

---

# Gestación por sustitución: más cerca de un estatuto jurídico común europeo\*

» JESÚS FLORES RODRÍGUEZ\*\*

RESUMEN: En Europa convive una multitud de regímenes jurídicos diferentes respecto del reconocimiento de efectos de la filiación del menor determinada en el extranjero a partir de un contrato de gestación por sustitución. Buena parte de esos derechos mantienen una estricta prohibición del contrato. La ausencia de reconocimiento tiene importantes consecuencias sobre el menor, sobre su vida privada y familiar, como ha puesto de manifiesto el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Al no ver reconocida la filiación en relación con sus padres de intención sus derechos políticos, civiles y sociales pueden verse gravemente afectados. Resulta así necesario establecer un estatuto jurídico homogéneo que permita resolver los problemas que plantea esta situación.

PALABRAS CLAVE: gestación por sustitución, paternidad, filiación, nacionalidad, prohibición, vida privada y familiar, derecho de identidad.

---

\* Fecha de recepción: 4 de julio de 2014. Fecha de aceptación: 8 de septiembre de 2014. Para citar el artículo: J. FLORES R. "Gestación por sustitución: más cerca de un estatuto jurídico común europeo", *Revista de Derecho Privado*, Universidad Externado de Colombia, n.º 27, julio-diciembre de 2014, pp. 71-89.

\*\* Doctor en derecho. Profesor titular de Derecho civil de la Universidad Rey Juan Carlos de Madrid. Contacto: [jesus.flores@urjc.es](mailto:jesus.flores@urjc.es)

## ***Surrogacy arrangements: closer to a common European legal framework***

ABSTRACT: In Europe there are different legal regulations regarding the acknowledgment of rights of the underage kinship's condition acquired abroad through a surrogate contract. Many of those legal systems keep a strict prohibition of this contract and its effects. The lack of recognition has adverse consequences for the underage child, for his private and family life, just as the European Court of Human Rights has already evidenced. Not having acknowledged these rights of parenthood over political, civil or social matters, the underage progeny's rights can be significantly affected.

KEYWORDS: Surrogacy arrangements, parentage, filiation, nationality, prohibition, private and family life, right to identity.

SUMARIO: 1. Gestación por sustitución y filiación transfronteriza en Europa. 2. El caso francés y su problemática jurídica. 3. El caso español. 4. Las directrices del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. 5. Las opciones del legislador: entre la prohibición, la atenuación del orden público o el dotarse de un estatuto jurídico adecuado. Bibliografía.

### **1. Gestación por sustitución y filiación transfronteriza en Europa**

Las técnicas de reproducción asistida han transformado la imagen de la maternidad disociando la gestación de la genética y el sexo de la procreación. De entre estas técnicas la maternidad subrogada –la gestación por sustitución– es la que actualmente plantea un más amplio debate social y una mayor problemática jurídica. Dichas técnicas deben inscribirse en un proceso mucho más amplio de evolución social en las formas de entender las relaciones entre padres e hijos que el antropólogo MAURICE GODELIER denominó hace ya diez años “la metamorfosis del parentesco”<sup>1</sup>, a la que el derecho debe dar una respuesta.

Siendo una técnica autorizada en algunos países, sus efectos no son reconocidos en cualquier caso, extremo este que –como han puesto de manifiesto las Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, asuntos *Mennesson* (recurso n.º 65192/11) y *Labassee* (recurso n.º 65941/11) *contra Francia*, ambas de fecha 26 de junio de 2014– puede vulnerar el derecho a la vida privada y familiar del menor al no quedar determinado su parentesco, su filiación y, por su relación, el reconocimiento de otros derechos civiles –como la sucesión en la herencia de los padres– o administrativos, sociales o políticos –como la nacionalidad–.

---

1 M. GODELIER. *Métamorphoses de la parenté*, Librairie Arthème Fayard, Paris, 2004.

En nuestra sociedad la familia desborda los límites fronterizos. El estatuto familiar constituido en el extranjero acompaña a la familia hasta su nueva residencia. A menudo, la forma familiar escogida resulta irreconciliable con el del nuevo Estado. El orden público local se convierte así en obstáculo a la libre circulación, y en baluarte de la discriminación cuando el matrimonio o el vínculo de filiación no son reconocidos por el Estado receptor. Este problema resulta pues evidente y se multiplica cuando nos referimos no ya a la Unión Europea sino al conjunto de Estados –mucho más amplio– firmantes de la Convención Europea de Derechos Humanos en el seno del Consejo de Europa.

La inexistencia de un tratamiento común, ni siquiera en orden a un núcleo básico de derecho de familia objeto de una posible armonización en el seno de la Unión Europea –donde paradójicamente rige el principio de libre elección del modelo de familia–, conduce a la dispersión y a la incertidumbre jurídica. El reconocimiento de los efectos de la filiación constituida en el extranjero sobre el menor dependerá, en definitiva, del Estado de que se trate.

Así, si realizamos un estudio comparativo de los ordenamientos más significativos de los Estados firmantes de la Convención Europea de Derechos Humanos, la gestación por sustitución se encuentra expresamente prohibida en Alemania, Austria, España, Estonia, Finlandia, Islandia, Italia, Moldavia, Montenegro, Serbia, Eslovenia, Suecia, Suiza y Turquía. Existen Estados donde no hay ninguna reglamentación sobre la gestación por sustitución, bien porque se encuentra prohibida en virtud de disposiciones generales, bien porque no se encuentra tolerada, o bien, finalmente, por las dudas acerca de su hipotética legalidad. Es el caso de Andorra, Bosnia-Herzegovina, Hungría, Irlanda, Letonia, Lituania, Malta, Mónaco, Rumanía y San Marino.

En cambio, siempre y cuando se cumplan unos estrictos requisitos, la gestación por sustitución se encuentra expresamente autorizada en Albania, Georgia, Grecia, Países Bajos, Reino Unido, Rusia y Ucrania. En principio, la autorización se refiere a la gestación por sustitución “altruista” (la madre gestante solo puede obtener el reembolso de los gastos concernientes al embarazo, pero se rechaza cualquier forma de remuneración). En otros Estados la maternidad subrogada se encuentra tolerada aunque no exista una reglamentación expresa. Es el caso de Bélgica, Chequia y, eventualmente, Luxemburgo y Polonia.

En lo que ahora nos concierne, existen países en donde los padres pueden obtener el reconocimiento o la creación de un vínculo de filiación con el niño cuando se ha realizado regularmente en el extranjero, bien mediante la técnica del *exequatur*, bien mediante la transcripción directa de la sentencia extranjera o del acto de nacimiento en el registro civil (reconocimiento), o por adopción. Es el caso de Albania, España, Estonia, Georgia, Grecia, Hungría, Irlanda, Holanda, Chequia, Reino Unido, Rusia, Eslovenia y Ucrania. Eso mismo resulta posible en otros Estados en los que la maternidad subrogada se encuentra prohibida o no se encuentra prevista en la ley, como en Austria, Bélgica, Finlandia,

Islandia, Italia (cuando al menos existe un vínculo de filiación paterno al ser el padre de intención el padre biológico), así como en Malta, Polonia, San Marino, Suecia, Suiza y, eventualmente, Luxemburgo.

Se observa así que el problema alcanza una dimensión transfronteriza y afecta fundamentalmente a los derechos del niño. Del reconocimiento de la filiación dependen derechos básicos como la nacionalidad, la patria potestad, la sucesión. Llegado el caso, la ausencia de reconocimiento podría llevar a convertir al menor en apátrida y significará para los padres de intención la imposibilidad del ejercicio de los derechos y deberes que integran la patria potestad (autoridad parental), al convertirse en meros acogedores de hecho del niño con el que conviven. Centraremos nuestra atención en la situación que actualmente se plantea en los ordenamientos jurídicos francés y español.

## 2. El caso francés y su problemática jurídica

En Francia, la práctica consistente en acudir a las madres de alquiler prosperó durante algunos años a instancias de diferentes asociaciones constituidas para promover la actividad de las madres portadoras y servir, a tal efecto, de intermediario. La Corte de casación declaró ilícito el objeto de estas asociaciones en 1989<sup>[2]</sup>, condenando en 1991 el contrato de gestación por sustitución al considerarlo un desvío de la institución de la adopción<sup>3</sup>. La definitiva prohibición legal tuvo lugar en el año 1994, al considerar dichos pactos como contrarios a la dignidad de la persona. No hay que olvidar que, en el derecho francés, a la prohibición civil se acompaña una tipificación penal, que castiga como atentado a la filiación tanto la incitación al abandono del niño y el hecho de intermediar entre los interesados (art. 227-12 CP) como la simulación o engaño que cause infracción a la filiación de aquel (art. 227-13 CP). Y ello sin perjuicio de la imposibilidad civil de establecer la filiación en relación con los padres de intención.

Determinada formalmente la filiación en favor de los padres de intención a partir de la gestación por el funcionario del estado civil del país de acogida y nacimiento del niño, el problema surge cuando aquella filiación se pretende hacer valer e inscribir en los libros del registro del consulado, cuya legislación puede tener prohibida la maternidad subrogada. En efecto, en Francia, como en España, la filiación sigue también el criterio del parto en favor de la madre (art. 311-25 CC). De esta forma, solo cabría establecer la filiación del niño conforme al criterio de la filiación materna en virtud del acto de nacimiento, lo que excluye de cualquier derecho de la madre o del padre de intención.

La imposibilidad material de desandar el proceso de gestación iniciado mucho tiempo antes por sustitución aboca al niño a una situación de apatridia *de*

2 Civ. 1<sup>ª</sup>, de 13 de diciembre de 1989, n.º 88-15655.

3 AP de 31 de mayo de 1991, *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 1992, 489, nota M. GOBERT.

*facto* en su nuevo país de residencia, y a los padres en meros acogedores de hecho sin autoridad suficiente de cara al imprescindible ejercicio de la patria potestad sobre el menor frente a terceros. Así, desde la perspectiva civil, el verdadero problema se plantea cuando los que conforme a la legislación extranjera han sido reconocidos como padres legales intentan inscribir el título de filiación en el registro civil francés y extraer de aquella transcripción las consecuencias civiles, administrativas y políticas necesarias<sup>4</sup>.

Sobre la gestación por sustitución recae en el derecho francés una prohibición de orden público (art. 16-9 CC)<sup>5</sup>. Todo pacto o contrato con este fin, aunque pueda ser lícito en el extranjero, resulta contrario al principio de indisponibilidad del estado de las personas, por lo que será nulo conforme a lo dispuesto en el artículo 16-7 del Código Civil<sup>6</sup>. La jurisprudencia se muestra inflexible en este tema, a diferencia de otros derechos extranjeros más inclinados a resolver la cuestión tomando como referencia el interés superior del niño, atenuando de esta forma el orden público aplicable.

Así, la Corte de casación rechazó la transcripción del acta de nacimiento en ejecución de la decisión extranjera que determinó la filiación del niño originada en una maternidad subrogada, al considerarla contraria al orden público internacional francés. El rechazo, a juicio de la Corte, no privaría al niño de su filiación paterna, ni de la filiación materna que le reconoce el derecho del estado extranjero (con reservas), ni le impediría vivir con los cónyuges solicitantes en Francia, sin que pueda considerarse que vulnera el derecho al respeto de la vida privada y familiar del niño conforme al artículo 8 CEDH, ni el interés superior garantizado en el artículo 3 CIDN. Tampoco cabría invocar para determinar la filiación la posesión de estado materno, pues el principio de indisponibilidad del estado civil de las personas impide su eficacia en Francia cuando es consecuencia de un contrato de gestación por sustitución, aunque haya sido lícitamente concluido en el extranjero, al ser contrario al orden público internacional<sup>7</sup>. Cabría añadir sin embargo que, conforme a la doctrina del Consejo de Estado, las autoridades consulares francesas deberían expedir un documento que permita al niño entrar en territorio francés con su padre, con justificación en que la madre biológica no puede hacerse cargo del mismo, utilizando el argumento de la obligación que

4 Como decía la Corte de apelación de París en una sentencia de 25 de octubre de 2007, rechazada posteriormente por una decisión de la Corte de casación de 17 de diciembre de 2008, “la no inscripción del acta de nacimiento tendría consecuencias contrarias al interés superior del niño que, para el Derecho francés, se vería en el acta de estado civil en la que se indica su vínculo de filiación, incluido el de su padre biológico”.

5 “Las disposiciones del presente capítulo [del respeto del cuerpo humano] son de orden público” (art. 16-9 CC).

6 “Cualquier pacto relativo a la procreación o a la gestación por cuenta de un tercero es nulo” (art. 16-7 CC).

7 Civ. 1<sup>a</sup>, de 6 de abril de 2011, n.º 09-66486, 09-17130 y 10-19053 (son tres sentencias sobre el mismo tema y de la misma fecha).

pesa sobre la Administración de velar por el superior interés del menor conforme al artículo 3 CIDN<sup>8</sup>.

Como dice la sentencia de la Corte de casación, de 13 de septiembre de 2013<sup>[9]</sup>: “El acta de nacimiento del niño proveniente de las autoridades indias no puede transcribirse en los libros del Registro civil francés. En presencia de fraude resulta inútil invocar el interés superior del niño que garantiza el artículo 3-1 CIDN, ni el respeto de la vida privada y familiar conforme al artículo 8 de la Convención de los Derechos Humanos y de sus libertades fundamentales, de modo que el motivo de reclamación no resulta fundado conforme a Derecho”.

Dicho esto, las SSTEDH de 26 de junio de 2014, asuntos *Mennesson* y *Labassee c. Francia*, han rectificado en sentido contrario la doctrina sentada hasta la fecha por la Corte de casación francesa, obligando a inscribir la filiación en favor de los padres de intención de un menor nacido en el extranjero proveniente de un contrato de gestación por sustitución, pese a la prohibición de orden público que sobre tal contrato subsiste en ese país. Así, con apoyo en el artículo 8 CEDH, que consagra el derecho al respeto de la vida privada y familiar, ha considerado aplicable el concepto de “vida familiar” pues la pareja se ocupaba de los hijos “como padres tras el nacimiento, viviendo los cuatro juntos, de modo que en nada cabría distinguirla de la vida familiar en su acepción habitual”. El derecho a la identidad personal “forma parte integral de la noción de vida privada, existiendo una relación directa entre la vida privada de los niños prevenientes de una gestación por sustitución y la determinación jurídica de su filiación”. Ello obligará a Francia a revisar necesariamente su legislación en relación con el asunto que ahora nos ocupa.

### 3. El caso español

En España, siguiendo la pauta de otros Estados como Francia, el artículo 10 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Asistida, declara la nulidad de pleno derecho del contrato por el que se intente establecer una relación de gestión de tal naturaleza, medie o no precio, con renuncia a la filiación materna. A ello se añade que la filiación de los hijos nacidos mediante estas técnicas será determinada por el parto<sup>10</sup>.

8 CE, de 4 de mayo de 2011, req. n.º 348778, *Dalloz*, 2011. Actu. 1347.

9 Civ. 1ª, de 13 de septiembre de 2013, n.º 12-18.315 y 12-30.138, *Dalloz*, 2013, Actu. 17-09-2013, nota Gallmeister.

10 El artículo 10 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, dispone lo siguiente: “1. Será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero. 2. La filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto. 3. Queda a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales”.

Existiendo países en los que tal relación contractual es posible, el problema radica fundamentalmente en el reconocimiento de los efectos de tal filiación cuando se pretende hacer valer ante el Registro Civil en los que al día de hoy resulta expresamente prohibida. En realidad, la cuestión debería plantearse como un supuesto de reconocimiento de validez extraterritorial de decisiones extranjeras en España, más que como una cuestión de derecho sustantivo aplicable. En efecto, en estos casos lo cierto es que la determinación de la filiación ya ha sido realizada por la propia autoridad extranjera conforme a su legislación.

Si efectuamos un breve repaso de la convulsa evolución de la cuestión hasta este momento, en España la posibilidad de reconocer un doble vínculo de filiación del niño en favor de los padres de intención –no de la madre conforme al criterio del parto– arranca de una primera Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado (RDGRN) de 18 de febrero de 2009, que resolvió en un sentido afirmativo al señalado anteriormente, ordenando la inscripción conforme al interés superior del niño. No obstante, dicha resolución quedó sin efecto mediante la sentencia del Juzgado de Primera Instancia n.º 15 de Valencia, de 15 de septiembre de 2010, promovida a instancias del propio Ministerio Fiscal. Así, hubo que esperar a la atenuación del orden público español mediante una disposición reglamentaria, que se materializó en la controvertida Instrucción de 5 de octubre de 2010, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución<sup>11</sup>.

Lo cierto es que esta realidad supuso la aplicación de un reglamento *contra legem* (en contra del artículo 10 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo), que rápidamente la doctrina calificó como “vía errónea” y, por tanto, condenada a la interinidad. Como afirmara entonces LASARTE ÁLVAREZ, “tal catálogo de buenas intenciones no puede ocultar la realidad: la Instrucción es contraria a la legislación vigente, técnica y axiológicamente hablando, pues en realidad, pretende que cuanto la Ley excluye sea admisible por vía reglamentaria, resolviendo, aunque solo sea aparentemente, problemas que no deben ser objeto de ocurrencias ministeriales de urgencia. En nuestra opinión, la revisión de la radical prohibición de la maternidad subrogada es precisamente el problema de fondo que ha de ser afrontado en nuestro ordenamiento, tal y como está ocurriendo en otros países de nuestro entorno, pero no mediante ocurrencias coyunturales e irreflexivas de incierto futuro”<sup>12</sup>. De este modo, conforme a esta reglamentación provisional, resultaba posible inscribir la filiación de un niño en el Registro Civil español concebido en un vientre de alquiler, en interés del menor.

11 BOE n.º 243, de 7 de octubre de 2010.

12 C. LASARTE ÁLVAREZ. “La reproducción asistida y la prohibición legal de maternidad subrogada admitida de hecho por vía reglamentaria”, *Diario La Ley*, n.º 7777, enero, 2012, en: [www.dia-riolaley.laley.es](http://www.dia-riolaley.laley.es).

La sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014, utilizando similares argumentos a los utilizados en Francia, puso fin a esa posibilidad. En realidad, la sentencia, sin advertirlo expresamente, derogaba tácticamente la Instrucción de 5 de octubre de 2010, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, y, de forma estricta, aplicaba el orden público que se desprende del artículo 10 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Asistida. No basta con el reconocimiento de la resolución extranjera por la que se establece la filiación conforme al derecho nacional de aquel Estado. *Conditio sine qua non* del reconocimiento, dice ahora el Tribunal, será que no sea contraria al orden público internacional español, denegando la inscripción en España de la filiación del niño así concebido y nacido<sup>13</sup>.

El Tribunal optó por no atenuar el orden público internacional español en este concreto caso. A juicio del Tribunal, la vinculación de la situación jurídica debatida con el Estado extranjero cuya decisión se solicita sea reconocida es completamente artificial, fruto de la “huida” de los solicitantes del ordenamiento español –fraude a la ley– que declara radicalmente nulo el contrato de gestación por sustitución, no reconoce la filiación de los padres intencionales o comitentes respecto del niño que nazca como consecuencia de dicha gestación por sustitución, y ello sin perjuicio de la posible reclamación de paternidad que pueda efectuar el padre biológico.

Añade el Tribunal que “el no reconocimiento de la filiación establecida en la inscripción registral de California puede suponer un perjuicio para la posición jurídica de los menores” (*sic*). Si bien considera que el establecimiento de una filiación que contradiga los criterios previstos en la ley para su determinación supone también un perjuicio para el menor. Por tanto, la anulación de una filiación que es contraria al ordenamiento jurídico, pese a que no se sustituya inmediatamente por otra que sí lo sea, tendría encaje adecuado en nuestro derecho, pues este considera perjudicial para el menor, dentro de ciertos parámetros, la determinación de una filiación que no se ajuste a los criterios legales para su fijación. En resumidas cuentas, a juicio del Tribunal, la nulidad del contrato aboca a la nulidad de la filiación, conforme al principio *fraus omnia corrumpit*.

Como hemos advertido, la principal cuestión que aborda la sentencia no reside solo en el valor que ha de otorgarse al reconocimiento realizado conforma a la ley extranjera de la filiación, sino en el reconocimiento de la existencia de una vida

13 Partiendo de la base de que no existiría un trato discriminatorio por el hecho de ser los afectados una pareja de hombres los padres de intención, se invocan –en la sentencia– como motivos de justificación los siguientes: la vulneración del sistema de derechos y libertades individuales garantizados en la Constitución y los convenios internacionales de derechos ratificados por España; la vulneración de la dignidad de la persona de la mujer gestante y del niño que quedarían cosificados ante la mercantilización de la gestación y la filiación; la explotación del estado de necesidad en que se encuentra la mujer en situación de pobreza. Por su parte, entiende que el “interés superior del menor” constituye un concepto jurídico indeterminado especialmente controvertido que no permite alcanzar cualquier resultado.



familiar, de una relación con trascendencia jurídica que debe ser amparada por el derecho apelando al superior interés del menor. En realidad, la solución adoptada coloca al menor en una precaria situación en cuanto a la hipotética solución final del conflicto, y se ignora la nueva realidad familiar creada por el modelo de gestación sin procurar una solución beneficiosa –lo cierto es que existe una filiación vivida, una posesión de estado familiar–, abocándolo al desamparo al privársele de su identidad y a un núcleo familiar, en el que se originan los deberes derivados del ejercicio de la patria potestad o autoridad parental respecto de los padres –convertidos en meros acogedores de hecho–, en contra del interés del menor.

En nuestra opinión, el acogimiento familiar y la hipotética y posterior adopción, el incierto recurso al ejercicio de la acción de reclamación de la paternidad biológica por uno de los padres si antes no se ha determinado, no constituyen la mejor solución al problema planteado de cara a la salvaguarda del interés del menor. Tampoco el ordenamiento jurídico civil cierra la puerta a la posibilidad de reclamar la filiación matrimonial en favor de ambos cónyuges por *posesión de estado*. Sin perjuicio de que en cualquier momento el padre genético pueda ejercitar individualmente la correspondiente acción de reclamación de la filiación llegado el caso, al no resultar posible determinar la filiación derivada del parto en favor de la madre gestante extranjera en su propio país –por aplicación de su ley personal–, sí, al menos, debería resultar posible reclamar en España la filiación *vivida* con fundamento en la posesión de estado. Piénsese que algunas parejas recurren a un donante anónimo, de modo que no resultaría posible establecer la paternidad biológica ni siquiera respecto de uno de los padres de intención. En todo caso, la imposibilidad de inscribir la filiación en favor de la gestante, al no resultar posible conforme a su ley personal, tendría como consecuencia la inexistencia de una filiación contradictoria llegado el caso de la inscripción de la filiación en favor de los padres de intención.

De este modo, debería resultar posible ejercitar una acción de reclamación de la filiación por posesión de estado dirigida a establecer el doble vínculo de filiación matrimonial sobre el menor gestado a través de estas técnicas (art. 131 CC). Al tal efecto, resultaría necesario disociar el consentimiento manifestado en el contrato de gestación (plano horizontal) del consentimiento manifestado de cara a la determinación de la filiación (plano vertical), en interés del menor. En esta tesis abundaría la más reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo. No hay que olvidar –como explica la STS de 15 de enero de 2014 (FJ 2.º)– que “resultan extrapolables estas consideraciones al contexto de la filiación derivada del empleo de técnicas de reproducción asistida, particularmente del carácter no exclusivo ni excluyente del hecho biológico, como fuente o causa de la filiación, y en favor del protagonismo de los consentimientos implicados como elementos impulsores de la determinación legal de la filiación en estos casos”<sup>14</sup>. El previo

---

14 El derecho editorial. Rfa.: EDJ 2014/20073.

propósito común, el proyecto común de paternidad responsable, la posterior unidad familiar originada durante un tiempo –la vida familiar–, el interés moral y familiar permanente en afirmar y mantener la paternidad, el consentimiento prestado a tal efecto, el interés superior del menor, son, todos ellos, fuente de legitimación suficiente y de prueba de la filiación.

La doctrina sentada por las SSTEDH de 26 de junio de 2014, asuntos *Mennesson y Labassee c. Francia*, ha obligado a corregir la postura del derecho español regresando a sus anteriores postulados. En efecto, esta corrección ha venido de la mano de la RDGRN de 11 de julio de 2014, que remite a los criterios establecidos por la Instrucción de 5 de octubre de 2010 para la inscripción registral de los niños nacidos de vientre de alquiler, con independencia de las modificaciones que pueda introducir la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil. De este modo, los registros civiles españoles, especialmente los consulares, deben continuar aplicando la Instrucción de 2010 a fin de determinar la inscribibilidad del nacimiento y filiación en los casos que entran en su ámbito de aplicación, sin que la STS de 6 de febrero de 2014 constituya un obstáculo legal para ello. Dicho esto, el ordenamiento jurídico español sigue optando por aplicar el criterio de atenuar el orden público en determinados casos, con todos los problemas que este sistema es susceptible de desencadenar.

En efecto, la respuesta dada por la autoridad nacional española a este problema es sin duda discutible. De hecho, significa retroceder al momento anterior a la STS de 6 de febrero de 2014 manteniendo así aquella situación interina *contra legem*.

Nada garantiza pues que, en lo sucesivo, una nueva decisión del Tribunal Supremo español no vaya a declarar la nulidad de la inscripción de la filiación de un niño proveniente de un vientre de alquiler con fundamento en esa disposición reglamentaria (inaplicándola), al permanecer la contradicción con el vigente artículo 10 de la Ley de Técnicas de Reproducción asistida. A nuestro juicio, se impone una solución de *lege ferenda*, de fondo, que pasa por reconocer los efectos del convenio de gestación –en modo análogo a la adopción– como observaremos en el último apartado de este trabajo.

#### 4. Las directrices del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

Las ya citadas SSTEDH de 26 de junio de 2014, en los asuntos *Mennesson y Labassee c. Francia*, confirman el planteamiento sostenido hasta ahora por parte de la doctrina favorable a reconocer un estatuto jurídico al niño concebido en el extranjero a partir de un vientre de alquiler, especialmente de cara a la determinación de la filiación, la nacionalidad y los derechos sucesorios, sin perjuicio de cualesquiera otros derechos de diferente signo derivados de su condición de verdadero hijo de los padres que pretenden su inscripción.

Si bien, en sus conclusiones generales, la sentencia declara que no existe violación del artículo 8 CEDH en relación con el derecho a la vida familiar del

matrimonio recurrente, en cambio, considera que sí existe infracción en relación con el de los hijos gemelos, también recurrentes, por vulneración de su derecho a la vida privada, apelando, entre otras razones, al principio del superior interés del niño.

A juicio de la Corte, sería de aplicación el artículo 8 CEDH (derecho al respeto de la vida privada y familiar). Advierte el Tribunal que los cónyuges se ocupan de sus gemelos “como padres tras el nacimiento, viviendo los cuatro juntos, de modo que en nada cabría distinguirla de la vida familiar en su acepción habitual”. En este contexto, el derecho a la identidad forma parte integral de la noción de vida privada, existiendo una relación directa entre la vida privada de los niños nacidos a partir de la gestión por sustitución y la determinación jurídica de la filiación”.

Aunque los Estados firmantes de la Convención disponen de un “margen de apreciación importante” a falta de consenso para apreciar conforme al artículo 8 CEDH lo que es “necesario” en una “sociedad democrática”, dicho margen debe ser reducido, matizado o relativizado cuando el problema se refiere a la filiación, en la medida en que esta constituye un aspecto esencial de la identidad del niño. Así pues, resulta “conveniente atenuar el margen de apreciación del que dispone el Estado en este asunto”. En efecto, “cuando un aspecto particularmente importante de la existencia o de la identidad del individuo está en juego, el margen dejado al Estado se encontrará de ordinario restringido”.

Por tanto, resulta preciso llegar a un equilibrio entre el interés de la colectividad a que sus miembros acaten las decisiones adoptadas democráticamente en su seno y el interés de los ciudadanos –especialmente el interés superior del niño– a disfrutar plenamente de los derechos concernientes a su vida privada y familiar. Así pues, la ausencia de reconocimiento por el derecho de un Estado del vínculo de filiación con los padres de intención puede tener como consecuencia la destrucción de su propia vida familiar.

En ausencia de inscripción registral o del libro de familia los padres de intención se ven en la obligación de mostrar el acta del registro civil extranjero –no transcritas– acompañadas de una traducción jurada cada vez que es necesario demostrar la filiación para ejercer un derecho o acceder a un servicio, originando la sospecha o, al menos, la incompreensión de aquellas personas a las que aquellos deben dirigirse en el ejercicio de su autoridad parental interina o presunta (patria potestad). El acceso a la seguridad social, al comedor, al campamento de verano o a las ayudas económicas son solo algunas de las dificultades que se presentan en el día a día de estas familias, como reconoce el propio Tribunal.

Asimismo, el hecho de no reconocer la filiación tiene como efecto la no atribución de la nacionalidad de los padres al niño, lo que complica los desplazamientos de la familia y puede suscitar dudas en las autoridades respecto de la legalidad de la estancia del menor en el territorio nacional –y la estabilidad de la propia familia–, especialmente tras obtener aquel la mayoría de edad.

El rechazo a la concesión de cualquier efecto a la sentencia extranjera y su transcripción e inscripción en el registro civil implica el no reconocimiento de la filiación. Al no quedar atribuida la filiación del menor en favor de los padres de intención se origina una situación de “incertidumbre jurídica” que atenta al derecho a la identidad del menor. Como advierte el Tribunal, ocurre lo mismo que respecto de la adquisición de la nacionalidad, en la medida en que la nacionalidad constituye “un elemento de la identidad de las personas”.

El no reconocimiento de la filiación establecida en el extranjero respecto de un niño procedente de un vientre de alquiler también tiene sus consecuencias en la sucesión, al no poder este heredar salvo que haya quedado instituido como legatario. En tal caso, como respecto de la nacionalidad, nos hallaríamos ante “un elemento vinculado a la identidad filial” de la que el menor, en estos casos, se encontraría privado.

No hay que olvidar –como advierte finalmente el Tribunal– que el no reconocimiento de la filiación en favor de los padres solicitantes no tiene consecuencias exclusivamente sobre estos últimos, quienes se habrían limitado a elegir una modalidad de procreación reprochada por el Estado donde se pretende hacer valer. Al contrario, también tendría sus consecuencias sobre el menor al resultar afectado significativamente el derecho a que se respete su vida privada garantizado por la Convención, pues este implica que cada uno pueda configurar la “sustancia de su identidad”, comprendida en ella su filiación. Se origina de esta forma “un grave problema de compatibilidad con el interés superior del niño, interés que debe guiar cualquier decisión que le concierna”, y que debe resolverse en favor de este último.

## **5. Las opciones del legislador: entre la prohibición, la atenuación del orden público o el dotarse de un estatuto jurídico adecuado**

Parte de la doctrina<sup>15</sup> se ha preguntado si puede realmente considerarse como adoptada en interés del menor una decisión judicial que implique la nulidad del reconocimiento de la filiación de un niño proveniente de un contrato de gestación por sustitución. Al negar cualquier vínculo con sus padres de intención una decisión de tales características podría, a su juicio, abocar al niño a quedar bajo la custodia de los servicios sociales para confiar a continuación la adopción en favor de otras personas diferentes, al margen del proyecto de paternidad de los padres comitentes y de la madre gestante.

---

15 En Francia: ROY, O., “Procréation médicalement assistée et révision des lois bioéthiques françaises”, en *Droit des familles, genre et sexualité*, N. GALLUS (dir.), LGDJ-Anthemis, Limal, 2012, p. 162. En esa misma dirección, en España: A. J. VELA SÁNCHEZ. “La gestación por sustitución o maternidad subrogada: el derecho a recurrir a las madres de alquiler”, *Diario La Ley* n.º 7608, de 11 de abril de 2011.

Retroceder en el proceso iniciado años antes es una misión harto compleja. El propio Tribunal Supremo español, como la Corte de Casación francesa, así lo han reconocido. Así, denegada la filiación, mientras que el Ministerio Fiscal intenta salvaguardar los intereses del menor<sup>16</sup>, o el padre biológico ejercita la acción de reclamación de la filiación (si no se ha determinado antes), o ambos padres de intención conjuntamente interponen la acción de filiación matrimonial por posesión de estado (opción que no debiera ser descartable, como hemos visto anteriormente, al no contrariar una filiación ya inscrita, pero que ha sido rechazada por la Corte de casación francesa, podrán ocurrir infinidad de acontecimientos con trascendencia jurídica sobre el menor. Así, los padres de intención, convertidos en meros acogedores de hecho y privados de la patria potestad, “podrán” (o no) continuar en el acogimiento, solicitar la (hipotética) adopción del niño o reclamar la filiación biológica o la *vivida* (si el tribunal se la concede, como hemos visto), pero también pueden llegar a desaparecer de su esfera personal por diferentes razones, por muerte o por ruptura, simultánea o sucesivamente, originando una seria situación de desamparo respecto de la que constituye su familia social y moral.

Es sin duda en el interés del menor donde reside la justificación del establecimiento de un vínculo de filiación jurídico materialmente seguro. De esta forma, se evitaría que las consecuencias negativas del fraude de ley que pudiera haberse cometido por los padres recayesen fundamentalmente sobre aquél<sup>17</sup>, y ello pese a que signifique, *de facto*, atenuadamente, la derogación de la prohibición establecida en el Derecho español o en el francés cuyas consecuencias punitivas sería necesario revisar<sup>18</sup>.

Dicho esto, el legislador dispone de tres vías para solucionar este problema: a) La prohibición absoluta del contrato de gestación y sus efectos sobre la

---

16 Así, el Tribunal no tiene otro remedio que instar al Ministerio Fiscal a que, de acuerdo con las funciones que le atribuye su Estatuto Orgánico, ejercite las acciones pertinentes para determinar “en la medida de lo posible” (*sic*) la correcta filiación de los menores, y para su protección, tomando en consideración la efectiva integración de los mismos en un núcleo familiar “*de facto*” (STS, de 6 de febrero de 2014, JF 5.º).

17 P. MURAT. “Le ministère public et les actes d’état civil étrangers consacrant une gestation pour autrui: annulation de la transcription recevable”, *Dr. fam.* n.º 2, febrero de 2009, comm. n.º 15, p. 26-27.

18 Así lo ponen de manifiesto, en Francia, D. TERRÉ y D. FENOUILLET. *Les personnes, la famille, les incapacités*, Dalloz, Paris, 2005, p. 881. En España hay que recordar que el Código Penal tipifica ciertos supuestos como delito, también cuando la entrega del menor se ha producido en el extranjero. En el derecho penal español constituiría un supuesto de alteración de la paternidad, estado o condición del menor (que sería el bien jurídico protegido). Así, “Los que, mediando compensación económica, entreguen a otra persona un hijo, descendiente o cualquier menor aunque no concurra relación de filiación o parentesco, eludiendo los procedimientos legales de la guarda, acogimiento o adopción, con la finalidad de establecer una relación análoga a la de filiación, serán castigados con las penas de prisión de uno a cinco años y de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de la patria potestad, tutela, curatela o guarda por tiempo de cuatro a 10 años” (art. 221.2 CP).

filiación del niño, con las consecuencias que acabamos de señalar; b) El mantenimiento de la prohibición del contrato de gestación aunque admitiendo sus efectos y por tanto la inscripción, creando un vínculo de filiación con el niño (atenuación del orden público); y c) La instauración de un estatuto jurídico adecuado que regule y ordene tales prácticas y sus consecuencias sobre la filiación, como ocurre ya en algunos países. Esta última es la que, en nuestro concepto, debería imponerse, por las razones que exponemos a continuación.

En primer lugar, debemos recordar que la gestación por sustitución se construye a partir de un contrato. Una mujer participa prestando su útero para la gestación del niño –con aportación o sin aportación de su material genético–, que queda concebido a partir de los gametos de uno de los miembros de la pareja –padre biológico pues– o de un donante anónimo. Por su propia naturaleza el vientre de alquiler constituye una técnica especialmente idónea para permitir el acceso a la paternidad no solo a las parejas heterosexuales infértiles, sino también a las parejas del mismo sexo o a la mujer o al hombre solo, otorgando así carta de naturaleza a un verdadero derecho a la paternidad genética. En este proceso, las naturales consecuencias de la fecundación y el parto se transforman por imperativo de la ley ante la intervención de la voluntad de los individuos participantes, desplegando sus efectos sobre la filiación del niño.

Lo cierto es que la gestación por sustitución, como cualquier otra técnica de reproducción asistida o como la adopción, plantea un desacuerdo entre la realidad biológica que impone la naturaleza y el proyecto de paternidad responsable deseado por los padres, de ahí que la voluntad negocial resulta el instrumento adecuado para resolverlo.

La tensión entre el modelo biológico al que se aferra buena parte de la sociedad y de la comunidad científica y el voluntarista que dimana del proyecto de paternidad responsable resulta pues innegable. Es a partir de los trabajos del profesor BORRILLO<sup>19</sup> en Francia donde encontramos la evidencia de la tensión que se produce entre los modelos naturalista y voluntarista de la filiación en el derecho latino. En efecto, la filiación no es un fenómeno natural. El derecho nunca ha necesitado la verdad biológica para fabricar vínculos de filiación. La institucionalización de los vínculos constituye una convención que va más allá de la simple transcripción de un hecho natural. La filiación tiene su fundamento en un título de atribución –aquel acto biológico o de otra naturaleza que le sirve de base– y un título de legitimación –que permite identificar al titular del derecho–. De este modo, si la filiación puede venir determinada por el parto o la huella biológica, también puede quedar establecida por otros hechos, como la constante posesión de estado o, cual ocurre con el reconocimiento o con la adopción, a partir

---

19 D. BORRILLO. “Una perspectiva crítica del Derecho del género y las sexualidades en el mundo latino”, en *Derecho y Política de la Sexualidades. Una perspectiva Latino-Mediterránea*, dirigido por D. BORRILLO y V. L. GUTIÉRREZ CASTILLO, Huygens, Barcelona, 2013, p. 66.

fundamentalmente de un acto de voluntad. No hay que olvidar –como advierte BORRILLO– que junto a la filiación “biológica” convive una filiación “querida” y también “vívida”. El derecho posee, pues, un amplio conjunto de alternativas de diferente signo para crear un vínculo de filiación.

En la adopción también encontramos presente esa tensión entre el modelo naturalista y el voluntarista de la filiación. No resulta difícil por tanto trazar analogías entre la filiación adoptiva y aquella otra que tiene lugar a partir de la gestación por sustitución. No debe olvidarse que la adopción plena no tiene su fundamento en un sustrato biológico y se construye a partir de un acto negocial en un proceso a caballo entre lo judicial y lo administrativo, de modo que es una creación del derecho. En su devenir ha servido para cumplir finalidades diferentes, como el fortalecimiento de la familia del adoptante, la transmisión del nombre y el patrimonio o la protección de los menores desamparados. Como ocurre en la adopción plena, también en la maternidad subrogada desaparece el vínculo de filiación con la madre gestante, en este caso por aplicación del derecho personal extranjero de esta última. Incluso cuando la gestación se origina a partir de los gametos de un donante anónimo no resultará posible establecer vínculo biológico alguno con los padres de intención. Sin duda, es en este último supuesto donde la situación del niño resulta más precaria y donde más urgente resulta la intervención del derecho. La voluntad negocial rodeada de las precisas garantías constituye la clave del proceso.

Poco importaría la discusión acerca de su verdadera naturaleza jurídica, que nos hallemos ante una situación a caballo entre la filiación biológica y la adoptiva, cuestión esta que tanto parece preocupar. En efecto, algunos preferirían tratar la cuestión como un supuesto de adopción simple, lo que permite mantener el vínculo con la madre biológica siempre que resulte posible<sup>20</sup>, mientras que algunos recomiendan la creación de un estatuto jurídico *ad hoc*, un *tertius genus*, análogo a la paternidad<sup>21</sup>.

En realidad, en la maternidad subrogada y en la adopción la filiación se construye a partir de un acto de consentimiento, es decir, a partir de la voluntad negocial. Advértase que en su esencia el contrato no es una institución estrictamente patrimonial, por lo que no es ajeno al derecho de familia. Así, desde el momento en que aparece el divorcio por mutuo acuerdo el matrimonio queda dotado de una naturaleza esencialmente contractual. En suma, una teoría contractualista de la filiación se impone cuando su análisis se aborda desde la adopción o desde el uso de estas técnicas de reproducción asistida.

20 J. RUBELLIN-DEVICHI. “La gestation pour autrui devant la Cour de cassation”, en *La maîtrise de la vie, Les procréations médicalement assistées interrogent l'éthique et le droit*, L. MARCHAL y C. KHAÏAT (dirs.), Eres, Toulouse, 2012, pp. 169-186.

21 G. KESSLER. “La consolidation de situations illicites dans l'intérêt de l'enfant”, *Droit de la famille*, 2005, n.º 7-8, chron. 16, pp. 11 ss.

En la gestación por sustitución el elemento fundamental reside en que dicha manifestación de voluntad exista, que no se encuentre viciada y que aparezca un control de autoridad de naturaleza judicial o administrativa. De ahí que la libre manifestación del consentimiento, unida a la garantía del superior interés del niño, sean los elementos fundamentales sobre los que se construye la filiación en estos casos.

Se ha argüido que la gestación por sustitución aboca a la cosificación de la mujer o del niño, a su transformación en una mercancía objeto de tráfico jurídico. Precisamente la existencia de garantías judiciales y la creación de entidades públicas o privadas colaboradoras que tienen encomendada la protección del menor y la mediación para el acogimiento familiar y la adopción encontró su justificación en el intento de impedir –en palabras del profesor LACRUZ BERDEJO– el “odioso tráfico de niños”<sup>22</sup>, inquietud ahora presente en el debate del contrato de maternidad subrogada.

Pero como en la adopción, el tráfico de niños no se resuelve mediante una reprobación moral que, llevada a sus máximas consecuencias en el derecho –el orden público–, conduce al menor a una inquietante incertidumbre jurídica, sino con el establecimiento de un conjunto de garantías dirigidas a dotar especialmente al menor de un entorno familiar adecuado donde desarrollar su personalidad, garantizar la libertad en la prestación del consentimiento de la madre portadora y su interés, así como, a la vista de la idoneidad de los padres comitentes, hacer posible un proyecto de paternidad. En el actual proceso de democratización del derecho de familia la contractualización de los vínculos familiares se impone paulatinamente como la forma de entender las relaciones familiares tanto en el plano horizontal –es el caso del pacto civil de solidaridad– como en el vertical –al establecer un vínculo de filiación en ciertos casos–. En la filiación, el proyecto de paternidad responsable debe anteponerse al mero dato biológico. Cuando el consentimiento es libre, expreso, informado y meditado por parte de todos los intervinientes en el proyecto de paternidad (madre gestante y padres comitentes o de intención), rodeado de las cautelas que impone el derecho –al igual que ocurre en la adopción nacional o internacional–, resultará *a priori* difícil de demostrar que se esté lesionando el superior interés del niño o el de la propia madre.

En nuestra opinión, la opción consistente en establecer un verdadero estatuto jurídico para la filiación derivada de la gestación por sustitución, modificando el derecho civil de familia a tal efecto<sup>23</sup>, con fundamento en un convenio que po-

22 J. L. LACRUZ BERDEJO. *Elementos de Derecho civil, Familia*, t. IV, 4.ª ed., Dikynson, Madrid, 2010, pp. 367 ss.

23 Un buen ejemplo lo ofrecía el artículo 526 del Proyecto de Código Civil argentino, ahora eliminado, que dotaba de un estatuto jurídico a la gestación por sustitución. No obstante, la figura ha sido eliminada del Proyecto. Los consentimientos prestados en el convenio de gestación serán irrevocables con independencia de su carácter oneroso o gratuito” (la propuesta es de J.



drá ser redactado ante un notario u otro profesional del derecho y homologado judicialmente, constituye la solución objetivamente recomendable<sup>24</sup>.

Como ha señalado la moderna doctrina, reconociendo las dificultades que plantea una solución general para todos los casos, debe primar la voluntad procreacional como elemento determinante sobre la realidad gestacional y/o genética –cuando existe conformidad de todos los interesados–, pues de este modo se ponderan los derechos de quienes, como pareja del mismo sexo, han querido tener al niño y asumir la función parental cuando, además, la pareja no puede procrear naturalmente. “En consecuencia, acreditado que sea el acuerdo de maternidad subrogada, quedará determinada la paternidad de la pareja que expresó su voluntad procreacional”<sup>25</sup>.

No obstante, esta tesis encuentra en la actualidad el rechazo de la opinión de buena parte de la doctrina y de la jurisprudencia –en el caso español o en el francés– que, para contradecirla, acude a argumentos manidos tales como la protección de la dignidad de la persona, la explotación de la mujer carente de recursos económicos, la comercialización del cuerpo o del niño, el abandono del menor a un tercero como situación contraria al interés de este último o el riesgo que para la salud física y psíquica puede significar el hecho de convertirse en madre portadora, entre otros aspectos. En cambio, la tesis prohibicionista es contestada desde otros ámbitos con el argumento de la necesidad de encuadrar jurídicamente un fenómeno existente en la realidad y asegurar sus consecuencias bajo una supervisión judicial<sup>26</sup>.

Lo cierto es que nos encontramos ante un fenómeno familiar en expansión con importantes consecuencias jurídicas que no debe ser afrontado por el jurista desde una posición meramente excluyente o prohibicionista. En esa dirección avanza el informe preliminar a la Conferencia de Derecho Internacional Privado de La Haya de 10 de marzo de 2012, sobre los problemas derivados de la gestación por sustitución, en el que, lejos de rechazarlo, trata de uniformar los acuerdos internacionales y procurar una regulación internacional que dé respuesta a esta realidad.

---

VELA SÁNCHEZ ob. cit., [www.diariolaley.laley.es](http://www.diariolaley.laley.es)). En todo caso, en nuestra opinión, resultaría conveniente, en el necesario trámite procesal, el traslado al Ministerio Fiscal y la homologación judicial. El auto o la sentencia deberán ser objeto de inscripción en el Registro Civil.

- 24 Una buena propuesta bien elaborada de convenio de gestación de sustitución la hallamos en A. J. VELA SÁNCHEZ. “Una propuesta de regulación del convenio de gestación por sustitución o de maternidad subrogada en España”, *Diario La Ley* n.º 7621, de 3 de mayo de 2011, en: <[www.diariolaley.laley.es](http://www.diariolaley.laley.es)>.
- 25 A. GIL DOMÍNGUEZ, M.ª V.ª FAMÁ y M. HERRERA. *Matrimonio igualitario y Derecho constitucional de familia*, Ediar, Buenos Aires, 2010, pp. 296-297.
- 26 Ver *Rapport du Sénat, Rapport d'information fait au nom de la commission des lois et de la commission des affaires sociales* (groupe de travail sur la maternité pour autrui), n.º 421, de 25 de junio de 2008. Puede consultarse en sitio del Sénat: <[www.senat.fr](http://www.senat.fr)>.

Dicho esto, era de esperar que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos terminara admitiendo –como así lo ha hecho– que la prohibición del vínculo de filiación del niño procedente de una situación de maternidad subrogada (a la vista del art. 16-7 del Código Civil francés y del art. 10 de la Ley 14/2006, sobre Técnicas de Reproducción Asistida española), pese a lo manifestado por ahora por el Tribunal Supremo español y la Corte de casación francesa, tenga finalmente que ser considerada como una “injerencia del Estado en la vida privada de la familia”, a la vista de la abstención que el artículo 8.2 de la Convención impone a cada Estado en estas situaciones<sup>27</sup>.

La relación existente entre el niño así gestado y los padres de intención constituye un vínculo familiar de hecho que, en interés del menor, tiene acogida en el artículo 8 CEDH. Frente al interés del Estado de proteger el rigor del orden público, de prohibir los efectos derivados de la gestación por sustitución en la filiación del menor, que sirve de fundamento al establecimiento de una relación de vida familiar, tal exclusión no termina de encontrar, en realidad, una suficiente justificación. En efecto, no puede afirmarse que tal exclusión (la situación que con ello se genera) constituya una medida que, en una sociedad democrática, resulte *necesaria* para la seguridad nacional, ni para la seguridad pública, ni para el bienestar económico del país, ni para la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, ni para la protección de la salud o de la moral, ni para la protección de los derechos y las libertades de terceros<sup>28</sup>.

Llegado este momento, el establecimiento de un estatuto jurídico que regule y preste seguridad, previsibilidad y certidumbre a esta situación debe terminar imponiéndose como una solución necesaria de forma irrenunciable para cada Estado firmante de la Convención Europea de Derechos Humanos.

## Bibliografía

BORRILLO, D., “Una perspectiva crítica del Derecho del género y las sexualidades en el mundo latino”, en *Derecho y Política de la Sexualidades. Una perspectiva Latino-Mediterránea*, BORRILLO, D. y GUTIÉRREZ CASTILLO, V. L. (dirs.), Huygens, Barcelona, 2013.

27 El artículo 8.2 CEDH establece: “No podrá producirse injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho (respeto a la vida privada y familiar) salvo cuando esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de terceros”.

28 LEROYER, ob. cit., p. 280. Se citan como apoyo de la tesis las siguientes resoluciones: STEDH, asunto *Keegan c. Irlanda*, de 26 de mayo de 1994, req. n.º 16969/90; STEDH, *Kroon c. Holanda*, de 27 de octubre de 1994, recurso n.º 18535/91, STEDH, asunto *Y, Y, Z. c. Reino Unido*, de 27 de octubre de 1997, recurso n.º 21830/93; así como, especialmente, STEDH, asunto *Wagner c. Luxemburgo*, de 28 de junio de 2007, recurso n.º 76240/01.

- GIL DOMÍNGUEZ, A., FAMÁ, M.<sup>a</sup> V.<sup>a</sup> y HERRERA, M., *Matrimonio igualitario y Derecho constitucional de familia*, Ediar, Buenos Aires, 2010.
- GODELIER, M., *Métamorphoses de la parenté*, Librairie Arthème Fayard, Paris, 2004.
- KESSLER, G., “La consolidation de situations illicites dans l’intérêt de l’enfant”, *Droit de la famille*, 2005, n.º 7-8, chron. 16.
- LACRUZ BERDEJO, J. L., *Elementos de Derecho civil, Familia*, t. IV, 4.<sup>a</sup> ed., Dikynson, Madrid, 2010.
- LASARTE ÁLVAREZ, C., “La reproducción asistida y la prohibición legal de maternidad subrogada admitida de hecho por vía reglamentaria”, *Diario La Ley* n.º 7777, enero de 2012, en: <www.diariolaley.laley.es>.
- MURAT, P., “Le ministère public et les actes d’état civil étrangers consacrant une gestation pour autrui : annulation de la transcription recevable”, *Dr. fam.* n.º 2, febrero de 2009, comm. n.º 15.
- ROY, O., “Procréation médicalement assistée et révision des lois bioéthiques françaises”, en *Droit des familles, genre et sexualité*, GALLUS, N. (dir.), LGDJ-Anthemis, Limal, 2012.
- RUBELIN-DEVICHI, J., “La gestation pour autrui devant la Cour de cassation”, en *La maîtrise de la vie, Les procréations médicalement assistées interrogent l’éthique et le droit*, MARCHAL, L. y KHAÏAT, C. (dirs.), ERES, Toulouse, 2012.
- TERRÉ, D. y FENOUILLET, D., *Les personnes, la famille, les incapacités*, Dalloz, Paris, 2005.
- VELA SÁNCHEZ, A. J., “La gestación por sustitución o maternidad subrogada: el derecho a recurrir a las madres de alquiler”, *Diario La Ley* n.º 7608, de 11 de abril de 2011.
- VELA SÁNCHEZ, A. J., “Una propuesta de regulación del convenio de gestación por sustitución o de maternidad subrogada en España”, *Diario La Ley* n.º 7621, de 3 de mayo de 2011.