



FACULTADE DE DEREITO

A xestación por substitución no Dereito civil español: a aceptación tácita dos efectos dun contrato nulo

**TFG presentado por Carmen Castrillo
Sotelo**

Curso académico 2021-2022

Titor/a: Marta Otero Crespo

Palabras chave.

Adopción. Consentimento. Contrato. Cousificación. Dignidade da persoa. Fraude de lei. Interese superior do menor. Nulidade de pleno dereito. Persoa xestante. Perspectiva de xénero. Técnicas de reprodución asistida. Tribunal Europeo de Dereitos Humanos. Venda de menores. Vulnerabilidade socioeconómica. Xestación por substitución.

Resumo.

O avance, nos últimos tempos, das técnicas de reprodución humana asistida influíu favorablemente na superación da infertilidade biolóxica e estrutural. Este feito, xunto co recurso á adopción, supuxo que cada vez máis homes e mulleres satisfíxesen o seu desexo de conformar unha familia. Neste contexto, a autonomía da vontade acadou unha nova dimensión cando xorde a posibilidade de optar pola xestación por substitución.

Dende regulacións amplamente permisivas, ata prohibitivas restricións, en torno ao contrato de xestación por substitución non existe unha posición unánime. O lexislador español optou por sancionar coa nulidade o contrato celebrado en tales termos. Isto, unido ás disposicións lexislativas sobre normativa contractual e filiación, así como á protección constitucional conferida aos dereitos fundamentais, convirte ao contrato de maternidade subrogada nun negocio xurídico de todo punto incompatible co noso ordenamento xurídico.

En consecuencia, as familias de intención foxen do réxime español e acoden ás regulacións permisivas de terceiros Estados, onde terá lugar a celebración do contrato, así como a entrega do menor. Posteriormente, procuran o recoñecemento en España das filiacións consolidadas no estranxeiro, en comisión dunha fraude de lei.

A liña xurisprudencial marcada polo Tribunal Supremo tende á denegación da inscrición. Non obstante, este rexeitamento matízase mediante unha conservación dos

efectos derivados do contrato nulo, permitindo ás familias comitentes consolidar a súa situación a través da institución da adopción, seguindo a doutrina do Tribunal Europeo dos Dereitos Humanos, que pretende favorecer ao interese superior do menor.

Sendo esta solución inconciliable coa orde pública española, faise necesaria unha reforma lexislativa. No entanto existen iniciativas favorables a unha regulación permisiva e garante da maternidade subrogada de tipo altruísta, neste traballo deféndese blindar definitivamente a prohibición da xestación por substitución, en aras da protección da dignidade da muller e do menor, que lles é arrebatada ao consideralos como obxectos do tráfico mercantil.

Índice de contidos:

1. Introducción: a xestación por substitución e súa relación coas técnicas de reprodución humana asistida.....	5
2. Un breve estudo sobre o réxime aplicable no Dereito comparado.....	9
2.1. Réxime de non admisión	10
2.1.1. Réxime de prohibición expresa.	10
2.1.2. Ausencia de regulación ou de non prohibición expresa	13
2.2. Réxime de admisión	15
2.2.1. Admisión restritiva	15
2.2.2. Réxime amplo de admisión	19
3. A problemática da xestación por substitución no ordenamento xurídico español: delimitación xurídica, nulidade de pleno dereito e fraude de lei.....	22
3.1. A xestación por substitución como TRHA	22
3.2. Natureza xurídica do acordo	25
3.3. Análise do marco xurídico en torno á sentenza do Tribunal Supremo nº. 247/2014, de 6 de febreiro de 2014	31
3.4. A influencia decisiva da Unión Europea	47
4. A necesidade de regulación no contexto social actual dende unha perspectiva de xénero	56
5. Conclusións	62
6. Índice da normativa e xurisprudencia referenciada.....	66
6.1. Normativa interna	66
6.2. Normativa estranxeira	66
6.3. Normativa internacional	66
6.4. Decisións e xurisprudencia interna	67
6.5. Xurisprudencia estranxeira	68
6.6. Xurisprudencia do Tribunal Europeo dos Dereitos Humanos	68
Referencias	70

«Es el mercado, amigo».

Rodrigo Rato, 9 de xaneiro de 2018

1. Introducción: a xestión por substitución e súa relación coas técnicas de reprodución humana asistida

O desexo de formar unha familia é un aspecto connatural e innato do individuo entendido no seu conxunto. Dicía Dawkins (1976) que a meirande parte da vida animal oríentase cara a reprodución ou, doutro xeito, que tódolos actos da vida animal teñen por fin favorecer a perpetuación da súa propia especie. Partindo da teoría darwiniana da selección natural, o científico inglés toma unha dirección interesante ao afirmar a idiosincrasia egoísta na xenética dos seres vivos superiores – entre os que se atopa a especie humana –, dispostos a sacrificar ao resto da especie por lograr a perpetuidade individual, dirixida ao ben propio e egoísta do suxeito que efectúa a reprodución e superando, por fin, o carácter altruísta da teoría da selección de grupos.

Deste desexo procreativo atopamos manifestacións múltiples, dende a reprodución natural (sen intervención clínica ou terapéutica), ata o recurso ás técnicas de reprodución humana asistida (en adiante, TRHA) ou á adopción, cando a primeira queda descartada – ben por imposibilidade fisiolóxica, biolóxica ou patolóxica, ben por desexo persoal – (Casado e Navarro-Michel, 2019).

Dende a aparición na década de 1970 das TRHA, foron xurdindo unha serie de problemas ético-xurídicos que recibiron diferentes respostas en función da solución legislativa, dende unha regulación máis tolerante e flexible ata a absoluta lagoa xurídica (Jiménez Muñoz, 2018). Neste contexto e, cada vez gañando un protagonismo mediático maior, atopamos a práctica da “xestión subrogada” baixo diversas denominacións:

Dende unha perspectiva emocional, “maternidade subrogada” ou “por subrogación”; dende unha perspectiva pexorativa, “ventres de aluguer”; dende certa vertente política, “explotación reprodutiva”.

En opinión do Comité de Bioética de España (2017), a nomenclatura máis acertada será a de “nais de aluguer” sendo, polo tanto, completamente erróneo o termo “ventres de aluguer”, por inexacto dende a fisioloxía humana e dende a dignidade da persoa, xa que se esquece esta opción de que a práctica recae sobre a integridade completa da persoa xestante, quen non pode separarse do seu ventre. Igualmente resulta criticable falar de “maternidade por substitución”: a maternidade, entendida como vínculo determinado polo feito do parto, non é substituíble – nin se pretende –, nin en sentido biolóxico, nin en sentido fisiolóxico; sexa pola coincidencia xenética, sexa polo mero feito da xestación, a xestante, como veremos, sempre será considerada a nai.

En todo caso, o termo acuñado pola lexislación española é o de “xestación por substitución”, que empregaremos indistintamente xunto con “xestación subrogada”, pois pon o foco de atención na demanda ou rogación necesaria para a práctica á que nos referimos.

Son múltiples, como vemos, as posibles denominacións que podemos empregar, máis ou menos acertadamente, para referirnos a unha única realidade.

Farnós Amorós (2010) refírese a esta práctica como o acordo polo que unha muller acepta someterse ás técnicas de reprodución asistida para realizar a xestación a favor dun terceiro, facéndolle entrega do menor ou menores que poidan nacer froito de tal acordo; Montón García (2020), como a relación contractual que xorde cando unha persoa solteira ou unha parella homosexual ou heterosexual (pais ou familia de intención) decide contratar a unha muller (nai xestante) para ter un fillo “por eles”; o Comité de Bioética

de España (2017), como un contrato polo que unha muller incuba un embrión obtido mediante fecundación *in vitro*; Gómez Sánchez (1994) céntrase no “acto reprodutor que xera o nacemento dun neno xestado por unha muller suxeita a un pacto ou compromiso”¹ (p. 136) polo que cederá os dereitos sobre o nado en favor da outra parte; nesta mesma liña, a Organización Mundial da Saúde (OMS) (2010) refírese ao embarazo que é levado adiante por unha muller que acorda cos pais previstos a entrega do bebé. Finalmente, a Dirección Xeral de Políticas Interiores do Parlamento Europeo (en Brunet e outros, 2013) defínea como unha práctica pola que unha muller inicia un embarazo coa intención de ceder ao bebé a outra persoa cando se produza o nacemento.

Bayarri Martí (2015) ofrece unha definición máis completa segundo a cal “a xestación por substitución ou maternidade subrogada pode definirse como o acordo de vontades en virtude do cal unha muller acepta portar no seu ventre un neno polo encargo doutra persoa ou parella, co compromiso de que, unha vez levado a termo o embarazo, entregará a aquela ou a aqueles/as o recentemente nado, renunciando á filiación que puidera corresponderlle sobre o fillo xestado”.

Destas definicións dedúcese unha serie de elementos comúns que vertebran a práctica da xestación por substitución dende unha perspectiva xurídica: en esencia, trátase dun pacto ou acordo de vontades en forma contractual polo que unha das partes, que tipicamente será unha muller², comprométese á xestación e posterior entrega dun embrión encargado pola outra parte, renunciando aos dereitos de filiación legal sobre o nacido.

¹ Nota ao lector: tódalas citas literais foron obxecto de tradución propia á lingua galega pola autora.

² Este inciso débese a que, como acertadamente sinala Valvidares Suárez (2019), non pode non ignorarse a xestación practicada por homes transexuais que, mantendo a súa capacidade reprodutiva intacta, transicionaran a tal xénero dende a condición de muller. Por este motivo, ao longo do traballo, a autora empregará o termo “persoa xestante” por consideralo mellor adaptado ao tempo presente.

A esta conceptualización engádesse a intervención das TRHA como elemento necesario para a procreación pretendida. A OMS (2010) definiu ás técnicas de reprodución asistida como “tódolos tratamentos que inclúen a manipulación tanto de ovocitos, como de espermatozoides ou embrións humanos para o establecemento do embarazo” (p. 10).

A este respecto, na Lei 14/2016, de 26 de maio, sobre técnicas de reprodución humana asistida, determínanse como TRHA a inseminación artificial, a fecundación *in vitro* e a inxección intracitoplásmica de espermatozoides con gametos propios ou de doante e transferencia de embrións, e a transferencia intratubárica de gametos.

Xorde, nesta liña de pensamento, a dúbida acerca de se a xestación por substitución pode considerarse ou non unha TRHA ou se, pola contra, trátase dunha práctica que precisa inexorablemente dunha técnica de reprodución humana asistida para orquestrarse.

A favor da primeira das correntes, seguindo a estela da Organización Mundial da Saúde – que inclúe o termo no seu Glosario de terminoloxía en Técnicas de Reprodución Asistida, baixo o nome de *surrogacy* –, certo sector da doutrina considera a xestación por substitución unha das TRHA usadas ante a existencia de problemas de infertilidade (Castillejo Manzanares, 2020).

Pola outra banda, existe unha corrente doutrinal que avoga pola exclusión conceptual da xestación subrogada como parte do conxunto de TRHA, considerando que “esixe a participación dunha muller no proxecto reprodutivo alleo, que é, cuantitativa e cualitativamente, distinta a calquera outra colaboración reprodutiva” (Casado e Navarro-Michel, 2019, p. 32), tanto polo carácter duradeiro e estendido no tempo da colaboración, como pola natureza do encargo ou prestación que realiza a persoa xestante, que esixe

unha implicación moito máis intensa a nivel físico, psicolóxico e, en definitiva, vital. Isto, porque, mentres a doazón de gametos apenas interfere no desenvolvemento diario da vida dos doantes máis alá do momento da intervención e, como moito, as horas ou días posteriores; a xestación subrogada afecta completa e absolutamente á vida da persoa xestante, quen verá interrompido durante, aproximadamente, nove meses, o seu habitual proceder pola condición (imposible de ignorar) de estar embarazada.

2. Un breve estudo sobre o réxime aplicable no Dereito comparado

Baseándonos nos modelos normativos da xestación por substitución no contexto xeral do Dereito comparado, as posibilidades de regulamentación no noso Estado son tres: un modelo de prohibición absoluta, un modelo de permisividade limitada ao cumprimento de certos requisitos e un modelo amplo de admisión (Lamm, 2012). Non obstante, debemos engadir a esta sistematización a realidade de moitos outros países do noso eido xurídico que non tomaron unha posición determinante na regulación da xestación por substitución, optando por, precisamente, unha falta de regulación ou, en definitiva, a non admisión expresa de tal práctica (Casado e Navarro-Michel, 2019).

Son moitas as clasificacións que dos distintos modelos de regulación poden realizarse – en especial, se poñemos o acento, como fai o Comité de Bioética de España (2017), nos distintos elementos que poden integrar o contrato de xestación por substitución –, no entanto, atendendo exclusivamente á postura de cada Estado en particular en canto a admitir ou prohibir a práctica da xestación subrogada, a sistematización máis axeitada é a que distingue, puramente, o réxime de admisión do de non admisión.

Igualmente, por cuestións esclarecedoras en relación aos diferentes modelos que propoñen os Estados na súa regulación, cómpre facer referencia á clasificación que realiza Jiménez Muñoz (2018) atendendo a dous criterios:

Se, por unha banda, temos en conta quen aporta o material xenético, podemos falar de: subrogación tradicional ou parcial (a xestante é inseminada natural ou artificialmente co material xenético dun dos comitentes, sendo, ao mesmo tempo, nai biolóxica do bebé) e subrogación xestacional ou plena (o bebé non ten ningún vínculo biolóxico coa xestante, quen se limita, precisamente, á súa xestación). Mentres que, por outra banda, se temos en conta a existencia ou inexistencia de retribución, distinguiremos, respectivamente, entre subrogación comercial e subrogación altruísta.

2.1. Réxime de non admisión

Eleonora Lamm (2012) agrupa nunha mesma clasificación as opcións normativas de prohibición absoluta e sancionadora, xunto co réxime que establece a mera nulidade do contrato polo que se acorda a realización da xestación por substitución. En idéntico sentido, a Conferencia Internacional da Haia no seu Informe sobre acordos internacionais de subrogación de 2012 non distingue entre ambas categorías e refunden ambas clases de regulación nun só grupo de estados que estableceron legalmente a prohibición do contrato de xestación por substitución (como se cita en Castillejo Manzanares, 2020).

Porén, por ser relevante á hora de comprender a postura socio-política existente no Estado de que se trate con respecto da regulación da xestación por substitución, cómpre considerar ambos supostos separadamente.

2.1.1. Réxime de prohibición expresa.

Os casos máis paradigmáticos de prohibición expresa da xestación subrogada son o de Francia, Alemaña e Suíza, segundo destaca Lamm (2012). Imos proceder a analizar,

brevemente, o réxime de regulación positiva de cada un, con obxecto de comprender as razóns que, no marco xurídico continental, esgrimen os diferentes ordenamentos para prohibir esta práctica.

Positivamente, Francia determina como *nulo* calquera convenio relativo á procreación ou á xestación por conta doutro no art. 16-7 do seu *Code Civil*, de acordo coas opinións vertidas polo seu *Comité Consultatif National d’Ethique*, que sinalan o seu carácter explotador e contrario á dignidade humana, ao servizo de intereses económicos e comerciais, resultando prexudiciais tanto para o menor como para a persoa xestante (Lamm, 2012).

No entanto, como sinala Lamm (2012), o artigo 326 *Code civil* permite que, despois do parto, a nai solicite que a súa admisión e identidade permanezan segredas, de maneira que non se establece unha natureza *sacrosanta* na maternidade polo feito do parto no Dereito francés. Esta solución, malia semellar abrir unha porta á posibilidade de renuncia da filiación en favor doutro mediante convenio previo, é semellante á que se establece no ordenamento español para a renuncia da filiación e dos dereitos que desta se deriven a fin de non figurar a filiación materna na inscrición de nacemento do menor (*cf.* art. 44.4 da Lei 20/2011, de 21 de xullo, do Rexistro Civil). En todo caso, a nulidade do contrato de xestación por substitución impide levar a cabo tal práctica de maneira legal.

A práctica xudicial francesa deu lugar a unha serie importante de asuntos, chegando, en moitos casos á súa resolución perante o Tribunal Europeo dos Dereitos Humanos³, como o asunto *Mennesson* (cuestión que será abordada na epígrafe

³ Tanto é así, que a práctica habitual francesa tentou adaptarse ás resolucións do TEDH dende o ano 2015, chegando a admitir a transcripción integral das actas estranxeiras referidas ao estado civil nas que conste a filiación dos pais de intención, con independencia da existencia ou non de vinculación biolóxica, sempre que un dos proxenitores sexa francés (Consello de Europa, 2021).

respectiva). O que importa neste punto é reflectir a posición política e xurídica concreta do Estado de que se trate e, en tal sentido, a xurisprudencia en tal materia da *Cour de Cassation* francesa (sentenza n° 370 de 6 de abril de 2011, entre outras)⁴, puxo de manifesto o rexeitamento francés de cara á xestación subrogada, determinando unha postura sempre oposta á inscrición dos menores nados mediante xestación por substitución por contrariedade coa orde pública francesa. Precisamente, a orde pública francesa serve como elemento lexitimador da inscrición de nados a través desta práctica cando o acordo ten lugar fóra de territorio francés entre nacionais estranxeiros non vencellados pola lexislación francesa, é dicir, cando o asunto ten lugar absolutamente desvinculado de Francia. Non obstante, a orde pública reaparece para deixar constancia na inscrición unicamente dunha mención relativa á paternidade, sen referenciar ao *segundo pai* (sentenza do *Tribunal de Grande Instance* de Nantes, de 10 de febreiro de 2011) (Álvarez González, 2010).

A normativa alemá avanza un paso máis na prohibición, establecendo unha pena privativa de liberdade (ou unha multa) de ata tres anos para quen fixera uso das TRHA *abusivamente*, en concreto: “a quen (. . .) 7) Fecundara artificialmente ou transferira un embrión a unha muller disposta a entregar o neno a terceiros logo do seu nacemento” (Art. 1 da *Embryonenschutzgesetz* n.º 745/90 de 13 de decembro de 1990).

Finalmente, en Suíza establécese unha prohibición expresa que non se limita á nulidade do contrato ou á mera sanción, combinadas cunha práctica xurisprudencial

Non obstante, a *Loi relative à la bioethique*, de 3 agosto de 2021, limita, no art. 47 do *Code civil*, o alcance de tal recoñecemento á apreciación de que na redacción da acta existisen irregularidades ou falsidades con respecto á realidade extrarrexistral; realidade esta, que haberá de apreciarse de conformidade coa lei francesa (Álvarez González, 2022-a).

⁴ ECLI:FR:CCASS:2011:C100370.

negativa ao recoñecemento e inscrición das resolucións estranxeiras sobre xestación por substitución: o artigo 119. 2. letra d) *Swiss Federal Constitution* prohibe tódalas formas de maternidade por substitución e ten o seu desenvolvemento normativo, en igual sentido, nos art. 4 e 31 da *Loi fédérale sur la procréation médicalement assistée* de 1998, que expresamente se refire á xestación por substitución en tódalas súas modalidades (Castillejo Manzanares, 2020).

2.1.2. Ausencia de regulación ou de non prohibición expresa

Dentro deste segundo grupo, en realidade, pretendemos englobar aos Estados que, ben por non regular a resposta legal, ben por non establecer unha prohibición explícita (limitándose, en moitos casos, a declarar a nulidade do contrato ou a contrariedade coa orde pública estatal, sen máis), dan lugar a unha admisión *de facto* da xestación subrogada no seo do Estado de que se trate.

Nesta liña, de acordo co Informe da Conferencia Internacional da Haia de 2012, existe unha lista de países que optaron por non regular expresamente a cuestión da xestación por substitución, tampouco prohibíndoa de forma expresa (Castillejo Manzanares, 2020), entre os que atopamos algúns estados de Estados Unidos, que carece dunha lei estatal, correspondendo a regulación, particularmente, a cada Estado (Valdés Díaz, 2014).

Máis habitual, en cambio, é o caso dos países en que, pese a regulación existente, remata producíndose unha admisión fáctica da xestación por substitución, por ulterior recoñecemento das resolucións estranxeiras en que se declara a validez da práctica ou da filiación.

O caso de Bélxica é significativo, xa que se permite establecer a filiación en favor da nai comitente a partir dun sistema mixto baseado no recoñecemento da filiación por

parte desta, recoñecemento que debe ser corroborado pola posesión de estado, excluindo toda posibilidade de impugnación, de acordo coa regulación establecida no artigo 300 do *Code civil* belga. Esta constitúe unha norma que elimina a base biolóxica como elemento fundamental na determinación da filiación (Farnós Amorós, 2010). Así, a inexistencia de mención sobre a xestación por subrogación na *Loi relative à la procréation médicalement assistée et à la destination des embryons surnuméraires et des gametes*, de 6 de xullo de 2007, non impide o recoñecemento fáctico dos seus efectos.

Clara manifestación disto é a introdución do interese superior do menor como elemento flexibilizador da posición, *a priori*, denegatoria da filiación a favor dos comitentes, iso si, só en favor do proxenitor que comparte vínculo biolóxico co nacido, nos casos en que a xestante non está casada (Álvarez González, 2010).

Algo semellante, polo resultado e non polo procedemento, sucede en Italia, onde, no ano 2009, accedeuse á rectificación da mención rexistral relativa á filiación que figuraba en favor da nai xestante, con motivo dun proceso de separación matrimonial entre os comitentes (sentenza da *Corte d'Appello di Bari* de 13 de febreiro de 2009). O argumento fundamental que se esgrimiu para xustificar a admisión da demanda de rectificación foi que a xestación por substitución non é contraria á orde pública internacional, sendo así que, precisamente, se permite a práctica en diversos Estados da Unión Europea (entre eles, por entón, o Reino Unido, onde foi celebrado o contrato de xestación por substitución deste asunto).

Por último, e como desenvolveremos, dentro deste grupo tamén atopamos a España (Casado e Navarro-Michel, 2019) que, “elude sistemáticamente a regulación do convenio de xestación por substitución ou subrogación” (Vela Sánchez, 2022, p. 3).

2.2. Réxime de admisión

O segundo grande grupo de estados en materia de regulación sobre a xestación por substitución comprende a todos aqueles países cunha normativa favorable ou, cando menos, amigable desta práctica.

Porén, como en todos aqueles casos en que poida existir (ou efectivamente exista) unha situación de desigualdade de armas, de desequilibrio, en definitiva, nunha relación contractual na que existe unha parte claramente desprotexida fronte aos posibles abusos da outra (ou da práctica en si mesma considerada, pola súa natureza), determinados Estados, que recoñeceron a práctica da xestación por substitución como unha actividade lícita, entraron a regular unha serie de límites ou trabas á autonomía da vontade que se predica de toda relación contractual. Neste sentido, haberemos diferenciar aquelas regulacións en que se pon de manifesto a liberdade absoluta de contratación entre as partes, de corte máis neoliberal e capitalista (Casado e Navarro-Michel, 2019); daquelas outras nas que existe unha declaración activa por parte do Estado (con maiúscula) de vontade protectora dos dereitos fundamentais da parte feble que encarna a figura da persoa xestante.

2.2.1. Admisión restritiva

Son moitos máis os países onde a xestación subrogada se permite só cando é altruísta e baixo certos requisitos e condicións (Lamm, 2012). Deste grupo, imos destacar, por recente, o caso de Portugal; e por antonomasia, o caso do Reino Unido e de Grecia, como representantes dos dous modelos de regulación que Lamm (2012) sinala e que son, respectivamente: 1) o modelo puramente convencional, centrado nos problemas que xorden da filiación posparto, e 2) o que depende da “pre-aprobación” do acordo de xestación por substitución por un organismo público.

Dentro dos países que pertencen ao primeiro dos grupos sinalados por Lamm (2012), Reino Unido (Gran Bretaña e Irlanda do Norte) constitúe o exemplo característico. En síntese, no Reino Unido son homologables xudicialmente os convenios de xestación por substitución (*surrogacy*), sempre e cando non persigan fins lucrativos (Farnós Amorós, 2010), sendo así que, por mandato da *Surrogacy Arrangements Act* de 1985, toda forma de publicidade e xestión comercial – enténdese, a intermediación por empresas, axencias ou similares – cuxa finalidade sexa a realización de acordos de xestación por substitución. Noutras palabras, no Reino Unido séguese unha política prohibitiva con respecto da práctica comercial da xestación subrogada, que, en cambio, a permite cando se trata dun contrato *benévolo*⁵ e sen intermediarios (Lamm, 2012), sexa mediante a convalidación dos efectos pola vía da adopción, sexa mediante a solicitude dunha *parental order*⁶.

Do mesmo xeito que mencionamos ao comezo da exposición deste subepígrafe, o problema non reside no contrato de xestación máis que nos límites establecidos para a súa validez, senón na determinación posterior ao parto da filiación do nacido. O réxime particular inglés consiste nun sistema de permisos parentais (*parental order*) concedidos baixo unha serie de requisitos legais de obrigado cumprimento e cando sexan solicitados pola familia de intención dentro dos seis primeiros meses posteriores ao nacemento; a

⁵ Así, admítase o pago á xestante dos gastos razoables derivados da práctica, elemento común nos ordenamentos que admiten o contrato gratuíto da xestación por substitución, preocupándose por establecer unha regulación máis garante.

⁶ Unha orde parental (*parental order*) serve para transferir a patria potestade (*legal parenthood*) dende a persoa xestante (e, no seu caso, a súa parella) á familia de intención (*intended parents*). Trátase dunha xestión de tramitación acelerada que se inicia mediante unha solicitude á autoridade competente, quen nomea a un traballador social, a fin de que determine a pertinencia de conceder ou non a orde parental, atendendo a unha serie de estándares avaliados (consentimento da persoa xestante, idoneidade da familia de intención, etc.). A decisión final corresponde, en todo caso, á autoridade xudicial competente (UK Government, 2021).

través deste permiso, modifícase a filiación inicialmente establecida en favor da persoa xestante, en favor dos solicitantes. Así, ademais dos límites sinalados *supra*, a concesión do permiso condiciónase á existencia de vínculos xenéticos entre un dos comitentes – como mínimo – e o nacido, á súa convivencia dende a solicitude e á aceptación contractual libre e consciente por tódalas partes do contrato (Farnós Amorós, 2010).

Así as cousas, a condición inexorable da gratuidade do contrato de xestación por substitución no ordenamento inglés non parece ser tal. Isto, porque existen precedentes xurisprudenciais, entre os que Álvarez González (2010) destaca a decisión da *English High Court* de 5 de novembro e 9 de decembro de 2008, onde o permiso parental é concedido nun suposto de claro intercambio do servizo por prezo, celebrado en Ucraína, a pesar de ser este aspecto “claramente contrario á emisión da *order*” (p. 346)⁷.

Por outra banda, como adiantabamos, dentro deste grupo debemos poñer a atención sobre o caso portugués; un país que pasou da negación legal expresa da xestación por substitución á súa admisión con carácter restritivo, xa no ano 2016; regulación que, por outra banda, superou no ano 2021 as barreiras que, nun primeiro momento, lle foron impostas polo seu Tribunal Constitucional na sentenza nº 225, de 24 de abril de 2018.

Grosso modo, o marco xurídico portugués da *Lei 25/2016*, de 22 de agosto, *que regula o acceso à gestação de substituição* (e a reforma introducida pola *Lei 90/2021*, de 16 de decembro) permite o convenio *gratuito* de xestación por substitución cando se produce o cumprimento dunha serie de requisitos que, esencialmente, tratan de evitar o recurso a este negocio xurídico por motivos non médicos ou de saúde, “senón laborais ou

⁷É certo, polo demais, que, a pesar disto, “a posibilidade de rexeitamento dos efectos de xestación por substitución estranxeiros é real” (p. 346), como tamén no caso dos contratos celebrados no seo do territorio, cando non exista polos comitentes unha vinculación co Reino Unido determinada polo *domicile*.

de estética ou unicamente para evitar os embarazos e as súas molestias para as mulleres beneficiarias” (Vela Sánchez, 2022, p. 4), quedando, como novidade, absolutamente prohibida a utilización de material reprodutor da persoa xestante. Deste xeito, logran pasar de puntillas arredor da declaración de inconstitucionalidade na sentenza nº 225/2018 sobre o carácter da filiación regulado na norma primitiva, que tiña por fillos dos beneficiarios aos nados desta práctica, aínda que compartiran vínculo xenético coa persoa xestante.

Un importante límite – máis ou menos criticable, como veremos – é o introducido por esta regulación á posibilidade de revogar o consentimento contractual das partes e da persoa xestante: as primeiras disporán de liberdade revogatoria ata o momento en que se inicien os procedementos das TRHA; a liberdade da xestante, en cambio, esténdese ata o momento da inscrición do neno nacido no Rexistro Civil.

Esta novidade responde á idea sentada polo Tribunal Constitucional portugués de que, se ben a autonomía da vontade ten que existir por parte da muller no momento da contratación, a constatación dela non é suficiente para garantila ao longo do proceso de embarazo; isto, porque poden producirse situacións non abrangidas polo consentimento inicialmente prestado e, en tal sentido, “a revogabilidade corresponde a unha garantía esencial da efectividade do dereito ao desenvolvemento da personalidade da muller xestante” (sentenza do Tribunal Constitucional portugués nº 225/2018, parágrafo 43). A cuestión do consentimento, por tratar temas cuxo obxecto non é a mera exposición sucinta dos distintos réximes estatais – como pretende esta epígrafe – e, igual que expuxo Vela Sánchez (2022), “pola súa grande relevancia e por ser unha das novidades máis

importantes da nova regulación – por non dicir a máis transcendente e, á vez, a máis nefasta –”(p. 4), será obxecto de análise noutro punto deste traballo⁸.

Finalmente, noutros ordenamentos, coma o grego, esíxese a previa superación dun control realizado por unha autoridade designada polo Estado previa comprobación dunha serie de requisitos. No caso do sistema grego, establécese unha presunción de *maternidade* en favor da nai comitente que obtivo autorización xudicial polo tribunal do distrito en que residan os comitentes e a xestante, momento a partir do cal, e só entón, poderá realizarse a implantación (Farnós Amorós, 2010; Lamm, 2012).

Neste caso particular, transgrídese a regra *mater semper certa est*, xa que se establecerá a filiación en favor dos comitentes con carácter inmediato tralo nacemento (Lamm, 2012), a salvo o dereito da persoa xestante e da comitente para impugnar tal filiación, dentro dos 6 meses seguintes ao nacemento, previa acreditación da filiación biolóxica coa primeira, en cuxo caso, “a filiación materna establecerase a favor da nai subrogada con efectos retroactivos dende o nacemento” (Farnós Amorós, 2010, p. 21).

2.2.2. Réxime amplo de admisión

Farnós Amorós (2010) distingue, de entre tódolos países, aqueles onde esta práctica, por xeneralizada, formalízase a partir de acordos comerciais.

Durante os últimos anos da década dos 80, algúns estados dos Estados Unidos de América foron os primeiros en legalizar a xestación por substitución. En 1988 a *National Conference of Commissioners on Uniform State Laws* de EE.UU. propuxo un Acta Uniforme para todo o país, tendente a asegurar certa seguridade xurídica na determinación legal da filiación dos nados mediante acordos de xestación subrogada (Vilar González,

⁸ Vid. punto 4 (*A necesidade de regulación no contexto social actual dende unha perspectiva de xénero*).

2018). Así as cousas, non tódolos estados admiten esta práctica – sexa ou non con limitacións –, polo que, para exemplificar o último grupo de países, caracterizados por unha contemplación ampla da xestación por substitución, empregaremos, como referencia, ao Estado de California.

Precisamente, este foi un dos últimos Estados en adoptar normas reguladoras sobre a xestación por substitución; porén, os seus Tribunais marcaron unha liña xurisprudencial que propugna o recoñecemento e obrigatoriedade dos acordos, supeditando a filiación biolóxica á autonomía de vontade das partes (Vilar González, 2018). Como estado máis favorable á subrogación, California é, precisamente, “un dos lugares aos que máis se acode para levar a cabo este proceso por parte de quen ten recursos económicos suficientes, dado o carácter comercial do contrato de xestación por substitución” (Arroyo Gil, 2020, p. 59).

Basicamente, a xestación por substitución permítese e recoñécese de maneira moi ampla, en tódalas súas formas – seguindo a clasificación de Jiménez Muñoz (2018) –, admitindo o seu acceso a toda persoa, con independencia das súas circunstancias de idade, nacionalidade, condicións médicas, estado civil, orientación sexual, modelo de unidade familiar e xénero. Máis alá de aspectos como o da idade – por cuestións biolóxicas relacionadas coa fertilidade – e a experiencia previa de ata cinco embarazos saudables, que figuran como meras recomendacións nun informe do ano 2015 da *American Society for Reproductive Medicine (ASRM)*⁹, tampouco non se establecen límites legais en canto ás condicións para ser persoa xestante . Mais, sequera no marco da mera recomendación,

⁹ Este informe tamén recomenda a realización de estudos psicosociais á familia de intención, co fin de detectar algunha circunstancia que puidese servir de pretexto para rexeitar o acordo (inestabilidade familiar, imposibilidade de manter unha relación amigable coa xestante, abuso de menores, etc.) (p. 223).

estes límites poden transgredirse¹⁰. Asemade, non se establece pola Lei californiana ningunha barreira en canto ao número de embrións transferibles¹¹, a pesar das recomendacións da ASRM – teoricamente seguidas na práctica – de implantar un só embrión; é máis, o procedemento habitual médico nas clínicas californianas de fecundación *in vitro* “permiten, e incluso recomendan transferir diversos embrións ao mesmo tempo, con tal de asegurar unha maior taxa de éxito” (Vilar González, 2018, p. 223-224).

En canto ás cuestións de filiación, o art. 7601 do *California Family Code*, considera pai ou nai *natural*, aos efectos da Lei, a todo aquel que non o sexa por medio da adopción, *con independencia de que estea ou non vencellado xeneticamente co menor* [énfase agregada], dando, así, cabida na filiación natural a tódolos usuarios das TRHA (incluíndose, neste caso, a xestación por substitución en calquera modalidade) (Vilar González, 2018).

En suma, ten lugar unha regulación caracterizada por unha autonomía da vontade absoluta e herdeira do concepto capitalista da liberdade que tan presente latexa nos Estados Unidos de América. Isto ponse de manifesto no cotián da participación de axencias intermediarias no proceso, de maneira que os comitentes pagarán á persoa subrogada unha cantidade – dirixida, en principio, á compensación dos gastos da xestación –, máis unha comisión á axencia intermediaria, encargada de buscar á candidata idónea e de formalizar o acordo (Farnós Amorós, 2010).

¹⁰ O limiar máximo da idade, fixado en 45 anos, poderá ser superado cando a persoa xestante advirta aos comitentes dos riscos potenciais da xestación (p. 223).

¹¹ Tampouco a Proposición de Lei reguladora do dereito á xestación por subrogación presentada polo Grupo parlamentario Ciudadanos no ano 2017.

3. A problemática da xestación por substitución no ordenamento xurídico español: delimitación xurídica, nulidade de pleno dereito e fraude de lei

Tras exposta a situación global da xestación por substitución arredor dos seus posibles modelos de regulación, cómpre, a fin de entender cal é a situación desta práctica en España na actualidade, abordar a explicación de certas cuestións controvertidas.

Nesta epígrafe centrarémonos, en primeiro lugar, no debate doutrinal existente en torno á problemática de considerar a xestación por substitución como unha TRHA. En segundo lugar, no intento de delimitación da natureza xurídica do acordo de xestación subrogada, de acordo coa xurisprudencia e normativa vixentes. Finalmente, exporemos os problemas derivados do marco xurídico español actual que, a pesar de amosar aparentemente o seu rexeitamento de cara a un negocio xurídico sancionado coa nulidade de pleno dereito, remata por darlle cabida, recoñecendo *de facto* os seus efectos; para isto tomaremos como referencia a STS de 6 de febreiro de 2014¹².

3.1. A xestación por substitución como TRHA

Gran parte dos autores, consideran, no entanto, que a xestación por substitución debe e, efectivamente, enmárcase no contexto das TRHA en relación a tres motivos: un motivo científico-técnico, un motivo legal e un motivo teleolóxico-conceptual (Cabezudo Bajo, 2021).

O primeiro dos motivos que se esgrimen nace non só da súa inclusión en determinados textos de carácter internacional, como a súa inclusión no informe da Organización Mundial da Saúde (2010), senón da observancia dunha estrutura común entre as TRHA e a xestación por substitución: “todos estes casos teñen en común que,

¹² ECLI:ES:TS:2014:247.

xunto cos individuos ou parellas que planean criar ao neno, atópase un terceiro” (p. 4) – neste caso particular, a persoa xestante –.

Contra isto, Durán Ayago (2020) considera que a xestación por substitución non pode concibirse coma unha técnica de reprodución asistida máis, xa que implica necesariamente a intervención dunha muller xestante allea ao proxecto filial dos comitentes. Salvando as distancias en torno á natureza xurídica de ambas prácticas, pode chegar a considerarse, polo tanto, que a estrutura bilateral de ambas sexa a mesma, pero as esixencias de contido do convenio de xestación por substitución non se prescriben de ningunha outra das técnicas, como se pretende *supra*. Así, ponse o acento no carácter dinámico da xestación, definida como un proceso por Valvidares Suárez (2019), xa que “esixe a participación dunha muller no proxecto reprodutivo alleo, que é, cuantitativa e cualitativamente, distinta a calquera outra colaboración reprodutiva” (Casado e Navarro-Michel, p. 32): cuantitativamente, polo carácter espaciado no tempo da práctica; cualitativamente, pola natureza da colaboración que implica estar embarazada, e que non consiste na aplicación dun descubrimento científico – como na implantación embrionaria –, senón dunha función natural do corpo humano (Valvidares Suárez, 2019).

E, sendo desta maneira, en consecuencia precisará dunha consideración e regulación específicas (Durán Ayago, 2020).

En segundo lugar, sinala Cabezudo Bajo (2021) que a consideración da xestación por substitución vén avalada pola lexislación dos diversos Estados que, ben para prohibila, ben para autorizala, coinciden en regular devandita práctica no marco das TRHA. Exemplo disto é, precisamente, a Lei 14/2006, de 26 de maio, sobre técnicas de reprodución humana asistida, onde se localiza a regulación (ou, máis ben, non regulación) sobre a xestación subrogada.

Porén, como calquera outra discusión doutrinal, precisamente o debate que xorde en torno á consideración ou non da xestación por substitución como enmarcada dentro das TRHA pretende determinar se o criterio da Lei é ou non correcto, atendendo ás circunstancias que rodean á institución xurídica que é obxecto de análise.

Finalmente, o motivo teleolóxico-conceptual compartido polas TRHA e a xestación por substitución, segundo entende Cabezado Bajo (2021), atende a un mesmo obxectivo: “resolver os problemas reprodutivos dos individuos co fin de que poidan formar a súa familia sexa cal sexa o seu modelo” (p. 4), problemas que podemos dividir en dous grupos: a esterilidade patolóxica – isto é, a infertilidade derivada dunha patoloxía impeditiva da procreación e que pretende o uso das TRHA con fins terapéuticos – e a esterilidade estrutural – que caracteriza a aqueles modelos familiares que, por condicións inherentes á súa natureza, non poden levar a cabo a función reprodutiva por ser “de todo punto imposible logralo por medios naturais” (p.7) –, que poderán acontecer de maneira cumulativa ou alternativa. Nesta liña, por contribuír, en esencia, á solución dos problemas derivados da infertilidade e da esterilidade *per se* dos comitentes, considera a autora, a regulación permisiva da xestación subrogada deberá entender tal convenio comprendido nas TRHA.

Deste xeito, continúa, a admisión contribuiría a facer efectiva “a posibilidade de que parellas do mesmo sexo e de suxeitos solteiros puideran construír a súa familia naqueles casos nos que os seus problemas de infertilidade ou esterilidade estrutural non llo permitiran sen acudir á xestación por substitución” (p.9). Tendo isto en conta, aínda que non o especifique, a autora introduce un elemento social que se realiza na promoción da igualdade á hora de exercitar a función reprodutiva, con independencia da orientación sexual e da estrutura familiar dos comitentes.

Puppinck e de la Hougue (2015), en cambio, rexeitan esta visión nihilista da xestación por substitución, centrada na súa utilización para paliar os problemas de fertilidade das familias de intención, por afastada da realidade. *A contrario*, subliñan o carácter comercial da xestación por substitución, onde o fillo concebido por tal vía é, nada máis, ca o obxecto dun contrato que consiste no aluguer dunha muller “para obter dela un neno, que deberá abandonar no momento do nacemento contra un pago” (p. 2) en beneficio dos comitentes. Considerar outra cousa distinta, nace dunha “vulgarización das técnicas de fecundación *in vitro*” (p. 9), pola que esta práctica se xeneraliza, sen que tal feito reste validez ao razoamento contrario á permisión da xestación por substitución, por entendela unha forma de explotación á muller.

3.2. Natureza xurídica do acordo

A regulación vixente en torno ao acordo de xestación por substitución a fin de poder efectuar unha análise axeitada da súa natureza xurídica, pivota arredor de dúas normas: a Lei 14/2006, de 26 de maio, sobre técnicas de reprodución humana asistida (LTRHA) – concretamente o seu artigo 10 – e o Código civil (CC), en canto a normativa sobre obrigas e contratos.

O artigo 10 LTRHA contén a regulación seguinte:

“1. Será nulo de pleno dereito o contrato polo que se conveña a xestación, con ou sen prezo, a cargo dunha muller que renuncia á filiación materna a favor do contratante ou dun terceiro.

2. A filiación dos fillos nados por xestación de substitución será determinada polo parto.

3. Queda a salvo a posible acción de reclamación da paternidade respecto do pai biolóxico, conforme ás regras xerais”.

Sobre esta regulación, entiende Vilar González (2018) que, de maneira contraria ao criterio exposto no anterior epígrafe, o lexislador español parte da concepción da xestación por substitución como unha TRHA. No presente artigo, defínese vagamente o carácter contractual da práctica e o seu contido: “aqueles cuxa finalidade consista en pactar a xestación a cargo dunha muller, que deberá comprometerse a renunciar á filiación do *concepturus* que portará no seu ventre, unha vez nacido, a favor dos contratantes, ou ben, dun terceiro que estes designen” (p. 68).

Podemos apreciar da redacción do primeiro parágrafo do mencionado artigo, continúa a autora, que a falta de diferenciación entre as distintas modalidades de xestación por substitución pon de manifesto a vontade do lexislador de que calquera acordo desta natureza quedará, con independencia das súas condicións de celebración, viciado por enteiro de nulidade de pleno dereito.

En canto á consideración deste acordo de vontades coma un contrato dende unha perspectiva técnico-xurídica, como foi exposto *supra*, queda sometida ás regras civís sobre obrigas e contratos, por canto ten lugar dentro do tráfico xurídico. En tal sentido, atopamos as dúas grandes incompatibilidades desta figura co ordenamento xurídico español: unha delas obedece á súa natureza (art. 1271 CC); a outra, ao seu contido (art. 177.2 CC); pero ambas determinan a imposibilidade de admitir a práctica do acordo de xestación por substitución, mentres non se produza un cambio lexislativo.

Tendo por incluída a figura da xestación subrogada dentro das TRHA ou, ao menos, téndoa como unha figura que precisa das TRHA para poder desenvolverse, debemos preguntarnos pola verdadeira natureza xurídica destas TRHA, que permiten a doazón de gametos e preembrións con fins reprodutivos: son realmente contratos?

Para comezar polo principio, debemos acudir á norma que define as notas esenciais do contrato para ser considerado como tal. O art. 1261 CC condiciona a súa existencia ao cumprimento de tres requisitos: consentimento, obxecto e causa. A presenza necesaria destes presupostos implica, *a contrario*, que a súa falta supón non poder considerar a figura a analizar coma un contrato nos termos do CC.

Dentro destas tres condicións, a que nos cómpre analizar neste momento é a do requisito do “obxecto certo que sexa materia de contrato” (art. 1261. 2º CC). Entendendo, como Díez-Picazo e Gullón (2017), que o contrato é a “expresión dunha autorregulación polas partes dos seus propios intereses” (p. 33), consideramos o obxecto contractual como aqueles bens en sentido amplo, susceptibles de valoración económica, que se corresponden cos intereses regulamentados polo contrato. O obxecto está, á súa vez, suxeito ao cumprimento dunha serie de requisitos legais.

Así, indica o art. 1271 CC que poderán ser obxecto de contrato todas aquelas cousas que *non* [énfase agregada] se atopen fóra do comercio dos homes, así como tódolos servizos acordes coas leis e bos costumes; o art. 1272 CC, supedita o obxecto contractual á súa posibilidade material, permitíndose contratar sobre cousas futuras; o art. 1273 CC, á súa determinabilidade ou certidume.

Entendendo cumpridos estes dous últimos requisitos, réstanos analizar a posibilidade legal, a licitude do contrato pretendido, que nos permitirá determinar se o contido do mesmo é ou non é *materia de contrato* [énfase agregada]. Segundo consideremos que o obxecto do contrato recae sobre cousa (neste caso, os gametos e preembrións) ou sobre servizo (a doazón de gametos e preembrións) esíxense requisitos distintos: a comercialidade para os bens e a conformidade co ordenamento xurídico para os servizos.

Nesta liña, consideraremos como bens situados fóra do comercio, ademais dos bens de dominio público e daqueles non susceptibles de apropiación individual, os “bens subtraídos á libre dispoñibilidade dos particulares” (p. 35). Así as cousas, un contrato cuxo obxecto recaera sobre un ben extracomercial, ou sobre un servizo ilícito, sería “un contrato ao que lle falta un presuposto obxectivo” (p. 35); en cambio, de se tratar dun obxecto prohibido en atención ás circunstancias – isto é, non excluído por completo e en calquera situación do tráfico xurídico – atopariámonos ante un contrato con causa ilícita, pero nunca ante un contrato sen obxecto (Díez-Picazo e Gullón, 2017).

Pois ben, como razoa Vilar González (2018), se ben é axeitado falar de doazón para referirnos ao acto polo que o *doante* dos gametos presta o seu consentimento para a súa utilización nun procedemento de reprodución asistida, non o é referirnos a tal acto como un verdadeiro contrato, por incompatibilidade co tenor literal do art. 1271 CC ao recaer sobre bens extracomerciais. Díez Soto (2007) considera que sería máis acertado, en cambio, referirnos a tales actos como “consentimento ou autorizacións legalmente esixidas para practicar intervencións sanitarias sobre o propio corpo ou para dispoñer de partes determinadas ou produtos deste” (p. 90).

Isto polo que respecta ás TRHA legalmente recoñecidas.

Polo contrario, cando nos atopamos ante un acordo de xestación por substitución, non podemos falar dunha confluencia de vontades que esixa a Lei para poder levarse a cabo, porque o lexislador non só non a considerou merecedora da protección xurídica referida, senón que “incluso a situou fóra da legalidade e non acreedora de amparo normativo algún” (Voto particular do Maxistrado Luis F. de Castro Fernández, na STS n.º 953/2016, de 16 de novembro de 2016¹³, f.x. 2º, 3º parágrafo). De igual modo

¹³ ECLI:ES:TS:2016:5283.

pronunciouse o Tribunal Europeo dos Dereitos Humanos, determinando que a función reprodutora da muller é algo *extra commercium*, situado extramuros da sistemática contractual (Correa da Silva, 2021).

Por todo o exposto, a única categoría xurídica na que ten encaixe o acordo de xestación subrogada será a de contrato ilícito, ao quedar relegado ao ámbito privado por non estar amparado pola legalidade vixente.

Por outra banda, de acordo co establecido nos art. 44.4 da Lei do Rexistro Civil, é posible que a nai renuncie aos dereitos derivados da filiación, así como á súa constancia rexistral, debendo promoverse polo Ministerio Fiscal ou polas Entidades públicas autonómicas competentes, a inscrición dos menores abandonados, ao tempo que estas asumen a súa tutela administrativa (art. 48). Malia que este precepto pode chegar a considerarse unha vía de entrada para o contrato da xestación por substitución, existe outro reproche xurídico realizable en relación á prohibición explícita da prestación de consentimento preadoptivo pola nai biolóxica antes de transcorridas seis semanas dende o parto, de acordo co art. 177.2 CC; a xuízo de Jiménez Muñoz (2014), a renuncia no momento do parto pola nai en favor de terceiros constituiría, en todo caso, unha fraude de lei¹⁴. Así as cousas atopámonos ante un resultado non querido polo lexislador que parece poder realizarse mediante o contrato de xestación subrogada (Vilar González, 2018).

Feitas estas aseveracións e retomando o tenor literal do art. 10.1 LTRHA, tódolos contratos que teñan por obxecto un acordo de xestación subrogada gozarán, *ex lege*, dunha

¹⁴ A Instrución *non nata* da Dirección Xeral dos Rexistros e do Notariado de 14 de febreiro de 2019 establece un réxime de adopción para as parellas comitentes dos país que presentan un vínculo biolóxico co menor concebido mediante xestación por substitución. En tal sentido, a adopción condiciónase ao asentimento da persoa xestante no proceso ao efecto, que só poderá prestarse transcorridas seis semanas dende o parto.

ineficacia *ab initio* sancionada coa nulidade absoluta, radical ou de pleno dereito. Pero é que aínda que o lexislador non quixese especificar este efecto para o contrato de xestación subrogada, a nulidade produciríase en todo caso, por tratarse dun acto contrario ás normas imperativas ou, canto menos, que se presenta inexistente por carecer dalgún dos seus elementos esenciais, como expón Lasarte Álvarez (2017): “dado que os artigos 1261 e seguintes do Código Civil, reguladores dos elementos esenciais do contrato, teñen en xeral carácter imperativo, bastaría, pois, con afirmar, por extensión, que a nulidade do negocio xurídico, en canto verdadeira xeneralización da nulidade do contrato, derívase da contrariedade ao Dereito imperativo” (p. 399)¹⁵.

Sendo así que os negocios xurídicos nulos son “a expresión da nada xurídica” (sentenza do Tribunal Supremo de 13 de febreiro de 1985, considerando 2º), o ordenamento non pode recoñecer ningún dos seus efectos (Lasarte Álvarez, 2017), de maneira que *quod nullum est nullum effectum producit*. Deste xeito, a forza da nulidade opera sobre o contrato de subrogación mediante os seus tres efectos típicos: o efecto inmediato *ipso iure*, o efecto absoluto *erga omnes* e o efecto temporal da imprescritibilidade (Vilar González, 2018), resultando que o pactado non poderá esixirse e o xa entregado non poderá repetirse (Jiménez Muñoz, 2014).

Se isto é así, como é posible, entón, que a práctica xurisprudencial confira efectos ao contrato de xestación por substitución?

¹⁵ Sobre este punto, Álvarez González (2010) considera que o art. 10.1 LTRHA aporta unha *opción* legislativa [énfase agregada polo autor], que non equivale a unha prohibición en sentido técnico. No seu lugar, a inadmisibilidade operará en toda a súa extensión atendendo a relación de proximidade do suposto co ordenamento de referencia (orde pública de proximidade, desenvolto *infra*); e cita como exemplo a expectativa lexítima de recoñecemento dunha situación creada por un cidadán estranxeiro que desenvolve o contrato de xestación por substitución nun Estado alleo e só posteriormente traslada a súa residencia a España.

3.3. *Análise do marco xurídico en torno á sentenza do Tribunal Supremo n.º*

247/2014, de 6 de febreiro de 2014

Para comprender o funcionamento actual do noso marco xurídico na práctica xurisprudencial, imos tomar como modelo a sentenza n.º 247/2014 do Tribunal Supremo, de 6 de febreiro de 2014 (en adiante, STS 247/2014). Esta sentenza resolve en casación o recurso formulado contra a decisión ditada pola Audiencia Provincial de Valencia na súa sentenza n.º 949/2011, de 23 de novembro de 2011¹⁶, que falla deixar sen efecto a resolución de 19 de febreiro de 2009 da, por entón, Dirección Xeral dos Rexistros e do Notariado¹⁷, favorable á inscrición da filiación duns menores, nados como consecuencia

¹⁶ ECLI:ES:APV:2011:5738.

¹⁷ Esta instrución constitúe unha das manifestacións da liña doutrinal seguida durante máis de dez anos pola Dirección Xeral dos Rexistros e do Notariado.

Na Instrución da Dirección Xeral dos Rexistros e do Notariado de 5 de outubro de 2010 tómase unha dirección en torno á inscrición das filiacións derivadas de resolucións xudiciais estranxeiras en que se estableza de forma indubitada a filiación en favor dos solicitantes; ordenando denegarse a calquera declaración simplemente acompañada de certificación médica en que non haxa constancia da identidade da persoa xestante. En tal sentido, foron rexeitadas inscricións en que unicamente se aportasen certos documentos como o informe hospitalario ou a factura do parto (Resolución de 15 de abril de 2013). Esta decisión, segundo Durán Ayago (2019), excédese dos límites atributivos da Dirección; así mesmo, estaría desconectada do criterio do TEDH, en cuxas resolucións non se esixe a existencia de resolución estranxeira algunha (Álvarez González, 2022-b).

Practicamente no mesmo sentido resolvería posteriormente a Instrución de 18 de febreiro de 2019, de maneira que serían recoñecidas as resolucións xudiciais estranxeiras dotadas de exequátur ou obxecto de recoñecemento incidental, a fin de controlar a existencia de “proba válida e suficiente dos feitos, datos e declaracións de vontade”, “á vista dos claros abusos contra as mulleres xestantes que en ocasións se deron”.

Esta última instrución deixa sen efecto, non obstante, unha *non nata* Instrución de 14 de febreiro de 2019, que introduce unha serie de matizacións referidas ao réxime da Instrución de 2010: outórgase importancia maiúscula á existencia de verdadeiro consentimento da persoa xestante, tanto no momento da celebración do contrato, como con carácter posterior ao parto; garántese o dereito do menor a coñecer a súa orixe biolóxica; e establécese un control de idoneidade con respecto da familia comitente; igualmente, flexibilízase o requisito da resolución xudicial para os casos de coincidencia biolóxica entre o menor e un dos comitentes, contemplando a posibilidade de adopción para a súa parella (Durán Ayago, 2019).

dun contrato de xestación por substitución celebrado en California, en favor dos pais de intención, e impugnada polo Ministerio Fiscal¹⁸.

A resolución do Alto Tribunal céntrase en dar resposta a dúas cuestións principais propostas polos recorrentes – a familia de intención –, que poden descompoñerse en varios temas. Deste xeito, os comitentes formulan dous puntos de distensión que consideran favorables ao seu interese – que non é outro que lograr a inscrición da filiación ao seu favor –: o interese do menor e a orde pública internacional española.

A formulación desta última cuestión, permítenos deducir que a cuestión pivota, xa que logo, na posibilidade do recoñecemento dunha decisión estranxeira que ten por obxecto unha práctica non permitida no ordenamento xurídico interno¹⁹.

Non obstante, aínda que formalmente se trate dun conflito que vira arredor da inscrición no Rexistro Civil do menor nacido, e como insistiremos posteriormente, o verdadeiro *quid* desta problemática radica na vontade do lexislador por recoñecer ou non a filiación derivada do contrato de xestación (Álvarez González, 2017). Neste sentido, a Sala Primeira entende que a orde pública actúa coma un límite ao recoñecemento, imposibilitando, cando se transgrida, que os cidadáns opten por unha resposta xurídica

¹⁸ O razoamento que se formula pola Dirección Xeral dos Rexistros e do Notariado reside no rexeitamento da análise da cuestión entendida como un problema de lei aplicable, o que impediría a aplicación do art. 10 da LTRHA. A Dirección entende, deste xeito, que o pretendido polos comitentes é obter o recoñecemento dunha certificación rexistral estranxeira, accedendo á súa inscrición, pasando a ser considerada un título inscribible, a cuxa regulación habería de estarse aos art. 26 LRC-2011 e 81 e 85 do seu Regulamento (Heredia Cervantes, 2013).

¹⁹ A cuestión sobre a filiación dos menores nacidos mediante contrato de xestación por substitución trátase dunha cuestión que, sen embargo, tamén é formulable dende o punto de vista da lei aplicable, de maneira que, metodoloxicamente, unha mesma problemática debería afrontarse de maneira distinta, segundo a doutrina internacional privatista, de acordo coa tensión entre dúas alternativas: perpetrar ou perpetuar (Álvarez González, 2022-b).

distinta á que ofrece a lexislación interna, argüíndo o carácter internacional da súa relación xurídica (f.x. 3º, parágrafo 5).

No eido da inscrición da filiación dos menores no Rexistro Civil, a presenza da orde pública atopámola positivizada no artigo 96.2 da Lei 20/2011 que, no seu segundo parágrafo (letra d)), condiciona a inscrición dunha resolución ditada por Autoridade estranxeira a que “non resulte manifestamente incompatible coa orde pública española”.

Razoa o Tribunal que, malia que é evidente que este concepto de orde pública non pode entenderse como a conformidade absoluta con tódalas disposicións nacionais, si debe identificarse co respecto ás normas, principios e valores que encarnan a orde pública internacional española e que se identifican co sistema de dereitos e liberdades individuais garantidos pola Constitución e nos tratados internacionais convidos por España (Jiménez Muñoz, 2014). En concreto, para estes supostos, incardinarán a orde pública tódolos preceptos e principios que inspiran ás normas relativas á familia, ás relacións paterno-filiais e á dignidade e integridade humanas (entre as que se atopan diversos dereitos fundamentais recollidos no Título I da Constitución española); así como aquelas que, especialmente, se preocupan por dar resposta xurídica ao vínculo de filiación non estritamente biolóxico, establecido a través da adopción ou das TRHA: neste senso, o artigo 10 da LTRHA forma parte da orde pública internacional española, así como todas aquelas disposicións referidas á xestación por substitución (parágrafo 7)²⁰.

²⁰ Fronte a isto, parte da doutrina internacional privatista avoga por rexeitar toda afirmación xeneralista sobre a orde pública, como causa xeral excluínte de toda filiación derivada do contrato de xestación por substitución. Considérase, así, un erro afirmar que o art. 10 LTRHA forme parte da orde pública internacional española e, no seu lugar, proponse que, un razoamento máis axeitado debería ter consistido na invocación dos art. 10.1 (sobre a dignidade da persoa), 18.1 (sobre o dereito á honra, á intimidade persoal e familiar e á propia imaxe), 32 (sobre o dereito a contraer matrimonio) e 39 (sobre a protección social, xurídica e económica da familia) CE, debendo realizarse unha análise concreta e adaptada do suposto concreto (Álvarez González, 2016).

O problema da orde pública, como sinala Álvarez de Toledo Quintana (2014), reside na consideración da orde pública internacional española coma unha orde pública internacional “de proximidade” ou “atenuada”, xa que o Tribunal non parece distinguir a unha da outra, pese a tratarse de “dúas realidades nitidamente definidas e diferenciadas na técnica e na ciencia xurídica internacional privatista” (p. 19).

A orde pública á que o Tribunal se refire como atenuada, en realidade, fai referencia a unha orde pública internacional de proximidade (*Inlandsbeziehung*, na doutrina alemá de Kahn, 1928), na que a exclusión do recoñecemento da decisión estranxeira supédítase á existencia dun vínculo estreito, ou relación de proximidade, entre o caso de autos e o Estado do foro (neste caso, España).

Esta é a doutrina seguida pola xurisprudencia francesa (como expuxemos *supra*), xa que condiciona o recoñecemento do convenio de subrogación estranxeiro, precisamente, á total desvinculación do suposto con Francia.

Porén, a orde pública será atenuada cando fomenta o mantemento dos efectos non nucleares, secundarios ou marxinais, sempre que os elementos esenciais da dimensión constitutiva da orde pública internacional do foro non se vexan afectados (Bercovitz Rodríguez-Cano, 2009). Noutras palabras, segundo a valoración dos efectos da decisión estranxeira permita concluír que os elementos da orde pública do foro afectos polo recoñecemento son nucleares ou secundarios, darase ou non lugar ao recoñecemento.

Segundo Álvarez de Toledo Quintana (2014), da *Inlandsbeziehung* renegan boa parte dos internacionalistas, baixo o pretexto de que se trata dun mecanismo que focaliza na posta en perigo dunha organización estatal concreta, abandonando as conquistas dos dereitos fundamentais universalmente recoñecidos. Nesta liña, non urxe tanto preguntarse en que medida se pon en perigo a orde pública interna dun Estado, senón, antes ben, “que

dereitos fundamentais poden quedar obviados, ignorados ou inaplicados polos xuíces que xuraron darlles aplicación” (p. 19), por antepoñer o vínculo de proximidade ao seu recoñecemento. Non obstante, como expón o profesor Fernández Rozas (2020), cando os principios implicados son de tal calibre como a protección da dignidade humana, é difícil que o xulgador omita a aplicación do correctivo da orde pública, con independencia da relación de proximidade co suposto.

Esta discusión cobra profunda relevancia por canto os recorrentes en casación argúen que o recoñecemento da resolución litixiosa non é contrario a unha orde pública internacional española que, así como impediría a celebración do contrato en España, non restrinxe o acceso da filiación ao Rexistro, que non é máis ca unha “consecuencia última e periférica do contrato” de xestación subrogada (f.x. 2º, parágrafo 3). E é relevante para a doutrina partidaria do recoñecemento a consideración da orde pública como atenuada – e non de proximidade –, porque tal enfoque permite dar cabida a aqueles efectos do contrato que se consideren, iso, periféricos, “sen prexuízo de recoñecer a eficacia estritamente territorial do art. 10.1 LTRHA” (Calvo Caravaca e Carrascosa González, 2018).

Pois ben, sobre esta doutrina deben sinalarse varias inconsistencias.

Sinala Álvarez de Toledo Quintana (2014) que a STS 247/2014 non aporta elementos suficientes como para determinar que o Alto Tribunal se refira a unha ou á outra clase de orde pública. No entanto, a argumentación esgrimida nos parágrafos seguintes da sentenza, onde se fai referencia explícita á existencia de vínculos *intensos* [énfase agregada] do suposto con España, parece deixar claro que a postura do Supremo inclínase cara a unha orde pública de proximidade, e non atenuada, como se menciona; o cal, non significa máis que a imposibilidade de alegar a existencia de elementos secundarios ou non estritamente nucleares que merezan recoñecemento.

En todo caso, máis alá dunha postura doutrinal, a aplicación dunha orde pública atenuada para lograr recoñecer os efectos que se pretenden polos recorrentes, e que se defenden polo sector da doutrina favorable ao recoñecemento, tampouco se sustenta.

Primeiro, porque, como expón o Tribunal Supremo, non pode entenderse que os recorrentes se refiran á inscrición da filiación no Rexistro Civil coma un mero efecto periférico, posto que, xustamente, é “a consecuencia directa e principal do contrato de xestación por substitución” (f.x. 3º, parágrafo 11)²¹. Esta mesma foi a argumentación esgrimida polo Maxistrado D. Luis de Castro Fernández, no seu Voto particular formulado contra a resolución da STS n.º 953/2016, de 16 de novembro (en adiante, farase unicamente referencia ao nome do Maxistrado), cando expuxo que, máis alá do suposto interese do menor, o que verdadeiramente é obxecto do debate na concesión dos dereitos asociados á filiación en supostos de contratos de xestación subrogada, é que aos comitentes “se lles recoñeza, pese a estar prohibida²² a figura no Dereito español, a calidade e os dereitos dos pais biolóxicos” (f.x. 1º, parágrafo 3) e este recoñecemento lógrase, precisamente, a través dun previo acceso ao Rexistro no que se equipare o status de pais dos comitentes, aos dos pais biolóxicos. En consecuencia, aínda que nos atopemos

²¹ Heredia Cervantes (2013) explica de maneira moi clara esta cuestión: lonxe de pretendese o simple recoñecemento dunha realidade xurídica rexistral estranxeira, acceder á inscrición da filiación determinada pola certificación californiana suporía dar efecto a unha previa decisión xudicial que é contraria á orde pública española, xa que non se limita unicamente á atribución de eficacia a un contrato de xestación por substitución, senón que establece unha relación de filiación cuxas consecuencias están prohibidas polo noso ordenamento.

²² Existe un sector doutrinal que precisa que, en realidade, o art. 10.1 unicamente vicia de nulidade o contrato de xestación por substitución, polo que non pode falarse de prohibición en sentido técnico (Álvarez González, 2016). Deste xeito, non pode referirse á extraterritorialidade da lei española, aludindo a tal fin á doutrina do TEDH en torno á ilicitude das disposicións normativas estatais que pretendan evitar que os propios nacionais realicen no estranxeiro prácticas prohibidas no seu Estado (Sales Pallarés, 2019).

nunha orde pública atenuada, tampouco poderán recoñecerse os efectos pretendidos polas partes.

Segundo, porque pretender dar entrada aos efectos dunha resolución estranxeira que favorece a unha práctica prohibida no noso ordenamento, baixo o pretexto da restrición aplicativa do art. 10.1 LRTHA ao estrito ámbito territorial, situaríase transversalmente en contra do noso ordenamento. Esencialmente, porque, alén da orde pública, pero en estreita relación con ela, atopamos outro correctivo funcional, encarnado a través dunha figura de amplo raigame no noso sistema xurídico: a fraude de lei (Fernández Rozas, 2020).

En materia de fraude de lei, o artigo 6.4 CC establece o seguinte:

“Os actos realizados ao amparo do texto dunha norma que persigan un resultado prohibido polo ordenamento xurídico, ou contrario a el, consideraranse executados en fraude de lei e non impedirán a debida aplicación da norma que se tratara de eludir”.

Este mesmo límite prevese no estrito eido internacional, *ex* art. 12.4 CC, en referencia á utilización fraudulenta das normas de conflito²³ para eludir a aplicación do Dereito material español, cuxa limitada solución esixe a interpretación conxunta co artigo *supra* (Quiñones Escámez, 2009).

Se cadra, como sinala o Maxistrado D. José Manuel López García de la Serrana no seu Voto particular formulado contra a resolución da STS n.º 953/2016, de 16 de novembro (en adiante, farase unicamente referencia ao nome do Maxistrado), en aplicación da doutrina do Alto Tribunal, non é tan acertado falar de fraude de lei, como de acto *contra legem*, na medida en que o concepto do art. 6.4 CC non se refire

²³ Son normas de conflito aquelas normas que sinalan cal é o Dereito aplicable nunha situación de conflito internacional de leis (Fernández Rozas, 2020).

tecnicamente a un acto fraudulento, senón aos “actos contrarios ao espírito da lei, pero respectuosos coa súa letra” (f.x. 3º, parágrafo 1). En todo caso, a solución en canto ao recoñecemento sería a mesma: a súa denegación.

Sexa fraude de lei ou sexa acto *contra legem*, seguimos, para a súa análise, unha estrutura parecida: unha norma xurídica (que chamaremos de cobertura) que dá amparo xurídico a un acto determinado e a obtención dun resultado “contrario a calquera das normas que integran o ordenamento, inda que resulten dunha interpretación sistemática ou dos mesmos procesos de integración” (f.x. 3º, parágrafo 2, do Voto particular).

Neste sentido, o artigo 10.1 LTRHA é claro ao establecer a nulidade do contrato de xestación por substitución; a valoración desta consecuencia é suficiente como para soste a oposición firme do lexislador español fronte á admisión dos efectos de devandito contrato, e, en tanto que *in claris non fit interpretatio*, a sanción será (ou debería ser), en todo caso, a nulidade e o non recoñecemento, “sen maiores disquisicións” (f.x. 3º, parágrafo 1, do Voto particular). Estando tan claro que a *voluntas* da norma é de todo contraria a estes efectos, entón, cal é a norma dá cobertura ao contrato de xestación por substitución?

Nesta cuestión entra en xogo o elemento da internacionalidade, xa que, como acertadamente pon de manifesto Vilar González (2018), o tratamento xurídico que recibe a filiación dos nenos concibidos por subrogación no estranxeiro é distinto, omitindo por completo a sanción da nulidade que o noso ordenamento establece.

A partir de aquí, a pregunta en torno a se nos atopamos ou non fronte a un fraude de lei – ou acto *contra legem* – é complexa. Isto, porque, realmente non pode considerarse que exista unha norma de cobertura – no sentido de texto normativo escrito e positivizado nunha Lei –, senón que, máis ben, os comitentes acoden á ampla lectura que a

xurisprudencia realiza de conceptos xurídicos indeterminados como o interese superior do menor²⁴ ou o fomento dos vínculos familiares establecidos *de facto*. Isto será desenvolto un pouco máis abaixo.

Lonxe destas cuestións puramente técnicas, para Quiñones Escámez (2009) “a maternidade subrogada serve de banco de probas para tratar en DIP²⁵ a cuestión da fraude nas súas distintas modalidades. Notablemente, a fraude á competencia e á lei (*forum shopping malus*) e a “fraude ao conflito de calificacións”, que implica á norma de conflito” (p. 29).

Esta posición é contraria á da Dirección Xeral dos Rexistros e do Notariado na resolución obxecto de debate, defensora da inexistencia de fraude no sentido do art. 12.4 CC, en tanto non foi utilizada unha norma de cobertura (de conflito ou non), nin se alterou o punto de conexión da norma de conflito aplicable mediante unha conexión forzada e carente de contido, a fin de conseguir eludir a aplicación do Dereito español.

O que si parece claro é que se está a producir, en palabras do Alto Tribunal na STS 247/2014, é unha fuxida intencional efectuada polos comitentes dos confíns do

²⁴ A LO 1/1996, de 15 de xaneiro, de Protección Xurídica do Menor, de modificación parcial do Código Civil e da Lei de Axuizamento Civil (LOPXM) regula o concepto do interese superior do menor no seu art. 2, que inclúe, aos efectos da súa interpretación e aplicación a cada caso concreto: a protección do dereito á vida, supervivencia e desenvolvemento do menor e a satisfacción das súas necesidades; a consideración dos seus desexos, sentimentos e opinións; o seu dereito a participar progresivamente no proceso da determinación propia do seu interese superior; a conveniencia de que se desenvolva nun entorno familiar axeitado e libre de violencia; e a preservación da súa identidade, cultura, relixión, conviccións, orientación e identidade sexual ou idioma do menor, así como a non discriminación por estas ou calquera outra condición.

²⁵ Dereito Internacional Privado.

ordenamento español, nin máis nin menos, por opoñerse á celebración e execución dun contrato que si se permite no Estado de fuxida²⁶.

En principio, tendo todo isto en conta, a postura do Tribunal Supremo resulta, de maneira evidente, contraria ao recoñecemento da filiación. Réstanos, xa que logo, estudar en que medida pode operar – e efectivamente opera – o segundo dos motivos alegados polos recorrentes: o interese superior do menor²⁷.

O Tribunal Superior de Xustiza de Madrid, na súa sentenza n.º 297/2021²⁸, resaltou a importancia de tomar en consideración o interese superior do menor e, con el, os dereitos fundamentais relacionados a el, coma unha cláusula xeral do noso

²⁶ Isto debe terse presente con independencia de que o que se someta a recoñecemento sexa unha certificación rexistral ou a decisión xudicial da que deriva. Aclara sobre este punto Heredia Cervantes (2013), que admitir o recoñecemento da primeira sen un previo proceso de recoñecemento xudicial da segunda, suporía aceptar un tratamento diferenciado á mesma resolución xudicial, deixando sen contido ao art. 83 do Regulamento da Lei de Rexistro Civil.

²⁷ De Torres Perea (2014) sinala que en tal materia a STS de 6 de febreiro de 2014 supón un cambio doutrinal conforme á liña xurisprudencial marcada dende a aprobación da LOPXM, en atención a dous motivos:

En primeiro lugar, pásase de establecer o punto de referencia para dar significación ao concepto do “interese superior do menor” no artigo 2 da Lei orgánica mencionada (“Na aplicación da presente Lei primará o interese superior dos menores sobre calquera outro interese lexítimo que puidera concorrer”) ao art. 3 da Convención dos Dereitos do Neno das Nacións Unidas.

En segundo lugar, a doutrina xurisprudencial actual avoga por unha “consideración primordial” do interese superior do menor, diminuíndo cualitativamente o seu papel nas decisións xudiciais que interesen aos menores nesta materia, permitíndose acudir a outros bens xurídicos sobre os que deberá realizarse unha ponderación (f.x. 3º, parágrafo 7).

Nesta liña, conclúe o autor, resulta cuestionable a decisión do Tribunal Supremo, que opta por acudir a unha regra de mínimos (art. 3 da Convención), no lugar da regra que establece unha maior protección para os menores (art. 2 LOPXM).

²⁸ ECLI:ES:TSJM:2021:5079.

ordenamento, coma un principio xeral prioritario, sempre que o interese superior do menor fose cuestionado²⁹.

Efectivamente, en relación con este obxecto, os recorrentes sosteñen como primeiro argumento que a vía do recoñecemento é a única existente para conseguir a protección do interese superior do menor, en tanto garante a súa protección, impedindo que quede en situación de desamparo e asegurando o dereito á súa identidade (STS 247/2014, f.x. 2º, parágrafo 2). Ao primeiro argumento, engádese un segundo que fai referencia á mellor condición para ser pais que eles ostentan, polo mero feito de ter iniciado voluntariamente o proceso de xestación por subrogación, fronte á persoa xestante “que asumiu o seu papel de *mera* parte nun contrato e se *limitou* a cumprir coas prestacións asumidas no mesmo” [énfase agregada] (f.x. 2º, parágrafo 3).

Certamente, a toma en consideración do interese superior do menor – como concepto xurídico indeterminado³⁰ que é – serve a ambas posturas para encher as súas argumentacións, resultando, para algúns (como os recorrentes), infrinxido cando non se dá acceso á inscrición da filiación do menor cos comitentes no Rexistro Civil (Álvarez de Toledo Quintana, 2014). Inserido, ademais, nunha materia tan controvertida como o

²⁹ Esta é posición defendida por De Torres Perea (2014), en relación coa doutrina xurisprudencial sentada polo Tribunal Supremo (STS de 28 de setembro de 2009 [ECLI:ES:TS:2009:5707], de 10 de marzo de 2010 [ECLI:ES:TS:2010:962], de 25 de maio de 2012 [ECLI:ES:TS:2012:3793], de 29 de abril [ECLI:ES:TS:2013:2246] ou de 12 de decembro de 2013 [ECLI:ES:TS:2013:5824], entre outras), na que se destaca o papel do interese superior do menor como parte da orde pública e como “elemento fundamental a ter en conta para decidir sobre os menores” (p. 2).

³⁰ Pese a tal, Calvo Caravaca e Carrascosa González (2014), determinan que o interese superior do menor, no caso concreto, consiste no aseguramento “das necesidades materiais básicas do menor en cuestión (. . .), así como das necesidades emocionais do mesmo” (p. 404). A este respecto pronunciouse o Tribunal Supremo na sentenza obxecto de análise, como se verá *infra*, no sentido de negar que unha situación económica acomodada poida considerarse elemento suficiente para determinar a idoneidade da familia de intención.

dilema ético-xurídico suscitado pola xestación por substitución que xa, en palabras de Álvarez González (2017), “é un coto feraz de contendas pola súa idoneidade para crear bandos ‘a favor’ ou ‘en contra’” (p. 168) impide, de entrada, dar unha resposta en termos de si ou non, de permitir ou non permitir.

Isto, porque limitar a cuestión presente a un problema de recoñecemento xudicial, esquecendo o esencial factor da humanidade, aboca aos menores nados no estranxeiro a partires desta práctica a situarse “nun limbo xurídico que os deixa nunha especial situación de vulnerabilidade” (García Rubio e Herrero Oviedo, 2018, p. 84). Restringir a reflexión a unha mera cuestión de acceder ou negar o recoñecemento, sen ulterior preocupación e intervención do Estado, implica, necesariamente, o abandono e transgresión dos dereitos fundamentais dos menores, cuxa salvagarda debe pretendese, en todo caso e por enriba de todo³¹.

Para outro sector, en cambio, o interese superior do menor é un dos valores que interesan á prohibición do art. 10 LTRHA, tomando como fundamento o seu dereito a coñecer os seus orixes biolóxicos e a protección da parte máis débil nas relacións xurídicas (Álvarez de Toledo Quintana, 2014). Deste xeito, precisamente, expono a sentenza da Audiencia Provincial valenciana obxecto de recurso cando determina que pode entenderse que devandita prohibición persegue, cando menos en abstracto, a

³¹ Parte da doutrina considera que o tratamento da filiación derivada do contrato de xestación por substitución en España supón un abandono da consideración do interese superior do menor. Esencialmente, porque se establece, na celebración destes acordos, unha presunción de violación dos dereitos da persoa xestante, que remata primando na ponderación dos bens xurídicos en xogo, desouvinndo a primacía na consideración do interese superior do menor, como se expuxo *supra* (Sales Pallarés, 2019). Neste mesmo sentido, Calvo Caravaca e Carrascosa González (2014) que, a este respecto, sinala que o propio Tribunal Supremo ten, en ocasións anteriores, corrixida a aplicación do texto da lei, indo máis alá dos estreitos límites da literalidade, a fin de preservar o interese superior do menor (*vid.* STS n.º 76/2015, de 17 de febreiro [ECLI:ES:TS:2015:544]).

protección do menor, por canto trata de impedir a comercialización da vida humana (f.x. 5°).

Resulta rechamante, tal como manifestou o Maxistrado de Castro Fernández no Voto particular anteriormente referido, que a protección do interese superior do menor unicamente poida salvagardarse (como afirman os recorrentes) mediante a transgresión dunha prohibición que, como vimos, claramente integra a nosa orde pública. Porque se esta fose, verdadeiramente, a finalidade da vontade da inscrición da filiación do menor, os pais de intención utilizarían as vías *legalmente* [énfase agregada] destinadas a tal fin – recoñecemento da filiación biolóxica *ex art.* 10.3, adopción ou acollemento, cita o Maxistrado –, pero non o fan, (. . .) porque o que pretenden coa formulación do debate (. . .) non é prioritariamente defender o beneficio do recentemente nacido, que se poden satisfacer pola vía alternativa sinalada, senón que máis ben se reclama (. . .) que aos comitentes se lles recoñeza, pese a estar prohibida a figura no dereito español, a calidade e os dereitos de pais biolóxicos (f.x. 1º, parágrafo 3)³².

Nesta liña, en resposta á maior idoneidade que sinalan os recorrentes para ser pais, polo mero feito de ter concluído un contrato onde se plasma o seu desexo, fronte unha nai (a persoa xestante) que *accede* [énfase agregada] a someterse a tal práctica; a sentenza

³² Esta cuestión é controvertida: pode considerarse que a primacía do interese *superior* [énfase agregada polo autor] do menor, tal e como é concibido pola orde xurídica española, implica a súa anteposición sempre que se enfrontan dous principios antitéticos, coma no caso presente, isto é, por unha banda, a comisión dunha fraude de lei e, pola outra, a necesidade de protección dos menores. Nesta liña, unha correcta valoración da orde pública pasaría por, precisamente, antepoñer o interese superior do menor á prevalencia de calquera outro ben xurídico en xogo (como podería ser a dignidade da persoa xestante), considerándose conveniente, xa que logo, a aceptación da filiación do menor en favor dos comitentes, con base nun estudo circunstanciado do caso concreto. Noutras palabras, resulta contrario ao interese superior do menor un rexeitamento sistemático das filiacións procedentes de contratos de xestación por substitución celebrados no estranxeiro, baixo o paraugas da realización dun “movemento legal estratéxico” (p. 408) para perseguir un fin non pretendido polo ordenamento (Calvo Caravaca e Carrascosa González, 2014).

da Corte de Apelación de Rennes, de 4 de xullo de 2002 (Francia), realiza outra lectura máis profunda, e entende que, alén do vínculo sacrosanto da maternidade natural (que foi abandonado no ordenamento español), da indispoñibilidade do corpo humano e do estado civil das persoas, o dereito á vida privada e familiar implica non admitir nin a incitación ao abandono dun menor pola súa nai, mediante unha contraprestación económica, nin o uso do corpo doutro para satisfacer o desexo persoal de ter un fillo. De acordo con isto, o mero feito de ter concluído un contrato que ten por obxecto o encargo dun *nasciturus* a outra persoa para que o xeste, renunciando á súa filiación para con el despois do nacemento, non coloca *per se* á familia de intención nunha mellor posición para a realización do labor paterno-filial, senón que unicamente indica a existencia do desexo – que non dereito³³ – de ter un fillo a calquera prezo, incluso, instigando a violencia sobre o interese superior do menor.

Así, se ben, como foi exposto na sentenza da Audiencia Provincial de Valencia recorrida en casación, “toda resolución que afecte aos menores debe ter por guía o principio do interese superior do menor”, “a satisfacción de tal interese non pode conseguirse infrinxindo a lei” (f.x. 5º). Doutro xeito, atopariámonos ante unha transgresión da suxeición do xulgador á Lei, *ex art.* 117.1 CE, permitíndolle legislar, xa

³³ A Proposición de Lei reguladora do dereito á xestación por subrogación presentada polo Grupo parlamentario Ciudadanos no ano 2017 establece que o obxecto desta norma sería, precisamente, dar cobertura a un “dereito das persoas á xestación por subrogación”, que define como “o que asiste aos proxenitores subrogantes a xestar, pola intermediación doutro, para constituír unha familia, e ás xestantes subrogadas, a facilitar a xestación a favor dos subrogantes, todo isto en condicións de liberdade, igualdade, dignidade e ausencia de lucro, expresivas da máis intensa solidariedade entre persoas libres e iguais” (art. 1).

Non obstante, non pode deducirse de maneira algunha un dereito subxectivo á parentalidade ou á procreación do contido obxectivo da nosa Constitución, máis alá dunha actuación positiva do aparello do Estado favorable á creación dunha familia, que se manifesta, tanto na protección do *nasciturus* – protección que, en todo caso, opera *ex post* á implantación embrionaria, pola vía do art. 15 CE –, como nun dereito de acceso ás técnicas de reprodución asistida que, cando máis, se prevexan na lexislación estatal, de acordo coa doutrina do TEDH (Valvidares Suárez, 2019).

que “hai cambios no ordenamento xurídico que, de ser procedentes, debe realizar o parlamento, como depositario da soberanía nacional, cun axeitado debate social e lexislativo, sen que o xuíz poida nin deba suplilo”³⁴ (STS 247/2014, f.x. 6º, parágrafo 6).

Nesta liña, García Rubio (2020) entende que nin o art. 3.1 da Convención das Nacións Unidas sobre os Dereitos do Neno de 1989, nin o art. 2 LOPXM deben interpretarse no sentido de outorgar ao interese superior do menor unha primacía exclusiva e excluín-te fronte a calquera outro valor en conflito, permitíndose a súa adaptación ás circunstancias (sociais, culturais, normativas, etc.) concorrentes³⁵.

E, incluso, en opinión do TS na sentenza n.º 247/2014, unha invocación absoluta e indiscriminada do principio do interese superior do menor serviría de pretexto para xustificar calquera transgresión dos demais bens xurídicos a ponderar – entre os que consideramos a mercantilización da xestación e da filiación, que son bens, recordamos, indispoñibles e situados fóra do comercio dos homes; a cosificación da muller e, incluso, a cosificación do menor –, en favor dos comitentes quen, realizando unha práctica prohibida polo ordenamento, poden ofrecerlle ao menor unha situación económica e social máis favorable.

Isto, porque permitir os efectos da xestación por substitución remata, unha vez máis, por favorecer ás clases acomodadas fronte ao sector da sociedade que se atopa

³⁴ A Observación Xeral n.º 14 (2013) sobre o dereito do neno a que o seu interese superior sexa unha consideración primordial indica que o interese superior do menor actúa unicamente coma un principio interpretativo, cando exista a posibilidade de realizar máis dunha interpretación nunha disposición normativa (parágrafo 6. b)).

³⁵ De feito, a Observación Xeral n.º 14 (2013) sobre o dereito do neno a que o seu interese superior sexa unha consideración primordial, expresa a posibilidade de que unha decisión xudicial non atenda ao interese superior do menor, en cuxo caso haberán de expoñerse motivadamente as razóns de tal decisión, a fin de demostrar que o interese superior do menor si tivo unha consideración primordial (parágrafo 97).

nunha situación de precariedade (f.x. 5º, parágrafo 5). Promover a permanencia das consecuencias do contrato de subrogación, é transmitir a mensaxe de que as condicións económicas se sitúan por enriba de calquera escrúpulo, sempre que se poidan sustentar no concepto de protección do interese superior do menor que mellor conveña.

Deste xeito, un criterio xurídico sobre o que non existe unanimidade social, como é o interese superior do menor, non é un valor absoluto que deba preponderar en todo caso (Jiménez Muñoz, 2014).

Por este motivo, remata razoando o Tribunal, privar ao menor dunha filiación contraria ao ordenamento xurídico e que se considera prexudicial ten encaixe no noso sistema, por canto a decisión contraria suporía o recoñecemento dun encargo de natureza comercial e atentatorio contra a dignidade do menor³⁶ “ao convertelo nun obxecto do tráfico mercantil” (f.x. 5º, parágrafo 8); esencialmente, porque, se ben a restrición do acceso ao Rexistro opera con respecto á filiación, non se verá afectado o resto do contido da certificación rexistral que pretende recoñecerse.

Comprendidos os factores en xogo na operación do recoñecemento da filiación, seguindo os argumentos do Pleno da Sala do Civil do Tribunal Supremo na sentenza citada, parece inexplicable que remate, como efectivamente termina acontecendo, por fallar en favor da permanencia dos efectos do contrato de xestación por substitución. Será necesario abordar, xa que logo, cal é a barreira última a ter en consideración nesta

³⁶ Esta consideración obedece, en puridade, a que o contrato de xestación por substitución é *per se* atentatorio contra a dignidade do menor, por converter a unha persoa humana (un ben *extra commercium*) en obxecto de tráfico mercantil. Enténdese que, en ningún caso, se refire a unha suposta discriminación para o caso hipotético dunha regulación permisiva do contrato de xestación por substitución, de acordo co deber constitucional de protección á familia recoñecido no art. 39 CE. Deste xeito, o noso ordenamento dá cabida a modelos familiares diversos, incluídas, dende a nosa entrada na democracia, as relacións paterno-filiais nas que non media vínculo biolóxico (Valvidares Suárez, 2019), concibidas, iso si, no marco dunha regulamentación.

complexa cuestión: a posición da Unión Europea en torno á valoración do interese superior do menor.

3.4. A influencia decisiva da Unión Europea

Escasas, pero decisivas, foron as intervencións do Tribunal Europeo dos Dereitos Humanos (en adiante, TEDH) en torno á xestación por substitución. Sonados son, como sinala Jiménez Muñoz (2018), os asuntos *Menesson c. Francia*³⁷ e *Labasse c. Francia*³⁸, nunha liña argumental favorable á inscrición dos menores nados mediante subrogación; ou *Paradiso e Campanelli c. Italia*³⁹ que, se ben parece seguir criterios diferentes, é a valoración da diversidade circunstancial a que determina o distinto resultado do fallo.

E é que, nos tempos máis recentes, incrementou considerablemente a presenza do labor interpretativo do TEDH con respecto ao artigo 8 do Convenio Europeo dos Dereitos Humanos (Álvarez González, 2022-a).

O respecto ao criterio do TEDH, como imos ver, remata influíndo de maneira decisiva, non no recoñecemento da filiación paterna en favor dos comitentes, senón no recoñecemento tácito dos efectos do contrato de xestación por substitución que, irremediabilmente, supón unha clara vía de entrada, un “mirar para outro lado” ante a celebración dun contrato manifestamente oposto á nosa organización social e xurídica.

Isto foi, concretamente, o que rematou por acontecer na sentenza que vimos analizando.

Para desentrañar as razóns esgrimidas polo Tribunal Supremo nos parágrafos 9 e seguintes do fundamento xurídico quinto da STS 247/2014, debemos partir da previa

³⁷ ECLI:CE:ECHR:2014:0626JUD006519211.

³⁸ ECLI:CE:ECHR:2014:0626JUD006594111.

³⁹ ECLI:CE:ECHR:2015:0127JUD002535812.

análise dun dos asuntos que marcan a tendencia xurisprudencial europea sobre a materia: a STEDH n.º 65192/11, de 26 de xuño de 2014, coñecida como asunto *Mennesson c. Francia* (en adiante, asunto *Mennesson*).

Sen entrar demasiado nun exhaustivo estudo dos antecedentes de feito, trátase, novamente, dun suposto de recoñecemento de filiación entre un matrimonio heterosexual de orixe francés que, ante a prohibición expresa da práctica en Francia, recorreu a un contrato de xestación por substitución celebrado no estado de California; e o fillo nacido froito dese contrato.

O razoamento xurídico do TEDH no asunto *Mennesson*, aplícase con carácter xeral na STS 247/2014, en canto a dous aspectos fundamentais que se introducen na valoración do interese superior do menor: o dereito ao respecto á vida privada e familiar (*ex art. 8 do Convenio Europeo dos Dereitos Humanos*) e a integración do menor nun vínculo actual e fáctico de carácter familiar.

E é que, se ben o TEDH recoñece a autonomía e independencia dos Estados membros – como Estados soberanos – a regular admitindo, restrinxindo ou prohibindo a cuestión do contrato de xestación por substitución (*Durán Ayago, 2014*); ante a inexistencia dunha base reguladora común consensuada, e por canto se ve afecto un aspecto esencial da identidade dos interesados (a relación paterno-filial), a marxe de apreciación excede do ámbito normal de valoración nacional, sendo necesario un xuízo de ponderación entre os intereses do Estado e os intereses directamente afectados no suposto concreto, entre os que debe prevalecer o interese superior do menor (*Jiménez Muñoz, 2018*). Isto porque, como expresa *Álvarez González (2022-a)*, “á marxe de calquera valoración extrínseca de índole moral, económica ou outras, resulta contraria ao CEDH (. . .) a absoluta imposibilidade de que poidan establecer [os nenos nados mediante xestación por substitución] un vínculo de filiación respecto de seu pai

biolóxico” (p. 177); por outra banda, razoa o autor, non sería igualmente contrario ao CEDH a imposibilidade de desenvolverse este vínculo en canto á maternidade xenética?

En canto ao dereito á vida privada e familiar, a súa transgresión radica, segundo o TEDH, en que o Estado destino permita – con independencia do recoñecemento da filiación – ao núcleo familiar desenvolverse como tal; noutras palabras, que a decisión do Estado no sentido de prohibir o contrato de xestación por substitución non transgrida os límites da marxe de apreciación que lle corresponde impedindo aos pais de intención e ao menor vivir xuntos (Jiménez Muñoz, 2018) (neste mesmo sentido, o caso nº 71552/17, no asunto Valdís Fjólnisdóttir e outros c. Islandia)⁴⁰. No caso da STS 247/2014, o Tribunal Supremo sustenta que a decisión do non recoñecemento non vulnera o dereito mencionado nos dous requisitos que se esixen polo art. 8.2 CEDH⁴¹: que tal consecuencia veña prevista pola lei, así como que sexa necesaria nunha sociedade democrática, “posto que protexe o propio interese do menor, tal como é concibido polo ordenamento xurídico” (f.x. 5º, parágrafo 10).

Maior substancia ten, en cambio, o segundo dos aspectos que influencian a decisión da STS 247/2014 e que, como sinalabamos, tamén están presentes no asunto *Mennesson*: a existencia dun vínculo familiar fáctico co menor.

Sucede que, por moi prevista que a consecuencia do non recoñecemento estea presente no ordenamento, o Estado destino non pode ignorar o estatuto xurídico que se conformou validamente no estranxeiro⁴², de maneira que o Estado deberá “actuar co fin

⁴⁰ ECLI:CE:ECHR:2021:0518JUD007155217.

⁴¹ Convenio Europeo dos Dereitos Humanos.

⁴² Esta é a interpretación que ofrece o TEDH no asunto *Wagner c. Luxemburgo* (sentenza n.º 76240/01, de 28 de xuño de 2007, ECLI:EU:C:1964:28) sobre o artigo 8 do CEDH.

de permitir que este vínculo se desenvolva e outorgar protección xurídica que faga posible a integración do neno na familia” (f.x. 5º, parágrafo 11). Deste xeito, probada a existencia dunha efectiva integración do menor no núcleo familiar conformado *de facto*, o Estado deberá permitir o desenvolvemento deste vínculo outorgándolle a protección xurídica que sexa necesaria.

E, como non pode ser doutro xeito, a protección xurídica conferida só pode atoparse dentro dos confíns do ordenamento xurídico, de maneira que non podería – en ningún caso – ser recoñecida a filiación derivada dun contrato de xestación por substitución, sen recorrer a outra vía *intermedia* [énfase agregada] que permita “a formalización xurídica da integración real dos menores en tal núcleo familiar” (f.x. 5º, parágrafo 11). Numéranse, en concreto, a posibilidade de determinar a filiación en favor do pai con quen o neno compartía vínculo biolóxico *ex art.* 10.3 LTRHA; ou a posibilidade de establecer a filiación seguindo criterios distintos – cando un ou ningún dos pais de intención o sexa xeneticamente –, a través da adopción ou o acollemento familiar (Vilar González, 2018)⁴³.

En consecuencia, o que remata por suceder, como afirma Vilar González (2018), é un recoñecemento tácito ou fáctico dos efectos do contrato de xestación por substitución que se debe á internacionalización subxectiva do acordo polos pais de intención, quen traslada o negocio xurídico a un país onde a práctica está permitida; negocio que, por outro lado, nunca podería executarse en España.

⁴³ Sobre este punto, a STS de 31 de marzo de 2022 (*infra*) restrinxe definitivamente as formas de determinación da filiación dos menores nados mediante xestación por substitución á reclamación de paternidade polo aportante de material biolóxico *ex art.* 10.3 e á adopción para a nai comitente (f.x. 4º, parágrafos 9-10).

A doutrina que é contraria ao fallo do Tribunal Supremo nesta sentenza considera que, precisamente, o establecemento da filiación a través da adopción constitúe un elemento significativo de que o fallo resulta prexudicial para o menor (Calvo Caravaca e Carrascosa González, 2014).

Con todo, é tal esta influencia? Reflexiona Álvarez González (2022-a) que, se ben cada vez alódese con maior frecuencia a unha suposta influencia decisiva do criterio do TEDH nos ordenamentos dos Estados membros en cuestións relativas ao Dereito de familia, como a que nos atane, a UE e a normativa internacional de dereitos humanos non rematan por modificar substantivamente o ordenamento positivo dos Estados da Unión. Determina, nesta liña, Correa da Silva (2021) que “non é función do Tribunal substituír os criterios individuais dos Estados en relación á maternidade subrogada” (p. 138), de acordo co principio de subsidiariedade, limitándose a súa intervención á advertencia sobre a protección de certos valores fundamentais. Por este motivo, non corresponderá ao TEDH, senón ás autoridades nacionais, a avaliación acerca de se as medidas adoptadas legalmente a nivel estatal cumpren as debidas esixencias de protección do interese superior do menor⁴⁴.

A pesar disto, o criterio do TEDH érguese como unha barreira inexcedible á hora de interpretar o Dereito positivo interno, levando ao noso Alto Tribunal a facer auténticos malabarismos para tentar conciliar o inconciliabile

Indo máis alá nas consecuencias que ten o fallo da STS 247/2014, podemos concluír que nos atopamos ante un ordenamento xurídico que é incompatible consigo mesmo. Un ordenamento que prohibe unha conducta, pero da que remata permitindo a produción das súas últimas consecuencias, a pesar de que conduce a un resultado que é,

⁴⁴ Un exemplo disto atopámolo na análise da cuestión do matrimonio entre persoas do mesmo sexo. Existe unha certa autonomía no Dereito de familia no contexto europeo que se manifesta claramente na falta absoluta de influencia algunha da visión do TEDH con respecto á admisión do matrimonio igualitario en catorce dos 27 países membros. Porén, tampouco é tal que deba considerarse decisivo o criterio europeo no avance cara a igualdade de dereitos das persoas homosexuais naqueles Estados que si lles outorgan a protección debida (Álvarez González, 2022-a).

nin máis nin menos, o que pretendía evitarse mediante a prohibición mencionada. Un ordenamento que, no mesmo artigo no que declara a nulidade de pleno dereito dun negocio xurídico, abre unha vía á perduración e consolidación dos seus efectos. Unha prohibición que non prohíbe, unha regulación que non regula, porque depende, en todo caso, da lectura que realice un organismo supranacional que, necesariamente, deberá seguirse.

Pero é que, ademais, como se demostrou na STS n.º 277/2022, de 31 de marzo⁴⁵, a subsanación por medio da adopción, ademais de inconciliable co concepto da nulidade contractual, resulta discriminatoria para as persoas adoptantes que, curiosamente, escolleron unha vía lícita, social, ética e humana para a formación dunha familia (Triviño Caballero, 2018). Isto, porque se pasan por alto prohibicións establecidas expresamente no eido da adopción, como o límite da diferenza de idade entre adoptando e adoptante, cifrado en 45 anos (f. x. 4º, parágrafo 13, en relación co art. 176.2. 3º CC) ou a imposibilidade de aplicación dunha norma estranxeira contraria á orde pública española (art. 23 da Lei 54/2007, de 28 de decembro, de Adopción Internacional)⁴⁶.

⁴⁵ A sentenza de 31 de marzo de 2022 versa, nesta ocasión, sobre a cuestión da lei aplicable á filiación por posesión de estado entre a nai comitente e un menor nacido a través dun contrato de xestión por substitución celebrado en México (ECLI:ES:TS:2022:1153).

Sobre este tema esgrímese unha polémica en torno á decisión do Tribunal de aplicar, de acordo co art. 9.4 CC (norma de conflito aplicable á determinación da filiación), a lei española (art. 10.1 LTRHA) por tratarse da lei do lugar de residencia do menor. No seu lugar, como propón Álvarez González (2022-b), atendendo ao carácter de norma de conflito materialmente orientada á consecución da determinación da filiación do menor, debería terse aplicado, no seu lugar, a lei mexicana, como primeira conexión que, ademais, permitiría o establecemento da filiación solicitada. Só neste caso, continúa o autor, procedería a aplicación da orde pública internacional española, condicionada, iso si, á procura do fin ao que se atopa orientada a norma que forma parte do ordenamento xurídico positivo español. Así mesmo, na súa aplicación, a doutrina considera aceptable que a lei mexicana incidise na interpretación do art. 10.1 LTRHA.

⁴⁶ Sobre a adopción tamén se pronunciou Álvarez González (2022-b), determinando que, a estes efectos, a adopción non resulta unha solución válida nin convincente, por inadaptada, tal e como

Significa isto que tamén as familias adoptantes poden esperar que se ignoren os parámetros do ordenamento xurídico no nome do interese superior do menor, ignorando calquera chamada da seguridade xurídica? De que serve, entón, pretender a protección da orde pública, ou regular calquera cousa en absoluto?

O fundamento deste fallo susténtase de igual xeito que, para o caso *Menesson*, Jiménez Muñoz (2018) afirmou: “pódese aceptar que Francia poida desexar impedir que os seus nacionais vaian ao estranxeiro para aproveitarse dos métodos de reprodución asistida que están prohibidos no seu propio territorio” (p. 48), pero non pode esquecerse que os efectos do non recoñecemento – como quen declara a nulidade dunha relación xurídica – non só afectan aos contratantes, senón, esencialmente, aos menores.

Nunha análise superficial, esta afirmación resulta basicamente incompatible co funcionamento de todo ordenamento. Levando o exemplo ao absurdo, prohibir un negocio, pero manter a produción dos seus efectos, equivalería a sancionar penalmente un roubo, pero permitir ao reo apropiarse dos obxectos substraídos.

Deste xeito, faise absolutamente imprescindible a intervención do lexislador, a fin de que “a vontade da lei sexa efectivamente respectada” (Comité de Bioética de España, 2017, p. 90), xa que, doutra maneira, poderíase concluír que o Estado asume a vulneración do seu propio ordenamento xurídico como unha situación desexable.

Neste eido entramos nunha cuestión polémica, posto que, se o interese do menor se sitúa por enriba de calquera outro valor, non existe realmente unha marxe de apreciación da xestación subrogada por parte do Estado destino; non hai espazo para opoñerse aos seus efectos. Por outra banda, non podemos pretender tratar aos menores

se atopa regulada na actualidade, aos supostos de xestación por substitución. No seu lugar, o autor considera máis idónea a proposta de establecer o vínculo de filiación mediante a institución da posesión de estado.

nacidos desta práctica – por moi prohibida que estea –, como simples “consecuencias” ou “efectos” eliminables da celebración dun negocio⁴⁷, obviando que, ante todo, son seres humanos en situación de especial vulnerabilidade e non, precisamente, iso no que se pretende non se convertan: obxectos do tráfico mercantil⁴⁸.

⁴⁷ A consideración dos menores como obxectos do tráfico mercantil cobra unha nova dimensión cando se produce un incumprimento contractual en torno ao *resultado* [énfase agregada] prometido, debendo entrar, por conseguinte no debate sobre se se debe ou non considerar o contrato de xestación por substitución como un contrato de obra ou de prestación de servizos. Este é o debate doutrinal que se cerne arredor da sentenza da Audiencia Provincial de Barcelona n.º 518/2019, de 10 de novembro de 2019 (ECLI:ES:APB:2019:12055).

Neste suposto, a Audiencia Provincial falla en favor da parella comitente, que reclama as cantidades satisfeitas a unha axencia intermediaria mexicana, sobre a base de incumprimento contractual, ao non obterse o resultado prometido (alo menos, un neno ou unha nena) – consagrando o contrato de xestación por substitución como un contrato de arrendamento de obra, en que se garante o resultado co reembolso da contraprestación efectuada –.

Resulta rechamante, segundo pon de manifesto Gálvez Criado (2019), o tratamento que destes contratos se realiza, omitindo a aplicabilidade do art. 10.1 LTRHA, que vicia de nulidade en España ao contrato, con independencia, de acordo coa xurisprudencia do TS, da súa internacionalización, so pena de converter ás normas internas en normas carentes de contido, de puro carácter simbólico. No seu lugar, o Tribunal entra a resolver directamente sobre o fondo, como se se tratar dun contrato dotado de toda validez, “noutras palabras, é un simple preito sobre o incumprimento duns contratos e neses estritos termos ha de ser resolto”.

Pois ben, continúa o autor, non declarar a nulidade de oficio manda a mensaxe á sociedade de que estes contratos son verdadeiramente válidos e eficaces, sempre que non se produza o nacemento dun menor cuxo interese deba observarse e, neste sentido, esta resolución senta “un precedente tan importante como perigoso”.

⁴⁸ Isto, porque as consecuencias que se establecen de acordo coa normativa civil nos contratos viciados de nulidade, *ex art.* 1303, 1305 e 1306 CC, non semellan moi favorables á prevalencia ou, sequera, á observancia do interese superior do menor. Non parece razoable que, pola contractualización desta práctica poida darse un tratamento aséptico ao menor nacido froito dun contrato nulo, en virtude do cal deba devolverse (a quen?) como un efecto máis derivado do cumprimento ou do incumprimento dunha relación xurídica. Sinala, en tal sentido, Balaguer Callejón (2017), que a perspectiva excesivamente contractualista interesa especialmente aos sectores favorables á legalización do contrato de xestación por substitución.

Pero entón, cales son as posibilidades *reais* [énfase agregada] de regular prohibitivamente unha conduta, se non se poden desfacer as consecuencias de quen actúa conforme con ela?⁴⁹

Non obstante, haberemos de ter en conta que existe unha saída conforme a Dereito que se vén practicando con asiduidade para os casos nos que queda reflectida a inidoneidade dos proxenitores para o coidado dos menores – entendendo por idoneidade a capacidade, aptitude e motivación axeitadas para exercer a responsabilidade parental (art. 176.3 CC) –. Non resulta desatinado razoar que, se é posible privar aos proxenitores dun menor da súa patria potestade a través de sentenza firme, *ex art. 170 CC, a maiore ad minus*, sexa tamén posible retirar a *tenencia* [sentido figurado] dun menor a quen nin sequera se lle recoñece a filiación no noso ordenamento⁵⁰.

Incluso, indo máis alá, sendo así que a vía para consolidar a situación dos menores concibidos mediante o contrato de subrogación é a da adopción, e que, neste procedemento, o requisito da idoneidade debe ser declarado con carácter previo (art. 176.2 CC), non resulta discriminatorio con respecto ás familias adoptantes a omisión deste trámite? *Máxime*, cando se pon de manifesto con tanta firmeza o carácter nocivo que o contrato de xestación por substitución ten para a dignidade do menor, chegando a ser cualificado polos instrumentos internacionais como un suposto de venda ou trata de menores (STS de 31 de marzo de 2022, f.x. 3º, parágrafos 4-7). Neste sentido, determinadas voces doutriniais fan referencia a un suposto de “trata e explotación reprodutiva e de comercio, cuxo obxecto son os bebés” (Triviño Caballero, 2018, p. 173).

⁴⁹ O certo é que, atendendo á estreita marxe interpretativa que permite a nosa regulación positiva dá lugar, como non pode ser doutro xeito, a unha mala xurisprudencia, carente de instrumentos axeitados e coartada para dar resposta aos problemas existentes (Álvarez González, 2022-b).

⁵⁰ De acordo co art. 108 CC, a filiación só pode establecerse por nacemento ou por adopción.

Ou acaso non é suficiente concibir ao menor, en palabras da Sala Primeira do Tribunal Supremo, como o obxecto dun contrato que atenta contra a súa dignidade, privándoo do dereito a coñecer as súas orixes (f.x. 3º, parágrafo 9), para considerar aos comitentes como claramente inidóneos para a adopción do menor? Ou, como mínimo, para dubidar da súa idoneidade presunta?⁵¹⁵²

En tal sentido, debe tomarse en consideración a posibilidade de evitar a consolidación da situación familiar fáctica en España, favorecendo ás vías alternativas á filiación natural establecidas legalmente. Desta maneira, a tutela dos menores concibidos a través da xestación por substitución sería asumida polo Estado (Triviño Caballero, 2018) ata deixarse nas mans das familias que, superando os requisitos previos esixidos no procedemento da adopción, mostráranse como verdadeiramente idóneas para asumir a responsabilidade parental.

4. A necesidade de regulación no contexto social actual dende unha perspectiva de xénero

«Las mujeres no sólo no son la raza, ni siquiera son la mitad de la raza, sino una subespecie destinada únicamente a la reproducción».

Sabio inglés, 1888 (así citado en *El segundo sexo*, de Beauvoir, 2021)

⁵¹ Sobre a incongruencia do Tribunal Supremo na sentenza de 31 de marzo de 2022, Álvarez González (2022-b) pronunciouse con ironía: “. . . o TS renega das súas propias conviccións e acepta que unha traficante de nenos, participante principal nos atentados contra a dignidade da nai xestante e o nacido, poida establecer un vínculo de filiación mediante a adopción” (p. 6).

⁵² Do mesmo modo, en canto á previsión sobre a necesidade dunha previa avaliación psicolóxica no art. 7.3 da Proposición de Lei do Grupo parlamentario Ciudadanos, Valvidares Suárez (2019) pregúntase, no caso entenderse coma un *prius* necesario para indagar sobre a vontade libre da persoa xestante, por que non se mantén esta mesma esixencia para a familia comitente. Esta idea, segundo a autora, contribúe á idea de que as mulleres son seres volátiles que requiren dunha sobrediagnose para que poida confiarse na súa capacidade de decisión, e afectaría, non só ao principio de igualdade (art. 14 CE), senón, tamén, ao dereito á integridade moral (art. 15 CE).

Dende a distinción máis sinxela e elemental entre macho e femia, o sexo feminino aparece sempre vencellado á función reprodutiva. Dende as máis simples ás máis complexas formas animais, a relación entre a femia e a maternidade está naturalmente regulada. Porén, en canto á muller humana, a vivencia da maternidade é un proceso só en parte voluntario e consciente, a causa das condicións materiais existentes antes, durante e despois do embarazo; será a sociedade a que determine o sometemento máis ou menos estreito á especie. E falamos de sometemento, de subordinación, porque a pesar de que, igual que nas relacións animais, o home precisa, en termos biolóxicos, da muller para a satisfacción do seu desexo procreador, a súa capacidade reprodutiva non logrou liberar socialmente á muller, de feito “das femias dos mamíferos, é a máis profundamente alienada (. . .) en ningunha o sometemento do organismo á función reprodutora é máis imperioso nin máis socialmente aceptado” (de Beauvoir, 2021, p. 92).

Coa chegada da revolución industrial, fíxose necesaria a aportación da forza de traballo da muller, cumprindo a conciliación das funcións produtiva e reprodutiva. Nun momento no que as mulleres se atopan completamente sometidas ás servidumes da reprodución, o debate en torno á necesidade de converter a maternidade nun proxecto libre e non nun destino de todo dependente do azar biolóxico comeza a cobrar relevancia. En tal contexto, as técnicas de reprodución humana asistida constitúen a “conquista do control sobre o seu corpo” que, permitindo á muller asumir o papel económico que se lle ofrece, acadará “a conquista da totalidade da súa persoa” (p. 188).

No entanto, máis aló desta visión optimista que ignoraba a existencia da práctica que nos é obxecto de análise, a xestión por substitución constitúe unha forma máis de violencia para as mulleres, someténdooas ao patriarcado por medio da apropiación do seu corpo mediante o aluguer da súa capacidade reprodutiva (Emakunde, 2018).

A contractualización da capacidade reprodutiva das mulleres, como foi aclarado *supra*, é unha práctica que vicia de nulidade o contrato, ao constituírse un obxecto ilícito ou, incluso, un contrato ao que lle falta o seu obxecto. Como se aclara no Informe final de Emakunde (2018), é o neoliberalismo a canle a través da cal se pretende a mercantilización dos dereitos persoais.

Fronte á defensa visceral dunha suposta liberdade contractual absoluta de corte neoliberal que se atribúe á persoa xestante (Guerra Palmero, 2018) e retomando a explicación sobre os elementos esenciais do contrato exposta máis arriba, pretende volver incidirse na incompatibilidade da figura da xestación por substitución co noso ordenamento en relación co primeiro dos requisitos esixidos polo art. 1261 CC: o “consentimento dos contratantes”, esta vez, dende unha perspectiva non só xurídica, senón de xénero.

Obviando as consideracións sobre o obxecto contractual xa tratadas e, máis de cara a unha posible regulamentación, cabe que nos preguntemos se é ou non é xuridicamente posible o contrato de xestación por substitución en canto ao elemento máis subxectivo da contratación.

Moi acertadamente, Díez-Picazo e Gullón (2017) determinan que deben analizarse separadamente a vontade interna e individual de cada contratante – o “querer” – e a declaración que o contratante emite a fin de que esta vontade se coñeza, pois só existirá verdadeiro consentimento cando ambos factores coincidan. Neste sentido, cómpre entrar nunha breve análise sobre a existencia do consentimento e, en relación con este elemento, a existencia en abstracto de liberdade de contratación nesta materia.

Pois ben, entender a liberdade coma concepto relativo – por canto unha elección libre non depende só da ausencia de impedimentos, senón da disposición de condicións óptimas de análise de alternativas e de posibilidades reais de realización da alternativa

desexada – implica que deberá tomarse sempre en consideración a existencia de relacións asimétricas que poñan en tea de xuízo a toma libre de decisións. Nesta liña, é facilmente deducible a creba do consentimento real e efectivo nos contratos de xestación por substitución, en razón do condicionamento do consentimento contractual da persoa xestante ao seu contexto de vulnerabilidade socioeconómica, quedando viciada, dende os seus inicios, a liberdade reprodutiva (Correa da Silva, 2021). Deste xeito, cando creba a igualdade entre as partes a causa das súas profundas diferenzas socioeconómicas, non é posible soste unha orde liberal económica que exalte o principio *pacta sunt servanda* nun contexto de absoluta liberdade contractual, facéndose, xa que logo, imprescindible a intervención do Estado no mercado (Díez-Picazo e Gullón, 2017).

Poderíamos suxerir, como remedio, acudir ao contrato de xestación por substitución de tipo altruísta baixo determinadas condicións⁵³, a fin de que a transacción económica⁵⁴ non se converta no medio para o abuso das mulleres en situacións de pobreza e o recurso ao “turismo reproductivo” (Farnós Amorós, 2010), entendendo que se trata dunha “relación xurídica concreta, efectiva e existente” á que precisa darse entrada no noso ordenamento (Álvarez González, 2010, p. 373)⁵⁵.

⁵³ Entre elas, Valvidares Suárez (2019) especifica unha prestación de consentimento continua e non un “cheque en branco” [comiñas da autora] para os pais de intención, que teña en conta que a xestación por substitución é un proceso no que as circunstancias e riscos derivados do embarazo poden variar o consentimento inicial; así as cousas, o consentimento deberá ser revogable. En contraposición, o art. 9 da Proposición de Lei do Grupo parlamentario Ciudadanos enumera, como contido mínimo do contrato de xestación por substitución o “consentimento informado, libre, expreso e irrevogable das partes interviñentes”; deste xeito, ao non contemplarse, como no caso da revogación do consentimento da familia de intención, coma unha infracción moi grave, recibirá o tratamento de infracción leve (art. 24.2. a)), sancionada co pago dunha multa de ata 1.000 euros (art. 25). Sobre a irrevogabilidade *vid. infra*.

⁵⁴ Con tal intención, o art. 5 da Proposición de Lei referida prevé unha compensación de natureza resarcitoria para a persoa xestante, con cargo na familia de intención, asegurando a ausencia de carácter lucrativo e comercial.

⁵⁵ “A xestación por substitución en España é o elefante na habitación. Que o sistema xurídico a ignore, que o lexislador non queira tomar cartas no asunto non significa que non exista o

No entanto, sinalan Casado e Navarro-Michel (2018) a ausencia de voces de persoas que, ostentando capacidade reprodutiva, verdadeiramente queiran xestar para outros⁵⁶; e que, de existiren, non constituirían un número suficiente como para satisfacer a demanda nacional e en ningún caso isto xustificaría unha figura que mercantiliza, cousifica e instrumentaliza o corpo da muller xestante (Aparisi Miralles, 2017). E, igualmente, pretender establecer relacións igualitarias entre desiguais mediante a modalidade altruísta (Guerra Palmero, 2018) daría a entrada a remuneracións á marxe da lei (Triviño Caballero, 2018).

Seguindo con esta idea e imaxinando que non existen diferenzas estruturais de carácter socioeconómico, realmente podemos falar de autonomía privada en torno ás materias que pretende regular o contido do contrato de xestación por substitución?

Pretender contratar sobre a función reprodutiva implica, non xa, como expuxemos noutro lugar, un contrato con obxecto ilícito ou sen obxecto, senón “unha concepción dualista da persoa que a disgrega en dous: por un lado, a súa razón e a súa autonomía e, pola outra, a súa dimensión corporal”, citando a Aparisi Miralles (p. 169). Deste xeito, continúa a autora, é facilmente xustificable o contrato de xestación por substitución, ao considerar o corpo coma un instrumento plenamente dispoñible á discreción de quen o posúe, totalmente dissociado do seu ser individual.

problema. Nin a lei nin a doutrina foron capaces de facer diminuír as manifestacións desta práctica en España” (Álvarez González, 2022-b, p. 9).

⁵⁶ Fronte a isto, o art. 6 da Proposición de Lei presentada polo Grupo parlamentario Ciudadanos no ano 2017 enuncia unha serie de dereitos en favor da persoa xestante, incluído o “dereito a xestar, sen aportar material xenético propio, mediante un contrato de xestación por subrogación”. En cambio, na enumeración establecida no art. 7, relativa aos requisitos que se prevén para poder gozar da condición de xestante – a manter durante todo o proceso da xestación –, esíxese unha determinada posición económica, así como a ausencia de antecedentes penais; requisitos estes que non parecen compadecerse demasiado coa idea de *dereito* [énfase agregada] que pretende sustentar o Grupo parlamentario.

Non obstante, esta consideración, ademais de producir un resultado cousificante, compadécese pouco coa realidade, xa que a natureza do embarazo non permite unha separación entre a forza do traballo e a persoa embarazada, de xeito tal que a prestación obxecto do contrato – a xestación – é continua, tendo lugar, incluso, mentres a persoa xestante dorme. Deste xeito, que o resultado – o menor – se compadeza coas lexítimas expectativas dos comitentes, é un elemento que depende só parcialmente da conduta da persoa embarazada (Correa da Silva, 2021). Non obstante, as cláusulas contractuais habituais nesta clase de negocio xurídico abordan, precisamente, as normas de conduta da xestante⁵⁷. E é que, hoxe por hoxe, unha regulación permisiva resulta dificilmente axeitable á tutela da dignidade da persoa xestante e do menor (Comité de Bioética de España, 2017)⁵⁸, que unicamente podería moverse “dentro das escasas posibilidades marcadas por un sistema estruturalmente desigualitario” (Valvidares Suárez, 2019, p. 163).

Igualmente, debe desmitificarse o contractualismo romántico neoliberal que obedece aos desexos de nais e pais adifeirados quen, descartando o camiño da adopción, consideran que o seu desexo de procreación constitúe unha base lexitimadora suficiente para instrumentalizar a unha terceira persoa (Guerra Palmero, 2018).

⁵⁷ Constituíndo, en moitos casos, como pode deducirse do contido do contrato inserido na STS de 31 de marzo de 2022, nunha “inxerencia excesiva no libre desenvolvemento da persoa, así na súa intimidade persoal e familiar” (Valvidares Suárez, 2019, p. 156).

⁵⁸ Así mesmo, cabe preguntarse se sería sostible unha regulación garante, como a que propón Valvidares Suárez (2019), na que se respectase o consentimento da persoa xestante durante todo o proceso da xestación; un proceso, debe incidirse, no que tamén latexan os factores emocionais da familia comitente. Realmente unha regulación destas características sería viable, atendendo ao risco de que a persoa xestante revogue o seu consentimento? Deste xeito, apuntaba Vela Sánchez (2022) sobre a nova regulación portuguesa que, por atoparse esta práctica circunscrita ao ámbito das obrigas e dos contratos, a revogación do consentimento da persoa xestante – por moi favorable á dignidade da persoa que sexa – non só non ten cabida neste eido, senón que ademais “supón o certificado de defunción da xestación por substitución no Dereito portugués” (p. 8).

Así, o criterio seguido polo Tribunal Supremo na sentenza n.º 277/2022, de 31 de marzo de 2022, sinala que a contratación en torno aos dereitos inherentes á personalidade da persoa xestante, tales como a dignidade, o libre desenvolvemento da súa personalidade, a integridade física e moral ou, incluso, o dereito á vida; ao incidir directamente sobre a súa conduta, renunciando a xestante a ser tratada “como unha persoa libre e autónoma dotada da dignidade propia de todo ser humano” (f. x. 3º, parágrafo 8), deben considerarse de todo punto vulneradores do dereito á dignidade da persoa, constitucional e internacionalmente recoñecido.

Trátase, en fin, dunha práctica que, de xeito irónico, logrou a conciliación entre a función produtiva e a reprodutiva, aínda que non no sentido que desexaba de Beauvoir (2021) en 1949. Polo contrario, as persoas xestantes convértense en vítimas da explotación neoliberal e, en moitos casos, neocolonialista con respecto dos países menos desenvolvidos; a súa produtividade obtense a través de procesos biolóxicos, transformándose en suxeitos do sistema capitalista (Rudrappa e Collins, 2015), enmarcando á muller ao servizo do patriarcado, como “un ser para outras persoas” (Emakunde, 2018, p. 52).

Resulta razoable que, comprendidas as consecuencias da permisión do contrato de xestación por substitución no seo do ordenamento dun Estado social e democrático de Dereito, comecemos a nos decatar de que, se cadra, a incompatibilidade entre ambos extremos é insalvable.

5. Conclusións

Atendendo ao tenor literal da lei e á natureza do contrato referido, parece evidente, xa que logo, concluír a incompatibilidade absoluta do noso ordenamento con respecto á xestación por substitución, por máis que o criterio do TEDH pretenda unha interpretación

máis alá do texto da lei. O certo é que, en tanto que *en claris non fit interpretatio*, non pode estenderse a consideración do interese superior do menor sobre o expresamente previsto na norma, desvencellando ao xuíz do sistema de fontes previsto no art. 117.1 CE. E, en todo caso, de acordo co principio de subsidiariedade con respecto á intervención do TEDH, corresponde aos órganos xurisdicionais nacionais a supervisión da salvagarda de tal principio na aplicación da lexislación interna.

O que en todo caso parece claro é que a reforma é necesaria. Isto, porque, como pon de manifesto Bellver Capella (2017), actualmente, a Dirección Xeral de Seguridade Xurídica e Fe Pública, un órgano da Administración Xeral do Estado, desoe de todo a interpretación lexislativa do Tribunal Supremo sobre a nulidade do contrato de xestación subrogada e continúa inscribindo no Rexistro Civil as filiacións derivadas deles.

Na mesma liña, a Sala Primeira do Tribunal Supremo, na sentenza n.º 277/2022, do 31 de marzo, sinalou as deficiencias do noso sistema, determinando que “o neno nacido no estranxeiro froito dunha xestación por substitución, pese ás normas legais e convencionais ás que se fixo referencia, entra sen problema en España e remata integrado nun determinado núcleo familiar durante un tempo prolongado” (f.x. 4º, parágrafo 7).

Noutras palabras, semella que as familias comitentes que celebran no estranxeiro un contrato abusivo para a dignidade da muller, viciado pola inexistencia dun verdadeiro consentimento e sancionado coa nulidade en España, valéndose da realización dunha fraude de lei, esperan ser amparadas polo Estado, aproveitando unha normativa que, centrada na cualificación superficial do contrato, non se preocupou en regular o verdadeiramente importante: que facer cos menores nados froito dunha práctica prohibida e rexeitada polo ordenamento.

E, en tal sentido, a solución única, ben para adecuarse ao criterio do TEDH, ben para establecer unha regulación coherente consigo mesma, é acudir ao Poder Lexislativo.

A favor da regulación dunha xestación por substitución de tipo altruísta presentáronse iniciativas lexislativas como a do Grupo parlamentario Ciudadanos en 2017 ou a tamén permisiva proposta do Grupo de Ética y Buena Práctica de la Sociedad Española de Fertilidad.

Non obstante, se ben, anteriormente nos referimos á claridade do texto da lei para rexeitar o contrato de xestación subrogada no seo do réxime xurídico actual, é necesario apelar tamén á inconciliabilidade de tal negocio co noso ordenamento xurídico que leva por estandarte, *ex art. 10 da Constitución española*, como *minimum* invulnerable que debe ser garantido por todo estatuto xurídico, a defensa da dignidade da persoa, os dereitos inviolables que lle son inherentes e o libre desenvolvemento da personalidade, como fundamento da orde política e da paz social (sentenza do Tribunal Constitucional n.º 120/1990, de 27 de xuño)⁵⁹. En definitiva, a protección da muller e do menor, amparadas polo principio constitucional do respecto á dignidade da persoa, non son terreo para as reivindicacións que, no nome da liberdade, pretendan transgredilas.

Deste xeito, semella que o máis acertado será blindar definitivamente o carácter prohibitivo da práctica da xestación por substitución, realizárase tanto dentro como fóra das nosas fronteiras, procurando a actuación, agora si, en aras da protección do interese superior do menor, con carácter previo á entrada dos menores no noso país, a fin de evitar a consolidación da súa situación familiar *de facto* en España⁶⁰.

⁵⁹ ECLI:ES:TC:1990:120.

⁶⁰ En principio, parece que esta será a dirección a seguir nos vindeiros instrumentos normativos referidos á materia no noso ordenamento. O Anteproxecto de Lei Orgánica pola que se modifica a Lei Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de saúde sexual e reprodutiva e da interrupción voluntaria do embarazo apunta á eliminación desta práctica, que se cualifica como unha manifestación de violencia contra as mulleres, recalcando a necesidade de garantir a nulidade de pleno dereito do contrato de xestación por substitución (art. 32) e regulando, en particular, a prohibición da publicidade das axencias intermediadoras no noso país (art. 33), cun carácter preventivo.

A solución debe pasar por evitar o atentado contra o artigo 8 CEDH, sobre o respecto á vida privada e familiar, no entanto, o dano á dignidade do menor, recordamos, obxecto dun contrato mercantil, unha práctica cualificada internacionalmente como un suposto de venda de menores, *ex art. 35 da Convención dos Dereitos do Neno*, xa foi inferido.

Nesta liña, resultaría conveniente non presumir a idoneidade dos comitentes para asumir a patria potestade e a crianza do menor deste xeito concibido e valorar a posibilidade de que a súa tutela sexa asumida por unha familia verdadeiramente idónea que optara pola vía legal e existente da adopción para satisfacer o seu desexo, que non dereito, de ter descendencia.

6. Índice da normativa e xurisprudencia referenciada

6.1. Normativa interna

Constitución Española de 1978.

Real Decreto de 24 de xullo de 1889 polo que se publica o Código Civil.

Lei 14/2006, de 26 de maio, sobre técnicas de reprodución humana asistida.

Lei 20/2011, de 21 de xullo, do Rexistro Civil.

Decreto de 14 de novembro de 1958 polo que se aproba o Regulamento da Lei de Rexistro Civil.

Proposición de Lei reguladora do dereito á xestación por subrogación presentada polo Grupo parlamentario Ciudadanos no ano 2017.

Anteproxecto de Lei Orgánica pola que se modifica a Lei Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de saúde sexual e reprodutiva e da interrupción voluntaria do embarazo.

6.2. Normativa estranxeira

Francia: *Code civil des Français; Loi relative à la bioethique*, de 3 agosto de 2021.

Alemaña: *Embryonenschutzgesetz* n.º 745/90 de 13 de decembro de 1990.

Suíza: *Swiss Federal Constitution; Loi fédérale sur la procréation médicalement assistée* de 1998.

Bélxica: *Loi relative à la procréation médicalement assistée et à la destination des embryons surnuméraires et des gametes*, de 6 de xullo de 2007.

Reino Unido: *Surrogacy Arrangements Act* (1985).

Portugal: *Lei 25/2016*, de 22 de agosto, *que regula o acceso à gestação de substituição*.

Estados Unidos: *Uniform Status of Children of Assisted Conception Act promulgated by the National Conference of Commissioners on Uniform State Laws* de 1988; *California Family Code* (estado de California).

6.3. Normativa internacional

Convenio Europeo de Dereitos Humanos.

Convención das Nacións Unidas sobre os Dereitos do Neno de 20 de novembro de 1989.

6.4. Decisións e xurisprudencia interna

Dirección Xeral de Seguridade Xurídica e Fe Pública

Resolución da Dirección Xeral dos Rexistros e do Notariado de 19 de febreiro de 2009.

Instrución da Dirección Xeral dos Rexistros e do Notariado de 5 de outubro de 2010.

Instrución non nata da Dirección Xeral dos Rexistros e do Notariado de 14 de febreiro de 2019.

Instrución da Dirección Xeral dos Rexistros e do Notariado de 18 de febreiro de 2019.

Audiencias Provinciais

Sentenza n.º 949/2011, da Audiencia Provincial de Valencia, de 23 de novembro [ECLI:ES:APV:2011:5738].

Sentenza n.º 518/2019, da Audiencia Provincial de Barcelona, de 10 de novembro [ECLI:ES:APB:2019:12055].

Tribunais Superiores de Xustiza

Sentenza n.º 297/2021, do Tribunal Superior de Xustiza de Madrid, de 7 de maio [ECLI:ES:TSJM:2021:5079].

Tribunal Supremo

Sentenza do Tribunal Supremo de 13 de febreiro de 1985.

Sentenza n.º 614/2009, do Tribunal Supremo, de 28 de setembro de 2009 [ECLI:ES:TS:2009:5707].

Sentenza n.º 94/2010, do Tribunal Supremo, de 10 de marzo de 2010 [ECLI:ES:TS:2010:962].

Sentenza n.º 1395/2012, do Tribunal Supremo, de 25 de maio de 2012 [ECLI:ES:TS:2012:3793].

Sentenza n.º 257/2011, do Tribunal Supremo, de 29 de abril [ECLI:ES:TS:2013:2246].

Sentenza n.º 761/2013, do Tribunal Supremo, de 12 de decembro de 2013 [ECLI:ES:TS:2013:5824].

Sentenza n.º 247/2014, do Tribunal Supremo, de 6 de febreiro [ECLI:ES:TS:2014:247].

Sentenza n.º 76/2015, do Tribunal Supremo, de 17 de febreiro [ECLI:ES:TS:2015:544].

Voto particular formulado polo Maxistrado D. Luis de Castro Fernández contra a sentenza n.º 953/2016, do Tribunal Supremo, de 16 de novembro [ECLI:ES:TS:2016:5283].

Voto particular formulado polo Maxistrado D. José Manuel López García de la Serrana contra a sentenza n.º 953/2016, do Tribunal Supremo, de 16 de novembro [ECLI:ES:TS:2016:5283].

Sentenza n.º 277/2022, do Tribunal Supremo, de 31 de marzo [ECLI:ES:TS:2022:1153].

Tribunal Constitucional

Sentenza n.º 120/1990, do Tribunal Constitucional, do 27 de xuño [ECLI:ES:TC:1990:120].

6.5. Xurisprudencia estranxeira

Francia: sentenza da *Cour de Cassation* francesa n.º 370 de 6 de abril de 2011 [ECLI:FR:CCASS:2011:C100370]; sentenza do *Tribunal de Grande Instance* de Nantes, de 10 de febreiro de 2011; sentenza da *Cour d'Appel* de Rennes, de 4 de xullo de 2002.

Italia: sentenza da *Corte d'Appello di Bari* de 13 de febreiro de 2009.

Reino Unido: decisións da *English High Court* de 5 de novembro e 9 de decembro de 2008.

Portugal: sentenza do Tribunal Constitucional portugués n.º 225/2018.

6.6. Xurisprudencia do Tribunal Europeo dos Dereitos Humanos

Sentenza n.º 76240/01, do Tribunal Europeo dos Dereitos Humanos, de 28 de xuño de 2007, no asunto *Wagner c. Luxemburgo* [ECLI:EU:C:1964:28].

Sentenza n.º 65192/11, do Tribunal Europeo dos Dereitos Humanos, de 26 de xuño de 2014, no asunto *Mennesson c. Francia* [ECLI:CE:ECHR:2014:0626JUD006519211].

Sentenza n.º 65941/11, do Tribunal Europeo dos Dereitos Humanos, de 26 de xuño de 2014, no asunto *Labasse c. Francia* [ECLI:CE:ECHR:2014:0626JUD006594111].

Sentenza n.º 25358/12, do Tribunal Europeo dos Dereitos Humanos, de 27 de xaneiro de 2015, no asunto Paradiso e Campanelli c. Italia [ECLI:CE:ECHR:2015:0127JUD002535812].

Sentenza n.º 71552/17, do Tribunal Europeo dos Dereitos Humanos, de 18 de maio de 2021, no asunto Valdís Fjólnisdóttir e outros c. Islandia [ECLI:CE:ECHR:2021:0518JUD007155217].

Referencias

- Álvarez de Toledo Quintana, L. (2014). El futuro de la maternidad subrogada en España: entre el fraude de ley y el correctivo de orden público internacional. *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 6(2), 5-49.
- Álvarez González, S. (2010). Efectos en España de la gestación por sustitución llevada a cabo en el extranjero. En J. C. Fernández Rozas, *Anuario español de Derecho Internacional Privado. Tomo X* (págs. 339-377). Madrid: Marcial Pons. Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A.
- Álvarez González, S. (2016). «Gestación por sustitución o la crisis de la autonomía del legislador de DIPr (y quizá también del legislador de Derecho civil). *Boletim da Faculdade de Direito: Universidade de Coimbra*, 92(1), 227-262.
- Álvarez González, S. (2017). Gestación por sustitución y orden público. *InDret*, 166-200.
- Álvarez González, S. (2022-a). La UE, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el Derecho de familia. En J. Sole Resina, *Persona, familia y género: Liber amicorum a M^a del Carmen Gete-Alonso y Calera* (págs. 169-181). Barcelona: Atelier. Libros jurídicos.
- Álvarez González, S. (24 de maio de 2022-b). *Gestación por sustitución y Tribunal Supremo español. Nota breve a la STS de 31 de marzo de 2022*. (W. Kluwer, Editor) Recuperado el 26 de maio de 2022, de Diario La Ley: <https://diariolaley.laleynext.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAEAMtMSbF1CTEAAmNTY1MLU7Wy1KLizPw8WyMDIyMDU0NjkEBmWqVLfnJIZUGqbVpiTnEqAN-9lDE1AAAAWKE>
- Aparisi Miralles, Á. (2017). Maternidad subrogada y dignidad de la mujer. *Cuadernos de Bioética*, XXVIII, 163-175.
- Arroyo Gil, A. (2020). Gestación por sustitución: la dignidad humana en juego. *Estudios de Deusto*, 68/2, 41-73.
- Balaguer Callejón, M. L. (2017). *Hij@s del mercado: la maternidad subrogada en un Estado social*. Madrid: Cátedra.
- Bayarri Martí, M. L. (10 de xullo de 2015). *Maternidad por subrogación. Su reconocimiento en España*. Obtido o 26 de febreiro de 2021, de Noticias Jurídicas:

<https://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/10338-maternidad-por-subrogacion-su-reconocimiento-en-espana/>

- Beauvoir, S. d. (2021). *El segundo sexo*. Madrid: Ediciones Cátedra. Universitat de València.
- Bellver Capella, V. (2017). Tomarse en serio la maternidad subrogada altruista. *Cuadernos de Bioética*, XXVIII, 93-107.
- Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (2009). Hijos made in California. *Aranzadi Civil*(1), 2117-2119.
- Brunet, L., Carruthers, J., Davaki, K., Kin, D., Marzo, C., & McCandless, J. (2013). *El régimen de la subrogación en los Estados miembros de la UE*. Bruselas: Parlamento Europeo.
- Cabezudo Bajo, M. J. (2021). *Desarrollo de un modelo de gestación por sustitución o surrogacy en el marco de la jurisdicción*. Granada: Editorial Comares.
- Calvo Caravaca, A. L., & Carrascosa González, J. (2008-2020). Gestación por sustitución en California: Comentario de la sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014 (247/2014). En M. Y. Tolsada, *Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina civil y mercantil* (págs. 395-410). Madrid: Dykinson.
- Calvo Caravaca, A. L., & Carrascosa González, J. (2018). *Derecho internacional privado. Volumen I*. Granada: España.
- Casado, M., & Navarro-Michel, M. (2019). *Documento sobre gestación por sustitución*. Barcelona: Universitat de Barcelona Edicions.
- Castillejo Manzanares, R. (2020). La gestación por sustitución desde una perspectiva procesal. En R. Castillejo Manzanares, C. Alonso Salgado, A. Valiño Ces, & A. Rodríguez Álvarez, *El género y el sistema de (in)justicia* (págs. 487-510). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Comité de Bioética de España. (2017). *Informe del Comité de Bioética de España sobre los aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada*. Bilbao.
- Consejo de Europa. (9 de diciembre de 2021). *Menesson v. France (2014)*. *France recognises family ties of parents of surrogate children*. Recuperado el 12 de junio

de 2022, de Impact of the European Convention on Human Rights: <https://www.coe.int/en/web/impact-convention-human-rights/-/france-recognises-family-ties-of-parents-of-surrogate-children>

- Correa da Silva, W. (2021). *Maternidad subrogada. Vulnerabilidades, Derechos Humanos, Explotación y Autonomía*. Navarra: Thomson Reuters Aranzadi.
- Dawkin, R. (1993). *El gen egoísta. Las bases biológicas de nuestras conductas*. Barcelona: Salvat Editores, S.A.
- De Torres Perea, J. M. (28 de marzo de 2014). Comentario de la STS de 6 de febrero de 2014 sobre maternidad por sustitución desde la perspectiva del interés del menor. *Diario La Ley*, 1-17. Obtenido de Wolters Kluwer.
- Díez Soto, C. M. (2007). Artículo 5. Donantes y contratos de donación. Comentario jurídico. En F. Lledó Yagüe, & C. Ochoa Marieta, *Comentarios científico-jurídicos a la Ley sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida (Ley 14/2006, de 26 de mayo)* (págs. 83-98). Madrid: Dykinson.
- Díez-Picazo, L., & Gullón, A. (2017). *Sistema de Derecho Civil, Volumen II (Tomo 1). El contrato en general. La relación obligatoria*. Madrid: Tecnos.
- Durán Ayago, A. (2014). Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso Mennesson c. France (n.º 65192/11) y caso Labassee c. France (n.º 65941/11), de 26 de junio de 2014. Interés superior del menor y gestación por sustitución. *Ars Iuris Salamanticensis*, 2, 280-282.
- Durán Ayago, A. (2019). Gestación por sustitución en España: a hard case needs law. De por qué la jurisprudencia no puede resolver este problema. *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 11(2), 575-582.
- Durán Ayago, A. (18 de agosto de 2020). *A propósito de la gestación por sustitución*. Obtido o 23 de febreiro de 2020, de The Conversation: <https://theconversation.com/a-proposito-de-la-gestacion-por-sustitucion-144585>
- Emakunde. (2018). *¿Gestación subrogada o vientres de alquiler? Informe final*. Vitoria-Gasteiz: Emakunde.

- Farnós Amorós, E. (2010). Inscripción en España de la filiación derivada del acceso a la maternidad subrogada en California. Cuestiones que plantea la Resolución de la DGRN de 18 de febrero de 2009. *InDret*, 1-25.
- Fernández Rozas, J. C., & Sánchez Lorenzo, S. (2020). *Derecho Internacional Privado*. Navarra: Civitas.
- Gálvez Criado, A. (26 de xuño de 2019). *¿Siguen siendo nulo en España el contrato de gestación subrogada? Una duda razonable*. (W. Kluwer, Ed.) Obtido o 25 de maio de 2022, de Diario La Ley: https://diariolaley.laleynext.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAEAMtMSbF1CTEAAiNLUwtDC7Wy1KLizPw827DM9NS8kIS1zGLHgoKi_LLUFFsjAyMDQyNDCyBtCgCCero-OAAAAA==WKE
- García Rubio, M. P. (2020). ¿Qué es y para qué sirve el interés del menor? *Actualidad Jurídica Iberoamericana*(13), 14-49.
- García Rubio, M. P., & Herrero Oviedo, M. (2018). Maternidad subrogada: dilemas éticos y aproximación a sus respuestas jurídicas. *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 52, 67-89.
- Gómez Sánchez, Y. (1994). *El derecho a la reproducción humana*. Madrid: Marcial Pons. Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A.
- GOV.UK. (23 de xullo de 2021). *Department of Health & Social Care*. Recuperado el 10 de xuño de 2022, de Guidance. The surrogacy pathway: surrogacy and the legal process for intended parents and surrogates in England and Wales: <https://www.gov.uk/government/publications/having-a-child-through-surrogacy/the-surrogacy-pathway-surrogacy-and-the-legal-process-for-intended-parents-and-surrogates-in-england-and-wales#contents>
- Guerra Palmero, M. J. (2018). Contra la mercantilización de los cuerpos de las mujeres. La “gestación subrogada” como nuevo negocio transnacional. *Dilemata. Revista internacional de éticas aplicadas*(26), 39-51.
- Heredia Cervantes, I. (2013). La Dirección General de los Registros y del Notariado ante la gestación por sustitución. *Anuario de Derecho Civil*, 687-715.

- Jiménez Muñoz, F. J. (2014). Denegación de la inscripción de la filiación determinada por la celebración de un contrato de gestación por sustitución. Comentario a la STS 835/2013, de 6 de febrero de 2014 (RJ 2014, 736). *Revista bolivariana de derecho*(18), 400-419.
- Jiménez Muñoz, F. J. (2018). Una aproximación a la posición del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre la gestación subrogada. *R.E.D.S.*, 42-54.
- Kahn, F. (1928). Die lehre vom ordre public (prohibitivgesetze). En F. Kahn, *Abhandlung zum internationalen Privatrecht. Band I* (págs. 161-254). München & Leipzig: Duncker & Humblot reprints.
- Lamm, E. (2012). Gestación por sustitución. Realidad y Derecho. *InDret*, 1-49.
- Lasarte Álvarez, C. (2017). *Principios de Derecho Civil I. Parte general y Derecho de la persona*. 23ª edición. Madrid: Marcial Pons.
- Montón García, L. (2020). Gestación subrogada: generosidad o negocio. En R. Castillejo Manzanares, C. Alonso Salgado, A. Valiño Ces, & A. Rodríguez Álvarez, *El género y el sistema de (in)justicia* (págs. 511-522). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Organización Mundial de la Salud. (2010). *Glosario de terminología en Técnicas de Reproducción Asistida (TRA)*. Versión revisada y preparada por el International Committee for Monitoring Assisted Reproductive Technology (ICMART) y la Organización Mundial de la Salud (OMS). Red Latinoamericana de Reproducción Asistida.
- Puppinck, G., & de la Hougue, C. (2015). *Por una prohibición efectiva sobre la gestación subrogada en Derecho Internacional*. Estrasburgo: European Centre for Law and Justice.
- Quiñones Escámez, A. (2009). Doble filiación paterna de gemelos nacidos en el extranjero mediante maternidad subrogada. En torno a la RDGRN de 18 de febrero de 2009. *InDret*, 1-42.
- Rudrappa, S., & Collins, C. (2015). Altruistic agencies and compassionate consumers: moral framing of transnational surrogacy. *Gender and Society*, 937-959.
- Sales Pallarés, L. (2019). La pérdida del interés (superior del menor) cuando se nace por gestación subrogada. *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 11(2), 326-347.

- Triviño Caballero, R. (2018). Entrevista a María José Guerra Palmero. *Dilemata. Revista internacional de éticas aplicadas*(28), 171-181.
- Valdés Díaz, C. d. (2014). La maternidad subrogada y los derechos de los menores nacidos mediante el uso de esas técnicas. *Anuario de la Facultad de Derecho*, XXXI, 459-482.
- Valvidares Suárez, M. L. (2019). El marco constitucional del debate feminista sobre la gestación subrogada. En M. I. Núñez Paz, & P. Jiménez Blanco, *Mujer sujeto u objeto de derechos reproductivos. Derechos de los menores y maternidad por sustitución*. (págs. 137-166). Valencia: Tirant Lo Blanch.
- Vela Sánchez, A. J. (4 de febreiro de 2022). *A propósito de la Ley portuguesa núm. 90/2021, de 16 de diciembre, que contiene el certificado de defunción del convenio gestacional luso*. (W. Kluwer, Ed.) Obtido o 14 de febreiro de 2022, de Diario La Ley: <https://diariolaley.laleynext.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAA AAEAMtMSbF1CTEAAmMTC0MTE7Wy1KLizPw8WyMDIyMDQ0NzkEB mWqVLfnJIZUGqbUIRaSoAMT8dWTQAAAA=WKE>
- Vilar González, S. (2018). *La gestación subrogada en España y en el Derecho comparado*. Barcelona: Editorial Bosch.