



COMILLAS
UNIVERSIDAD PONTIFICIA

ICAI

ICADE

CIHS

FACULTAD DE DERECHO

**EL ORDEN PÚBLICO INTERNACIONAL ESPAÑOL EN
MATERIA DE MATERNIDAD SUBROGADA**

¿SIGUE REPRESENTANDO EL ORDEN PÚBLICO INTERNACIONAL
ESPAÑOL LOS VALORES DE LA SOCIEDAD ACTUAL?

Modalidad: Derecho Internacional Privado

Autor: Marta Inchausti Moya

Tutor: Isabel Lázaro González

Grupo: 5ºE5,

En Madrid a 9 de Abril de 2019

ABSTRACTO

El presente trabajo estudia la excepción de Orden Público Internacional español en materia de maternidad subrogada en un intento de determinar si este sigue ajustándose a los valores actuales que profesan los españoles. En primer lugar, estudia el orden público internacional como figura propia del Derecho internacional privado desde una perspectiva teórica. Posteriormente lleva a cabo una revisión normativa y jurisprudencial del orden público internacional español en un intento de acotar su contenido actual. Se centrará en la problemática relativa al reconocimiento de sentencias y documentos extranjeros así como la controversia relativa a la declaración e inscripción de la filiación de los menores nacidos por medio de estas técnicas. Así mismo, permite conocer la forma en la que distintos Tribunales han ponderado el interés superior del menor y el orden público internacional. Finalmente, estudiará cuales son los discursos predominantes en la sociedad, concluyendo que el orden público internacional español sigue representando el sentir mayoritario. Aún así, permitirá evidenciar que cada vez son más los que demandan que se reabra el debate y se reforme la ley.

ABSTRACT

The following paper aims to examine the public policy doctrine in Spain in relation to the concept of surrogacy motherhood. It will aim to determine whether the Spanish social values are still being represented in the public order. Firstly, it will study the public policy doctrine (as a concept of international private law) from a theoretical perspective. Secondly, it will proceed to analyse the different norms and jurisprudence that have helped shape the Spanish public order as it is today. This analysis will focus on the problems arising from the recognition of foreign judgements and documents, as well as those surrounding the determination and inscription of the filial relationship of the kids being born under surrogacy arrangements. Furthermore, it will allow the reader to understand the way in which the different courts have balanced the child's best interest principle and the public policy doctrine. Finally, it will examine the different social discourses in Spain in relation to surrogacy motherhood, concluding that most people are still against the legalization of such technique and is therefore correctly represented in the Spanish public order. However, it will provide evidence that everyday more and more people are claiming to re-open the debate and to reform the law regulating surrogacy motherhood.

Palabras Clave: maternidad subrogada, excepción de orden público internacional, interés superior del menor, dignidad humana, ideas, valores sociales, reconocimiento de sentencias extranjeras, inscripción registral.

ÍNDICE

CAPÍTULO I: INTRODUCCIÓN	5
CAPÍTULO II: DEFINICIONES	7
2.1 Aproximación a la gestación por subrogación	7
2.2 Aproximaciones generales al orden público interno y a la cláusula de excepción de orden público del derecho internacional privado.	9
2.2.1 Conceptualizando el orden público interno y la excepción de orden público en materia de derecho internacional privado:	9
2.2.2 El OP en normativa comunitaria:	10
2.2.3 El OP español: aspectos generales	12
CAPÍTULO III	18
Aspectos del OP español en materia de maternidad subrogada: Análisis de su contenido legal y jurisprudencial	18
3.1 Perspectiva Legal	18
3.1.1. Convenciones internacionales	18
3.1.2. Leyes nacionales	24
3.2 Perspectiva jurisprudencial:	24
3.2.1 Casos del TEDH (2014-2015).....	24
3.2.2. Evolución en la apreciación del OPI en el sistema español:	28
CAPÍTULO IV :.....	44
Perspectiva Cívico- Social del OPI español en materia de maternidad subrogada: la importancia de las ideas en la configuración de la ley	44
4.1 Teoría política legislativa: ¿Qué circunstancias permiten que una idea se configure como parte del sistema de valores de una sociedad?	44
4.2 Las primeras ideas y regulaciones en torno a la maternidad subrogada: la comisión palacios y el balance de los derechos de las distintas partes afectadas	48
CAPÍTULO V :	63
Conclusiones: ¿Sigue representando el OPI español los valores de la sociedad española actual?	63
Jurisprudencia Empleada	66
Legislación empleada	68
Bibliografía	70

TABLA DE ABREVIATURAS:

OP – Orden Público

OPI- Orden Público Internacional

Dipr. – Derecho internacional privado

CC- Código Civil

Art- Artículo

UE – Unión Europea

TUE- Tratado de la Unión Europea

TFUE- Tratado Fundacional de la Unión Europea

STS- Sentencia del Tribunal Supremo

SAP- Sentencia de la Audiencia Provincial

STSJ – Sentencia del Tribunal Superior de Justicia

SJPI- Sentencia del Juzgado de Primera Instancia

PGD- Principios Generales del Derecho

OMS- Organización Mundial de la Salud

DGRN- Dirección General de Registros y Notariados

CEDAW- Convention on the Eradication forms of Discrimination Against Women

LTRHA – Ley de Técnicas de Reproducción Asistida

TRA – Técnicas de reproducción asistida

LCJI – Ley de Competencia Judicial Internacional

LEC – Ley de Enjuiciamiento Civil

LJV- Ley de Jurisdicción Voluntaria

TEDH- Tribunal Europeo de Derechos Humanos

CEDH- Convenio Europeo de Derechos Humanos

CGPJ- Consejo General del Poder Judicial

Cs- Ciudadanos

PSOE – Partido Socialista Obrero Español

PP- Partido Popular

CAPÍTULO I: INTRODUCCIÓN

“La maternidad o gestación subrogada es uno de los temas bioéticos más controvertidos del momento por su carácter disruptivo sobre el modo en que la procreación humana, y las consecuentes relaciones de maternidad y filiación (...) Por primera vez en la historia se plantea la posibilidad de disociar la gestación de la maternidad. (...) En los últimos años se ha suscitado un encendido debate en todo el mundo acerca de si se debería prohibir o permitir la maternidad subrogada y, en este último caso, en qué términos debería regularse (...) La sociedad española no se ha mantenido al margen de este debate. La maternidad subrogada se ha convertido en un tema de fuerte controversia. El grado de apasionamiento que suscita recuerda a tantos otros debates bioéticos como el del aborto, la eutanasia o las células madre embrionarias.” (Comité de Bioética de España, 2018, págs. 1-3)

La maternidad subrogada es una técnica por la que una mujer gesta a un niño para posteriormente entregarlo a la pareja o persona que lo encarga, en favor de la cual renunciará a sus derechos sobre aquel. (Comité de Bioética de España, 2018) En España, se encuentra expresamente prohibida en el artículo 10.3 de la Ley 14/2006. Sin embargo, se estima que en España viven cerca de mil niños nacidos mediante el uso de estas técnicas.¹ La disparidad normativa permite a parejas infértiles, homosexuales o padres solteros colmar su deseo a la paternidad acudiendo a países en los que la maternidad subrogada es legal, como sucede en el estado de California, la India, Tailandia o Ucrania. Resultado de estas actuaciones se producen situaciones jurídicas de gran complejidad y se deja en entredicho la eficacia de la ley, pues aunque prohibida en territorio nacional muchos españoles siguen beneficiándose de ella para ser padres.

La excepción de Orden Público Internacional es una figura del Derecho Internacional Privado que actúa como una cláusula de salvaguarda de los intereses nacionales. Su aplicación permite exceptuar la aplicación de la ley extranjera que convendría aplicar según lo fijado por las normas de conflicto, con el fin de evitar que se ponga en entredicho la coherencia del ordenamiento jurídico del país en cuestión.

¹ Pueden consultarse varias fuentes periodísticas entre ellas Ecodiario en el siguiente link: <https://ecodiario.economista.es/salud/noticias/9386062/09/18/Mil-ninos-por-gestacion-subrogada-cada-ano-en-Espana-aunque-no-este-regulada.html>

Maternidad subrogada y excepción de orden público internacional muchas veces van de la mano pues son muchos los países entre ellos España, Italia o Francia, que impiden el reconocimiento o la inscripción de la filiación de los menores nacidos por medio de estas técnicas en base a la excepción de OPI, pues en sus ordenamientos jurídicos internos, la maternidad subrogada está prohibida y los ciudadanos que se desplazan al extranjero para beneficiarse de ella lo hacen en fraude de ley. La cuestión ha generado abundante jurisprudencia tanto en España como a nivel europeo. La cuestión ha trascendido de tal forma que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha llegado a pronunciarse hasta en cuatro ocasiones, en los casos *Menesson y Labasse* contra Francia y en el caso *Campanelli Paradiso I y II*.

El presente trabajo estudiará la configuración actual del OPI español en materia de maternidad subrogada. En un intento de acotarlo, se hará un recorrido por las normas y la jurisprudencia nacional e internacional que influye en su contenido. Una vez determinado el contenido de éste (que derechos se han primado y por qué) procederemos a estudiar su correspondencia con los valores de la sociedad española actual; es decir, si el OPI sigue representando a la sociedad a la que busca proteger.

Para determinar esta correspondencia llevaremos a examen a dos ideas contrapuestas; la idea base (la maternidad subrogada debe ser ilegal, que es la que actualmente prevalece en España) y la idea segunda (la maternidad subrogada debe legalizarse). Tomando la teoría de las ideas de P. Walsh (en la que se pone de manifiesto que para que una idea pueda derrocar a otra debe existir un cierto grado de concentración político y gran apoyo social), estudiaremos el posicionamiento de los distintos agentes sociales a varios niveles.

Como resultado de esta investigación, podremos determinar si la sociedad ha dejado de dar apoyo a la idea base y se ha producido una evolución social hacia la segunda idea (en cuyo caso el OPI español ya no representará adecuadamente los valores de la sociedad) o de si por el contrario sigue sosteniendo que la maternidad subrogada debe permanecer como hasta ahora, ilegal, correspondiéndose por tanto con el OPI español actual.

En conclusión, dependiendo de que idea posea mayor peso, podremos determinar si el OPI sigue representando los valores de la sociedad española o de si por el contrario es necesario reabrir el debate y legislar en otro sentido.

CAPÍTULO II: DEFINICIONES

2.1 Aproximación a la gestación por subrogación

La prestigiosa revista médica PLOS estimó que en 2012 cerca de 50 millones de parejas en el mundo se habían visto afectadas por la infertilidad. (Mascarenhas et al., 2012). Además, la Organización Mundial de la Salud ha manifestado que la infertilidad afecta cada año a un mayor número de personas, llegando a calificarlo de crisis global de salud. (Organización Mundial de la Salud, 2019)

Ante la creciente problemática, las técnicas de reproducción humana asistida (TRHA) han sido fundamentales para paliar los efectos de la infertilidad así como para dar acceso a la paternidad a nuevos colectivos como los matrimonios homosexuales o las familias monoparentales, abriendo la puerta a nuevas alternativas a la adopción.

La maternidad subrogada se considera una técnica² por la cual mediante contrato (gratuito u oneroso), una mujer se comprometerá a gestar y a entregar al niño fruto de la gestación a los contratantes, renunciando a sus derechos maternales en beneficio de éstos. Esta técnica, permite por tanto que la persona o pareja comitente establezcan un vínculo filial respecto del menor. (Cerdá Subirachs, 2016)

Existen varias categorías de maternidad subrogada a las que designaremos de diferente manera según las partes intervinientes. La maternidad subrogada *tradicional* es aquella en la que una mujer reemplaza a otra (aportando tanto material genético como capacidad gestacional). El óvulo de la madre subrogada se insemina artificialmente con el espermatozoides del hombre. Como resultado, el niño será hijo biológico del hombre y de la madre subrogada pero no de la madre comitente.

Otra modalidad es la que se conoce como maternidad subrogada *gestacional*. En esta ocasión, la única función de la madre subrogada será la de aportar sus capacidades

² La primera vez que oímos hablar de maternidad subrogada se remonta a 1986, momento en el que tiene lugar el primer contrato de gestación subrogada en Estados Unidos. El caso conocido como “Baby M” abrió un abanico nuevo de posibilidades para algunos a la par que presentaba grandes complicaciones a nivel jurídico y ético

gestacionales. Esto puede nacer de tres situaciones: la pareja comitente aporta el material genético (que posteriormente se implantará en la madre subrogada mediante el uso de técnicas de fecundación in vitro), que solo uno de los miembros de la pareja aporte el material genético tomando prestado un óvulo o el espermatozoide de un donante o bien que no se tome el material genético ni de la pareja comitente ni de la madre, sino que se acceda a una donación embrionaria.

Las diferentes opciones resultarán en distintas consecuencias; ambos miembros de la pareja comitente serán padres biológicos del neonato, solamente uno de ellos, o ninguno. Como tendremos ocasión de comprobar más adelante, la falta de vínculo biológico con el menor puede traducirse en la negativa a establecer un vínculo filial sobre el menor en aquellos países de origen que además de no contemplar o prohibir la maternidad subrogada en sus ordenamientos jurídicos, reconocen la maternidad gestacional sobre la biológica (es madre quien pare), como sucede por ejemplo en España o Francia.

Tanto la modalidad tradicional como la gestacional pueden a su vez constituirse como un contrato oneroso (si media recompensa económica) o gratuito (si son altruistas).

De las distintas modalidades de maternidad subrogada se derivan los distintos términos empleados para designar tal práctica: “maternidad subrogada” (si es tradicional), “gestación por sustitución” “vientre de alquiler” o “maternidad portadora” (si es gestacional) (Souto Galván, 2006, págs. 181-182)

Como veremos, España prohíbe la maternidad subrogada en el artículo 10.3 de la Ley 14/2006 de 26 de mayo sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida aunque permite la reclamación de la paternidad sobre los niños nacidos mediante esta técnica en base al artículo 10.1 de esa misma ley. Como resultado, las personas que no posean vínculos biológicos con el recién nacido no podrán establecer una relación de filiación en territorio español respecto del menor nacido por vía de la maternidad subrogada.

El “turismo reproductivo” permitido por la disparidad normativa en la materia genera situaciones jurídicas de índole internacional que entrañan una gran complejidad jurídica. (Serra Alcega, 2015). Actualmente no existe ningún mecanismo de cooperación internacional en materia de maternidad subrogada, aunque La Haya ha realizado varios estudios liderados por una comisión de expertos que ha puesto de manifiesto en múltiples ocasiones la posibilidad de establecer un pacto de cooperación en materia de maternidad subrogada similar al Convenio relativo a la protección del niño y a la cooperación en

materia de adopción internacional de 1993. Sin embargo no todos apoyan esta visión, pues consideran que aunque sería útil en lo relativo al reconocimiento de sentencias, los costes económicos y burocráticos serían demasiado altos. (The Hague Conference on Private International Law, 2018, pág. 4)

2.2 Aproximaciones generales al orden público interno y a la cláusula de excepción de orden público del derecho internacional privado.

2.2.1 Conceptualizando el orden público interno y la excepción de orden público en materia de derecho internacional privado:

El orden público (OP) es un concepto jurídico indeterminado que busca representar el conjunto de principios y valores imperantes en una determinada sociedad. Definirlo, resulta una tarea de gran complejidad para la doctrina (Zamora, 2018) y la teoría del derecho, pues lo que pueda entenderse por OP responde en última instancia a las narrativas imperantes en la sociedad del momento y a una serie de intereses estatales específicos. (Abiol, 2010)

El OP entendido como concepto específico de derecho nacional tiene como finalidad última limitar la autonomía de la voluntad cuando ésta choque frontalmente con los valores que representa, poniendo en peligro el bien común de la comunidad. (Penco, 1996)

Respecto a esta cuestión, Zamora apunta a que el OP actúa como “guardián” de los valores sociales que irán variando según el tiempo a raíz de las distintas experiencias de la comunidad. Es por ello dice el autor, que el OP es particular (intrínseco a una comunidad política concreta) y dinámico o fluido (en tanto a que los valores no son inmóviles y su importancia varía con el paso del tiempo). Así mismo, incide en que aunque el OP este compuesto por unos principios jurídicos determinados (principalmente los principios generales del derecho) los valores que representa el OP también pueden encontrarse en las leyes, tal y como veremos en el caso de la maternidad subrogada. (Zamora, 2018, pág. 519)

Acotado el concepto de OP a nivel interno, procederemos a determinar el concepto de orden público internacional (OPI) como institución específica del derecho internacional privado (DIPr). En el DIPr, el OPI se concibe como una cláusula de salvaguarda de los

intereses nacionales³, que se activa cuando, siguiendo lo establecido por las normas de conflicto⁴, resultare la aplicación de una ley extranjera contraria al OP interno⁵, dinamitando la coherencia de su ordenamiento jurídico y los valores que rigen su convivencia social. (Jiménez Solares, 2018)

Calvo Caravaca y Carrascosa lo han definido en términos similares, alegando que se trata de *“una cláusula o excepción al normal funcionamiento de la norma de conflicto, en cuya virtud se descarta la aplicación de la ley extranjera que resulta contraria a los principios fundamentales de derecho del foro cuyos tribunales conocen del asunto que garantiza la cohesión jurídica de la sociedad de dicho país”* (Caravaca & Carrascosa, 2018, pág. 328)

La figura del OPI queda consagrada en el ordenamiento jurídico español en el artículo 12.3 del Código Civil (CC).

A continuación procederemos a estudiar el OP desde la aproximación del derecho comunitario para entender como se aplica esta figura entre estados miembros de la Unión Europea (UE). Posteriormente, analizaremos el contenido y las implicaciones del OPI español deteniéndonos en sus elementos, características, efectos y modos de aplicación.

2.2.2 El OP en normativa comunitaria:

Para entender el alcance en la aplicación del OPI en España, es preciso hacer una referencia previa a su condición de estado miembro de la UE y las consecuencias que esto acarrea en el ámbito del derecho privado internacional español.

La UE conforma una estructura supranacional de integración política y económica cuya manifestación última es el mercado interior donde se consagran cuatro libertades fundamentales. Así mismo, se constituye como un “espacio de libertad, seguridad y justicia” consagrado en el artículo 3 del Tratado de la UE (TUE). (Bernard, 2008).

³ Originalmente, el OPI constituía la máxima expresión de la soberanía nacional en tanto a que “constituía la máxima expresión de una de las facultades más importantes del Estado: la creación del ordenamiento jurídico nacional o doméstico aplicable en su territorio”. (Pérez Álvarez por Jiménez Solares)

⁴ Como bien apuntan González Campos y Fernández Rosas, las normas de conflicto tienen la consecuencia de remitir al derecho extranjero determinadas situaciones jurídicas si concurren circunstancias (a las que designaremos como puntos de conexión) con un elemento de extranjería para las cuales el ordenamiento jurídico interno prevé la aplicación de la ley extranjera.

⁵ Se entiende como una excepción a la obligación jurídica de atribuir efectos extraterritoriales a las normas o sentencias extranjeras cuando resultare su aplicación según lo dispuesto por la norma de conflicto.

Para nuestro objeto de estudio, nos interesa prestar atención al último punto, el de crear un “espacio de justicia común” para lo que se comunitarizan tres aspectos fundamentales: *“la competencia judicial internacional, el Derecho aplicable y la validez extraterritorial de sentencias relativas a cuestiones patrimoniales, personales y familiares.”* (F. Pocar por Calvo Caravaca, 2003, pág. 53)

En las últimas décadas, las instituciones europeas han desarrollado un régimen de derecho internacional privado propio, principalmente manifestado en forma de reglamento. Se elige la modalidad del reglamento por las múltiples ventajas que posee, entre las cuales destaca la unificación de los sistemas legales de los estados miembros (pues los reglamentos son de aplicación directa) y la garantía de una aplicación uniforme⁶. (Calvo Caravaca, 2003, pág. 53)

Los distintos Reglamentos de Derecho Internacional Privado de la UE se clasifican en dos grupos; “sectoriales” (donde destacamos el reglamento de Bruselas I⁷ y II⁸) y “completos”, es decir aquellos que regulan una materia en su totalidad. Respecto de esta segunda categoría solo existen dos: el Reglamento de Alimentos (4/2009)⁹ y el Reglamento de Sucesiones (650/2012)¹⁰. (Virgós Soriano & Rodríguez Pineau, 2005)

Para aquellas competencias no cedidas a la UE, y sobre las cuales no existe ningún Reglamento, los estados miembros mantienen competencias legislativas plenas, lo que permite que existan desigualdades importantes en las legislaciones de Derecho Internacional Privado de los distintos estados miembros.

La cláusula de OPI se recoge en todos los Reglamentos comunitarios en materia de DIPr¹¹. Por ende, el uso de la figura del OPI entre países de la UE es posible aunque poco frecuente, ya que quedará absolutamente restringida a aquellos casos en los que la ley o

⁶ Pues es el TJUE quien ostenta la competencia exclusiva de interpretar los distintos Reglamentos

⁷ REGLAMENTO (CE) No 44/2001 DEL CONSEJO de 22 de diciembre de 2000 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil

⁸ REGLAMENTO (CE) No 2201/2003 DEL CONSEJO de 27 de noviembre de 2003 relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) no 1347/2000

⁹ REGLAMENTO (CE) No 4/2009 DEL CONSEJO de 18 de diciembre de 2008 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y la cooperación en materia de obligaciones de alimentos

¹⁰ REGLAMENTO (UE) No 650/2012 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 4 de julio de 2012 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones mortis causa y a la creación de un certificado sucesorio europeo

¹¹ Artículo 45.1 a) para el Reglamento de Bruselas I, el artículo 22 a) en el Reglamento Bruselas II y el artículo 24 a) para el Reglamento de Alimentos.

sentencia extranjeras sean incompatibles con los principios sociales y jurídicos del foro quedando además sujeta al control del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE)¹²

2.2.3 El OP español: aspectos generales

Como se explicaba en apartados anteriores, la cláusula de excepción de OP queda consagrada en el ordenamiento jurídico español en el artículo 12.3 del CC, donde puede leerse que *“En ningún caso tendrá aplicación la ley extranjera cuando resulte contraria al orden público.”*

A continuación procederemos a hacer un análisis detallado de los elementos, características, efectos y aplicación del presente artículo, tomando como punto de referencia el trabajo de González Campos y Fernández Rozas “El orden público como correctivo funcional: artículo 12 apartado 3 del Código Civil.”

■ Fuentes que lo inspiran:

En términos generales, se hace alusión a las siguientes fuentes como inspiradoras del OP español; El Instrumento de Ratificación del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950, así como los varios Convenios Internacionales ratificados por España, entre los que destacamos:

- El Instrumento de Ratificación de España del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, del 19 de diciembre de 1966.
- Instrumento de Ratificación de España del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de diciembre de 1966.
- Adhesión de España al Convenio Internacional sobre Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 21 de diciembre de 1965

¹² En este sentido, el propio TJUE el que ha indicado que: “si bien no le corresponde definir el contenido del OP de un Estado miembro, sí le corresponde controlar los límites dentro de los cuales los tribunales de un Estado miembro pueden recurrir a este concepto”. (STJUE Caso C-681/13, 2015)

- Instrumento de Ratificación de la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989., entre otras¹³

Tras los Convenios internacionales anteriormente expuestos, encontramos el sistema de Derecho Comunitario, así como los principios que lo inspiran: la no discriminación y la consagración de las cuatro libertades del Mercado Único.

Seguidamente hallaríamos la Constitución española, norma suprema contra la que no cabe excepción. Por ello se argumenta que todo lo contrario a ésta deberá exceptuarse bajo la figura de OP por contradecir los principios fundamentales del foro.

Finalmente, y de rango inferior a la Constitución, debemos destacar la importancia del conjunto normativo español en materia de derecho privado, así como de las leyes especiales y los PGD como fuentes inspiradoras del OP español.

■ Características del OPI resultantes de la lectura del art. 12.3 del CC:

De la lectura del propio artículo podemos extraer una serie de conclusiones. En primer lugar, la *restrictividad* con la que debe aplicarse la excepción de OPI, pues no procederá “*en ningún caso*” la aplicación de la ley extranjera o el reconocimiento de sentencia extranjera cuando éstas sean contrarias a los principios fundamentales del foro.

En segundo lugar, llama la atención la importancia que el artículo sitúa en los *resultados* por encima del contenido de la ley o sentencia extranjera (“que resulte”). Los resultados a los que se refiere constituyen las posibles externalidades negativas resultantes de aplicar la ley extranjera. La existencia de tales externalidades se considera el “elemento material” que debe existir para poder alegar excepción de OPI. Así mismo, es importante apuntar que el mero desconocimiento de la institución jurídica contenida en la ley o en la sentencia extranjera (como puede ser por ejemplo la Kafala marroquí) o el hecho de que la situación jurídica se regule por una rama del derecho distinta a la que la regularía en España¹⁴ no

¹³ Para ampliar información consultar el siguiente link donde se recogen las más importantes Convenciones y Pactos en materia de derechos humanos de las Naciones Unidas: https://www.ohchr.org/Documents/Publications/CoreInternationalHumanRightsTreaties_sp.pdf

¹⁴ por ejemplo la distinción legal que se hace en Reino Unido entre los conceptos de *employee* y *worker* que en derecho laboral español se unifican en la figura del trabajador

justifica la activación de la excepción de OPI, pues “el salto al vacío” (Raape, 1934) que supone el desconocimiento no es justificativo de excepción de OP.

En tercer y último lugar, se discute la “internacionalidad” de la cláusula de OP. En el artículo podemos leer la referencia al OP y no al OPI como tal. A pesar de ello, González Campos *et al* entiende que su carácter internacional se presume por su pertenencia al Título IV del CC, donde se regulan las normas de DIPr.

Más allá de la lectura del art.12.3 podemos afirmar que el OPI se caracteriza por cuatro elementos fundamentales: la territorialidad, la temporalidad, la excepcionalidad y la dinamicidad o fluidez. (Araujo Quintero, 2018, págs. 181-184).

La territorialidad hace referencia a la particularidad del OP en tanto a que queda sometido a los valores de una comunidad política concreta cuyo contenido es imposible de extrapolar a otras comunidades diferentes (Esto es así por que el OP se nutre los valores sociales, valores que serán distintos para cada comunidad).

La segunda característica viene a representar el “*elemento temporal*” donde se consagra que la lectura que debe hacerse del OP tiene que responder a los valores actuales de su sociedad. Como venimos indicando, el OP se transforma como resultado de una serie de procesos sociales. Es por ello, que el OP debe interpretarse de manera actualizada y acorde a esos valores. Por ejemplo, no tendría sentido que España siguiera exceptuando el reconocimiento del matrimonio homosexual en aras del OPI a pesar de tratarse de una institución que en el pasado sí podría considerarse vulneradora del OPI español.¹⁵

La tercera de las características hace referencia a la *excepcionalidad* con la que cabe alegarse excepción de OPI que impide que se haga un uso general e indiscriminado de una figura que debe tratarse con extremado cuidado por las consecuencias jurídicas (la falta de seguridad jurídica o las sentencias claudicantes) y políticas (El no reconocimiento del ordenamiento jurídico de otro estado) que puede llegar a acarrear.¹⁶

¹⁵ Esta idea fue primeramente acuñada por el jurista francés Pillet en su obra “*Traité pratique de droit international privé*” publicado en 1923.

¹⁶ Como apunta Julia Sánchez Roa, la SAP de Barcelona del 6 de Abril de 2000, establece que “*debe aplicarse con gran cautela y de modo restringido, ya que si se llevase a sus últimas consecuencias nunca surgiría la posibilidad de aplicar leyes promulgadas en otros Estados o dar eficacia a sentencias no dictadas por nuestros Tribunales*”

Finalmente, la *dinamicidad* del OP viene determinada por sus unidades constitutivas; los principios rectores del ordenamiento jurídico de un país. No se puede hablar de un OP estático e inamovible respecto del paso del tiempo. Las sociedades evolucionan y con ellas sus instituciones jurídicas. En este sentido se ha manifestado la STS 451/1971 donde se apela a la “necesidad de ajustar la tarea interpretativa de las normas legales a la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas” (STS 451/1979)

■ Efectos:

Los efectos resultantes de aplicar la cláusula de excepción de OPI son dos; bien la inaplicación de la ley extranjera cuando así lo ordenaren las normas de conflicto, bien la no ejecución de una sentencia extranjera.

Respecto de la inaplicación de la ley extranjera, se produce un efecto doble, positivo y negativo. El efecto negativo se da al descartar la aplicación de la ley extranjera designada por las normas de conflicto por ser incompatible con *la lex foris* lo que concadena un segundo efecto positivo; la aplicación de una ley extranjera distinta a la rechazada en primera instancia¹⁷ o la inaplicación absoluta de la ley extranjera que se sustituye por la ley nacional correspondiente del foro.

Sin embargo, en lo que respecta al reconocimiento de sentencias extranjeras, solo opera un efecto negativo, el no reconocimiento de los efectos jurídicos que pretende desplegar, en otras palabras, la imposibilidad de ejecutarla en territorio español.

■ Aplicación:

El OP puede ser aplicado con mayor o menor rigidez, lo que dará lugar a las distintas modalidades de OPI; el OP pleno, atenuado y de aproximación.

El *OP pleno* hace referencia al uso que se hace de la cláusula de excepción de OP por la que se inaplica totalmente la ley extranjera o se niega el despliegue de efectos jurídicos

¹⁷ Caravaca y Carrascosa apuntan que para aquellos casos en los que el punto de conexión inicial resulta incompatible con ley del foro, puede acudir a puntos de conexión subsidiarios (salvo que exista un punto de conexión único en cuyo caso no habría más remedio que aplicar la ley del foro) que permitan aplicar la ley extranjera tal y como se previó inicialmente en las normas de conflicto.

de una sentencia extranjera. En lo que concierne a la ley, se sustituye por la ley del foro equivalente sin contemplar la posibilidad de validar ciertos aspectos jurídicos que en nada contravienen el OPI español o de valorar otros posibles puntos de conexión. Esta vertiente de OPI es altamente criticada por sus consecuencias políticas y jurídicas y se considera “*como excusa para privilegiar la aplicación de la lex fori*” (Araujo Quintero, 2018, págs. 180-181)

Por el contrario, el OP *atenuado* busca dar una solución equitativa que permita garantizar una seguridad jurídica transfronteriza sin comprometer el OPI del país receptor. El OP atenuado permite reconocer parte de los efectos jurídicos descartando únicamente la ejecución o aplicación de aquellos efectos jurídicos que resulten manifiestamente contrarios al OPI. Esta teoría fue desarrollada por dos de los padres del DIPr, Ludwing Von Bar (1889) y Antoine Pillet (1923-24). (Orchansky 1993 por Araujo Quintero, 2018)

Tomando como referencia el OP atenuado, se desarrolla en Alemania y Suiza la doctrina del OP *de proximidad*. Para entender este concepto debemos comprender que el OP actuará con distinta intensidad dependiendo de si busca crear efectos jurídicos en nuestro país (tomando como referencia la ley extranjera) o si por el contrario solo pretende dar reconocimiento a una situación jurídica creada en el extranjero. El OP se aplicará de manera más restrictiva en el primer caso, pues en el segundo, la relación que existe entre la situación jurídica que se pretende reconocer y el foro es débil y por tanto no pone en riesgo la coherencia de los principios que rigen su sociedad. Por tanto a más fuerte sea la relación entre la situación jurídica y el foro, más restrictivo actuará el OPI.

Tomemos como ejemplo el reconocimiento de un matrimonio polígamo en sede española. El matrimonio fue celebrado en el país de origen, no busca ser constiuído como tal sino reconocido a efectos legales en España. Si bien es cierto que la constitución de un matrimonio polígamo vulneraría el OPI, sus efectos no tienen por que hacerlo. Para entenderlo, se produce un “desdoblamiento” de la situación jurídica donde podemos distiguir por un lado los efecto patrimoniales (efectos jurídicos periféricos) y por otro los efectos personales (efectos jurídicos nucleares). Si bien el OPI impediría el reconocimiento de los segundos, reñocer estos no chocaría con el OPI. Por ende, se permitiría el reconocimiento de ciertos derechos resultantes del matrimonio (como la pensión por viudedad, o la herencia entre cónyuges) sin reconocer el segundo matrimonio como tal.

Finalmente, es preciso destacar que recae sobre las autoridades españolas la obligación de salvaguardar el OP y por tanto de excepcionar la aplicación de la norma de conflicto apoyándose en la excepción de OPI recogida en art. 12.3 del CC. En este sentido, se entiende que el contenido del artículo 12.3 presupone un mandato judicial donde se fijan los límites que el Juez deberá observar con carácter general independientemente de la ley que fuera aplicable según las normas de conflicto. Por tanto, la excepción de OPI “*opera en la fase final del proceso de aplicación de la norma de conflicto y contiene la respuesta jurídica a una cuestión específica que puede suscitarse en ese momento ante el Juez o autoridad española: la eventual contradicción de lo dispuesto por dicho ordenamiento con el «orden público» del foro*” (Fernández Rozas & González Campos , pág. 898)

CAPÍTULO III

Aspectos del OP español en materia de maternidad subrogada: Análisis de su contenido legal y jurisprudencial

Como se ha precisado anteriormente, el OPI es un concepto jurídico indeterminado fluido o dinámico (al depender de una serie de valores e ideas sujetas a la evolución de las sociedades y de sus sistemas jurídicos). En este apartado, trataremos de aportar una visión general (que no una lista cerrada) de lo que hoy inspira el OPI español en materia de maternidad subrogada. Para ello, nos remitiremos a una serie de instrumentos legales y jurídicos españoles, europeos e internacionales.

3.1 Perspectiva Legal

3.1.1. Convenciones internacionales

3.1.1.1 Convención de los Derechos del Niño (1989)

En la Convención de los Derechos del Niño no se hace ninguna referencia expresa a la cuestión de la maternidad subrogada. Sin embargo, es preciso considerarla de forma holística, lo que permite extrapolar los derechos en ella contenidos a situaciones no reguladas por la misma, como es el caso de la maternidad subrogada.

La Convención se asienta sobre cuatro pilares fundamentales, la no discriminación, la primacía del interés superior de menor, la garantía de la supervivencia y el pleno desarrollo, y la participación infantil. (Fundación Save The Children , 2019). Tomando tales principios como punto de partida se desarrollan el resto de los derechos de la Convención. A continuación haremos hincapié en aquellos derechos que se ven afectados por la figura de la maternidad subrogada.

En primer lugar, la Convención consagra la prohibición a la discriminación de cualquier tipo (que se configura tanto como un derecho positivo como negativo, pues no basta con prohibirla, sino que exige la toma de medidas necesarias para evitarla) (art. 2) en la que cabrá la inclusión del supuesto de la no discriminación por forma de nacimiento (es decir, ya sea natural o subrogada). Este derecho ha sido acuñado por los tribunales españoles en las Sentencias STSJ Madrid 612/2014 y STS 5375/2016 en materia de prestaciones sociales por paternidad derivada de la maternidad subrogada. En ellas, el Tribunal establece que los poderes públicos deben interpretar las leyes pensando en última instancia en el beneficio del menor. Por ello, privar a un niño de desarrollar vínculos familiares con sus progenitores por el mero hecho de la forma en la que ha sido concebido sería contrario al interés superior del menor y al principio de igualdad. (Panizo Robles, 2016)

Seguidamente la Convención recoge el que es quizá el eje de toda la Carta y el principio más fundamental a tener en cuenta por los estados firmantes: el interés superior del menor (art. 3). La alusión a este precepto es abundante en la jurisprudencia tanto internacional como española pues es el principio último que debe regir las decisiones judiciales. Para entender la importancia y alcance de este derecho nos fijaremos en la Observación General N°14¹⁸ sobre el interés superior del menor como consideración primordial.

La Observación General N°14 habla del interés superior del menor no solo como un *derecho sustantivo* (derecho a que se tome en consideración a la hora de evaluar las distintas situaciones jurídicas) , sino como *un principio imperativo fundamental* (ante la existencia de varias interpretaciones se tomará aquella que sea más beneficiosa para el menor) y una *norma de procedimiento* (por la cual las autoridades deberán medir la repercusión de sus decisiones sobre los niños interesados y justificarla de forma motivada)

Consecuentemente, el interés superior del menor consagra una obligación para los estados miembros, quienes deben adoptar las medidas necesarias para salvaguardarlo en todos los ámbitos institucionales, judiciales, administrativos y legales entre otros. En la siguiente sección comprobaremos mediante el análisis jurisprudencial la importancia de la aplicación práctica de este principio, capaz de contrarrestar la excepción de OPI de

¹⁸ Para consultar todas las Observaciones Generales acceder al siguiente link:
<https://www.unicef.org/ecuador/UNICEF-ObservacionesGeneralesDelComiteDeLosDerechosDelNino-WEB.pdf>

algunos países, (como sucede por ejemplo en los casos de *Menneson & Labasse V. Francia*) y de poner en entredicho su uso en otros, como es el caso de España.

Junto con el Interés Superior del Menor, la Convención consagra otros derechos considerados fundamentales que se relacionan íntimamente con él. Algunos de estos derechos son la obligación a la inscripción tras el nacimiento (enfocada a garantizar al niño un nombre, una nacionalidad y una relación filial, por tanto, un derecho a la propia identidad, art.8), el derecho a la reunificación familiar (art. 10) o el respeto a su vida privada (art. 16). La maternidad subrogada choca con estos derechos en muchas ocasiones.

En lo relativo a la inscripción, la maternidad subrogada podría llegar a constituir una situación de apatridismo para el niño. Esto resultaría así de nacer en un país donde prevalece la maternidad biológica sobre la gestante, no siendo ni la madre gestante ni la pareja comitente padres biológicos del menor. En esta situación en concreto, el niño no podría inscribirse como hijo de los padres comitentes al no poder demostrar vínculos biológicos de paternidad pero tampoco podría establecerse una relación filial respecto de la madre subrogada, pues ésta tampoco es madre biológica.

La maternidad subrogada como muchas otras TRHA ha generado gran debate en torno al derecho a la propia identidad. Este derecho busca facultar al niño a conocer sus orígenes para permitir un desarrollo correcto de su personalidad. España reconoce este derecho en el art. 12 de la Ley 54/2007 de Adopción Internacional donde puede leerse que “*Las personas adoptadas (...) tendrán derecho a conocer los datos que sobre sus orígenes obren en poder de las Entidades Públicas (...) quienes asegurarán la conservación de la información que dispongan (...) en particular la información respecto a la identidad de sus progenitores, así como su historia médica*”

Este derecho se extrapolaría para aquellos niños nacidos por técnicas de maternidad subrogada. No obstante, algunos de estos contratos permiten a la madre no revelar su identidad, produciéndose una clara violación de los derecho anteriormente citados.

Así mismo, la Convención busca proteger al menor de las posibles amenazas externas como son la venta o el tráfico de niños en el mercado negro. El art. 35, donde se recoge tal obligación tomará una relevancia especial en materia de maternidad subrogada.

Tengamos en cuenta por ejemplo, las garantías legales establecidas por el legislador¹⁹ a la hora de inscribir el nacimiento de un niño en el Registro, que incluyen la paternidad biológica de alguno de los miembros de la pareja, que exista un consentimiento libre e informado y una renuncia post parto de la madre subrogada, que los documentos extranjeros estén acompañados de la debida traducción jurada o que se haya homologado previamente el contrato de gestación subrogada ante las autoridades del país de origen correspondientes.²⁰

3.1.1.2 Trabajos de la Conferencia de la Haya (2016-2018)

Ante la creciente demanda de aportar una respuesta internacional conjunta al fenómeno de la maternidad subrogada, La Conferencia de la Haya convocó a un grupo de expertos para que evaluaran el estado de la cuestión en la materia y los problemas jurídicos con los que se había topado, con el fin de proponer soluciones conjuntas entre las que se contempló la necesidad de crear una Convención en materia de maternidad subrogada que permitiese coordinar las actuaciones de los estados firmantes.

Resultante de esta investigación se formula un informe en 2016 del cual se extraen una serie de conclusiones que considero importantes para el objeto de estudio de este trabajo:

- No existe uniformidad en el tratamiento legal de la maternidad subrogada lo que genera gran disparidad normativa (permitiendo un fórum shopping fraudulento) sobre todo en materia de ley aplicable, jurisdicción competente y reconocimiento de sentencias y documentos públicos extranjeros.
- De la determinación de la filiación legal del menor (uno de los grandes problemas con los que se encuentran las parejas que emplean técnicas de maternidad subrogada) dependen otros muchos derechos importantes como el de la identidad, los alimentos, el mantenimiento, la herencia o la nacionalidad

¹⁹ Estas garantías pueden encontrarse en la Resolución de 10 de Octubre de la DGRN en materia de maternidad subrogada.

²⁰ Véase por ejemplo el Auto N.º 565/2018 de la AP de Barcelona, la cual deniega la adopción de unos niños por falta de legalización de los documentos acreditativos aportados por los interesados.

- La mayoría de los países no poseen leyes materiales que regulen la maternidad subrogada de forma directa por lo que las controversias se resuelven caso por caso en detrimento de la seguridad jurídica.

Tocantes a estos puntos, la comisión de expertos identifica lo que cataloga de “*grandes problemas*” de la maternidad subrogada, entre los que destacan el riesgo de abandono al que se exponen los niños así como la falta de verificación de idoneidad de la pareja comitente (trámite que si se realiza en los procesos de adopción.). También se pronuncian respecto a los derechos de las madres gestantes y destacan la explotación de la situación de pobreza en la que se encuentran muchas mujeres (sobre todo en países en vías de desarrollo), el desconocimiento de sus derechos y de las consecuencias legales de sus actos por no garantizárseles información en su propia lengua o las posibles secuelas físicas y psíquicas post parto. Así mismo, muestran su preocupación por la actuación fraudulenta que en algunos casos llevan a cabo los intermediarios del contrato de gestación subrogada, como pueden ser las clínicas o agencias.

En vista de lo anteriormente expuesto, el grupo de expertos concluye que a priori parece necesario establecer vías de cooperación internacional en materia de maternidad subrogada como las que existen en materia de adopción y por tanto considera oportuno continuar el estudio del asunto en cuestión.

En consecuencia, el grupo de expertos vuelve a reunirse en 2017 y 2018. En el último de los informes (el de 2018) La Conferencia de la Haya resalta lo consagrado en los informes anteriores, y apela a “*la importancia de desarrollar un acuerdo multilateral vinculante en materia de reconocimiento de sentencias y documentos públicos extranjeros para casos de maternidad subrogada*” (Permanent Bureau of The Hague, 2018)

Si bien es cierto que estos informes pueden finalmente no conducir a la creación del esperado instrumento de cooperación internacional y quedarse en papel mojado, resaltan la creciente importancia que está tomando la figura de la maternidad subrogada a nivel global, los derechos que se ven en jaque, así como las dificultades que acarrea para los distintos sistemas legales.

3.1.1.3 Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, CEDAW (1979)

La CEDAW, busca reafirmar la importancia de los derechos humanos, el valor de la dignidad femenina así como la necesidad de que se promulgue una igualdad efectiva entre hombres y mujeres. En su introducción, se hace referencia a la importancia del respeto de la dignidad de las mujeres en las mismas condiciones que los hombres. Este punto, que trataremos con más detenimiento en secciones posteriores, engarza con la teoría del contrato sexual de Carole Pateman donde se pone de manifiesto que las libertades civiles no serán universales, sino que tendrán un marcado carácter masculino. Esto permitirá perpetuar la situación de control sobre la mujer y su cuerpo, permitiendo lo que la autora ha tildado de “proletarización femenina”, como han evidenciado la prostitución y ahora la maternidad subrogada. (Pateman, 2005)

Llegados a este punto, debemos subrayar la importancia de una serie de artículos. En primer lugar, el art.2 recoge la ya mencionada eliminación de toda discriminación contra la mujer. Uno de los grandes debates que suscita la maternidad subrogada gira entorno a la discriminación económica. Esta discriminación funciona en dos sentidos; primero, solamente las parejas con recursos pueden permitirse acceder a tales técnicas. Segundo, muchas de las mujeres que se prestan a ser madres subrogadas pertenecen a un grupo de ingresos muy bajos o que viven rozando el umbral de la pobreza, y en muchas ocasiones provienen de países subdesarrollados o en vías de desarrollo (como la India o Tailandia). La pertenencia geográfica y el nivel de ingresos actuarán como factores discriminatorios ya no tanto entre hombre o mujer, sino entre mujer y mujer.

Seguidamente, el art.6 promueve la lucha contra la trata de mujeres. Este artículo es de gran relevancia en materia de maternidad subrogada, pues son muchas las mujeres que se ven empujadas a prestarse como tal por cumplir con los deseos de su padre o marido. Así mismo, los grupos de expertos de La Haya y otros informes han subrayado en múltiples ocasiones las dudosas circunstancias en las que se llevan a cabo tales técnicas, sobre todo en países menos desarrollados.

En este sentido, Bioedge (revista de bioética global) apunta a que todas las mujeres que se han prestado como madres gestantes en la India lo hacían bajo la autoridad de un cabeza de familia. Así mismo, cuestionan la legalidad y la buena praxis de las TRHA llevadas a

cabo por las distintas agencias, pues muchas de ellas se realizaban bajo dudosas garantías médicas y salubres. (Yee, 2012).

Para finalizar, es preciso mencionar el artículo 12 donde quedan recogidas las garantías médicas que deben contemplarse a lo largo del embarazo y después de éste y que en muchas ocasiones no se ven satisfechas por las clínicas y agencias anteriormente señaladas.

3.1.2. Leyes nacionales

El OP español en materia de maternidad subrogada queda configurado por los preceptos contenidos en la Constitución (CE), el Código Civil y la Ley 14/2006 (LTRHA). Como hemos mencionado anteriormente, España prohíbe expresamente la maternidad subrogada en el artículo 10.3 de la LTRHA. La ilegalización de la maternidad subrogada es el resultado del debate que se mantuvo en el seno de la Comisión Palacios y que contempla los preceptos contenidos en los tres cuerpos legales (entre ellos el concepto de filiación, el supuesto deseo a la paternidad, la dignidad de la madre y del niño entre otras cosas) y que será estudiado en el apartado 4 de este trabajo.

3.2 Perspectiva jurisprudencial:

3.2.1 Casos del TEDH (2014-2015)

- **Caso Menesson contra Francia (Recurso no. 65192/11, TEDH, 2014) y Caso Labasse contra Francia (Recurso no. 65941/11, TEDH, 2014)**

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) conoció conjuntamente los casos de Menesson y Labasse contra Francia por versar en torno a la misma cuestión; la negativa de las autoridades francesas a reconocer una relación legal de parentesco entre el progenitor biológico y el menor nacido mediante técnicas de maternidad subrogada.

En ambos casos, los padres intencionales se habían desplazado a Estados Unidos para llevar a cabo un contrato de gestación subrogada (recordemos que al igual que España, Francia prohíbe expresamente esta técnica en su legislación) y volver a Francia con el menor nacido por medio de tales técnicas. En ambos casos, el hombre de la pareja había aportado el semen, por lo que ambos eran padres biológicos de los nacidos.

El problema surge cuando las autoridades francesas se niegan a reconocer las relaciones de parentesco entre los padres biológicos y los menores nacidos por gestación subrogada alegando que éstas se han constituido en “fraude de ley”. Por tanto, las autoridades francesas deniegan la inscripción de los menores en el Registro Civil francés alegando motivos de OPI francés.

La negativa de las autoridades a inscribir a estos menores acarrea dos consecuencias; la primera relativa a la indeterminación de la identidad filial, y la segunda relativa a su nacionalidad pues no reconocerlo como hijo de ciudadano francés le impide obtener la nacionalidad francesa y los derechos que le corresponden como ciudadano.

Ante estos hechos y tras elevar los casos al TEDH, el Tribunal se pronuncia de forma contundente; denegar la inscripción de los menores en el Registro Civil francés atentaba directamente contra el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) por el que se consagra el derecho al respecto de la vida privada y familiar”: *“Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia”* reconociendo además que *“No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho (...)”* (CEDH, 1970 art.8).

El impedimento a inscribir la relación filial interfería no solo con la vida privada de los menores, sino que además infringía el principio a la no discriminación (art. 14 CEDH), en estos casos llevada a cabo por el modo del nacimiento. Por ende, la violación de tales preceptos atentaba contra el interés superior del menor, uno de los pilares fundamentales de la Convención de los Derechos del Niño. Estas premisas no se aplicaban sin embargo a los recurrentes, pues la Corte desestimó que Francia hubiese violado el derecho a la vida privada de los padres, pues las autoridades no habían impedido a los padres disfrutar de sus hijos en plenitud, simplemente no habían reconocido legalmente su condición de hijos de éstos

La Corte enfatizó la importancia de la existencia de un vínculo biológico entre el niño y el padre intencional, pues éste jugaba un papel de gran relevancia en la configuración de

la identidad del menor. Por ello, la Corte declara que las autoridades francesas se habían extralimitado en el uso del margen de apreciación nacional (representado en la excepción de OPI), violando los derechos anteriormente expuestos. Por ello, la Corte concluye que la excepción de OPI no puede alegarse a expensas del interés superior del menor (pues es éste el bien jurídico de mayor relevancia) e insta a las autoridades francesas a reconocer los vínculos filiales entre los niños y sus padres biológicos. (Recurso no. 65192/11, TEDH, 2014)

Este caso dejó abiertos varios interrogantes, entre ellos que sucedería si ninguno de los progenitores fuera padre biológico del menor. No mucho después, el TEDH tendría ocasión de contestar a esta pregunta en el Caso Campanelli Paradiso que procederemos a estudiar a continuación.

■ **Caso Campanelli Paradiso contra Italia: (N.º de resolución. 25358/12, TEDH)**

El matrimonio italiano Campanelli Paradiso contrata los servicios de una clínica rusa de maternidad subrogada ante la imposibilidad de llevar a cabo tales procedimientos en Italia, donde la maternidad subrogada está expresamente prohibida.

A diferencia de los casos anteriores, ninguno de los miembros del matrimonio poseía vínculo genético con el menor nacido por medio de técnicas de maternidad subrogada, pues el esperma y los óvulos habían sido aportados por donantes anónimos. A pesar de esto, el matrimonio declaró que la intención había sido que el niño fuera hijo biológico de uno de los dos pero que por motivos desconocidos la clínica había incurrido en un error, fallo que no fue descubierto hasta que las autoridades italianas en Italia mandaron realizar una prueba de paternidad.

Ante la imposibilidad de determinar la identidad genética del menor, las autoridades italianas abrieron una causa penal contra los padres por un delito de falsedad documental por intento de alterar el estado civil del menor (pues estos habían acudido al Consulado italiano en Moscú con un certificado de nacimiento donde se hacía constar una relación filial falsa y habían obtenido de éste los documentos pertinentes para volver a Italia con el niño. Sin embargo, el propio consulado informó a la Juzgado de Menores italiano que el certificado aportado por los padres contenía información falsa).

Tras estos acontecimientos, se abrió un procedimiento de abandono que permitiese la adopción del menor por otra familia distinta al matrimonio Campanelli. Como resultado, en octubre de 2011 el Juzgado de menores ordenó la retirada del niño y el ingreso de éste en una casa de menores (casa di familia). El matrimonio recurrió esta sentencia ante la Corte de Apelación italiana que confirmó la sentencia del Juzgado de Menores en Febrero de 2012 desestimando el recurso interpuesto por el matrimonio Campanelli.

En 2013, el niño fue adoptado por una familia pero no recibió una identidad formal hasta pasados unos meses, periodo durante el cual era inexistente a ojos de las autoridades italianas. En 2014, el asunto fue elevado al TEDH.

En 2015, la corte desestimó las pretensiones del matrimonio Campanelli relativas a la negativa de las autoridades italianas a reconocer el certificado de nacimiento ruso y se centró en las medidas que habían llevado a la retirada del menor del seno familiar original. El TEDH consideró que aunque no existía una relación legal entre el matrimonio y el menor por no haberse reconocido el certificado de nacimiento ruso por parte de las autoridades italianas, sí que había existido una familia de facto susceptible de ser contemplada por el art 8 del CEDH, considerando que se había producido una violación del derecho a la intimidad familiar por haberse sustraído el niño del matrimonio Campanelli. (25358/12, TEDH párr. 67-69).

Así mismo, el Tribunal cuestiona la actuación de las autoridades Italianas considerando que la declaración de abandono y el subsiguiente traslado del niño a una casa de menores eran medidas extremas que solo deben aplicarse en casos en los que el menor se encuentre en riesgo inminente. Concluye por tanto que este comportamiento no había sopesado ni el derecho a la intimidad familiar ni podía ser reconciliado con el interés superior del menor quien es arrancado de una familia y puesto a cargo de los servicios sociales.

En enero de 2017, la Gran Sala del TEDH pone punto final a este caso apartándose de la sentencia anterior (emitida por la Sección segunda de este mismo tribunal). El Tribunal considera que las autoridades italianas no solo no violaron el art. 8 del CEDH, sino que actuaron diligentemente en aras proteger el interés del menor. Determina que no existe tal “familia de facto” y que por tanto no tiene cabida bajo la protección del art. 8 anteriormente mencionado.

Respecto de la situación de abandono, justifica la sustracción y la puesta en adopción del menor en base a la carencia de un vínculo genético entre los supuestos padres y el menor y respalda la decisión de las autoridades italianas de actuar conforme a los preceptos de su legislación, teniendo en cuenta que Italia prohíbe el uso de técnicas de maternidad subrogada. (Farnós Amorós, 2017)

Como ha apuntado Farnós Amorós en una traducción propia ²¹de la sección 215 16 15 del Caso: *“Aceptar que el menor permaneciera con los recurrentes, posiblemente con la intención de convertirse en sus padres adoptivos, hubiese sido equivalente a legalizar la situación creada por aquéllos contraviniendo importantes normas de derecho italiano”* (Farnós Amorós, 2017, pág. 238)

3.2.2. Evolución en la apreciación del OPI en el sistema español: Resoluciones judiciales e Instrucciones y Resoluciones de la DGRN

El presente apartado hará una presentación cronológica de las Sentencias en las distintas instancias judiciales españolas y de las Instrucciones y Resoluciones de la DGRN que conforman el OP español en materia de maternidad subrogada. He decidido juntar ambas en el mismo apartado por un motivo funcional. Muchas de las sentencias tienen como punto de partido las Instrucciones y Resoluciones de la DGRN y viceversa. Por ello, he considerado que incluir ambas en orden cronológico y en el mismo epígrafe haría de la comprensión lectora una tarea más sencilla.

A continuación, se presentan las resoluciones e instrucciones de la DGRN, así como las sentencias más relevantes en materia de maternidad subrogada. La mayoría de la jurisprudencia que existe en España se deriva de un mismo caso que recorre varias instancias hasta desembocar en el Tribunal Supremo. En base a ese mismo caso, la DGRN dicta una Resolución, que como veremos a continuación quedará invalidada en los juzgados, seguida de una Instrucción donde pretende recoger las actuaciones que proceden a la hora de inscribir a los nacidos por medio de la técnica de la maternidad subrogada. Todo esto se observará con detenimiento en los siguientes apartados.

²¹ Traducción por Esther Farnós Amorós (§215). 16 15de la versión en inglés disponible en la base de datos del TEDH (HUDOC).

3.2.2.1 Resolución de la DGRN del 18 de febrero de 2009

La Resolución de febrero de 2009 es la primera en enfrentarse al fenómeno de la maternidad subrogada en España. Como bien es sabido, California es un estado donde la maternidad subrogada es legal, ya sea altruista u onerosa y es por ello uno de los destinos favoritos del llamado “turismo reproductivo” (Farnós Amorós, 2015, pág. 31). Como sabemos de sobra a estas alturas, la LTRHA prohíbe expresamente en su artículo 10.1 el uso de la gestación subrogada, considerando nulo todo contrato que la tenga por objeto.

La problemática comienza cuando una pareja homosexual española que ha suscrito un contrato de maternidad subrogada en California desea inscribir como hijos de ambos a los recién nacidos en el Registro Consular español. El registrador de Los Ángeles se niega alegando razones de OP, pues recordemos que España prohíbe y condena las prácticas de maternidad subrogada. Ante la negativa a la inscripción la pareja plantea un recurso ante la DGRN alegando tres elementos esenciales: (Serra Alcega, 2015, págs. 289-290)

- Los documentos extranjeros que presentan poseen fuerza probatoria conforme establece el art. 323 de la LEC y son título suficiente para inscribir el hecho que constituyen (arts. 82-85 RRC)
- No inscribirlo violaría sus derechos fundamentales a no ser discriminados y a recibir un trato igualitario, violándose el art. 14 de la CE
- Así mismo, la negativa a la inscripción resultaría contraria al interés superior del menor al no quedar protegido su derecho a una identidad única

Ante los presentes argumentos, la DGRN desestima el auto del encargado del Registro Consular californiano y reconoce la posibilidad de inscribir a los nacidos por gestación subrogada como hijos de la pareja comitente. (Heredia Cervantes, 2013)

La argumentación empleada para justificar tal decisión radica en lo que la DGRN califica de una “correcta perspectiva metodológica”, según la cual se afirma que el acceso al Registro Civil de las certificaciones registrales extranjeras no depende de lo establecido en las leyes materiales españolas (en este caso refiriéndose al artículo 10.3 de la LTRHA) ni en las normas de conflicto (refiriéndose a los puntos de conexión para determinar la

filiación por el 9.4 del CC²²) sino que corresponde a las normas que regulan el reconocimiento de resoluciones y certificaciones registrales extranjeras (art. 323 LEC, art 24 de la LRC y los arts. 81- 85 del RRC) confirmar su eficacia.

Ante estos hechos, el Ministerio Fiscal, que hasta el momento había permanecido silencioso, reacciona impugnado la resolución ante el Juzgado de Primera Instancia de Valencia por violar los preceptos de la LTRHA, en concreto de su artículo 10.1 y por tanto ser contraria a la legalidad consagrada en el propio artículo 323.2. 2º de la LEC.

3.2.2.2 Sentencia del Juzgado de Primera Instancia N.º 15 de Valencia, a 15 de septiembre de 2010 (SJPI Valencia 193/2010)

Como se ha expuesto anteriormente, el Ministerio Fiscal recurre La Resolución de la DGRN de 18 de febrero de 2009, por no respetar el principio de legalidad y la coherencia del OPI español contenidos los art. 13 y 98.1.d de la LRC.

Como apunta el Ministerio Fiscal, la falta de legalidad veta la posibilidad de inscribir los hechos constituidos por documentos extranjeros, aunque estos formalmente se ajusten a los requisitos establecidos por el RRC. Insiste, en que en base al principio de jerarquía normativa, deben prevalecer los preceptos legales sobre los reglamentarios.

Como recoge la Sentencia, el hecho de que la DGRN determine la no aplicación de las normas españolas materiales y de conflicto (por tratarse de un supuesto de inscripción por aportación de una certificación extranjera) viola la ya mencionada jerarquía legal.

Por ende, el Tribunal rechaza la interpretación del OPI que hace la DGRN cuyo argumento recae en la analogía con la figura de la adopción: (SJPI de Valencia 193/2010)

“la inscripción no vulnera la estructura básica y fundamental de la sociedad española, al estar admitida la filiación a favor de dos varones en los casos de adopción (...) por lo que no permitirlo a favor de dos hombres sería discriminatorio, al deberse actuar en interés del menor debiéndose impedir que estos queden sin filiación inscrita (...)

²² Art. 9.4 CC: “La determinación y el carácter de la filiación por naturaleza se regirán por la ley de la residencia habitual del hijo en el momento del establecimiento de la filiación. A falta de residencia habitual del hijo, o si esta ley no permitiere el establecimiento de la filiación, se aplicará la ley nacional del hijo en ese momento. Si esta ley no permitiere el establecimiento de la filiación o si el hijo careciere de residencia habitual y de nacionalidad, se aplicará la ley sustantiva española.”

«declarando por inaplicable al presente caso el artículo 10.1 de la ley 14/2006 puesto, que el encargado del registro no está procediendo a determinar una filiación sino que lo que determina es si una filiación ya determinada puede acceder al registro.»

Finalmente, el Tribunal resuelve en favor del Ministerio Fiscal y declara nula la inscripción por contravenir el mandato del artículo 10.1 de la LTRHA, rechazando la propuesta de OPI anteriormente expuesta.

3.2.2.3 Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010 sobre régimen registral de la filiación de los nacidos por gestación por sustitución (Disposición 15317 del BOE núm. 243 de 2010)

Resultado de la Sentencia anterior, la DGRN emite una Instrucción a fecha de 5 de octubre de 2010 cuyo objetivo es el de ofrecer una “solución ad hoc” a la problemática que plantean las inscripciones de los nacidos en vientre de alquiler a distintos niveles.²³

La propia Instrucción, se pronuncia sobre tres elementos fundamentales:

(Disposición 15317 del BOE núm. 243 de 2010.)

- Los requisitos que deben cumplirse para que la relación de filiación pueda ser inscribible en el Registro (en concreto destacamos el requerimiento relativo a la aportación de una resolución judicial dictada por el Tribunal extranjero competente)
- La lucha contra el tráfico de menores en un intento de evitar darle cobertura legal
- La prevalencia del interés superior del menor (para lo que se evalúa que se respeten los derechos recogidos en la convención del niño, entre ellos el de conocer el origen biológico) así como los intereses de las madres gestantes.

El requerimiento de Sentencia Judicial ha suscitado gran debate entre la doctrina. Algunos autores como Eduardo Corral lo han tildado de “judicialización artificial”. Sin embargo, como muy bien explica la DGRN, la Sentencia Judicial *“permite verificar la capacidad de obrar y la validez del consentimiento de la madre, así como la legalidad del contrato*

²³ Así lo recoge la propia Instrucción *“Atendiendo a la finalidad de dotar de plena protección jurídica el interés superior del menor, así como de otros intereses presentes en los supuestos de gestación por sustitución, resulta necesario establecer los criterios que determinen las condiciones de acceso al Registro Civil español de los nacidos en el extranjero mediante esta técnica de reproducción asistida”*.

de gestación subrogada”, pues este deberá soportar una inspección de legalidad para ser homologado por los Tribunales competentes, y descartar por tanto la existencia de un contrato simulado (Instrucción de la DGRN 14 de Febrero de 2019)

Igualmente, defiende que este criterio responde a la diferencia que existe entre los conceptos de “tutela por reconocimiento” y “tutela por declaración²⁴”, pues la primera convalida y despliega efectos en España de una relación filial ya determinada en el extranjero, (y por tanto atiende a la normativa de reconocimiento de sentencias extranjeras y no a las leyes materiales españolas), mientras que la segunda persigue reconocer por vez primera la filiación según lo establecido en las leyes de conflicto españolas, en este caso fijadas en el artículo 9.4 del CC.

La DGRN establece dos caminos para el reconocimiento de las resoluciones extranjeras (salvo que procediese aplicar un Convenio Internacional, en cuyo caso se seguirán las pautas fijadas por éste.) La primera vía corresponde a la contenciosa (art. 41.1 LCJI), lo que va a requerir un procedimiento de exequátur. La segunda vía daría cabida a todo aquel proceso judicial análogo a los procesos de jurisdicción voluntaria en España²⁵. En estos no se requerirá el procedimiento de exequátur sino que bastará con un reconocimiento incidental de la Resolución por parte del encargado del registro.

Por tanto, se admite “de facto” la inscripción de los menores nacidos por gestación subrogada en el Registro Civil Español, en base al reconocimiento de sentencias extranjeras (tutela por reconocimiento) cuya filiación ha sido determinada previamente por los Tribunales extranjeros.

Así mismo, la Instrucción incluye la posibilidad de reconocer la relación de filiación por vía del artículo 10.3 de la Ley 4/2006, donde se consagra la acción de la reclamación de paternidad respecto del padre biológico (conforme a las reglas generales de la filiación

²⁴ Tal y como apunta la Instrucción del 14 de febrero de 2019, esta distinción ha tomado valor de ley y se ha materializado en la Ley 20/2011 (LRC) en sus artículos 96 y 98 que exigen como requisito a la inscripción de una certificación o documento público extranjero, que éste no sea contrario al OPI español y que se rija por las leyes del Derecho Internacional Privado Español, requisitos que no se aplican a las resoluciones judiciales extranjeras.

²⁵ Resulta útil mencionar el art. 41.2 de LCJI y el art. 12 de la LJV donde se establece que *“El órgano judicial español o el Encargado del registro público competente lo será también para otorgar, de modo incidental, el reconocimiento en España de los actos de jurisdicción voluntaria acordados por las autoridades extranjeras. No será necesario recurrir a ningún procedimiento específico previo”*. El reconocimiento de tales actos solo se denegará para los casos contenidos el apartado 3º de este mismo artículo.

recogidas en los artículos 764 y ss. de la LEC), reconocimiento que responderá ante la ley y los Tribunales españoles por tratarse de una tutela por declaración.

Como se observa, la DGRN ataja el problema desde un punto de vista formal sin entrar a valorar la legalidad o los problemas éticos derivados de la maternidad subrogada por ello, esta resolución ha sido ampliamente criticada, pues muchos consideraron que se había excedido en sus funciones haciendo caso omiso la legislación vigente en España. Los grandes representantes de este sector crítico serán Joan Cerdá y Caravaca y Carrascosa.

A continuación, recogeremos los puntos más importantes de sus críticas.

A) Joan Cerdá:

El autor entiende que la instrucción da pie a la legalización de facto de la maternidad subrogada en España. Según Cerdá, *“la globalización (...) ha desbordado las intenciones del legislador en materia de maternidad subrogada”* lo que ha quedado presente en la Instrucción aquí estudiada. La posibilidad de inscribir a los niños nacidos mediante tales técnicas permite y da cobertura a un fórum shopping fraudulento. Así mismo, se abre la puerta a la “adopción express” como sucedáneo de la maternidad subrogada dada la falta de previsión de una sanción por la Ley 4/2006, y por las especialidades contenidas en el artículo 176²⁶ del CC a las que puede adherirse la pareja del padre biológico, y que *“permiten bandear el proceso de adopción general”*. (Cerdá Subirachs, 2016, pág. 3)

B) Caravaca & Carrascosa:

En su ensayo “notas críticas en torno 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” los autores exponen su tesis de que tal Instrucción *“ignora la realidad de las normas vigentes de DIPRI español y burocratiza de forma artificial e innecesaria el*

²⁶ El artículo establece que *“Para iniciar el expediente de adopción será necesaria la propuesta previa de la Entidad Pública a favor del adoptante o adoptantes que dicha Entidad Pública haya declarado idóneos para el ejercicio de la patria potestad (...) No obstante, no se requerirá tal propuesta cuando en el adoptando concorra alguna de las circunstancias siguientes: (...) 2.ª Ser hijo del cónyuge o de la persona unida al adoptante por análoga relación de afectividad a la conyugal.*

acceso al Registro Civil Español de la filiación acreditada en país extranjero". (Calvo Caravaca & Carrascosa González, , 2011 pág 247)

Los autores identifican un total de siete críticas que giran en torno a la aplicación errónea de la ley material española en lo relativo a la tutela por reconocimiento: (Calvo Caravaca & Carrascosa González, , 2011)

- La ley 14/2006 no es aplicable para supuestos de filiación de nacidos por gestación subrogada en el extranjero si ya ha sido confirmada previamente por las autoridades de tal país
- La exigencia de aportar sentencia extranjera que declare la filiación es contraria a la LRC y su Reglamento, pues tal requisito no queda recogido en éstos
- La DGRN olvida la existencia de la excepción del OPI como motivo de rechazo del reconocimiento de sentencias extranjeras. Pues si bien es cierto que los documentos extranjeros aportados puedan ser válidos en contenido y forma, estos vulneran la legalidad española al infringir el artículo 10 de la LTRHA. Ante esta situación el rechazo del reconocimiento incidental puede justificarse bajo el paraguas del OP, si bien tendremos que atender a éste de forma proporcional y en línea con el interés superior del menor.
- Se produce un control de la competencia judicial internacional de los tribunales extranjeros inadecuada, en base a un sistema bilateralista de control. Es decir, las normas de competencia judicial internacional no pueden intervenir en las normas de competencia interna del estado extranjero, no pueden por tanto obligarle a conocer o no de un determinado asunto, pues se estaría inmiscuyendo en elementos de soberanía del estado extranjero.
- Finalmente, los autores critican que la DGRN no haya sido capaz de distinguir dos conceptos fundamentales, "los hijos de españoles" y los sujetos "nacidos de españoles", pues debe distinguirse por un lado la nacionalidad de la madre gestante, y por otra la nacionalidad de la pareja comitente.

3.2.2.4 SAP de Valencia del 23 de noviembre 2011 (SAP Valencia 8826/20119)

La AP de Valencia conoce del recurso de apelación presentado por la pareja ante la denegación de inscribir a sus hijos en el Registro tras el fallo de la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº15 de Valencia. Esta Sentencia viene a confirmar la anterior, por lo que no hay aportaciones teóricas o jurídicas nuevas en lo que respecta a los argumentos de las partes.

Si por algo hay que mencionar esta Sentencia es por ser pionera en definir la gestación subrogada. Lo hace de la siguiente forma: “*Consiste en un contrato, oneroso o gratuito, a través del cual una mujer consiente en llevar a cabo la gestación, mediante técnicas de reproducción asistida, aportando o no también su óvulo, con el compromiso de entregar el nacido a los comitentes, que pueden ser una persona o una pareja, casada entre sí o no, que a su vez pueden aportar o no sus gametos*” (SAP Valencia 826/2011)

3.2.2.5 STSJ de Asturias de 20 de septiembre de 2012 (STSJ 2320/2012)

En septiembre de 2012, asistimos a algunos de los primeros efectos colaterales de la “legalización de facto” de la maternidad subrogada a raíz de la Instrucción de la DGRN del 2010. En la presente Sentencia, que a su vez confirma una Sentencia previa del Juzgado de lo Social de Oviedo N.º 2 de ese mismo año, se concede por primera vez la prestación por maternidad derivada de la maternidad subrogada. Esta sentencia sienta jurisprudencia y abre el reconocimiento a las prestaciones por maternidad a casos similares posteriores²⁷, aunque las sentencias no siempre siguen el mismo hilo argumentativo y obtienen soluciones contradictorias, como es el caso de la STSJ del País Vasco 943/2014, en la que se niegan las prestaciones para aquellos casos en los que haya mediado un contrato de gestación subrogada.

La cuestión acaba elevándose al Tribunal Supremo donde se acaba por unificar la doctrina relativa a las bajas y prestaciones de paternidad derivadas de los hijos nacidos por medio gestación subrogada. La unificación se produce en las STS 5375/2016²⁸ y STS

²⁷ Entre ellas: la STSJ de Madrid 612/2014 y la STSJ CAT 1613/2015

²⁸ Esta Sentencia desestima el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el Instituto Nacional de la Seguridad Social y declara la firmeza de la citada STSJ Cataluña de 15 de septiembre

5283/2016²⁹, gracias a las cuales se reconocerán el derecho a la baja y prestación por paternidad resultantes de la maternidad subrogada.

La argumentación que se utiliza para tomar tal criterio persigue el “interés superior del menor”, pues por analogía con las figuras de adopción y acogimiento familiar y en línea las instituciones europeas³⁰, se considera contrario al interés del menor y a la protección de la familia impedir el disfrute de un periodo temporal que permita la correcta integración del menor en el seno familiar, así como el desarrollo de lazos psico afectivos con su nueva familia.

Por ello, y aunque el supuesto de maternidad subrogada no se encuentra recogido en el artículo 48.4 del Estatuto de los Trabajadores ni en el artículo 177 de la Ley de la Seguridad Social, el Tribunal Supremo los reconoce como legítimos beneficiarios tanto de la baja como de la prestación por paternidad recogidas en ambas leyes.

3.2.2.6 STS del 6 de febrero de 2014 (STS 247/2014)

Como se ha comentado anteriormente, la SAP de Valencia deniega la inscripción de los niños nacidos por gestación subrogada en el Registro Civil, confirmando la ya mencionada SJPI Valencia 193/2010, en la que se había dado la razón a las alegaciones del Ministerio Fiscal. La presente Sentencia desestima el recurso de casación interpuesto por la pareja comitente articulado en torno a la infracción del artículo 14 de la CE (derecho a la igualdad) y a la falta de cumplimiento con el interés superior del menor.

El TS razona conforme lo habían hecho las instancias anteriores; no es posible permitir una inscripción de una filiación derivada de un contrato de gestación subrogada, pues un contrato de estas características en nuestro país es nulo tal y como lo establece la ley 14/2006 en su artículo 10.1. Así mismo, critica la “invocación indiscriminada del interés del menor”, pues aunque debe ser atendido como un valor absoluto, no debe permitir que

²⁹ Estima el recurso de casación para la unificación de doctrina frente a la sentencia de 7 de Julio de 2014 del TSJ de Madrid (en otras) sobre prestaciones de maternidad y estiman el recurso de la parte actora declarando el derecho a percibir la prestación de maternidad.

³⁰ Véase por ejemplo el punto 114 del “Annual Report on Human Rights and Democracy in the World 2014 and the European Union’s Policy on the Matter, 2015 (2015/2229 INI) en la cual el parlamento en el que el Parlamento Europeo se posiciona de forma directa contra la maternidad subrogada “condenando la práctica por socavar la dignidad humana de la mujer por utilizarse su cuerpo y funciones reproductivas como una mercancía”

se vulneren el resto de los bienes jurídicos protegidos por nuestro ordenamiento español. (STS 247/2014, Fundamento de Derecho 5º puntos 5 y 6)³¹

Aunque las partes pretenden alegar que el acceso al Registro no viola el OPI español por ser una consecuencia periférica de este contrato (y no nuclear)³², uno de los magistrados emite un voto particular donde razona desde la perspectiva del OPI pleno por qué se produce esta denegación en las siguientes palabras:

“aceptar tales contratos sería contrario al orden público internacional español pues se estaría dando cobertura a las normas que tienen por objeto evitar que se vulneren la dignidad de la mujer gestante y del niño, mercantilizando la gestación y la filiación, (...) creando una especie de "ciudadanía censitaria" en la que solo quienes disponen de elevados recursos económicos pueden establecer relaciones paternofiliales vedadas a la mayoría de la población”(STS 247/2014, Voto particular sección segunda)

Así mismo, el Tribunal argumenta que no se quiebra el interés superior del menor por impedir la inscripción de su filiación, la propia LTRHA prevé un mecanismo para evitar la desprotección de estos menores abriendo la puerta a la filiación mediante la reclamación de paternidad basada en el artículo 10.3 de la ley 14/2006, y que se regula conforme a los preceptos del Código Civil. Concluyen por tanto que permitir registrar una filiación resultante del empleo de técnicas de maternidad subrogada, supondría un perjuicio aún mayor para el interés del menor.

Tras esta Sentencia, la DGRN consultó ante este mismo Tribunal si ésta última Sentencia afectaba de manera alguna a la Instrucción de la DGRN del 5 de 10 de octubre de 2010 sobre el régimen registral de la filiación de los menores nacidos mediante gestación por

³¹“La invocación indiscriminada del "interés del menor" servirá de este modo para hacer tabla rasa de cualquier vulneración de los demás bienes jurídicos tomados en consideración por el ordenamiento jurídico nacional e internacional que se hubiera producido para situar al menor en el ámbito de esas personas acomodadas” y prosigue razonando 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.” (STS 247/2015)

³² Recordemos que el OPI atenuado permite que se reconozcan los efectos periféricos de Sentencias extranjeras cuando el núcleo de éstas viola el OPI internacional español, permitiendo por tanto que se desplieguen los efectos irradiados por el núcleo de la sentencia sin reconocer ésta. En este caso el Tribunal Supremo determina que la inscripción en el Registro no puede considerarse como una consecuencia periférica (como sí serían la baja y prestación por maternidad/ paternidad a la que nos hemos referido anteriormente) y por tanto es incompatible con el OPI español.

sustitución. El Tribunal Supremo confirmó la validez de Resolución, incidiendo en la importancia de mantener los requisitos referentes a la aportación de una sentencia judicial extranjera como garantía de legalidad y certeza consagrados en la misma.

3.2.2.7 Auto del Tribunal Supremo del 2 de febrero de 2015 (ATS 335/2015)

Como hemos podido observar anteriormente, en el año 2014 el TEDH resuelve varios referentes a la dificultad de establecer la filiación, registrar y reconocer la paternidad en casos de maternidad subrogada. (Caso Campanelli o Labasse/ Menesson)

Ante las resoluciones del TEDH, los padres de los niños nacidos en California juegan su última carta y presiona al Tribunal Supremo para que adopte el criterio fijado por el TEDH. Ante esta nueva realidad, se presenta un recurso de nulidad contra la STS 247/2014 alegando que, en base al precedente sentado por el TEDH, la negativa a inscribir a sus hijos en el registro es contraria a la doctrina sentada y proceden a realizar las siguientes alegaciones: (ATS 335/2015, Fundamento de Derecho Primero.)

- Se ha vulnerado su derecho a la tutela judicial efectiva
- Se ha discriminado a sus hijos por motivo de la forma su de nacimiento
- Se han vulnerado su derecho a la intimidad familiar y su derecho a la paternidad

El Tribunal supremo analiza y deja sin eficacia las reclamaciones de las partes a lo largo de la Sentencia con argumentos similares a los empleados en la STS 247/2014. Así mismo, uno de los votos particulares pone de manifiesto que los hechos y circunstancias de los casos tratados por el TEDH no corresponden con los del presente caso, pues en España no se vulneran los derechos del niño al permitirse vía artículo 10.3 una solución alternativa al establecimiento de la filiación derivada del contrato de gestación subrogada:

“es cierto que, a diferencia del sistema jurídico francés, que cierra todas las puertas a una situación como la enjuiciada, hasta el punto de que el convenio de gestación impide el vínculo de filiación de forma absoluta (...) el ordenamiento jurídico español ofrece varias salidas: de un lado - artículo 10.3 Ley 14/2006 (...) y de otro, permite adoptar al cónyuge del progenitor intencional biológico (artículos 176.2 y 177.2 CC).” (ATS 335/2015, Voto Particular)

Por tanto, el Tribunal Supremo mantiene su decisión de considerar ilegal la filiación derivada de un contrato de maternidad subrogada y se remite a la Instrucción del 5 de octubre en lo relativo a los requerimientos legales para permitir la inscripción de la tutela declarativa de filiación reconocida previamente por sentencia de tribunales extranjeros. Esta decisión marcará la jurisprudencia e Instrucciones posteriores como tendremos ocasión de estudiar a continuación.

3.2.2.8 Auto de la AP de Barcelona 2018 (Auto de la AP de Barcelona 565/2018)

La AP de Barcelona deniega la opción de adoptar a la pareja del padre de dos menores nacidos mediante técnicas de maternidad subrogada. Como ha podido comprobarse en Sentencias anteriores, el procedimiento para inscribir la relación de filiación en el Registro es la de reclamar la paternidad del menor en base al artículo 10.3 de la ley 14/2006 por el padre biológico e iniciar un proceso de adopción por la pareja de éste tras la renuncia de la madre a sus derechos sobre el niño gestado bajo los tiempos (6 semanas) y forma (por escrito) establecidos por la ley.

Esta Sentencia, pone de manifiesto la importancia de la renuncia de la mujer gestante, así como de que los documentos aportados se encuentren dentro de la legalidad y se hayan constituido conforme las garantías previstas en la ley. Tanto el CC como el CC catalán recogen un periodo de 6 semanas, previas a las cuales, la madre no puede renunciar a sus derechos sobre el menor. En el caso que nos atañe, la madre renuncia en un periodo de tres días, violándose la legislación española y catalana. (Lázaro González, 2018)

Así mismo, el Tribunal desconfía de la autenticidad de los documentos extranjeros aportados por la parte interesada, pues en vistas a que España no posee ningún tipo de convenio con Tailandia (lugar donde se ha llevado a cabo la maternidad subrogada), se exige que la documentación aportada se encuentre legalizada y acompañada por la correspondiente traducción jurada³³ (para impedir dar cobertura legal al tráfico de niños), requisitos que no se cumplían en el presente caso donde, una vez más, se pone de manifiesto las dificultades que entrañan la filiación y la adopción de menores nacidos por vía de la gestación subrogada.

³³ Art. 95 LRC sobre la Traducción y Legalización de documentos

3.2.2.9 Instrucción de 14 de febrero de 2019, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre actualización del régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución

La Instrucción del 14 de febrero de 2018 vive un total de 4 días, tras los cuales el gobierno de Pedro Sánchez la invalida y la sustituye por la del 18 de febrero de ese mismo año.

De esta breve Instrucción, cabe destacar la extensa revisión que se lleva a cabo de la jurisprudencia, doctrina e instrucciones anteriores. La Instrucción recuerda los puntos más relevantes de las distintas resoluciones que le servirán como punto de partida para proponer cambios a la anterior Instrucción de octubre de 2010.

La Instrucción proponía una serie de directrices donde se incorporaban las ideas más importantes de la jurisprudencia en materia de maternidad subrogada de los últimos años. Se proponen un total de cinco directrices, algunas similares a las de la Instrucción del 2010 y otras completamente nuevas. Ente las novedades me gustaría destacar las siguientes: (Instrucción DGRN 14 Febrero 2018)

- Las inscripciones del nacimiento de un menor nacido por la vía de la maternidad subrogada reconocidas de forma incidental por el encargado del registro (en aquellos **procesos judiciales análogos a los procesos de jurisdicción voluntaria** en España) **eliminan la necesidad de someterse al procedimiento de exequátur**, siempre que el reconocimiento se pueda justificar positivamente.
- Así mismo, la instrucción añade algunos requisitos al reconocimiento incidental respecto a la anterior Instrucción, como la necesidad de **adjuntar una traducción jurada** junto a todo documento redactado en lengua extranjera (requisito ya previsto en el art. 144 de la LEC), la **imposibilidad de aceptar resoluciones en las que la madre se encuentre en “rebeldía procesal”**, la necesidad de que se respete el OPI, y las garantías que deben mediar para un consentimiento válido³⁴

³⁴ Que el consentimiento se haya prestado con información suficiente, con consciencia del alcance de este y pasadas 6 semanas del parto.

- En su directriz segunda, condiciona la competencia del Registro Civil a que se haya acreditado previamente la filiación respecto de un padre español. Así mismo, recoge los medios mediante los cuales la acreditación será susceptible de ser válida y establece que tras una determinación efectiva de la filiación, **se inscribirá de forma automática al menor haciendo constar igualmente la filiación materna resultante del parto**³⁵. También se remite al proceso de adopción de pretenderse reconocer la filiación de la otra parte de la pareja comitente y consagra las garantías de éste.
- Para aquellas situaciones en las que el país donde nace al niño no determina la filiación con respecto al parto, no se permitirá el proceso de adopción en los términos anteriores pero se abre la puerta a la **reclamación de la filiación materna** en términos análogos a la paterna de haber aportado la mujer comitente su material genético, pues de no practicarse el niño quedaría desprotegido y se violaría el principio del interés superior del menor.
- Finalmente, la directriz cuarta contiene **nuevas formalidades** para la aplicación de la inscripción así como las últimas novedades en el **modelo de asientos**

Como ya se ha mencionado anteriormente, esta Instrucción buscaba introducir algo de claridad y seguridad jurídica en lo relativo a la inscripción de los nacidos por gestación subrogada con el fin de garantizar los derechos de las partes implicadas. Así mismo, y justificado por el recorrido jurisprudencial, añade nuevos requerimientos a raíz de las Sentencias de las distintas instancias y prevé soluciones extraordinarias para aquellos casos donde el menor quedara absolutamente desprotegido resultado de la disparidad normativa entre los distintos estados implicados. Sin embargo, todo su contenido queda sin efecto cuatro días después como resultado de la publicación de una nueva Instrucción.³⁶

³⁵ La finalidad de esta medida es la de garantizar el derecho a la identidad del menor

³⁶ La emisión de dos Instrucciones en un periodo de tiempo tan corto ha sido altamente criticada en los medios de comunicación, pues contradice el principio de seguridad jurídica y manifiesta una falta de coherencia sustancial entre órganos como la DGRN y el gobierno. Así mismo, parece que la Instrucción se trata de un “error” que busca ser escondido en plena precampaña, pues es una tarea arduo-complicada encontrar la Instrucción en internet, pues su entrada en el BOE de 2014 ha sido eliminada como por arte de magia.

3.2.2.10 Instrucción del 18 de febrero de 2019, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre la actualización del régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución (Disposición del BOE núm. 45 de 2019)

La presente Instrucción deja sin efecto la Instrucción fechada en 14 de febrero y reinstaura la anterior Instrucción de octubre de 2010. A diferencia de ésta, la Instrucción de 18 de febrero si entra a hacer un juicio de valor en torno a la figura de la maternidad subrogada a la que califica de desajustada al derecho por consagrar practicas donde se produce “*una grave vulneración de los derechos de los menores y de las madres*” (Instrucción de la DGRN de 18 de febrero de 2010, párrafo 1º)

La remisión a la Instrucción previa de 2010 tiene como consecuencia la permisividad de facto de la maternidad subrogada, pues los padres intendentos podrán finalmente inscribir la relación de filiación en el Registro por vía del reconocimiento de documentos y sentencias extranjeras de acuerdo con los preceptos de la LEC.³⁷

Lo que más llama la atención de esta Instrucción es que a pesar de condenar la figura de la maternidad subrogada en sus primeros párrafos y de remitirse enteramente a la Instrucción de octubre de 2010 (cuyo objetivo principal era luchar contra el tráfico de menores, entre otros), incorpora el siguiente precepto:

El solicitante podrá obtener, si procede, de las autoridades locales el pasaporte y permisos del menor para viajar a España. Una vez en España, a fin de asegurar que se cumplen todas las garantías con necesario el rigor probatorio, se deberá iniciar el correspondiente expediente para la inscripción de la filiación, con intervención del Ministerio Fiscal, o interponer las acciones judiciales de reclamación de dicha filiación.

³⁷“En relación con el reconocimiento de la resolución que determina la filiación del menor, dictada por Tribunal extranjero, la presente Instrucción incorpora la doctrina plenamente consolidada por el Tribunal Supremo. De acuerdo con esta doctrina, **serán de aplicación los artículos 954 y siguientes de la LEC, (...) en virtud de los cuales, será necesario instar el exequátur de la decisión ante los Juzgados de Primera Instancia, tal y como señala el artículo 955 de la LEC. (...) No obstante, en aquellos casos en los que la resolución judicial derive de un procedimiento equiparable a un procedimiento español de jurisdicción voluntaria, el Tribunal Supremo ha proclamado en numerosas ocasiones, que su inscripción no queda sometida al requisito del exequátur, bastando a tales efectos con el reconocimiento incidental de la resolución como requisito previo a su inscripción.**” (Instrucción de 5 de octubre de 2010, de la DGRN, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución. Sec. I. Pág. 84804)

En cualquier caso, debemos tener en cuenta que un neonato no puede viajar con una persona con la que no tiene vínculo familiar y por tanto sin autorización formal de los padres (en este caso la madre subrogada), pues de otra manera se estaría dando cobertura legal al tráfico de menores.

Como se ha visto recientemente en algunos casos acontecidos en Ucrania, la imposibilidad de obtener una sentencia judicial que reconozca la paternidad de alguno de los miembros de la pareja comitente bien por motivos burocráticos bien por que ninguno de los miembros de la pareja ha aportado material genético, es lo que ha dejado a muchos “atrapados”³⁸ sin poder volver a España con los menores.

³⁸ Puede consultarse la noticia en el periódico El Mundo en el siguiente link:
<https://www.elmundo.es/espana/2018/08/28/5b8561a3268e3e38748b45b2.html>

CAPÍTULO IV:

Perspectiva Cívico- Social del OPI español en materia de maternidad subrogada: la importancia de las ideas en la configuración de la ley

4.1 Teoría política legislativa: ¿Qué circunstancias permiten que una idea se configure como parte del sistema de valores de una sociedad?

En este apartado trataremos de explicar la importancia que tienen las ideas en la configuración del OPI español. En torno a distintas ideas (véase por ejemplo la dignidad humana como valor intrínseco de las personas) se construyen los sistemas de valores de las distintas comunidades políticas. Estos valores irán cambiando a lo largo del tiempo, pues son conceptos fluidos que permiten ser contestados con la aparición de nuevas ideas. Este cambio de valores debe venir acompañado de un cambio normativo atendiendo a la finalidad social de la ley y por tanto de una nueva configuración de OPI.

Para comprobar que el OPI sigue ajustándose a los valores de la sociedad tendremos que poner a prueba dos ideas que partirán de dos fundamentos muy simples:

Idea 1: La maternidad subrogada debe ser ilegal

Idea 2: Debe legalizarse la maternidad subrogada

Actualmente, España abraza la primera idea tomando como foco los derechos humanos y la protección de la dignidad humana, tomando la Comisión Palacios como referente de OPI español en materia de maternidad subrogada. Sin embargo, cada vez son más las voces que se levantan en contra de esta idea llegando incluso a colarse en las propuestas de los partidos políticos, como es el caso de Ciudadanos. Por ello, considero interesante analizar hasta que punto la segunda idea podría hacer peligrar la primera propulsando un cambio normativo y reconfigurando el OPI. Para estudiar esto, tomaremos como punto de partida las teorías del Dr. James Walsh de su ensayo “*When do Ideas Matter? Explaining the Successes and Failures of Thatcherite Ideas*”, 2000.

Elegimos esta teoría como marco para estudiar este proceso por su generalidad, pues aunque es cierto que poco tiene que ver la época de Pedro Sánchez con la de Margaret Thatcher, los elementos que toma como referencia para hacer su estudio (concentración

política y apoyo social) son elementos fundamentales presentes en cualquier estado democrático de derecho que no indaguen en características particulares de la época sino que proponer un marco teórico simple y general, lo que nos permitirá extrapolar esta teoría al objeto de estudio que nos atañe.

En el ensayo, el autor hace un estudio de las condiciones que deben darse para que una idea tenga influencia en una determinada política pública, aislándola de las variables de los intereses políticos y los pactos institucionales.

Antes de entrar en detalle es importante que definamos el concepto de una “idea”. ¿Qué es exactamente una idea? En el texto, el autor propone la definición de Hall, quien la define como “*el marco de trabajo que determina los objetivos, instrumentos y naturaleza de los problemas sociales existentes*”. (Walsh, 2000, pág. 845)

Otros autores definen ya no solo la idea, sino el concepto de “idea política” como el “sustento de las concepciones políticas de sectores amplios de una sociedad” que dependen de la realidad política de su momento histórico con la que interactúan, y a la que dan forma en última instancia. (Castro Alfín, 1999)

Tras acotar el concepto de idea, Walsh diferencia las dos maneras en las que una idea es relevante en términos de política pública. La primera de ellas es como justificante de cambio pues, el fracaso de una determinada política pública da lugar a la implementación de otras políticas públicas más novedosas, cuyo punto de partida es una idea diferente a la que justificaba la anterior. (Esto es conocido como “modelo de fracaso” que da pie al cambio de ideas y por tanto de valores.)

En segundo lugar, habla de las ideas como una manifestación de la “lucha de clases”. El autor argumenta que las ideas pueden no solo propiciar cambio, sino ser justificantes del inmovilismo, si los intereses materiales que defiende esa idea en particular se alinean con los intereses de las esferas de poder de una sociedad. (Walsh, 2000)

Como resultado, Hall propone un listado de tres maneras en las que una idea es susceptible de influir en las políticas públicas:

- a) Definiendo los objetivos del legislador
- b) Reduciendo la incertidumbre del modus operandus social gracias a la elaboración de modelos simplificados de realidad

- c) Proveyendo medidas a implementar para la solución de determinados problemas o bien, para lograr el alcance de una serie de objetivos

Keohane concreta las ideas de Hall y explica que debido al gran número de ideas que pueden presentarse en torno al mismo debate, solo la elegida, la que cuente con respaldo social mayoritario, será susceptible de influenciar la política del momento en alguna de esas tres circunstancias. Así mismo, el autor pone de relieve que al existir ideas contrapuestas (ambas con gran apoyo social), el legislador se decantará no solo por la que sea más popular, sino la que esté legitimada por los grupos de poder y la que le permita un margen de maniobra mayor, es decir, la idea más general sobre la concreta. (Keohane por Walsh, 2000). En este sentido, debemos tener en cuenta que cuando existen ideas contrapuestas, ambas con gran apoyo social, es preciso descubrir que cimientos sustentan cada una de ellas (pues toda sociedad responde a un mínimo de coherencia interna a la que apela el OP en última instancia).

Teniendo en cuenta lo anteriormente expuesto, Walsh identifica las condiciones que deben propiciarse para que una idea constituya como motor de cambio: el apoyo social y el grado de concentración político.

El primer factor es obvio, sin respaldo social no hay legitimidad de cambio político pero ¿qué tendrá que ver el grado de concentración político? Pues bien, si las instituciones políticas se encuentran repartidas a nivel territorial o competencial, legitimar una misma idea ante distintos organismos con distintas pretensiones es bastante complicado, pues es posible que la nueva idea aunque respaldada a nivel nacional, entre en conflicto directo con los intereses de estas entidades.

La manera en la que se combinan estos dos factores puede dar lugar a cuatro situaciones diferentes, de las cuales solo una es susceptible de permitir la inserción de una nueva idea, otras dos presentan posibilidades muy bajas y la restante lo descarta por completo. Esto queda ejemplificado en la tabla de la siguiente manera:

Factores	Concentración política		Respaldo social	
-----------------	-------------------------------	--	------------------------	--

Intensidades	ALTA	BAJA	ALTO	BAJO
Situación A	X		X	
Situación B	X			X
Situación C		X	X	
Situación D		X		X

(Fuente de elaboración propia inspirada en los anexos de Walsh 2000.)

Como deja entrever la tabla, solamente en la *Situación A* se concentran los dos elementos necesarios para conseguir la implementación de una nueva idea. Por ello, en el caso de la maternidad subrogada tendremos que analizar a raíz de la ley, la jurisprudencia, y los valores de la sociedad, si se cumplen tales requisitos que propulsarían el cambio en la materia a raíz del acogimiento de una nueva idea.

Para determinar si existe un cambio social en torno a la idea de la maternidad subrogada, procederemos a determinar que sectores de la sociedad respalda cada una de las ideas y hasta qué punto. Para ello, estudiaremos en primer lugar la Comisión Palacios seguido de las aproximaciones que se hacen desde distintos grupos sociales (católicos, LGTBI, feministas, liberales, juristas, etc.) así como las asumidas por las leyes, tribunales y demás instituciones gubernamentales y partidos políticos.

El estudio de estos factores nos permitirá tratar de contestar a la pregunta inicial formulada por este trabajo; ¿Sigue representando el OPI español los valores de su sociedad? Y por tanto ¿sigue siendo la ley expresión de la voluntad popular?

4.2 Las primeras ideas y regulaciones en torno a la maternidad subrogada: la comisión palacios y el balance de los derechos de las distintas partes afectadas³⁹

4.2.1 La Comisión Palacios

Como venimos manifestando a lo largo de este trabajo, la maternidad subrogada se encuentra expresamente prohibida por la Ley 14/2006 en su artículo 10.1. Las leyes anteriores a la actual LTRHA introdujeron tal prohibición que se mantendría intacta en las sucesivas modificaciones legislativas. La primera ley en regular la cuestión fue la Ley 35/1988, a su vez modificada por la ley 45/2003.

Debido al “inmovilismo” en el contenido de las leyes en lo relativo a maternidad subrogada (pues ninguna modifica el contenido inicial), consideramos oportuno estudiar el informe emitido por la Comisión Palacios⁴⁰, pues en él se recogen las ideas, valores y derechos que se hicieron primar a la hora de legislar en este sentido⁴¹ y que al mantenerse a lo largo del tiempo son los mismos que inspiran la actual LTRHA. (Souto Galván, 2006)

El Informe elaborado por la Comisión Palacios se aprobó en las cortes en 1986, adoptando un criterio final en el que la maternidad subrogada quedaba estrictamente prohibida. La idea que inspiró tal decisión partía de la base de que permitir tal práctica iba en contra de la dignidad de la mujer gestante y del menor, pues, al comercializar con la capacidad generativa de la mujer y al “encargar” un niño, se estaba comercializando con ambos, algo inadmisibles por los propios límites que se derivan de su dignidad como ser humano y razón por la cual deben considerarse “res extra commercium”.

Resultante de tal razonamiento, podemos observar como la Comisión prima los derechos de la madre gestante y del menor sobre los derechos de la pareja comitente, reflejados en el derecho a la paternidad (bien insertado en un derecho a la salud, para el caso de parejas

³⁹ En esta sección tomaremos el ensayo de Beatriz Souto Galván como punto de referencia para comprender el proceso que se llevó a cabo en la Comisión Palacios.

⁴⁰ Informe de la Comisión Especial de Estudio de la Fecundación In Vitro y la Inseminación Artificial Humanas del Congreso de los Diputados de España (abril 1986).

⁴¹ Tengamos en cuenta que la comisión contaba con experimentados juristas, médicos, psicólogos, sociólogos entre otros, lo que permitió atender la cuestión desde una perspectiva multidisciplinar obteniendo soluciones globales.

infértiles, o bien insertado en el desarrollo de la personalidad y en el respeto a la integridad física y psíquica.).⁴²

Para llegar a tales conclusiones, se argumenta emplearon criterios “que satisficiesen el pluralismo social y la divergencia de opiniones, dejando fuera motivaciones ideológicas, partidistas y religiosas”. Para ello, la Comisión apunta a que veló por la congruencia con el orden público interno, poniéndose al servicio del interés general. (Informe de la Comisión Especial de Estudio de la Fecundación In Vitro y la Inseminación Artificial Humanas del Congreso de los Diputados de España ,1986, Exposición de motivos).

El Informe Palacios (inspirado en el Informe Warnock, elaborado por Reino Unido en el estudio de la regulación de la maternidad subrogada) emite tres recomendaciones fundamentales: (Souto Galván, 2006)

- a) La creación de un tipo penal para las agencias que permitiesen llevar a cabo prácticas de maternidad subrogada
- b) Dotar con responsabilidad penal a los responsables de su ejecución
- c) Ilegalizar el contrato de maternidad subrogada por lo abusivo de las cláusulas que puede contener.

De tales recomendaciones solo se adoptó la última tomando como base el principio de legalidad, pues el objeto y forma del contrato son nulos de pleno derecho tal y como dispone la ley 14/2006 en el artículo 10. En lo que respecta a los tipos penales, se entendió que estos quedaban subsumidos en otros tipos penales más generales, por lo que crear categorías específicas se consideró de poca utilidad.

Las recomendaciones propuestas nos dejan entrever no solo la negativa a aceptar la idea de la legalización de la maternidad subrogada, sino el absoluto rechazo que se hace de ésta por parte de la Comisión, quien no contenta con ilegalizar el contrato cuyo objeto sea la maternidad subrogada, busca también penarla bajo tipos penales específicos.

Contraria a la visión de la Comisión se manifestó el Instituto de la Mujer en 1985, quien propuso la legalización de la maternidad subrogada altruista gratuita (Opinión del

⁴² La doctrina no ha sido capaz de ponerse de acuerdo en esta cuestión; pues aunque para algunos la paternidad solo es un deseo que no debe elevarse a derecho (pues este se realiza a costa del bienestar de terceros) otros han argumentado en su favor. Para indagar en la cuestión recomendamos acudir al estudio de Encarna Serna Meroño “Las Técnicas de Reproducción Humana Asistida: Limitaciones para su práctica” donde trata el derecho a procrear y su cabida en el ámbito constitucional. En el mismo sentido también se ha pronunciado Eduardo Corral en su ensayo “El Derecho a la Reproducción humana ¿Debe Permitirse la Maternidad Subrogada?”.

Instituto de la Mujer sobre la utilización, desarrollo y regulación de las diversas técnicas de gametización instrumental 1985 citada por Souto Galván)

El Instituto entendía que permitir la técnica en su modalidad altruista permitiría conciliar los derechos de todas las partes implicadas ayudando a “superar los roles tradicionales” mediante una disgregación de sexualidad y reproducción. Según el instituto esto permitiría el “empoderamiento femenino”, pues al eliminar el criterio gestacional de la ecuación se estaría equiparando a la mujer con el hombre en un plano absoluto de igualdad

Finalmente, la Comisión termina por rechazar los argumentos en favor de la maternidad subrogada por entender que ésta viola la dignidad tanto del niño como de la madre en varias cuestiones; la manipulación del cuerpo femenino al que se trata como a una “incubadora humana”, la situación de necesidad en la que se encuentran muchas mujeres que las empuja a prestarse como vientres de alquiler por falta de otra forma de ingresos, la comercialización de la vida y de los procesos de gestación y el riesgo que entraña con respecto al mercado negro de menores.

Así mismo, Souto Galván defiende la posición de la Comisión y enfatiza la importancia de una serie de problemas prácticos que podrían resultar de legalizar el contrato de gestación subrogada y a los que se refiere como “argumentos de peso en contra de la legalización del contrato de maternidad subrogada” (Souto Galván, 2006, pág. 186)

Entre los problemas destacan:

- La problemática del consentimiento si la mujer está casada
- Posibles secuelas físicas y psicológicas resultantes para la mujer
- Situación en la que el feto presente anomalías y la mujer no desee abortar o viceversa o de si ya ha nacido y no se quiere por tal condición anómala
- Situación que se produciría de morir la pareja o persona comitente
- Posibles reivindicaciones del niño en lo relativo a sus orígenes genéticos

Más allá de las complicaciones prácticas, la Comisión también pone de manifiesto la necesidad adoptar un criterio de filiación adecuado para evitar una dualidad materna. Esta necesidad se verá satisfecha en la redacción del art. 10.2 de la LTRHA donde puede leerse que “*La filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto*” (art. 10.2 Ley 14/2006)

Aurora Hernández afirma que *“el origen del material biológico es irrelevante para el derecho español, al menos para la determinación de la maternidad”* a lo que añade que *“el parto deviene un límite a la autonomía de la voluntad de los progenitores, tan potenciadas en otros ámbitos”*. (Hernández Rodríguez, 2014, pág. 164)

En torno a esta cuestión también se ha pronunciado Esther Farnós, quien ha estudiado la quiebra del concepto tradicional de filiación resultado del uso de técnicas de reproducción humana asistida. Farnós pone de manifiesto que el elemento volitivo (es decir la voluntad traer un niño a este mundo) de las partes debería ser igualmente contemplado por el legislador a la hora de establecer la relación filial. (Farnós Amorós, *La filiación derivada de reproducción asistida: voluntad y biología*, 2015)

Por su parte, Eleonora Lamm cuestiona la idoneidad del criterio paritorio como elemento determinante de la maternidad, y llama al establecimiento de una categoría de filiación propia derivada de las TRHA alegando que *“las TRA demandan cambios en la normativa vigente relativa a la filiación, debido a que amplían las opciones de reproducción y cuestionan, las nociones tradicionales de paternidad, maternidad, embarazo así como también la del parto.”* (Lamm, 2012, pág. 79)

Con todas estas cuestiones lidió la Comisión Palacios, decantándose como ya hemos mencionado por la prohibición expresa de la técnica en el art. 10.3 de la Ley 14/2006. Los criterios adoptados en las distintas cuestiones por la Comisión representan el OPI español actual en materia de maternidad subrogada. Nació del Informe Palacios la que nosotros hemos denominado como “idea primera”; la de prohibir la gestación subrogada.

Sin embargo debemos tomar en consideración la “idea segunda pues *“Los cambios normativos no surgen de una manera espontánea ni se deben exclusivamente a la iniciativa del legislador, sino a la presión de los colectivos sociales que con su acción logran inducir la voluntad política para que tales cambios operen.* (Roca y Trías for Farnós Amorós, pie de página 11)

De acuerdo con tal afirmación, Marcelo Palacios considera que la *“sociedad cambió mucho en los últimos 28 años”* y dice ser necesario reabrir el debate en torno a la maternidad subrogada en vista de los acontecimientos que han ido teniendo lugar en España en los últimos tiempos. Del mismo modo, subraya que a pesar de que todos los expertos parte de la comisión rechazaran la maternidad subrogada en rotundo salvo uno, obteniendo una decisión casi unánime que dictaba su prohibición, esto ya no es

representativo de la sociedad de nuestros tiempos y es por tanto momento de cuestionar y replantear la idea original en torno a la cual se articula la prohibición de la maternidad subrogada y someterla al debate público que permitan tener en cuenta nuevas ideas justificadoras de un cambio legislativo profundo. (Fonseca, 2016)

4.2.2 Acción civil y grupos sociales relevantes: la contraposición de ideas y derechos en materia de maternidad subrogada

Como hemos enunciado anteriormente, Walsh concibe que para que una idea pueda sustituir a otra, además de existir concentración política en lo tocante a la regulación de la materia, también debe existir apoyo social suficiente. Por ello, este apartado estudiará las distintas aproximaciones a la maternidad subrogada que existen en la sociedad actual. Resultado de este estudio, trataremos de determinar si la idea 1 (la maternidad subrogada debe ser ilegal en España) se ve amenazada por la idea 2 (debe permitirse la maternidad subrogada en España) o si bien, la idea 1 sigue representando los valores de su sociedad y por tanto el OPI español se sigue correspondiendo con éstos.

Comenzaremos estudiando los sectores feministas, seguido de los colectivos LGTBI, las asociaciones en favor y en contra de la maternidad subrogada, las opiniones de la Iglesia Católica, el posicionamiento de ciertos gremios de profesionales (abogados y jueces) y finalmente de los partidos políticos, en particular de Ciudadanos.

A. Colectivos feministas:

Los colectivos feministas no se ponen de acuerdo en torno a la práctica de la maternidad subrogada. La discrepancia es tal, que enfrenta a las feministas posicionándolas en posturas absolutamente irreconciliables. Mientras que parte del colectivo defiende que la decisión de prestarse como madres gestantes responde a “la libertad de la elección femenina” otro tilda a la maternidad subrogada de proletarización femenina y de figura de control patriarcal. (Álvarez Plata et al, 2017)

En este apartado analizaremos los argumentos de ambas partes y prestaremos atención a las distintas plataformas que se posicionan en pos o en contra de los argumentos previos. La conceptualización de la maternidad subrogada que posean las mujeres es de vital

importancia en el proceso de legitimar la institución de la maternidad subrogada, pues después del menor, es la parte más vulnerable del contrato y por tanto a la que le corresponde legitimar el uso de tal práctica, pues recordemos que es la mercantilización de su capacidad generativa lo que se halla en juego en este debate.

Como apunta Consuelo Álvarez Plata en su estudio comparativo del posicionamiento feminista en torno a la maternidad subrogada, “la gestación subrogada se ha convertido en uno de los temas de inflexión del movimiento feminista a nivel internacional” (Álvarez Plata et al, 2017, pág. 8). Junto con la prostitución, la maternidad subrogada es la cuestión más debatida en el mundo feminista.

La maternidad subrogada es rechazada gran parte del sector feminista en España. Esto queda constatado en el gran número de plataformas civiles y el apoyo social que recibe la causa. Entre los movimientos más representativos destacaremos el movimiento “**No Somos Vasijas**” que lucha por la no legalización de las técnicas de maternidad subrogada, sumándose a la campaña internacional conocida como “**Stop Subrogation Now**”⁴³. Sus argumentos quedan ejemplificados con gran claridad en la obra “The Sexual Contract” escrita por la australiana Carole Pateman.

Según Pateman, el llamado “contrato social” acuñado por Roseau no era más que una mera forma de justificación de lo que ella califica como “contrato sexual”, contrato que justificará los derechos patriarcales de los hombres sobre los de las mujeres. Las libertades civiles no serán universales, tendrán un marcado carácter masculino que asegurará las libertades de los hombres y pretenderá proteger a las mujeres de sí mismas. (Pateman, 2005)

Pateman apunta a que el contrato de gestación subrogada no es más que otra forma de contrato sexual, que permite a los hombres hacer uso del cuerpo femenino para lograr sus objetivos. En este sentido, los argumentos en favor y en contra de la prostitución vuelven a emerger. Argumentos como la “feminización de la pobreza” y la “división sexual del trabajo en el capitalismo patriarcal” vuelven a ganar importancia en el debate público tal y como veremos a continuación.

La Asociación No somos Vasijas manifiesta ideas similares a las esgrimidas por Pateman en materia de maternidad subrogada. La asociación insiste en que “*el deseo a la*

⁴³ Consultar en <http://www.stopsurrogacynow.com/#sthash.d5Gpxdgb.dpbs>

paternidad y el ejercicio de la libertad no implican un derecho a la paternidad". Manifiestan que la gestación subrogada pone en entredicho el derecho a decidir de las mujeres (en lo que respecta al embarazo y crianza del niño, pues será la pareja comitente quien en base al contrato de gestación subrogada tenga la última palabra) y por tanto se inscribe en el tipo de prácticas que implican el control sexual de las mujeres. (No Somos Vasijas, 2019)

Así mismo, critican que la maternidad "altruista o generosa" no se produce en la práctica como se piensa en la teoría, pues esta permite la entrada de mafias y por tanto a lo que Smith Rotby tacha de "proxenetismo reproductivo". Así mismo inciden en que la legalización de la modalidad altruista incrementaría también la comercial y se niegan a acogerse al planteamiento neoliberal planteado por la sociedad capitalista, en la que tanto el útero como el feto son objeto de contrato y tráfico mercantil. Así mismo apelan a que sus argumentos se encuentran respaldados por la CEDAW y las Convenciones de Derechos Humanos. (No Somos Vasijas, 2019)

Las ideas de esta asociación encuentran respaldo en la mayor parte del sector feminista, con apoyos como los del Partido Feminista de España⁴⁴ y parte del colectivo LGTBI como veremos en el siguiente apartado. En cualquier caso, el feminismo reclama al colectivo LGTBI "altura de miras y solidaridad con las causas de las mujeres" y exige que "no se presten a ser instrumento de la dominación neoliberal y patriarcal que condiciona la libertad de las mujeres" (Primera Reunión de Mujeres en España citada por Álvarez Plata et al, 2017). Finalmente, hay que destacar que a nivel interno, la Asociación cuenta con cerca de 2700 seguidores en Facebook.⁴⁵

En el otro extremo, el feminismo liberal va a poner el énfasis en la capacidad decisoria de la mujer como ser autónomo y va a apelar a que sean las propias mujeres quienes decidan gestar (y no los partidos políticos, compuestos mayoritariamente por hombres).

Las grandes representantes de este feminismo son las propias madres gestantes quienes argumentan que "las feministas no son nadie para prohibirme hacer feliz a los demás y a mí misma, tal y como expresa Sandrine Levy (madre subrogada) en una entrevista para el periódico online Libre Mercado (Berberana, 2018). Sin embargo, es necesario recalcar

⁴⁴ Recordemos que denunciaron la cabida de la feria de gestación subrogada en España

⁴⁵ Para más información de su página de Facebook acceder <https://www.facebook.com/nosomosvasijas/>

que el feminismo liberal presenta un gran escollo; se permite decidir a las mujeres del primer mundo o de las clases altas a costa del de las mujeres de países menos desarrollados o clases bajas, pues como hemos tenido ocasión de comentar anteriormente, muchas de ellas se ven empujadas a la maternidad subrogada por la desesperación económica u obligadas bajo el cabeza de familia, como sucede por ejemplo en la India.

Desde la perspectiva de los partidos políticos, la formación naranja (Cs) ha sido el nuevo gran abanderado del feminismo liberal, presentando su propuesta por un “feminismo liberal” en marzo de este año. Así mismo, Ciudadanos ha sido el único partido en mostrarse a favor de la gestación subrogada y ha presentado una propuesta de ley que reabre el debate hacia la legalización de la maternidad subrogada. Estudiaremos esta propuesta más adelante.

B. Colectivo LGTBI:

Asociación Son Nuestros Hijos

Como ya sabemos, una pareja de lesbianas puede ser usuaria potencial de las técnicas de reproducción asistida por una cuestión biológica (no necesitan de un útero ajeno para gestar) por lo que el colectivo LGTBI va a estar más bien representado por las parejas de hombres⁴⁶, quienes sumaran fuerzas con las parejas heterosexuales infértiles y las familias monoparentales en la lucha por el reconocimiento a su derecho a la paternidad.

La plataforma “son Nuestros Hijos” se define como una *“asociación de familias diversas que acuden a la gestación subrogada como manera de acceder a la paternidad y a la maternidad”*. Esta plataforma es pionera en la defensa de la legalización de la maternidad subrogada en España. (Son Nuestros Hijos, s.f.)

En su “código ético” la Asociación promueve los supuestos derechos sexuales y reproductivos del ser humano entre los que menciona: la libertad a decidir, la no discriminación e igualdad efectiva, el reconocimiento de nuevos modelos familiares diferentes a la estructura familiar clásica y el derecho de los hombres a ser usuarios de la

⁴⁶ En este sentido es importante subrayar que se ha descartado que exista una discriminación por razón de orientación sexual o un trato desigual que viole el art. 14 CE pues, se reconocen diferencias en la realidad biológica del hombre y la mujer que explican que éstas puedan ser usuarias de la LTRHA y no así los hombres, pues éstas no necesitan un útero ajeno. Por ello, el fundamento natural que impide a una pareja formada por dos hombres ser usuarios de tales técnicas no niega su igualdad efectiva ante la ley.

TRA. Todo ello dice, queda respaldado en el marco de los Derechos Humanos. (Son Nuestros Hijos, s.f.)

Así mismo, promueven la legalización de la gestación subrogada pero solo en su modalidad altruista y llaman al desarrollo de mecanismos internacionales de estudio y cooperación en materia de maternidad subrogada. Así mismo, dicen rechazar la mercantilización del proceso gestativo y del feto.

En lo relativo a la denominación de la maternidad subrogada, condenan cualquier otra denominación distinta a ésta (como vientres de alquiler o maternidad por encargo), pues dicen son degradantes tanto para la madre como para el feto. Así mismo, abogan por potenciar los derechos de la mujer gestante, la cual deberá recibir orientación legal independiente de la pareja comitente, así como poseer una *“nivel intelectual capaz y suficiente para saber que representa la GS, materializado en el “consentimiento informado”*. (Son Nuestros Hijos, s.f.)

También reclaman un nuevo concepto de filiación distinto al parto, pues “las madres subrogadas no se consideran a sí mismas madres” y exigen que el niño sea considerado hijo de la pareja comitente. Dicen rechazar la devolución de niños o la negativa a finalizar el contrato de presentar el niño cualquier tipo de anomalías. Finalmente, defienden la necesidad de garantizar los derechos del menor relativos al conocimiento de su origen biológico y a la no discriminación por motivo de su nacimiento.

En cuanto a su influencia nivel nacional, es difícil determinar el número de socios suscritos a ella, pues la página oficial no ofrece tales datos. En lo que si podemos fijarnos es en sus seguidores de Facebook⁴⁷, cerca de unos 8.000 y del apoyo que recibe por parte de otras organizaciones más grandes como sectores feministas y partidos políticos (el mismo Rivera se reunió con su fundador hace escasos días para concretar la propuesta de Ciudadanos en materia de maternidad subrogada).

En segundo lugar es preciso mencionar a otro de los grandes representantes de la maternidad subrogada en España; la Asociación por la Gestación Subrogada en España, fundada en 2015 y cuyo uno de sus promotores es la propia Asociación Son Nuestros Hijos. En lo relativo al número de afiliados, aunque al igual que la asociación anterior no

⁴⁷ Para consultarlo acceder al siguiente link: <https://www.facebook.com/sonnuestroshijos/>

ofrecen cifras oficiales cuentan con un total de 9300 seguidores en su perfil de Facebook.

48

En su manifiesto, la Asociación critica que “la ley choca contra la realidad y la necesidad de la sociedad” que activamente está reclamando el reconocimiento constitucional del derecho a la paternidad. Así mismo ejemplifica este descuadre entre la ley y la realidad poniendo de relieve el incremento del uso de estas técnicas en el extranjero. Critica la ley 14/2006 por ser discriminatoria y “ofrecer una solución” parcial de la que no toda la sociedad pueda beneficiarse. (Asociación por la Gestación Subrogada en España, 2015)

En aras de solucionar esto, la Asociación hace una propuesta de ley redactada por Joan Cerdá en la que se alega que tal propuesta busca ser *“una norma que regule y garantice derechos, no desnaturalice las instituciones y sea fruto de la interpretación evolutiva de la Constitución y de su acomodo a la realidad de la vida moderna como medio para asegurar su propia relevancia y legitimidad.”*⁴⁹

La Propuesta de ley consta de 3 capítulos y 11 artículos donde se tratan los derechos de todas las partes implicadas. Se recogen las condiciones psíquicas y físicas mínimas que debe cumplir una mujer para ser madre gestante, rechazan el carácter lucrativo de la técnica aunque si una compensación económica que deberá quedar exenta de tributación por el IRPF. También se posiciona respecto del contrato de maternidad subrogada y elabora un listado de previsiones que el contrato deberá contener. Finalmente, proponen una determinación de la filiación legal en la que de nuevo se desliga la identidad de la mujer gestante como criterio de filiación.

C. Colectivo católico/conservador

La maternidad subrogada es una de las pocas cuestiones que parece poner del mismo bando a la iglesia católica y al feminismo no liberal. Desde un inicio, la Iglesia Católica se ha manifestado contraria a las TRA en todos sus aspectos por presuponer que “ofende la dignidad y el derecho del niño” y dinamita la estructura familiar tradicional, pasando

⁴⁸ Para consultarlo acceder al siguiente link:

<https://www.facebook.com/AsociacionporlaGestacionSubrogada/>

⁴⁹ Para consultar la propuesta completa accédase al siguiente link: <http://xn--gestacionsubrogadaenpaa-woc.es/index.php/2013-10-16-13-08-07/proposicion-de-ley>

por encima de la dignidad de la persona humana” (Instrucción Donum Vitae del Vaticano de 22 de Febrero de 1987, apartados. II. A. 3 y II.B.8.)

Así mismo, remarca los problemas éticos que ésta plantea en lo relativo a la cosificación y mercantilización de la madre y del niño, poniendo de relieve la ruptura que se produce entre el vínculo afectivo de madre e hijo. Finalmente, incide en la importancia de garantizar los derechos del menor relativos al conocimiento de sus orígenes biológicos y al correcto desarrollo de su identidad.

También se ha pronunciado María Gil Tamayo, portavoz de la Conferencia Episcopal, quien ha calificado la maternidad subrogada de “explotación de la mujer y del niño” y protesta contra la mercantilización de la vida humana. (Vidal, 2017)

En lo relativo al peso de este sector en la configuración de los valores que inspiran el orden público deberemos atender a las cifras del CIS que declaran que cerca del 68% de los españoles se declara católico aunque solo el 14.4% de ellos se proclama practicante. Podemos por tanto afirmar que la Iglesia católica es quizá una de las instituciones cuya opinión tiene más peso en el debate público y por tanto la configuración del OPI. Por compararlo con los grupos feministas y LGTBI, observamos que la Iglesia Católica española posee cerca de 234.000 seguidores⁵⁰ frente a los modestos 2.000 y 7.000 de los grupos anteriormente mencionados.

D. Plataformas de colectivos profesionales:

Entre los colectivos que más se respecto al apoyo o rechazo de la maternidad subrogada, destacan los sectores médicos, legales y judiciales entre otros. Aquí nos detendremos a analizar las propuestas de dos de ellos.

La primera de estas plataformas llamada “Jueces y Juezas por la Democracia” publicó el pasado abril de 2018 un boletín informativo a cerca de la maternidad subrogada.⁵¹ En él,

⁵⁰ Consultar en: <https://www.facebook.com/IglesiaCatolicaMC/>

⁵¹ Para acceder véase: <http://www.juecesdemocracia.es/wp-content/uploads/2018/04/Maternidad-Subrogada-boletin.pdf>

los jueces defienden que el derecho a la paternidad no es un derecho más que un deseo, de rango muy inferior al derecho a la vida. (Jueces y Juezas por la Democracia, 2018)

Por ello, y aunque reconocen que es posible conciliar los derechos de las distintas partes, cuestionan su trasfondo ético alegando que tanto el parto como el embarazo poseen consecuencias psicológicas en la mujer y defienden por ello que la filiación siga siendo determinada por el parto, pues éste prima la importancia del vínculo afectivo existente entre la madre gestante y el niño. (Jueces y Juezas por la Democracia, 2018, pág. 3)

Así mismo, ALA, Asociación Libre de Abogadas y Abogados en España se posiciona abiertamente en contra de los vientres de alquiler alegando argumentos parecidos a los que hemos venido repitiendo a lo largo de esta sección⁵²: no existe un derecho a la paternidad, solo un legítimo deseo por lo que la maternidad subrogada debe permanecer siendo ilegal. Así mismo inciden en que *“sus efectos no pueden tener reconocimiento legal, por lo que la filiación por subrogación no debe tener acogida”*. (Asociación Libre de Abogados , 2017)

Finalmente, debemos destacar que resulta curioso que ninguna asociación de menores (como podría por ejemplo ser la Fundación Anar) se haya pronunciado públicamente al respecto, pues como hemos podido comprobar, se han posicionado jueces, abogados, médicos, políticos, feministas, LGTBI e incluso la Iglesia pero no las distintas asociaciones de menores.

E. Colectivos Políticos:

El partido que más ha tomado partido en maternidad subrogada ha sido Ciudadanos con su proposición de ley para la regulación de tal técnica. La legalización de la maternidad subrogada se engloba en un proyecto más grande de la formación naranja a la que han denominado “manifiesto del feminismo liberal” que puede encontrarse colgado en su página web.⁵³

⁵² <http://ala.org.es/tag/maternidad-subrogada/>

⁵³ Para acceder al manifiesto accédase al siguiente link: <https://www.ciudadanos-cs.org/manifiesto-feminismo-liberal>

Acorde con ese feminismo liberal, Ciudadanos propone la legalización de la maternidad subrogada, pues es la mujer quien debe decidir prestarse como madre gestante o no, no el estado de por sí. La propuesta de Ciudadanos es un tanto controvertida por obviar cuestiones ético-jurídicas de relevancia.

En primer lugar, reconoce la existencia del llamado “derecho a la reproducción” al cual se refiere como “no satisfecho por las legislaciones actuales” y cuya falta de regulación provoca “discriminación” por motivos de orientación sexual. Así mismo, pone de manifiesto que la actual LTRHA no satisface las exigencias del estado democrático de derecho en tanto a que no legaliza la maternidad subrogada altruista, e incide en que debido a la legalización de facto de la maternidad subrogada que se ha permitido gracias a la Instrucción de Octubre de 2010 resulta incoherente no regularla a nivel estatal.

Pues bien, Ciudadanos propone un modelo de maternidad subrogada “altruista” regulado (art 5). Además, incluye una serie de requisitos (art 4) para poder llevar a cabo la gestación subrogada entre los que destacan el consentimiento libre e informado, el agotamiento de otra TRA, la prohibición de que medie parentesco entre las partes y que existan posibilidades razonables de éxito del embarazo. La madre será compensada con una “compensación resarcitoria” asumida por la pareja comitente, quien además deberá pagar los gastos derivados del embarazo, así como compensar a la madre por los posibles perjuicios físicos y psicológicos. Para ello, quedan obligados a contratar un seguro. (Proposición de Ley reguladora del derecho a la gestación por subrogación, N.º. 122/000117)

Por otro lado, los requisitos que deben cumplir las mujeres que se presenten como madre gestante (art 7) incluyen una edad superior a los 25 años, plena capacidad jurídica y de obrar, buen estado de salud, haber tenido un hijo previamente, ostentar la nacionalidad española (o ser residente legal) y la prohibición de repetirse como madre gestante.

Respecto de la pareja comitente (art 8) se exige plena capacidad jurídica y de obrar, una edad comprendida entre los 25 a los 45 años, nacionalidad o residencia, que exista un vínculo matrimonial u equivalentes y finalmente que sean capaces de acreditar la asunción de la responsabilidad parental.

Más allá de los perfiles legales exigidos, Ciudadanos pretende regular el contrato de gestación subrogada al que encomienda un contenido mínimo fundamental (art 9). Así mismo y de gran impacto jurídico sería su propuesta en lo relativo a la determinación de

la filiación de los menores (art. 29), pues se propone la inclusión de una categoría autónoma de las TRA alejada del criterio paritorio. Finalmente se encarga de regular supuestos de conflicto como la premoriencia de uno o de los dos miembros de la pareja y de incluir sanciones administrativas y penales para las partes que violen el contenido de la ley propuesta (arts. 21-24).

En mi opinión, esta propuesta ignora el OPI internacional español en varios sentidos;

En primer lugar, la propuesta excluye a las familias monoparentales como beneficiarios de la técnica sin motivo aparente, creando a mi parecer una discriminación sin justificación alguna. En segundo lugar, déjenme que cuestione el “altruismo” al que se apela. La propuesta exige que no existan vínculos de parentesco entre las partes contratantes por lo que mi razonamiento es el siguiente; en el mercado laboral actual ya es suficientemente complicado conciliar el embarazo con la vida laboral cuando se deciden tener hijos propios, ¿qué mujer de forma altruista estaría dispuesta a 9 meses de embarazo, un parto y a una alteración de su carrera profesional? y respecto a esta cuestión me surge otra duda, ¿financiarían las empresas las bajas maternales de aquellas mujeres que deciden tener hijos para otros?

Aunque es cierto que esta argumentación encuentra un punto débil si se compara con la donación de órganos⁵⁴, (pues las donaciones son altruistas y en muchos de los casos anónimas) ¿es correcto comparar la necesidad de un órgano que desarrolle funciones vitales con la necesidad biológica a la paternidad? Yo creo que no.

Otra cuestión que creo que merece nuestra atención es el coste del proceso en su conjunto. Según la propuesta de Ciudadanos, la pareja comitente acarreará los gastos de la contratación del seguro y de los gastos resultantes durante y después del embarazo. Uno de los motivos por el que Ciudadanos dice legalizar la maternidad subrogada es para evitar el fórum shopping fraudulento mediante el ofrecimiento de garantías para todas las partes en la ley española. Así mismo, proclaman que la legalización daría acceso a un mayor número de parejas que no se verían discriminadas por motivos económicos. Pero es esto real?

⁵⁴ 42.154 personas donaron un órgano en vida (36.125 donantes vivos renales y 6.012 hepáticos y 17 de pulmón) según fuente del Ministerio de Sanidad
<http://www.ont.es/Documents/29%2008%202018%20NP%20DATOS%20REGISTRO%20MUNDIAL%20DE%20TRASPLANTES.pdf>

A mi parecer se sigue propiciando una discriminación económica, pues los gastos descritos antes no son precisamente asequibles. Así mismo me pregunto, teniendo en cuenta estos costes, ¿será la maternidad subrogada en España más barata que la que puedan ofrecer clínicas de países menos desarrollados? no queda por tanto tan claro que vayan a atajar el problema del fórum shopping fraudulento.

Para terminar con esta sección haremos una breve mención al resto de partidos políticos. Tanto el Partido Socialista Obrero Español (PSOE) como PODEMOS⁵⁵ y VOX⁵⁶ se han manifestado en contra de legalizar la maternidad subrogada en España, reiterando la importancia de respetar la dignidad de la mujer y del menor, quienes no deben ser objeto de mercantilización.

El Partido Popular (PP) no se ha posicionado ni a favor ni en contra de la maternidad subrogada a nivel oficial. Sin embargo, en 2016 apoyaron al grupo parlamentario Ciudadanos en su propuesta de impulsar una ley reguladora de la maternidad subrogada en la Asamblea de Madrid. La propuesta no salió adelante por falta de apoyos del resto de grupos parlamentarios. (Comité de Bioética de España, 2018, pág. 3). En el mismo sentido se ha pronunciado Javier Maroto (Vicesecretario de Política Social y Sectorial) quien apoya la legalización de la maternidad subrogada en su modalidad altruista. Sin embargo, no todos opinan igual que Maroto entre las filas del PP, pues el propio Rafael Hernando (Portavoz del Grupo Popular en el Congreso) se ha posicionado en contra de la mercantilización del proceso gestativo. (Enríquez-Instal, 2017). Otros como Núñez Feijoo han decidido no tomar partido pero han apelado a la necesidad de que se reabra el debate de la maternidad subrogada en España y en Europa, entendiendo que lo más conveniente sería un posicionamiento conjunto de la Unión Europea. (Hernández, 2017)

⁵⁵ Aunque no se han pronunciado a nivel oficial, son varias las fuentes periodísticas que recogen las opiniones de estos partidos, tómesese por ejemplo el siguiente artículo del periódico El Mundo al que puede accederse en el siguiente link:

<https://www.elmundo.es/espana/2018/02/19/5a8b3ba7e5fdea006e8b45cf.html>

⁵⁶ Rocio Monasterio, Responsable de Acción social de VOX se pronunció públicamente en contra de la propuesta de ley elaborada por ciudadanos alegando que las mujeres y los niños no deberían poder ser objeto del tráfico mercantil. Se pueden encontrar estas declaraciones en su página web a la que puede accederse a través del siguiente link.

<https://www.voxespana.es/vox-lee-un-manifiesto-en-la-asamblea-de-madrid-contra-los-vientres-de-alquiler>

CAPÍTULO V:

Conclusiones: ¿Sigue representando el OPI español los valores de la sociedad española actual?

Como ha podido comprobarse a lo largo de esta tesis, son muchos los factores que deben tenerse en cuenta a la hora de determinar el OPI español en materia de maternidad subrogada. En un intento de acotarlo, hemos procedido a realizar una revisión jurisprudencial de las sentencias más relevantes de la materia, a estudiar las distintas leyes, resoluciones e instrucciones relacionadas tanto a nivel nacional como internacional. Finalmente, hemos procedido a analizar el discurso social en materia de gestación por sustitución desde los prismas de distintos colectivos, incluyendo ciertos gremios de profesionales, asociaciones y partidos políticos para poder determinar el grado de apoyo social que recibe cada una de las ideas anteriormente mencionadas (legalización e ilegalización de la maternidad subrogada)

Resultado de nuestro estudio, hemos concluido que el OPI toma como foco el respeto a los derechos humanos, en concreto respecto de la dignidad del niño y de la madre gestante (sobre los supuestos derechos a la paternidad) inspirándose en la Declaración Universal de los Derechos Humanos del 48, en el CEDH así como en el resto de Los convenios que hemos tenido ocasión de comentar anteriormente, para prohibir la institución de forma rotunda en España en la Ley 14/2006.

En el apartado 4.1, introducíamos la teoría de Walsh donde se enfatizaba la importancia de la concentración política y del apoyo social como motores de cambio social, en tanto a que tales factores permitían que una idea fuera depuesta por otra. Concluíamos que en España la competencia en materia de TRA era una competencia estatal y por tanto poseía un grado de concentración político satisfactorio. A continuación procedíamos a estudiar el posicionamiento social para determinar el grado de apoyo que recibía cada idea.

Tras analizar varias de las perspectivas sociales, podemos afirmar que aunque la Idea 2 (legalizar la maternidad subrogada) se ha abierto camino en el debate público en los últimos años, aún no cuenta con el apoyo social necesario para poder desbancar a la Idea 1 (la maternidad subrogada debe ser ilegal). La siguiente tabla resume los distintos

derechos que se han considerado en el debate público español a la hora de posicionarse en torno a la maternidad subrogada:

SUJETO	DERECHOS RECLAMADOS	JUSTIFICACIÓN LEGAL
MENOR	<ul style="list-style-type: none"> • Derecho a la identidad única • Derecho al conocimiento de sus orígenes • Derecho a la no discriminación por motivo de nacimiento • Protección de su interés superior • Derecho a la Intimidad familiar • Protección integridad física/ psíquica • Derecho a la inscripción tras el nacimiento • Protección frente a la venta, trata y tráfico de menores 	<ul style="list-style-type: none"> - Declaración DDHH 48 - CDN - CEDH - CE - otros
MUJER, FEMINISMO LIBERAL	<ul style="list-style-type: none"> • Derecho a decidir libremente • Igualdad efectiva mediante la supresión de los roles de género (disgregando reproducción de sexualidad) 	<ul style="list-style-type: none"> - CEDAW - CEDH - CE
MUJER FEMINISMO RADICAL	<ul style="list-style-type: none"> • Derecho a la integridad física y psíquica (no comercialización del cuerpo femenino) • Eliminación de la trata y explotación de mujeres 	<ul style="list-style-type: none"> - Declaración DDHH - CEDAW - CEDH - CE
PAREJA COMITENTE	<ul style="list-style-type: none"> • Derecho a la igualdad y no discriminación • Derecho a la paternidad/procreación • Derecho a fundar una familia • Derecho a la salud/ integridad • Derecho a la intimidad personal/familiar • Derecho al desarrollo de la personalidad 	<ul style="list-style-type: none"> - CE - CEDH - Declaración DDHH

(Fuente de elaboración propia, 2019)

En consecuencia, podemos atrevernos a contestar a la pregunta que formulaba el título de este trabajo y afirmar que el OPI español en materia de maternidad subrogada sigue representando los valores de la sociedad, pues esta como ha podido comprobarse rechaza de forma mayoritaria la idea de legalizar la maternidad subrogada.

Por ende, aunque podamos concluir que el OPI español se ha mantenido intacto desde que se abriera el debate por la Comisión Palacios, esto no quiere decir que este vaya a mantenerse igual con el paso del tiempo (pues su unidad constitutiva son los valores y estos cambian conforme evolucionan las sociedades). Debemos por tanto apuntar a que, aunque la idea 2 a día de hoy no posee suficiente apoyo social, no debemos desestimar su influencia, pues a pesar de que es una idea relativamente nueva posee un nivel de apoyo

social relevante que podría con el paso del tiempo llegar a ganar fuerza suficiente para dejar en entredicho la idea 1.

Jurisprudencia Empleada

■ JURISPRUDENCIA ESPAÑOLA

RELEVANTES EN MATERIA DE ORDEN PÚBLICO

- Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de Abril de 1996
STS Abril 1996. Obtenido de Vlex
- Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de Diciembre de 1979
STS 451/1979. Obtenida de Vlex.

RELEVANTES EN MATERIA DE MATERNIDAD SUBROGADA

Relativas a la relación de filiación y a la inscripción de esta en el Registro Civil

- Sentencia del Juzgado de Primera Instancia N°15 de Valencia 15 Septiembre 2010
(SJPI 193/2010). Obtenido de CGPJ
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia del 23 de noviembre de 2011
(SAP Valencia 826/2011). Obtenido de Vlex
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Asturias del 20 de septiembre de 2012 (STSJ Asturias 2320/2012). Obtenido de Sepin
- Sentencia del Tribunal Supremo Sala de lo Civil de 6 de Febrero de 2014
(STS 247/2014). Obtenido de CGPJ
- Auto del Tribunal Supremo del 2 de febrero de 2015 (N.º de recurso 245/2012)
Obtenido de Vlex

Relativos a la Baja y Permiso de maternidad:

- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 7 de Julio de 2014
(STSJ Madrid 612/2014). Obtenido de Vlex
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 9 de Marzo de 2015
(STSJ Cataluña 1613/2015). Obtenido de CGPJ
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco Sala de lo Social, Sección 1, de 13 de Mayo de 2014 (STSJ del País Vasco 943/2014). Obtenido de Vlex.
- Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social de 25 de octubre de 2016
(STS 5375/2016). Obtenido de CGPJ

- Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social de 16 de noviembre de 2016 STS 953/2016. Obtenido de CGPJ

Otros

- Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona de 16 de Octubre de 2018 AAP de Barcelona 565/2018. Obtenido de CGPJ

INSTRUCCIONES Y RESOLUCIONES DE LA DGRN

- Resolución de la DGRN del 18 de febrero de 2009
- Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010 sobre régimen registral de la filiación de los nacidos por gestación por sustitución (Disposición 15317 del BOE núm. 243 de 2010)
- Instrucción de la DGRN de 14 de febrero de 2019
- Instrucción de 18 de febrero de 2019, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre actualización del régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución (Disposición 2367 del BOE N.º. 45 de 2010)

■ JURISPRUDENCIA EUROPEA:

- Caso Menesson contra Francia (Recurso no. 65192/11, TEDH, 2014).
Extraído de bases de datos del TEDH, HUDOC
- Caso Labasse contra Francia (Recurso no. 65941/11, TEDH, 2014)
Extraído de bases de datos del TEDH, HUDOC
- Caso Campanelli Paradiso contra Italia: (N.º de resolución. 25358/12, TEDH)
Extraído de bases de datos del TEDH, HUDOC

Legislación empleada

Española:

- Decreto de 14 de noviembre de 1958 por el que se aprueba el Reglamento de la LRC
- Adhesión de España al Convenio Internacional sobre Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 21 de diciembre de 1965
- Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil Instrumento de Ratificación de España del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de diciembre de 1966.
- Instrumento de Ratificación de España del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de diciembre de 1966.
- El Instrumento de Ratificación de España del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, del 19 de diciembre de 1966.
- Instrumento de Ratificación de la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989
- Constitución Española. Boletín Oficial del Estado, 29 de diciembre de 1978
- Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil
- Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.
- Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida
- Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción internacional.
- Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil.
- Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria.

Internacional:

- Declaración Universal de Derechos Humanos, 10 Diciembre 1948
- Convenio de la Haya de 29 de mayo de 1993 relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en materia de Adopción Internacional

Europea

- Versión consolidada del Tratado de la Unión Europea. Diario Oficial n° C 326 de 26/10/2012 p. 0001 – 0390
- Versión consolidada del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. Diario Oficial n° C 326 de 26/10/2012 p. 0001 – 0390
- Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales Roma, 4.XI.1950
- REGLAMENTO (CE) No 44/2001 DEL CONSEJO de 22 de diciembre de 2000 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil
- REGLAMENTO (CE) No 2201/2003 DEL CONSEJO de 27 de noviembre de 2003 relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) no 1347/2000
- REGLAMENTO (CE) No 4/2009 DEL CONSEJO de 18 de diciembre de 2008 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y la cooperación en materia de obligaciones de alimentos
- REGLAMENTO (UE) No 650/2012 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 4 de julio de 2012 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones mortis causa y a la creación de un certificado sucesorio europeo

Bibliografía

- Abiol, J. C. (2010). Concepto de orden público en las democracias contemporáneas. *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid* Nº 22, 197-222.
- Álvarez Plata et al, C. (2017). Repensando el feminismo: el debate de la gestación subrogada en México, España e Italia. *Dada Rivista di Antropologia post-globale, semestrare n. 2,,* 7-43.
- Araujo Quintero, C. (2018). EL ORDEN PÚBLICO INTERNACIONAL Y LAS LEGÍTIMAS. UNA MIRADA CRÍTICA DESDE EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO. *EN LETRA - año V, número 9*, 177-193.
- Asociación Libre de Abogados . (16 de Noviembre de 2017). *Area de la Mujer ALA* . Obtenido de <http://ala.org.es/la-asociacion-libre-de-abogadas-y-abogados-ala-se-posiciona-en-contra-de-la-regulacion-de-los-vientres-de-alquiler/>
- Asociación por la Gestación Subrogada en España*. (2015). Obtenido de <http://xn--gestacionsubrogadaenespaa-woc.es/>
- Berberana, E. (22 de 02 de 2018). *Libre Mercado*. Obtenido de Hablan los 'vientres de alquiler': "Las feministas no son nadie para prohibirme hacer feliz a los demás y a mí misma": <https://www.libremercado.com/2018-02-22/hablan-los-vientres-de-alquiler-las-feministas-no-son-nadie-para-prohibirme-hacer-feliz-a-los-demas-y-a-mi-misma-1276614280/>
- Bernard, C. (2008). The substantive Law of the EU, the four Freedoms.
- Calvo Caravaca, A. L. (2003). EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO DE LA COMUNIDAD EUROPEA. *ANALES DE DERECHO. Universidad de Murcia a. Número 21*, 49-69. Obtenido de ANALES DE DERECHO. Universidad de Murcia.
- Calvo Caravaca, A. L., & Carrascosa González, J. (Marzo de 2011). NOTAS CRÍTICAS EN TORNO A LA INSTRUCCIÓN DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO DE 5 OCTUBRE 2010 SOBRE RÉGIMEN REGISTRAL DE LA FILIACIÓN DE LOS NACIDOS MEDIANTE GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN. *Cuadernos de Derecho Transnacional, Vol. 3, Nº 1* , , págs. 247-262.
- Campiglio, C. (2012). LOS CONFLICTOS NORMO-CULTURALES EN EL AMBITO FAMILIAR . *Revista de Derecho UC3M*, 1-18.
- Caravaca, A. C., & Carrascosa, J. (2018). Derecho Aplicable (II). Aplicación del derecho extranjero. En *Manual de Derecho Internacional Privado* (págs. 261-373). Granada: Comares .
- Castro Alfin, D. (1999). *LA HISTORIA DE LAS IDEAS POLÍTICAS. CONTENIDOS Y MÉTODOS*. Barcelona.

- Cerdá Subirachs, J. (30 de Mayo de 2016). LA INSOSTENIBLE LEGALIZACIÓN DE FACTO DE LA MATERNIDAD SUBROGADA EN ESPAÑA. A PROPÓSITO DE LA INSTRUCCIÓN DE 5 DE OCTUBRE DE 2010 DE LA DGRN. *Laleydigital360*, págs. 1-8.
- Comité de Bioética de España. (2018). Informe del Comité de Bioética de España sobre los Aspectos Éticos y Jurídicos de la Maternidad Subrogada., (págs. 1-93).
- DGRN. (14 de Febrero de 2019). INSTRUCCIÓN DE 14 DE FEBRERO DE 2019, DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO, SOBRE ACTUALIZACIÓN DEL RÉGIMEN REGISTRAL DE LA FILIACIÓN DE LOS NACIDOS MEDIANTE GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN. *DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO*, págs. 1-20. Obtenido de <https://verfirmasede.mjusticia.gob.es/csv=PF:IKaO-QqN4-IVu2-nFn8>
- Enríquez-Instal, S. (15 de Agosto de 2017). *El Mundo*. Obtenido de Maroto apoya la gestación subrogada altruista y espera que el PP permita el voto en conciencia: <https://www.elmundo.es/espana/2017/08/15/5992d9deca4741135c8b461a.html>
- Farnós Amorós, E. (2015). *La filiación derivada de reproducción asistida: voluntad y biología*. Barcelona .
- Farnós Amorós, E. (2017). Paradiso y Campanelli c. Italia (II): los casos difíciles crean mal derecho. *Revista de Bioética y Derecho*, 231-242.
- Fernández Rozas, J. C., & González Campos , J. D. (s.f.). ORDEN PÚBLICO COMO CORRECTIVO FUNCIONAL: ARTÍCULO 12, APARTADO 3 DEL CÓDIGO CIVIL. *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales* , 826-894.
- Fonseca, L. (20 de Agosto de 2016). *El Comercio*. Obtenido de <https://www.elcomercio.es/asturias/201608/20/palacios-aboga-abrir-debate-20160820003313-v.html>
- Fundación Save The Children . (2019). *Save The Children España*. Obtenido de <https://www.savethechildren.es/trabajo-ong/derechos-de-la-infancia/convencion-sobre-los-derechos-del-nino>
- Heredia Cervantes, I. (2013). La Dirección General de los Registros y del Notariado ante la gestación por sustitución. *ADC tomo LXVI fasc. III*, 688-715.
- Hernández Rodríguez, A. (2014). DETERMINACIÓN DE LA FILIACIÓN DE LOS NACIDOS EN EL EXTRANJERO MEDIANTE GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN: ¿HACIA UNA NUEVA REGULACIÓN LEGAL EN ESPAÑA? *Cuadernos de Derecho Transnacional Vol. 6, Nº 2*, 147-174 .
- Hernández, M. (23 de Julio de 2017). *El Mundo* . Obtenido de Feijóo promueve el debate sobre la maternidad subrogada: <https://www.elmundo.es/espana/2017/07/23/5973a9e0e5fdea377f8b458c.html>
- Holmquist, C. L., & Rodríguez Reyes, M. (2017). LAS UNIONES HOMOAFECTIVAS CELEBRADAS EN EL EXTRANJERO. SISTEMA VENEZOLANO DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO. En I. d. jurídicas, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado, Nº 149* (págs. 777-806).
- Jiménez Solares, E. (2018). El orden público internacional (OPI) fuente de las normas del derecho internacional de los derechos humanos. En M. B. Ramírez, *Fuentes del Derecho Internacional desde una visión latinoamericana* (págs. 1-23). México.

- Jueces y Juezas por la Democracia. (Abril de 2018). *BOLETIN MATERNIDAD SUBROGADA*.
Obtenido de : <http://www.juecesdemocracia.es/wp-content/uploads/2018/04/Maternidad-Subrogada-boletin.pdf>
- Lamm, E. (2012). La importancia de la voluntad procreacional en la nueva categoría de filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida. *Revista de Bioética y Derecho*, núm. 24, 76-91.
- Lázaro González, I. (2018). *Complejidad de la respuesta del sistema jurídico español a la gestación por sustitución Comentario Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona nº 565/2018 de 16 de octubre de 2018*. Sepin.
- Lázaro González, I. (2019). *Apuntes de Derecho Internacional Privado*. Madrid.
- Martínez Madridano, J. Á. (1981). Jurisprudencia Civil, Cumplimiento de Sentencia Extranjera. 121-126.
- Mascarenhas et al., M. N. (Diciembre de 2012). *PLOS*. Obtenido de National, Regional, and Global Trends in Infertility Prevalence Since 1990: A Systematic Analysis of 277 Health Surveys:
<https://journals.plos.org/plosmedicine/article?id=10.1371/journal.pmed.1001356>
- No Somos Vasijas. (4 de Abril de 2019). *No Somos Vasijas*. Obtenido de <http://nosomosvasijas.eu/>
- Organización Mundial de la Salud. (2019). *Sexual and reproductive health*. Obtenido de <https://www.who.int/reproductivehealth/topics/infertility/perspective/en/>
- Panizo Robles, J. A. (19 de Diciembre de 2016). *Laboral Social*. Obtenido de <https://www.laboral-social.com/sentencias-TS-25-octubre-2016-3818-2015-16-noviembre-2016-3146-2014-maternidad-subrogada-vientres-alquiler-reconocimiento-prestaciones-seguridad-social.html>
- Pateman, C. (2005). *The Sexual Contract*. Stanford University Press.
- Penco, A. A. (1996). El orden público actual como límite a la autonomía de la voluntad en la doctrina y la jurisprudencia. *Anuario de la Facultad de Derecho*, 323-392.
- Permanent Bureau of The Hague. (2015). THE PARENTAGE / SURROGACY PROJECT: AN UPDATING NOTE. *The Hague Conference on Private International Law*. The Hague.
- Permanent Bureau of The Hague. (2018). REPORT OF THE EXPERTS' GROUP ON THE PARENTAGE / SURROGACY PROJECT. *Hague Conference on Private International Law*, (págs. 1-10). The Hague.
- Raape, L. (1934). Les rapports juridiques entre parents et enfants comme point de départ d'une explication pratique d'anciens et de nouveaux problèmes du droit international privé.
- Registrar of the ECHR. (16 de June de 2014). *Totally prohibiting the establishment of a relationship between a father and his biological children born following surrogacy arrangements abroad was in breach of the Convention*. Obtenido de <https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:48YDHIRZAUJ:https://hud>

oc.echr.coe.int/app/conversion/pdf/%3Flibrary%3DECHR%26id%3D003-4804617-5854908%26filename%3D003-4804617-5854908.pdf+&cd=4&hl=es&ct=clnk&gl=es

Roldán Pardo, J. F. (2010). El estado del arte del concepto de orden público internacional en el derecho internacional privado y el arbitraje internacional. *Revista de derecho privado* N^o. 44, 1-26.

SAP Madrid 4 de Febrero de 2011 , 359/2010 (Audiencia Provincial de Madrid 26 de Noviembre de 2010).

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea , C-681/13 (Tribunal de Justicia de la Unión Europea 16 de Julio de 2015).

Serna Meroño, E. (2012). Las Técnicas de Reproducción Humana Asistida: Limitaciones Para su Práctica. *Derecho Privado y Constitución* Núm. 26, 273-307.

Serra Alcega, M. (2015). RECONOCIMIENTO DE LA MATERNIDAD SUBROGADA EN EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO ESPAÑOL. *Revista URJUAM* N^o32, 285-296.

Son Nuestros Hijos. (s.f.). *Son Nuestros Hijos*. Obtenido de <http://www.sonnuestroshijos.com/>

Souto Galván, B. (2006). Dilemas éticos sobre la reproducción humana. La gestación de sustitución. *Feminismo/s*, 181-195.

STS 451/1979, 31 de Diciembre de 1979, 451/1979 (Tribunal Supremo, Sala Primera de lo Civil 31 de Diciembre de 1979).

The Hague Conference on Private International Law. (2018). *REPORT OF THE EXPERTS' GROUP ON THE PARENTAGE / SURROGACY PROJECT* .

Unión Europea. (2012). REGLAMENTO (UE) No 650/2012 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia. *Diario Oficial de la UE*, 1-7.

Vidal, J. M. (23 de Febrero de 2017). Los obispos condenan la maternidad subrogada: "Un hijo no es un derecho ni un deseo, sino un don. *El Mundo* .

Virgós Soriano, M., & Rodríguez Pineau, E. (2005). *Espacio judicial europeo en materia civil y mercantil, jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas*. Aranzadi.

Walsh, J. I. (2000). When do Ideas matter? Explaining the Successes and Failures of the Thatcherite Ideas. *Comparative Political Studies*, Vol. 33 N^o 4, 483-512.

Yee, J. (10 de Marzo de 2012). *BioEdge*. Obtenido de https://www.bioedge.org/bioethics/womens_rights_violated_in_indias_surrogacy_capital_study/9974

Zamora, L. A. (2018). Comentarios sobre el orden público internacional en sede arbitral internacional, su funcionalidad y su interrelación con el derecho internacional público. *Cuadernos de Derecho Transnacional* Vol. 10 N^o2, 516-535.

