

Nuevas y viejas reflexiones sobre la gestación por sustitución*

Santiago Álvarez González

Catedrático de Derecho internacional privado

1. Introducción.

1. Son muchas ya las ocasiones en las que me he ocupado del tema de la gestación por sustitución desde el punto de vista de un observador que está en España y mira el tema con los anteojos del Derecho internacional privado¹. Hacerlo de nuevo en el marco de un Congreso que se centra en la “maternidad”, dentro del más amplio marco de la feminización del Derecho privado, me obligaría a cambiar las lentes y sustituirlas por otras con las que, muy probablemente, lo viese todo borroso. Por eso no voy a hacerlo. Mas tampoco creo que interese a nadie que repita lo que ya he dicho por escrito desde 2010, fecha en la que, a partir de la importantísima Resolución DGRN de 18 de febrero de 2009 y de su muy conocido subsiguiente periplo judicial, comenzamos a ser conscientes de que había un nuevo tópico que iba a dar mucho de sí, por las peculiaridades no sólo jurídicas sino, sobre todo, morales que lo rodeaba.

2. Desde entonces hasta hoy no pasa un mes en España sin que se publique algún tipo de opinión sobre la gestación por sustitución, más o menos informada, más o menos argumentada, más o menos panfletaria, con una utilización de los datos -también los jurídicos- más o menos sesgada. Se trata de publicaciones en que mayoritariamente se aborda el tema desde la configuración que el problema muestra en nuestro país: la situación de quienes han recurrido a la gestación por sustitución en el *extranjero* y pretenden que se reconozcan *aquí* determinados vínculos de filiación que existen *allí*. También se hace, justo es reconocerlo, desde la confrontación entre partidarios y detractores (así, en general, sin matices, como si de *hooligans* de dos equipos de fútbol se tratase), con las consiguientes exigencias de una regulación nacional favorable o el mantenimiento de una hostil. Las reivindicaciones de los hostiles no versan tanto sobre la ley (intuyo que se sienten a gusto con la actual micro regulación positiva), cuanto sobre cómo se está manejado el problema, sobre todo desde la práctica registral. Los que reivindican un movimiento legislativo suelen ser mayoritariamente “favorables” a una nueva *regulación positiva en positivo*.

3. Fuera de España, la gestación por sustitución es igualmente un feraz tema de debate y discusión desde perspectivas mucho más plurales que las que yo puedo ofrecer: médicas, sociológicas, económicas, políticas, éticas, etc.². Además, algunos legisladores han tomado conciencia del problema y han legislado³. Otros muchos han tomado conciencia del problema y no han legislado. Hay foros

* El presente trabajo es la versión escrita de mi intervención en el Congreso “Mujer, maternidad y Derecho”, V Congreso sobre la feminización del Derecho privado, que tuvo lugar en Santiago de Compostela entre los días 21 y 22 de septiembre de 2017. He procurado mantener el orden, las ideas y el tono entonces empleado.

¹ Todos mis trabajos sobre el tema son accesibles en mi página de www.academia.edu, bajo la rúbrica de *surrogacy*.

² Basta con hacer la simple prueba de introducir en el Google Académico la búsqueda de *transnational surrogacy* o *comercial surrogacy* para percatarse de la dimensión doctrinal del tema.

³ Entre los más recientes y con una repercusión al menos mediática importante en España, el portugués mediante la Lei nº 25/2016, de 22 de agosto, Regula o acesso à gestação de substituição, procedendo à terceira alteração à lei nº 32/2006, de 26 de julho (procriação medicalmente assistida), publicada en el Diário da República, 1ª série, núm. 160, de 22 agosto de 2016. Y su Decreto Regulamentar nº 6/2017, Diário da República, nº 146, Série I, de 31 de julho de 2017. Como es bien conocido, el Acórdão do Tribunal Constitucional de Portugal nº 225/2018 (Diário da República n.º 87/2018, Série I de 7 de maio de 2018), declaró inconstitucionales determinados preceptos de esta regulación.

internacionales, como la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado, que tienen en su agenda la gestación por sustitución, si bien dentro de un proyecto más general (sobre filiación) que lo difumina y ralentiza⁴. Hay incluso foros jurídicos privados que se involucran y trabajan en el tema⁵.

4. Este creciente interés está plenamente justificado por la práctica. Por los casos reales que llaman a la puerta del Derecho. Y por esta razón lo cierto es que tanto en España como en los países de nuestro entorno (también en los trabajos de la Conferencia de La Haya que he mencionado) el interés social y jurídico tiende a concentrarse predominantemente *ex post factum*; cuando el niño o los niños ya existen. Los problemas derivados de la gestación por sustitución *aquí y ahora* son problemas que atañen a *situaciones internacionales* y que se proyectan casi exclusivamente sobre el reconocimiento de la filiación; de una filiación establecida o meramente existente en el extranjero. Ello en modo alguno minimiza la importancia de las cuestiones relativas, por ejemplo, a los aspectos contractuales. Solo que no se tienen en cuenta porque, en la actualidad, cuando nuestro ordenamiento jurídico se enfrenta al problema ya ha pasado el momento (y no suele ser el lugar) de tenerlos en cuenta. A pesar de ello, la intervención normativa, cuando la hay, suele centrarse más en la dimensión *ex ante* e ignorar la dimensión internacional. Volveré más adelante sobre este aspecto capital.

5. El discurso que me propongo realizar en este momento, al contrario de lo que he hecho en el pasado, va a referirse menos a la descripción de lo cotidiano (resoluciones, sentencias propias y ajenas) y más a los factores que deberían condicionar las respuestas normativas a las exigencias de la gestación por sustitución. No terminará con una propuesta de reglamentación, pero sí tratará el contenido de una posible; las exigencias y las dificultades que una tal reglamentación debería afrontar y la toma de conciencia de que la perspectiva *ex ante* o *ex post* a la existencia de nacidos es un *condicionante vital y conduce a una confrontación crítica de valores e intereses*. Para ello voy a comenzar por delimitar el objeto de la regulación incidiendo en su naturaleza predominantemente internacional y en la importancia de distinguir esos dos momentos claves en el proceso de gestación por sustitución. Ideas muy evidentes de las que creo que no se suelen sacar las suficientes consecuencias. A continuación, afirmaré la necesidad de decir algo en términos normativos, negando la suficiencia de lo que hay. Sé que no es demasiado novedosa desde el punto de vista de los escritos al uso, pero lo cierto es que en el legislador español (y en otros) hay una cierta placidez ante el funcionamiento de los recursos jurídicos a nuestra disposición que puede resultar una coartada fácil para no adoptar medidas más claras, de rango legal. Quizá haya que esperar a que una mañana la demoscopia advierta de que es el momento. Para concluir, terminaré con una evaluación muy sucinta de la única propuesta articulada más o menos seria que ha visto la luz en España⁶ y con algunas ideas a tener en cuenta en una futura regulación. Dada la finalidad explicativa y, en cierto modo, dialéctica de mi discurso, ahorraré al lector la sobrecarga de esa inabarcable literatura a la que me he referido. Esta es mi visión.

2. La internacionalidad intrínseca del problema: algunos datos que la alimentan

6. Como más atrás señalé, en la literatura española sobre el tema que nos ocupa existe un lugar destacado para la que se dedica en términos maximalistas y simples a reclamar la regulación de la gestación por sustitución en el marco de un presunto derecho a procrear o dentro de la idea de libertad de la mujer para decidir, o por no importa qué otras razones. En sentido contrario, está la que considera que su admisión choca contra derechos inherentes al ser humano y propugna su prohibición, abundando en el hecho (incierto) de que esa es la actual situación y debe seguir siéndolo. Se trata de posiciones obviamente basadas en visiones morales y/o ideológicas que legítimamente se quieren ver plasmadas en normas. Visiones, las más de las veces, ayunas de los necesarios matices que, no

⁴ Amén de, a mi juicio, estar dando vueltas sobre tópicos y mecanismos demasiado “clásicos” para enfrentar un tema que requiere otro tipo de aproximaciones.

⁵ *Vid.* por ejemplo el reciente documento “Propuesta de reforma de la regulación española sobre inscripción de relaciones de filiación constituidas en el extranjero mediante gestación subrogada” Madrid, 1 de octubre de 2018, de la Fundación para la investigación sobre el Derecho y la Empresa (que he consultado en <https://www.fidefundacion.es/attachment/1085483/>).

⁶ Proposición de Ley reguladora del derecho a la gestación por subrogación, presentada por el Grupo Parlamentario Ciudadanos BOCG, Congreso de los Diputados, XII Legislatura, Serie B, núm. 145-1, de 8 de septiembre de 2017

obstante, suelen tener como finalidad una respuesta normativa interna: que la gestación por sustitución se prohíba en tal ley o que se admita en tal otra. Pues bien, esta forma de discutir puede ser más o menos comprensible en términos populares y/o ideológicos, pero ni una postura ni la otra es suficiente para dar respuesta a los problemas reales.

7. Un dato relevante en relación al tema que nos ocupa es el de su *internacionalidad (casi) intrínseca*, tal cual se está presentando en España y en los países de nuestro entorno. Una relevancia creo que bastante evidente, pero que debe resaltarse porque contrasta con la visión de las reglamentaciones internas, existentes, o propuestas. Existen múltiples aspectos de la vida de las personas y las familias que pueden mostrar una doble dimensión, interna o internacional (matrimonio, sucesiones, nombre de las personas físicas, adopción...). La gestación por sustitución, en términos cuantitativos, es esencialmente internacional. Y ello nos debería alertar, porque tenemos múltiples ejemplos a nuestro alcance, de que *ni la prohibición interna conlleva necesariamente un rechazo a los supuestos que nos vienen de fuera; ni su aceptación interna lleva aparejada necesariamente la aceptación de los supuestos que nos vienen de fuera*. Ilustraré esta idea con dos ejemplos que todos entenderemos, pues hoy son triviales. Uno: aceptamos el matrimonio como tal, sin que haya una marcada lucha entre defensores y detractores del mismo, pero no reconocemos cualquier matrimonio celebrado en el extranjero, sino que lo sometemos a un escrutinio más o menos estricto y no admitimos matrimonios forzados, o no admitimos matrimonios que pretendan defraudar el ordenamiento jurídico. Otro: consideramos radicalmente opuesto a nuestro ordenamiento jurídico el llamado matrimonio poligámico, pero cada vez aceptamos más y más efectos derivados del mismo (como, por ejemplo, el reparto de la pensión de viudedad entre ambas “viudas”). Un primer dato a tener en cuenta, pues, es que el debate de todo o nada no sé si valdrá para la política legislativa sobre situaciones internas, pero no es eficiente en relación con las internacionales. O no en todos los casos, y la gestación por sustitución es uno de ellos.

8. Claro que existen situaciones puramente internas. Pero hay determinados factores que tienden a minimizarlas en países como España.

9. Por un lado, en aquellos sistemas, como el nuestro, en que los efectos típicos de la gestación por subrogación no tienen pleno reconocimiento, los casos internos se limitarán a situaciones excepcionales en las que, generalmente en supuestos totalmente altruistas y jurídicamente clandestinos, el hecho de que una mujer lleve un embarazo “para otra” (casos entre familiares próximos que de vez en cuando aparecen en la prensa) no tendrá efectos jurídicos más allá del eventual reconocimiento voluntario de paternidad por parte del padre biológico. Más allá de la polémica que pueda existir en torno al alcance prohibitivo o no del art. 10 LTPHA⁷, lo cierto es que la maternidad se determina por el parto. Y eso es lo fundamental. Ese es, hoy en día, el elemento nuclear que pone a la mujer en una cierta situación diferenciada respecto del varón. La paternidad se podrá establecer de acuerdo con una serie más o menos extensa de títulos de legitimación⁸, que en el caso de la mujer se reducen al parto. De hecho, como veremos, incluso tras la impronta marcada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH en adelante), sigue siendo la mujer, en su doble dimensión de madre subrogada (que existe siempre) y madre de intención (cuando existe), un elemento en cierta medida fuera de juego⁹.

⁷ Sin duda no es una norma prohibitiva, y basta para percatarse de ello con saber leer y un poco (no mucho) de teoría general del Derecho [y si se quiere saber algo más puede consultarse DELGADO ECHEVERRÍA, J., “El concepto de validez de los actos jurídicos de Derecho privado (Notas de teoría y de dogmática)”, *ADC*, 2005, pp. 9-74, p. 55]. Pero igualmente sin duda establece que la maternidad se determinará por el parto.

⁸ Que siempre he defendido que son todos los previstos por el ordenamiento jurídico, incluso en la órbita del art. 10 LTPHA y no sólo las “acciones de filiación” (ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., “*Surrogacy*: balance de cuatro años de práctica judicial y administrativa”, *La unificación convencional y regional del Derecho internacional privado*, Cristina Pellisé, ed., Marcial Pons, Madrid, 2014, pp. 61-74, p. 65, nota 12).

⁹ Y doble fuera de juego cuando los progenitores de intención son una pareja de dos mujeres, frente a los supuestos en los que se trata de una pareja heterosexual o de dos hombres [ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S. (2014), *loc. cit.*, p. 65].

10. Por otro lado, en los sistemas en los que sí existe un reconocimiento positivo y una regulación explícita de la gestación por sustitución esta nota distintiva de la internacionalidad puede que siga siendo la regla. En aquellos casos en los que existe una regulación más o menos generosa de la llamada maternidad subrogada comercial (India, Ucrania, Rusia, Ghana...) nos encontramos ante madres gestantes para comitentes extranjeros. La situación es típicamente internacional se reconozca o no. Y el caso de la India es paradigmático, por cuanto las exigencias de la internacionalidad (los problemas que han ido apareciendo a lo largo del tiempo) han ido marcando la evolución de la propia normativa¹⁰. En todo caso, esta dimensión nos interesa menos en este momento. España no es ni va a ser uno de esos países.

11. Hay otros sistemas que consagran un reconocimiento y una regulación explícita de la gestación por sustitución, en los que puede ser o no admisible la gestación comercial, pero sobre los que pesan factores que la desincentivan en favor de la opción internacional. Por un lado, incluso en los supuestos en los que se admita un cierto “pago” más allá de una compensación económica resarcitoria a la madre gestante, puede haber diferencias importantes en el “coste” de un país a otro. Es el caso de los Estados Unidos de Norteamérica. Aunque la situación allí es ciertamente heterogénea, encontrándonos Estados federados en los que no se admite la gestación por subrogación, otros en los que sólo se admite si es altruista y unos terceros en los que se admite la maternidad subrogada comercial, lo cierto es que el coste real de esta última comparado con, por ejemplo, el coste en la India, determina un flujo importante de padres y madres comitentes hacia el extranjero. La internacionalidad en el caso de esos Estados es doble: la de los padres de intención que eligen, por ejemplo, California para desarrollar allí el proceso y volver a sus países de origen con los nacidos; y la de los comitentes locales que se van al extranjero por una cuestión puramente económica.

12. Por último, una tercera situación a medio camino entre las dos últimas es la de aquellos sistemas que autorizan la gestación por sustitución de manera altruista y especialmente garantista para la madre gestante. El incumplimiento de los requisitos para poder ser padres de intención (que es otro elemento importante a tener en cuenta), la inexistencia de mujeres que deseen prestarse a ser madres subrogadas, la dificultad para cumplir las condiciones legales para serlo o, simplemente, su reducido número no evitará que los interesados padres y madres comitentes busquen en el extranjero hacer realidad sus deseos ante la imposibilidad o grandes dificultades para conseguirlos en su país de origen¹¹. Podría ser este, por ejemplo, el caso de Portugal, tras su nueva regulación sobre el tema antes de pasar por su Tribunal Constitucional, o el de España, si se dotase con una regulación similar a la prevista por la proposición de ley de Ciudadanos que analizaré más adelante. Ciertamente es esta última una mera especulación, pero permítaseme avanzarla a la luz de la experiencia de otros países.

13. Otros factores que pueden condicionar esta internacionalidad casi consustancial de la gestación por sustitución son de orden más convencional. Una de las razones por las que la adopción pasó a ser prioritariamente adopción “internacional” es el hecho de la desvinculación puramente física (geográfica, si se quiere) entre el niño adoptado y su familia de origen. No podemos hablar de falta de niños que pueden ser adoptados en nuestro país, porque no es así. Existe, además, un principio capital en materia de adopción internacional que no es otro que el de su carácter subsidiario respecto de la adopción interna. Y, a pesar de todo, la adopción internacional superó ampliamente de manera (in) comprensible a la interna. Los deseos de los padres adoptivos son fundamentales: se quieren niños adoptables de muy corta edad, y esos son pocos en España. Y la aludida distancia geográfica entre la

¹⁰ En 2016 se dictó un texto para prohibir la gestación comercial, que siguió su tramitación parlamentaria y sobre el que hoy en día no tengo datos fidedignos de que esté en vigor, dadas las informaciones contradictorias en tal sentido. Vid. The Surrogacy (Regulation) Bill, 2016 (accesible en [http://www.prindia.org/uploads/media/Surrogacy/Surrogacy%20\(Regulation\)%20Bill,%202016.pdf](http://www.prindia.org/uploads/media/Surrogacy/Surrogacy%20(Regulation)%20Bill,%202016.pdf)).

¹¹ En el último año este hecho es trivial en la opinión pública en el Reino Unido. Los raquíticos números dados por el Ministerio de Justicia (que dicen haber multiplicado los casos por tres, desde 2008 a los ¡350! casos de 2016) enmascaran una realidad no reconocida en términos oficiales, pero que organizaciones e investigaciones evalúan entre 500 y mil casos anuales de gestación por sustitución fuera del Reino Unido. Incide en esta situación JACKSON, E., “UK Law and International Commercial Surrogacy: 'the very antithesis of sensible'”, *Journal of Medical Law and Ethics*, Vol. 4, Núm. 3, diciembre de 2016, pp. 197-214.

familia de origen y la adoptiva supone un cierto blindaje frente a posibles problemas posteriores. Son, si se quiere, opciones determinadas por miedos, pero son miedos más verosímiles en el plano interno que en el internacional. Con la gestación por subrogación no hay razones para pensar que la situación fuese a ser diferente. La probabilidad de que una madre subrogada se niegue a entregar al nacido a los comitentes y frustre el proceso ha sido mucho más verosímil en supuestos nacionales que en los internacionales.

14. Así pues, cualquier tipo de reglamentación que quiera ser eficaz no puede pasar por abordar exclusivamente una visión puramente interna, cualquiera que sea su cariz.

3. La doble internacionalidad del problema y la importancia del momento y el lugar

15. Otra cuestión a tener en cuenta es que en un contexto como el español existe una tendencia natural a ver tan sólo una cara de la internacionalidad: la que nos interesa. La que nos provocan los problemas más cercanos. Como he señalado más atrás, en España, y en otros países occidentales, es la cuestión de los niños nacidos por gestación por sustitución en el extranjero y su estatus jurídico cuando son traídos por sus progenitores de intención al país de su procedencia. La prensa española, las resoluciones de la DGRN y los tribunales de justicia se centran en estos temas. No negaré que los aspectos *ex ante*, entre ellos las condiciones, requisitos y efectos del contrato de maternidad subrogada, las exigencias legales de todo el proceso, las condiciones de madre gestante y comitentes no sean de vital importancia; lo son. Mas eso dependerá del momento y del lugar y en España o en Francia o en Italia (incluso en el Reino Unido), se les da una importancia residual, si es que alguna, cuando lo que está en juego es algo que afecta a un niño ya nacido: su permiso de entrada en el país de sus padres de intención, su nacionalidad o, lo que ahora más nos interesa, su filiación.

16. Tal vez por ello las aproximaciones estrictamente jurídicas se fijan en el tema del reconocimiento de una filiación constituida, reconocida o meramente existente en el extranjero. Es, por ejemplo, lo que he hecho yo en todos mis acercamientos al tema. Se trata, obviamente, de una tendencia no solo natural sino casi exigible. Pero no debe hacernos perder de vista que hay otra cara regulatoria: la de los países donde la gestación por sustitución se permite, cuando no se fomenta. Y es muy posible que los intereses en presencia sean distintos, con lo que distintas serán las reglas. Es una evidencia de la que, como antes adelanté, creo que no se extraen suficientes consecuencias. Realmente existen dos visiones distintas de gestación por subrogación “internacional” (lo mismo que ocurre con la reglamentación de la adopción que divide a los países receptores y a los países de origen de los adoptados) que están indefectiblemente llamadas a operar conjuntamente (de forma secuencial, eso sí), algo que no se tiene adecuadamente en cuenta. Y es crucial reparar en este extremo porque como también más atrás señalé, los intereses y valores preponderantes en un momento y en otro, en un lugar y en otro no operan de la misma manera ¿Es posible desligar, ambos momentos, ambas visiones?

17. La regulación *ex ante*, cuando existe, tiene como principal objetivo garantizar un procedimiento limpio y, sobre todo, tutelar los derechos de la persona más vulnerable o, simplemente, más necesaria de tutela por la posición que adopta en todo el proceso: la madre gestante. Es una regulación que tiene que ser eminentemente garantista y que de hecho puede estar llena de condiciones que se articulen de la forma que el legislador estatal tenga por conveniente para hacer más o menos fácil el acceso a la gestación por subrogación, para proyectar los intereses y valores sobre el tema que considere más dignos de tutela. Puede tratarse de una regulación sumamente atractiva para padres y/o madres de intención, o, todo lo contrario. Es más, puede tratarse de una regulación como la nuestra, donde, sin más se declare nulo el contrato y se establezca la imperatividad de la maternidad derivada del parto; o como la francesa, que igualmente declara la nulidad del contrato de gestación por sustitución y lo acompaña de una inequívoca tipificación penal¹²; o la suiza, que la prohíbe en su constitución¹³. Lo más importante de este momento es que el nacido no existe aún. Ciertamente en

¹² Art. 16.7 CC francés y art. 227-12 CP francés (con pena de un año de prisión y 15000 euros de multa). Adicionalmente el art. 16.9 CCF consagra el carácter de orden público de todas las reglas del artículo.

¹³ Art. 119 párrafo 2, letra d) de la Constitución federal: “La Confederación elaborará la normativa sobre la utilización del patrimonio genético y embrionario humano; de esta manera velará por asegurar la protección de

función del lugar, la regulación será más o menos garantista (pienso que en España lo sería grandemente), pero con el foco puesto en las personas intervinientes.

18. Cuando el niño o los niños han nacido, la cuestión cambia hasta el punto de que puede existir (y de hecho existe) una discontinuidad regulativa entre los intereses tutelados *ex ante* y los tutelados *ex post*. Nos encontramos con el inefable interés del niño que se dice superior y que prevalece en caso de conflicto con el del resto de los participantes¹⁴. Incluso sobre el de la madre gestante. Los parámetros de medida de la bondad de todo el proceso, incluyendo los derechos superiores implicados, como los de libertad y libre desarrollo de la personalidad, por no hacer mención más que a dos muy evidentes (y muy fuertes) se empequeñecen ante los que rodean al niño: el derecho a su vida familiar y personal y, por recordar la doctrina del TEDH, su concreción en el derecho a su identidad. Esta ruptura es especialmente visible en los supuestos internacionales en los que la gestación se lleva a cabo en un país para el progenitor o progenitores subrogantes que volverán con el nacido a su (otro) país de origen.

19. Es verdad que esta ruptura podría no darse en algunos casos en los que la normativa *ex ante* del país de origen y la normativa *ex post*, del de destino, respondiesen a intereses similares. Pienso en la situación en que ambas son extremadamente favorables a la promoción de la gestación por sustitución. En estos casos probablemente estaríamos ante situaciones internacionales derivadas de una competencia en materia de “costes”: por ejemplo, californianos que se van a India porque les resulta mucho menos costoso en términos económicos. Y aún así, la diferencia en el nivel de tutela *ex ante*, presumo (porque no lo he comprobado) que podría ser también distinta. Pero la situación más típica, al menos aquella más frecuente con la que nos encontramos en Europa, es que un sistema estricto, restrictivo o prohibitivo esté abocado a aceptar las consecuencias de otro mucho más abierto. Que un sistema que *ex ante* rechaza la gestación por sustitución por considerarla contraria a cualquier tipo de valor superior (a la dignidad de la madre, a la dignidad del hijo, a la interdicción de comercializar con el cuerpo humano, la indisponibilidad sobre el estado civil, a lo que sea¹⁵) esté obligado a dejar de lado esa concepción y admitir unas consecuencias que no se hubieran generado en una situación puramente interna. O que un sistema donde sólo se admite la gestación por sustitución altruista deba lidiar con los efectos de una gestación por sustitución comercial llevada a cabo en el extranjero.

20. Desde un punto de vista de política legislativa, uno de los retos que considero más importantes en la actualidad es la consecución de una coherencia regulativa entre los dos momentos. Un ordenamiento jurídico soporta mal, por ejemplo, prohibir la gestación por sustitución y reconocer los frutos de la llevada a cabo en el extranjero. O establecer una regulación estricta y restrictiva (tanto desde el punto de vista de la madre gestante, como desde la perspectiva de los comitentes o en relación a todo el proceso) y reconocer generosamente los frutos de la llevada a cabo en el extranjero. Es cierto, y vuelvo a recordarlo aquí, que ni un sistema que admita la gestación por sustitución tiene por qué reconocer todo tipo de filiación derivada de la misma que provenga del extranjero, ni un sistema que la prohíba va a negar sistemáticamente dicho reconocimiento. No sólo porque, como vamos a ver a continuación, se lo imponga una instancia exterior (como pueda ser el TEDH, en nuestro

la dignidad humana, de la personalidad y de la familia y se guiará especialmente según los siguientes principios: [...]d. se prohíbe la donación de embriones, así como las todas las formas de maternidad de sustitución”.

¹⁴ No me puedo resistir a mostrar mis reservas sobre este “interés superior del niño”, pues, por un lado, pienso que la traducción al español del art. 3 del Convenio de Nueva York está siendo perturbadora (en origen no es interés *superior*, sino los mejores intereses del niño -*the best interests of the child*-). Por otro, si hablamos de filiación, sencillamente no es necesario que siempre haya niños, puede hipotéticamente haber simplemente “hijos” mayores. Si bien renuncio a seguir dando esta batalla perdida a todos los efectos (*vid.* mi opinión en ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., “Gestación por sustitución y orden público”, *InDret*, 2/2017, *El orden público interno, europeo e internacional civil, Homenaje a la Dra. Núria Bouza Vidal, catedrática de Derecho internacional privado*, pp. 165-200, pp. 194-195).

¹⁵ Está justificado o no. Sea su concepción de la dignidad coherente o no. Por ejemplo, yo no pienso que haya *necesariamente* un problema de dignidad de la madre en todos los casos. Y en ningún caso lo puede haber en relación con el nacido. Así lo defendí ya en ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., “Efectos en España de la gestación por sustitución llevada a cabo en el extranjero”, *AEDIPr*, t. X, 2010, pp. 339-377, pp. 361-362, con cita de M. Atienza, en el mismo sentido.

caso), sino porque es inherente a las situaciones privadas internacionales su tratamiento diferenciado respecto de las situaciones puramente internas.

21. Para un profano, estas situaciones de desajuste son, cuando menos, llamativas. Y lo son, aunque tengan detrás un más o menos complejo andamiaje conceptual para “explicarlas”. El compromiso entre estas dos perspectivas *ex ante* y *ex post* debe ser un objetivo irrenunciable de política legislativa. Y debe analizarse si ese compromiso existe en la actualidad y, en caso contrario, cuál es el marco posible (los límites) en el que se pueda integrar.

4. El compromiso en España. La internacionalidad simple, su tratamiento *ex post* y el desdén por una regulación nacional

22. La situación de la gestación por sustitución en España es a día de hoy ampliamente conocida. Como más arriba señalé, el número de publicaciones al respecto probablemente iguale o supere al que provocan las cláusulas suelo, al del partido del siglo (cualquiera de los muchos partidos del siglo que se juegan cada año) o al de la boda de la última celebridad. Ya he adelantado también, o al menos insinuado, que la calidad de tales publicaciones es, siempre a mi juicio, muy heterogénea: desde “artículos” que no hacen sino reproducir groseramente párrafos de alguna resolución de la DGRN o de su celebrada Instrucción de 5 de octubre de 2010¹⁶, hasta meros panfletos voluntaristas en los que quien goza de un cierto estatus académico o profesional se aprovecha de él para enmascarar como contribución científica algo que no es más (ni tiene más valor añadido) que su opinión personal, tan legítima, eso sí, como la de cualquier otra persona. Por supuesto que también existen tratamientos rigurosos.

21. Lo que puede decirse desde ya es que, en un primer acercamiento al tema, parece que el compromiso al que me refería en los párrafos anteriores o no existe, o no es evidente o no se sabe explicar.

22. Los desarrollos y las inquietudes que tanto práctica como doctrina dedican y tienen sobre el problema se refieren a situaciones internacionales. Se ratifica lo que anteriormente señalé. Es lógico: España es un país en el que no existe un régimen jurídico articulado sobre la gestación por sustitución y lo que existe es una regulación raquítica y hostil, encapsulada en el citado art. 10 LTRHA. Probablemente, aunque existiese (o cuando exista) algo parecido a la citada proposición de ley de Ciudadanos, la situación sería parecida, salvo claro está que se haga el esfuerzo de cohonestar la visión interna con la realidad internacional.

23. Si mi diagnóstico es medianamente plausible, somos y seguiremos siendo un país en el que, desde un punto de vista práctico, la gestación por sustitución que nos preocupa y nos preocupará será la llevada a cabo en el extranjero. La primera consecuencia de ello es que realmente no existe una necesidad indefectible de regular el tema desde un punto de vista similar al que lo haría Rusia o Ucrania. Las razones ya las expuse con anterioridad. Las consecuencias son evidentes. En España, tanto la práctica gubernativa como la práctica judicial se refieren a casos que *lato sensu* podríamos describir como de *reconocimiento* de efectos de una gestación por sustitución llevada a cabo en el extranjero. Bien efectos nucleares, como el vínculo de filiación entre progenitores de intención (o alguno de ellos) y el nacido o nacidos; bien efectos colaterales, como pueden ser los beneficios sociales como consecuencia de haber tenido uno o varios hijos o hijas. La segunda consecuencia es, pues, que sí existe una necesidad de regular este tema, salvo que consideremos que “lo que hay” nos basta.

24. Y entre esta dualidad, queda un tanto desapadrinada la necesidad de regular las situaciones puramente “internas”. Legítimamente el legislador puede considerar que no es momento, o no es necesario o, sencillamente, es *inconveniente*. Aparte de la proposición de ley a la que he hecho

¹⁶ Sobre *régimen registral* de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución. BOE de 7 de octubre de 2010. La cursiva es, obviamente, añadida para enfatizar el alcance limitado de la Instrucción.

mención anteriormente, que duerme el sueño de los justos¹⁷, no parece que nada haga pensar en una regulación a corto plazo. Y esto creo que es un error por varios motivos.

25. En primer lugar, por ese problema de inconsistencia valorativa o de falta de compromiso al que me vengo refiriendo. Se aceptan bajo determinadas circunstancias los efectos de una gestación por sustitución llevada a cabo en Rusia o en Ucrania, pero no en España. Eso merece ser explicado. Y realmente hay explicaciones posibles, pero son alambicadas, complejas y poco satisfactorias. La más evidente sería que la madre siempre es la gestante, sin consideración de la internacionalidad o nacionalidad de la situación. Y eso es verdad, pero no esconde sino una explicación formalista y complaciente: en los casos internos (esos que he calificado como clandestinos y que tienen a no existir) la madre de intención no es nada y la madre gestante (madre) no desaparece del escenario ni jurídico ni social. En los internacionales, la madre de intención no es madre *de iure*, pero sí lo es de facto: se reconoce la paternidad de su marido o de su pareja... y luego ya se verá. Porque la madre gestante ya ha desaparecido del escenario social, geográfico, si se quiere.

26. En segundo lugar, porque una reglamentación interna como la propuesta por Ciudadanos, o como cualquier otra que se inspire en las que nos muestra el Derecho comparado, serviría para sentar las bases de esa coherencia: reflexionar sobre lo que queremos para nuestros comitentes y nuestras madres gestantes en España es un ejercicio muy conveniente para aclararnos sobre lo que queremos para nuestros comitentes y las madres gestantes en el extranjero... y los nacidos. Y quizá esto pueda considerarse, como antes dije, inconveniente, incómodo, pero no deja de ser necesario. La regulación del sí y/o el bajo qué condiciones se acepta que como consecuencia de una gestación por sustitución los nacidos no serán hijos de la madre gestante sino de los comitentes (por simplificar el tema nuclear) es un buen ejercicio de reflexión que sin duda puede y debe trasladarse al ámbito del reconocimiento para los casos internacionales. Creo que lo que ahora tenemos (ese tan famoso art. 10 LTRHA) no sirve, y que el viaje hacia la seguridad jurídica para los casos que llegan a los medios de comunicación, previo paso por el registro o por el consulado de turno, debe hacerse en la dirección de dentro a fuera y no al revés. Porque, en todo caso, debe hacerse. Me explico.

27. En estos momentos hay una visión simple de la internacionalidad de la situación porque, como señalé, es la que corresponde a la realidad social española. Y sobre esa internacionalidad “de reconocimiento” se han articulado las escasas, pobres y discutibles respuestas, que sumariamente describiré a continuación. Y resulta que algunas son respuestas *posibilistas*, es decir, que lejos de cerrarse al fenómeno, como ocurre en un plano estrictamente interno, terminan por aceptarlo bajo determinadas circunstancias. De estas circunstancias, algunas son meramente técnicas, exigidas más por cuestiones registrales (nunca pensadas para la gestación por sustitución) o impuestas por la doctrina del TEDH, en los términos que veremos, pero que afectan tanto a la gestación por sustitución como a otras situaciones: el TEDH no legisla. Hay respuestas genéricas y comunes a cualquier sistema clásico de reconocimiento¹⁸ y también las hay específicas¹⁹. Pero no responden, creo, a una reflexión suficiente sobre todos los intereses presentes ni, sobre todo, sobre la opción legislativa para las situaciones internas. Claramente no hay coherencia entre el art. 10 LTRHA y lo que ocurre de verdad con el reconocimiento de la filiación derivada de gestación por sustitución llevada a cabo en el extranjero. Y con ello no tomo postura de fondo sobre cómo tenga que ser el cambio, ni en el plano interno, ni en el internacional del reconocimiento.

¹⁷ Si bien sus promotores no han abandonado la idea: *vid.* PNL-175/2018 RGEP.13802. Presentada por el Grupo Parlamentario de Ciudadanos, con el siguiente objeto: la Asamblea de Madrid insta al Gobierno de la Comunidad de Madrid para que inste al Gobierno de la Nación a impulsar de forma inmediata una Ley de Regulación de Gestación Subrogada, altruista y transparente, que garantice los derechos de todas las personas intervinientes en el proceso, y de forma especial a los menores (BO Asamblea de Madrid, núm. 204, de 25 de octubre de 2018).

¹⁸ “Que el Tribunal de origen hubiera basado su competencia judicial internacional en criterios equivalentes a los contemplados en la legislación española” (Directriz primera, 3-b, de la Instrucción).

¹⁹ “Que no se ha producido una vulneración del interés superior del menor y de los derechos de la madre gestante. En especial, deberá verificar que el consentimiento de esta última se ha obtenido de forma libre y voluntaria, sin incurrir en error, dolo o violencia y que tiene capacidad natural suficiente” (Directriz primera, 3-d, de la Instrucción).

28. La realidad es que tanto desde dentro, a través de la práctica registral y judicial, como desde fuera, a través de la doctrina del TEDH, no hay ningún tipo de visión global. Ni siquiera se proporcionan los instrumentos suficientes para que pueda haberla. Estamos operando con instrumentos parciales y limitados. El art. 10 LTRHA es escuálido, la reglamentación registral inexistente, su práctica voluntarista y la fuerte impronta del TEDH insuficiente.

5. La regulación *ex post* de la situación internacional: la práctica registral

29. Hace ya casi diez años que la citada Resolución DRGRN de 19 de febrero de 2009 alertó de la existencia de un problema que no se conocía y de la necesidad de abordarlo. Las secuelas de aquel hito son de sobra conocidas: su impugnación judicial, la publicación de la referida Instrucción DGRN de 5 de octubre de 2010 y las dos instancias en las que el Tribunal Supremo se pronunció²⁰. Por el medio, práctica judicial más o menos favorable al reconocimiento de efectos sociales derivados de la gestación por sustitución (licencias o beneficios por maternidad o nacimiento de hijo) y la labor ¿pacificadora? del TEDH. Pero ni un solo movimiento legislativo.

30. Quizá se piense (con razón práctica) que todo puede quedar a la voluntad de un órgano gubernativo como la DGRN. De una (o las que hagan falta) instrucción a los funcionarios encargados del Registro civil. Quizá se piense que lo esencial del problema se haya resuelto por un Tribunal superior como pueda ser el TEDH. Pero lo cierto es que ninguna de estas proposiciones es cierta.

31. En primer lugar, y por lo que atañe a la práctica de la DGRN no me cansaré de decir que frente a la ley no es más que un operador, cualificado, eso sí, cuya actividad no es ley; la DGRN no hace Derecho (como no lo hacen la Dirección General de Carreteras o la Dirección General de Archivos y Bibliotecas). Sus resoluciones son importantes, pero sujetas a fiscalización judicial conforme a ley; sus instrucciones son importantes, pero no son más que una interpretación de parte de la ley. Sin volver sobre una polémica suficientemente conocida, su Instrucción sobre la gestación por sustitución es, simplemente, ilegal, pues restringe la inscripción a supuestos que sí están dentro de la ley, pero elimina otros que igualmente están dentro de la ley²¹. Y, al menos aparentemente, su “doctrina” contradice la del Tribunal Supremo. Y eso es importante, pues la seguridad jurídica no sólo exige que desde un alambicado análisis científico profundo y riguroso realizado por un puñado de especialistas se pongan de manifiesto los déficits y fortalezas de la práctica del TS y la de la DGRN, sus zonas de fricción, su compatibilidad potencial. La seguridad jurídica requiere que no sea necesario ese análisis tan profundo y alambicado.

32. En segundo lugar, y a pesar de que cuantitativamente los casos que se presentan en la práctica están muy mayoritariamente vinculados al Registro civil, la dimensión registral es solo una de las partes del problema²². Determinar quién es el padre o la madre de este niño que ha nacido en Ucrania mediante gestación por sustitución puede plantearse en numerosas ocasiones, al margen de que exista inscripción o no; al margen incluso de que la inscripción en el Registro civil sea requerida o no: pensemos en dos extranjeros residentes en España que recurren a la gestación por sustitución en el extranjero, pero su centro de vida y el de los niños nacidos será España. La reducción del problema a su dimensión registral lo distorsiona y evita verlo con la perspectiva más amplia que posee. Es, como digo, una visión muy parcial y poco coadyuvante a la conformación de un régimen jurídico coherente. Eso sí, es una visión eficaz. Resuelve problemas (o se los crea) a los particulares. Pero un tema como

²⁰ Recordemos, *STS de 6 de febrero de 2014* (Aranzadi Westlaw, RJ 2014/833, y mi comentario en la *REDI*, 2014-28-Pr) por la que el TS rechazó el recurso de casación contra la negativa a inscribir nacimiento y filiación en el supuesto de la citada RDGRN de 18 de febrero de 2009. Y *Auto TS (Sala de lo Civil, Pleno) de 2 de febrero de 2015* (Aranzadi Westlaw, RJ, 2015\141, y mi comentario en la *REDI*, 2015-31-Pr), que resolvió desestimar el incidente de nulidad contra la anterior.

²¹ CALVO CARAVACA, A. L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., “Notas críticas en torno a la Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 5 octubre 2010 sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución”, *CDT*, (marzo 2011), pp. 247–262, p. 260, con los que coincido en este punto.

²² Con más detalle ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., “Reconocimiento de la filiación derivada de gestación por sustitución”, *Entre Bruselas y La Haya. Estudios sobre la unificación internacional y regional del Derecho internacional privado. Liber Amicorum Alegría Borrás*, Madrid, 2013, pp. 77-90, pp. 79-82.

el que analizamos no puede quedar a la voluntad de un órgano político administrativo (ni a las órdenes que en cada momento reciba de su superior).

6. La regulación *ex post* de la situación internacional: el TEDH

33. Y si la práctica registral tan solo abarca una dimensión parcial de problema y lo hace de una manera manifiestamente mejorable, la doctrina del TEDH tampoco es suficiente. Las razones son variadas. Con carácter general, porque, como antes señalé, el TEDH no es un legislador. Tan solo verifica la sujeción de los Estados al Convenio Europeo de Derechos Humanos. Y esa sujeción puede adoptar múltiples variantes. En ocasiones su doctrina no llega a tal, sino que tan sólo resuelve un caso especialmente singular. En otras -y justo es reconocer que es lo que ha pasado con los casos de gestación por sustitución que ha resuelto- sus sentencias sí tienen una capacidad mayor de generalización, pero raramente para abarcar *todos* los casos. Esa *capacidad normativa* de la labor del TEDH depende de, al menos, dos circunstancias: una, la claridad y concreción de su doctrina; la otra, la realidad normativa de cada Estado parte, distinto del Estado condenado (o no condenado) y las posibilidades que se ofrezca por parte de cada ordenamiento jurídico para tutelar los derechos humanos implicados (por resumir en función de lo que ha ocurrido hasta ahora, los derivados de los arts. 8 y 14 de la Convención). Ambas dimensiones son especialmente importantes en relación al caso de la gestación por subrogación. La primera es indiscutible y a ella dedico el presente epígrafe. A la segunda dedicaré el siguiente.

34. Sobre el alcance general de los fallos del TEDH, basta echar un vistazo a sus glosadores para percatarnos de que la heterogeneidad es también la regla sobre su valoración y consecuencias. No sólo se extraen conclusiones “a la carta”, aunque legítimamente defendibles, de esta sentencia o aquella otra, sino que en ocasiones simplemente se transforma la realidad para adaptarla a los propios intereses o se crea un estado de opinión generalizado que nada tiene que ver con la realidad, pero que termina por conformarla. Al fin y al cabo, este es uno de los signos (y los signos) de nuestro tiempo.

35. De esta última situación son fiel ejemplo los casos *Paradiso y Campanelli contra Italia*²³, *landmark cases* en la materia para contrarios y favorables a la gestación por sustitución (en función de qué postura se pretenda defender y de qué fallo se adopte como referencia, si el primero o el segundo). En verdad, haber convertido estos casos en hitos jurídicos de la gestación por sustitución es algo a todas luces extravagante y simplemente ajeno a la realidad, pero lo cierto que no tiene vuelta atrás y resulta imposible de combatir. La realidad virtual se ha impuesto a la “real”. De nada sirvió que el propio TEDH publicase un comunicado de prensa en el que expresamente dijo refiriéndose a su primera sentencia *Paradiso* que: «*It is important to note that in this case the Court focused on the removal of the child and his placement under guardianship, and not on the issue of surrogacy*»²⁴. De nada porque las orejeras de unos y otros (alimentadas, hay que denunciar también, por algunos votos particulares de ambas decisiones²⁵) no permiten ver más que lo que se quiere mirar.

36. De la primera -interpretar de forma diferente el alcance de lo dicho en los casos en que sí se juzgan efectos de gestación por sustitución- los ejemplos son aún más numerosos, pues, en definitiva, se trata de disensiones legítimas, pero no por ello dejan de ser un factor de inseguridad.

37. En efecto, nada más lógico que discrepar de lo que ha dicho una sentencia o divergir de lo que los demás piensan que ha dicho una sentencia, o de las consecuencias que una sentencia tenga o haya podido tener. Y, en este sentido, puede afirmarse que el alcance de las que el TEDH ha pronunciado sobre gestación por sustitución no está suficientemente claro.

²³ Sentencia del TEDH, Sección Segunda, Sentencia de 27 de enero de 2015 y Sentencia del TEDH, Gran Sala, de 24 de enero de 2017. Dos sentencias en el mismo caso con fallos contrarios.

²⁴ De nada que incluso lo resaltase en negrita. *Vid.* «Questions and Answers on the *Paradiso and Campanelli v. Italy* judgment (27 January 2015)», accesible en http://www.echr.coe.int/Documents/Press_Q_A_Paradiso_and_Campanelli_ENG.pdf.

²⁵ E incluso, por la propia *rendición* del TEDH: resulta significativo que en un documento de octubre de 2018 coloque a los casos *Paradiso* junto a *Menesson y Labassee*, bajo la rúbrica de “gestational surrogacy” (se puede ver en https://www.echr.coe.int/Documents/FS_Surrogacy_eng.pdf).

38. En relación con sus fallos *Menesson* y *Labassee*²⁶ -estos sí paradigmáticos-, pronto se puso de manifiesto que, por un lado, no afectaban a los casos en los que no hubiera vinculación biológica²⁷ entre los nacidos y los comitentes y, por otro, que la condena de Francia tenía como factor capital la negativa del sistema francés a proveer el establecimiento de la filiación por otras fórmulas (alternativas al reconocimiento de la filiación) para hacer eficaz el derecho de los nacidos a su vida personal y familiar en lo que toca a la existencia o identidad de la persona (de los nacidos). Esta interpretación fue la ratio por la que el citado *Auto TS (Sala de lo Civil, Pleno) de 2 de febrero de 2015*²⁸, resolvió desestimar el incidente de nulidad contra la también citada *STS de 6 de febrero de 2014*²⁹: no había identidad entre los casos resueltos por el TEDH y el enjuiciado, dado que el ordenamiento jurídico español sí dispondría de mecanismos jurídicos para establecer la filiación derivada del vínculo biológico con el padre o, en su caso, los padres³⁰.

39. Pero claro, esto es discutible si se discute la mayor: si se pone en tela de juicio el propio alcance de la doctrina del TEDH. Y eso es lo que ha ocurrido, sin que merezca la pena ahora enumerar el inabarcable número de opiniones doctrinales (a veces simples opiniones personales) en todas las direcciones. Más que valorar esas opiniones, me interesa resaltar que la muy dispar práctica nacional posterior a las sentencias *Menesson* y *Labassee*, presuntamente (y quizá también efectivamente) respetuosa con la doctrina del TEDH, atestigua que esta no es suficiente, ni siquiera para sentar las bases de un tratamiento *ex post* de los típicos supuestos de gestación por sustitución. Diciendo respetar la doctrina del TEDH, tribunales superiores de España, Francia, Alemania, Suiza o Italia llegan a conclusiones muy distintas y probablemente aceptables desde perspectivas también distintas³¹. Si la doctrina del TEDH conduce en unos casos a reconocer la filiación de los nacidos en el extranjero por gestación por sustitución y en otros similares a su rechazo, hay algo que no funciona o que merece más explicación.

40. Un nuevo ejemplo me permitirá abundar en esta idea. Tras los casos *Menesson* y *Labassee*, no me pareció que fallos posteriores, como los emitidos en los casos *Foulon* y *Bouvet*³² cambiasen la situación. A mi juicio se trata de casos que, más bien, ratifican la doctrina *Menesson*. Pero, de nuevo, cualquiera puede discrepar. En sentido contrario, se ha defendido que esta nueva entrega es una verdadera vuelta de tuerca que restringe las posibilidades de los Estados y casi les ordena “el reconocimiento” solicitado de la filiación derivada de una gestación por sustitución “extranjera”, sin que otras alternativas posibles (reconocimiento voluntario de paternidad, posesión de estado, acciones de filiación) sean suficientes para garantizar el derecho de los nacidos a su vida personal y familiar, al respeto de su identidad³³. Repito que a mi juicio eso no es así. Sigo pensando que la doctrina *Menesson*, tal cual la entiendo y creo que la entiende una mayoría de los comentaristas, no se ha visto corregida por *Foulon* y *Bouvet*. Los puntos 56 *in fine* y 57 del fallo (que recomiendo leer), me animan a seguir pensando que estoy en lo cierto. También creo que esa es la lectura que hay que hacer del punto 31 del caso *Laborie*³⁴, de donde deduzco que se condena a Francia por lo que ha hecho en el pasado y no por lo que hace en el presente (permitir la determinación de la filiación a través de otras vías). Y hay otros indicios que van en esa misma dirección: en uno de los más recientes casos que está aún pendiente ante el TEDH, *Martine Maillard y otros contra Francia*³⁵, el Tribunal pregunta a las partes que se definan sobre si es posible en Derecho francés establecer un vínculo de filiación entre la madre de intención y los (tres) nacidos en Ghana por vías distintas de la transcripción integral en el registro

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

²⁷ También simplificando pues la terminología no estuvo tan clara. *Vid.* ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., (2017), *loc. cit.*, pp. 151-152. En el Reino Unido, por ejemplo, la vinculación exigida es “genética”.

²⁸ *Supra* nota 20.

²⁹ *Supra* nota 20.

³⁰ Se trataba de dos nacidos y dos donantes de semen, luego bien podría darse el caso de que ambos fuesen padres biológicos de cada uno de los niños.

³¹ ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., (2017), *loc. cit.*, *passim*.

³² *Foulon et Bouvet c. France* (núms. 9063/14 et 10410/14, de 21 de julio de 2016).

³³ El citado documento de la Fundación Garrigues (pp. 14-15) se muestra muy contundente al respecto.

³⁴ *Laborie c. France* (núm. 44024/13, de 19 de enero de 2017).

³⁵ Caso núm. 17348/18, introducido el 10 de abril de 2018.

civil francés de las actas de nacimiento extranjeras³⁶. Indicio claro, a mi juicio, de que esta posibilidad sigue siendo un elemento relevante para el TEDH.

41. Sin embargo, la cosa no está tan clara para la propia *Cour de cassation* francesa (o, sencillamente, la *Cour de cassation*, objeto de todas las miradas en la materia que nos ocupa, quiere deshacerse de la incertidumbre sobre la que estoy argumentando). En un recentísimo Comunicado de prensa se publicó la primera petición al TEDH de un dictamen consultivo sobre la base del Protocolo 16 al Convenio europeo de derechos humanos. Una consulta en la que el supremo tribunal francés se pregunta lo siguiente:

“(1) By refusing to enter, in the civil register of births, the birth of a child born abroad to a surrogate mother, in so far as the foreign birth certificate designates the child’s “intended mother” as its “legal mother”, whereas the registration is accepted in so far as it designates the “intended father”, who is also the child’s biological father, will a State party be overstepping its margin of appreciation under Article 8 of the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms? In this connection should a distinction be drawn as to whether or not the child was conceived using the eggs of the “intended mother”?
(2) In the event of an answer in the affirmative to one of the two questions above, would the possibility for the intended mother to adopt the child of her spouse, the biological father, this being a means of establishing the legal mother-child relationship, ensure compliance with the requirements of Article 8 of the Convention?”³⁷

La solicitud ha sido admitida a trámite y en este momento se encuentra en fase de alegaciones por parte de las partes y los Estados que puedan estar interesados (en principio hasta el 31 de enero de 2019)³⁸.

42. Mas no es el hecho de tener o no tener razón sobre tal o cual interpretación de las decisiones del TEDH lo que me interesa, ni alertar del carácter no obligatorio de sus dictámenes consultivos, sino más modestamente poner de manifiesto la circunstancia de que varias interpretaciones son posibles y de que la incertidumbre está servida³⁹.

43. Reconozcamos no obstante que sí hay una cuestión indiscutida: no reconocer o no prever una fórmula alternativa para que los nacidos puedan establecer jurídicamente su filiación biológica es un atentado a sus derechos fundamentales.

7. La regulación *ex post* de la situación internacional: reconocimiento *versus* reconstrucción

44. Dentro de esta contemplación de la visión *ex post factum*, la parcialidad de la reglamentación registral y la parcialidad y carácter discutido de la doctrina del TEDH propician un grado de inseguridad jurídica considerable, que aboca a varias situaciones posibles para el mismo caso: el reconocimiento de esa filiación tal cual viene establecida en el extranjero, su reconocimiento parcial (se reconoce respecto del padre biológico, por ejemplo, pero no respecto de la madre de intención) o el rechazo total al reconocimiento. Y en relación a las dos últimas situaciones, la posibilidad o no de reconstrucción jurídica de las mismas. Ello hace alusión a la segunda importante dimensión a la que me he referido en el apartado anterior: la realidad normativa de cada Estado parte y las posibilidades que se ofrezca por parte de cada ordenamiento jurídico para tutelar los derechos humanos implicados, al margen del reconocimiento tal cual de filiación extranjera.

³⁶ Questions aux parties: “...est-il possible d’établir en droit français un lien de filiation entre les troisième, quatrième et cinquième requérants, d’une part, et la première requérante, d’autre part, par d’autres voies que la transcription intégrale des actes de naissance étrangers sur les registres de l’état civil français?”.

³⁷ Request for an advisory opinion from the French Court of Cassation (no. P16-2018-001), que puede consultarse en la web del TEDH. Supongo que la pregunta fue en francés, pero transcribo la información, en inglés, que obra en este momento en dicha web.

³⁸ *Vid.* Press Release issued by the Registrar of the Court. ECHR 415 (2018). 04.12.2018 (en la web del TEDH).

³⁹ Por cierto, en el último caso citado, la inscripción con base en las actas de nacimiento extranjeras se produjo respecto del padre (biológico) pero no respecto de la madre de intención. Lo que se pide al TEDH es que condene a Francia por este hecho, al considerar que vulneraría Los arts. 8 y 14 de la Convención.

45. En el presente apartado me referiré a esta última posibilidad. El escenario es tan sencillo como plantear qué pasa cuando, por ejemplo, se rechaza sin más el reconocimiento de la filiación (jurisprudencia francesa antes de la actuación del TEDH o sentencia y auto del TS español⁴⁰) o cuando se está obligado a admitir que el nacido tiene derecho a que quede jurídicamente establecida su filiación biológica: ¿mediante reconocimiento de la establecida en el extranjero? ¿mediante los títulos que proporciona la ley del Estado de recepción? ¿Y qué ocurre con el (otro) padre o madre de intención, cuando existe?

46. Como punto de partida hemos de tener en cuenta lo que resulta indiscutible de la doctrina del TEDH. Hasta ahora (porque los casos pendientes podrían cambiar la situación), lo indiscutible es la obligación de permitir a los nacidos el establecimiento de su filiación biológica. Limitándonos a este vínculo, el TEDH ¿exige una vía o un expediente técnico determinado o son varios los canales a través de los que puede satisfacerse su exigencia? Es esta una cuestión también de política legislativa. Y curiosamente (o no tan curiosamente) en España no ha determinado ninguna reacción normativa. Y en Francia tampoco. En el caso francés, ha habido un cambio de la jurisprudencia que se encarga de poner de manifiesto el Estado francés en cada uno de los nuevos procedimientos en los que es demandado ante el TEDH: una nueva interpretación de un viejo art. 47 CC francés permite la transcripción en el registro francés de las actas de nacimiento extranjeras respecto del padre biológico, sin que ello reste eficacia al resto de las vías posibles: el reconocimiento voluntario de paternidad, la posesión de estado, o las acciones judiciales de filiación.

47. El caso español es un poco más complejo. El citado *Auto TS de 2 de febrero de 2015*, como el Gobierno francés ante el TEDH, asegura que nuestro sistema tiene mecanismos para responder eficientemente al mandato implícito del TEDH. La idea la resumí en la frase *no es preciso reconocer porque el Derecho español posibilita recomponer*⁴¹.

48. Además, el TS no sólo da una salida al padre biológico (puesto que la madre sigue siendo siempre la que realmente pare) sino que oferta una recomposición mayor para el “cónyuge” (pues en el caso enjuiciado los padres de intención estaban casados) al que le sería posible en su caso, adoptar a los hijos de su consorte. Ciertamente en este caso no es necesariamente hacer honor a las exigencias pretéritas del TEDH (no descarto en absoluto que los casos pendientes extiendan dichas exigencias) sino más bien a un “bonus” respecto de la reconstrucción jurídica de la “familia”.

49. ¿Nos vale esta situación? Yo creo que sí en lo que atañe al respeto estricto de la actual doctrina del TEDH; que nos vale para ajustarnos a las exigencias del TEDH, a pesar de que, como dije más atrás, es un tema discutido. No creo que exista un derecho a que se “reconozca” una filiación tal cual está establecida en el extranjero. Al menos no creo que tal derecho derive de la doctrina del TEDH. Es verdad que esta idea de reconstrucción conforme a la ley del foro frente al reconocimiento sin más posibilita que los títulos en virtud de los que la filiación se haya establecido serán distintos fuera y dentro, pero eso no es algo infrecuente en el tratamiento de las situaciones privadas internacionales (como no lo es, dicho sea de paso, el rechazo de plano del reconocimiento sin posibilidad de reconstrucción).

50. Mas señalado esto, si la pregunta hubiera sido ¿es satisfactoria esta situación?, mi respuesta habría sido no. Ciertamente el TS está por la “reconstrucción”, por la interpretación de lo que hay ajustándose a lo que el TEDH exige. Pero, en la práctica, la vía registral prefiere otra ruta, la del reconocimiento articulado a través de la tan citada Instrucción de la DGRN, que tampoco modificó un ápice -porque

⁴⁰ En relación a estos últimos asumo como hipótesis de trabajo que pudieran tener un alcance implícito mayor que el que les fue propio: el estrictamente registral.

⁴¹ ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., (2017), *loc. cit.*, p. 188, núm. 44. La idea no es original, la extraigo de FULCHIRON, H. y BIDAUD-GARON, Ch., “Reconnaissance ou reconstruction? À propos de la filiation des enfants nés par GPA, au lendemain des arrêts Labassée, Menesson et Campanelli-Paradiso, de la Cour européenne des droits de l’homme”, *Rev.crit.dr.int.priv.*, 2015, pp. 1-42.

obviamente no puede hacerlo- la normativa vigente, pero que fue públicamente rehabilitada apenas dos semanas después de las sentencias *Menesson* y *Labassee*⁴².

51. Se trata la Instrucción de uno de esos hitos que tiene tantos detractores como entusiastas y no volveré sobre las críticas que le he hecho en el pasado, porque lo que ahora me interesa poner de manifiesto es que su coexistencia con la doctrina del TS no nos ofrece una clara imagen de dónde está nuestro ordenamiento jurídico, si por el reconocimiento, por la reconstrucción o por una combinación de ambos. Lo que es otra razón más para que el legislador haga algo también en esta perspectiva *ex post*.

8. Un intento parcial de regulación: la Proposición de ley de Ciudadanos

52. La ordenación del presente discurso gira en torno a los problemas que se generan en torno a los supuestos de gestación por sustitución, sus diferentes dimensiones y momentos relevantes, las diferentes perspectivas desde un Estado “receptor” y desde uno “emisor” y las soluciones jurídicas que hoy se dan a estas situaciones a la luz de la práctica real con el único condicionante importante de la doctrina del TEDH. La conclusión de cuanto antecede es poco original: lo que hay no es suficiente. Se trata de una afirmación que para muchos ni siquiera tiene por qué ser conclusión de nada sino simple evidencia. Y no lo negaré, aunque siempre es mejor que se cuente con algún tipo de soporte argumental cuando llevamos ya muchos años sin mover una sola norma y sin embargo no se vislumbra ninguna hecatombe en el horizonte.

53. Sea como fuere, después de afirmar la necesidad de legislar sobre el tema no cabe no dedicar un tiempo al movimiento más serio que en tal sentido se ha producido en España: la Proposición de Ley reguladora del derecho a la gestación por subrogación, presentada por el Grupo Parlamentario Ciudadanos⁴³.

54. Trasladando los puntos principales desarrollados en los apartados anteriores, puede afirmarse que la proposición es acreedora de una valoración incondicionalmente positiva en lo que atañe a su existencia. Si se requiere una regulación normativa hay que empezar por que esta exista. Menos positivas son mis impresiones ya sobre el contenido. Me referiré sucintamente a las más evidentes también y exclusivamente desde la perspectiva de los temas aquí tratados.

55. Lo primero que llama la atención es la propia denominación de la ley propuesta que habla del “derecho -entiendo que subjetivo- a la gestación por sustitución”. Interpreto que es la propia ley la que crea y regula ese derecho que, al margen de su reconocimiento legal, tengo mis dudas de que exista como tal, por más que en esa batalla también tenga todas las de perder. La idea de un derecho humano a procrear o de un derecho a la reproducción es otro punto de discusión en el que no voy a entrar ahora. Baste señalar que ese “derecho a la gestación por sustitución”, la exposición de motivos lo engancha a la *libertad* de las personas, que es una perspectiva tradicional (junto a otros como el derecho a fundar una familia, por ejemplo). En cualquier caso, se trata de una cuestión menor a los efectos del presente discurso.

56. La exposición de motivos es una oda a la libertad, al interés superior del menor, a una muy peculiar concepción de la familia como garante de la “procreación” (sin la que “la especie humana se extinguiría”⁴⁴), y a la tan mencionada Instrucción de la DGRN. Son muchos los tópicos (y las imprecisiones) que adornan esta exposición de motivos. La música vuelve a sonar bien, aunque la letra deje bastante que desear. Realmente podríamos prescindir de todo, de no ser por que se hace una afirmación de suma importancia para nuestro discurso. Se dice que la Convención de NU sobre derechos del niño “*incluye, entre otros derechos, los del menor a tener los mismos padres en todos los*

⁴² Consulta DGRN de 11 de julio de 2014 (texto que he consultado en *La Ley Derecho de familia*, de 3 de junio de 2015), a través de la que la DGRN se esfuerza en afirmar la compatibilidad de la Instrucción con la doctrina del TS. Un muy somero análisis de la misma lo hago en ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S. (2017), *loc. cit.*, pp. 186-187. Mi visión general es que por más que el órgano directivo siga utilizando una música pegadiza, la letra no es capaz de justificar nada.

⁴³ *Cit. Supra* nota 6.

⁴⁴ Sin duda. Pero, ¿se extinguirá sin la gestación por sustitución en una sustancial diferente manera?

países". Ese derecho no existe. En todo caso no está consagrado como tal en la referida Convención. Y nótese que, de existir, cambiaría radicalmente la aproximación a la problemática que analizamos⁴⁵. No obstante, no me interesa la polémica en torno al tema, sino poner de manifiesto que la proposición no saca consecuencias de tan capital afirmación. Resulta sorprendente, pero no establece *ni una sola norma* tendente a la consagración de ese presunto derecho tan presuntamente relevante. Y exista o no, lo cierto es que saber quiénes son los padres del menor nacido mediante gestación por sustitución es un imperativo. Y debería serlo no solo en relación con los que puedan nacer en España (los menos) sino también, y muy especialmente, con los que nacen en el extranjero.

57. En efecto, si una crítica fundamental se le puede hacer a la proposición es que todo lo que tenía que decir sobre la internacionalidad de los supuestos de gestación por sustitución lo dice en la exposición de motivos. El cuerpo de la propuesta está concebido para procesos internos que se van a desarrollar en España⁴⁶. Podríamos decir que se está regulando sólo una cara de la internacionalidad: aquella que se desarrolla *ex ante*. Pero ni siquiera esa lectura es plausible. Se está regulando una gestación por sustitución interna y no se dice ni una palabra de la que más nos interesa hoy en día, aunque sólo sea desde un punto de vista cuantitativo. Es como si todo lo que he dicho en las páginas precedentes no sirviese para nada. O, mejor, es negar su relevancia. Es, simplemente, desconocer la realidad esencialmente internacional del problema, o, en el mejor de los casos, estar de acuerdo con cómo se están afrontando las consecuencias de esa internacionalidad en el presente (de ahí la glorificación que la exposición de motivos hace de la Instrucción de la DGRN); o puede que el meollo de la cuestión se remita (patada hacia delante) a las modificaciones de las leyes que ordena la Disposición final primera; en especial, el CC, la LRC y la LTRHA, entre otras. En cualquier caso, una proposición frustrante⁴⁷, de la que hasta la fecha los comentaristas han reparado más en lo que dice que en lo (importante) que no dice.

58. Frustrante, pero no inútil. Como más atrás indiqué, el mero hecho de su existencia sirve para identificar cuáles son los intereses que se consideran relevantes y cómo, a través de qué medidas concretas, se intenta proteger tales intereses. A los efectos que me inspiran estas reflexiones, tomaré como ejemplos algunas de las circunstancias y obligaciones reguladas por la proposición y las consecuencias previstas (sanciones) cuando no concurran unas o no se cumplan otras. Tras ello, introduciré la interrogante respecto de la situación típica internacional no regulada.

59. La proposición considera infracciones muy graves (que sanciona con multa de 10001 euros hasta un millón de euros), el incumplimiento doloso de los requisitos que ha de cumplir el subrogante o comitente (art. 24.2º.C-3), entre ellos, por ejemplo, se ha de acreditar que se cuenta con la capacidad, aptitud y motivación adecuadas para ejercer la responsabilidad parental asociada a la familia que se pretende constituir (art. 8.2.d). Pensemos en algo así como una especie de equivalente a la declaración de idoneidad en materia de adopción, que supongo se deja al reglamento de ejecución de la ley.

⁴⁵ Y que yo crea que no existe (o al menos no con la generalidad y carácter absoluto que intuyo que pretende la Exposición de Motivos) no significa que no haya voces en contra (en España, por ejemplo, PRESNO LINERA, M. A. y JIMÉNEZ BLANCO, P., «Libertad, igualdad, ¿maternidad? La gestación por sustitución y su tratamiento en la jurisprudencia española y europea», *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 51, 2014, pp. 9-44, p. 40) y decisiones judiciales que la consagran, bajo la idea de un derecho a una única identidad: muy significativa por su carácter inflexible, la muy relevante *Sent. Corte di cassazione, (Italia) de 30 de septiembre de 2016* (http://www.cortedicassazione.it/cassazione-resources/resources/cms/documents/19599_10_2016.pdf. El documento original aparece fechado el 21 de junio de 2016, si bien en la página oficial de la *Corte de cassazione* aparece el 30 de septiembre de 2016 que es la fecha de depósito en la cancillería).

⁴⁶ No creo que la alusión a la nacionalidad española o residencia habitual en España como requisitos exigidos tanto para la mujer gestante (art. 7.1.g) como para los subrogantes (art. 8.2c) estén pensando en supuestos que se lleven a cabo en el extranjero entre españoles. Más bien se trata de fijar unos requisitos de vinculación a nuestro ordenamiento que en Derecho internacional privado tienen especial importancia, tanto a la hora de evitar un efecto llamada (que, dicho sea de paso, con el resto del contenido de la proposición de ley -muy estricto en cuanto a presupuestos y condiciones- estaría más que descartado), cuanto a la hora de una eventual eficacia de la filiación aquí establecida en un país extranjero.

⁴⁷ Puede que a estas opciones no haya sido ajeno el precedente de la Ley portuguesa, también muda sobre estos aspectos.

Además, el subrogante tiene que “haber agotado o ser incompatible con otras técnicas de reproducción humana asistida”.

60. Son también infracciones muy graves el incumplimiento doloso por parte de la mujer gestante de los requisitos u obligaciones impuestos por la ley (art. 24.2º.C-2). Se trata de requisitos que tienden a la tutela de su posición e, interpreto, también a la garantía de todo el proceso. Mas, recordemos que en los casos internacionales con los que nos enfrentamos en España *ex post* la madre gestante apenas cuenta; apenas está. Los subrogantes o comitentes están ante nuestras autoridades con el niño. No con la madre. La madre está en Ucrania o en Rusia y ha desaparecido de la escena.

61. Lo son igualmente la realización o práctica de las técnicas de reproducción humana asistida en centros que no cuenten con la debida autorización (art. 24.2º.C-4) o el pago de cualquier cantidad dineraria o en especie a la mujer gestante que contravenga la naturaleza altruista del derecho a la gestación por subrogación (art. 24.2º.C-8), entre otros.

62. ¿Qué valor tienen estos requisitos/obligaciones/prohibiciones en el momento en el que se solicite el reconocimiento de la filiación de un niño habido en el extranjero mediante gestación por sustitución a favor de un o unos comitentes totalmente incapaces, inaptos y desmotivados para ejercer la responsabilidad parental⁴⁸, que recurrieron en el extranjero a una maternidad subrogada comercial, que se llevó a cabo en un centro carente de las más mínimas garantías sanitarias para la madre y para el niño y que pagaron por toda la operación entre 30000 y 40000, euros de los que una parte fue a parar a la madre en “pago” por sus servicios? ¿Ninguno? ¿La internacionalidad de la situación hace que las notas de desvalor de las circunstancias desaparezcan? Si la madre falleció en el parto o tuvo graves secuelas físicas para el futuro a raíz de falta de garantías sobre su aptitud y sobre el proceso desde un punto de vista sanitario ¿se queda todo más allá de nuestras fronteras?

63. Seguro que se me podrá decir que hay infracciones que no están concebidas para que recaigan en cualquiera de los intervinientes: que las hay a cargo de la gestante, a cargo del centro, a cargo de los comitentes y también pueden ser a cargo de varios de ellos de forma conjunta (con responsabilidad que la propuesta establece en estos casos como solidaria: art. 26.2). Y es verdad. También se me puede decir que en todas esas infracciones hay un elemento territorial implícito (procedimientos seguidos en España) y también es verdad. Pero no sé si se sostiene que castigemos con un millón de euros a quien haya pagado en dinero o en especie a la madre gestante en España y le demos una palmadita en la espalda y nuestra enhorabuena por el nuevo miembro de la familia al solicitar el pasaporte de los nacidos cuando ese mismo pago lo ha hecho en Ucrania.

64. A pesar de lo dicho, me jugaría un café a que así será (o sería). Pero eso será o sería incoherente. La internacionalidad del problema sin duda obliga a matizarlo. La pluralidad es inherente a nuestras sociedades y la pluralidad internacional indefectible. Pero ello no justifica tamaña incoherencia valorativa, por más que las maneras de garantizar dicha coherencia no se vislumbren con facilidad, como paso a exponer.

9. El contenido de la regulación *ex post*

65. Una premisa de cómo abordar el tema de construir reglas en este ámbito es el respeto a la doctrina indubitada TEDH, si bien vuelvo a recordar que tal doctrina tiene un núcleo claro pero limitado y no resuelve todas las cuestiones. Queda un margen importante para los legisladores internos. En este sentido, vuelvo a hacer notar que la propuesta de Ciudadanos no se pronuncia sobre el tema; que (en la más benévola de las interpretaciones) reenvía a una modificación ulterior del Código civil (en materia de filiación) y de la Ley sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida. Así entiendo su Disposición final primera. Reitero también que, aunque he pretendido describir una imagen completa o, mejor, una secuencia dinámica que va desde la decisión de acudir a la gestación por sustitución hasta la integración del nacido o nacidos en la familia comitente, a nuestras autoridades sólo se les

⁴⁸ Tremendamente ilustrativo es el supuesto que dio origen a la *Sent. Corte di cassazione, de 26 de septiembre de 2014* (texto en italiano en *Riv.dir.int.priv.proc.*, 2015, pp. 428-434). Se rechazó el reconocimiento de la filiación derivada de una gestación por sustitución en un supuesto en el que los que los padres de intención habían sido hasta *tres veces rechazados idóneos* para adoptar a un menor.

van a presentar apenas los últimos fotogramas: un padre o una madre o ambos llegan al mostrador del consulado o del Registro civil ya en España para que se proceda a la inscripción de un niño español nacido en el extranjero. Porque realmente ese es el supuesto típico. Y ahí todo lo acontecido anteriormente tiene un valor muy relativo... salvo que exista un sistema de real fiscalización. Las reglas sobre reconocimiento son siempre un sistema de fiscalización. Su eficacia depende de su diseño.

66. En el Reino Unido, por ejemplo, todo el proceso gira en torno a la “*parental order*” y esta no distingue significativamente entre la gestión por sustitución nacional y a llevada a cabo en el extranjero. La verificación de los requisitos necesarios para otorgarla son los mismos. Incluso el formulario que hay que rellenar para activarla es el mismo. Es como si se negase en primera instancia la internacionalidad del problema. Los requisitos serían los mismos y no existiría la discrepancia valorativa a la que he venido haciendo alusión a lo largo de estas reflexiones. A lo sumo, se manifestarían problemas prácticos; de prueba de condiciones y/o requisitos: por ejemplo, la madre gestante y, en su caso, su cónyuge tienen que prestar su total y libre consentimiento a la *parental order*... salvo que no puedan ser encontrados o sean incapaces de proporcionarlo; por ejemplo, la prohibición de un pago más allá de los gastos razonables puede ser un hecho más complejo de acreditar en si el proceso se ha seguido a miles de kilómetros. Como antes señalé, existen ciertas “ventajas” que pueden hacer más atractiva para los progenitores de intención la internacionalidad que los procesos locales.

67. En todo caso, este no es el modelo que ahora funciona de facto en España (me resisto a calificar como *de iure* a la práctica de la DGRN que sigue el sistema de la Instrucción). Y nuestra cultura jurídica, así como la mayoría de las opiniones que parecen conformarla en los últimos años, tampoco va por esa línea. La propia idea del “reconocimiento” lleva aparejada de forma natural la exclusión de una revisión completa del fondo del asunto; la inconveniencia (o interdicción) de abordar el tema internacional como si de uno nacional se tratase. Volver sobre lo que ya ha decidido una autoridad extranjera (en el caso de que tal circunstancia haya ocurrido -y este es otro factor a tener en cuenta-) es algo impropio de este siglo, se dirá. El juicio de reconocimiento debe limitarse a excluir lo absolutamente insoportable. En sentido positivo, debe concluir con la admisión de todo lo que no nos repugne (¿demasiado?).

68. Y en esta tesitura, absolutamente ordinaria, ¿cuáles serán las renunciaciones a las exigencias *ex ante* que pueden descartarse? ¿cuáles los derechos de la madre gestante que puedan descartarse? Es verdad que -por seguir con la hipótesis de la proposición de ley de Ciudadanos- las soluciones particulares que se prevean en el plano interno pueden oscilar dentro de un abanico más o menos amplio y al mismo tiempo constitucionalmente legítimo. ¿Significa ello que todo lo que quepa en la Constitución es aceptable? O, por el contrario, y por utilizar una terminología muy en boga, ¿hay líneas rojas que no se deben sobrepasar, aunque no sean las estrictamente constitucionales? Sumando preguntas a las que planteé en el anterior epígrafe: ¿es una línea roja que la madre gestante no aporte material genético? ¿lo es que alguno de los comitentes lo aporte? ¿el contenido de la compensación económica -estrictamente- resarcitoria podrá ir más allá de lo que diga nuestra ley? ¿lo es que la madre gestante haya gestado al menos un hijo sano con anterioridad? ¿que disponga de una situación socio-económica y familiar adecuadas para afrontar la gestación en condiciones óptimas de salud, bienestar y seguridad? ¿el progenitor subrogante debe tener menos de 45 años? Si la respuesta fuese no, ¿habría algún límite al respecto? ¿se podría recurrir a la maternidad subrogada *en el extranjero* a los 80 años? ¿qué ocurre si hay gestación por sustitución sin contrato previo o sin contrato que tenga los requisitos mínimos que exigiría la ley española, siempre, claro de acuerdo con la ley local extranjera? ¿cuántos o cuáles de esos requisitos mínimos, en su caso, serían “líneas rojas”? Tomando enseñanzas de la normativa portuguesa y su interpretación por su Tribunal Constitucional, ¿qué tipo de consentimiento se ha de requerir de las personas implicadas? ¿qué pasa si la madre gestante dio su consentimiento con anterioridad al parto, pero lo revocó tras él y a pesar de todo el nacido fue entregado a los comitentes? ¿es algo que se abandona al sistema extranjero o se interviene en la fase de reconocimiento? Y una última: en el caso de que alguna de estas preguntas se considere relevante, de que el proceso haya incurrido en irregularidades notorias, que los derechos de la madre gestante no se hayan respetado, y el reconocimiento de la filiación tenga que realizarse en función de una

interpretación básica de la aludida doctrina del TEDH, ¿se agotan todas las consecuencias jurídicas con el reconocimiento?

69. Todas estas preguntas son especulativas, pero inspiradas en realidades que pueden ser reglas en una regulación *ex ante* de la gestación por sustitución. No es mi intención, ni mucho menos, formularlas como capciosas, ni hay una respuesta implícita en mi ánimo (al menos no en todas ellas). Ya he dicho que así no funciona la fiscalización de la eficacia transfronteriza de las situaciones internacionales. Por rebajar el tono diré que el mismo género de preguntas se podría realizar respecto de la normativa de la filiación natural al margen de la gestación por sustitución. Cuáles son las líneas rojas que pueden extraerse en los artículos 108 y siguientes del Código civil, por ejemplo. Y son preguntas que no se hacen. Todo se reduce y se simplifica. Si el reconocimiento de una filiación consolidada en el extranjero se hace a través de la consulta de una ley aplicable (por ejemplo, se aplica la ley de la residencia habitual del hijo o alguna de las previstas en el art. 9.4 CC), lo que diga esa ley determinará la existencia o no (su reconocimiento para nosotros) de esa filiación... salvo que esa ley contradiga nuestro orden público. Si el reconocimiento se canaliza a través de la superación de un número más o menos extenso de condiciones predefinidas por nuestro ordenamiento jurídico, pues a esas hay que ceñirse. Y suelen ser condiciones muy estandarizadas. La “plantilla” de este reconocimiento es más o menos común a numerosos ámbitos. Y también está ahí el límite del orden público. Así que todas las preguntas formuladas en el párrafo anterior (y otras similares que pudieran formularse) se habrían de reconducir a ese orden público, con toda la dificultad que ello plantea ante el abuso de posición dominante que tiene el interés superior del niño en este momento; dificultad de hacer valer cualquier aspecto que no tenga que ver con su superior interés; si hubo uno -varios- sacrificios de los derechos de la madre gestante, el niño aparece como el perdón de los pecados (sin necesidad de arrepentimiento, ni de penitencia). Lo que ocurre es que el tema de la gestación por sustitución presenta más aristas. No es lo mismo que la presunción de paternidad del marido de la madre se base en un plazo de 300 días, o de 298 o de 302, que el consentimiento de la madre gestante deba producirse antes y después del parto, o solo antes; e incluso que se produzca después pero no antes de un período determinado. Los valores implicados no son los mismos. No es lo mismo que la posesión de estado sea o no un título independiente de legitimación de la filiación, que se puedan comprar los servicios de una madre gestante a precio de mercado (el que sea).

70. Por ello quizá pueda y deba depurarse el modelo tradicional. El ejemplo de la adopción nos da ciertas pistas de cómo. No es que me parezca que sus soluciones sean muy afortunadas en algunos aspectos. Es más, me parece que algunas son directamente rechazables, como he manifestado en otros momentos⁴⁹, pero la especialidad de sus condiciones sí puede ser un modelo extensible. En el art. 26 de la Ley de adopción internacional se establece una serie de condiciones para el reconocimiento que podríamos llamar estándares (la competencia de la autoridad extranjera y la no contrariedad con el orden público español) y otras específicas de la adopción. En una regulación *ad hoc* del reconocimiento de la filiación en los casos de gestación pro sustitución alguno de los interrogantes más atrás enumerados podría tener un espacio *particular*. Probablemente no la exigencia de que la madre gestante hubiera tenido un parto anterior; probablemente sí una regulación específica del consentimiento (más vinculada a nuestra concepción que a la de la ley extranjera, tal cual aparece en la Instrucción). Probablemente no que los comitentes fuesen incapaces de procrear por sí mismos; probablemente sí (o no) que alguno de ellos tenga una relación biológica con el nacido; probablemente no la limitación de la aportación económica de los comitentes a los “gastos razonables” estrictamente previstos por la propia ley; probablemente sí la interdicción de pagos que acrediten fehacientemente una mercantilización manifiesta del proceso. Y así podríamos continuar, siendo conscientes de tres factores claves. El primero, que muchas de las exigencias capitales de la regulación puede que nunca se lleguen a plantear: nunca se planteará el caso en el que unos comitentes españoles o residentes en España se hayan negado a hacerse cargo a todos los efectos del niño nacido

⁴⁹ Singularmente nunca me ha parecido de recibo la distinción que se hace en función de la nacionalidad “española” de adoptantes y/o adoptado, como si el interés superior del niño tuviera que ser diferente (ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., “La Ley de adopción internacional. Reflexiones a la luz de su texto, de sus objetivos y de la comunión entre ambos”, *AEDIPr*, t. VII, 2007, pp. 39-69, pp. 59-62).

en el extranjero cuando, por ejemplo, este ha nacido con algún problema físico o síquico⁵⁰. Es algo que, en cierto modo, está fuera de nuestro control, a pesar de que tal situación afecta directamente tanto a los derechos superiores de la madre gestante como a los del nacido. La legislación doméstica no es totalmente exportable, ni siquiera en asuntos capitales. La realidad se impone. El segundo, que cualesquiera que sean las exigencias y condiciones que se consideren imprescindibles para el reconocimiento, la internacionalidad de la situación hará que su concurrencia o no, quede en gran medida supeditada a una prueba que puede ser fácilmente manipulable o difícilmente suministrable. La realidad se impone. El tercero, no lo repetiré, la doctrina del TEDH se tiene que imponer.

71. Obviamente, y siguiendo también el ejemplo de la adopción, las dos dimensiones *ex ante* y *ex post* que han presidido mi línea argumental podrían encontrar un punto de encuentro desde una perspectiva colaborativa. No está dentro de las posibilidades unilaterales de nuestro legislador, ni lo auguro a corto o medio plazo, pero un sistema como el del Convenio de La Haya de 1993⁵¹, en el que parte del proceso se realiza en origen (en España, por ceñirnos a nuestro caso) y parte en destino (en el país extranjero donde se lleva a cabo el proceso de gestación y parto) podría conciliar ambos planos. Es cierto que, posiblemente, un convenio de este tipo o una regulación similar no fuese tan exitosa como el citado Convenio sobre adopción. Y también que, como la experiencia en materia de adopción ha demostrado, la huida de los mecanismos de una regulación tal hacia países extranjeros menos garantistas y más favorables a los intereses de los comitentes sería un hecho cierto. Pero no lo es menos que el Convenio de adopción funciona razonablemente.

72. Y dando una última vuelta de tuerca al asunto, tampoco sería irrazonable que, de establecerse una suerte de requisitos de *idoneidad* de los comitentes⁵², éstos tuvieran que concurrir también, al modo de lo que exige la Ley de adopción internacional para los adoptantes españoles con residencia en España, pero, por ejemplo, eliminando la españolidad y limitándonos a la residencia en España.

73. Notoriamente, toda esta aproximación meramente especulativa, cuenta, como reiteradamente vengo advirtiendo, con los límites impuestos por la doctrina del TEDH y por otros que son meramente prácticos: qué se hace en los supuestos en los que se rechaza el reconocimiento de la filiación. Qué se hace con los niños. Y lo cierto es que la realidad, otra vez la realidad, nos lleva a pensar que no se hace nada especial. Que los niños nacidos de gestación por sustitución en el extranjero cuya filiación no ha sido reconocida, siguen viviendo con sus progenitores subrogantes y formando con ellos una *familia*, de forma parecida a lo que ocurría y ocurre con los niños adoptados en el extranjero cuyas adopciones no son reconocidas. Situaciones que potencialmente comprometen los intereses y valores superiores que he analizado.

10. Conclusión

74. Llegados a este punto, constato que he cumplido con lo que anuncié en la introducción y que tan sólo queda, si acaso, reconocer mi incapacidad para hacer una propuesta que dé respuesta a todas las advertencias y admoniciones que he ido desplegando a lo largo del trabajo. Podría excusarme diciendo que no es esa mi labor y que ya es bastante sentar algunas evidencias no suficientemente asumidas en el debate. Evidencias como que ni la actual normativa contraria a la gestación por sustitución evita

⁵⁰ Aunque ha habido supuestos en los que tal circunstancia sí ha trascendido, como el llamado *Baby Gammy case*: pareja australiana que contrata a madre tailandesa como madre subrogada y de los dos niños nacidos tan sólo se hacen cargo de uno de ellos (niña) pues el otro había nacido con síndrome de Down y un problema congénito cardíaco. La justicia australiana tuvo que conocer de la demanda de la madre subrogada que pretendía la vuelta de la niña nacida a Tailandia para vivir junto a su esposo y el hermano abandonado. Se rechazó la solicitud e incluso se aseguró que la pareja comitente no había abandonado a *Gammy*. El caso fue trascendente hasta el punto de que, según los medios, las autoridades australianas concedieron la nacionalidad al pequeño Gammy. La -extensísima- sentencia de la *Family Court of Western Australia de 14 de abril de 2016*, puede consultarse en <https://assets.documentcloud.org/documents/2802498/Family-Court-of-WA-Judgment-Farnell-amp-Anor-and.pdf>.

⁵¹ Convenio relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional, hecho en La Haya, el 29 de mayo de 1993 (BOE, 182, de 1 de agosto de 1985).

⁵² En la Proposición de Ciudadanos no existe algo similar, pero podríamos encontrar un germen en los requisitos del progenitor o progenitores subrogantes previstos en el art. 8.

el reconocimiento de la llevada a cabo en el extranjero, ni una eventual futura regulación favorable abrirá las puertas de par en par a todos los que al extranjero se desplacen para volver con nacidos allí mediante un tal procedimiento; evidencias como la tensión entre los intereses preponderantes antes del nacimiento y los que imperan tras el mismo; evidencias como que, a pesar de que existe una práctica *jurídica* que lidia con los casos que se presentan ante nuestras autoridades, con lo que hay no hay bastante, y que lo propuesto no es suficiente (esto no es una evidencia, es una opinión); evidencias como que combinar en su integridad *todos* los intereses y valores dignos de tutela *durante todo el proceso* de la gestación por sustitución es muy difícil (¿imposible?) cuando no se controla todo el proceso, cuando se han de valorar hechos consumados en un país lejano y a la luz de una normativa igualmente lejana desde la cercanía de nuestros valores. Podría excusarme, pero ello no me libera de una cierta desazón, que sólo se atenúa pensando en que otros, con más clarividencia, serán capaces de transformar este anárquico rompecabezas en una regulación que deseo satisfactoria.