



XX Congreso Internacional Ciencia y Vida
La vida humana y la preservación de la casa común

Universidad Católica de La Plata/Universidad Libre
Internacional De Las Américas



MADRE NO HAY MÁS QUE UNA, PERO DE ALQUILER. Matrimonios homosexuales de varones y gestación por sustitución

Marta Albert

Prof. Filosofía del Derecho de la Universidad Católica de Valencia “San Vicente Mártir”.

Resumen: El trabajo aborda la cuestión del alquiler de útero en el caso en el que los comitentes son cónyuges del mismo sexo, en concreto, masculino, al hilo del análisis del denominado “caso cero” de maternidad subrogada en España. La diferencia entre matrimonios de varones y matrimonios de mujeres es evidente por lo que respecta al asunto de la procreación y a la necesidad de recurrir al alquiler de un vientre. Se valora si la nulidad del contrato de gestación de sustitución supone una discriminación para los matrimonios de varones y un perjuicio para los menores nacidos tras la firma de este tipo de contratos. Se defiende la idea de que no existen argumentos jurídicamente relevantes que avalen la pretensión de dos hombres de ser padres naturales de un hijo, en cambio, sí existen argumentos válidos en derecho para defender la nulidad de un contrato que tiene por objeto la gestación de un ser humano, ya que se trata de una finalidad extraña al tráfico jurídico.

Palabras clave: Maternidad subrogada. Matrimonio homosexual. Igualdad, no discriminación. Interés superior del menor.

INTRODUCCIÓN: El final del “caso cero” de maternidad subrogada y el problema de la determinación de la filiación a favor de cónyuges del mismo sexo. La gestación por sustitución en su contexto.

En marzo de este año, el Tribunal Constitucional español inadmitía a trámite el recurso de amparo planteado en el denominado “caso cero” de maternidad subrogada, poniendo punto final a un proceso judicial que ha durado ocho años.

Durante esos ocho años, un matrimonio compuesto por dos varones españoles ha pleiteado por el reconocimiento de ambos como progenitores naturales (no adoptivos) de los dos niños habidos en California como resultado de un contrato de gestación por sustitución¹.

Me ocuparé en lo que sigue de aquellos casos en los que la gestación es contratada por parejas de varones por dos razones fundamentales: una, fáctica, y es que la jurisprudencia con la que contamos en España es la que hace referencia a este caso, para ser exactos, a la filiación de dos niños a favor de dos varones, cuya existencia trae causa de estos contratos, considerados nulos por el derecho español; la segunda, en cambio, tiene que ver con motivaciones filosófico jurídicas, y es que el caso de las uniones de varones y de su recurso al vientre de alquiler es particularmente interesante

¹ Por mi parte, empleo la denominación «gestación por sustitución» por ser la que acuñó la Comisión especial de Estudio de la Fecundación in Vitro y la Inseminación Artificial Humanas (Comisión Palacios), así como por la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida.



XX Congreso Internacional Ciencia y Vida
La vida humana y la preservación de la casa común

Universidad Católica de La Plata/Universidad Libre
Internacional De Las Américas



desde la perspectiva del pensamiento jurídico. La cuestión, no ya de la orientación sexual de los comitentes, que parece del todo irrelevante aquí, sino de su condición homosexual, esto es, del hecho de ser del mismo sexo, que es de suyo incompatible con la procreación, nos ayuda a reflexionar sobre la relación del derecho con la verdad y, también, con la voluntad de las personas. El avance imparable de la autonomía de la voluntad llega, en el caso que comentamos, hasta esferas hasta hace poco insospechadas. Es un buen ejemplo para analizar la clásica dicotomía verdad-voluntad y su juego en la determinación del derecho positivo. Todo un clásico de la filosofía del derecho universal.

Ofrecemos, por tanto, una perspectiva muy jurídica sobre el asunto que nos ocupa. Esto es esencial para formular la hipótesis que constituye nuestro punto de partida: si la gestación por sustitución es un contrato (o pretende serlo) negándole naturaleza jurídica estaríamos refutándolo en su ser mismo. Si el vientre de alquiler no puede ser un alquiler, ¿qué podría ser, si no?

Obviamente, el alquiler de úteros puede analizarse desde muchas perspectivas: sociológica, sanitaria, económica... pero no olvidemos que es un contrato y, como tal, un negocio esencialmente jurídico. El alquiler de vientres es asunto primordialmente del derecho, porque es jurídicamente relevante, con independencia de que esté legalizado o perseguido por las normas, (las normas no definen el ámbito de lo jurídicamente relevante). Como todo el mundo sabe, hay relaciones jurídicas a título oneroso y relaciones jurídicas a título gratuito. La gratuidad no convierte un negocio jurídico en un acto de amistad. No hay maternidad subrogada, ni la denominada altruista, que no se presente a sí misma como un negocio jurídico y por tanto, debe ser analizada jurídicamente.

Para comenzar, y con carácter introductorio, considero necesario contextualizar la jurisprudencia española en torno a la gestación por sustitución, situándola en el marco de dos realidades jurídicas muy decisivas: la aprobación del matrimonio homosexual, en el año 2015 y la aprobación de la “doble maternidad legal”, en el año 2007. Después, añadiré una tercera variable, de orden más bien cultural o sociológico.

Y es que el “caso cero” de maternidad subrogada comienza en 2008, sólo un año después de la reforma de Ley española de Técnicas de reproducción humana asistida, en virtud de la cual, cuando la mujer estuviere casada, y no separada legalmente o de hecho, con otra mujer, esta última podrá manifestar ante el Encargado del Registro Civil del domicilio conyugal, que consiente en que cuando nazca el hijo de su cónyuge, se determine a su favor la filiación respecto del nacido (redacción según Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas).

Así, para el caso de que la unión de dos mujeres tome la forma de matrimonio, la ley prevé la posibilidad de establecer la filiación directamente a favor de la cónyuge de la madre, que será también “madre”² cuando, antes del nacimiento del niño, preste su

² Serán ambas progenitoras (A y B), en sentido estricto.

consentimiento ante el Encargado del Registro Civil para la determinación de la filiación a su favor del hijo nacido de su cónyuge.

De esta manera, se da carta de naturaleza a lo que se llama “doble maternidad legal”, es decir, el reconocimiento de dos mujeres como progenitoras, por igual (sin que medie adopción), de un hijo.

La tercera variable que no debemos perder de vista es el giro de 180 grados que hemos dado, como civilización, en lo que respecta a nuestra concepción de la paternidad y de lo que entendemos por “tener un hijo”.

En esto, no creo que existan grandes diferencias en razón de la orientación sexual de los progenitores. En parejas heterosexuales y homosexuales predomina la idea de que el hijo puede ser programado, producido e incluso exigido jurídicamente³. La determinación de la filiación basada en la voluntad y no en la verdad consiste básicamente en esto. Lo que ocurre es que las nuevas técnicas de reproducción humana asistida han tenido especial relevancia para las parejas cuyos miembros son del mismo sexo.

Estas técnicas les permiten que, con la prácticamente inadvertida colaboración de donante anónimo, tanto las parejas de varones como las de mujeres puedan ver cumplido su sueño de tener hijos “sólo de los dos” y “de los dos por igual”, en pie de igualdad con las parejas heterosexuales⁴.

Pero la propia naturaleza de las cosas ha introducido aquí un factor “discriminatorio”: las mujeres pueden, como hemos visto, llegar incluso a tener títulos de maternidad por partida doble: es posible que una sea la madre “genética” (aunque esto sea irrelevante para nuestro derecho) mientras la otra da a luz. La necesaria presencia de un espermatozoide parece verse reducida a un trámite más del proceso que es preciso cumplir hasta lograr un hijo que es realmente “de las dos”. Otras veces, el óvulo puede ser de la propia gestante o de un donante anónimo. Pero normalmente una de las dos mujeres de la pareja podrá dar cumplimiento al elemento más visible de la venida al mundo de un hijo: el embarazo y el parto.

Los varones, en cambio, deben necesariamente recurrir a una mujer que gaste el hijo concebido con el semen de uno de ellos (o de donante) y el óvulo de un donante. Y si este último puede ser relegado al olvido, como el espermatozoide en el caso anterior, es mucho más difícil obviar la presencia de un embarazo de nueve meses que se lleva a cabo en el vientre de una mujer. Esto último impide el reconocimiento legal de su copaternidad, ya que el incumplimiento del trámite previo de la adopción implicaría que la filiación traería origen de un contrato declarado nulo por nuestro ordenamiento jurídico: el contrato de gestación por subrogación (artículo 10 de la LTRHA).

³ Sobre esta percepción, directamente en conexión con el problema de la gestación de sustitución, vid., LÓPEZ GÚZMAN, J; APARISI MIRALLES, A., “Aproximación a la problemática ética y jurídica de la maternidad subrogada”, Cuadernos de Bioética, XXIII, 2012, 2, p. 254.

⁴ Cuando José y Juan decidieron tener un hijo lo tuvieron claro: querían que fuera **lo más "hijo suyo posible", con su carga genética**. Como la naturaleza obliga, tuvieron que contar con la ayuda de una mujer. Pero ellos no querían que ella -por muy estupenda que fuera- interfiriera en su familia. Por eso acudieron a una agencia californiana, que les facilitó una gestante subrogada (lo que coloquialmente se llama vientre o madre de alquiler, un término que ellos rechazan tajantemente). El País, 10 de octubre de 2010: *Niño legal de mamá ilegal*. Relato, con nombres figurados, de la historia del “caso cero”.



La gestación por subrogación se nos presenta aquí como una solución jurídica (pues constituye un contrato) que viene a resolver una situación de facto que se considera injusta. Algo normal en la vida del derecho, que está llena de ficciones, definiciones legales, etc. Algo normal para una mente jurídicamente programada, para la que el problema de la justicia no tiene que ver tanto con lo que las cosas son como con los que pensamos que cada cosa merece. La vida del derecho transcurre en paralelo con la vida real, pero ¿totalmente desconectada de ella?, ¿dónde está el límite?, ¿hay un punto en el que lo legal deba allanarse ante la normatividad de lo natural, de las cosas mismas?

1. El contrato de gestación por sustitución

El artículo 10 de la ley 14/2006, de 26 de mayo, de técnicas de reproducción asistida en España establece que: “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”.

Vela Sánchez ha definido la gestación de sustitución como un “fenómeno social —en pleno proceso de expansión— por el cual una mujer, mediante contraprestación o sin ella, se compromete a gestar un bebé para que otra u otras personas puedan ser padres, biológicos o no”⁵. No comparto, sin embargo, este punto de vista excesivamente sociológico puesto que, como ya se ha indicado, la gestación de sustitución es, sobre todo, un contrato, es decir, un asunto jurídico, no un “fenómeno social”.

Entendido como contrato, la gestación de sustitución tiene por objeto la cesión del útero de una mujer para la gestación de un ser humano, a cuenta de una persona o varias que, a título oneroso o gratuito, encargan a la mujer que cede su útero la fecundación y posterior embarazo (son los comitentes), obligándose esta a entregar el fruto de la gestación tras el parto a los comitentes.

Sobre esta base, las variantes son múltiples. Vicente Bellver las ha sistematizado en razón de los siguientes criterios⁶:

- Finalidad con la que actúa la gestante (altruista o lucrativa)
- Condiciones de entrega del bebé (si la madre puede o no arrepentirse tras el parto)

⁵ VELA SÁNCHEZ, A. J., «La gestación de sustitución o maternidad subrogada: El derecho a recurrir a las madres de alquiler», Diario LA LEY, núm. 7608, Sección Doctrina, 11 de abril de 2011, año XXXII, Editorial LA LEY.

⁶ BELLVER, V., “¿Nuevas tecnologías? Viejas explotaciones, El caso de la maternidad subrogada, Revista SCIO, n11, noviembre 2015, pp. 24-27.



XX Congreso Internacional Ciencia y Vida
La vida humana y la preservación de la casa común

Universidad Católica de La Plata/Universidad Libre
Internacional De Las Américas



- Origen genético del hijo gestado (aunque la inseminación artificial con semen del comitente es la opción más común son posibles prácticamente todas las combinaciones)
- Tipo de padres legales que tendrá el hijo: pareja heterosexual, homosexual, de varones o mujeres o incluso una persona jurídica
- Causa que motiva la subrogación (problemas médicos, imposibilidad biológica, causas sociales, económicas, otras obligaciones contractuales –de no embarazarse por un periodo de tiempo–)
- Localización geográfica de comitentes y gestante
- Nivel de conocimiento y libertad de la gestante
- Características de la relación jurídica que se establece entre ellos (lo más normal es que se dé la mediación de una agencia, aunque puede establecerse una relación jurídica directa).

Como cabe colegir, el caso del que nos ocupamos, los comitentes son una pareja (no persona sola, aunque cuanto decimos es aplicable a la situación del varón solo que desea tener un hijo biológico sin mantener relaciones sexuales con ninguna mujer), de personas del mismo sexo, dos varones, que contratan directamente o a través de agencia⁷, a una mujer para que gesticione para ellos un niño, usando el semen de uno de ellos o de donante, y el óvulo de la gestante o de una tercera persona.

2. El iter procesal del “caso cero” en España

- a. Desde el juzgado de primera instancia nº 15 de Valencia al Tribunal Supremo

El contrato de gestación por sustitución es, como sabemos, nulo de pleno derecho. Esta es cuestión que no se ha discutido en ningún caso en nuestros tribunales⁸. Lo que sí se ha discutido es la cuestión de la determinación de la filiación de los niños nacidos como consecuencia de este tipo de contratos en el extranjero, cuando el regreso a nuestro país, tras el nacimiento, pone sobre la mesa el problema de la legalización de la situación de unos niños cuya existencia misma que procede de un contrato no prohibido o sancionado, sino directamente nulo en nuestro derecho (es decir, un contrato cuyos efectos no existen para el ordenamiento jurídico).

El 7 de noviembre de 2008, dos varones españoles, casados entre sí desde octubre de 2005, solicitan la inscripción del nacimiento de dos hermanos gemelos como hijos de ambos en el Registro Consular de España en el Estado de California.

Con fecha de 10 de noviembre de 2008, el canciller encargado del Registro Civil

⁷ Puesto que para tratarse de un contrato nulo de pleno derecho el número de agencias disponibles a un clic en internet es bastante asombroso. Vid., <http://subrogalia.com/> ; <http://biotexcom.es/> ; <http://interfertility.es/gestacion-subrogada-servicios> <http://successful-parents.com/>

⁸ Ha habido distintas iniciativas para legalizar el alquiler de vientres. Con ocasión de la reforma de la ley de Registro Civil se planteó la posibilidad de legalizar de algún modo su práctica en el extranjero, por la vía de regular las condiciones de inscripción registral de los hijos nacidos en virtud de este contrato fuera de nuestro país. Por otra parte, hay una iniciativa legislativa popular en marcha que defiende la legalización bajo ciertos supuestos de la gestación por sustitución.



consular dictó auto denegando la inscripción, alegando que el contrato era nulo de pleno derecho y que debía considerarse madre legal de los niños a la gestante. También se indicaba que resultaba imposible que los dos varones fueran los padres de los niños, por ser necesaria para la procreación la concurrencia de una mujer que aporte sus óvulos y que lleve a cabo la gestación. No se cumplían, de esta manera, dos de los requisitos establecidos en el art. 23 LRC, entonces vigente, el de la conformidad con la Ley española y el de la realidad del hecho inscrito.

Tras la negativa a la inscripción por parte del Registro Consular *ex* art. 23 LRC, el matrimonio recurre ante la DGRN, que resuelve la cuestión mediante auto de 18 de febrero de 2009⁹. Dicho auto asume en su totalidad el recurso interpuesto y ordena la inscripción de los niños en el Registro Consular como hijos de ambos varones, considerando la certificación registral extranjera como documento válido para la inscripción en España, de acuerdo con lo establecido en el art. 81 del Reglamento del Registro Civil (en adelante, RRC).

Entiende la DGRN que, al encontrarnos ante un caso de inscripción en el Registro Civil español mediante aportación de una certificación registral extranjera en la que consta el nacimiento y la filiación de los nacidos, ha de aplicarse el mecanismo previsto por el citado art. 81 del RRC: «El documento auténtico, sea original o testimonio, sea judicial, administrativo o notarial, es título para inscribir el hecho del que da fe. También lo es el documento auténtico extranjero, con fuerza en España con arreglo a las leyes o a los tratados internacionales».

No estima la DGRN de aplicación en este caso el art. 10 de la LO14/2006, pues, según se expone en el auto mencionado, no se trata en este caso de determinar una filiación, sino del acceso al Registro español de una filiación *ya determinada*. Esto exige una comprobación, por tanto, puramente formal, lo que excluye toda hipotética investigación sobre la realidad del hecho inscrito.

Los argumentos que proporciona la DGRN [cuyo auto, según el juez que dicta la sentencia de que enseguida nos ocupamos, recoge «punto por punto los argumentos del propio recurso, no solo en cuanto a su argumentación, sino transcribiendo párrafos enteros del recurso, que hace suyo en su totalidad»¹⁰], son los siguientes:

⁹ BOE núm. 60, de 10 de marzo de 2008.

¹⁰ Fundamento de Derecho nº 2 de la sentencia núm. 193/2010, de 15 de septiembre, del Juzgado de Primera Instancia núm. 15 de Valencia, en el procedimiento ordinario núm. 000188/2010. Dictada por el juez D. Esteban Tabernero Moreno.



XX Congreso Internacional Ciencia y Vida
La vida humana y la preservación de la casa común

Universidad Católica de La Plata/Universidad Libre
Internacional De Las Américas



1. Debido a que se exige solo una comprobación formal de la validez de la inscripción registral extranjera, bastará con que ésta sea conforme al «orden público internacional español» (exigencia sensiblemente diferente a la de que sea legal, conforme a lo establecido en el Derecho Positivo español, en nuestro caso, conforme al art. 10 LO 14/2006).
2. La filiación por parte de dos varones «no vulnera la estructura básica de la sociedad española», ya que está admitida en caso de adopción. En este caso, la Dirección General hace suyo el curioso desenvolvimiento lógico que esgrime el recurso del matrimonio homosexual: «Si los hijos adoptados pueden tener dos padres varones y la Ley no distingue entre hijos adoptados e hijos naturales, los hijos naturales pueden tener dos padres varones»¹¹.
3. Está admitida a favor de dos mujeres (donante de óvulo y gestante, *ex art.* 7.3 LO 14/2006), lo que significa que en el caso de los varones se da una clara discriminación por razón de sexo.
4. El mayor interés del menor exige que no quede sin filiación.

Tras la promulgación del auto, el Ministerio Fiscal demanda a la DGRN en procedimiento ordinario 000188/2010, que se resuelve mediante sentencia 193/2010, de 15 de septiembre, del Juzgado de Primera Instancia núm. 15 de Valencia. En esta sentencia, el juez ordena la cancelación de la inscripción, apelando de nuevo a lo establecido en el art. 23 LRC.

Respecto a la exclusión de aplicación del art. 10 de la Ley 14/2006 y a la exigencia de una comprobación meramente formal de lo inscrito en Registro extranjero, argumenta la sentencia que no es posible perder de vista el hecho de que el art. 81 RRC es una norma que desarrolla otra de rango superior, a saber, el art. 23 LRC, cuyo tenor literal advierte que «también podrán practicarse, sin necesidad de previo expediente, por certificación de asientos extendidos en Registros extranjeros, siempre que no haya duda de la realidad del hecho inscrito y de su legalidad conforme a la Ley española».

Esto implica, en opinión del juez, la necesidad de un control no solo formal, sino también material, es decir, un control de la realidad del hecho inscrito en Registro extranjero. Que los demandantes sean ambos padres de los menores cuya inscripción se pretende no es cierto: «No lo es, ni puede serlo a efectos materiales, pues biológicamente resulta imposible, [por lo que] surge con ello la existencia de duda sobre la realidad del hecho inscrito»¹².

¹¹ Ibid. Fundamento jurídico 4°.

¹² Ibid. Fundamento jurídico 3°.

Del mismo modo, advierte la sentencia que lo que se exige en el art. 23 LRC no es que el hecho se acomode en cuanto a su legalidad al orden público, pues «el legislador no utiliza aquí expresiones genéricas como el orden público, ni siquiera un término más concreto como legislación u ordenamiento jurídico español»; se exige, en cambio, que el encargado del Registro compruebe que si el hecho hubiera ocurrido en España sería legal, es decir, conforme, en este caso, al art. 10 de la Ley 14/2006.

Por lo demás, no cabe argumentar si el hecho de la filiación por parte de dos varones vulnera o no el orden público español tras la aprobación del matrimonio homosexual con reconocimiento de la capacidad de adopción, puesto que nuestro Derecho plantea exigencias más rígidas para inscribir esta filiación: comprobación material de la realidad del hecho inscrito y control de legalidad, *ex art. 23 LRC*.

Un mes después de dictarse la sentencia que acabamos de comentar, el 15 de octubre de 2010, la DGRN dicta una instrucción sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación de sustitución¹³.

La Instrucción exige, para la inscripción en el Registro español de la filiación de los niños nacidos en el extranjero mediante contratos de gestación de sustitución, no solo la certificación registral extranjera, sino también una resolución judicial del país de origen que determine la filiación y el correspondiente exequátur, salvo que la sentencia se hubiera dictado en jurisdicción voluntaria.

La finalidad de la Instrucción es la de garantizar, mediante la intervención del juez, que la voluntad de la mujer gestante es libre, que no se trata de un caso de tráfico de menores, y que no se imposibilite el derecho del hijo al conocimiento de su origen biológico.

Como quiera que en los Estados Unidos se exige resolución judicial para inscribir en el Registro a los nacidos de gestación por sustitución, podemos concluir que la instrucción representa una solución de compromiso: en la práctica, se legalizan los contratos de gestación de sustitución realizados en EE UU y se condiciona a resolución judicial en país de origen los realizados en países con menos garantías jurídicas respecto al respeto de los derechos subjetivos en la realización de este tipo de contratos (India, Ucrania, etc.).

Como toda solución de compromiso, la instrucción no gozó de mucha popularidad ni entre quienes pensaban que iba demasiado lejos, legalizando una práctica nula de pleno derecho cuando se realizara fuera de España, ni entre quienes eran de la opinión de que

¹³ BOE núm. 243, de 7 de octubre.



se quedaba «corta» pues no reconocía automáticamente la filiación de los hijos nacidos mediante este contrato en nuestro Registro Civil¹⁴.

No obstante, poco tiempo después, la Audiencia Provincial de Valencia confirmó mediante sentencia de 23 de noviembre de 2011, la sentencia del juzgado de primera instancia. Respecto al impacto de la Instrucción de la DGRN de 2010 en el caso concreto, la sentencia afirmaba que esta establecía “la posibilidad de la inscripción del nacimiento de menores en el extranjero como consecuencia del uso de técnicas de gestación por sustitución mediante la presentación de una resolución judicial en la que se determine la filiación del nacido, o si la resolución judicial tiene su origen en un procedimiento análogo a uno español de jurisdicción voluntaria, mediante el reconocimiento incidental ante el encargado del Registro, siempre previa la constatación de que se ha respetado el interés del menor y los derechos de la madre contratante gestante, así como que conste su identidad, además de otros requisitos de carácter formal y procesal. Por cierto que aunque se dice que la certificación californiana ha sido expedida por orden de una previa decisión judicial, lo cierto es dicha resolución judicial no consta en este procedimiento, ni tampoco la identidad de la madre gestante, por lo que no es posible aseverar, como hacen los apelantes, que conforme a la nueva Instrucción la filiación californiana de los menores se inscribiría en el Registro Civil español”.

La sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia fue recurrida en casación ante el Tribunal Supremo, que resolvió su recurso mediante sentencia de 6 de febrero de 2014 (con voto particular del ponente, Sarazá Jimena).

En ella, se deniega la posibilidad de determinación de la filiación a favor de matrimonio de varones, acogiendo el Tribunal Supremo en su mayoría las razones alegadas por el juez de primera instancia para denegar la solicitud de inscripción de la filiación.

Es importante tener presente que la Sala no deniega la inscripción de los niños, sino la constancia de su filiación. Se insta, por lo demás, al Ministerio Fiscal para que adopte las medidas necesarias para la protección jurídica de los menores.

¹⁴ Con la nueva ley de registro civil, habrá que estar a lo regulado o en el art. 98, dedicado a la regulación de la «Certificación de asientos extendidos en Registros extranjeros», que establece lo siguiente:

«1. La certificación de asientos extendidos en Registros extranjeros es título para la inscripción en el Registro Civil español siempre que se verifiquen los siguientes requisitos:

a) Que la certificación ha sido expedida por autoridad extranjera competente conforme a la legislación de su Estado. b) Que el Registro extranjero de procedencia tenga, en cuanto a los hechos de que da fe, análogas garantías a las exigidas para la inscripción por la Ley española.

a) Que la certificación

c) Que el hecho o acto contenido en la certificación registral extranjera sea válido conforme al ordenamiento designado por las normas de Derecho Internacional Privado. d) Que la inscripción de la certificación registral extranjera no resulta manifiestamente incompatible con el orden público español.

2. En el caso de que la certificación constituya mero reflejo registral de una resolución judicial previa, será ésta el título que tenga acceso al Registro. Con tal fin, deberá reconocerse la resolución judicial de acuerdo a alguno de los procedimientos contemplados en el art. 96 de la presente Ley».

En nuestra opinión, esta opción del legislador implica un mero control formal del hecho inscrito (no de su realidad material) y su concordancia con el orden público internacional español o la estructura básica de la sociedad española (no, por tanto, un más exigente control de legalidad del hecho).

Como penúltimo episodio de este iter, la defensa letrada del matrimonio interpuso recurso de nulidad de actuaciones, que fue resuelto por Auto del Tribunal Supremo de 2 de febrero de 2015.

Este recurso de nulidad de actuaciones se basaba en la aparición, con posterioridad a la resolución de la casación, de dos sentencias del TEDH en sendos casos de maternidad subrogada. De ellas nos ocupamos a continuación.

b. La jurisprudencia del TEDH

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en sendas sentencias de 26 de junio de 2014, ha abordado el problema de la inscripción registral de los hijos habidos como consecuencia de un contrato de gestación de sustitución, en los casos *Mennenson c. Francia* (Ap. Nº 65192/11) y *Labassee c. Francia* (65941/11).

En ambas sentencias se condena a Francia por vulneración del artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, que garantiza el derecho a la vida privada personal y familiar¹⁵.

Pero hemos de tener en cuenta que realmente la condena trae causa del hecho de que las autoridades francesas actuaron, a juicio del Tribunal, más allá del margen de apreciación, puesto que impidieron toda forma de determinación de la filiación de los hijos, incluso a favor del padre biológico (se trataba de dos matrimonios entre personas de distinto sexo, que había empleado el semen del marido y ovulo de donante para obtener embriones que se transfirieron a un útero de alquiler), aludiendo a un vicio de origen (el contrato de gestación de sustitución) y en razón del orden público internacional francés.

Como veremos, la situación es sustancialmente distinta en nuestro país. Sin embargo, la publicación de las sentencias de los casos *Labassee* y *Mennenson* fue relevante para nuestro problema, fundamentalmente porque posibilitó la interposición de un nuevo recurso ante el Tribunal Supremo (el de nulidad de actuaciones). Además, dio lugar a una nueva Instrucción de la DGRN sobre el tema que nos ocupa.

c. El auto del Tribunal Supremo de 2 de febrero de 2015

El recurso de nulidad de actuaciones fue admitido a trámite y eso significa que el Tribunal Supremo volvió a examinar la cuestión resuelta en casación a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, para estudiar si debía modificar o no su posición para ponerla en consonancia con la jurisprudencia de Estrasburgo.

Como bien afirma el Tribunal Supremo en Auto de 2 de febrero de 2015, por el que se deniega el recurso, la solución adoptada por la Sala en 2014 no denegaba la inscripción de los niños, sino sólo la constancia de la filiación. Permitía además la sentencia la

¹⁵ Con posterioridad a la interposición del recurso de nulidad de actuaciones, el TEDH dictó de nuevo sentencia en caso también relevante para nuestro tema: *Paradiso & Campanella v. Italia* (27 de enero de 2015). En este caso, se trataba de un matrimonio heterosexual (ninguno era progenitor biológico) que había contratado en Rusia los servicios de una mujer para que gestara un hijo para ellos. Tras la negativa del encargado del Registro civil a determinar la filiación a favor de la pareja, el niño, después de convivir unos meses con ellos, fue enviado a una casa de acogida y finalmente adoptado por otra familia. Italia fue condenada por el Tribunal en violación del artículo 8, ya que dentro de “vida privada familiar” han de quedar protegidas también relaciones de hecho significativas como las que la pareja había establecido con el bebé.

formalización de las relaciones de facto establecidas entre la pareja de varones y los niños, al instar al Ministerio Fiscal para que actuase en defensa del mejor interés de los menores. Por tanto, los niños del “caso cero” no quedaron en situación de indefensión, ni cabe razonablemente pensar que España habría ido, como Francia en las sentencias antes mencionadas, más allá del margen de apreciación, violando el contenido del derecho a la vida privada personal y familiar.

No obstante, como antes señalamos, unos días después de las sentencias de los casos Mennesson y Labassee, el 11 de julio de 2014, la DGRN emitió una Circular por la que se autorizaba a los Cónsules españoles a seguir aplicando la Instrucción de 5 de octubre de 2010.

Además, es preciso poner de manifiesto que el Auto denegando la nulidad de actuaciones no implica, en modo alguno, una posición unánime del Tribunal. El magistrado Seijas Quintana firmó un voto particular al que se adhirieron tres magistrados más, con lo que prácticamente fue decisivo el voto de calidad del presidente de la Sala para lograr sacar adelante la sentencia. El voto particular de Seijas se basa en la idea de que lo que está en juego en estos casos no es la determinación de la filiación, sino la forma en la que se deba formalizar la entrada en nuestro Registro civil de una filiación ya determinada previamente de acuerdo con las normas que rigen en el Estado de California.

Así las cosas, los recurrentes deciden acudir en amparo ante el Tribunal Constitucional. Según su abogado. El pasado mes de marzo, el Tribunal Constitucional ha inadmitido a trámite el recurso, poniendo fin al iter procesal en nuestro país.

3. El alquiler de úteros por parte de parejas de varones

Siguen a continuación algunas reflexiones filosófico jurídicas que me parece que contienen los elementos esenciales de la discusión y, en cualquier caso, aquellos que son determinantes para contestar a la pregunta de si el contrato de gestación por sustitución tiene o no naturaleza jurídica.

a. El libre desarrollo de la personalidad como fundamento de una nueva paternidad

"La inscripción de copaternidad igualitaria basada en la voluntad procreacional y el amor filial implica aplicar directamente la Constitución nacional y los tratados de derechos humanos para recrear la fuente de filiación del derecho argentino en pos de garantizar la no discriminación, la protección integral de todas las familias y el interés superior de niñas y niños". Así se expresaba Gil Domínguez, abogado de un matrimonio argentino compuesto por dos varones que en cambio sí lograron inscribir a sus hijos como hijos de ambos¹⁶.

El concepto de “libre desarrollo de la personalidad”, recogido en el artículo 10 de nuestra Constitución, sale a relucir cada vez con más frecuencia en las discusiones sobre el pretendido derecho a acceder a la maternidad subrogada. El nuevo modelo de paternidad basado en la voluntad y no en la verdad biológica se fundamenta “en la

¹⁶ “Primer hijo de dos papás”, La Nación, 12 de julio de 2012.

realización de la aspiración de ser padre y madre, manifestación del derecho al libre desarrollo de la personalidad”¹⁷. La existencia de este derecho implica pensar la gestación por sustitución como una técnica más de reproducción asistida y decretar subsecuentemente el derecho a acceder a ella, como se accede a la inseminación artificial o a la fecundación in vitro.

Sin embargo, ni la gestación por sustitución es una técnica de reproducción humana, ni el libre desarrollo de la personalidad es un derecho fundamental.

Nos detendremos sobre todo en esto último. La reivindicación del derecho a acceder a la maternidad por sustitución viene vinculada a una nueva idea de la paternidad y de la maternidad, que vendría determinada no por el hecho biológico, sino por un elemento volitivo o intencional. La voluntad de ser padres sustituye, como “título” a la verdad sobre la paternidad.

Esto se debe, en última instancia, a que el hecho de convertirse en padres forma parte del proyecto vital de cada uno, y el Estado no puede legítimamente interferir en la conformación de los proyectos vitales de los ciudadanos. De ahí a conferir un derecho a hacer realidad el propio proyecto, media la intercesión de la construcción jurisprudencial de la privacy, que, desde el famoso caso *Roe v. Wade / Doe v. Bolton* (enero de 1973, Corte Suprema de los Estados Unidos) comienza a configurar la privacy no como un derecho-límite sino como un poder en manos del ciudadano.

No obstante, como decíamos, el libre desarrollo de la personalidad no constituye un derecho, ni puede constituirlo. Es más bien, el fundamento del orden social, junto con la dignidad humana. Pero no es un derecho directamente reivindicable ante los tribunales, como no lo es tampoco, por cierto, la dignidad misma (las razones se remontan, paradójicamente, a la misma ley de reproducción humana asistida y al pronunciamiento del Tribunal Constitucional sobre si era constitucional o no, por contrario a la dignidad humana, el empleo del término “preembrión”).

No podría serlo, entre otras cosas, por razones puramente conceptuales. El derecho al libre desarrollo de la personalidad vendría a constituir algo así como un derecho a todo lo no prohibido, una facultad de exigir jurídicamente cualquier conducta meramente lícita (por ejemplo, tener un hijo), sobre la base del hecho de que resulta una pieza esencial de mi proyecto vital. Sin embargo, la definición a la baja de los derechos supone la degradación del concepto en su conjunto. Si todo puede ser un derecho, entonces, nada es realmente un derecho.

En este caso, como en otros tantos, ganando derechos perdemos libertades. Las perdemos en la medida en que hacemos descansar en el Estado la potestad última de determinar quien es padre y en qué términos. Y también, de paso, quien no lo es. Quien no es, en este caso, madre. Hemos perdido, de una forma tan naif que resulta dramática, la libertad en un ámbito decisivo, acrecentando con ello los ámbitos en los que el Estado tiene licencia para penetrar bajo el argumento de que lo hace como garante de nuestros derechos.

b. El argumento de la discriminación:

¹⁷ TAMAYO HAYA, S., “Hacia un nuevo modelo de filiación basado en la voluntad en las sociedades contemporáneas”, cit., pág. 10; VALPUESTA FERNANDEZ, R., “Reflexiones sobre el derecho de familia”, en *Teoría y Derecho: revista de pensamiento jurídico*, n° 2, 2007, pág. 91.

El argumento de la discriminación es doble. Se aplica, de una lado, respecto al hecho de la adopción por parte de homosexuales y, por otro, respecto a la situación de las mujeres y la posibilidad de la doble maternidad legal.

El primer razonamiento, tal como aparece en el recurso impuesto por la pareja del caso “cero” ante la DGRN es el siguiente: si dos hijos adoptivos pueden tener dos padres, y la ley impide la discriminación entre hijos adoptivos e hijos naturales, dos hijos naturales también podrían tener dos padres.

Frente a tales disquisiciones, la baza argumentativa fundamental de los tribunales es que la imposibilidad de acceder al Registro como padres “por igual” de los niños, en el caso de la pareja homosexual de varones, no se basa en el hecho de ser varones, ni siquiera en el hecho de ser dos personas del mismo sexo.

Se fundamenta en que la filiación de los niños no es “una consecuencia periférica” del contrato de vientre de alquiler, sino su consecuencia directa y fundamental. De esta forma, una filiación derivada de un contrato de estas características sería nula aunque fuera solicitada por una pareja heterosexual o por una pareja homosexual de mujeres, pues lo decisivo aquí es que el nacimiento de los niños trae causa de un contrato nulo de pleno derecho.

No es, por tanto, asimilable, como argumenta la defensa, al caso de otras instituciones jurídicas, también inadmitidas en nuestro ordenamiento jurídico y que, sin embargo, producen efectos en él como la poligamia, que ha dado lugar al reconocimiento de pensiones de viudedad. La pensión de viudedad sí es, en cambio, un efecto periférico de la poligamia, y puede ser eventualmente reconocida.

Ahora bien, esta argumentación, que me parece del todo atendible, no deja de resultar fácticamente débil. En la medida en que se reconozcan en nuestro país los efectos del contrato de gestación de sustitución realizado en el extranjero, tarde o temprano saldrá a relucir el argumento de la equidad: sólo aquellos que dispongan de los recursos económicos necesarios para contratar una gestación en el extranjero (el precio mínimo que se publicita son 30.000€ si bien las cifras en Estados Unidos oscilan en torno al doble) podrán acceder a estos deseados “hijos comunes”, con lo que, finalmente, no es improbable que el proceso finalice con la legalización de los contratos de gestación de sustitución. Coherencia del ordenamiento jurídico, equidad, igualdad y no discriminación y garantía del derecho a la autodeterminación personal y familiar¹⁸ serían las principales líneas argumentativas de las parejas que pretendan eludir el trámite de la adopción.

Por lo que respecta a la comparación con los matrimonios de mujeres, es preciso señalar que el argumento de la discriminación se basa en este caso en la aprobación, en 2005, de la ley del “matrimonio homosexual”, que debería haber supuesto el fin de toda desigualdad entre parejas hetero y homosexuales. Es cierto que la finalidad igualatoria de la ley reconocía ciertos límites, mencionados en la propia Exposición de motivos, que tenían que ver, precisamente, con la filiación matrimonial.

Sin embargo, dos años más tarde de la aprobación de la ley 13/2005 se reconoce legalmente la posibilidad de inscribir la filiación directamente a favor de las parejas de lesbianas casadas, por lo que, decaído el impedimento para ellas, no se ve la razón por la que deba subsistir para las parejas de varones.

¹⁸ Vid., ALBERT, M., op. cit., pp. 11-12.



XX Congreso Internacional Ciencia y Vida
La vida humana y la preservación de la casa común

Universidad Católica de La Plata/Universidad Libre
Internacional De Las Américas



c. ¿Por qué es tan importante la nulidad del contrato de gestación de sustitución?

Acabamos de ver que la nulidad del contrato de gestación por sustitución se ha convertido, hoy por hoy, en el único argumento que se sostiene para defender la interdicción de la filiación a favor de dos varones.

Ni la apelación a la verdad extrarregistral, ni el argumento del mejor interés del menor se citan para sostener la prohibición de la inscripción. Y es que el hilo argumental de las sentencias parte de la asunción de la juridicidad de este tipo de filiación en el caso de dos mujeres, y, en este sentido, se encuentra limitada por la posibilidad establecida en el artículo 7.3 LTRHA.

Esto dota de una importancia inusitada al problema de la gestación por subrogación. Inusitada en la medida en que su nulidad de pleno derecho no es, en mi opinión, el quid de la cuestión, sino que, en el caso en que los comitentes sean personas del mismo sexo (normalmente varones) lo que debemos preguntarnos es si existen razones jurídicas para hacer de dos personas del mismo sexo progenitores “por igual” y en razón de qué criterios debemos articular nuestro juicio.

d. El eclipse del título y la confusión entre deseos y derechos

Y es que la cuestión de las razones cada vez queda más difusa en nuestro derecho. Tradicionalmente la ciencia jurídica se ocupaba de ellas con ocasión del análisis del título, que es elemento de la relación jurídica que encarna los motivos de legitimación de la imputación de derechos y deberes que, como una red, envuelven a los involucrados en una relación de carácter jurídico.

Y la filiación es, en primer lugar, una relación jurídica: ¿Cuál es el título en virtud del cual se accede, en este caso, a la determinación de la filiación?, ¿Hay razones que, en derecho, justifiquen la ficción de que dos personas del mismo sexo deban contar como progenitores “igualmente naturales” de los hijos?

Si la filiación es una relación jurídica es porque aquello de lo que se ocupa tiene relevancia pública. Ser padre y ser hijo no es una cuestión exclusivamente privada. La filiación existe como institución jurídica en la medida en que el derecho tiene como misión ordenar las relaciones paterno-filiales *en aquellos aspectos que son relevantes jurídicamente*, a saber: obligaciones de guarda y custodia, derecho y obligación de alimentos, establecimiento de la patria potestad, derechos sucesorios...Efectivamente, no agotan el sentido auténtico de la paternidad. De hecho, apenas lo rozan. La paternidad “real” es muchísimo más que todo eso¹⁹, pero estas son el tipo de cuestiones que interesan jurídicamente, las que tienen sentido jurídico, porque responden a la misión del derecho: ordenar las relaciones sociales de acuerdo con un principio de justicia.

¹⁹ Precisamente porque, como ha subrayado Ballesteros, la experiencia jurídica es siempre típica. Esto implica que el derecho se ocupa siempre de acciones, no de personas: “en definitiva, el derecho opera siempre con la noción de “sujeto de derecho” que no es plenamente identificable con al de persona, ya que carece, afortunadamente, de medios para indagar la realidad profunda del ser humano, que queda de algún modo ante el derecho cubierto por una máscara”, BALLESTEROS, J., *Sobre el Sentido del Derecho. Introducción a la Filosofía Jurídica*, Tecnos, Madrid, 3º ed., 2002,pág. 99.



XX Congreso Internacional Ciencia y Vida
La vida humana y la preservación de la casa común

Universidad Católica de La Plata/Universidad Libre
Internacional De Las Américas



La filiación jurídica no puede aspirar a certificar, ni mucho menos a constituir ninguna suerte de autorrealización personal, ni tiene nada que ver con el cumplimiento de nuestros deseos. El derecho es otra cosa, sirve a otros fines²⁰. Desde este punto de vista, el deseo de ser padres “por igual” de los hijos no tiene relevancia jurídica, porque a través de esta determinación no se cumple ninguna finalidad propiamente jurídica, sino la realización de un deseo personal que se pretende imponer, no solo a la realidad de las cosas, sino al propio sentido del derecho²¹.

Sí posee sentido jurídico que la filiación quede determinada a favor de los padres (en este caso, dos varones²²) en modo tal que todas las cuestiones jurídicamente relevantes relativas a su relación con los niños queden organizadas correctamente. Pero para atribuir todos esos efectos jurídicos (derechos de alimentos, patria potestad, derechos sucesorios, etc.) introducir la ficción de que ambos son progenitores naturales es absolutamente superfluo: la relación queda correctamente salvaguardada y protegida sin necesidad de eludir el trámite de la adopción.

Téngase presente que cuando el legislador español introduce el factor de la voluntad como relevante a los efectos de determinación de la filiación, no atribuye a la voluntad el carácter de título de determinación de la filiación. Como ya se advirtió, los títulos siguen siendo los mismos: el parto en el caso de la maternidad; en el caso de la paternidad, esta se atribuye por los cauces habituales (que difieren según la madre sea o no casada) y, cuando se emplean técnicas de reproducción, la ley opta porque aquel que consienta a las técnicas contará como padre o madre “natural”. Siguen aplicándose los artículos 115 y 120 del Código Civil (aquellos que la legalización del matrimonio homosexual no alteró, por referirse a los efectos de las relaciones heterosexuales), el consentimiento introduce modulaciones en sus efectos. Pero no un nuevo título.

En cambio, la regulación de 7.3 LTRHA sí introduce un factor cualitativamente diverso, porque en este caso, el consentimiento de la cónyuge de la madre la convierte en madre “natural”, con lo que el derecho da un paso adelante: la voluntad de la esposa de la madre (sin contar con la voluntad de ésta) es razón para convertirla en progenitora natural y, por tanto, dos personas del mismo sexo deberán valer como madres naturales de un hijo.

¿En base a qué criterio?, ¿con qué título?, ¿qué finalidad jurídica resulta satisfecha aquí? Creo que el cumplimiento del deseo de ser, las dos, madres sin diferencia alguna entre ellas de los hijos. Pero el cumplimiento de los deseos, la búsqueda de la felicidad no es, como ya hemos señalado, algo que quede al alcance del derecho ni que le corresponda a este proponerse como objetivo.

²⁰ Como antes señalaba, estas reflexiones solo pueden tener sentido en un contexto de superación de la cultura jurídica moderna en lo que ésta tiene de negación de un “ser” del derecho: que el derecho sea algo con finalidad y entidad propias es presupuesto necesario de toda esta argumentación.

²¹ En relación a la maternidad subrogada como derecho subjetivo, LÓPEZ GÚZMAN y APARISI MIRALLES han escrito: “no todos los deseos de los adultos deben ser considerados como derechos, máxime si ello implica lesiones a la dignidad y a los derechos de otros sujetos implicados, especialmente de las mujeres más vulnerables y los hijos”, op. cit., pág. 266.

²² La discusión sobre la idoneidad de la paternidad adoptiva de los hijos por parte de dos personas del mismo sexo es asunto que merecería un estudio aparte que, desde mi punto de vista, requiere planteamientos muy distintos de este, y que, por tanto, no podemos desarrollar aquí.

El libre desarrollo de la personalidad, en el que se fundamenta el modelo de paternidad “intencional” opuesto a la paternidad basada en la verdad, no es, en realidad, algo exigible jurídicamente.

e. El mejor interés del menor

Me parece que en todo este discurso a menudo se olvida que lo que sí resulta relevante jurídicamente, y por tanto, digno de consideración en esta argumentación es el “mejor interés del menor”.

Así como no existe nada parecido a un derecho a la felicidad de los adultos, en el caso de los niños casi podría hablarse de algo parecido. Se puede y se debe exigir jurídicamente que todas las instituciones que tienen vinculación con los menores giren en torno a ellos, los conviertan en su centro de gravedad. Así, en el caso de la gestación por sustitución, donde obviamente hay un menor implicado, el criterio de su mayor interés desplegaría toda su vis atractiva, convirtiéndose en un criterio interpretativo transversal, es decir, que impregna todas las normas que entren en juego en este caso.

Y así parece ser. La jurisprudencia analizada se ocupa con profusión del mejor interés del menor, pero el debate se agota de una forma un tanto superficial en sí deben ser inscritos o no y en qué términos. No hay un debate acerca de si lo mejor para un niño es venir al mundo por encargo, ni si es indiferente el sexo de quienes lo encargaron.

Hace algunos meses los profesores Contreras y Rallo mantuvieron un tenso debate en la web de Actual sobre los vientres de alquiler²³. En él salió a relucir el argumento del mejor interés de los niños. Contreras defendía una posición que comparto, y que pasa por distinguir entre sociedades donde predomina un modelo de familia adultocéntrico e individualista y sociedades donde predomina un modelo de familia infantocéntrico y comunitario. Resulta hasta cierto punto paradójico que hoy día, cuando los niños son en cierto e injustificado y dañino sentido el centro de gravedad de la agenda familiar, nos movamos realmente en el primero de los modelos, que se caracteriza, como su propio nombre indica, en poner los deseos del adulto, sobre todo, los atinentes a su vida sentimental por encima del interés de los hijos, que van encajando como pueden los vaivenes de las emociones de los adultos y de sus consecuencias. En cambio, en el segundo modelo, los adultos disciplinan su vida sentimental y en ocasiones, incluso la sexual, en orden al mejor interés de la prole, que, como afirman sin demasiado lugar para la duda los más recientes estudios sociológicos, está asociado a la convivencia de los niños con sus progenitores biológicos, especialmente cuando éstos están casados entre sí.

Nos hemos instalado en el modelo adultocéntrico y, dentro de estos parámetros, discutimos cuanto sea necesario sobre el mejor interés del menor. En mi opinión, ese mejor interés sería incompatible con el venir a este mundo por mor de un contrato, con desconocer los propios orígenes biológicos, y con crecer privado de la figura materna. Pero sobre eso no se discute, no se discute el modelo. Se argumenta dentro del paradigma que gira en torno al adulto y, desde él, parece cuestión de vida o muerte si los niños han sido ya registrados o no, y si lo son con constancia o no de la filiación. Sin embargo, el asunto no puede menos que resultar anecdótico para quienes pensamos que lo que el mejor interés del menor exige es que se cuestione el modelo mismo.

²³ <http://www.actual.com/criterio/familia/gestacion-subrogada-via-para-crear-familias-no-para-destruirlas-juan-ramon-rallo-25194/>



XX Congreso Internacional Ciencia y Vida
La vida humana y la preservación de la casa común

Universidad Católica de La Plata/Universidad Libre
Internacional De Las Américas



f. La fuerza simbólica del derecho

Como hemos podido advertir a lo largo de las páginas precedentes, el problema de la determinación de la filiación a favor de los varones que están unidos en matrimonio es más bien un problema simbólico que un problema práctico.

En la práctica, el ejercicio de la acción de reclamación de la paternidad por parte del padre biológico y la posterior adopción de la criatura por parte del cónyuge (a través de un procedimiento exprés cuya tramitación no dura más de quince días) dejarían resuelto el problema de la identidad legal de los niños y la determinación de su filiación. Sin embargo, no se trata de esto. O no solo.

La pareja protagonista del caso cero ha mantenido durante ocho años a sus hijos sin constancia de la filiación, porque, a su juicio, los niños eran por igual de los dos. Porque la solución propuesta pasa por señalar quien de los dos es el padre de los niños, y, en definitiva, porque implica admitir que, también, padre no hay más que uno. Que toda persona tiene un padre y una madre, y el que el derecho no sirve, en esta ocasión, para suplantar la realidad por el deseo, y, en definitiva, que no son hijos “de los dos por igual”.

4. Madre no hay más que una ¿Es la exclusión de la verdad la esencia del Derecho?

Como señalamos al inicio de estas páginas, la exclusión de la verdad del ámbito del derecho es uno de los presupuestos básicos del positivismo jurídico²⁴. El legislador, creador de la norma, no puede tener hipotecas, y menos con la naturaleza de las cosas. En cambio, desde otras perspectivas de análisis del derecho resulta claro que existen razones jurídicas que nos hablan, no ya de que el derecho sancione con su fuerza determinados estados naturales, sino de que esos estados de cosas poseen una normatividad que le es propia y en la que el derecho debe basarse para ordenar la convivencia.

Hay muchas razones morales, sobre todo, para excluir la maternidad subrogada. Pero como se trata, como antes dijimos, de un contrato (que aspira, por tanto, a la validez jurídica) me parece interesante encontrar los argumentos en virtud de los cuales la gestación por sustitución no es que sea mala moralmente, sino que carece de naturaleza jurídica (precisamente porque en la determinación de la filiación conviene respetar la naturaleza de las cosas).

Mucho hemos señalado ya, no tanto respecto al contrato de gestación por sustitución como a su consecuencia inmediata en el caso del que nos ocupamos, la filiación de los hijos a favor de dos personas del mismo sexo. La afirmación de que las razones que justificarían esta doble paternidad legal no son relevantes jurídicamente también nos habla de la falta de sentido de un contrato en virtud del cual la madre gestante renuncia a la filiación.

²⁴ Vid., siguiendo a su maestro, Scarpelli, PINTORE, A., *El Derecho sin Verdad*, Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas”, Universidad Carlos III de Madrid, Dykinson, 2005, trad. de M^a Isabel Garrido Gómez y José Luis del Hierro.



XX Congreso Internacional Ciencia y Vida
La vida humana y la preservación de la casa común

Universidad Católica de La Plata/Universidad Libre
Internacional De Las Américas



Es decir, el contrato de gestación de sustitución, en el caso de las parejas homosexuales de varones, está al servicio de fines que no son jurídicos, de fines ajenos al derecho. No es jurídica, desde mi punto de vista, la pretensión de dos hombres de ser padres en igualdad de condiciones, de una criatura. Lo hemos visto al hilo de la reflexión en torno al libre desarrollo de la personalidad como fundamento del “derecho a recurrir a madres de alquiler”.

No hay razones jurídicas que sostengan la pretensión que hay detrás del contrato de gestación de sustitución en el caso de parejas homosexuales de varones.

Sí hay razones jurídicas, en cambio, para pensar que el contrato en sí no tiene naturaleza jurídica, al margen del sexo de los comitentes, de su número o de la finalidad que persigan cuando encargan el niño.

Nuestro derecho parte de una distinción muy clara que constituye el margen por el que discurre el pensamiento jurídico: la distinción entre lo que está fuera del tráfico jurídico y lo que cae dentro de él.

Lo que conocemos como Estado de Derecho se basa, fundamentalmente, en la idea de que la persona queda fuera del tráfico jurídico, y, precisamente por eso, al no ser una cosa, es titular de derechos fundamentales y puede y debe ejercerlos en una sociedad democrática. No hay Estado de Derecho sin derechos fundamentales y no hay derechos fundamentales sin una clara conciencia de que las personas no pueden ser tratadas jurídicamente como cosas.

Como muy bien ha señalado Etienne Montero, la distinción entre cosas y personas se pone a prueba en la maternidad de alquiler. "Esa práctica conduce a la instrumentalización de la madre portadora, objetivamente reducida a desempeñar un papel puramente funcional, y a la cosificación del niño, tratado no como persona sino como una cosa debida en virtud de un contrato"²⁵.

La madre se escinde entre una persona y un cuerpo. Como ha puesto de relieve Patricia Marco, la gestación por sustitución sería impensable sin la aceptación del dualismo antropológico²⁶, es decir, la separación entre la razón y la autonomía humanas y la dimensión corporal. Porque cuando se dice que las personas están fuera del comercio, jurídicamente quiere decir las personas y sus cuerpos. El cuerpo es indisponible frente al Mercado (así, recientemente, la polémica en torno a la sangre del cordón umbilical, zanjada en nuestro país a favor de la indisponibilidad del cuerpo y su no mercantilización).

Comparto la idea de la cosificación del niño en este proceso, no así la de que lo que se esté “comprando” sea, en sentido estricto, el hijo.

Lo que se ha convertido en objeto de tráfico jurídico es, más bien, la condición de padre. Lo que se compra es una “condición biológica”²⁷: la paternidad, en el caso que nos ha ocupado, o la maternidad. La voluntad de los sujetos comitentes es la de convertirse jurídicamente en padres y madres “biológicos”, teniendo por todo título su

²⁵ MONTERO, E., <http://www.dignidaddigital.com>

²⁶ MARCO, P., La determinación de la filiación en los casos de gestación por sustitución, tesis doctoral, Universidad de Valencia, julio de 2016, p. 414.

²⁷ Ibid.



XX Congreso Internacional Ciencia y Vida
La vida humana y la preservación de la casa común

Universidad Católica de La Plata/Universidad Libre
Internacional De Las Américas



deseo de serlo.

Los juristas a menudo nos limitamos a dar forma jurídica a las pretensiones de nuestros clientes, pero no hemos de perder el hábito de testar, previamente, la juridicidad misma de tales pretensiones. En el caso que nos ocupa, como espero haber demostrado, la relación que entraña la gestación por sustitución no puede ser calificada como jurídica. Toda relación jurídica posee cuatro elementos: el sujeto activo (los comitentes, en este caso) el sujeto pasivo (la madre que gesta) el objeto (el embarazo y el propio hijo gestado, o la condición de “padres”) y la causa (las razones que determinan la formalización de la relación). Pues bien, la gestación por sustitución no es una relación jurídica porque no lo es ni su objeto ni su causa, los dos elementos clave de toda relación jurídica:

1. Respecto a la causa de la relación, hemos señalado que la pretensión que empuja a los comitentes a firmar el contrato no tiene naturaleza jurídica, ya que se carece de título suficiente para alcanzar el estatus deseado de padre biológico. Los deseos no justifican la existencia de derechos. El derecho tiene como finalidad el bien común y no la autorrealización personal.
2. Respecto al objeto mismo del contrato, cae también fuera del ámbito del derecho, ya que se trata de una persona, mejor dicho, de dos:
 - a) la madre gestante, cuya identidad y dignidad no puede entenderse al margen de su cuerpo y la íntima relación entre la dimensión espiritual y corporal que nos hace humanos. La madre no tiene un cuerpo que alquila. Es un cuerpo y no puede ser alquilada.
 - b) el niño gestado, que no puede ser tratado como una cosa, ya que en tanto persona está excluido del tráfico jurídico y queda, por tanto, absolutamente fuera de la lógica del mercado, siendo esto el elemento fundamental de su mejor interés (precisamente de esta verdad jurídica aflora esa experiencia casi universal del “no hay derecho!” en aquellos casos en los que las circunstancias nos llevan a poner negro sobre blanco el carácter mercantil de la operación, por ejemplo, cuando los comitentes ordenan el aborto de los hijos defectuosos, o cuando rehúsan aceptarlos porque nacen ya con defectos, o cuando el aborto se exige porque donde se pensaba que había un hijo finalmente hay dos o tres...). En ese “no hay derecho!” se nos revela una gran verdad jurídica: si un ser humano es convertido por otros en objeto de un contrato, ahí no hay derecho.