es la consecuencia natural de la nulidad de contrato con causa ilícita, que pretende alterar los modos legales de determinación de la filiación, sin que me parezcan convincentes los argumentos en contrario esgrimidos por parte de Núñez Bolaños, M^a, Nicasio Jaramillo, I. M^a y Pizarro Moreno, E.: “El interés del menor y los supuestos de discriminación en la maternidad subrogada, entre la realidad jurídica y la ficción”, *Derecho Privado y Constitución*, n. 29, 2015, pp. 259-260, en favor de la disociación entre la prohibición de gestación por sustitución y la determinación de la filiación por el parto.

⁶ Esta posibilidad es sugerida por la STS (Pleno) 6 febrero 2014 (*Tol 4100882*) y por el ATS, 2 febrero 2015, rec. n. 245/2012, en interés del menor concebido por gestación por sustitución en California a iniciativa de un matrimonio de varones españoles.

En la práctica, sucede que parejas estériles (o formadas por miembros del mismo sexo) acuden a países donde está permitida la gestación por sustitución, donde conciertan un contrato de útero de alquiler; y, una vez que nace el niño, lo inscriben en el Registro Consular, como si fuera hijo suyo⁷. Se trata de una práctica que se opone a lo establecido en el art. 10.1 de la Ley 14/2006, precepto que tiene un claro carácter imperativo y determina la formación del orden público español.

1. Imposibilidad de inscribir la filiación (interés superior del menor y mercantilización de la gestación y de la filiación)

El Tribunal Supremo, en una célebre sentencia⁸, confirmó la cancelación de la inscripción de la filiación, que había sido realizada en el Registro Civil Consular de los Ángeles, con apoyo en una certificación registral californiana, en favor de dos varones, que habían acudido a la gestación por sustitución. Consideró que tal inscripción iba contra el orden público español, pues 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”.

En mi opinión, no puede considerarse la posición de la legislación española *per se* sea contraria al interés superior del menor, pues no está dicho que, en principio, lo mejor para éste sea que se le reconozca la filiación, siempre respecto de los comitentes, en vez de respecto de la madre gestante, sin examinar las circunstancias del caso concreto, lo que, además, supondría posibilitar que los jueces crearan una regla general de atribución de la filiación, contraria a la claramente establecida por el legislador, en una aplicación discutible de un concepto jurídico indeterminado, como es el interés del menor, respecto del cual no existe unanimidad.

La mencionada sentencia del Tribunal Supremo realiza interesantes consideraciones a este respecto. Dice, así, que “La cláusula general de la consideración primordial del interés superior del menor contenida en la legislación no permite al juez alcanzar cualquier resultado en la aplicación de la misma. La concreción de dicho interés del menor no debe hacerse conforme a sus personales puntos de vista, sino tomando en consideración los valores asumidos por la sociedad como propios, contenidos tanto en las reglas legales como en los principios que inspiran la legislación nacional y las convenciones internacionales”; y continúa:

⁷ Véase un interesante panorama de Derecho Comparado en Roca Trías, E.: “*Dura lex sed lex. O de cómo integrar el interés del menor y la prohibición de la maternidad subrogada*”, en *Treinta años de reproducción asistida en España: una mirada interdisciplinaria a un fenómeno global y actual* (coord. P. Benavente Moreda y E. Farnós Amorós), Madrid, 2015, pp. 317 y ss.; como también en Ávila Hernández, C. J.: “La maternidad”, cit., pp. 313-344.

⁸ La STS (Pleno), 6 febrero 2014 (Tol 4100882). Puede también verse el fallo en *Revista Boliviana de Derecho*, n. 18, 2014, pp. 400-419, con nota de Jiménez Muñoz, F.J.: “Denegación de la inscripción de la filiación determinada por la celebración de un contrato de gestación por sustitución”. *Vid.* al respecto las opiniones contrastantes de Vázquez Muiña, T.: “No se puede inscribir en el Registro Civil español la filiación surgida en el extranjero mediante gestación por sustitución. Comentario a la STS de 6 de febrero de 2014”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, n. 8, 2018, pp. 80-96; y Vela Sánchez, A.J.: “Los hijos nacidos de convenio de gestación por sustitución no pueden ser inscritos en el Registro Civil español (A propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014)”, *Diario La Ley*, n. 8279, 26 marzo 2014.

“La aplicación del principio de la consideración primordial del interés superior del menor ha de hacerse para interpretar y aplicar la ley y colmar sus lagunas, pero no para contrariar lo expresamente previsto en la misma. No hacerlo así podría llevar a la desvinculación del juez respecto del sistema de fuentes, que es contraria al principio de sujeción al imperio de la ley que establece el art. 117.1 de la Constitución. Hay cambios en el ordenamiento jurídico que, de ser procedentes, debe realizar el parlamento como depositario de la soberanía nacional, con un adecuado debate social y legislativo, sin que el juez pueda ni deba suplirlo”.

Observa, además, que, si bien, a tenor del art. 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, el interés superior del menor tiene “una consideración primordial, a la que han de atender los tribunales y demás instituciones públicas y privadas en todas las medidas concernientes a los niños”, ello no significa que no haya que realizar una ponderación con otros bienes jurídicos, como “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”, afirmando 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”.

Por otro lado, hay que insistir en que, conforme al art. 10.3 de la Ley 14/2006, cabe que, siendo uno de los comitentes el padre biológico reclame la paternidad y, posteriormente su cónyuge (cualquiera que sea su sexo) lo adopte, sin necesidad de la declaración administrativa de idoneidad (art. 176.2.2. CC), como también que pueda constituirse un acogimiento en favor de los comitentes, si existe una situación de desamparo por no ocuparse la madre gestante de su hijo.

2. Ajuste de la jurisprudencia interna a la emanada del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

Con posterioridad a la sentencia comentada, el Tribunal Supremo dictó un auto⁹, desestimando un incidente de nulidad de actuaciones, y en que ha considerado que la solución por él consagrada no es contraria a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos¹⁰, que condenó a Francia, por no permitir la inscripción en el Registro civil francés de hijos nacidos en Estados Unidos mediante gestación por sustitución con gametos del varón integrante de la pareja heterosexual comitente¹¹. Observa el Tribunal Supremo que la condena al país galo se fundamenta en “la absoluta imposibilidad de que el ordenamiento jurídico francés reconozca cualquier vínculo de filiación entre los comitentes

⁹ ATS, 2 febrero 2015, rec. n. 245/2012. *Vid.* a este respecto la opinión contraria de Vela Sánchez, A.J.: “Erre que erre: el Tribunal Supremo niega la inscripción de la filiación de los hijos nacidos de convenio de gestación por sustitución. A propósito del Auto del Tribunal Supremo de 2 de febrero de 2015”, *Diario La Ley*, n. 8600, 8 septiembre 2015.

¹⁰ Sobre la materia *vid.* Sánchez Hernández, C.: “La reproducción médica asistida en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: especial consideración desde la perspectiva de la seguridad jurídica”, *Revista de Derecho Privado*, n. 4, julio-agosto 2018, pp. 39-92.

¹¹ *Vid.* SSTEDH 26 junio 2014, caso *Mennesson c. Francia*, rec. n. 65192/11, y caso *Labassee*, rec. n. 65941/11. La doctrina establecida por estas sentencias fue posteriormente confirmada por la STEDH 21 julio 2016, caso *Foulon y Bouvet c. Francia*, rec. n. 9063/14 y 10410/14, que condena a Francia por impedir sus tribunales inscribir en el Registro Civil del país las declaraciones de reconocimiento formuladas por los padres biológicos, que habían acudido a la India para poder concebir hijos, eludiendo la prohibición de la utilización de la maternidad subrogada establecida en el art. 47 del Código Civil galo.

y el niño, no solamente por la imposibilidad de transcribir el acta de nacimiento norteamericana, sino también por la imposibilidad de que se reconozca la filiación biológica paterna (lo que el Tribunal de Estrasburgo considera injustificable), la filiación derivada de la posesión de estado, o la filiación por adopción por parte de los comitentes”, “lo que supone una situación de incertidumbre jurídica incompatible con las exigencias del art. 8 del Convenio” de Roma [que consagra el derecho al respeto de la vida familiar, del que forma parte el derecho a la identidad].

El Tribunal de Estrasburgo —añade— “no afirma que la negativa a transcribir al Registro Civil francés las actas de nacimiento de los niños nacidos en el extranjero por gestación por subrogación infrinja el derecho al respeto de la vida privada de esos menores. Lo que afirma es que a esos niños hay que reconocerles un estatus definido, una identidad cierta en el país en el que normalmente van a vivir [...]. En el caso de España, ese estatus puede proceder del reconocimiento o establecimiento de la filiación biológica con respecto a quienes hayan proporcionado sus propios gametos para la fecundación, puede proceder de la adopción, y, en determinados casos, puede proceder de la posesión de estado civil, que son los criterios de determinación de la filiación que nuestro ordenamiento jurídico vigente ha considerado idóneos para proteger el interés del menor”¹².

En la actualidad, no cabe dudar de que la jurisprudencia del Tribunal Supremo se ajusta al Dictamen Consultivo del Tribunal Europeo de Derechos Humanos¹³, el cual ha señalado

¹² En cualquier caso, hay que tener en cuenta el cambio jurisprudencial sobre la materia protagonizado por el Tribunal de Estrasburgo, al resolver de manera definitiva el caso *Paradiso y Campanelli c. Italia*. Dicho caso tiene su origen en el nacimiento de un hijo en Rusia mediante un contrato de útero de alquiler celebrado entre la pareja comitente (los demandantes) y la sociedad Rosjurconsulting. Una vez nacido el niño, la madre gestante dio su consentimiento para que aquél fuera inscrito a nombre de los demandantes, como, efectivamente, tuvo lugar en el Registro Civil de Moscú. Los problemas surgieron cuando los “padres” pretendieron la inscripción del certificado ruso de nacimiento de su “hijo” en el Registro Civil italiano. Las autoridades administrativas y judiciales se negaron a practicar la inscripción solicitada, argumentando que el certificado era falso, pues no había vínculo de filiación alguno entre los demandantes, ya que el niño había sido concebido mediante gestación subrogada, la cual (al igual que la reproducción artificial heteróloga) es prohibida por el Derecho Italiano. Como consecuencia de ello, el niño fue puesto a cargo de los servicios sociales, considerado en estado de abandono y confiado en acogimiento, siendo declarado idóneo para la adopción.

En Sentencia 27 enero 2015 la Sección 2ª del TEDH había condenado a Italia por considerar que las actuaciones descritas atentaban contra el art. 8 del Convenio de Roma. Sin embargo, tal fallo fue revocado por la *Grande Chambre* en Sentencia 24 enero 2017, rec. n. 25358/12, que entendió que no había existido vulneración del derecho al respeto a la vida privada y familiar, con los siguientes argumentos: 1º. Consideró que no hubo violación del derecho al respecto a la “vida familiar”, por entender que, en rigor, no puede entenderse que en el supuesto enjuiciado existiese una verdadera “vida familiar”, teniendo en cuenta, tanto la ausencia de un vínculo biológico entre el niño y los demandantes, como la corta duración de las relaciones entre ellos: la convivencia con el hijo en Italia había sido de 6 meses, si bien la Señora Campanelli había además convivido con el niño dos meses más en Rusia. 2º. Consideró también que, si bien, las medidas denunciadas inciden sobre el derecho a la vida privada de los demandantes, no obstante, esta incidencia no constituía una injerencia ilegítima en dicho derecho, obedeciendo a una finalidad legítima, cual es el deseo de las autoridades italianas de reafirmar la exclusiva competencia del Estado para reconocer la existencia de relaciones paterno-filiales, exclusivamente, en el caso de relación biológica o de adopción legal, con el objetivo de proteger a los niños. Afirmo, además, que los Tribunales italianos había realizado una justa ponderación entre los diferentes intereses en juego, que entraba dentro del margen de apreciación de cada Estado, al constatar que la separación del niño de los demandantes no provoca a aquél daños graves o irreparables.

¹³ Dictamen Consultivo TEDH (*Grande Chambre*) de 10 de abril de 2019 (demanda n. P16-2018-001).

Para la correcta comprensión de este Dictamen hay que tener en cuenta que la Sala Primera de la Corte de Casación francesa, actualmente (como consecuencia de las repetidas condenas de Francia por parte del TEDH) en cuatro sentencias de la misma fecha, permite la inscripción de la filiación paterna en el Registro Civil francés en favor del padre de intención, que, a su vez, sea padre biológico del niño y sea designado como padre legal en el certificado de nacimiento expedido en el país extranjero en el que haya tenido lugar la gestación subrogada. Sin embargo, no permite la inscripción de la maternidad en favor de la madre de intención, que figure como

que, reconocida la paternidad legal del padre de intención, que, a su vez, sea padre biológico del niño¹⁴, el derecho al respeto a la vida privada de este último exige que el Derecho interno ofrezca también la posibilidad de establecer un vínculo de filiación respecto de la “madre de intención”, que, aunque no sea la madre biológica, sin embargo, sea designada como madre legal en un certificado de nacimiento extranjero, legalmente expedido. Ahora bien, precisa que el establecimiento de la maternidad no tiene porqué realizarse a través de la inscripción en el Registro Civil nacional en base al certificado de nacimiento extranjero, sino que se puede acudir a otras vías, como es la de la adopción, siempre que se garantice la efectividad y celeridad de las mismas, de acuerdo con el interés superior del niño¹⁵.

III. LA RECIENTE REITERACIÓN POR PARTE DEL TRIBUNAL SUPREMO DE LA CONTRARIEDAD AL ORDEN PÚBLICO DE LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN DE CARÁCTER COMERCIAL

Recientemente, el Tribunal Supremo¹⁶ ha ratificado la doctrina de que la gestación por sustitución comercial (que era la contemplada en el caso enjuiciado) es contraria al orden público, “vulnerando gravemente los derechos fundamentales reconocidos en nuestra Constitución y en los convenios internacionales sobre derechos humanos en los que España es parte”¹⁷. Dice, así, que, “Tanto la madre gestante como el niño a gestar son tratados como

madre legal en el certificado de nacimiento extranjero, pero sí que la misma pueda adoptar al niño, siempre que esté casada con el padre biológico, se cumplan los requisitos legalmente exigidos para la adopción y la misma sea conforme al interés del menor [Corte de Casación francesa 5 julio 2017 (rec. n. 15-28597), *Bull.*, 2017, I, n. 163; (rec. n. 16-16901), *ibídem*, I, n. 164; (rec. n. 16-50025), *ibídem*, I, n. 164; (rec. n. 16-16455), *ibídem*, I, n. 165].

Además, hay que tener en cuenta que el Dictamen se realiza en relación al conocido caso *Mennesson c. Francia*, en el que el padre de intención era el padre biológico, lo que no sucedía respecto de la madre de intención. De ahí que el TEDH precise que el Dictamen, al permitir la adopción como cauce alternativo (al de la inscripción con base en el certificado extranjero de nacimiento) para el establecimiento de la maternidad, se refiere, exclusivamente, al supuesto en que la madre de intención no sea la madre biológica, sin prejuzgar cuál debiera ser la solución en el caso de que sí lo fuera.

En cualquier caso, con apoyo en el Dictamen del TEDH, el Pleno de la Corte de Casación francesa 4 octubre 2019 (n. recurso 10-19.053) ha considerado que no procede la anulación de la inscripción de nacimiento realizada en el Registro Civil francés en base a la certificación extranjera, en la que figuraba como madre legal la madre de intención (mujer del padre legal y biológico), que no era la madre biológica de las dos niñas nacidas en California mediante gestación subrogada. El argumento ha sido que, dado que el litigio planteado por el caso *Mennesson* se prolongaba durante 15 años, no existían otras vías que permitiesen reconocer la filiación materna en condiciones que no supusiesen una injerencia desproporcionada en el derecho al respeto a la vida privada de las menores.

¹³ Sobre la aplicación práctica de la Instrucción por parte de la DGRN, *vid.* Díaz Fraile, J. M^a: “La gestación por sustitución ante el Registro Civil Español. Evolución de la doctrina de la DGRN y de la jurisprudencia española y europea”, *Revista de Derecho civil*, vol. VI, n. 1 (enero-marzo 2019), pp. 96-110.

¹⁴ Posibilidad ésta, claramente reconocida en el art. 10.3 de la Ley 14/2006.

¹⁵ El Dictamen ha servido de fundamento a la decisión adoptada por la STEDH (Sección 3^a) 18 mayo 2021, caso *Valdís Fjölnisdóttir y otros contra Islandia*, demanda n. 71552/2017, que conoció del caso de dos mujeres casadas, que habían acudido a una gestación subrogada, realizada con gametos de terceros en California, como consecuencia de la cual nació un niño, que fue Registrado en el extranjero como hijo de aquellas, emitiéndose un certificado de nacimiento y un pasaporte estadounidense a su favor.

Consideró, así, legítima la denegación por parte de las autoridades islandesas de la inscripción de filiación respecto de las comitentes, solicitada con base en el certificado de nacimiento californiano, por ser posible la adopción conjunta del niño y haber existido un acogimiento provisional del mismo, que pasó a ser permanente, por lo que no existían obstáculos reales y efectivos al disfrute de la vida familiar, llegándose a una solución que suponía una ponderación adecuada de aquella con la prohibición islandesa de maternidad subrogada.

¹⁶ STS (Pleno) 31 marzo 2022 (*Tol 8898029*).

¹⁷ Invoca, en particular, el art. 2 a) del Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño, en el que se define la venta de niños (proscrita por el art. 35 de la Convención) como “todo acto o transacción en virtud del cual un niño es transferido por una persona o grupo de personas a otra a cambio de remuneración o de cualquier otra retribución”, así como el Informe de la Relatora Especial ante la Asamblea General de la

meros objetos, no como personas dotadas de la dignidad propia de su condición de seres humanos y de los derechos fundamentales inherentes a esa dignidad”, y más adelante: “En definitiva, el futuro niño, al que se priva del derecho a conocer sus orígenes, se cosifica pues se le concibe como el objeto del contrato, que la gestante se obliga a entregar a la comitente”¹⁸; e, igualmente, constata que, “Para que el contrato llegue a buen término, se imponen a la gestante unas limitaciones de su autonomía personal y de su integridad física y moral incompatibles con la dignidad de todo ser humano”¹⁹.

ONU, de 15 de enero de 2018, según el cual “la gestación por sustitución comercial entra de lleno” en dicha definición, cuando concurren tres elementos: a) la “remuneración o cualquier otra retribución”; b) “el traslado del niño (de la mujer que lo ha gestado y parido a los comitentes)”; y c) “el intercambio de a) por b) (pago por la entrega del niño)”; precisando que “La entrega a que se obliga la madre gestante no tiene que ser necesariamente actual (esto es, de un niño ya nacido), puede ser futura, como ocurre en el contrato de gestación por sustitución”.

¹⁸ Estoy de acuerdo con el perjuicio que para el niño nacido como consecuencia de una maternidad subrogada supone no poder conocer sus orígenes biológicos, pero, en realidad, este daño lo sufre en toda reproducción asistida realizada conforme a la legislación española, que no tenga carácter homólogo.

Conforme a la Ley 14/2006, “La donación será anónima y deberá garantizarse la confidencialidad de los datos de identidad de los donantes” (art. 5.5.I), si bien los hijos nacidos mediante el uso de estas técnicas, así como también las usuarias de las mismas, tendrán derecho “a obtener información general de los donantes que no incluya su identidad”, lo que se explica por motivos terapéuticos (art. 5.5.II). “Solo 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. Dicha revelación tendrá carácter restringido y no implicará en ningún caso publicidad de la identidad de los donantes” (art. 5.5.III).

La STC 116/1999, de 17 de junio (*Tol 13003*), ha considerado que el carácter anónimo de la donación no es contrario al principio de libre investigación de la paternidad, que consagra el art. 39 CE. Dice, así, que “la Constitución ordena al legislador que ‘posibilite’ la investigación de la paternidad, lo que no significa la existencia de un derecho incondicionado de los ciudadanos que tenga por objeto la averiguación, en todo caso, y al margen de la concurrencia de causas justificativas que lo desaconsejen, de la identidad de su progenitor”. Añade 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, integrantes de la denominada relación paterno-filial, siendo así que la revelación de la identidad de quién es progenitor a través de las técnicas de procreación artificial no se ordena en modo alguno a la constitución de tal vínculo jurídico, sino a una mera determinación identificativa del sujeto donante de los gametos origen de la donación, lo que sitúa la eventual reclamación, con este concepto y limitado, alcance en un ámbito distinto al de la acción investigadora que trae causa de lo dispuesto en el art. 39.2 de la Constitución”. Por último, el Tribunal Constitucional se refiere a la necesidad de asegurar el derecho a la intimidad del donante, a fin de “favorecer el acceso a estas técnicas de reproducción humana artificial” y a que, en caso de no existir el anonimato, “puede resultar especialmente dificultoso obtener el material genético para llevarlas a cabo”.

En mi opinión, el alcance que el Tribunal Constitucional atribuye a la acción de investigación de la paternidad es excesivamente restringido, al considerarla, exclusivamente, como un medio para determinar la relación paterno-filial, ignorando la extraordinaria importancia que el conocimiento de los orígenes biológicos de una persona puede tener en orden a la determinación de su identidad como ser humano individual; y parece conciliarse mal con el tenor del artículo 7 del Convenio internacional relativo a los derechos del niño, de 20 de noviembre de 1989, conforme al cual aquel, desde el momento de su nacimiento, tiene derecho, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres.

Consagra, además, una solución que parece discordante con el vigente art. 180.6 CC (su redacción actual se debe a la Ley 19/2015, de 13 de julio), “Las personas adoptadas, alcanzada la mayoría de edad o durante su minoría de edad a través de sus representantes legales, tendrán derecho a conocer los datos sobre sus orígenes biológicos”.

Me parece, en definitiva que los poderes públicos debieran posibilitar que los hijos nacidos mediante el uso de las técnicas de reproducción asistida, al llegar a la mayoría de edad, pudieran identificar a sus padres biológicos, lo que, ciertamente, acabaría con el anonimato del donante, pero no tendría por qué implicar el establecimiento de una nueva relación paterno-filial, ya que se trataría, tan solo, de permitir que una persona pudiera llegar a conocer un aspecto tan esencial de su propia vida privada, como son sus orígenes biológicos.

¹⁹ Pese a su longitud, me parece conveniente transcribir las consideraciones que realiza la sentencia, recogiendo algunas cláusulas del contrato de gestación subrogada firmado por la comitente con una sociedad mexicana:

Hay que observar que, en el caso resuelto, no se pretendía²⁰ el reconocimiento en España de un acto de una autoridad extranjera. La demanda origen del procedimiento había sido interpuesta por el padre de una mujer, que había sido reconocida en México como madre legal de un niño nacido mediante sustitución por gestación. En ella, con apoyo en el art. 131.I CC, se pretendía que se reconociera la maternidad de la hija por posesión de estado, ya que el niño había convivido dos años con ella, habiéndolo tratado como hijo durante este período, argumentándose, además, que no era posible acudir a la adopción, por existir una diferencia de edad superior a los 45 años entre ellos.

El Tribunal Supremo pone de manifiesto la falta de legitimación activa del padre del comitente para ejercitar la acción, pues la filiación reclamada se oponía a otra legalmente determinada, esto es, a la de la madre gestante, a tenor del art. 10.2 de la Ley 14/2016 (aplicable, conforme al art. 9.4 CC)²¹. Pero su argumentación va más allá, puesto que en la

“La madre gestante se obliga desde el principio a entregar al niño que va a gestar y renuncia antes del parto, incluso antes de la concepción, a cualquier derecho derivado de su maternidad. Se obliga a someterse a tratamientos médicos que ponen en riesgo su salud y que entrañan riesgos adicionales a las gestaciones resultantes de una relación sexual (‘tantas transferencias embrionarias como sean necesarias’, ‘llevar a cabo hasta las transferencias de 3 (tres) embriones por cada ciclo de reproducción asistida’, ‘tomar medicamentos para el ciclo de transferencia de embriones por vía oral, por inyección o intravaginal en horarios específicos durante periodos prolongados de tiempo). La madre gestante renuncia a su derecho a la intimidad y confidencialidad médica (‘la gestante sustituta, mediante la firma del presente contrato, renuncia a todos los derechos de confidencialidad médica y psicológica, permitiendo a los especialistas que la evaluarán, compartir dichos resultados con la futura madre’, ‘la gestante sustituta acepta que la futura madre o un representante que la sociedad mercantil *México Subrogacy S. de R.L. de C.V.* designe, esté presente en todas las citas médicas relacionadas con el embarazo’, ‘la futura madre puede estar presente en el momento del nacimiento del niño’). Se regulan por contrato cuestiones como la interrupción del embarazo o la reducción embrionaria, cómo será el parto (por cesárea, ‘salvo que el médico tratante recomiende que sea un parto vaginal’), qué puede comer o beber la gestante, se fijan sus hábitos de vida, se le prohíben las relaciones sexuales, se le restringe la libertad de movimiento y de residencia, de modo más intenso según avanza el embarazo, prohibiéndole salir de la ciudad donde reside o cambiar de domicilio salvo autorización expresa de la futura madre, hasta recluirla en una concreta localidad distinta de la de su residencia en la última fase del embarazo. La madre gestante se obliga ‘a someterse a pruebas al azar sin aviso previo de detección de drogas, alcohol o tabaco según la petición de la futura madre’. Y, finalmente, se atribuye a la comitente la decisión sobre si la madre gestante debe seguir o no con vida en caso de que sufra alguna enfermedad o lesión potencialmente mortal”.

²⁰ A diferencia del contemplado en la ya citada STS (Pleno) 6 febrero 2014.

²¹ La circunstancia de que la acción de reclamación de la filiación estuviera basada en la posesión de estado encuentra explicación en la existencia de una discutible doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo, recaída a propósito de acciones ejercitadas por quien, en el momento de la práctica de la reproducción asistida, era conviviente de hecho de la usuaria de dicha técnica.

Hay que recordar que, si la usuaria está unida de hecho con otra mujer, la Ley 14/2006 no contiene una previsión semejante a la recogida en el art. 8.2 respecto del conviviente varón, para el caso de que esta hubiera consentido previamente que aquella se sometiera a las técnicas de reproducción asistida, lo que parece ser una opción consciente del legislador. No obstante, la jurisprudencia ha admitido que dicho consentimiento (de darse) pueda ser considerado como un indicio de posesión de estado, en orden a la reclamación de la maternidad, *ex* art. 131 CC.

Concretamente, la STS 5 diciembre 2013 (*Tol* 4035995) ha confirmado una sentencia que había admitido la reclamación de filiación por posesión de estado presentada por la excónyuge de la madre (contra la oposición de esta), entendiéndolo que el consentimiento prestado a la inseminación artificial por las entonces convivientes (antes de casarse) era “de particular significación porque constituye la voluntad libre y manifestada por ambas litigantes del deseo de ser progenitoras mediante consentimiento expreso, hasta el punto de que en casos como este dicho consentimiento debe ser apreciado, aunque la posesión de estado hubiera sido escasa o no suficientemente acreditada como de ordinario se exige”. En cualquier caso, la sentencia recurrida había afirmado que la posesión de estado se deducía también de las actuaciones judiciales llevadas a cabo por la demandante para mantener contacto con las menores (había pedido el establecimiento de un régimen de vistas a su favor y había iniciado un procedimiento de adopción). Había valorado también declaraciones testimoniales en las que se afirmaba que durante un año la demandante había compartido su vida con las menores “en calidad de madre, hasta que la ruptura de la pareja produce también la ruptura de la relación con las niñas”.

demanda se había invocado también el interés superior del menor y en la sentencia recurrida se había estimado aquélla, haciéndose referencia al interés del niño a “no mudar la naturaleza del modelo familiar en que vive”.

Posteriormente, la STS (Pleno) 15 enero 2014 (*Tol 4122750*) ha confirmado la posibilidad de que pueda prosperar la acción de reclamación de la maternidad del hijo concebido con el consentimiento de la conviviente de la usuaria, basada en la posesión de estado. Dice, así, que “los consentimientos prestados con ocasión del empleo de las técnicas de reproducción asistida, claramente acreditados de los hechos obrantes y que llevó a la madre biológica a poner como segundo nombre del niño el primer apellido de su pareja, como antecedente o causa de la filiación reclamada, integran y refuerzan la posesión de estado de la mujer homosexual tanto en el plano de su función legitimadora del ejercicio de la acción, como en su faceta de medio de prueba de la filiación reclamada”. Más adelante, añade: “En efecto, en el presente caso, probado el propósito común de ambas mujeres para recurrir a la técnica de reproducción asistida, así como la existencia de una posterior unidad familiar entre las dos convivientes y el hijo biológico de una de ellas, el consentimiento prestado en su momento, por la conviviente que no es la madre biológica del menor, vino investido por un claro interés moral o familiar plenamente legitimado en su aspiración de ser madre, cuya efectividad depende, precisamente, del éxito de la acción entablada”.

La STS 27 enero 2022 (*Tol 8791218*), sin embargo, ha venido a matizar el alcance de esta orientación jurisprudencial. En el caso por ella resuelto, había mediado también el consentimiento de la conviviente de la usuaria para que esta se sometiera a una inseminación artificial, como consecuencia de la cual nació un niño, que fue inscrito como hijo extramatrimonial de la madre. Posteriormente, ambas se casaron, pero se separaron en el mismo año de la celebración del matrimonio, marchándose la madre con su hijo a casa de sus padres. Un año después de la separación de hecho se divorciaron, mediante una sentencia que fue dictada en rebeldía de la cónyuge de la madre, quien dos años después interpuso demanda de reclamación de maternidad por posesión de estado, la cual fue estimada en las dos instancias.

Sin embargo, interpuesto recurso de casación por la madre, el mismo fue estimado por el TS, que realiza dos importantes precisiones.

La primera, que la mera “prestación de consentimiento en la clínica” no determina la posesión de estado, pues la misma exige “hechos públicos repetidos y encadenados de los que resulte el goce público de una relación de filiación”, lo que no acontecía en el caso examinado: constata, así, la brevedad del “tiempo de convivencia transcurrido desde el nacimiento del niño hasta la separación de las dos mujeres”, lo que, unido “a las circunstancias concurrentes”, hace que no pueda considerarse que dicha convivencia tenga “entidad suficiente para conformar una relación de maternidad vivida”; se refiere también a los actos posteriores a la ruptura, afirmando que, tras “la separación, la relación se ha limitado a contactos esporádicos, más propios de la amistad con la madre, con quien tiempo después del divorcio la demandante quiso recuperar la relación a la que había puesto fin, que con una relación de maternidad con el niño”; además, no intentó “solicitar medidas personales y patrimoniales respecto del niño en el procedimiento de divorcio, lo que permite cuestionar la constancia y continuidad en la relación”.

La segunda de las precisiones tiene que ver con el principio del interés superior del menor. Dice, así, que la sentencia recurrida “da por supuesto que el superior interés del menor queda tutelado por el hecho de que, como consecuencia de la estimación de la demanda, el cumplimiento de los deberes inherentes a la patria potestad recaerá en dos personas”. “Sin embargo -añade-, no es esa una valoración correcta del interés del menor que conduzca a la estimación de una reclamación de maternidad, porque desde ese punto de vista todas las acciones de reclamación de paternidad y maternidad respecto de menores deberían ser estimadas, aunque no se dieran sus presupuestos legales y jurisprudenciales”. Afirma que el mencionado principio solo puede invocarse para “preservar la unidad y estabilidad familiar derivadas de una relación materno filial”; y, que, “En el presente caso no se da esa situación ni se ve el beneficio que reportaría para la estabilidad personal y familiar del niño la creación por sentencia de una relación jurídica que no se basa en un vínculo biológico y que no preserva una continuada y vivida relación materno filial de la demandante con el niño, que desde hace años es cuidado exclusivamente por su madre”.

No comparto la posición jurisprudencial mantenida por las tres sentencias expuestas, que, a mi parecer, desnaturaliza la figura de la posesión de estado, que es una situación de hecho, dada la cual es posible presumir que quien es tratado como hijo realmente lo es; y, de ahí que el art. 113 CC le atribuya el carácter de título de determinación subsidiario de una filiación que se considera probable. Por ello, por definición, no existe posesión de estado (en el sentido del art. 113 CC), cuando, como sucede en el caso de uniones del mismo sexo, la filiación que se reclama es claramente contradicha por la verdad biológica, la cual permite establecer, con absoluta certeza, que quien pretende ser progenitor, claramente, no lo es; y lo mismo sucede en el caso resuelto por la STS (Pleno) 31 marzo 2022, porque la constancia de la práctica de una gestación subrogada, que, según parece deducirse de la lectura de la sentencia, se realizó con óvulo ajeno, excluye que la comitente pueda ser la madre biológica (desde luego, en ningún momento, se alega en la demanda o en el recurso que lo fuera).

Toma en consideración el interés superior del niño, pero niega que el mismo deba llevar a un reconocimiento directo de la relación de filiación en un proceso iniciado por quien carecía de legitimación activa para instarlo. Indica que la vía por la que debe tener lugar el establecimiento de la relación de filiación es la de la adopción; y es en este ámbito, en el que debe apreciarse el interés superior del niño, dándose relevancia a la relación familiar de hecho que mantiene con la comitente, en orden a acreditar con “prontitud” el requisito de su idoneidad para la adopción, e, incluso, suprimiéndose dicho requisito por aplicación del núm. 3º del art. 176.2 CC (al haber existido una guarda de hecho por un tiempo superior a 1 año). Respecto de la cuestión de la diferencia de edad entre el menor y comitente, afirma que no se trata de un “obstáculo excesivo, habida cuenta de que la diferencia máxima de 45 años entre adoptante y adoptado prevista en la normativa reguladora de la adopción no tiene un carácter absoluto” (no es necesario, según el art. 175.1 CC, en los casos previstos en el artículo 176.2 CC), “tanto más cuando los hechos fijados por la Audiencia Provincial revelan la integración del menor en el núcleo familiar y los cuidados de que es objeto desde hace varios años”.

Concluye, afirmando que “Esta solución satisface el interés superior del menor, valorado in concreto”, “pero a la vez intenta salvaguardar los derechos fundamentales”, “como son los derechos de las madres gestantes y de los niños en general”, “que resultarían gravemente lesionados si se potenciara la práctica de la gestación subrogada comercial porque se facilitara la actuación de las agencias de intermediación en la gestación por sustitución, en caso de que estas pudieran asegurar a sus potenciales clientes el reconocimiento casi automático en España de la filiación resultante del contrato de gestación subrogada, pese a la vulneración de los derechos de las madres gestantes y de los propios niños, tratados como simples mercancías y sin siquiera comprobarse la idoneidad de los comitentes para ser reconocidos como titulares de la patria potestad del menor nacido de este tipo de gestaciones”²².

BIBLIOGRAFÍA

ÁLVAREZ DE TOLEDO QUINTANA, L.: “El futuro de la maternidad subrogada en España: entre el fraude de Ley y el correctivo del orden público internacional”, *Cuadernos de Derecho Transaccional* (octubre 2014), vol. 6, nº 2.

APARISI MIRALLES, A.: “Maternidad subrogada y dignidad de la mujer”, *Cuadernos de Bioética*, XXVIII, 2017/2ª.

ANDREU MARTÍNEZ, Mª B.: “Una nueva vuelta de tuerca en la inscripción de los hijos nacidos mediante gestación subrogada en el extranjero: la Instrucción de la DGRN de 18 de febrero de 2019”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, nº 10 bis, junio 2019.

ÁVILA HERNÁNDEZ, C. J.: “La maternidad subrogada en el Derecho comparado”, *Cadernos de Dereito Actual*, nº 6 (2017).

²² Esta sentencia, que esperamos sirva para hacer reflexionar a la DGSJFP, se encuentra en la línea marcada por el citado Dictamen Consultivo TEDH (*Grande Chambre*), de 10 de abril de 2019 (demanda n. P16-2018-001), que –como he dicho– ha señalado que el establecimiento de la maternidad no tiene por qué realizarse a través de la inscripción en el Registro Civil nacional en base al certificado de nacimiento extranjero, sino que se puede acudir a otras vías, como es la de la adopción, siempre que se garantice la efectividad y celeridad de las mismas, de acuerdo con el interés superior del niño.

BELLVER CAPELLA, V.: “¿Nuevas tecnologías? Viejas explotaciones. El caso de la maternidad subrogada internacional”, *SCIO. Revista de Filosofía*, nº 11, noviembre de 2015.

BELLVER CAPELLA, V.: “Tomarse en serio la maternidad subrogada altruista”, *Cuadernos de Bioética*, XXVIII, 2017/2ª.

CALVO CARAVACA, A. L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: “Gestación por sustitución y Derecho Internacional Privado: consideraciones en torno a la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 18 de febrero de 2009”, *Cuadernos de Derecho Transaccional* (octubre 2009), vol. 1, nº 2.

CERVILLA GARZÓN, Mª D.: “Gestación subrogada y dignidad de la mujer”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, nº 9, 2019.

CORRAL GARCÍA, E.: “El derecho a la reproducción humana. ¿Debe permitirse la maternidad subrogada?”, *Revista de Derecho y Genoma Humano*, 38/2013.

DIAS PEREIRA, A. G.: “Gestação de substituição e acesso de todas as mulheres à procriação medicamente assistida em Portugal: as leis de 2016 e as profundas transformações no direito da filiação”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, nº 8, 2018.

DÍAZ FRAILE, J. M.: “La gestación por sustitución ante el Registro Civil Español. Evolución de la doctrina de la DGRN y de la jurisprudencia española y europea”, *Revista de Derecho civil*, vol. VI, nº 1 (enero-marzo 2019).

ESTELLÉS PERALTA, P. M.: “Gestación por sustitución: Desafíos jurídicos y éticos”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, nº 9, 2018.

GARCÍA ABURUZA, Mª P.: “A vueltas con los efectos civiles de la maternidad subrogada”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº 8/2015 (BIB 2015\4006).

IGAREDA GONZÁLEZ, N.: “La inmutabilidad del principio *mater semper certa est* y los debates actuales sobre la gestación por sustitución en España”, *Universitas. Revista de Filosofía, Derecho y Política*, nº 21, enero 2015.

JIMÉNEZ MUÑOZ, F.J.: “Denegación de la inscripción de la filiación determinada por la celebración de un contrato de gestación por sustitución. Comentario a la STS 835/2013, de 6 de febrero de 2014”, *Revista Boliviana de Derecho*, nº 18, 2014, pp. 400-419.

LÓPEZ GUZMÁN, J. y APARISI MIRALLES, A.: “Aproximación a la problemática ética y jurídica de la maternidad subrogada”, *Cuadernos de Bioética*, XXIII, 2012/2ª.

MUÑOZ RODRIGO, G.: “La filiación y la gestación por sustitución: a propósito de las Instrucciones de la DGRN de 14 y 18 de febrero de 2019”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, nº 10 bis, junio 2019.

MÚRTULA LAFUENTE, V.: “El difícil equilibrio en el tratamiento jurídico de la gestación por sustitución: una propuesta de regulación desde los derechos de la mujer gestante”, en AA.VV.: *El Derecho civil ante los nuevos retos planteados por las técnicas de reproducción asistida* (dir. Y. BUSTOS MORENO y V. MÚRTULA LAFUENTE), Dykinson, Madrid, 2021.

NÚÑEZ BOLAÑOS, Mª, NICASIO JARAMILLO, I. Mª y E. PIZARRO MORENO, E.: “El interés de menor y los supuestos de discriminación en la maternidad subrogada, entre la realidad jurídica y la ficción”, *Derecho Privado y Constitución*, nº 29, 2015.

PANTALEÓN PRIETO, F.: “Contra la Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida”, *Jueces para la democracia*, nº 5, 1988.

PANTALEÓN PRIETO, F.: “Técnicas de reproducción asistida y Constitución”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, nº 15, 1993, mayo-agosto.

ROCA TRÍAS, E.: “Dura lex sed lex. O de cómo integrar el interés del menor y la prohibición de la maternidad subrogada, en AA.VV.: *Treinta años de reproducción asistida en España: una mirada interdisciplinaria a un fenómeno global y actual* (coord. P. BENAVENTE MOREDA y E. FARNÓS AMORÓS), Madrid, 2015.

ROMÁN MAESTRE, B.: “Gestación por sustitución: cuestiones de legitimidad”, *Folia Humanística*, nº 8, febrero-marzo 2018.

ROMEO CASABONA, C. M.: “Las múltiples caras de la maternidad subrogada: ¿aceptamos el caos jurídico actual o buscamos una solución?”, *Folia Humanística*, nº 8, febrero-marzo 2018.

SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, C.: “Gestación por sustitución: una realidad y dos soluciones en la experiencia jurídica española”, *InDret* 4/2018.

SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, C.: “La reproducción médica asistida en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: especial consideración desde la perspectiva de la seguridad jurídica”, *Revista de Derecho Privado*, nº 4, julio-agosto 2018.

SERRANO RUÍZ-CALDERÓN, J. M.: “Manipulación del lenguaje, maternidad subrogada y altruismo”, *Cuadernos de Bioética*, XXVIII, 2017/2ª.

TALENS VISCONTI, E.: “La prestación de maternidad en los supuestos de gestación subrogada”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, nº 9, 2018.

VALERO HEREDIA, A.: “La maternidad subrogada: un asunto de derechos fundamentales”, *Teoría y realidad constitucional* (UNED), nº 49, 2019.

VÁZQUEZ MUIÑA, T.: “No se puede inscribir en el Registro Civil español la filiación surgida en el extranjero mediante gestación por sustitución. Comentario a la STS de 6 de febrero de 2014”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, nº 8, 2018.

VELA SÁNCHEZ, A. J.: “La gestación por encargo desde el análisis económico del Derecho”, *Diario La Ley*, nº 8055, 4 abril 2013.

VELA SÁNCHEZ, A. J.: “Propuesta de regulación del convenio de gestación por sustitución o de maternidad subrogada en España”, *Diario La Ley*, nº 7621, 3 mayo 2013.

VELA SÁNCHEZ, A. J.: “El interés superior del menor como fundamento de la incorporación de la filiación derivada del convenio de gestación por encargo”, *Diario La Ley*, nº 8162, 3 octubre 2013.

VELA SÁNCHEZ, A. J.: “Los hijos nacidos de convenio de gestación por sustitución no pueden ser inscritos en el Registro Civil español (A propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014)”, *Diario La Ley*, nº 8279, 26 marzo 2014.

VELA SÁNCHEZ, A. J.: “Erre que erre: el Tribunal Supremo niega la inscripción de la filiación de los hijos nacidos de convenio de gestación por sustitución. A propósito del Auto del Tribunal Supremo de 2 de febrero de 2015”, *Diario La Ley*, nº 8600, 8 septiembre 2015.

VELA SÁNCHEZ, A. J.: “Crimen en el bar. Regulemos ya en España el convenio de gestación por sustitución”, *Diario La Ley*, nº 9056, 6 octubre 2017.

VELA SÁNCHEZ, A. J.: “Análisis estupefacto de la Instrucción de la DGRN de 18 de febrero de 2019, sobre actualización del régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución”, *Diario La Ley*, nº 9453, 10 julio 2019.

VILA-CORO VÁZQUEZ, A.: “Hacia una regulación de la gestación por sustitución como técnica de reproducción asistida”, en AA.VV.: *Treinta años de reproducción asistida en España: una mirada interdisciplinaria a un fenómeno global y actual* (coord. P. BENAVENTE MOREDA y E. FARNÓS AMORÓS), Madrid, 2015.

ZUBERO QUINTANILLA, S.: “Efectos jurídicos de los contratos de maternidad subrogada internacional en España”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, nº 8 bis, 2018.