

LA PROBLEMÁTICA
CONSTITUCIONAL DERIVADA
DE LAS TÉCNICAS
DE REPRODUCCIÓN HUMANA
ASISTIDA (TRHA): EL CASO
DE LA MATERNIDAD SUBROGADA

GERARDO RUIZ-RICO RUIZ

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN. II. EL CANÓN DE CONVENCIONALIDAD EN LA PROBLEMÁTICA DE LA FILIACIÓN POR EL PROCEDIMIENTO DE «MATERNIDAD SUBROGADA». III. DIFICULTADES PARA LA IMPORTACIÓN DE LA DOCTRINA DEL TEDH POR EL ORDENAMIENTO Y LA JURISPRUDENCIA ESPAÑOLA. IV. INCERTIDUMBRES CONSTITUCIONALES HASTA UNA FUTURA REFORMA LEGISLATIVA. V. ALGUNAS CONCLUSIONES PROVISIONALES A LA ESPERA DEL LEGISLADOR.

Fecha recepción: 25.09.2016
Fecha aceptación: 28.02.2017

LA PROBLEMÁTICA CONSTITUCIONAL DERIVADA DE LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA (TRHA): EL CASO DE LA MATERNIDAD SUBROGADA

GERARDO RUIZ-RICO RUIZ

Catedrático de Derecho Constitucional*
Universidad de Jaén

I. INTRODUCCIÓN

La problemática constitucional sobre la utilización de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida (TRHA) ha merecido desde hace tiempo la atención doctrinal¹; sin que hayan faltado tampoco algunos pronunciamientos significa-

* Departamento de Derecho Público. Edificio Ciencias Sociales y Jurídicas (D3). Campus Las Lagunillas s/n). 23071 JAEN. Email: gruiz@ujaen.es

¹ La problemática jurídica en general, y constitucional en particular, de las TRHA ha sido centro de un intenso debate doctrinal desde finales de los años ochenta. Nos permitimos resaltar aquí solo algunas referencias, entre la abundante producción científica sobre el tema. Se pueden citar de este modo la monografía colectiva, *La filiación a finales del siglo xx. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana*, Madrid, 1988. También, BLASCO GASEÓ, «La Ley sobre técnicas de reproducción asistida: constitucionalidad y aplicación». *Anuario de Derecho Civil*, 1991. O el de F. PANTALEÓN —con el que no coincidimos totalmente— de «Técnicas de reproducción asistida y constitución», en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 15, mayo-agosto 1993. Asimismo, ROMEO CASABONA, C. M., *El derecho y la bioética ante los límites de la vida humana*. Madrid. Centro de Estudios Ramón Areces, 1994. Igualmente los estudios contenidos en el número 36 de la revista *Estudios de derecho judicial*, dedicado a Genética y Derecho, 2001 (C. M. Romeo Casabona, dir.). Más recientes, y abordando especialmente aquella dimensión más conectadas con principios y derechos constitucionales, ROCA TRÍAS, E., «Familia

tivos sobre su legitimidad y límites por parte del Tribunal Constitucional (TC)². Desde esa doble dimensión dogmática y jurisprudencial se ha ampliado progresivamente el objeto de análisis a cuestiones donde de nuevo entran en juego valores, derechos y principios que delimitan ese espacio compartido en la norma fundamental entre el Derecho Constitucional y el Derecho Civil.

Dentro de ese marco normativo donde concurren, no siempre de forma armónica, los derechos de la personalidad consagrados en la CE y la autonomía de la voluntad como elemento básico del derecho privado, han ido cobrando relevancia otras incertidumbres que de nuevo tienen su origen en la aplicación de las TRHA. Sin duda una de las que han cobrado mayor relieve «social» pero todavía no han recibido una respuesta jurídica unánime —normativa y jurisprudencial— es sin duda el de las consecuencias que tiene en materia de filiación la denominada «maternidad subrogada».

La respuesta a este problema creemos que es todavía netamente deficitaria o, inclusive inexistente desde una óptica positivo-constitucional. Aunque tampoco parece que la legislación civil ha sabido adaptarse —lo hace siempre tardíamente— a todas las consecuencias y situaciones personales que ha generado su utili-

y constitución», en Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, n.º 10, 2006. ALKORTA IDIÁKEZ, I., «Nuevos límites del derecho de procrear», en *Revista de Derecho Privado y Constitución*, núm. 20, 2006. BERROCAL LANZAROT, A. I., «Análisis de la nueva Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida. Una primera aproximación a su contenido», en *Revista de Medicina Legal*, enero, 2007. RODRÍGUEZ RUIZ, B. «Matrimonio, género y familia en la Constitución española: trascendiendo la familia nuclear», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 91 (2011). Más recientemente, SERNA MEROÑO, E., «Las técnicas de reproducción asistida: limitaciones para su práctica», en *Derecho Privado y Constitución*, núm. 26, 2012, pp. 273 y ss. ARIAS APARICIO, F., «El acceso a las técnicas de Reproducción Humana Asistida como derecho. Reconocimiento y protección en el marco del derecho a la privada», en *Revista General de Derecho Constitucional*, núm. 18, 2014.

² La jurisprudencia constitucional ha ido paulatinamente delimitando unos contornos normativos, difuminados —o inexistentes— en la norma fundamental, para establecer algunos límites, pero también ciertos derechos y libertades que se pueden proyectar en la resolución de los problemas que plantea la reproducción no biológica (o genética). De este modo tendrá ocasión de pronunciarse (STC 212/1996) sobre determinados aspectos controvertidos de la Ley 42/1988, afirmando la validez de la donación de embriones y fetos humanos; pero también para negar la validez de una posible patrimonialización de aquélla (mediante contrato con eventual remuneración), que obviamente sí sería contraria —en opinión del Tribunal— al valor de la dignidad humana (art. 10, CE). *Vid.* PARDO FALCÓN, J., «A vueltas con el artículo 15 CE y otras cuestiones más o menos recurrentes de nuestro derecho constitucional (Un comentario a la STC 212/1996, de 19 de diciembre)», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 51, septiembre-diciembre, 1997, pp. 249 y ss.

lización³. Posiblemente la solución no se encuentre en las fórmulas constitucionales y legales que ofrece hasta hoy el ordenamiento nacional y su interpretación por las diversas jurisdicciones competentes (constitucional y ordinaria), sino que hay que buscarla en la interpretación que se ha consolidado en la jurisprudencia convencional sobre algunos de los derechos fundamentales que, si bien tiene su acomodo natural en las relaciones jurídico-privadas, no dejan de tener una proyección indiscutible sobre fines y principios de carácter público (interés del menor, orden público).

II. EL CANÓN DE CONVENCIONALIDAD EN LA PROBLEMÁTICA DE LA FILIACIÓN POR EL PROCEDIMIENTO DE «MATERNIDAD SUBROGADA»

El derecho a crear o a fundar una familia ha sido enunciado en la mayoría de las normas del Derecho internacional en materia de derechos: *Declaración Universal de los Derechos Humanos* (art. 16), *Convención internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial* (art. 23), *Convenio europeo para la protección de los Derechos humanos y las libertades fundamentales* (art. 8), *Carta de los Derechos Fundamentales de la UE* (art. 9). Pero esta generalizada recepción en la esfera convencional o internacional no solo demostraría la *fundamentalidad* de esta institución, así como del derecho a constituirla para cualquier ser humano; de igual modo pone de manifiesto la indefinición de los elementos (subjetivos y materiales) configuradores de la misma. Esa misma indeterminación comporta por tanto la inevitable pluralidad de fórmulas o modelos jurídicos de familia, adaptadas a una realidad sociocultural en permanente estado de evolución. En todo caso, la solución que se plantea en esta esfera normativa opta generalmente por remitir al legislador esa decisión, imponiendo solo algunos límites en función del respeto a algunos de los derechos fundamentales consagrados en los textos convencionales⁴.

³ No es posible encontrar una solución jurídica clara y aceptable en términos socioculturales a este tema en las primeras leyes que se aprueban en España sobre TRHA: Leyes 35/1988 sobre *técnicas de reproducción asistida humana* y 42/1988, sobre *donación y utilización de embriones y fetos humanos o de sus células, tejidos u órganos*; tampoco, tras la modificación parcial de esta normativa (Ley 45/2003), en la que se convierte en norma de referencia principal en este tema: la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida. *Vid.* DÍAZ ROMERO, M. R., «La gestación por sustitución en nuestro ordenamiento jurídico», en *Diario La Ley*, n.º 7527, Sección Doctrina, 2010.

⁴ En este sentido resulta paradigmática la jurisprudencia del TEDH —aunque no haya sido homogénea ni constante en este punto—, al considerar contraria a la Convención de Roma la

Desde estas premisas, el eventual *derecho de acceso a las TRHA* contiene en la actualidad una dimensión convencional que influye de manera sustancial en la evaluación de las consecuencias jurídicas que conlleva su utilización. A pesar de que todavía no se haya formulado explícitamente en estos términos, resulta indudable que el régimen jurídico «nacional» sobre los límites y alcance de este posible derecho no puede desconocer los elementos normativos que proceden directamente del Derecho Internacional. Por otro lado, la pauta de interpretación impuesta por el artículo 10.2 de la CE exige tomar en consideración no solo el formato positivo que recibe en un plano supranacional ese eventual derecho —y los demás derechos «conexos» con el anterior— sino también las construcciones doctrinales que se hayan elaborado a través de la aplicación jurisprudencial de esas normas convencionales, de obligado cumplimiento también para cualquier operador jurídico español (legislativo o judicial).

Sin ánimo de agotar el examen desde este segundo enfoque metodológico, resulta procedente fijar algunos de sus parámetros más destacables. Un punto de partida podría ser el derecho a casarse y *fundar una familia*, consagrado ya en la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948). Así mismo, desde un contexto más próximo y específico, el Convenio Europeo de Derechos Humanos (1950) aporta otras dos referencias de interés para consolidar esa «conexión». De un lado, los derechos que reconocen la protección de la vida privada/intimidad personal y familiar⁵. Dentro de este ámbito conviene no olvidar tampoco algunos de sus potenciales límites (protección de la salud, la moral, o los derechos y libertades de terceros). Pero de otra parte, cabría incluir también en este encuadre normativo internacional el derecho al matrimonio y a fundar una familia «según las leyes nacionales que rijan» para el ejercicio de un derecho (art. 12), que sigue estando circunscrito en su titularidad y beneficiarios potenciales a personas de diferente género (hombre y mujer)⁶.

prohibición de contraer matrimonio entre personas con incapacidad reproductiva (casos *Goodwin v UK* y *I v UK*, 2002). Uno de los mejores análisis sobre este tema en particular lo hemos encontrado en J. GARCÍA ROCA y P. SANTOLAYA MACHHETTI, *La Europa de los Derechos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, 2.º ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2005, pp. 621-636.

⁵ Su artículo 8 proclama: 1. *Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia.* 2. *No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, sino en tanto en cuanto esta injerencia 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 del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás.*

⁶ En todo caso, coincidimos con Blanca Rodríguez en su apreciación de que los tratados y convenios internacionales solo ofrecen un contenido mínimo, que autoriza la ampliación por los

En línea con la doctrina jurisprudencial del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), el derecho a utilizar técnicas de reproducción asistida tiene una dimensión constitucional, al estar directamente involucrados valores y derechos de la personalidad; en especial con derechos fundamentales como la intimidad personal, la prohibición de discriminación o el derecho a fundar una familia. Pero no existen referencias nítidas en esta esfera jurisdiccional, desde las cuales sea posible afirmar que el Convenio de Roma haya configurado de manera incontrovertida un derecho a procrear, entendido como el derecho a ser padre/madre. Si bien es cierto que esa falta de enunciación positiva o formal no ha sido finalmente obstáculo para importarlo desde el ámbito material del derecho —o libertad— a la vida privada. De ahí que sí puedan constatarse elaboraciones jurisprudenciales que autoricen la existencia real de lo que hemos denominado anteriormente como *derecho a la autodeterminación genética*; esto es, la autonomía o facultad individual para disponer del propio material biológico y el derecho de acceder y utilizar técnicas de reproducción asistida (Fecundación in vitro, FIV), siempre y en todo caso para una finalidad legítima y reconocible en las normas constitucionales y convencionales.

En cualquier caso, los posibles *derechos reproductivos* no pueden tener —como cualquier otro derecho fundamental— un carácter absoluto, desde el momento en que, además, se concretan y configuran a la postre como derechos de configuración legal. Pero en contrapartida con lo anterior, la libertad regulativa del legislador tampoco es ilimitada, esos derechos están en buena medida hoy amparados por una doctrina jurisprudencial «constructiva» o «recreativa», que amplifica notablemente los contenidos formalmente positivizados en la esfera nacional.

Sin embargo, hay que constatar una actitud con frecuencia excesivamente «cauta» del THDE —podríamos denominarla también superficial, al no entrar en el fondo del asunto muchas veces—, cuando evita pronunciarse sobre eventuales incumplimientos del Convenio por la regulación nacional en materia de reproducción asistida. La base de esta línea de interpretación se basa una vez más en el *margin de apreciación* que tendría en este campo el legislador estatal, ciertamente condicionado por los factores culturales que caracterizan las diferentes realidades sociales en la que la norma internacional se tiene que aplicar. De este modo, las autoridades nacionales y su legislación «doméstica» podrían encontrar una importante cobertura jurisprudencial para actuar con una amplia discrecionalidad en la faceta regulativa, lo que a la postre puede restringir excesivamente

Estados de otras modalidades de matrimonio y familia. *Vid.* RODRÍGUEZ RUIZ, B., «Matrimonio, género y familia en la Constitución española: trascendiendo la familia nuclear», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 91 (2011), pp. 69-102.

las posibilidades reales en la práctica de intentar la aplicación de una técnica de reproducción asistida.

En efecto, el Tribunal de Estrasburgo no tiene como tarea indicada por la norma internacional la de impulsar la homogeneización legislativa en materia de derechos humanos en la esfera territorial del Consejo de Europa, aunque sin duda su labor aplicativa y jurisprudencial va a producir necesariamente una uniformización al menos relativa o parcial en cuanto a los estándares de tutela de los derechos consagrados en la Convención y enunciados asimismo —en términos muy semejantes— por las ordenamientos constitucionales estatales⁷.

Otros criterios adicionales que han sido igualmente empleados por el TEDH en la solución de controversias que giran en torno a la aplicación y efectos de las TRHA se han basado en principios como la razonabilidad/proportionalidad, la subsidiariedad o la necesariedad. Pero indudablemente esa actitud de la jurisprudencia del Tribunal, excesivamente «liberal» o permisiva para con las legislaciones nacionales, vendría avalada en potencia por el amplio —y ambiguo conceptualmente— catálogo de limitaciones que el mismo Convenio incorpora como elementos de modulación del derecho fundamental a la vida privada en el apartado segundo del artículo 8; dispositivos «habilitadores» que se contienen en nociones como *sociedad democrática, salud, moral, o los derechos y las libertades de terceros*. Se observa además en la doctrina del TEDH un cierto relativismo» —casi una «incompetencia ética»— al rechazar éste la posibilidad de adoptar un concepto de moral, a partir del cual se definan unas determinadas exigencias éticas de proyección general o europea, con las cuales se llegue a evaluar después la «convencionalidad» de las regulaciones nacionales. Por el contrario, los *case law* de la jurisprudencia de la Corte permiten reconocer el reiterado argumento de la idoneidad del legislador estatal para adaptarse mejor a la realidad social, y por tanto asimismo la «competencia moral» de éste para establecer las condiciones particulares en el ejercicio del derecho a usar TRHA. Obviamente de este modo, y sobre la base de una falta de consenso generalizado en la materia, resultará difícil e infrecuente encontrar resoluciones que puedan considerar una ley estatal contraria al artículo 8.

Como se ha apuntado anteriormente, el parámetro jurisprudencial que se ha impuesto en el abanico de asuntos sobre los que ha tenido oportunidad de pronunciarse el TEDH otorga una extraordinaria amplitud al *margin de apreciación*

⁷ Suscribimos de este modo la posición que mantiene en este sentido PÉREZ SOLA, en *La defensa convencional de los derechos en España. ¿Es posible el diálogo entre tribunales?*, INAP, Madrid, 2015, pp. 44 y ss.

de los Estados para fijar el régimen jurídico del «derecho a la procreación»⁸. Sólo en aquellos supuestos donde parece estar en juego de forma más intensa la «identidad individual», entonces se aminora la habitual autonomía de la ley estatal para ponderar la solución normativa que se adapta mejor a sus patrones de moralidad pública.

El TEDH reconoce el *derecho a la concepción* mediante TRHA, aunque sin que ello comporte necesaria y automáticamente una obligación del Estado para regular y establecer las fórmulas jurídicas a través de las cuales se pueda garantizar y ejercer ese derecho. De nuevo la discrecionalidad del legislador nacional cierra en falso el problema, ya que la consecuencia de esta doctrina puede colocar en una situación potencialmente *limbótica*, en términos de legalidad nacional, a quien intente poner en práctica este derecho o libertad sin una cobertura jurídica previa.

De este modo se puede llegar perfectamente a la paradoja de que el derecho a procrear, entendido como libertad que forma parte de la esfera de la autonomía individual, carece —en casos de disfunciones biológicas (o cuando se trata de parejas homosexuales)— del «derecho instrumental» sin el cual es imposible asegurar aquélla. El argumento —siempre discutible y «oportunista»— de la falta de consenso en las regulaciones nacionales, es utilizado por el TEDH para defender la doctrina del «margen de apreciación» estatal, y de este modo legitimar soluciones diversas en función de la tradición cultural y jurídica nacional.

Una de las claves más destacadas en la solución de algunos de los problemas que genera actualmente la utilización de TRHA se encuentra en las recientes sentencias del TEDH de junio de 2014 (Mennesson y (Labassee v. Francia. Asuntos 65192/11 y 65941/11). En estas resoluciones se va a condenar al Estado francés por su negativa a reconocer la filiación de unos niños nacidos en Estados Unidos mediante el procedimiento denominado como «vientre de alquiler». Como síntesis del fallo en ambos casos, entiende la Corte de Estrasburgo que ese rechazo estaba produciendo una clara vulneración del derecho a la intimidad personal y familiar consagrado en el artículo 8 del Convenio Europeo de los Derechos Humanos.

En cuanto a los elementos fácticos y judiciales previos es conveniente recordar sobre este punto que el resultado de aplicación de esas TRHA condujo a la gestación y posterior nacimiento de unos menores —dos niñas gemelas y una niña—, cuya filiación sería reconocida judicialmente por los Estados de Califor-

⁸ *Vid.* FLORES RODRÍGUEZ, J., «Vientres de alquiler: más cerca de su reconocimiento legal en Europa. Comentario a la STEDH de 26 de junio de 2014, recurso n.º 65192/11», en *La Ley*, núm. 8363, julio, 2014.

nia y Minnesota respectivamente. Pero esas decisiones dictadas por tribunales de otro país no llegaron a ser aceptadas por la justicia francesa, cuyo máximo órgano, la Corte de Casación, rechazaría la petición de inscripción de filiación; el fundamento legal de esta decisión se encontraba en un precepto del Código civil (art. 16.9) que consideraba nula la gestación subrogada por razones de orden público. Sometida al TEDH la negativa del Estado francés por el efecto lesivo que conllevaba sobre el derecho fundamental del artículo 8 del Convenio de Roma, el fallo judicial vino a estimar la demanda de las parejas que recurrieron la decisión de los tribunales nacionales.

En primer lugar, para enmarcar el problema en la esfera de aplicación del Convenio, el TEDH viene a declarar la relación que existe entre el «derecho a la vida privada», la gestación por subrogación y el reconocimiento de la filiación. Esa conexión permite al Tribunal sostener la configuración de un *derecho a la propia identidad* como parte de la noción de «vida privada». La argumentación del Tribunal parte, en efecto, de la constatación de una serie de potenciales limitaciones y condiciones que el artículo 8 contempla para este derecho (reserva de ley, protección a la salud, protección de los derechos y libertades de los demás, injerencia «necesaria» para una sociedad democrática). Otro de los aspectos que subraya la sentencia es la falta de un consenso general en el ámbito de los Estados que han ratificado la Convención, así como el «margen de apreciación» que aquéllos disponen en un tema especialmente complejo desde el punto de vista ético. Pero todos esos condicionamientos potenciales, en los cuales se estaría apoyando la prohibición prevista en la legislación francesa, no podían tener la intensidad suficiente como para restringir y provocar un resultado completamente opuesto a los derechos que se protegen dentro del concepto de «vida privada»; más en concreto el derecho a una «identidad personal» que deriva de la filiación. A este razonamiento el Tribunal añadiría otro complementario, que lo refuerza más si cabe, centrado en el principio esencial y superior de la protección de los intereses del menor. Este último quedaría seriamente afectado por la «incertidumbre jurídica» que produce el hecho de no poder ser considerados hijos de los recurrentes, de acuerdo con el ordenamiento jurídico francés; a pesar de que uno de los miembros de las parejas era su padre biológico. Además de la pérdida de su «identidad filial», consideró el TEDH que existían otros derechos de los niños que quedarían claramente restringidos; era el caso de los derechos sucesorios, ya que solo podrían ostentar la condición de legatarios y no de herederos.

Se adopta de esta manera una concepción que podríamos adjetivar de singular o especial del derecho a la intimidad personal que, en combinación con el principio del interés prioritario del menor, conduce a la afirmación de una esfera de autonomía o libertad implícita de la noción de privacidad, en la que

encuentra su fundamento el derecho a «*la sustancia de la propia identidad, incluida la filial*». La nulidad de la filiación en este caso incide en la posición jurídica que sufre por otro lado uno de los cónyuges, respecto del cual sí es posible establecer la filiación biológica. En este caso, la decisión del Estado francés de rechazar el reconocimiento otorgado por el órgano judicial extranjero, tendría unos efectos antagónicos con el derecho a la vida privada del artículo 8, en la medida en que rechazar ese vínculo jurídico entre hijos y padre biológico no podría ser aceptado dentro del «margen de apreciación» discrecional que tiene el Estado. De esta manera la conclusión a la que llega la sentencia refuerza la necesidad de dar una solución basada en la imprescindible seguridad jurídica y previsibilidad que exige siempre el interés superior del menor; siendo por lo tanto ésta la respuesta que, en opinión del Tribunal, debería ser contemplada en todos los ordenamientos de los Estados signatarios de la Convención.

La posición de la Corte de Casación francesa, expresada en varias resoluciones del 2011, había denegado de forma taxativa la posibilidad de dar cobertura legal a la inscripción de la filiación realizada en el país donde había tenido lugar la gestación por sustitución. Rechazaba además la adopción del interés del menor como principio que pudiera prevalecer sobre lo que consideraba como un fraude de ley, pese a constituir aquél una obligación de los poderes públicos nacionales, derivada de convenciones internacionales suscritas por el Estado francés (Convención Internacional de los Derechos del Niño y CEDH). Esta tesis se impuso y confirmó más tarde en la sentencia de 13 de septiembre del 2013, que adoptaba una interpretación rigurosa del «orden público internacional», derivado de una norma del Código civil (art. 16.9) que —como en la legislación española— prohíbe y convierte en nulos los contratos que tienen como finalidad la maternidad subrogada⁹. Las razones que argumenta la Corte de Casación se despliegan en un abanico de argumentos todos ellos opuestos a una posible violación del derecho a la intimidad personal y familiar, considerando que no se estaba produciendo en ningún caso una desprotección del menor por falta de filiación, en

⁹ A propósito de la naturaleza de este tipo de acuerdos inter particulares, Sema Penalva proporciona un enfoque alternativo interesante. En opinión de la autora, sería posible calificar el contrato de maternidad subrogada como un «contrato civil de arrendamiento de obra»; al estar construido sobre un acuerdo que, no obstante, la madre puede suspender en cualquier momento por la madre y que, al estar prohibido en la legislación española —punto de vista que no compartimos en su totalidad—, no resultaría válido para otorgar ningún tipo de prestaciones a los interesados, en la medida en que no surtirían los efectos jurídicos que establece el artículo 1305 del Código civil. *Vid.* SELMA PENALVA, A., «Los nuevos retos de la prestación por maternidad ante los avances médicos en materia de reproducción asistida», en *Revista Bioderecho.es*, vol. 1, núm. 1, 2014, p. 5.

la medida en que ésta seguía existiendo con respecto tanto a la madre biológica como a uno de los cónyuges y padre biológico del niño. Por el contrario, para el TEDH no puede prevalecer un criterio que parece desconocer las graves consecuencias que para el menor tiene la negativa a aceptar la inscripción filial otorgada por las autoridades de otro país de los hijos nacidos por este método, que como menores deben recibir una tutela superior y prioritaria por parte de los poderes públicos nacionales.

III. DIFICULTADES PARA LA IMPORTACIÓN DE LA DOCTRINA DEL TEDH POR EL ORDENAMIENTO Y LA JURISPRUDENCIA ESPAÑOLES

Las repercusiones de estas sentencias del TEDH no se pueden limitar a la frontera «jurídica» nacional de un Estado (Francia), sino que se amplifican y extienden hacia todos aquellos ordenamientos nacionales que han establecido la prohibición de aplicar las TRHA a la celebración y perfeccionamientos contratos de maternidad por sustitución. El ejemplo más cercano lo tenemos en una legislación como la española que, pese a una cierta apertura en aquellos supuestos fácticos que no traen causa de un problema de infertilidad genética, sigue rechazando la validez de los acuerdos celebrados por motivos distintos a los de origen patológico; y en consecuencia, sigue impidiendo la legalización de la filiación derivada de una gestación subrogada, sobre la base de considerar nulo de pleno derecho el contrato celebrado con esa finalidad.

La falta de «diálogo» —o simplemente contradicción— entre doctrinas jurisprudenciales va a resultar especialmente evidente a raíz de la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero del 2014¹⁰. En una aplicación literal del artículo 10 de la Ley 14/2006 de TRA, procede a anular la instrucción dictada por la «Dirección General de Registros y del Notariado (DGRN, 5-10-2010)¹¹, que

¹⁰ Comentarios críticos de esta sentencia del TS se pueden localizar en un buen número de trabajos doctrinales. *Vid.* entre otros, de TORRES PEREA, J. M., *Comentario a la STS de 6 de Febrero del 2014 sobre maternidad por sustitución desde la perspectiva del interés del menor*. Diario La Ley, núm. 8281, marzo, 2014. También, GARCÍA ALGUACIL, M. J., «*Incoherencia legislativa o despropósito judicial: A propósito de la STS de 6 de febrero de 2014*», en Aranzadi civil-mercantil. Revista doctrinal, vol. 2, n.º 3 (junio), 2014, pp. 79-110.

¹¹ Los requisitos procesales para aceptar la validez de las resoluciones judiciales en el extranjero son muy similares a los que exige la legislación española en materia de adopción internacional; algunos sí parecen asumibles sin una dificultad insuperable: autenticidad y regularidad jurídica de los documentos que se aportan, la información adecuada a las partes sobre el procedimiento y el tipo de resolución judicial, parangonable en términos de competencia y proximidad a la que

ofrecía una solución parcial al problema de los menores que habían nacido en el extranjero de una «madre de sustitución». De acuerdo con aquella resolución —recordemos, de carácter administrativo— en el momento en que los cónyuges y *contratantes* intentaran inscribir su filiación en territorio nacional, se haría una interpretación flexible de la normativa en vigor, de manera que se otorgaría un reconocimiento con efectos jurídicos directos en España a las resoluciones dictadas en el país extranjero donde se había registrado ya legalmente la filiación de hijos nacidos a través de una gestación subrogada¹².

Los antecedentes del recurso de casación se pueden sintetizar en la impugnación presentada por el Ministerio Fiscal contra la resolución de la DGRN, que admitió la filiación de dos niños que habían sido gestados en los Estados Unidos (California) mediante el sistema de vientre de alquiler. No obstante, las variaciones de criterios se habían sucedido desde que la inscripción había sido ya rechazada por el Registro Civil Consular de los Ángeles, al igual que la demanda contra ésta en las sucesivas instancias judiciales.

La fundamentación jurídica de la STS se detiene especialmente en la definición y aplicación al caso de la noción de «orden público internacional». La clave de la decisión judicial se centraba en una prescripción contenida en la Ley del Registro Civil, que condiciona el reconocimiento de las inscripciones en el extranjero al respecto de la Ley española. Es interesante el matiz que acompaña a una afirmación del Tribunal, donde interpreta que esta exigencia no significa la «*absoluta conformidad de éstos (asientos registrales extranjeros) con todas y cada una de las exigencias de nuestra legislación*»; aunque no deja de subrayar al mismo tiempo la existencia de una frontera diáfana de legalidad, delimitada a priori por «*el respeto a las normas, los principios y valores que encarnan el orden público internacional español*».

Con esta premisa el TS va a ubicar ese concepto de «orden público» dentro de unos parámetros constitucionales enunciados en varios preceptos de la norma fundamental de 1978, proyectándolo sobre algunos aspectos esenciales que con-

dictaría un tribunal español. Lo que no resulta ya tan fácil de admitir —al menos sin una reforma previa de la normativa española— es que esa inscripción registral no genere una colisión con el principio del «orden público» nacional, mientras siga vigente la actual redacción de la LTRHA. Sobre esta problemática *vid. M. ECHEZARRETA*, «*Filiación biológica versus filiación intencional. Dos caminos para asumir la misma responsabilidad*», en *Revista Internacional de Ciencias Sociales Interdisciplinares*, volumen 4, n.º 2, 2015. Especialmente negativa es la opinión de Barber Cárcamo, al calificar la LTRHA de contradictoria, falta de técnica, insuficiente, voluntarista e imprudente. *Vid. BARBER CÁRMANO, R.*, «*Reproducción asistida y determinación de la filiación*», *REDUR* 8, diciembre 2010, pp. 25-37.

¹² *Vid. FERNÁNDEZ-SANCHO TAHOCES, A. S.*, «*Eficacia jurídico-registral del contrato de gestación subrogada*», en *Revista Aranzadi Doctrinal*, n.º 6/2011, p. 1 y ss.

figuran las relaciones familiares y paterno-filiales: el libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1), derecho a contraer matrimonio (art. 32), el derecho a la intimidad familiar (art. 18.1), la protección de la familia, la protección integral y la igualdad de los hijos, con independencia de su filiación, la tutela de la maternidad (art. 39). Evidentemente, en esa noción integrará lógicamente la defensa de los intereses del menor (protección de la infancia), de acuerdo con lo previsto en la CE y los convenios internacionales suscritos por España.

Junto al orden público el TS añade a su razonamiento unos principios y derechos desde los cuales apoyará a continuación la ilegalidad de la filiación derivada de maternidad subrogada: la integridad física y moral (art. 15) y la dignidad de la persona (art. 10.1). Desde esta plataforma normativa subraya y enfatiza argumentos, como el peligro evidente de *cosificación* y *mercantilización* del hijo habido mediante contrato de vientre de alquiler; junto con la pérdida de la dignidad de la mujer gestante, quien puede verse sometida a aceptar el acuerdo por un estado de necesidad que impide su autonomía de la voluntad, con el riesgo en consecuencia de producir una verdadera situación de explotación personal.

El pronunciamiento del Tribunal se detiene también en lo que denomina «vínculos sustanciales de la situación jurídica en España»; un elemento que, pese a su indeterminación, impide flexibilizar el criterio del *orden público* internacional en este supuesto. Rechaza asimismo la alegación en contrario —por los padres de intención— de la consideración de la inscripción de la filiación como una cuestión meramente «periférica», y no contraria a aquel principio, con un argumento obvio, como el de que no puede haber disociación entre la filiación que se pretende y el contrato —nulo— del que tiene origen la primera.

Después de apuntar la existencia de normas similares en el contexto europeo que regulan la materia con idénticas consecuencias a las previstas por la LTRHA, en uno de sus fundamentos jurídicos el TS entra finalmente a valorar la posible discriminación por razón de sexo u orientación sexual (los padres eran varones). Pero la conclusión a la que llega, en respuesta que a esta otra alegación del recurso, va a ser también negativa, al puntualizar que los efectos serían idénticos si se tratase de una pareja de mujeres que llevan a cabo un contrato de gestación por sustitución.

Indudablemente una de las claves, si no la principal, en la resolución comentada se centra en el alcance y límites del principio convencional y constitucional del *interés del menor*. Se trata, a nuestro modo de ver, en un criterio prevalente y hegemónico que debería haber sido aplicado para autorizar la inscripción de la filiación, ya que el rechazo a la hora de aceptar la legalidad de esta última estaría provocando inevitablemente un perjuicio y desprotección en el hijo gestado por

subrogación. El TS admite el carácter indeterminado de ese principio, pese a haber recibido una concreción en la esfera internacional (Convención de 1989 de la ONU, sobre Derechos del Niño), constitucional (art. 39, CE) y legal (LO 1/1996). Pero defiende sin embargo los amplios márgenes de ponderación jurisprudencial a la hora de valorar en cada caso la relevancia del interés del menor frente a otros bienes jurídicos igualmente de necesaria protección. El razonamiento del Tribunal enfatiza el contexto económico, de vulnerabilidad económica y social de las madres que —normalmente, a juicio— se avienen a este tipo de contratos, para advertir la existencia de una «indiscriminada» invocación del interés del menor, que no tiene en cuenta para nada esos otros intereses que deberían respetarse siempre y en todo caso. Desde estas consideraciones la conclusión de la sentencia resulta categórica al rechazar una aplicación subjetiva *contra legem* del principio. Se infiere de este modo del pronunciamiento judicial la idea que estamos en presencia de un «principio de configuración legal», con un valor eminentemente interpretativo o hermenéutico para los órganos jurisdiccionales, pero cuyo alcance exacto, desde el punto de vista de su aplicabilidad o inmediatez, no es otro que el determinado en cada momento por la ley. La responsabilidad por consiguiente de establecer de que forma y hasta dónde puede prevalecer en caso de conflicto de intereses es exclusivamente del legislador, depositario de la soberanía popular y competente para medir los «valores sociales» constitucionalizados. La línea argumental del TS señala además en este punto un principio básico dentro del marco definido por la Ley Fundamental en el ejercicio de la potestad jurisdiccional, como es el sometimiento inexcusable del juez al sistema de fuentes, y en consecuencia a un norma que ostenta rango de la ley y se encuentre en vigor (principio de legalidad, art. 117, CE).

En refuerzo de su tesis, el TS abunda en la idea de que el interés del menor no puede ser —tampoco en el plano convencional— un principio exclusivo ni excluyente de otros factores de riesgo que deben ser tomados en consideración, entre los cuales menciona de nuevo la vulneración de la dignidad integridad moral de la mujer, así como su potencial explotación cuando ha aceptado el contrato como remedio a una situación de precariedad económica; sin olvidar el efecto evidente de *mercantilización* que sufre el menor nacido de esa forma de maternidad¹³. Precisamente serían éstos los criterios que conforman —en opi-

¹³ Desde posiciones doctrinales se han defendido argumentos como el mencionado en la STS, para oponerse frontalmente a la utilización de TRHA que permiten una gestación por subrogación. *Vid.* BELLVER CAPELL, V., «¿Nuevas tecnologías? viejas explotaciones. El caso de la maternidad subrogada internacional», en *Revista de Filosofía*, n.º 11, 2015, pp. 19-52; y LÓPEZ GUZMÁN, J. y APARISI MIRALLES, A., «Aproximación a la problemática ética y jurídica de la maternidad subrogada», en *Cuadernos Bioéticos*, XXIII, 2012/2.^a, pp. 253 y ss.

nión del TS— un criterio de ponderación —el *límite necesario a una sociedad democrática*—, justificado y amparado por el Convenio del 1950, en relación con el derecho del artículo 8 a la intimidad personal y familiar.

El TS no llega a otorgar la aplicabilidad e inmediatez necesaria a varios principios y derechos fundamentales constitucionales involucrados en el caso (igualdad, intimidad, protección del menor). Por el contrario, les otorga solo un valor y eficacia interpretativos, sin tener en cuenta su condición de mandamientos vinculantes de eficacia directa y prioritaria en la aplicación de las normas, tal y como se deduce de un sistema de fuentes que ha convertido a estos principios en directamente aplicables, en virtud del artículo 9.1 y 53.1 de la CE frente a cualquier norma o actuación que se oponga frontalmente a ellos. La contradicción resulta más significativa cuando el propio TS llega a reconocer el efecto de desprotección sobre el menor con una aplicación estrictamente formal del principio de legalidad, situando a esos principios en una clara subordinación frente a la norma infraconstitucional en vigor.

El TS evita pronunciarse sobre la incompatibilidad entre ley y constitución/convención. Intenta reconducir el problema a través de otros medios o fórmulas jurídicas que mitigarían o atenuarían el efecto de potencial desprotección, que el propio Tribunal viene a admitir —aunque de forma indirecta— como consecuencia del rechazo de la inscripción registral de la filiación. La solución se encontraría, pues, en la aplicación de instituciones como la adopción o el acogimiento familiar, o bien con la reclamación de paternidad por parte del padre biológico. Inclusive llega a instar al fiscal a una supervisión especial e intensa de los derechos de los menores, mediante «*en la medida de lo posible— determinar una correcta filiación, teniendo en cuenta la afectiva integración de los mismos en un núcleo familiar de facto*». En definitiva, parece que el TS está reconociendo tácitamente que las consecuencias de su resolución no garantizan suficientemente ese interés del menor, que dice salvaguardar por otro lado —un tanto paradójicamente— con la negativa a reconocer la filiación legalizada ante autoridades extranjeras. Con esta «estrategia» intenta trasladar a otras instituciones, competentes también en el ámbito de la tutela de los intereses del menor, para que intervengan en su defensa efectiva partir de unos vínculos familiares de facto que ya se habría producido y que sería necesario proteger.

Finalmente el TS va a rechazar la posible vulneración de la «*identidad única*», alegada en el recurso como uno de los efectos negativos sobre el menor derivado de la falta de reconocimiento en España de la filiación autorizada en el extranjero. Lo hace sobre la base de la falta de vinculación efectiva de aquél con Estados Unidos, a donde acuden los padres de intención únicamente con el objetivo de eludir la proscripción legal establecida en el ordenamiento español.

Pero la resolución no entra —a nuestro juicio— en un examen en profundidad de las consecuencias reales que tiene sobre este elemento clave de la personalidad la aplicación, en este supuesto no debilitada ni atenuada, del principio del orden público internacional. Más aún, para el TS se trata de «*un bien jurídico de mucha menor importancia que los protegidos por la prohibición de la gestación por sustitución*», desconociendo por tanto la importancia que se le ha otorgado por el contrario en resoluciones dictadas en la esfera internacional por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE)¹⁴.

Los argumentos defendidos por los votos disidentes al fallo nos parecen más cercanos a una interpretación constitucionalmente aceptable del problema. Vienen a reconocer elementos de valoración que deberían ser tomados en cuenta para una futura reforma legislativa —inevitable a la postre— impuesta desde los últimos pronunciamientos que se ha hecho por el TEDH en casos análogos tanto desde una vertiente fáctica como en una perspectiva jurídica (Sentencias, 2014, *Menesson y Labasse v. Francia*). En esa línea más *convencional*, la minoría discrepante consideró en el voto particular que la técnica jurídica correcta aplicable al caso no es la del conflicto de leyes, sino la del reconocimiento en nuestro país de un asiento registral autorizado y auténtico, de acuerdo con la normativa de un país extranjero y el artículo 81 del Reglamento del Registro Civil. Este planteamiento obviaría efectivamente la necesidad de realizar un control de legalidad conforme a la normativa española de ese documento que ha validado y determinado ya la filiación —a pesar de la nulidad previa del acuerdo contractual del que trae origen— lo que neutralizaría por tanto la aplicación del artículo 10 de la Ley 15/2006¹⁵. El tema debería haberse centrado, pues, no tanto en enjuiciar la validez del contrato, sino en «*el reconocimiento de una decisión extranjera válida y legal conforme a su normativa*». Esta línea de argumentación, centrada en una posición de orden técnico-jurídico, puede ser ciertamente controvertida y discutible, ya que intenta circunscribir el campo de proyección de la prohibición legal al estricto acuerdo de voluntades formalizado en el contrato del «vientre de alquiler», sin entrar a valorar la inevitable nulidad de sus efectos (filiación); justamente una de las finalidades que inspiran la legislación nacional¹⁶.

¹⁴ Tal y como defendería el Voto particular a la Sentencia del Magistrado Seijas Quintana, al que se adhirieron los Magistrados Ferrández Gabriel, Arroyo Fiestas y Sastre Papiol).

¹⁵ *Vid. DÍAZ ROMERO, M. R.*, «La gestación por sustitución en nuestro ordenamiento jurídico», en *Diario La Ley*, n.º 7527, Sección Doctrina, 2010, p. 1.

¹⁶ En el acuerdo para llevar a cabo una maternidad subrogada resulta evidente una «filiación intencional» en uno de los sujetos que lo suscriben; esta voluntad no se diferencia mucho de aquella que se pone de manifiesto en otras fórmulas de esta categoría de filiación, aceptadas en el ordenamiento jurídico y complementarías de la biológica o natural. Sin embargo, el parto sigue

Nos parecen más acertados los razonamientos que sigue el Voto Particular en cuanto a la defensa que hace de la necesidad enfocar la interpretación el principio del orden público internacional no tanto hacia el cumplimiento estricto de una norma legislativa (art. 10, LTRHA), cuanto a la priorización de un elemento o criterio —el interés del menor—, que en realidad estaría configurando sustancialmente ese mismo principio. En efecto, esta sería la perspectiva más acorde con el marco constitucional y convencional vigente, y a partir de la sentencia del TEDH del 2014, con la doctrina jurisprudencial que deben aplicar y utilizar los órganos judiciales españoles en casos futuros similares.

Con un criterio hermenéutico como el anterior, los magistrados discrepantes de la Sala adoptaron una posición que parece más acorde incluso con la finalidad originaria en la que se sustentaría la prohibición legal (en España y otros países europeos) sobre la maternidad por sustitución: el riesgo de mercantilización del menor y el atentado a la dignidad de la mujer gestante que sufre presuntamente un estado de necesidad. Esta doble finalidad, implícita sin duda en la regla que impide otorgar validez al acuerdo entre la madre biológica y los padres de intención, no tiene por qué presentarse cuando se han llevado a cabo, por el ordenamiento y las autoridades nacionales extranjeros, los necesarios controles y garantías que acrediten la plena autonomía de la mujer a la hora de prestar el consentimiento, declarada ante la autoridad competente y no condicionada por una situación socioeconómica o personal que la impulse a hacerlo sin verdadera libertad ni conocimiento exacto de sus consecuencias. Compartimos pues ese enfoque menos «generalizador» —y más casuístico— desde el cual se puede alcanzar una evaluación jurídicamente adaptada a la realidad de cada supuesto concreto.

IV. INCERTIDUMBRES CONSTITUCIONALES HASTA UNA FUTURA REFORMA LEGISLATIVA

La legislación española actualmente en vigor no parece la más adecuada para resolver el problema jurídico que plantea la utilización de TRHA en los supuestos de maternidad subrogada. En buena medida porque todavía está afectada por modelos culturales que no han llegado a superar todas las manifestaciones de

siendo en nuestro país —al margen de la cesión biológica del útero o la ausencia de una intención filial— el hecho determinante de la filiación en España; al menos mientras no se modifique el artículo 10.2 de la Ley de Registro Civil. *Vid. Echezarreta, Mayte*, <http://docplayer.es/14840714-Filiacion-biologica-versus-filiacion-intencional-revista-internacional-de-ciencias-sociales-interdisciplinaires.html>

discriminación por razón de orientación sexual. En efecto, posiblemente la reforma del Código civil operada con la Ley 13/2005 para asegurar la igualdad entre matrimonios del mismo sexo no ha tenido la traslación adecuada y necesaria a aquel sector del derecho privado que regula determinadas situaciones fácticas de las relaciones familiares; y ello a pesar que hoy se cuenta ya con unos parámetros de referencia en la doctrina del TEDH, opuestos por el momento a los que continúan teniendo vigencia en la legislación y la jurisprudencia española. Esta contradicción, así como la indecisión del legislador hasta tanto se lleve a cabo una modificación de las reglas legales que prohíben la filiación fruto de una maternidad por sustitución, seguirá produciendo una problemática de no fácil solución en torno a la compatibilidad con principios y derechos fundamentales constitucionales y convencionales¹⁷. Por el momento, y entre tanto se produce la necesaria reforma legislativa afectada por aquella doctrina jurisprudencial, las resoluciones que dicten los órganos judiciales nacionales tendrán que ajustarse una obligación constitucional, taxativa y formalmente inexcusable: el sometimiento «únicamente al imperio de la ley» (art. 117.1, CE); aunque esa aplicación prevalente y excluyente del principio de legalidad pueda llegar producir efectos potencialmente inconstitucionales¹⁸.

En efecto, el cuadro *principal* formado por unos valores superiores y derechos constitucionales representa el límite —como el parámetro vinculante— del reconocimiento e integración de resoluciones y decisiones que se produzcan fuera de nuestro ordenamiento. En este sentido, la indeterminación dogmático-conceptual y la evolución cultural de unos derechos fundamentales, cuyo *contenido esencial* (art. 53.1, CE) se determina —según la jurisprudencia reiterada y permanente del TC— por aquellos elementos que los hacen «reconocibles» en la realidad social donde se ejercen, estaría forzando indirectamente una imprescindible modulación de la interpretación rigorista que ha realizado el TS, completamente opuesta a aceptar los efectos de una filiación que surge de los acuerdos de gestación subrogada.

El dilema se circunscribe a la obligación de aplicar o no una norma de rango legal que se ve ya afectada por una jurisprudencia internacional plenamente opuesta a la que se defiende desde posiciones jurisdiccionales superiores y vin-

¹⁷ Vid. DÍAZ MARTÍNEZ, A., «La doble maternidad legal derivada de la utilización de Técnicas de Reproducción Humana Asistida», en *Derecho Privado y Constitución*, núm. 21, 2007.

¹⁸ En todo caso nos parece relevante a efectos de tutela procesal de los derechos fundamentales en juego, la interpretación que en su reciente Auto de 2 febrero de 2015 (Ponente R. Sarazá Jimena) defiende el TS, sobre la potencial utilización del incidente de nulidad de actuaciones. En esta resolución, y en contra de su anterior doctrina, se admite la posibilidad de volver a plantear este procedimiento especial tras una sentencia favorable al interesado del TEDH.

culantes en el orden nacional. Ese planteamiento —como lo hemos denominado, netamente «legalista» —no se ajustaría al principio básico que tiene que inspirar la aplicación judicial del ordenamiento jurídico; esto es, la interpretación «conforme a» Constitución. La actual problemática presenta una cierta analogía con aquella otra que, también desde la jurisprudencia del TS, no acababa de reconocer, en una etapa inicial cuando acababa de entrar en vigor el texto fundamental de 1978, la aplicabilidad directa e inmediata del principio de igualdad constitucionalizado en el artículo 14, sobre situaciones de discriminación real y jurídica de los hijos habidos fuera del matrimonio¹⁹. Hasta la modificación del Código civil que sancionó definitivamente la prohibición de discriminación con respecto a los hijos «matrimoniales» se mantuvo una actitud indecisa, basada ciertamente en la adopción por el contrario de otras reglas asimismo constitucionales, pero carentes —sin un desarrollo legislativo— de esa efectividad directa e inmediata: valor informativo (art. 53.3) del principio rector del artículo 39 (igualdad de los hijos). La interpretación del máximo órgano de la justicia ordinaria no se apartaba pues de la literalidad del articulado constitucional, si bien sus consecuencias chocaban abiertamente con el principio general de igualdad, así como con una de las causas específicas, de valor prevalente, de las prohibiciones de discriminación sancionadas en el artículo 14 de la ley fundamental.

No puede negarse que, objetiva o materialmente, el resultado jurídico la negativa del TS a aceptar la filiación en el extranjero, en el supuesto que aquí hemos analizado, supone un obstáculo evidente para garantizar y proteger adecuadamente los intereses del menor²⁰. Quizás no tanto por una hipotética situación de desamparo general que difícilmente va a tener lugar; aunque, salvado este extremo, lo cierto es que sí puede tener lugar una verdadera indefensión de aquél en el plano de los

¹⁹ Sentencia del TC 80/1982, de 20 de diciembre, donde reconoce el amparo en un tema (reconocimiento de filiación «no matrimonial»), si bien llega a ese resultado mediante la aplicación, no del mandato contenido en el artículo 39, sino del principio de igualdad (art. 14). Analizada por G. RUIZ-RICO RUIZ. *Los Principios Rectores de la política social y económica*. Universidad de Granada. 1986.

²⁰ La Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida (Ley 14/2006) modifica —como sostiene Barber Cárcamo— las premisas sobre las que el Código civil, condicionado por los mandatos constitucionales del artículo 39 de la CE, construiría el Derecho de filiación en la regulación de la Ley 11/1981; uno de los paradigmas de esta transformación sería la posibilidad de una doble maternidad biológica, sin padre (art. 7.3 LTRHA). Sin embargo, parece en efecto que focaliza su interés prioritariamente sobre la dimensión técnica de la aplicación de los medios con que se procura una gestación, y en todo caso de centra más en los posibles derechos y obligaciones de los sujetos (progenitores, donantes, madres biológicas, etc.) que intervienen en este tipo de procesos, que en los potenciales resultados que tienen sobre los hijos que nacen de la aplicación de esas técnicas. *Vid.* BARBER CÁRCAMO, R., *Reproducción asistida y determinación de la filiación*, cit., p. 37

intereses jurídicos, además de una potencial infracción constitucional de la prohibición de discriminación, como desigualdad injustificada y desproporcionada, garantizada desde el artículo 14 de la CE. Los derechos —constitucionales y civiles— del menor y los «padres de intención» no quedan suficientemente asegurados, desvirtuando así el marco normativo superior (art. 39, CE) del que se infiere una tutela prioritaria del hijo y, en consecuencia también, de la unidad familiar en la que va a desarrollar su existencia. La igualdad de los menores «con independencia de su filiación» difícilmente se puede alcanzar cuando se deniega por un órgano judicial la filiación surdida de este concreto uso de las TRHA. En definitiva, el cumplimiento riguroso y literal de la ley genera aquí una situación jurídica y fáctica en la que quedan claramente desprotegidos sus intereses, en tanto se alcanza una solución última sobre la filiación jurídicamente aceptable²¹.

El problema fundamental radica en el conflicto jurídico entre la ley española y una norma que forma parte del «orden público internacional», tal y como ha sido interpretada por una jurisprudencia que resulta vinculante para un Estado que ha establecido la prohibición y nulidad de ese contrato de gestación. Además, otra dificultad no menor consiste en reconocer unos efectos jurídicos aceptables —por no discriminatorios— a la situación de hecho que se genera con la falta de reconocimiento de la filiación.

Porque indudablemente la respuesta que ha dado hasta ahora el legislador nacional sigue sin ser acorde con esa doctrina jurisprudencial y, por tanto, no cumple todavía con el interés superior del menor y sus legítimos derechos, desde una doble perspectiva tanto constitucional como convencional. Tras las sentencias anteriormente comentadas del TEDH ha habido un intento infructuoso de introducir los cambios normativos que exigían esas resoluciones, aplicables en cuanto exégesis vinculante del Convenio de Roma en la esfera interna²².

²¹ Los supuestos problemáticos que pueden plantearse no son escasos. Flores Rodríguez los sintetiza acertadamente: «*los padres de intención, ahora 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 desparecer de su esfera personal por diferentes razones, por muerte o por ruptura, simultánea o sucesivamente, originando una serie de situaciones de desamparo respecto de la que constituye su familia social y moral*». *Vid. «Vientes de alquiler: más cerca de su reconocimiento legal en Europa. Comentario a la STEDH de 26 de junio de 2014, recurso n.º 65192/11», cit.*

²² La redacción definitiva en la Ley 19/2015, de 13 de julio, de medidas de reforma administrativa en el ámbito de la Administración de Justicia y del Registro Civil, elimina las referencias que se habían incluido en el proyecto de ley inicial, donde se abría —no exento todavía de dificultades— una vía para otorgar validez y reconocimiento a las resoluciones de filiación dictadas por órganos judiciales extranjeros: (Art. 44.7) *En los casos de nacimiento fuera de España, cuyo régimen de filiación esté sujeto a la legislación extranjera, se consignará en todo caso la filiación materna correspon-*

Quedan algunos otros interrogantes que no han sido resueltos suficientemente por la jurisprudencia. No está definida con claridad la relación directa entre el uso de las TRHA en los casos de maternidad por sustitución y las limitaciones que impone el artículo 8 del Convenio al derecho a la vida privada. Cabría poner en duda si se ha argumentado adecuadamente por la jurisprudencia su aplicación, y en definitiva cuál de esas potenciales y «legítimas» restricciones operan en realidad en este tipo de supuestos. Del mismo modo, se podría cuestionar hasta qué punto existe una conexión directa e insuperable entre esos principios «moduladores» y eventualmente restrictivos del derecho a la intimidad y la finalidad principal (creación de una familia) que impulsa realmente ese método de gestación «indirecta» o por subrogación; como para justificar una limitación tan grave en la autonomía individual que repercute —intensamente a nuestro juicio— en el principio constitucional del desarrollo de la persona. Del mismo modo, habría que plantearse la estrategia interpretativa que usa el TEDH a la hora convertir el derecho a la intimidad personal en una especie de *cajón de sastre* donde se incluye cualquier interés jurídico al que podría atribuirse una conexión, cualitativa o sustancial, con la noción/principio constitucional del «desarrollo de la personalidad».

La jurisprudencia del TEDH genera un problema adicional a los tribunales de justicia mientras no tenga lugar la necesaria modificación que requiere la LTRA para adecuar la normativa española a la interpretación auténtica del derecho convencional. Los casos que se puedan plantear en ese intervalo de tiempo a los órganos judiciales españoles exigirían ser resueltos conforme al alcance que le ha otorgado aquélla al «derecho a la intimidad personal» según la versión del artículo 8 de la Convención.

Sin embargo, no cabe resolver fácilmente el dilema que plantea la aplicación jurisdiccional de una ley que, estando todavía en vigor, resulta de obligado cumplimiento para las autoridades nacionales; y más aún para un poder judicial subordinado expresamente al «imperio de la ley». Pero, de otro lado, tampoco se puede eludir el mandato constitucional que obliga a interpretar el contenido de los derechos y libertades regulados en el Título Primero de la norma constitucional «conforme a» los Tratados y convenciones ratificados por el Estado español en la materia. En este sentido no parece que exista una diferencia significativa en el contenido esencial de los derechos consagrados en el doble plano

diente a la madre que ha gestado, siendo necesaria para hacer constar la filiación no matrimonial la declaración conforme de ambos sobre dicha filiación; si la madre estuviera casada y la legislación extranjera lo exigiera, se precisará la conformidad del o la cónyuge respecto de tal filiación. En cualquier otro caso, para la inscripción en el Registro Civil de la filiación del nacido será necesario que haya sido declarada en una resolución judicial reconocida en España mediante un procedimiento de exequátur.

convencional (*derecho al respeto de su vida privada y familiar*, art. 8 CEDH) y constitucional (derecho a la intimidad personal y familiar, art. 18, CE); como tampoco en los límites que fijan el alcance y ejercicio de ambos derechos.

La diferencia, a efectos formales, radica en que en la esfera normativa constitucional no aparecen enunciados como tales los límites que sí modulan de forma explícita esos derechos convencionales; si bien podrían considerarse implícita o expresamente contenidos en otros principios generales y derechos, tales como la prohibición del abuso del derecho, el derecho a la vida y la integridad moral (art. 15.1) o la seguridad frente al delito (art. 18.2). Por el contrario, en el Convenio esas potenciales restricciones se encuentran amparadas por una formulación positiva enunciada en forma de catálogo o listado de condicionamientos eventualmente prioritarios frente a su ejercicio individual: *la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás*. Tradicionalmente en la teoría de los límites de los derechos constitucionales existe el criterio generalmente admitido de que la única motivación para aceptar la restricción de un derecho o libertad es la defensa o garantía de otro derecho, o al menos de un principio o bien jurídico que tenga expreso reconocimiento en la norma fundamental.

Pero justamente esta condición es la que puede faltar en la dialéctica que confronta al derecho a la intimidad personal y familiar y el «orden público» (internacional) que se desprende de la Ley 14/2006. En efecto, en la CE no existe una nítida restricción —formalmente enunciada— del contenido del derecho reconocido en el artículo 18 que tenga como justificación la defensa o protección de otro bien jurídico de relieve o naturaleza constitucional. De ahí, que la prioridad que otorga el legislador a ese principio (orden público internacional) no podría tener la fuerza ni intensidad suficiente como para acortar en exceso una manifestación «esencial» del derecho a la intimidad/privacidad. Ciertamente no se trata —como todos los derechos y libertades constitucionales— de un derecho absoluto e ilimitado; pero las posibles prohibiciones y condicionamientos que se le puedan aplicar deberían tener una base más sólida desde una perspectiva constitucional; lo que no parece existir tanto si se examina la fórmula utilizada en el precepto mencionado, como si se hace una interpretación sistémica o integral del conjunto del articulado constitucional.

El problema surge —como hemos advertido— en forma de dilema jurisprudencial entre optar por la aplicación de una ley contraria abiertamente a la norma convencional, e indirectamente también a la propia Constitución, o bien aceptar la inaplicación de la misma por entender que en este caso se impone una

interpretación prevalente *secundum conventionem*, pese a que con ello produzca como efecto una interpretación *contra legem*.

Una segunda alternativa a la inaplicación jurisdiccional de la ley española sería el planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad, paralizando el procedimiento judicial hasta el pronunciamiento del TC, y evitando así que se adopte una resolución conforme a la legalidad pero probablemente inconstitucional por violación del artículo del artículo 10.2 y del derecho consagrado en el artículo 18.1 de la CE.

Finalmente, existe una última alternativa a raíz de la reciente reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LO 7/2015, de 21 de julio), que asegura la acomodación jurisprudencial —aunque no automáticamente la adaptación legislativa—, a través de la técnica procesal del recurso de revisión, cuya interposición debe garantizar y la aplicación por los jueces españoles de la doctrina del TEDH. La reforma de la LOPJ estaría no solo facilitando la vía procesal para la revisión de las sentencias dictadas por órganos judiciales españoles que incumplen la interpretación correcta del Convenio de Roma por la Corte de Estrasburgo, sino imponiendo indirectamente a aquéllos la obligación de aplicar esta última en la resolución de los recursos de revisión que se interpongan²³.

El dilema en este momento tiene dos componentes bastante claros *a priori*, aunque de necesaria matización. La decisión de seguir rechazando aquella filiación que tiene su origen en un contrato de gestación por sustitución sería la más correcta en términos jurídico-legales, hasta tanto se lleve a cabo la adaptación de la legislación española a la sentencia del TEDH. Pero al mismo tiempo, la perspectiva prevalente y superior del interés del menor obliga a adoptar una interpretación que calificaríamos de «alternativa» y provisional, en virtud de la cual la inadmisión de la validez de ese contrato conforme al derecho español no sería incompatible con aceptar la filiación que deriva del mismo, reconocida previamente conforme a una legislación y jurisdicción extranjera. Obviamente esta segunda opción sigue requiriendo la solución formal definitiva a través de la reforma de la Ley 4/2006, para conseguir de este modo que se imponga definitiva y expresamente la doctrina más favorable a los derechos de los sujetos involucrados (menores y padres de intención). El cambio en la norma significaría

²³ El texto de la norma no deja dudas en ese doble sentido: (Artículo 5 bis) *Se podrá interponer recurso de revisión ante el Tribunal Supremo contra una resolución judicial firme, con arreglo a las normas procesales de cada orden jurisdiccional, cuando el Tribunal Europeo de Derechos Humanos haya declarado que dicha resolución ha sido dictada en violación de alguno de los derechos reconocidos en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales y sus Protocolos, siempre que la violación, por su naturaleza y gravedad, entrañe efectos que persistan y no puedan cesar de ningún otro modo que no sea mediante esta revisión.»*

indirectamente y al mismo tiempo otorgar una relevancia que hoy parece no tener la voluntad o «derecho a procrear», como una dimensión de la autonomía de la voluntad enclavada en el *contenido esencial* del artículo 18 de la CE (intimidad personal), a la luz de la doctrina jurisprudencial supranacional que se ha consolidado ya del artículo 8 del CEDH. Y en la medida en que forma parte de ese ámbito sustantivo de intereses y facultades protegidos por la Constitución, quedaría fuera de la *disponibilidad* de la ley la restricción de ese contenido básico y fundamental, más allá de la posible modulación con otros derechos y bienes jurídicos de igual rango constitucional (la dignidad de la mujer en casos de necesidad y frente al riesgo de explotación; o el posible tráfico mercantil con la vida del menor).

Ciertamente la cuestión desde el punto de vista constitucional se puede focalizar también en la cuestión de si el legislador tiene una obligación, derivada de la CE (14.1 y sobre todo 9.2), de contemplar en la norma un tratamiento específico para la utilización de las TRHA de los matrimonios homosexuales (gays), que impida generar una desigualdad desproporcionada e injustificable, en el ejercicio de un posible *derecho constitucional a la procreación*, con fundamento en el derecho a la intimidad personal y familiar, interpretado —y derivado por tanto en función del art. 10.2 (CE)— conforme a la doctrina reciente del TEDH. Ciertamente el planteamiento anterior no puede conducir a admitir sin las reservas convenientes la fundamentación directa e indubitable de un derecho a procrear, de naturaleza constitucional y configuración no esencialmente legislativa. En todo caso, la regulación actual de la Ley 14/2006 (art. 7.3), al considerar o permitir la posibilidad de que —únicamente— las mujeres casadas puedan beneficiarse de la aplicación de las TRHA para obtener la filiación a favor de la madre no gestante, está generando indirectamente una situación o efecto discriminatorios en las parejas de varones. La desigualdad jurídica puede encontrar su justificación inicialmente en la «desigualdad de hecho biológica», desde la que el legislador estaría autorizado a ofrecer un trato igualmente desigual. Pero es justamente la posibilidad que ofrece la adopción de estos avances tecnológicos lo que situaría en un plano de teórica igualdad de hecho en cuanto a la procreación a las parejas de gays. En cuanto a las parejas homosexuales formadas por mujeres, lo determinante no sería tanto el presupuesto de hecho biológico, sino el procedimiento que se adopte para superar esas barreras fisiológicas, bien para admitir la contratación de un «vientre de alquiler», bien para obtener la fecundación in vitro con material genético de un donante; en cuanto a las parejas homosexuales de hombres la única solución obviamente sería la primera de las alternativas mencionadas.

La cuestión quizás debería centrarse en los sistemas de garantías, más que en la dimensión «sustantiva» que generaliza una prohibición, legítimamente fun-

dada en lo que respecta a sus objetivos y finalidad (evitar la mercantilización del menor y asegurar la dignidad de la madre gestante frente a eventuales riesgos de explotación), pero que omite la necesaria ponderación casuística, donde eventualmente se puede constatar la ausencia de esos riesgos contra una de las dimensiones que tiene en efecto el orden público internacional en este ámbito del Derecho de Familia. Aunque desde otra perspectiva seguiría sin quedar resuelto el inconveniente, insalvable *a priori* en nuestro ordenamiento constitucional, de controlar y invalidar en su caso la posible «omisión legislativa», aunque no del todo imposible si son netamente inconstitucionales las consecuencias de esa pasividad del órgano competente para intervenir en esa esfera regulativa.

No parece probable un posible «desarrollo judicial» del artículo 3 de la Convención. Quizás sea más viable apoyarse en algunos mandatos de la norma fundamental (artículos 10, 9, 18, 39), para alcanzar un resultado con suficiente cobertura, constitucional y convencional, a la inaplicación por el órgano jurisdiccional de una disposición de orden legal que los contraviene en este momento. El objetivo sería evitar que se reproduzca una situación semejante a la que, en la etapa inicial de nuestro régimen constitucional, conducía a la inaplicación judicial del principio de igualdad entre hijos «extramatrimoniales, antes de la reforma del Código civil que permitiría dar cumplimiento al mandato constitucional contenido en el artículo 39 de la Constitución. El hecho de que esa variante del principio de igualdad quedara enunciado en un precepto sin teórica aplicabilidad judicial inmediata, por propio deseo del constituyente (art. 53.3, CE), fue un obstáculo para poder «invocar» y aplicar en consecuencia el principio de igualdad en ese ámbito del derecho de familia.

En definitiva, es necesario tomar en consideración las situaciones transitorias y temporales a que obliga el cumplimiento de la sentencia del TS, que inevitablemente estarían generando una clara indefensión y efectiva discriminación del menor (en la reclamación de alimentos, por ejemplo), cuya filiación no se ha establecido de forma definitiva, al haber sido rechazada aquélla de hecho por la madre biológica y gestante, y no disponer todavía de una definitiva —por no haber concluido aún el procedimiento establecido para ello— conforme al ordenamiento español.

Por último, debemos señalar que los condicionamientos culturales y el contenido y alcance de las exigencias moral/éticas tienen una presencia reforzada en cuestiones de esta naturaleza en el momento de la creación y posterior exégesis jurisdiccional de la norma. El grado de detalle y precisión regulativa de aquélla puede determinar que el intérprete judicial se encuentre frente a dilemas «moral-culturales» que no deberían ser resolutivos de un conflicto de naturaleza jurídico-constitucional.

V. ALGUNAS CONCLUSIONES PROVISIONALES A LA ESPERA DEL LEGISLADOR

Creemos que del artículo 39 de la CE deriva no tanto una obligación de los poderes públicos para proporcionar una tutela «social-prestacional» idéntica a todas las formas de unidades familiares²⁴, pero sí al menos un mandamiento para no impedir posibilidades de desarrollo personal (maternidad/paternidad), mediante una legislación restrictiva —condicionada por el hecho biológico— que ampare una desigualdad injustificada entre familias tradicionales y heterosexuales frente a otros modelos «alternativos» familiares (homosexuales, monoparentales). Ciertamente a este planteamiento no sería ajeno el artículo 14, el cual, en efecto, no impone la obligación del legislador (léase aquí, el conjunto de los poderes públicos con potestades normativas) de dar el mismo tratamiento jurídico a situaciones fácticas diferenciadas; pero en todo caso tampoco justifica el que aquél resulte desproporcional ni irrazonable, o bien produzca un resultado o efectos netamente discriminatorios.

De este modo, la nulidad de la filiación en el caso de la maternidad subrogada solo sería válida, en términos constitucionales, si no quedan afectados otros fines y bienes constitucionales (protección del menor, dignidad de la mujer). Establecidos legalmente los necesarios controles para evitar la lesión en algunos estos fines y compromisos adquiridos por mandato constitucional, no tendría sentido restringir la autonomía individual de quienes desean alcanzar esa plenitud en su desarrollo personal mediante un acuerdo de voluntades para la gestación de una mujer con la que no se tiene relación o vínculo alguno convivencial o marital.

²⁴ En este línea representan a nuestro juicio un avance la doctrina que empieza a abrirse paso en el Tribunal Supremo, el cual ha reconocido recientemente ya el derecho a las prestaciones de la Seguridad Social en los casos de maternidad (SSTS 25 de octubre del 2015 y 16 de noviembre del 2016); para ello va a utilizar en sus resoluciones el principio de la analogía, al tratarse de situaciones no previstas aún en el Estatuto de los Trabajadores ni en la Ley General de la Seguridad Social. De esta forma el TS va a ofrecer una solución muy distinta la que se había dado por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea a dos cuestiones prejudiciales presentadas por jueces del Reino Unido e Irlanda (sentencias de 18 de marzo del 2014); el TJUE no había considerado contraria al ordenamiento europeo la negativa a conceder ese tipo de prestaciones por maternidad subrogada, por estimar que los Estados no estaban obligados a reconocerlas en sus respectivos ordenamiento ni suponer una discriminación de la madre subrogante. Por el contrario, entre los razonamientos que utiliza el TS español, se apoya la idea de que la legislación de la UE establece un estándar mínimo de protección que puede ser incrementado discrecionalmente por las legislaciones nacionales; asimismo el argumento de que los derechos del menor no pueden verse afectados negativamente por el hecho de haber nacido por este sistema, y con independencia de que la legislación española considere nula su filiación.

La CE vendría así a delimitar el alcance de determinadas facultades decisorias de la libertad individual, en un campo donde entran en juego otros límites valores y principios que deben salvaguardarse. Si bien sería conveniente precisar que, de igual manera, no tiene fundamento en su articulado la generación automática de un derecho subjetivo —fundamental o simplemente constitucional— a exigir de los poderes públicos la aplicación de TRHA para un fin que puede ser en sí mismo irreprochable constitucionalmente (conseguir la maternidad/paternidad), susceptible además de quedar enmarcado dentro de nociones (dignidad, desarrollo) expresamente reconocibles en la Ley suprema del Estado.

Pero el hecho de que carezca de fundamentación constitucional la posibilidad de reclamar el cumplimiento de una hipotética obligación pública —prestacional— de esa naturaleza, no puede traducirse ni conducir a la ilicitud de una decisión que se adopta en ejercicio estricto y legítimo de la autonomía personal²⁵; el que no tenga encaje explícito en el texto constitucional no tiene por qué significar que entre forzosamente en colisión con aquél. Porque de la norma constitucional no se infiere —ni directa ni implícitamente— una prohibición para poder emplear las TRHA con fines no contradictorios con sus principios y derechos. Al contrario, configura un espacio jurídico «abierto», desde el que es posible una interpretación evolutiva adaptada a nuevas realidades y demandas social-culturales²⁶. Esa ductilidad debe combinarse con un compromiso constitucional, esta vez diáfano y explícito en contra de la discriminación (artículos 14 y 9.2), en virtud del cual se deben considerar inválidas aquellas opciones legis-

²⁵ La ilicitud tiene consecuencias incluso más allá de la esfera civil. En este sentido, aunque el artículo 221 del Código Penal parece pensado para otro tipo de supuestos de hecho, sin embargo su enunciado literal podría encajar y ser aplicable al caso de los contratos de «vientre de alquiler»: «1. *Los que, mediando compensación económica, entreguen a otra persona un hijo, descendiente o cualquier menor aunque no concorra 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. 2. Con la misma pena serán castigados la persona que lo reciba y el intermediario, aunque la entrega del menor se hubiese efectuado en país extranjero.*

²⁶ Parece decantarse por una interpretación contraria a esa «apertura constitucional» Martínez López Muñiz. Muestra de esa posición netamente restrictiva sería el concepto de familia que defiende, vinculada sólo a una finalidad generacional: «*Cualquier relación interpersonal no derivada inmediata o mediatamente de la generación (o de algún hecho jurídicamente equiparable según lo que acaba de recordarse) o que, por razones naturales, no constituya una estructura relacional de suyo y en abstracto o de modo general apropiada para generar nuevas vidas humanas de forma natural, no tiene encaje constitucional en el modelo de familia que la Constitución obliga a proteger, no solo ni principalmente social y económico, sino también y sobre todo jurídicamente*». Vid. «La familia en la constitución española», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 20, n.º 58, 2000, pp. 11 y ss.

lativas que generan real o potencialmente efectos antagónicos a la igualdad entre las personas y las relaciones de convivencia que éstas son capaces de desarrollar.

El examen detenido de la jurisprudencia constitucional nos permitiría constatar una línea de interpretación flexible y «adaptativa», con la que el TC ha ido actualizando las instituciones de derecho privado. Esa «receptividad»²⁷ —no siempre homogénea ni constante, hay que puntualizar— se ha traducido en una tendencia a proporcionar un reconocimiento y tutela a las nuevas modalidades familiares y matrimoniales. Por esta razón, se entendería bien la proyección de una perspectiva constitucional sobre una modalidad concreta de relaciones jurídico-privadas, en las que se conforman y materializan algunos de los elementos axiológicos basilares de nuestra norma fundamental²⁸.

Title:

The constitutional problem derived from the assisted reproduction techniques: the case of surrogate motherhood

Summary:

I. Introduction. II. The canon of conventionality in the issue of affiliation by the «surrogate motherhood» procedure. III. Difficulties for the reception of the doctrine of the ECHR by Spanish legislation and jurisprudence. IV. Constitutional uncertainty until a future

²⁷ Para Rodríguez Ruiz, «*El Tribunal Constitucional, en definitiva, nos ha proporcionado una aproximación al definición del concepto constitucional de familia cuya apertura ofrece protección constitucional a una diversidad de modelos de convivencia (...). De este modo, y sobre la base del artículo 39.1 CE, el Tribunal Constitucional obliga a los poderes públicos a mantener una actitud receptiva hacia las posibles necesidades de tutela que puedan mostrar diversos modelos de convivencia con presencia social»*». Cfr. RODRÍGUEZ RUIZ, B. *Matrimonio, género y familia en la Constitución española: trascendiendo la familia nuclear*, op. cit., p. 92.

²⁸ La sentencia del TEDH de 27 de enero del 2015 (Paradiso y Campanelli contra Italia) abre una incógnita e introduce una cierta inseguridad sobre la aplicación de la doctrina mantenida en resoluciones anteriores (2014). En esta otra resolución la Corte de Estrasburgo aceptaría la decisión del Estado italiano de retirar a sus padres la custodia de un menor nacido mediante contrato de maternidad subrogada. El supuesto tiene algunas particularidades no obstante, ya que no existía ningún vínculo biológico de los padres con el menor y se había presentado una falsa certificación de nacimiento (en Rusia). La sentencia otorga prioridad al interés público del Estado italiano y rechaza la alegación de una posible violación del artículo 8 del Convenio de Roma.

legislative reform. V. Some provisional conclusions waiting for the legislator.

Resumen:

Actualmente el uso de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida (TRHA) genera algunos interrogantes y cuestiones no resueltos de manera expresa ni suficiente por una regulación constitucional deficitaria en estas materias. El presente estudio se centra en una dimensión, la denominada «maternidad por subrogación», que ha cobrado una importancia y actualidad notables, debido a una jurisprudencia del TEDH, contradictoria con la solución jurisdiccional que se ha dado a este tema en España. Por otro lado, hasta el momento no se ha producido la reforma legal, imprescindible para incorporar al ordenamiento nacional la interpretación correcta de los derechos fundamentales afectados por esa interpretación que se impone desde una esfera convencional.

Abstract:

Nowadays the use of Assisted Reproduction Techniques has resulted in some unresolved problems and issues not expressly addressed by a lacking constitutional regulation in these matters. This essay focuses on one dimension, the so-called surrogate motherhood which has gained considerable importance and has now become particularly topical due to ECtHR case law, inconsistent with the judicial solution that has been given to this issue in Spain. On the other hand, such a legislative reform, essential to incorporate into national law the correct interpretation of the fundamental rights affected by that interpretation imposed from the conventional sphere, has not been carried out to date.

Palabras clave:

Constitución, derecho civil, derechos fundamentales, reproducción asistida, maternidad subrogada.

Key words:

Constitution, civil law, fundamental rights, assisted reproduction, surrogate motherhood