

Grado en: Derecho
Facultad de Derecho
Universidad de La Laguna
Curso 2017/ 2018
Convocatoria: Julio

El cambio en el modelo tradicional de maternidad: desde la familia en el Derecho Romano a la actual gestación por sustitución.

The change of the traditional model of motherhood: from the family as the Roman law to the actual gestation by substitution.

Realizado por el alumno/a **D. Soffy Mariam Hernández Pino**

Tutorizado por el Profesor/a D. M^a Victoria Sansón Rodríguez

Departamento de Disciplinas jurídicas básicas

Área de conocimiento Derecho Romano

ABSTRACT

Looking back in history and the world's geography, we revise the evolution of concepts of filiation, to the extent that human relationships have strained biology, from adoption, as the most primitive mechanism of non-biological filiation, to the latest achievements in assisted reproduction, carefully looking at the figure of surrogates; a mother that can fulfill all the genetic requirements, even her own genome, but still vanishes in the legal filiation, in favor of the fertilization techniques of couples or individuals that lack of such biology liberty of gestar their own children. This field, shows once more how the law is not an iron corset, but an elastic belt that has to be molded and that has to gather up all the different realities and advances that the technology and the societies bring us. The possibility of being able to modify such acts, turns them directly into susceptible of being regulated, and not prohibited, as it is happening in this country, as the law, made by man, aspires to be superior to them, so that we cal all be governed by the same rules.

KeyWords: Filiation, Motherhood, Surrogate Motherhood

RESUMEN

Haciendo un recorrido por la historia y por la geografía mundial, repasamos la evolución de los conceptos de filiación, en la medida en que las relaciones humanas han forzado a la biología, desde la adopción como mecanismo más primitivo de filiación (no biológica), hasta los últimos avances en reproducción asistida, con especial atención a la figura de la gestante por sustitución; una madre que puede cumplir todos los requisitos genéticos para ello, incluido su propio genoma, y que, sin embargo, desaparecen en la filiación legal, en favor de las técnicas de fertilización a parejas o individuos que carecen de esa posibilidad biológica de gestar sus propios hijos. Este campo, demuestra una vez más como el Derecho no es un corsé de acero, sino una faja elástica que tiene que amoldarse y recoger los distintos avances, que tanto la tecnología como la sociedad nos proporcionan. La posibilidad de que se puedan realizar ciertos actos, los convierte directamente en susceptibles de ser regulados y no prohibidos, como está sucediendo en nuestro país, ya que la ley, hecha por lo hombres, aspira a ser superior a ellos con el fin de que todos nos podamos regir por las mismas reglas.

Palabras clave: Filiación, Maternidad, Gestación por sustitución

ANEXO DE ABREVIATURAS

AP—Audiencia Provincial

Art. —Artículo

CC—Código Civil

CDH—Convención de Derechos del Hombre

CE —Constitución Española

CP—Código Penal

DGRN—Dirección General de Registros y del Notariado

GS—Gestación pos sustitución

RDGRN—Resoluciones de la Dirección General de Registros y Notariado

TC—Tribunal constitucional

TEDH—Tribunal Europeo Derechos Humanos

TRHA—Técnicas de Reproducción Humana Asistidas

Elisabeth ROUDINESCO “*No deberíamos temer cambiar leyes que correspondan a los cambios que se han producido en la sociedad y la ciencia. La gestación por sustitución es la continuación de la procreación médicamente asistida. Desde finales del siglo XIX, cualquier cambio relacionado con la familia ha llevado a la sociedad al pánico: el divorcio, la igualdad de derechos de los padres, el aborto... ¡Siempre se nos está diciendo que un apocalipsis está a punto de pasar, y nunca pasa! Apocalipsis sería una humanidad que no quiera hijos.*”

ÍNDICE

I.-Introducción.....	5
-Capítulo 1: El colapso del Dogma “<i>Mater semper certa est</i>”	
II.-La familia y la filiación en el Derecho Romano	
2.1- La Familia Romana.....	6-13
i.-Agnación, Cognación y afinidad.....	14-15
ii.-Modos de entrar en la Familia.....	15-19
III.-Determinación de la Filiación materna: El “ <i>MATER SEMPER CERTA EST</i> ”	
3.1.-La maternidad y la coexistencia de maternidades.....	19-23
i.-La paternidad: “ <i>PATER IS EST QUEM NUPTIAE DEMONSTRANT.</i> ”.....	23-24
-Capítulo 2: La nueva realidad sin legislar: La Maternidad por sustitución	
IV.-La Gestación Subrogada, ¿Compatible con el Principio Paulino?	
4.1.-Caracterización de la gestación por sustitución.....	24-27
4.2.-Regulación en el Derecho Español.....	27-28
i.-El Derecho material español.....	28
ii.-Tratamiento Judicial y otras resoluciones.....	28-32
V.- Derecho Comparado: La maternidad subrogada, desde el ámbito Internacional	
5.1.-Regulación de la Gestación subrogada: Ámbito jurídico europeo y estadounidense.....	32
i.-Prohibición de la Gestación por sustitución.....	33-34
ii.-Admisión parcial.....	34-37
iii.-Admisión plena.....	37-40
iiii.-El Turismo Reproductivo.....	41-42
VI.-Contrato de maternidad subrogada	
6.1.- Posturas y argumentos en contra y a favor.....	43-47
VII.-Conclusión.....	48-49
VIII.-Anexo Bibliográfico.....	50-54

I.- Introducción

En el presente trabajo, vamos a tratar la gestación por sustitución, que se proyecta en la actualidad, como un fenómeno social en expansión, tanto a nivel nacional como internacional, desencadenando debates éticos, morales, religiosos, económicos y jurídicos, lo que dificulta que podamos dar una solución legislativa adecuada, consecuencia de las controversias que ésta suscita respecto a la determinación de la filiación, con especial relevancia para la filiación materna.

El estudio consistirá en un análisis de las relaciones familiares en el Derecho romano, concretamente de los medios para determinar la filiación. Se tratará, además, la evolución del término maternidad, demostrando lo urgente que resulta añadirle nuevas acepciones. En la actualidad se presentan necesidades sociales que no están siendo satisfechas, pues pretendemos perpetuar el origen indiscutible de la maternidad, sin entender que, con la aparición de las técnicas de reproducción asistida, no podemos permanecer estáticos al amparo de prohibiciones que resultan ineficaces y que carecen de sentido jurídico. Tales prohibiciones provocan situaciones de conflictividad social, como está sucediendo con el artículo 10 de la Ley Técnicas de reproducción humana asistida, dónde se consagra el principio *Mater semper certa est*, que justifica la filiación materna biológica, únicamente respecto al hecho físico del alumbramiento o parto. De ahí, la censura de la figura de gestación por sustitución, que se sanciona con ineficacia jurídica, aunque no evita su utilización internacional, llevada a cabo mediante el turismo reproductivo que es, sin duda, el efecto directo que despliega esta práctica en España, y al que también atenderemos en este trabajo. Asimismo, revisaremos el concepto de gestación por sustitución y sus principales características. Daremos especial atención a la regulación de la misma por el ordenamiento jurídico, y la escasa jurisprudencia al respecto, a su vez discordante con las soluciones ofrecidas por la Dirección General de registros y del notariado. También, analizaremos algunas de las distintas legislaciones europeas y estadounidenses que han hecho frente a esta realidad, regulándola jurídicamente. Para concluir, expondremos los argumentos más actuales en contra y a favor de esta técnica reproductiva.

En definitiva, lo que se ha entendido tradicionalmente como natural está mutando y esto provoca un descompás entre el ordenamiento jurídico y la realidad social y científica, por lo que es necesaria una respuesta del Derecho que revista de seguridad jurídica a las nuevas situaciones derivadas de la gestación por sustitución.

Capítulo 1: El colapso del dogma “*mater semper certa est*”

II.- Familia y filiación en el Derecho Romano

2.1.- La Familia Romana

En este epígrafe vamos a tratar el concepto y características de la Familia Romana. A grandes rasgos, podríamos definirla como el grupo de personas que están sujetas al poder doméstico del *paterfamilias*. Al respecto decía Cicerón: “*Familia est principium urbis et quasi seminarium republicae*” (*La familia es nacimiento de la ciudad y casi semillero o nacimiento de la república*)¹. Por otro lado, Ricardo Panero² insiste en las grandes diferencias que se presentan entre la familia romana primitiva y la actual, indicando que estas solo se acercan ligeramente en la última etapa del imperio romano. Él mismo apoya el carácter universal de la institución familiar. A su vez, Savigny³ considera que existe un Derecho Familiar romano, y lo define como: “*el conjunto de normas que regula la institución familiar; cuyas partes constitutivas son el parentesco, la patria potestad y el matrimonio.*” En contraposición a esto, Samper⁴ afirma que no podemos referirnos a la Familia Romana como una institución jurídica, sino social, pues la misma no es merecedora por sí sola de un “*responsum jurisprudential*” y, por esto, no cabe la posibilidad de referirnos a un Derecho de familia propiamente dicho⁵.

¹ROBLES VELASCO, Luis. “Unidades didácticas de Derecho Romano Privado”. Editorial Tirant Lo Blanch 2010, p.186.

²PANERO GUTIÉRREZ, Ricardo “El Derecho Romano”. Editorial Tirant lo Blanch. ed: 2000. p. 244.

³NIZAMA VALLADOLID, Medardo. “La Familia en el Derecho Romano y en el Orden normativo actual”, en:Revista Jurídica “Doctentia et Investigatio”. Facultad de Derecho U.N.M.S.M, Vol. 11, 25/12/09, p. 3.

⁴SAMPER POLO, Francisco, Derecho Romano, 2 ed, Santiago, Chile, Editorial Universidad Católica de Chile. p.189.

⁵ El Derecho Romano clásico es casuístico, y aunque se mantiene tal premisa, en la época Justiniana se destaca sistemático.

Cuando hablamos de Familia en Roma, encontramos muchas definiciones para el término. Incluso se puede apreciar una evolución del mismo, según las diferentes etapas. Así pues, podemos entender a la Familia como la *Gens*⁶: es decir, agrupación de familia con antepasado común, sometidas a una misma potestad. O también, *familia stricto sensu*, que se compone por el padre y sus sometidos: mujer, hijos, nietos, esclavos e incluso el conjunto de bienes patrimoniales de la familia.

En este sentido, debemos traer a colación dos citas importantísimas: por un lado, Ulpiano⁷ manifiesta que “*Llamamos familia a muchas personas que o por su naturaleza o de derecho, están sujetos a la potestad de uno solo*”. Por otro, Justiniano⁸ nos recuerda que “*...aquel que nace de ti y de tu mujer, está bajo tu potestad: del mismo modo el que nace de tu hijo y de su mujer, tu nieto o nieta, y también el biznieto o biznieta, y así sucesivamente*”. Ciertamente, si algo podemos apreciar, es que la familia romana es patriarcal, debido a que gira en torno a un jefe de familia, necesariamente varón, que debe ser ascendiente por línea masculina, conocido como *Paterfamilias*, sobre el cuál se articula la familia romana, y es el encargado de guiar y dirigir al grupo. Las personas sometidas al *pater* se conocen como *alieni iuris*, mientras las que no lo están serán *sui iuris*. El *Paterfamilias* debía cumplir dos condiciones: no estar sometido y tener capacidad de ejercer poder tanto sobre hombres libres como siervos, cualidad posible únicamente en el varón. La mujer posee la capacidad de ejercer poder dominical sobre cosas o esclavos, pudiéndonos encontrar ante una mujer independiente, *sui iuris*, pero que a su vez sería “*finis familiae*”.⁹

El *paterfamilias*¹⁰ gozaba de poderes absolutos en el orden político, económico y religioso, y es que según Séneca: <<*Nuestros mayores consideraron la casa como una anti-*

⁶NIZAMA VALLADOLID, Medardo. “La Familia en el Derecho Romano...”, Ob.cit: p. 2.

⁷Ulpiano. D.50.16.195.2, Libro XLVI.

⁸SAMPER POLO, Francisco, Derecho Romano. Ob.cit: p 190 -191.

⁹BLANCH NOUGÉS, Juan Manuel, “La Filiación en el pensamiento jurídico romano: UERITATI, LOCUM SUPERFORE.”. Catedrático de Derecho Romano, Universidad San Pablo CEU. p. 6.

¹⁰IGLESIAS REDONDO, Juan, “Derecho Romano- Historia e Instituciones.” en: Editorial Sello. p 352.

gua república>>. En este sentido, también encontramos la teoría brindada por Bonfante¹¹, en la que el *paterfamilias* es titular de una potestad omnímoda frente a la familia, entendida como un micro-estado; configurándose autónomamente como órgano de gobierno de la familia, pero no independientemente, pues su autonomía era funcional e institucional.

Como hemos manifestado, el poder que ejercía sobre las personas libres y no libres de la casa a él sometidas era cuasi-plenipotenciario, pues la vida de la familia es regulada por el *paterfamilias* de modo soberano, este se asemeja al poder que tenía el magistrado sobre los *cives*. Dicho poder era típico de la época arcaica y se denominaba *potestas*, la cual, a su vez, se llamaba *Manus* si recaía sobre el cónyuge, *patria potestas* sobre los hijos o descendientes, tanto biológicos como adoptados, *dominica potestas* sobre los esclavos, *dominium* sobre los bienes, *mancipium* sobre los ciudadanos romanos entregados como siervos al *pater* y *patronatus* sobre emancipados, manumitidos y clientes. Cabe destacar que la *patria potestas* facultaba y otorgaba al *paterfamilias*, ciertos derechos sobre sus hijos, como el derecho a la vida o muerte de los mismos (*Ius vitae necisque*), el derecho a venderlos como esclavos (*Ius vendendi*), el derecho a entregar a su hijo para que pague con sus servicios el daño que haya sido causado (*Ius noxae dedendi*) o incluso el derecho de abandono¹² de los hijos recién nacidos (*Ius exponendi*)¹³.

En relación a estos derechos podemos apreciar que se consideran como agentes patrimoniales a los miembros de la familia que actúan en beneficio del *pater*. Estos están sometidos a una potestad perpetua que no finaliza cuando alcanzan la plena capacidad intelectual, porque es justo en ese momento cuando comienzan a ser más útiles para el *pater*. De

¹¹BLANCH NOUGÉS, Juan Manuel, "La Filiación en el pensamiento...". Ob.cit: p. 4- La teoría de Bonfante, sabemos que esta superada, mediante la teoría *Iuspublicista de la Familia*.

¹²"La *expositio* o abandono de los hijos, tanto matrimoniales como extramatrimoniales, era una de las facultades otorgadas al *pater* mediante la *patria potestas*, de esta forma podía abandonarlo o venderlo, e incluso tenía derecho a matarlo (*Ius vitae necisque*). Estos derechos surgieron en la época de Romulo, manteniéndose hasta la época imperial, en la cual decayó el *Ius vitae necisque*"- SANSÓN RGUEZ, M^a VICTORIA. " La Posesión constante del Estado de Hijo Legítimo". en: Estudios de Derecho Romano, en memoria de Benito M^a Reimundo Yanes. pp 473-475.

¹³BENEDITO MORANT, Vicente, "La atribución y determinación de la filiación, confluencias y divergencias de los ordenamientos civil y canónico." Programa de Doctorado en Derecho: Universidad de Barcelona, Tesis Doctoral 2016. p. 31.

esta forma, podemos darnos cuenta que en la Roma de la época no era cuestión relevante para la *patria potestas* el cumplimiento de una edad determinada. Según Ulpiano (D.1.6,4): ‘*Patres familiarum sunt, qui sunt suae potestatis siue puberes siue impuberes*’ (Son cabeza de familia los independientes, tanto púberes como impúberes). En la inoperancia de la edad para la independencia, hallamos una de las muchas diferencias entre el jefe de familia romano y el padre de familia moderno¹⁴.

Martínez-Díez¹⁵ señala: ‘*La potestad del paterfamilias era en un principio prácticamente plena e ilimitada aunque más tarde fuera suavizada...Por lo tanto, el bien del menor no era un fin de la potestad paterna en sí mismo*’

Llegados a este punto, sería conveniente destacar las posturas más interesantes en relación con la familia romana, que nos ayudan a comprender como funcionaba esta institución:

- Eugene Petit¹⁶, la define desde una dualidad, por un lado, la entiende como *una reunión de personas colocadas bajo la autoridad o la manus de un jefe único*, y por otro, entiende que la familia comprende al *pater* y los demás sujetos con los que tenga un parentesco agnaticio, que se mantiene aun habiendo fallecido el *pater*:
- Para Samper¹⁷, la familia romana venía a ser ‘*el conjunto de bienes que integran un patrimonio*’; su definición va en sentido patrimonial, aunque la reforzaba complementándola con la siguiente afirmación: ‘*es el concepto según el cual se designa al conjunto de personas sometidas a un jefe o paterfamilias, y muy particularmente, a las que entre éstas gozan de libertad.*’

¹⁴En este sentido: SAMPER POLO, Francisco, “Der. Romano”. Ob.cit: p 191-192 y BLANCH NOUGÉS, Juan Manuel, “La filiación...”. Ob. cit: p 5 - Tener en cuenta las instituciones de emancipación y la adopción ponían fin a la *patria potestas del pater* sobre el sujeto emancipado, y del adoptado.

¹⁵MARTÍNEZ DÍEZ, Gonzalo. “la Filiación en el Derecho Histórico Español”, en: Simposio sobre Paterinidad y filiación, Organizado por: Institució Alfons el Magnànim y Institució Valenciana de Estudis i Investigació, Valencia 1985, pp. 70 y 71.

¹⁶MUÑOZ BONACIC. Gabriel. “EVOLUCIÓN DEL CONCEPTO FAMILIA Y SU RECEPCIÓN EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO”- Tesis Doctoral 2014, Facultad de Derecho de Chile. p. 33.

¹⁷SAMPER POLO, Francisco. “Der. Romano”. Ob. cit: p. 189.

- Iglesias¹⁸ la define como la célula primaria de la sociedad romana, entendida como organismo político que no se recoge por documentos, pero que viene a ser una comunidad articulada en torno al *paterfamilias*, al cual se someten por igual persona y cosas. De este modo, considera que el vínculo que une a los individuos con el *pater* no tiene su fundamento en la sangre, sino en el sometimiento a una misma autoridad.

Tras esta explicación sobre la Familia romana, debemos hacer referencia a los dos tipos descritos por Ulpiano (D. 50.16.195.2) según el parentesco existente:

- *Familia proprio iure*: “por derecho propio llamamos familia al conjunto de personas que, por naturaleza, están bajo una misma potestad”.
- *Familia communi iure*: “a la que por derecho común llamamos familia, y está formada por todos los agnados, porque, aunque al morir el cabeza de familia cada uno tiene su propia familia, todos los que estuvieron sometidos a una misma potestad serán propiamente considerados de la misma familia”¹⁹.

En la primera etapa romana, se entendía que el parentesco tenía su razón de ser en el vínculo agnaticio, aquel que se origina por las relaciones basadas en la patria potestad, propio del *ius civile*. Más tarde, debido al *ius honorarium*,²⁰ se complementó con el parentesco cognaticio o de sangre. El primero es en el que se funda la *familia proprio iure*, y resulta exclusivo del varón que se constituía como *paterfamilias*. El segundo, era el único parentesco existente respecto de la madre²¹.

¹⁸IGLESIAS, Juan, “Der. Rom: Historia...”. Ob. Cit: pp 13-14.

¹⁹IGLESIAS, Juan, “Der. Rom: Historia...”. Ob. Cit: p 351.

²⁰*Ius honorario*: aquel que provenía de los edictos de los magistrados, y que empleaban para la jurisdicción, el cual en la época adrianea se plasmó en el *edictum perpetuum*.

²¹IGLESIAS, Juan. “Der.Rom:Historia...” Ob.Cit: 352.

Siguiendo el criterio del parentesco, debemos aclarar que, en la época de Justiniano, la filiación²² se clasificó según el tipo de unión que tuvieran los padres²³:

- Hijos legítimos: los que provenían *iustae nuptiae*²⁴
- Hijos naturales: aquellos que nacían de un concubinato que no se legalizaba o se prohibía legalizar.
- Hijos *spurii o vulgo conceptii*: derivaban de una unión que no se podía asimilar al matrimonio, por *tanto*, aquellos sin padre conocido.

La filiación definía los derechos que tendrían los hijos respecto de los padres. A los hijos legítimos se les otorgaba la condición civil del padre (en el momento de la concepción) y quedaban bajo su patria potestad entre otros derechos. Los naturales seguían la condición civil de la madre (en el momento del nacimiento) y tenían derechos hereditarios de ésta siempre y cuando no fuera ilustre. Los *spurii* seguían la condición civil de la madre con derecho únicamente a ser alimentados por un periodo.

La filiación, a su vez, determinaba la condición de ciudadano romano. La *Lex Minicia*²⁵ disponía: “*el que naciera de la unión de ciudadano romano y peregrino*²⁶, ostentará la ciudadanía del peregrino por tanto sus relaciones se regirán por el *Ius Gentium*, salvo que el peregrino estuviera en posesión del derecho que otorgaba el *Ius conubium proprio de los ciudadanos latinos*”²⁷.

²²Filiación: (es el vínculo de procreación del que se derivan los efectos jurídicos, supone una relación jurídica entre los progenitores y su descendencia, en Roma no se habla de filiación legítima o ilegítima, pero sí de categorías de hijos)-ALVARADO CHACÓN, Joaquín. “La filiación en el Derecho Romano”; en: Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, nº 5, 2009. ISSN 1856-7878. p 68.

²³ En las épocas anteriores, solo se diferenció entre legítimos y *spurii*.

²⁴*Iusta nuptiae*: matrimonio válido. Modestino(D.23.2.1:el matrimonio, *nuptiae*, es una unión de un hombre y una mujer; una comunidad para toda la vida, y una puesta en común del derecho divino y del derecho humano) . Justiniano(el matrimonio es la unión de un hombre y una mujer que comporta una vida en común) - Fernández de Buján, Antonio. “Derecho Romano”. Editorial Thomson Aranzadi, 2017. p 172.

²⁵ La *Lex Minicia* se empleó desde la etapa clásica , continuando su uso en la época Justiniana.

²⁶ Ver Gayo instituciones 1,78 y 79.

²⁷BRAVO JIMENEZ, Salvador. “Sobre el matrimonio entre hispanas y romanos: Cicerón, de Oratore, I, 40, 183”. en: Euphoros, UNED, 2006. p 16.

Para poder determinar la filiación se empleaba el método del reconocimiento, el cual se llevó a cabo mediante diferentes formas y rituales a lo largo de la historia romana:

- Inicialmente se utilizó el acto de *Tollere Liberum*²⁸. Se realizaba a los pocos días del alumbramiento, con posterioridad a la purificación tras el parto y antes de la primera toma de alimento por el neonato. Sobre dicho ritual hubo controversias por parte de la doctrina debido a que no se tuvo certeza sobre si fue un acto de reconocimiento por el que se acogía el neonato a la patria potestad del paterfamilias o simplemente venía a ser una ceremonia religiosa de la época. Por tanto, podemos afirmar que no tuvo una plena eficacia como acto de reconocimiento²⁹.
- Durante la etapa de Augusto, se diferenció el procedimiento para reconocer a los hijos. Los legítimos se reconocían mediante *profesiones*³⁰ y los ilegítimos, por *testationes*³¹.
- Más adelante, durante el gobierno de Marco Aurelio, se estableció la obligación de reconocer a los hijos frente a la curia. Tal reconocimiento terminó consistiendo en presunciones de la paternidad derivadas del matrimonio, aplicándose además el método de plazos de *Hipócrates*³² para el caso de que hubiera disolución del matrimonio, entre otros supuestos³³.

Una vez señalados los tipos de reconocimientos, en la época postclásica y justiniana, se crean vías para determinar la legitimación de los hijos, las cuales se clasifican por la doctrina de la siguiente forma:

²⁸ Tollere liberum: ritual consistente en colocar al bebé en el suelo para que el padre lo levantara.

²⁹ BLANCH NOUGÉS, Juan Manuel, "La filiación...". Ob. cit: pp 12-14.

³⁰ *Profesiones*: "servían para inscribir a los hijos legítimos en el registro, y eran declaraciones del nacimiento hechas por el padre, madre, abuelo o por representante en los treinta días siguientes al mismo, ante el magistrado".-SANSÓN RGUEZ, M^a VICTORIA. " La Posesión constante del Estado de Hijo Legítimo". Ob. cit. 489-490.

³¹ *Testationes*: "Los hijos ilegítimos no tenían acceso al registro, y para acreditar documentalmente el nacimiento, se empleaban las testationes que eran documentos privados hechos por escribanos no oficiales que reflejaban la declaración privada hecha por los padres o la madre, ante testigos."-SANSÓN RGUEZ, M^a VICTORIA. " La Posesión constante del Estado de Hijo Legítimo". Ob. cit. pp 489-490.

³² Ulpiano D.38.16.3.11 y Ulpiano D.38.16.3.12.

³³ BENEDITO MORANT, Vicente, "La atribución...". Ob.Cit: p 35.

- *Per subsequens matrimonium* (“por posterior matrimonio”): consiste en la exigencia a la pareja de contraer matrimonio, para así legitimar al hijo tenido en concubinato (siempre que no existiera impedimento para el mismo, y si el hijo era mayor de edad debía prestar su consentimiento). Este tipo de reconocimiento o legitimación tenía eficacia plena, y reconocía plenamente al hijo los derechos sucesorios.
- *Per oblationem curiae* (“por ofrecimiento a la curia”): se crea por Teodosio, y consistía en el reconocimiento de los hijos ilegítimos por el *pater*. Mediante esta vía, *el pater* podía ofrecer a su hijo a la curia, con una asignación de bienes para su sustento o, en el caso de que fuera una hija, casarla con un decurión, atribuyéndole una dote. La relación que se legitimaba era solo del hijo con el *pater* y no con el resto de la familia.
- *Per rescriptum principis* (“por rescripto del príncipe”): propia en la época de Justiniano, tenía lugar cuando no cabía la legitimación por posterior matrimonio, o para aquellos casos en que los hijos ilegítimos quedaban huérfanos de madre; se posibilitaba al padre reconocerlos como legítimos siempre y cuando no existieran ya hijos legítimos. La eficacia respecto a los derechos de este hijo serían los mismos que tendría en caso de haber nacido por *Iustae nuptiae*³⁴.

En relación con la legitimación, cabe resaltar que en la época de Augusto se vivió una apatía por el matrimonio que provocó un desuso del mismo, y que le condujo a promulgar la *Lex Papia Poppaea* y la *Lex Iulia de Maritandis Ordinibus* que incentivaban a los hombres a contraer matrimonio, condenando la castidad. De esta forma, los varones casados podían acceder a lugares privilegiados en los juegos y ceremonias públicas por encima de los solteros. El motivo de dichas leyes fue conservar la estructura social familiar y la clase senatorial vigente, garantizándola mediante el nacimiento de hijos legítimos. Sin embargo, esto no ayudó a que aumentaran los matrimonios y en la época Justiniana apenas quedaban esbozos de la aplicación de estas leyes. Por ello, fueron de gran

³⁴En este sentido: BLANCH NOUGÉS, Juan Manuel, “La filiación...”. Ob. cit: pp 19-20 y BENEDITO MORANT, Vicente, “La atribución...”. Ob.Cit: p.34-35.

ayuda y servicio, los métodos de legitimación anteriormente explicados, pues prácticamente las uniones se basaron en el concubinato³⁵.

En definitiva, con todo lo expuesto constatamos que lo importante en la época romana era la búsqueda de la verdad en la filiación legítima. Todos los sistemas tenían como fin la búsqueda de la verdad real, auténtica y biológica. Para ello, se aplicaba la regla *Pater/filius ist est* (Principio de veracidad biológica)³⁶, siempre que hubiera indicios sobre la paternidad, mientras no existieran impedimentos que determinaran que estos indicios no se correspondían con la verdad biológica. Asimismo, podemos recordar el sistema de impugnación de la paternidad previsto por Ulpiano (D.1.6.6) o incluso las afirmaciones que encontramos referidas a que, en caso de duda, la paternidad marital debe buscarse investigando la verdad.

i.- Agnación, Cognación y afinidad

Robles Velasco³⁷ entiende el *status familiae*³⁸ como la condición de ser miembro o de pertenecer a una familia. El *status Familiae* se ha venido identificando con el parentesco agnaticio, o por agnación, que primó como vínculo familiar en la Roma primitiva y que consistía en el lazo jurídico que une a los parientes por línea masculina, es decir, a todas las personas que se encuentran bajo la potestad del mismo *pater* o que se encontrarían si este no hubiera fallecido³⁹. Este parentesco surge con el matrimonio romano legítimo como norma general y se engloban dentro del mismo los siguientes sujetos: el *pater*, la mujer del *pater*, cuando exista *iustae nuptiae*, los descendientes legítimos varones, los

³⁵MUÑOZ CATALÁN, Elisa. "Las uniones extramatrimoniales ante la falta de conubium: fundamento jurídico de los impedimentos matrimoniales en la Roma clásica". Programa de Doctorado Universidad de Huelva, Tesis doctoral 2013. pp 212-215.

³⁶ "El principio de veracidad biológica, apoyado por Escévola, determina que no solo deben existir indicios respecto la paternidad, como puede ser la convivencia de los cónyuges, sino que además, no debe haber prueba en contrario, que genere impedimento para la misma, como por ejemplo: impotencia. En tal caso, no cabría aplicar la regla *Pater/filius is est*." -SANSÓN RGUEZ, M^a VICTORIA. "La Posesión constante del Estado de Hijo Legítimo". Ob. cit. pp 485-486.

³⁷ROBLES VELASCO, Luis. "Unidades didácticas..". Ob.Cit: p 176.

³⁸*Status Familiae*: aunque en Roma solo se regulara como *Status*, que se define como situación jurídica, actualmente muchos estudiosos con fines didácticos emplean la distinción de *status familiae*, *status libertatis* y *status civitatis*.

³⁹MUÑOZ BONACIC. Gabriel. "EVOLUCIÓN DEL CONCEPTO..." Ob.Cit: p 36.

biznietos y biznietas legítimos, así como los que entraran en la familia por adopción o *adrogatio*⁴⁰.

Samper⁴¹ manifiesta que el vínculo agnaticio se designa por línea y por grado: es en línea recta cuando va de ascendientes a descendientes y al revés (padre a hijo) o colateral cuando es necesario remitirse a un antepasado común para definir el parentesco (hermanos). Asimismo los grados van en función del número de generaciones que deben contarse entre dos personas. Por ejemplo, en primer grado serían padre e hijo y en tercer grado tíos y sobrinos. Cabe destacar que la madre (*mujer in manu*) no se encuentra entre los agnados en línea recta de primer grado como es en la actualidad, sino en línea colateral en la posición de los hermanos debido a que está bajo la potestad del *pater*. En este orden, el parentesco agnaticio relaciona a la mujer *in manu* con su marido y no con su padre natural, y al hijo que se ha emancipado del *pater* le desvincula del mismo, e incluso rompe los lazos agnaticios con los otros hijos no emancipados.

El parentesco agnaticio predominó en la primera etapa romana, y el cognaticio no tuvo mucha relevancia al principio, sirviendo únicamente en materia de impedimentos matrimoniales⁴². Sin embargo, más tarde, bajo el mandato de Justiniano, el parentesco cognaticio se proclamó como el verdadero parentesco sustituyendo al anterior, incluso en materia hereditaria. La familia cognaticia, es aquella en la que las personas están unidas exclusivamente por vínculos de sangre, por tanto, es un lazo puramente biológico, enlaza a los hijos tanto con el padre como con la madre, y va por grados además de en línea recta o colateral⁴³.

Existían otras formas de parentesco en aquella época, a las que podemos referirnos como la afinidad y la gentilidad. La primera iba en relación con los parientes *cognati* del otro cónyuge y era importante en materia de impedimentos matrimoniales, así como para valorar la idoneidad de ciertas personas en relación con las liberalidades que recibían de

⁴⁰ROBLES VELASCO, Luis. "Unidades didácticas..". Ob.Cit: p 187.

⁴¹SAMPER POLO, Francisco, "Der. Romano". Ob.cit: p 195-196.

⁴²ROBLES VELASCO, Luis. "Unidades didácticas..". Ob.Cit: p 187.

⁴³MUÑOZ BONACIC. Gabriel. "EVOLUCIÓN DEL CONCEPTO..." Ob.Cit: p 37

otras⁴⁴. Por su parte, la gentilidad estaba desprovista de valor práctico y venía a ser una institución histórica, consistente en grupos de familias ligadas por un antiguo vínculo de agnación, especialmente manifestado en el nombre común que aquéllas llevaban (*Nomen Gentilicium*)⁴⁵. -Gayo *Instituciones I, 60, ss.*

ii.-Modos de entrar en la Familia

Anteriormente, hemos descrito el funcionamiento de la familia romana, su estructura patriarcal, la filiación y los métodos para determinarla. Sin embargo, todos se remiten al hecho del nacimiento, ya que la principal forma de ser parte de la familia romana es naciendo *de iustae nuptiae*. El hijo concebido así es el *iustus*⁴⁶, nacido 180 días después del matrimonio y antes de 300 de su disolución. Como añade Iglesias⁴⁷, en el derecho clásico, también se conocía a estos hijos como *filiis naturales*. No obstante, a pesar de que el nacimiento sea el modo normal de entrar en la familia romana, no quiere decir que sea el único; hay otras opciones:

- **Adopción:** acto jurídico que consiste en que un extraño ingresa en la familia como *filius*, distinguiéndose entre adopción o adrogatio dependiendo de si el adoptado es *aliene iuris* o *sui iuris*. Para justificar la existencia de esta institución en el derecho Romano debemos acudir a las XII Tablas, así como a la jurisprudencia pontifical. En este sentido, Gayo 1.92 '*Non solum tamen naturales liberi secundum ea quae diximus in potestate nostra sunt, uerum et hi, quos adoptamus*' (*No sólo los hijos naturales, según lo que dijimos, recaen bajo nuestra potestad, sino también los adoptados*), por lo que podemos entender que la adopción produce sobre los individuos, objetos de la misma, derechos iguales a los de los hijos biológicos, hasta el punto de que los hijos adoptivos se conviertan en agnados y cognados con los demás hermanos y parientes, otorgándoles derechos sucesorios plenos. Ulpiano (D.38.16.2.3) manifiesta '*Parui aute refert, adgnatus*

⁴⁴IGLESIAS, Juan, "Der. Rom: Historia...". Ob. Cit: p 357.

⁴⁵ROBLES VELASCO, Luis. "Unidades didácticas..". Ob.Cit: p 186.

⁴⁶IGLESIAS, Juan, "Der. Rom: Historia...". Ob. Cit: p 351.

⁴⁷IGLESIAS, Juan, "Der. Rom: Historia...". Ob. Cit: p 352.

hic natiuitate an adoptione sit quaesitus: nam qui adoptatur isdem fit adgnatus, quibus pater ipsius fuit, te legitimam eorum hereditatem habebit uel ipsi eius' (Poco importa que el agnado lo sea por nacimiento o adopción, pues el adoptado se convierte en agnado de aquellos que con respecto a él tuvieron su mismo padre, y obtendrá la herencia legítima de ellos o ellos la de él)⁴⁸

Iglesias, nos explica cómo va evolucionando el fenómeno de la adopción. Inicialmente fue un acto por el que te unías de pleno derecho a la nueva familia, desvinculándote de la originaria, con fundamento en los principios inspiradores de la familia agnaticia. Posteriormente, se moldeó por la influencia de las normas de la familia natural, manteniendo el adoptado su antiguo *nomen* y conservando derechos o relaciones de tipo público⁴⁹. Fue significativo en el acto jurídico de la adopción la necesidad de que el adoptante fuera mayor que el adoptado, justificándose esto en que los hijos naturales siempre serán menores que los padres, tal es así, que Modestino (discípulo de Ulpiano) exige que la diferencia sea de al menos 18 años (D.1.7.40)⁵⁰. En el derecho justinianeo, el procedimiento de adopción se simplificó. El futuro adoptado y su adoptante, así como su antiguo *pater* acudían a la autoridad judicial competente para manifestar sus intenciones, no siendo necesario el consentimiento del adoptado, siempre que este no se opusiera. Así lo recogen las Instituciones de Justiniano (1.11.4): '*adoptio naturam imitatur'* (la adopción imita la naturaleza)⁵¹

Justiniano prevé dos clases de adopción, la *adoptio plena*, que como la clásica, produce la desvinculación del *filius* de su familia originaria, así como el traslado de la patria potestad al nuevo *pater*, quedando excluidas las mujeres de esta práctica, y la *adoptio minus plena*, que sí podía llevarse a cabo por mujeres y transfería derechos de sucesión, sin alterar la *patria potestas* del *pater* natural⁵².

⁴⁸BLANCH NOUGÉS, Juan Manuel, "La filiación...". Ob. cit: p 9.

⁴⁹IGLESIAS, Juan, "Der. Rom: Historia...". Ob. Cit: p 353.

⁵⁰BLANCH NOUGÉS, Juan Manuel, "La filiación...". Ob. cit: p 11.

⁵¹BLANCH NOUGÉS, Juan Manuel, "La filiación...". Ob. cit: p 11.

⁵²IGLESIAS, Juan, "Der. Rom: Historia...". Ob. Cit: p 354.

La *adrogatio*, implica la absorción de una familia por otra. El arrogado, que es *sui iuris*, sufre una *capitis deminutio*, que le convierte en *alieni iuris*, así pues, este y los sometidos a su voluntad entran bajo la patria potestad del arrogante, que además adquiere su entero patrimonio. Este procedimiento tenía lugar ante una asamblea popular presidida por el pontífice, suponiendo la aceptación del adrogante y adrogado a tal proceso, y la renuncia a la anterior familia por el adrogado. Viene a ser una sucesión universal intervivos, afirma Iglesias⁵³, y a diferencia de la adopción, la *arrogatio* estaba cubierta de formalidades y garantías que fueron evolucionando a lo largo de las diferentes etapas romanas.

En la actualidad, la adopción mantiene los rasgos esenciales de la contemplada en el derecho romano. Esta se entiende como una de las formas de establecer la relación paterno filial, y pasar a formar parte de una familia, adquiriendo una nueva filiación, suponiendo la ruptura de vínculos personales, familiares y jurídicos, entre el hijo adoptivo y sus padres biológicos. Dando lugar al nacimiento de derechos y obligaciones entre los padres y los hijos adoptivos, idénticos a los surgidos por la filiación biológica. Esta institución en el derecho español, a diferencia de la prevista en Roma, vela por el interés superior del menor (*principio favor filii*), hallando su fundamento en el mismo.

- ***Conventio in manu***: acto por el que la mujer entraba en la familia del marido, desvinculándose de los lazos con su familia originaria, y colocándose en el lugar de hija (*filiae loco*) si su marido es el *pater familia*, o *neptis loco* (nieta) si es el marido el que se encuentra bajo la potestad de su padre. Tal acto podía tener lugar de tres formas: por *confaeratio* (ceremonia religiosa), la *coemptio* (compra fingida de la mujer) o el *Usus* (que es la usucapión o adquisición por la posesión sobre la misma)⁵⁴.

De todo lo visto en este primer capítulo, referido a la Familia Romana, concluimos que nuestra realidad actual dista del panorama que nos preexistió, sobre todo la estructura

⁵³IGLESIAS, Juan, "Der. Rom: Historia...". Ob. Cit: p 354-355.

⁵⁴IGLESIAS, Juan, "Der. Rom: Historia...". Ob. Cit: p 356-357.

patriarcal de dicha sociedad que provoca el sometimiento de la mujer y que, ésta sea prácticamente irrelevante en el contexto familiar, siendo únicamente necesaria para la procreación. La sociedad española moderna no surge de la nada, sino de años de evolución, y se sustenta sobre los siglos de historia que nos permitieron avanzar desde la realidad romana a la vigente.

La familia española actual no tiene una definición concreta o exclusiva, sino que podemos diferenciar modalidades de familia (monoparentales, reconstituidas, adoptivas, homosexuales), donde todas y cada una son perfectamente válidas y se respetan los derechos previstos constitucionalmente, especialmente el de la Igualdad, del artículo 14 de la Constitución Española (CE), donde hombres, mujeres y niños tienen posibilidades equitativas, sin que sea posible un servicio o sometimiento coercitivo de los miembros de la familia a favor de uno superior (*paterfamilias*). En el derecho moderno, el padre y la madre se encuentran en un mismo plano de derechos y potestades sobre los hijos, y la familia se enfoca atendiendo siempre al interés superior del menor (principio *favor filii*). Además, no existe ya la referida *patria potestas del pater* como se entendía en Roma, sino que la patria potestad actual se entiende como “*el conjunto de derechos que la Ley concede a los padres sobre la persona y sobre los bienes de sus hijos en tanto son menores y no emancipados, para facilitar el cumplimiento de los deberes de sostenimiento y de educación que pesan sobre dichos padres; y constituye una relación central de la que irradian multitud de derechos y deberes, instituidos todos, no en interés del titular, sino en el del menor*”, como señala la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de abril de 1975, y se regula en nuestro derecho positivo en el artículo (art.) 39.2 y 3 de la CE.

III.-Determinación de la Filiación materna: “*Mater semper certa est*”

3.1.- La Maternidad y la coexistencia de Maternidades

El objetivo principal de este epígrafe es reflejar la situación en la que se encuentra la maternidad, que fue una realidad indiscutida durante siglos y que hoy nos plantea cuestiones de alta complejidad social (la maternidad por sustitución). Lo que siempre se reveló como Maternidad igual a parto, hoy no es así, superando la idea de que la maternidad derive únicamente de la unión entre gametos femeninos y masculinos, tras el acto sexual.⁵⁵

No debemos olvidar, que la maternidad desde el punto de vista sociológico debe analizarse desde varias perspectivas, como pueden ser la etimológica, la biológica o incluso, la jurídica⁵⁶. En Roma, se empleó el término “*materfamilias*” para denominar a la mujer del *pater*, y desde entonces, la maternidad se refirió a las mujeres que daban a luz. El matrimonio con un *paterfamilias* no otorgaba a la mujer romana un status equitativo en el núcleo familiar, sino que la definía como madre de sus hijos legítimos. El principal papel de las mujeres romanas era ser madres y proporcionar hijos varones al *pater* para que continuaran la línea sucesoria⁵⁷.

Actualmente, podemos hablar de coexistencia de maternidades, que surgen de un mismo concepto. Según sea el factor genético, el vínculo afectivo que se crea, o incluso la voluntad de dar a luz a un niño, podemos destacar una u otra noción. Así vislumbramos distintas acepciones para la figura de la maternidad:

- *Maternidad genética: mujer que es fecundada, ya sea por relación sexual o por inseminación artificial y de la que nace una criatura*⁵⁸.

⁵⁵RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco. “¿*Mater semper certa est*? Problemas de la determinación de la maternidad en el Ordenamiento Jurídico Español.” p 14.

⁵⁶Jurídicamente: la maternidad es la institución legal de la filiación, es decir, un lazo natural y jurídico que une a los descendientes con su progenitora femenina, por causas naturales o por ficción de la ley (adopción).

⁵⁷CID LOPEZ, Rosa María. “*Madres y maternidades, construcciones culturales en la civilización clásica*”. en: Krk ediciones, Oviedo 2009. p 187.

⁵⁸DUARTE THER, Rosset Judith. “La maternidad en el código civil chileno”. en: Universidad de Chile, memoria para optar a la licenciatura en Ciencias Jurídicas y sociales. p. 1-4. Fuente: Salsedo Paulina, Silvia. “Arrendimiento de útero”, Edit. Jurídica Conosur, 1996.

- *Maternidad gestacional: denomina a la mujer en cuyo útero se ha desarrollado el embrión*⁵⁹.
- *Maternidad afectiva: aquella en la que se desarrolla un vínculo afectivo entre la mujer y el niño, propio de la filiación, sin necesidad de que haya vínculo biológico*⁶⁰.
- *Maternidad procreacional: mujer en la que nace un deseo o voluntad de engendrar una criatura, incluso sin la capacidad de poder hacerlo*⁶¹.
- *Maternidad Jurídica: es la mujer que se entiende como madre de una criatura a todos los efectos legales*⁶².
- *Maternidad biológica: es la que aporta el óvulo que se va a fecundar para que nazca la criatura, por tanto, la madre genética y las gestaciones serán en todo caso biológicas*⁶³.

Esta coexistencia, tiene lugar gracias a los avances científicos en técnicas de reproducción asistida, que son los que permiten la posibilidad de que hoy existan tales situaciones de maternidad disociadas, es decir, que una madre sea la gestacional y otra la genética, tal y como sucede con la gestación subrogada.

En la época romana, no cabía tal posibilidad, y la maternidad concurría en todas sus vertientes en la misma mujer. Sin embargo, hoy la maternidad no tiene por qué ser exclusiva de un solo sujeto, ya que puede ser compartida en relación a sus diferentes facetas. Es por esto que debemos hacernos eco de la reflexión planteada por Cristina Palomar Vereá⁶⁴ que presenta la maternidad: *“como una práctica en movimiento cuya fenomenología y cuyo sentido se modifican conforme el contexto se va transformando. Las madres tienen una historia y, por lo tanto, la maternidad ya no puede verse como un hecho natural,*

⁵⁹Idem.

⁶⁰Idem.

⁶¹Idem.

⁶²Idem.

⁶³Idem.

⁶⁴PALOMAR VEREA, Cristina. “ Maternidad: Historia y Cultura”. en: Dialnet, revista La ventana, nº 22, de 2005. p 40.

atemporal y universal, sino como una parte de la cultura en evolución continua". La maternidad, en los tiempos en que vivimos, no es ni siquiera competencia exclusiva de las mujeres, pues también se lleva a cabo por progenitores de sexo masculino, como puede ser en el caso de las parejas homosexuales; como ejemplo, la película *"La otra familia"*, de Gustavo Loza (2011)⁶⁵

Volviendo a nuestros orígenes, en palabras de Rosa María Cid López,⁶⁶ la maternidad en Roma se reviste de un recelo por la parte masculina, que surge del no poder concebir. Esto da lugar a la creación de un discurso, que se justifica en la capacidad de dar a luz, como causa de sometimiento al hombre. Por lo que se entiende que las madres están subordinadas al marido en la procreación. La madre y el padre, en aquella época, no estaban en el plano de igualdad en el que se encuentran ahora. Tal es así, que tiene lugar la exigencia de castidad de la mujer, a consecuencia del principio de veracidad biológica, pues era el método para garantizar una descendencia legítima del padre. Este es el sentido del axioma de Paulo recogido en el Digesto, y que hoy día afirmamos como principio: *"mater semper certa est"* (la madre es siempre conocida)⁶⁷. (D.2, 4,5).

El Texto de Paulo donde se plasma la idea, de que la madre siempre es cierta, no va dirigido a resolver problemas de maternidad, sino, en todo caso, a dar solución a una cuestión procesal, refiriéndose a quién puede o no puede ser citado a juicio (*in ius vocatio*)⁶⁸. Aun así, se empleó, ya desde aquella época, para referirse a la certeza que desprende la maternidad. La realidad maternal, no ha creado problemas jurídicos de definición, pues está vinculada siempre al hecho de dar a luz o alumbrar y a la idea de certeza, en palabras de Gacto Fernández⁶⁹: *"constando siempre la identidad de la madre en la*

⁶⁵OROZCO GUZMAN, Mario. "Madres e hijas y nuevas maternidades ". en: Dialnet, La ventana, nº 36, 2012. pp 72-73.

⁶⁶CID LOPEZ, Rosa María. *"Madres y maternidades, construcciones culturales en la civilización clásica"*. en: Krk ediciones, Oviedo 2009. p 157.

⁶⁷ *"Mater semper certa est"*: No fue en Roma un principio propiamente dicho, sin embargo, en la actualidad se emplea como tal.

⁶⁸RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco. *"¿Mater semper certa est? Problemas de la determinación de la maternidad en el Ordenamiento Jurídico Español."* pp 31-3.

⁶⁹Idem.

práctica por el mismo acto del nacimiento, nunca planteará el problema de la incertidumbre la maternidad.”.

En nuestra legislación vemos plasmada tal idea desde la edad media. En esa época, no se reguló la maternidad estrictamente, pero se afirmaba la certeza de la misma: En las partidas⁷⁰, en las Leyes del Toro⁷¹... Por otro lado, García Goyena con su comentario al proyecto legislativo de 1851, se aleja de la presunción *mater semper certa est*, debido al influjo del *Code Napoleónico*, el cual preveía la regulación de acciones para el reconocimiento voluntario de la paternidad y maternidad, con la prohibición expresa de investigación de las mismas respecto a los hijos extramatrimoniales. Dicho comentario, fue el único, que, en virtud de la protección de la reputación de la mujer, alejó la certeza existente entre la maternidad y el parto. Sin embargo, el propio García Goyena, afirmaba la dificultad que acarrea a ésta el no reconocimiento de los hijos, debido al hecho físicamente cierto y susceptible de pruebas, que es el parto⁷². La Ley del Registro Civil de 1870 proclamaba la voluntariedad de reconocer la paternidad en la inscripción de nacimiento del hijo ilegítimo, otorgando esta misma posibilidad a la madre, respecto de su maternidad y contradiciéndose, en su exposición de motivos, al afirmar, que, siendo cierto que existe tal opción para la madre, *“ella siempre es conocida”*. Bien es cierto, que el código civil de 1889, mediante el precepto 136 ya no vigente, dispuso *“La madre estará obligada a reconocer al hijo natural: 2º. Cuando se prueba cumplidamente el hecho del parto y la identidad del hijo.”*

Sin duda, en la realidad actual, sabemos que la madre puede ser o no ser cierta, independientemente del hecho del parto. La ciencia ha dejado al Derecho en la estacada, pues sus últimos avances han creado la posibilidad de una gestación por sustitución, que genera la existencia de diversas maternidades, estando la biológica separada del hecho de la gestación en ocasiones. Tal es así, que encontramos una madre biológica y otra gestante, provocando el colapso del dogma *“mater semper certa est”*, que será lo que nos ocupe en la

⁷⁰ Partida VI, 13,11: *“ Las madres siempre son ciertas de los hijos que nacen de ellas;por esta razón, todos los hijos deben heredar los bienes de su madre”*.

⁷¹RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco. *“¿Mater semper certa est? Problemas de la determinacion de la maternidad en el Ordenamiento Jurídico Español.”* pp 30-33.

⁷²Idem.

segunda parte de este trabajo, y que, en cualquier caso, debemos entender que en nuestra legislación no es una opción. Así se constata en La ley 14/2006 de, 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida (LTRHA), que en su artículo 10 especifica que la gestación por sustitución atenderá a la filiación de los hijos mediante el hecho del parto. Seguimos pues, al amparo de la instrucción Paulina, lo que está causando un caos, pues la superación de la determinación de la maternidad ligada al parto es un hecho.

i.- La Paternidad: *"Pater is est quem nuptiae demonstrant"*.

En este apartado, sería oportuno abordar, la construcción de la paternidad desde la época romana y como se revela en nuestra sociedad. Bien es cierto que la misma siempre estuvo cargada de incertidumbre, porque regresando a las palabras de Paulo (D.2, 4,5) *"Pater veri is est, quem nuptiae demonstrant"*. Esta afirmación se siguió como una presunción que se empleaba para determinar la legitimación de los hijos y otorgarles el *status civitatis*, así como la patria *potestas* al *pater* sobre los mismos⁷³. Pese a que la proposición *"pater is est"*, tuvo su origen en el Derecho romano de la época clásica, lo hemos visto plasmado a lo largo del tiempo en diversas legislaciones; de este modo traemos a colación el artículo 116 del código civil, que demuestra que esta presunción sigue aún presente en nuestra legislación: *"Se presumen hijos del marido los nacidos después de la celebración del matrimonio y antes de los trescientos días siguientes a su disolución o a la separación legal o de hecho de los cónyuges"*. El código civil (CC), también recoge una serie de acciones de impugnación de la paternidad, así como de reclamación de la misma. Con esto se demuestra que la presunción es *Iuris tantum*, por tanto, cabría probarse que otro fuera el padre.

De todo lo expuesto, podemos apreciar que la maternidad se encuentra en un proceso de reconstrucción jurídica necesaria por las exigencias sociales. Sin embargo, la paternidad mantiene su esencia, a diferencia que hoy no podría entenderse como incierta gracias a las pruebas de ADN, empleadas para determinar vínculos cognaticios que son hoy los que se identifican con los previstos en la ley.

⁷³MARTINEZ DE MORENTIN LLAMAS, M. Lourdes. *Régimen Jurídico de las presunciones*. en: DYKINSON, 2007. pp 70-73.

Capítulo 2: La nueva realidad sin legislar: La Maternidad por sustitución

IV.-La Gestación Subrogada, ¿Compatible con el principio paulino?

4.1.-Caracterización de la gestación por sustitución

A partir de este epígrafe nos dedicaremos a tratar la gestación por sustitución. Esta realidad ha provocado discusión en las legislaciones de los distintos países debido al conflicto de intereses que se produce entre la bioética y el derecho; y que, en todo caso, debe ser abordado y subsanado. Tal cuestión social debe ser resuelta ya que afecta al concepto de familia, a la determinación de la maternidad y en su caso, de la paternidad.

Por esta razón, consideramos conveniente explicar a qué nos referimos con Gestación subrogada. Son diversas las expresiones que se emplean para definir esta técnica de reproducción asistida: vientres de alquiler, maternidad subrogada... Sin embargo, algunos autores, como Souto Galván⁷⁴, defienden que únicamente debe emplearse el término Gestación por sustitución (GS) ya que la maternidad no es únicamente la cualidad de gestante y abarca más allá de la matriz y del parto. Además, no se produce una subrogación en sentido literal, sino en todo caso una sustitución.

Independientemente de la discusión terminológica, lo relevante es la definición del término, prestando atención a las distintas modalidades:

- a) GS tradicional: no hay vínculo genético entre el menor y la comitente⁷⁵. La gestante no solo gesta, sino también aporta sus gametos. Cabe esta posibilidad en las parejas homosexuales de varones.
- b) GS gestacional: la gestante solo gesta, ya que el gameto femenino lo aporta una donante o la comitente. Siendo viable también para parejas homosexuales⁷⁶.

⁷⁴LAMM, Eleonora. "Gestación por sustitución: ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres". en: ISBN, 2013. p 26.

⁷⁵"los comitentes son los padres legales del niño objeto de la GS."-LÓPEZ Y LÓPEZ, M. Teresa. "INFORME DEL COMITÉ DE BIOÉTICA DE ESPAÑA SOBRE LOS ASPECTOS ÉTICOS Y JURÍDICOS DE LA MATERNIDAD SUBROGADA". p 6.

⁷⁶LAMM, Eleonora. "Gestación por sustitución: ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres". en: ISBN, 2013. pp 27-33.

La GS surge en 1976 y solo cabía la posibilidad de la GS tradicional. Luego, en 1984 se produjo un logro único en la medicina reproductiva con la GS gestacional, la cual permitió que personas infértiles pudieran tener hijos biológicos. Desde el primer momento, surgieron conflictos morales respecto a dichas técnicas, como es el caso *BabyM*⁷⁷.

*En la obra de Lamm*⁷⁸ encontramos varios de los conceptos que se han brindado para actualizar la GS en atención a los cambios que ha experimentado.

- Warnock⁷⁹: *«la práctica mediante la cual una mujer gesta o lleva en su vientre un niño para otra mujer; con la intención de entregárselo después de que nazca»*
- Coleman⁸⁰: *«la maternidad subrogada es una aplicación novel de la técnica de la inseminación artificial que resulta en el nacimiento de una criatura con un nexo biológico unilateral a la pareja infértil. La gestante es una mujer fértil que conviene que, mediante contrato, se la insemine artificialmente con el semen de un hombre casado con otra mujer; gestar el niño y darla a luz o procrearla. Una vez nacido el niño, la gestante o suplente renuncia su custodia a favor del padre biológico y, además, termina todos sus derechos de filiación sobre el niño para que la esposa del hombre con cuyo semen fue inseminada la adopte»*
- Gómez Sánchez⁸¹: *«se llama maternidad subrogada, gestación de sustitución o alquiler de útero al acto reproductor que genera el nacimiento de un niño gestado por una mujer sujeta a un pacto o compromiso mediante el cual debe ceder todos los derechos sobre el recién nacido en favor de otra mujer que figurará como madre de éste»*

⁷⁷El caso babyM, tuvo lugar en USA, mediante la técnica de GS tradicional, y ocurrió que la gestante tras el parto se negó a la entrega del bebe a los padres legales en relación con el contrato de GS. La Corte suprema decidió determinar la filiación, atribuyéndola a los comitentes en base al criterio interés superior del menor (favor filii).

⁷⁸ LAMM, Eleonora. "Gestación por sustitución: ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres". en: ISBN, 2013. pp 22-24.

⁷⁹Idem.

⁸⁰Idem.

⁸¹Idem.

- Pérez Mongue⁸²: «*como aquel contrato oneroso o gratuito, por el cual una mujer aporta únicamente la gestación, o también su óvulo, comprometiéndose a entregar el nacido a los comitentes (una persona o pareja, casada o no), que podrán aportar o no sus gametos; en este último caso, los gametos procederán de donante (masculino y/o femenino)*»

De todas estas definiciones es importante resaltar la de Pérez Mongue pues es la única que se adapta a las nuevas realidades sociales. Las anteriores no incluían la posibilidad de que la GS pudiera ser utilizada por parejas homosexuales o para la formación de una familia monoparental. Así apreciamos como esta técnica provoca cambios a los que el Derecho debe prestar suma atención, concretamente a la institución jurídica de la filiación. Eleonora Lamm⁸³ aporta una nueva definición: *“forma de reproducción asistida, por medio de la cual una persona, denominada gestante, acuerda con otra persona, o con una pareja, denominadas comitente, gestar un embrión con el fin de que la persona nacida tenga vínculos jurídicos de filiación con la parte comitente.”*

Laura Fernández Echeguera⁸⁴ entiende la GS como un contrato que permite la gestación de un hijo por una mujer gestante, sin necesidad de relación sexual, y generalmente con un óvulo ajeno. Tras la gestación, se obliga a entregar al recién nacido a la contraparte, a cambio de un precio o no. Esta contraparte, también conocidos como comitentes, pueden ser pareja matrimonial o no, o personas solteras. Según Echeguera, estaríamos ante un contrato de naturaleza atípica, y que, en todo caso, se podría englobar dentro de los contratos por arrendamiento de servicios o de obra.

Las afirmaciones anteriores sugieren la posibilidad de tener hijos sin necesidad de ser quien los alumbre, pudiendo incluso ser biológicos. Esto produce la ruptura del principio *Mater semper certa est*⁸⁵ que proclama nuestra legislación estatal, por el que se identifica la maternidad legal con la gestacional. Hasta ahora únicamente se había visto alterado

⁸² Idem.

⁸³ Idem.

⁸⁴ FERNÁNDEZ ECHEGUERAY, Laura. “Gestación por sustitución ” en: COMARES SL, 2015. pp 137.

⁸⁵ FERNÁNDEZ-RIVERA GONZÁLEZ, Paz. *“Mater semper certa est? Las instituciones familiares en el Derecho Romano y en el Derecho Vigente: Especial referencia a la determinación de la filiación en la maternidad subrogada.”* p 1-5.

con la adopción, donde se determina la filiación legal sin necesidad de gestar. Sin embargo, la GS se justifica en un derecho reproductivo de los sujetos, frente al interés superior del menor previsto en la adopción. Para saber si estamos a la altura de regular jurídicamente estas técnicas, debemos tener en cuenta, además del derecho reproductivo y el interés superior del menor; los derechos de la gestante para que no quede desprotegida o explotada para fines ilícitos.

4.2.-Regulación en el Derecho Español

A continuación, vamos a referirnos a la regulación de la GS en el marco legal español. En primer lugar, es una técnica expresamente prohibida por la LTRHA. No obstante, la doctrina indica que dicha prohibición es innecesaria porque el código civil determina nulos los contratos de GS, en base a los artículos 1.271 y 1.285, por ilicitud de causa y objeto, ya que el cuerpo humano y la capacidad de gestar, son indisponibles y personalísimos, sin que quepan actos de comercio con los mismos⁸⁶.

i.-El Derecho material español.

Respecto al Derecho material, que trata la GS en España, principalmente tenemos la LTRHA, que vincula la maternidad al parto y desestima la posibilidad de que produzca efectos el contrato de GS, entendiéndolo como nulo. A pesar de que la ley prohíbe los contratos de GS, no impide la posibilidad de someterse a técnicas de reproducción asistida, pues estas son un convenio entre el equipo médico y la usuaria, distinto al contrato referido⁸⁷.

La LTRHA supone una contradicción con la Ley del registro civil de 1957(LRC) y el reglamento (RRC), que permiten que resoluciones judiciales extranjeras firmes que establezcan la filiación del menor como hijo de los comitentes sean inscritas. Pese a las

⁸⁶IGAREDA GONZÁLEZ, Noelia. "La Inmutabilidad Del Principio "Mater Sempre Certa Est" Y Los Debates Actuales Sobre La Gestación Por Substitución En España". en: Universitas. Revista de Filosofía, Derecho y Política, nº 21, enero 2015, ISSN 1698-7950, pp. 3-4.

⁸⁷VERDERA IZQUIERDO, Beatriz. "El principio de Igualdad ante el Derecho Privado:Una visión multidisciplinar" en: DYKINSON SL. 2013. pp 24-26.

prohibiciones legales previstas, la GS está desplegando efectos en España. Como consecuencia, un sector de la doctrina entiende que se está cometiendo fraude de ley (art. 12.4 del CC «*se considerará como fraude de Ley la utilización de una norma de conflicto con el fin de eludir una Ley imperativa española*»)⁸⁸.

ii.-Tratamiento Judicial y otras resoluciones

La Dirección General de los Registros y del Notariado (DGRN) ha visto dificultada su tarea. Aunque la ley prohíbe expresamente la GS en España, es común esta práctica en el extranjero por nacionales españoles. En este caso, ¿qué debe hacer la DGRN? .Si se procede a inscribir a los menores resultantes del turismo reproductivo, se estaría cometiendo Fraude de ley. En la práctica la DGRN los está inscribiendo siempre que se cumplan ciertos requisitos⁸⁹, esto causa un conflicto con las decisiones jurisprudenciales ofrecidas. Discusión que procedemos a detallar:

- Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado (RDGRN) del 18/02/2009⁹⁰: Un matrimonio homosexual de varones pretendía la inscripción en España de su hijo, nacido por GS en California. La solicitud fue denegada por el Registro consular de los Ángeles, y recurrida ante la DGRN que resolvió: “*Es posible la inscripción de la filiación en el Registro civil, pues no es incompatible con el art. 10 LTRHA, ya que la filiación ya ha sido determinada en otro país y en España solo será inscrita*”, basándose en el art. 81 RRC, según el cual sólo deben constatarse los requisitos formales de las resoluciones extranjeras y en el art.7.3 LTRHA que permite la inscripción de la filiación respecto a dos mujeres, por lo que si se negase tal posibilidad a dos varones, se vulneraría el art. 14 CE. Por último, se entendió que no cabía alteración del orden público pues es más importante el interés superior del menor.

⁸⁸VILAR GONZÁLEZ, Silvia. “Situación actual de la gestación por sustitución”. en:Revista de derecho UNED,núm. 14, 2014. pp 910-912.

⁸⁹Ibidem p 911.

⁹⁰LAMM, Eleonora. “Gestación por sustitución: ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres”. en: ISBN, 2013. p 78-82.

- Más tarde, se recurrió dicha RDGRN por la fiscalía en Valencia, debido a la inaplicación del art. 10 LTRHA. El juzgado de primera instancia de Valencia nº15, por sentencia de 15/11/2010⁹¹, resolvió el recurso añadiendo que: *“No cabe acudir al art.81 del RRC, sino al art. 23 del LRC, que indica que el registrador debe llevar a cabo la inscripción como se haría conforme a la ley española aplicando el art. 10 LTRHA”*. Asimismo, *“En ningún caso se vulnera el art. 14 CE, porque no se inadmite la inscripción por ser varones, sino por el método de nacimiento”* (GS). Finalmente concreta que, para salvaguardar el interés superior del menor, debe acudirse a las vías previstas en la legislación española para determinar la filiación: la solicitud de reconocimiento de paternidad del padre biológico art. 10.2 LTRHA, y la adopción.

- Debido al incremento de casos de GS en el extranjero que pretendían la inscripción de la filiación en los Registros civiles españoles, la DGRN se vio en la tesitura de tener que responder. Fue entonces, cuando tuvo lugar la RDGRN de 5 de octubre de 2010⁹², en la cual se determinó que, para la inscripción de la filiación de menores nacidos por GS en el extranjero, se requeriría que:
 - a) Al menos uno de los padres sea nacional español.
 - b) En ningún caso se revista de legalidad el tráfico de menores.
 - c) Se obligue a informar al menor de su origen biológico.
 - d) Se aporte una resolución judicial por el órgano competente del país donde se llevó a cabo la GS, en la que se determine la filiación.

La DGRN, vuelve a permitir la inscripción de los niños nacidos por GS en el extranjero, añadiendo la necesidad de una resolución judicial y velando nuevamente por el interés del menor.

- A causa de la nueva RDGRN de 5/10/10, la sentencia del juzgado de primera instancia nº15 de Valencia fue recurrida en apelación. La audiencia provincial

⁹¹Ibidem pp 83-84.

⁹²Ibidem pp 84-86.

(AP) Valenciana se pronunció por sentencia de 23/11/11⁹³, alegando que no se cumplían los requisitos previstos en la RDGRN de 5/10/10, concretamente la presentación de la resolución judicial. Además, que en ningún caso podía permitirse la vulneración del orden público. Desestimó el argumento de protección del interés superior del menor pues, repiten, existen otras vías para cumplir tal función. Por tanto, se deniega la inscripción.

- Los comitentes recurrieron en casación ante el Tribunal Supremo (TS), alegando infracción del derecho a la igualdad del art. 14 CE. El TS se manifestó en el mismo sentido que las instancias inferiores mediante sentencia del 6/02/14.⁹⁴ En la que se resalta la vulneración del orden público internacional indicando que el interés superior del menor (*favor filii*) es un concepto jurídico indeterminado, que en ningún caso puede argumentarse para apoyar la inscripción de los nacidos por convenios de GS. De admitirse, se estaría atentando contra la dignidad del menor, al convertirlo en objeto del tráfico mercantil. Además, la sentencia ordena al Ministerio fiscal, proceder a la determinación de la filiación de los comitentes con el menor por las vías adecuadas en España. Ante tal panorama, se presenta recurso de nulidad de actuaciones, que fue desestimado por auto del TS en 2015. Finalmente se interpuso recurso de amparo ante el Tribunal constitucional (TC) por vulneración del derecho a la vida privada del menor, que fue inadmitido.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), mediante la sentencia *Mennesson c. Francia, Labassee* c⁹⁵, estipuló que cuando el convenio de GS tuviera lugar en un país donde ésta fuera legal, debía procederse a la inscripción del menor, en el estado de los comitentes (Francia). En caso contrario, se estaría vulnerando el derecho a la vida privada del menor, previsto en el art. 8 de la convención europea de derechos del Hombre. España es parte del Consejo de Europa, por esto, el tribunal competente y adecuado para decidir

⁹³Ibidem pp 87-89.

⁹⁴LÓPEZ Y LÓPEZ, Maria Teresa. "INFORME DEL COMITÉ DE BIOÉTICA DE ESPAÑA SOBRE LOS ASPECTOS ÉTICOS Y JURÍDICOS DE LA MATERNIDAD SUBROGADA." pp. 48-55

⁹⁵Ibidem pp56-59.

en materia de Derechos fundamentales es el TEDH. Sin embargo, este mismo, se manifestó indicando que cada estado es libre y está legitimado para prohibir la práctica de los contratos de GS aplicando las medidas disuasorias que sean pertinentes.

Tras la sentencia del TEDH por el caso *Menesson y Labasse*, el ministerio de justicia español aprobó una instrucción que autoriza la inscripción de los menores nacidos por GS como hijos de los comitentes: *“En cuanto a las inscripciones de nacimiento de menores nacidos mediante gestación por sustitución, se mantiene la misma situación que en los años anteriores”*⁹⁶. En conclusión, la DGRN, en nuevas resoluciones de 2014 y 2015, sigue permitiendo la inscripción de los menores sin tener en cuenta lo previsto por la jurisprudencia. Esto causa una irregularidad en el tráfico jurídico y un supuesto de desobediencia que aparentemente presenta una difícil solución⁹⁷.

V.-Derecho Comparado: La maternidad subrogada, desde el ámbito Internacional

5.1.-Regulación de la Gestación subrogada; Ámbito jurídico: europeo y estadounidense

La situación normativa de la GS es un tema complejo, desde el punto de vista del Derecho comparado, no ha sido posible llegar a una decisión única y estable sobre el contrato de GS. En este sentido, considero que la mejor opción para establecer los contratos de GS, es a través de una regulación internacional, que evite contradicciones en el tráfico jurídico que supongan la vulneración del menor. Específicamente nos referiremos al ámbito europeo, con especial mención a Estados Unidos (USA). Las legislaciones que regulan las GS se apoyan en tres grandes posturas:

- Prohibición de la GS
- Admisión Parcial de la GS
- Admisión Plena de la GS

⁹⁶Ibidem pp 63-64.

⁹⁷MENÉNDEZ SEBASTIAN, Paz y DE CASTRO MEJUTO, Saul Javier.-¿MATER SEMPER CERTA EST? LA MATERNIDAD SUBROGADA COMO SITUACIÓN GENERADORA DE DERECHOS LABORALES. PAUTAS DE URGENCIA PARA LA SOLUCIÓN DE UN INTRINCADO LITIGIO?. en: Ius-tel. Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social 40 (2015), ISSN:1696-9626,núm.40,Mayo. pp 59-61.

i.-Prohibición de la Gestación Subrogada

La prohibición de los convenios de GS, es uno de los métodos para regularla. Se prevé en legislaciones como: España, Francia, Italia, Alemania, Austria y Suiza, entre otros⁹⁸. Se concreta en la nulidad de los acuerdos de GS, dando lugar a la imposibilidad de practicar dichas técnicas en el país y generando problemas para reconocer la filiación de los menores que hayan nacido de dichos acuerdos.

En el caso de España, ya hemos abordado cómo se está resolviendo la situación en la práctica.⁹⁹ Sería interesante comentar las soluciones ofrecidas en Francia en relación con la GS:

- El Comité Consultatif National d’Ethique de Francia, desde la aparición de los contratos de GS, ha manifestado sobre su desacuerdo con los mismos. Concretamente, la opinión más reciente: *“la opinión núm.110, de mayo de 2010, sobre “Problemes ethiques soulevés par la gestation pour autrui (gpa)”*, dispone que *“la gestación por cuenta ajena es contraria a la dignidad humana y puede causar graves secuelas emocionales en los hijos”*¹⁰⁰. Asimismo, el CP francés también prevé penas privativas de libertad y multas para los que posibiliten la práctica de este contrato, eximiendo a la gestante y a los comitentes. Existe una doble penalización: la nulidad en el aspecto civil y la sanción penal. Sin embargo, nada impide a los comitentes solicitar la GS en países extranjeros donde esté permitida, y esto ha provocado contradicciones con la legislación francesa, como el caso *Menesson y Labasse* .

Debido a la conflictividad jurídica derivada de los casos de franceses acogidos a contratos de GS en países extranjeros, Francia se ha visto en la necesidad de emitir una circular (*Circulaire du 25 janvier 2013 relative à la délivrance des certificats*

⁹⁸LAMM, Eleonora, “Gestación por sustitución.” en: InDret, Revista para el análisis del Derecho, Barcelona, Julio, 2012 pp 11-12.

⁹⁹LAMM, Eleonora. “Gestación por sustitución: ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres”. en: ISBN, 2013. pp 110-115.

¹⁰⁰LAMM, Eleonora. “Gestación por sustitución: ni maternidad subrogada “. Ob.cit pp 118-124.

de nationalité française —convention de mère porteuse— Etat civil étranger)¹⁰¹, mediante la que se otorga la nacionalidad francesa a menores que nacen por GS en el extranjero¹⁰², siempre que se pueda determinar la filiación biológica con el padre¹⁰³ por prueba de ADN. No obstante, el documento que se emite tiene carácter administrativo y no despliega efectos respecto de la filiación. Con esta circular se da solución a la vulneración del orden público, que se temía produjera la inscripción y se vela por la protección del interés superior del menor¹⁰⁴.

ii.-Admisión Parcial

En Reino Unido y Grecia¹⁰⁵ se prevé la posibilidad de GS a través del sistema de admisión parcial. En este procedimiento, podemos distinguir dos grandes grupos, en función del momento en que se determine la filiación con los comitentes:

- En Reino Unido la GS no se permite en todas sus vertientes. Es legal la GS que tiene lugar de forma altruista (sin precio o gratuita) en la que no participen intermediarios. De ahí, la normativa aprobada en 1985 de la *Surrogacy Arrangements Act* aplicable para el Reino Unido e Irlanda del Norte, que impone sanciones penales a la publicidad y la gestión comercial que tenga por fin la realización de acuerdos de GS¹⁰⁶. Otras normas son: la *Adoption and Children Act de 2002*, la *Human Fertilisation and Embryology Act de 2008(HFEA)* y otros instrumentos como la *Fertilisation and Embryology (Parental order) Regulations de 2010*.

¹⁰¹Idem.

¹⁰²GONZÁLEZ MARTIN, Nuria y ALBÓRNOZ, M^a Mercedes. “Aspectos transfronterizos de la gestación por sustitución”. en: D. R. © 2016. Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas. *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. XVI, 2016, pp. 159-187 México, D. F., ISSN 1870-4654. pp 174-176.

¹⁰³Se ha empleado esta circular, para dar solución a los problemas que surgían, a causa del turismo reproductivo, consistente, en la incapacidad de los comitentes y del niño de volver a su país de origen, a falta de documentos de viaje para el niño, como es, el pasaporte. *Laissez-Passer*:

¹⁰⁴LAMM, Eleonora. “Gestación por sustitución: ni maternidad subrogada”. Ob.cit: p. 124.

¹⁰⁵También cabe la GS por admisión parcial en:Israel, Sudáfrica, Brasil, México DF, Australia, y Canadá, entre otros.

¹⁰⁶LAMM, Eleonora. “Gestación por sustitución” ob.cit: p 12-16.

La filiación se determina siempre a favor de la madre gestante, (aun cuando no haya aportado material genético)¹⁰⁷. Tras un periodo de reflexión (las primeras seis semanas), se permite a los comitentes, siempre y cuando la gestante no se retracte, reclamar la filiación ante el órgano judicial competente, que más tarde, mediante una *parental order*¹⁰⁸, dispondrá una segunda filiación, respecto a los comitentes.

Este sistema, se caracteriza no sólo por su espíritu gratuito y benévolo, como manifestación del derecho procreacional, sino también porque se emplean dos actas de nacimiento:

- a) Una respecto a la madre gestante
- b) Otra que determinará la filiación con los comitentes, cuando la gestante no modifique su opinión sobre la maternidad en el periodo legal.

Este método se enfrenta a críticas, principalmente en relación con la inseguridad que puede causar a los comitentes el proceso. Estos quedan a la voluntad de la gestante, que puede decidir tras el parto no entregar al bebé. Sin embargo, protege la figura de la gestante y no rompe con el *mater semper certa est.*¹⁰⁹

- Grecia, se integra en el segundo modelo, que se caracteriza por:
 - a) Antes del inicio del proceso de GS, debe solicitarse una autorización para que se apruebe por el órgano competente el acuerdo entre las partes comitentes y la mujer gestante.

¹⁰⁷Sobre quién ostentará la paternidad, en caso de que la gestante decida, que se mantenga su maternidad, o para el periodo de reflexión, será: su marido de haberlo, teniendo la posibilidad éste, de demostrar que no prestó su consentimiento; pues, en tal caso, la paternidad se estipula respecto el comitente masculino que aportó el semen. También, en caso, de ser dos padres, respecto a cualquier de los dos, por acuerdo.

¹⁰⁸Para el otorgamiento de la orden parental, el art. 54 de la HFEA requiere el cumplimiento de una serie de requisitos: (1) "En un recurso presentado por dos personas («los demandantes»), el tribunal podrá dictar una orden para que un niño sea legalmente tratado como hijo de los demandantes, si: (A) el niño ha sido gestado por una mujer que no es uno de los demandantes, como consecuencia de haber implantado en ella un embrión o esperma y óvulos o de inseminación artificial, (B) los gametos de al menos uno de los demandantes han sido utilizados para llevar a cabo la creación del embrión, y (C) se han cumplido las condiciones de las subsecciones (2) a (8). (2) Los demandantes deben ser: (A) marido y mujer, (B) constituir una unión civil, o (C) dos personas que están viviendo como pareja en una relación familiar duradera, y no se encuentran en grados prohibidos de parentesco. (3) Salvo en el caso previsto en el inciso (11), los demandantes deben solicitar la orden dentro del plazo de 6 meses a partir del día en que nace el niño."

¹⁰⁹LAMM, Eleonora. "Gestación por sustitución: ni maternidad subrogada..." Ob.cit. pp131-141.

- b) Tras dicha aprobación, puede tener lugar el procedimiento de GS. El órgano responsable se encarga de corroborar el cumplimiento los requisitos previstos en la legislación¹¹⁰.

De la existencia de este pre-acuerdo de las partes antes de que se inicie el proceso, se extrae que en este supuesto el procedimiento de GS va a determinar la filiación del menor directamente frente a los comitentes, y no frente a la mujer gestante, imposibilitando a ésta retractarse una vez aprobado el acuerdo.

Las leyes que regulan en Grecia la GS son la Ley 3089/2002 y la Ley 3305/2005, las cuales disponen que en todo caso la GS debe ser altruista. Dichas leyes, también prevén que la modalidad de GS tradicional no tiene cabida, exigiendo que la GS sea gestacional y que sólo se pueda llevar a cabo el procedimiento de implantación tras la autorización del órgano competente, cuando se cumplan los requisitos siguientes:

- a) Comitente: debe probar su imposibilidad de quedar embarazada, y ser menor de 50 años.
- b) Gestante: se exige que esté en condiciones óptimas de salud y que haya existido acuerdo con consentimiento libre de las partes.

Además, como requisito subjetivo con la intención de erradicar el turismo reproductivo, se exige que los sujetos sean nacionales de Grecia¹¹¹.

La ley sólo dispone la posibilidad de iniciar el proceso de GS para la mujer comitente, excluyendo al hombre, o padre. Esto fue declarado inconstitucional y discriminatorio. Existe ahora la posibilidad de una GS para hombres solteros y en ningún caso, a favor de parejas homosexuales¹¹².

La GS parcial, en esta vertiente, donde existe la aprobación de un acuerdo como requisito previo al inicio del procedimiento, rompe con el principio *Mater semper*

¹¹⁰Idem.

¹¹¹Ibidem pp 150-153.

¹¹²Idem.

certa est a diferencia de la prevista en Reino Unido. Esto se debe a que la inscripción de la filiación una vez nacido el menor se hace a favor de los comitentes y aunque se haga constar que se ha empleado la técnica de GS, no figura la gestante a efectos de la filiación.¹¹³ La crítica, prevista para esta vertiente de la GS en admisión parcial, radica en una desprotección de la gestante, que no tiene la posibilidad de arrepentirse una vez autorizado el acuerdo ya que se exige renuncia temprana¹¹⁴.

Aunque, se prevé la prohibición de un acuerdo comercial en la GS parcial, las legislaciones que la permiten, autorizan en todo caso el pago de gastos razonables tales como: gastos médicos de la gestante, así como de los daños que pueda sufrir su patrimonio, debido a la imposibilidad de prestar trabajo a causa del embarazo.¹¹⁵

iii.-Admisión Plena

Tiene lugar en Rusia y Ucrania y en otros países como: en India, Georgia y algunos lugares de Estados Unidos¹¹⁶.

- En Rusia, las leyes que regulan la GS son:
 - a) Código de Familia de la Federación de Rusia de 1995 (art. 51 [párr. 4 (2)] y art. 52 [párr 3(2)]). El primero, se refiere a la inscripción de la filiación de los niños que nacen por GS, y el otro, regula la impugnación de paternidad y maternidad en relación con un niño concebido por fecundación in vitro y nacido por gestación por sustitución.
 - b) Ley Federal de Salud, aprobada en noviembre de 2011, en vigor desde el 1 de enero de 2012, vino a esclarecer el panorama en relación con la GS solucionando conflictos¹¹⁷.

¹¹³Idem.

¹¹⁴LAMM, Eleonora. "Gestación por sustitución: ni maternidad subrogada...". Ob.cit: pp 170-173.

¹¹⁵Idem.

¹¹⁶Idem.

¹¹⁷Situación conflictiva, era la que se provocaba, cuando la gestante, decidía no entregar el bebe, una vez nacido, a los comitentes, inscribiéndolo como su hijo, pues, ¿Cómo se determinaría la paternidad?, ya que

- c) La Ley Federal sobre los actos de Registro del estado civil de 1997 se encarga de los supuestos relacionados con la inscripción del menor nacido por GS.
- d) Orden nº 67 del Ministerio de Salud Pública de la Federación de Rusia sobre la aplicación de las técnicas de reproducción asistida en el tratamiento de la infertilidad femenina y masculina del 26 de febrero de 2003¹¹⁸.

La práctica de GS en Rusia sólo cabe para referirnos a GS gestacional¹¹⁹, y, para poder llevarse a cabo, se reviste de los siguientes requisitos:

- a) Gestante: Tener entre 20-35 años, estar sana y tener al menos un hijo propio que sea sano, previo a la práctica de la GS. En caso de estar casada, se requiere consentimiento del marido.
- b) Comitentes: Inicialmente válida para parejas casadas. Con la entrada en vigor de la Ley Federal de Salud de 2011¹²⁰, puede darse la inscripción de la filiación respecto de parejas no casadas o personas solteras. Es cierto que, cuando se refiere a personas solteras, lo hace únicamente en relación a una mujer. No siendo posible para parejas homosexuales.

En relación con la inscripción de la filiación, esta se hará a favor de los comitentes, constando en el documento el consentimiento de la mujer gestante. La ley no contempla el supuesto de revocación del consentimiento por la gestante tras dar a luz.

hasta la Ley Federal de Salud de 2011, no requería la gestante, en caso de estar casa, consentimiento del marido. Por lo que como no mediaba consentimiento, si este se negaba a ser inscrito como padre del menor, no cabía la filiación respecto al mismo. Tras la promulgación de la ley, en caso de la gestante estar casada, requerirá consentimiento del marido para llevar a cabo una GS, y por tanto, si al final, la gestante decidiera, inscribir al menor como propio, la filiación paterna, sería atribuida al marido, en virtud, del consentimiento prestado.

¹¹⁸Idem.

¹¹⁹«la gestación y el dar a luz a un niño (incluyendo el nacimiento prematuro) en virtud de un contrato celebrado entre una gestante (una mujer que gesta un feto luego de la transferencia de un embrión de donante) y los padres potenciales, cuyo material genético fue utilizado para la fecundación, o una mujer sola, para quien es imposible gestar y dar a luz a un niño por razones médicas».

¹²⁰El art. 55(3) dice: «Un hombre y una mujer, casada y no casada, tienen derecho a tener acceso a la reproducción asistida, siempre que dieren su consentimiento informado a la intervención médica, una mujer soltera también tiene derecho a tener acceso a la reproducción asistida si ella dio su consentimiento informado a la intervención médica».

Es por esto, que se ha dictado una sentencia que garantiza los derechos de la gestante, siendo en todo caso la que tiene derecho a inscribir la filiación del menor a su favor, y en caso de estar casada, la paternidad se proclama respecto del marido¹²¹.

La diferencia entre la GS parcial y plena radica en que en aquellos ordenamientos jurídicos en los que no se prohíbe expresamente, o ni siquiera se hace referencia, cabe la posibilidad de que se practique la GS comercial. En el caso de Rusia, nada hace referencia a la necesidad de pagos, quedando autorizados los relativos a gastos razonables, pero también la posibilidad de desembolsar cantidades económicas como un cobro por el servicio de gestación, que, en todo caso, suele llevarse a cabo en privado, con la intención de no tener que tributar por dichos pagos.¹²²

- En Estados Unidos, la competencia respecto la paternidad no es federal, sino estatal, porque así se estipula en la novena enmienda¹²³ de la constitución americana. Así apreciamos las siguientes posturas en el panorama norteamericano:
 - a) Estados que prevén una ley mediante la que se prohíbe¹²⁴ o aprueba la GS.
 - b) Estados que no la regulan por ley, pero en los que existe un precedente jurisprudencial al respecto que permite que pueda aplicarse o no.
 - c) Estados que carecen de ley y de precedente jurisprudencial.

Podemos destacar que tanto el Estado de Florida, New Hampshire, Virginia o Illinois¹²⁵, cuentan con legislación propia que autoriza la práctica de la GS. Es interesante mencionar la situación que se da en Illinois, ya que tiene la ley más permisiva en materia de GS. Su principal característica es que el acuerdo de GS se presta ante los abogados de las partes, encargados de comprobar los requisitos legales exigidos. Una vez nacido el menor, se puede inscribir automáticamente

¹²¹LAMM, Eleonora. "Gestación por sustitución: ni maternidad subrogada". Ob.cit: p 174.

¹²²LAMM, Eleonora. "Gestación por sustitución: ni maternidad subrogada". Ob.cit: pp 185-191.

¹²³Idem.

¹²⁴Estados en los que se prohíbe por ley la GS: Nueva York, Michigan, Arizona, Nebraska y Columbia.

¹²⁵VILAR GONZÁLEZ, Silvia. "Situación actual de la gestación por sustitución". Ob. cit: 904-905.

sin necesidad de resolución judicial, y, en caso de discrepancia entre la gestante y los comitentes, resolverán los tribunales, atendiendo a la intención de las partes. Se permite la GS a favor de parejas casadas o no, así como de solteros. Sin ser una opción para los homosexuales, empujándose únicamente la modalidad de GS gestacional¹²⁶. Además, es una de las primeras normativas que permite expresamente la GS comercial¹²⁷.

En California, se permite la GS mediante un precedente jurisprudencial, que autoriza la práctica de GS mediante acuerdo de los comitentes y la gestante. A su vez, exige que se incoe simultáneamente un procedimiento judicial para la determinación de la filiación respecto de los comitentes. El órgano jurisdiccional resolverá según la intención de las partes y a la idoneidad para ser padres. De este procedimiento surge una sentencia judicial, que es plenamente eficaz y reconoce la filiación de los menores antes de su nacimiento en relación con los comitentes. Se diferencia del trámite de la adopción, en que no se realiza una evaluación de los comitentes previa a la iniciación del proceso. Mediante la Sentencia de GS se obliga a que en el acta de nacimiento del menor consten los comitentes y se proceda a la inscripción de la misma en el registro correspondiente. Se aplica la GS a favor de parejas casadas o no, solteros y homosexuales¹²⁸.

iiii-El Turismo Reproductivo

Para comprender qué es el turismo reproductivo, debemos atender a un concepto más general como es el turismo sanitario, *“consistente en viajar a otro país para obtener servicios sanitarios que son ilegales o excesivamente caros en el país de origen, pero legales*

¹²⁶Idem.

¹²⁷LAMM, Eleonora. “Gestión por sustitución: ni maternidad subrogada”. Ob.cit: pp 190-192.

¹²⁸Idem.

*o permitidos con ciertas restricciones, o gratuitos en el país de destino*¹²⁹. Y de tal definición, surge la idea de turismo reproductivo como causa de la dispar normativa de cada país en dicha materia.

Según Lamm¹³⁰, las consecuencias principales del turismo reproductivo son:

- La imposibilidad de retorno al país de origen de los comitentes, por inexistencia de documentación de viaje del menor.
- Y la incapacidad de inscribir la determinación de la filiación de los menores respecto de los comitentes en su país de origen. Asunto que, como vimos, en Francia ha llegado hasta el TEDH con el caso *Mennesson-Labasse*, y en Italia se solventó el problema ante la Gran sala del TEDH por el caso *Paradiso-Campanelli*¹³¹.

El turismo reproductivo, ha causado situaciones que requieren solución judicial, no sólo en los países que prohíben la GS, sino también en aquellos en los que se permite parcialmente (caso *In the matter of D and L (2012)*¹³²). Este caso tuvo lugar en Reino Unido, y se refiere al contrato de GS de una pareja homosexual desarrollado en la India por una clínica que seguía la política de no establecer contacto entre la gestante y los comitentes. En Reino Unido es requisito para la concesión de la *parental order*, que determina la

¹²⁹GARCÍA AMEZ, Javier y MARTÍN AYALA, María, "TURISMO REPRODUCTIVO Y MATERNIDAD SUBROGADA" en: dialnet, Vol.27 Extraordinario XXVI Congreso 2017 | COMUNICACIONES. pp: 203-204.

¹³⁰LAMM, Eleonora. "Gestación por sustitución: ni maternidad subrogada ".Ob.cit: pp 194-209.

¹³¹*Paradiso-Campanelli* :Consiste en un matrimonio italiano con en el que existían problemas de fertilidad, por tanto acudieron, a Rusia, para que tuviera lugar la GS,y en Rusia, se inscribieron ambos como progenitores del menor, sin mencionar la existencia del contrato de GS, Cuando llegaron a Italia, pretenden la inscripción de la filiación respecto al menor, sin embargo, se decide que se deben practicar pruebas de paternidad, las cuales demuestran que el comitentes varón no es el padre biológico, por esto, y el no hacer constar en la inscripción en Rusia la GS, la jurisdicción Italiana, entiende que la menor, debe ser puesta en adopción, y se entrega a los servicios pertinentes a tal fin italianos. El matrimonio recurre la decisión del estado Italiano, agotando la vía jurisdiccional y llega al TEDH, que falla a favor del matrimonio alegando la infracción del art. 8 CEDH, ya mencionado en el caso *Mennesson-Labasse*, condenado a Italia al pago de una multa por su actuación, pero sin proceder a que la menor dejase a su nueva familia adoptiva. La sentencia del TEDH se recurre ante la Gran sala del TEDH, que dispone, que: La actuación del estado Italiano fue correcta, ya que se pretendía la vulneración de normas imperativas estatales mediante determinación de la filiación a favor de los comitentes, alterando el orden publico italiano, que ha aplicado las normas estatales para solventar la situación de inseguridad jurídica creada por los comitentes, mediante la vía jurisdiccional adecuada, que es la adopción. Y que gracias, al rápido actuar de la administración Italiana se ha velado por el interés superior del menor, al darla en adopción, eliminado el vínculo de convivencia con los comitentes.

¹³²LAMM, Eleonora. "Gestación por sustitución: ni maternidad subrogada ".Ob.cit: pp 139-140.

filiación, el consentimiento de la gestante, tras un periodo de tiempo. Los comitentes solicitaron el documento de consentimiento de la gestante y la clínica se comprometió a facilitarlo tras el procedimiento. Nacidos los menores (gemelos), los comitentes vuelven a Reino con sus hijos y tras tres meses de espera por la autorización solicitada, vuelven a reclamarla a la clínica, que en esta ocasión se niega a emitirlo.

Esto supuso una situación de inestabilidad a los comitentes que sabían que no obtendrían la *parental order* sin el documento de consentimiento de la gestante. Contrataron investigadores privados para localizala, pero la búsqueda fue infructuosa. Los tribunales británicos resolvieron otorgar la orden tras comprobar que los comitentes habían agotado todos los medios que tenían a su disposición para obtener el documento. Teniendo en cuenta que lo más importante era velar por el bienestar de los niños¹³³.

¹³³ Por último, con efecto a partir del 6 de abril de 2010, las regulaciones de la HFEA aplican el art.1 de la Ley de adopción e infancia de 2002 (Adoption and Children Act 2002) a todas las solicitudes de órdenes parentales. Esto significa que el bienestar del niño es ahora la consideración primordial del tribunal al resolver si debe o no otorgar una orden parental.-LAMM, Eleonora. "Gestación por sustitución: ni maternidad subrogada ".Ob.cit: p 134.

VI.-Contrato de maternidad subrogada

6.1- Posturas y argumentos en contra y a favor

La complejidad de la GS derivada de las implicaciones morales, sociales y legales que conlleva, ha dado lugar a numerosos planteamientos recogidos en dos posturas principalmente:

- a) La negativa o prohibición de la práctica.
- b) La aceptación; justificada en el derecho procreacional otorgado a las partes.

Bellver¹³⁴ clasifica los argumentos en contra de la GS, atendiendo a los siguientes sujetos:

- El recién nacido: El bebé que se está gestando no disfrutará los cuidados necesarios. La gestante entiende que no va a ser su hijo ya que tendrá que desentenderse de él tras su nacimiento. Añadiendo que la lactancia materna, o el contacto piel con piel, son opciones que no tendrá el menor, lo que le coloca en una situación de riesgo, según la organización mundial de la salud (OMS). Por otro lado, también se contemplan las discrepancias que puedan surgir entre los comitentes y la gestante sobre cómo llevar el embarazo, lo que produce efectos negativos para el menor, llegando hasta el punto, de ¿qué sucederá si alguna de las partes quiere la interrupción del embarazo?, ¿Quién debe decidir el aborto? ¹³⁵. Es posible la aparición de consecuencias psicosociales en el menor, que surgen del conflicto de intereses, del mismo con los comitentes o la gestante¹³⁶.
- La gestante: El principal riesgo es la explotación a la que se puede ver sometida, sobre todo en aquellas situaciones en las que existe desigualdad entre ésta y los comitentes por encontrarse en un país en vías de desarrollo. Asimismo, hay peligro de que tenga que someterse, durante todo el embarazo, a la voluntad de los comitentes, pudiendo estos gobernarla en muchos aspectos de su vida privada.

¹³⁴BELLVER CAPELLA, Vicente. "Bellver Capella, V. (2015). ¿Nuevos derechos? Viejas explotaciones. El caso de maternidad subrogada internacional." SCIO(11), pp: 40-44.

¹³⁵Art. 56, Ley Federal de Salud Rusa, de 2011: *Los acuerdos de gestación por sustitución no pueden contener disposiciones que prohíban a la gestante interrumpir el embarazo, de conformidad con la legislación rusa que contempla el derecho de toda mujer a decidir las cuestiones relativas a la maternidad*

¹³⁶BELLVER CAPELLA, Vicente. "Bellver Capella, V. (2015). ¿Nuevos derechos? Viejas explotaciones. El caso de maternidad subrogada internacional." SCIO(11), pp 45-46.

Los contratos de GS pueden establecer la obligación para la gestante, de pasar el embarazo en una clínica, lo que la aparta de su familia y de su núcleo de vida.

- Los comitentes: estos son sin duda, los que menos riesgos tienen de ser vulnerados, sin embargo, la GS puede provocar situaciones de deshumanización, ya que solo se centran en el bienestar del bebé, obviando a la gestante, cosificándola para un fin. Además, la GS en muchos ordenamientos sólo se contempla para parejas heterosexuales, dejando a las homosexuales en una posición desigual.¹³⁷

Otros dos argumentos, son los propuestos por el Dr. Martín Camacho¹³⁸:

- La maternidad es un proceso natural que está siendo desnaturalizado; al respecto, podemos alegar la posición citada por Bellver de Joseph Fletcher¹³⁹, que aprecia en la GS *“una emancipación del yugo biológico que conducía a la auténtica humanización de la reproducción humana.”*
- La inmoralidad que supone la GS, pues existen muchos niños que se encuentran en situación de desamparo, deseando y necesitando ser adoptados para desarrollarse en un ambiente familiar. Siendo la adopción un sistema para el que sí hay una legislación autorizante.

En congruencia con los anteriores argumentos, podemos resaltar las posturas que abogan por la prohibición de la GS, en nuestro país como:

- Bellver¹⁴⁰: El cuál ha escrito numerosos artículos respecto a la GS, y por qué debe estar prohibida, no solo a nivel nacional, sino también internacional, por los problemas que acarrea el turismo reproductivo. En una entrevista al periódico La Voz de Galicia, manifestó *“toda maternidad subrogada entraña una instrumentalización de la mujer; y otros, que es arriesgada, y que, tal y como está regulada en*

¹³⁷Ibidem pp 47-48.

¹³⁸MARTÍN CAMACHO, Javier. “Maternidad subrogada: una práctica moralmente aceptable. Análisis crítico de las argumentaciones de sus detractores”. 2009. pp 6-15.

¹³⁹BELLVER CAPELLA, Vicente. “Bellver Capella, V. (2015). ¿Nuevos derechos? Viejas explotaciones. El caso de maternidad subrogada internacional.” SCIO(11), p 40.

¹⁴⁰Vicente Bellver Capella es Catedrático de Filosofía del Derecho y Filosofía Política de la Universitat de València y miembro del Comité de Bioética de España.

estos momentos a nivel internacional, deja en una situación de máxima vulnerabilidad a la mujer, pero no descartan la posibilidad de que pueda haber un marco legal que garantice su autonomía. Otros y yo entendemos que es muy difícil que una mujer pueda no ser instrumentalizada en este contrato.¹⁴¹ En otro de sus artículos: "mientras un país permita las subrogaciones sin regulación existirá la amenaza del tráfico de niños y la explotación de mujeres". Ahora bien, no se puede desconocer el riesgo que existe de que la regulación no sea efectiva o que funcione como un simple control de calidad más que como una instancia crítica. Cuando se produce este efecto la regulación se convierte en un elemento de legitimación y promoción de estas prácticas, pues consigue que los ciudadanos pasen a verlas como una opción a las que acudir o ante las que, al menos, mostrarse abierto".¹⁴²

- Carmen Calvo¹⁴³: En la pregunta, realizada por el País en una reciente entrevista, sobre la opinión que la merecía la regulación de los vientres de alquiler y si sería una nueva realidad a legislar para España; la nueva ministra de igualdad respondió tajante, expresando su oposición a dichas prácticas, pues entiende que conducen a la instrumentalización y explotación de las mujeres, concretamente de las más pobres¹⁴⁴.
- Mariano Calabuig¹⁴⁵: Se muestra en contra de estas técnicas, debido a la pérdida de vidas humana, «ya que se implantan varios óvulos fecundados para probar cuál de ellos llega a la implantación en el útero de la mujer y a su posterior desarrollo.»¹⁴⁶

¹⁴¹BELLVER CAPELLA, Vicente. «Algunos creemos que toda maternidad subrogada instrumentaliza a la mujer». Entrevista en La Voz de Galicia, por Elisa Álvarez, el 25/05/17.

¹⁴²BELLVER CAPELLA, Vicente. "Bellver Capella, V. (2015). ¿Nuevos derechos? ob.cit. p 46

¹⁴³María del Carmen Calvo Poyato, más conocida como Carmen Calvo (Cabra, Córdoba, 7 de junio de 1957), es una jurista constitucionalista, política y docente española, desde junio de 2018 vicepresidenta y ministra de la Presidencia, Relaciones con las Cortes e Igualdad del Gobierno de España presidido por Pedro Sánchez.

¹⁴⁴"Tenemos la fuerza parlamentaria que tenemos. Hay una iniciativa de Ciudadanos que se tiene que debatir. Nuestra posición es clarísima. Se llaman vientres de alquiler y son una nueva utilización del cuerpo de las mujeres, una compraventa más. Y particularmente grave para nosotros porque usan el cuerpo de la mujer más pobre. Aquí no valen eufemismos con el lenguaje." - El país, por Pilar Álvarez, 10/06/18.

¹⁴⁵Presidente Del Foro de Familia.

¹⁴⁶PERALTA, Laura. "Argumentos a favor y en contra del «vientre de alquiler»"-ABC, 15/02/17.

Para concluir, frente a las posturas en contra de la GS que podemos encontrarnos en nuestro país; debemos destacar la postura supranacional, manifestada en el 2016, mediante la cual, el Consejo de Europa¹⁴⁷, rechaza la aprobación de la regulación de la GS, en el ámbito de la Unión Europea. Uniéndose a lo que había manifestado ya el Parlamento Europeo con anterioridad, sobre que la GS es una práctica “contraria a la dignidad humana de la mujer”, ya que mercantiliza la procreación, afectando a la gestante y al menor.¹⁴⁸

Por otra parte, Bellver¹⁴⁹, se manifiesta postulando las dos afirmaciones más certeras a favor de la GS:

- Que no genera una lesión al derecho a la dignidad del menor y de la gestante.
- Que en ningún caso supone para esta última explotación.

Justifica tales enunciados, en el uso del derecho a la libertad (art. 17 CE), siempre que medie un consentimiento libre e informado, asumiendo las condiciones y consecuencias del proceso al que se une como partícipe directo (la gestante).

Como tercer argumento, tenemos la voluntad procreacional¹⁵⁰, que en palabras de Kemelmajer de Carlucci¹⁵¹, constituye el elemento volitivo, apreciado en las TRHA por quienes no quieren renunciar a tener un hijo “genéticamente propio”, determinando este la filiación, frente al elemento genético.

¹⁴⁷El 15 de marzo de 2016 la Comisión de Asuntos Sociales y de la Salud del Consejo de Europa rechazó la propuesta de informe Sutter que apoyaba la gestación subrogada.

¹⁴⁸El día 17 de diciembre de 2015 el Parlamento Europeo aprobó una Resolución relativa al Informe Anual sobre los Derechos Humanos y la Democracia en el Mundo (2014) y la Política de la Unión Europea al respecto, en cuyo punto 114, dentro del apartado "derechos de las mujeres y las niñas" se establece lo siguiente: *"Condena la práctica de la gestación por sustitución, que es contraria a la dignidad humana de la mujer, ya que su cuerpo y sus funciones reproductivas se utilizan como una materia prima; estima que debe prohibirse esta práctica, que implica la explotación de las funciones reproductivas y la utilización del cuerpo con fines financieros o de otro tipo, en particular en el caso de las mujeres vulnerables en los países en desarrollo, y pide que se examine con carácter de urgencia en el marco de los instrumentos de derechos humanos."*

¹⁴⁹BELLVER CAPELLA, Vicente. "Bellver Capella, V. (2015). ¿Nuevos derechos? .Ob.cit: pp 30-33

¹⁵⁰Voluntad procreacional: Ésta es la decisión, la voluntad de querer llevar adelante un proyecto parental, conjuntamente con otra persona, o bien, en el marco de una familia monoparental.

¹⁵¹KEMELMAJER DE CARLUCCI, HERRERA y LLOVERA. "Tratado de derecho de familia", según el Código Civil y Comercial 2014, tomo II, Argentina, Rubinzal -Culzoni. pp: 499-510.

Las posturas a favor que podemos destacar son las de Lamm¹⁵² y Echeguera¹⁵³, fundadas ambas en la idea de que existe una necesidad social de legislar por los Estados las prácticas de GS:

- Lamm: *“la mejor solución, la más garantista, no es cerrar los ojos, ni prohibir, sino regular. El derecho es evolutivo; una situación pudo no estar contemplada por la norma porque no existía fácticamente; nada impide que la regulación surja cuando la situación aparece, adaptando y moldeando las nuevas realidades.”*
- Echeguera, la necesidad de constituir una normativa radica en la inseguridad jurídica a la que se expone a los menores que surgen por las prácticas de turismo reproductivo¹⁵⁴.

En el panorama político, Albert Ribera¹⁵⁵, en su caso, Ciudadanos, es el único que apuesta a favor de una regulación que prevé la GS. Podemos y PSOE, se manifiestan contrarios, con afirmaciones como: *“La GS, es la mercantilización del cuerpo de la mujer”*¹⁵⁶

¹⁵²LAMM, Eleonora, “Gestión por sustitución.” Ob.cit: p: 40.

¹⁵³FERNÁNDEZ ECHEGUERAY, Laura. “Gestión por sustitución ” en: COMARES SL, 2015. pp 159-160.

¹⁵⁴En relación, con los problemas de inscripción en el RC, que derivan de las situaciones de GS, que despliegan efectos en España, así, como los que han surgido en Francia, respecto, a los menores, que se han visto retenidos en los países donde se practica la GS, por no tener documentos para viajar.

¹⁵⁵Ribera: *“Ya sé que hay gente a la que le cuesta entender que hay gente solidaria, pero la hay”, continuó. “¿Por qué no podemos donar vida? ¿Por qué no podemos ayudar a otras personas a ser padres libremente, siendo mayor de edad, sin remuneración y de manera voluntaria?” insistió. Y añadió: “Los niños no pueden esperar a las puertas de un registro civil, no hay derecho a que esos hijos no puedan ser inscritos o tengan dificultades en función de en qué provincia están. No hay derecho a que uno tenga que gastarse 150.000 dólares, hipotecarse e irse a Estados Unidos para ser padre o para ser madre”.*MATEO, J.J.“Ciudadanos quiere que la gestación subrogada sea altruista y solo para mayores de 25 años”. El país. 28/06/17.

¹⁵⁶MATEO, J.J.“Ciudadanos quiere que la gestación subrogada sea altruista y solo para mayores de 25 años”. El país. 28/06/17.

VII.-Conclusión

Para terminar, nos reafirmamos en la influencia que proyecta el Principio *Mater Semper Certa est* en nuestra sociedad. Independientemente de los siglos de lejanía que nos separan de la Roma clásica e imperial, vemos plasmado su legado en nuestras leyes. Lo que a priori podría parecer magnífico, no resulta tan beneficioso cuando esos principios se convierten en un lastre para seguir evolucionando jurídicamente. La realidad del principio *Mater Semper Certa est* es innegable, sin embargo, no debería entenderse como incompatible con otras posturas de determinación de la filiación materna. Si los Romanos, a pesar de hacer uso de este principio pudieron crear instituciones como la adopción, dirigidas a regular otros vínculos entre madres e hijos (institución que también hemos adoptado), no es lógico que nos neguemos a enriquecer nuestra legislación, ofreciendo como única respuesta a las nuevas realidades sociales la prohibición.

Además, existe en el plano jurídico un fuerte arraigo de la tradición romanística, que se muestra contraria a dar una respuesta positiva a las nuevas perspectivas que surgen en relación con la maternidad. En este sentido, todas las instancias judiciales de nuestro país han resuelto que la solución para la determinación de la filiación de los menores procedentes de GS, en caso de turismo reproductivo es:

- a) La vía estipulada por la LTRHA, consistente en la acción de reconocimiento de la filiación paterna.
- b) O la adopción, para el que no aportó sus gametos o los que no los aportaron.

Lo anterior nos muestra que no sólo queremos mantener vivos los fundamentos heredados de nuestros antepasados, sino también evitar enfrentarnos a las nuevas necesidades sociales por la conflictividad que pudiera producirse en un sector de la población. Pretendemos obviar los obstáculos con los que están tropezando los niños resultantes de estas técnicas, que son los principales afectados. El Derecho debe esforzarse en garantizarles un ámbito de protección a los menores y no delegarlo en los comitentes.

A modo conclusión:

PRIMERO: lo más igualitario y conveniente desde la perspectiva del menor es que se establezca legalmente su filiación con los comitentes basada en la voluntad procreacional; incluso cuando no haya aportación genética. Si hemos sabido adaptarnos a los nuevos modelos de familia, por ejemplo, regulando las uniones de hecho o legalizando el matrimonio homosexual; también debemos acomodarnos a nuevos modelos de filiación.

SEGUNDO: mantener la prohibición de GS pero modificando el precepto 10 de la LTRHA, que vincula la filiación al parto, introduciendo una regulación complementaria que permita la inscripción de los menores resultantes del turismo reproductivo. Esto, sin embargo, no solucionará las irregularidades que se cometan por la utilización de estas técnicas en países subdesarrollados que las avalen, donde sí puede estar dándose una explotación de la gestante y una comercialización de los menores.

TERCERO: Legislar a favor de la GS en nuestro país para aumentar sus garantías. Tomando como ejemplo la regulación británica, que es del todo garantista con la gestante y que podría contentar a la sociedad española que ve con malos ojos esta técnica.

Finalmente, la realidad es que estamos muy lejos de tener una regulación positiva propia. Aunque se está debatiendo actualmente en el congreso la propuesta de Ciudadanos para la regulación de la GS, no se esperan resultados satisfactorios para los apoyamos su ejecución en España. Debemos insistir y sostener que es una realidad sobre la que urge legislar, para ofrece otras soluciones que resuelvan los prejuicios que rodean la GS, así como los conflictos jurídicos que plantea.

VIII.-Anexo Bibliográfico

MONOGRAFÍAS, MANUALES Y ARTÍCULOS

1º Capítulo: *El colapso del "Dogma mater semper certa est"*

-Segundo Epígrafe: La Familia y la Filiación en el Derecho Romano

1.-ALVARADO CHACÓN, Joaquín. "La filiación en el Derecho Romano", en: Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, nº 5, 2009. ISSN 1856-7878

2.-BENEDITO MORANT, Vicente, "La atribución y determinación de la filiación, confluencias y divergencias de los ordenamientos civil y canónico." Programa de Doctorado en Derecho: Universidad de Barcelona, Tesis Doctoral 2016.

3.-BLANCH NOUGÉS, Juan Manuel, "La Filiación en el pensamiento jurídico romano: UERITATI LOCUM SUPERFORE.". Catedrático de Derecho Romano, Universidad San Pablo CEU

4.-BRAVO JIMÉNEZ, S. "Sobre el matrimonio entre hispanas y romanos: Cicerón de Oratore, I, 40, 183", en: Euphoros, Nº. 7, 2006.

5.-FERNÁNDEZ DE BUJÁN, Antonio. "Derecho Romano". Editorial Thomsom Aranzadi, 2017.

6.-IGLESIAS SANTOS, Juan, Derecho Romano, Historia e Instituciones, 11º ed, Barcelona, España, Editorial Ariel SA, 2007.

7.-MARTÍNEZ DÍEZ. Gonzálo, "la Filiación en el Derecho Histórico Español", en: Simposio sobre Paternidad y filiación, Organizado por: Institució Alfons el Magnànim y Institució Valenciana de Estudis i Investigació, Valencia 1985.

8.-MUÑOZ BONACIC. Gabriel. "EVOLUCIÓN DEL CONCEPTO FAMILIA Y SU RECEPCIÓN EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO"- Tesis Doctoral 2014, Facultad de Derecho de Chile.

9.-MUÑOZ CATALÁN, Elisa. "Las uniones extramatrimoniales ante la falta de co-nubium: fundamento jurídico de los impedimentos matrimoniales en la Roma clásica". Programa de Doctorado Universidad de Huelva, Tesis doctoral 2013.

10.- NIZAMA VALLADOLID, Medardo. "La Familia en el Derecho Romano y en el Orden normativo actual", en: Revista Jurídica "Docentia et Investigatio ". Facultad de Derecho U.N.M.S.M, Vol. 11, 25/12/09

11.-PANERO GUTIÉRREZ, Ricardo. "Derecho Romano." en: Editorial Tirant lo Blanch.2000.

12.-ROBLES VELASCO, Luis. "Unidades didácticas de Derecho Romano Privado". Editorial Tirant Lo Blanch 2010.

13.-SAMPER POLO, Francisco, Derecho Romano, 2 ed, Santiago, Chile, Editorial Universidad Católica de Chile.

14.-SANSÓN RGUEZ, M^a VICTORIA. " La Posesión constante del Estado de Hijo Legítimo" en: Estudios de Derecho Romano, en memoria de Benito M^a Reimundo Yanes. pp 459-506

-Tercer Epígrafe: Determinación de la filiación materna: "Mater Semper Certa Est"

14.-ARÁMBULA REYES, Alma. "Maternidad Subrogada", en: Servicio de investigación y Análisis, en Subdirección de política exterior, México DF. ISPE-ISS-14-08.

15.-CID LOPEZ, Rosa María. "Madres y maternidades, construcciones culturales en la civilización clásica". en: Krk ediciones, Oviedo 2009.

16.-DUARTE THER, Rosset Judith. " La maternidad en el código civil chileno". en: Universidad de Chile, memoria para optar a la licenciatura en Ciencias Jurídicas y sociales.- Fuente: SALSEDO PAULINA, Silvia. "Arrendimiento de útero", Edit. Jurídica Conosur, 1996.

17.-MARTINEZ DE MORENTIN LLAMAS, M. Lourdes."Régimen Jurídico de las presunciones.".En: DYKINSON, 2007

18.-OROZCO GUZMAN, Mario. "Madres e hijas y nuevas maternidades ". en: Dialnet, La ventana, nº 36, 2012.

19.-PALOMAR VEEA, Cristina. " Maternidad: Historia y Cultura". En: Dialnet, revista La ventana, nº 22 , de 2005

20.-RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco. "¿Mater semper certa est? Problemas de la determinación de la maternidad en el Ordenamiento Jurídico Español."

2º Capítulo: La nueva realidad sin legislar: La Maternidad por sustitución

-Cuarto epígrafe: La Maternidad por sustitución, ¿Compatible con el axioma de Paulo?

21.-FERNÁNDEZ ECHEGUERAY, Laura. "Gestación por sustitución " en: COMARES SL, 2015. pp 137-161

22.-FERNÁNDEZ-RIVERA GONZÁLEZ, Paz. "Mater semper certa est? Las instituciones familiares en el Derecho Romano y en el Derecho Vigente: Especial referencia a la determinación de la filiación en la maternidad subrogada. "

23.-IGAREDA GONZÁLEZ, Noelia."La Inmutabilidad Del Principio "Mater Semper Certa Est" Y Los Debates Actuales Sobre La Gestación Por Substitución En España". en: Universitas. Revista de Filosofía, Derecho y Política, nº 21, enero 2015, ISSN 1698-7950, pp. 3-19

24.-LAMM, Eleonora. "Gestación por sustitución: ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres". en: ISBN, 2013.

25.-LÓPEZ Y LÓPEZ, Maria Teresa. "INFORME DEL COMITÉ DE BIOÉTICA DE ESPAÑA SOBRE LOS ASPECTOS ÉTICOS Y JURÍDICOS DE LA MATERNIDAD SUBROGADA." -

26.-MENÉNDEZ SEBASTIAN, Paz y DE CASTRO MEJUTO, Saul Javier.-¿MATER SEMPER CERTA EST? LA MATERNIDAD SUBROGADA COMO SITUACIÓN GENERADORA DE DERECHOS LABORALES. PAUTAS DE URGENCIA PARA LA SOLUCIÓN DE UN INTRINCADO LITIGIO? en:Iustel. Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social 40 (2015), ISSN:1696-9626,núm.40,Mayo. pp 45-83

27.-VERDERA IZQUIERDO, Beatriz. "El principio de Igualdad ante el Derecho Privado:Una visión multidisciplinar" en: DYKINSON SL. 2013.

28.- VILAR GONZÁLEZ, Silvia. "Situación actual de la gestación por sustitución". en:Revista de derecho UNED, núm. 14, 2014.pp. 897-928.

-Quinto epígrafe: Derecho Comparado: La maternidad subrogada, desde el ámbito jurídico Internacional

29-GARCÍA AMEZ, Javier y MARTÍN AYALA, María, "TURISMO REPRODUCTIVO Y MATERNIDAD SUBROGADA" en: dialnet, Vol.27 Extraordinario XXVI Congreso 2017 | COMUNICACIONES.

30.- GONZÁLEZ MARTIN, Nuria y ALBÓRNOZ, M^a Mercedes. "Aspectos transfronterizos de la gestación por sustitución". en: D. R. © 2016. Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas. Anuario Mexicano de Derecho Internacional, vol. XVI, 2016, pp. 159-187 México, D. F., ISSN 1870-4654.

31.-LAMM, Eleonora, "Gestación por sustitución." en: InDret, Revista para el análisis del Derecho, Barcelona, Julio, 2012.

-Sexto epígrafe: Contrato de Gestación Subrogada

32.-BELLVER CAPELLA, Vicente. "Bellver Capella, V. (2015). ¿Nuevos derechos? Viejas explotaciones. El caso de maternidad subrogada internacional." SCIO(11), 19-52,

33.-BELLVER CAPELLA, Vicente.«Algunos creemos que toda maternidad subrogada instrumentaliza a la mujer». Entrevista en La Voz de Galicia, por Elisa Álvarez, el 25/05/17.

34.-MARTÍN CAMACHO, Javier. "Maternidad subrogada: una práctica moralmente aceptable.Análisis crítico de las argumentaciones de sus detractores". 2009.

35.-PERALTA, Laura. "Argumentos a favor y en contra del «vientre de alquiler»"-ABC, 15/02/17

36.-KEMELMAJER DE CARLUCCI, HERRERA y LLOVERA. "Tratado de derecho de familia", según el Código Civil y Comercial 2014, tomo II, Argentina, Rubinzal - Culzoni.

LEGISLACIÓN

-Estatal

- Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal
- Real Decreto de 24 de julio de 1889, texto de la edición del Código Civil
- Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida
- Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil.
- Decreto de 14 de noviembre de 1958 por el que se aprueba el Reglamento de la Ley del Registro Civil
- INFORME DEL COMITÉ DE BIOÉTICA DE ESPAÑA SOBRE LOS ASPECTOS ÉTICOS Y JURÍDICOS DE LA MATERNIDAD SUBROGADA

-Internacional

FRANCIA

- Comité Consultatif National d'Ethique de Francia
- Circulaire du 25 janvier 2013 relative à la délivrance des certificats de nationalité française —convention de mère porteuse— Etat civil étranger)
- Código civil francés

REINO UNIDO

- Surrogacy Arrangements Act
- Adoption and Children Act de 2002, la Human Fertilisation
- Embryology Act de 2008(HFEA)
- Fertilisation and Embryology (Parental order) Regulations de 2010

GRECIA

- Ley 3089/2002
- Ley 3305/2005

RUSIA

- El Código de Familia de la Federación de Rusia de 1995
- Ley Federal de salud, aprobada en noviembre de 2011
- La Ley Federal sobre los actos de Registro del estado civil de 1997
- La Orden n.º 67 del Ministerio de Salud Pública de la Federación de Rusia sobre la aplicación de las técnicas de reproducción asistida en el tratamiento de la infertilidad femenina y masculina del 26 de febrero de 2003

ILLINOIS

- Sección 12 de la Ley de Registros Civiles, Sección 6 de la Ley de Paternidad de Illinois de 1984 y la Ley de Gestación Subrogada

JURISPRUDENCIA Y OTRAS RESOLUCIONES

-Estatal

- Sentencia del Juzgado de Primera Instancia n.º 15 de Valencia, de 15 de septiembre de 2010 (num. 193/2010)
- Sentencia de la AP de Valencia, de 23 de noviembre de 2011 (núm. 8621/2011)
- Sentencia del Tribunal Supremo (TS) de 6 de febrero de 2014.
- Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 18 febrero de 2009
- Instrucción de 5 de octubre de 2010 sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución

-Internacional

- 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.
- Sentencia de la Gran sala del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en Sentencia de 24 de enero de 2017, ECHR 034 (2017). Paradiso. Campanelli Vs Italia.

WEBGRAFÍA

<https://proyectosocio.ucv.es/articulos-filosoficos/la-gestacion-por-sustitucion-aspectos-eticos-y-juridicos/>

<http://revistas.uned.es/index.php/RDUNED/article/viewFile/13293/12164>

<http://www.fundacionforo.com/pdfs/maternidadsubrogada.pdf>

<https://www.babygest.es/ley-sobre-gestacion-subrogada/#legislacion-espanola-en-maternidad-subrogada>

<https://books.google.es/books?hl=es&lr=&id=uZ-yrBAAAQBAJ&oi=fnd&pg=PA9&dq=gestaci%C3%B3n+por+sustitucion+origen&ots=gXE-7nWp4e&sig=0vcDUFXMGnEIg32YQdD361fEY18#v=onepage&q=gestaci%C3%B3n%20por%20sustitucion%20origen&f=false>
http://www.indret.com/pdf/909_es.pdf

http://www.abc.es/familia/padres-hijos/abci-argumentos-favor-y-contra-vientre-alquiler-201603210240_noticia.html

https://politica.elpais.com/politica/2017/06/27/actualidad/1498547026_594714.html

http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/116109/de-mu%C3%B1oz_g.pdf?sequence=1

http://diposit.ub.edu/dspace/bitstream/2445/108435/1/VBM_TESIS.pdf

<http://dspace.ceu.es/bitstream/10637/3493/1/403355%5B1%5D.pdf>

<https://ucnderecho2012.files.wordpress.com/2012/04/derecho-romano-francisco-samper-polo-parte-ii.pdf>

http://rabida.uhu.es/dspace/bitstream/handle/10272/6457/Las_uniones_extramatrimoniales.pdf

<http://www.unirioja.es/dptos/dd/redur/numero4/lopez.pdf>