

EFFECTOS JURÍDICOS DE LOS CONTRATOS DE MATERNIDAD SUBROGADA INTERNACIONAL EN ESPAÑA

*LEGAL EFFECTS OF THE INTERNATIONAL CONTRACTS OF SURROGATE
MOTHERHOOD IN SPAIN*

DRA. SARA ZUBERO QUINTANILLA
Acreditada como Profesor ayudante doctor (ANECA)
Universidad de Zaragoza
sarazq@unizar.es

RESUMEN: La gestación por sustitución tiene diferente tratamiento legal en los distintos países, mientras que unos la reconocen, de forma más o menos flexible, otros la prohíben de forma expresa, como es el caso de España. Sin embargo, pese a que en el Derecho español este tipo de contratos sean declarados nulos de pleno derecho, ello no impide que los futuros padres comitentes puedan desplazarse a aquellos lugares en que sí se permite esta técnica de reproducción para formalizarlos. Realidad la anterior que conlleva un problema jurídico con respecto al reconocimiento de la filiación de los menores en nuestro país. En este sentido, existen opiniones enfrentadas entre la Dirección General de Registros y Notariado y el Tribunal Supremo. Discrepancias que invitan a cuestionar la posibilidad de reformar la norma prohibitiva a fin de evitar interpretaciones y actuaciones contradictorias, fundadas en principios básicos de nuestro ordenamiento.

PALABRAS CLAVE: Maternidad subrogada, nulidad contractual, filiación, fraude de ley, orden público, interés del menor.

ABSTRACT: Surrogate pregnancy has different legal treatments in different countries. While some countries recognize it with more or less flexibility, others expressly forbid it, like it is the case in Spain. However, even though in Spanish law these types of contracts are declared null by law, this does not prevent that the future parents travel to those places in which this reproductive technique is allowed in order to formalize them. This reality has a legal problem when it comes to the recognition of the filiation of the minors in our country. In these instances, there are conflicting opinions between the General Registry and the Notaries, and the Supreme Court that invite to question the possibility to reform this prohibitive norm to avoid contradicting interpretations and actions based on basic principles of our legal system.

KEY WORDS: Surrogate Motherhood, Contractual Nullity, Filiation, Law Fraud, Public Order, Interest of the Minor.

FECHA DE ENTREGA: 06/06/2018 *FECHA DE ACEPTACIÓN:* 30/06/2018

SUMARIO: I. PROHIBICIÓN DE LOS CONTRATOS DE MATERNIDAD SUBROGADA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL.- II. LAS RESOLUCIONES CONFRONTADAS DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE REGISTROS Y NOTARIADO Y EL TRIBUNAL SUPREMO.- III. PERSPECTIVAS DE FUTURO. HACIA UNA POSIBLE REGULACIÓN DE LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN.- IV. CONCLUSIONES.

I. PROHIBICIÓN DE LOS CONTRATOS DE MATERNIDAD SUBROGADA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL

El ordenamiento jurídico español no admite los contratos de gestación subrogada. Desde la derogada Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre técnicas de reproducción asistida¹, este tipo de contratos son declarados nulos de pleno derecho, de conformidad con lo dispuesto en el apartado 1 de su artículo 10: “1. Será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna en favor del contratante o de un tercero”.

En la misma línea, la vigente Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida (LTRHA), sin hacer referencia específica a este tipo de contratos en su exposición de motivos, reproduce textualmente el artículo 10 de la Ley derogada mediante un precepto con el mismo ordinal y que, bajo el título de “gestación por sustitución”, mantiene la nulidad de pleno derecho de estos contratos. En este sentido, igual que su predecesora, afirma que el parto será el que determine la filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución (apartado 2), dejando a salvo el derecho del padre biológico a ejercer la acción de reclamación de paternidad (apartado 3).

Sin embargo, la normativa prohibitiva de los contratos de maternidad subrogada no es unánime. En Europa, países como Georgia, Rusia, Ucrania, Reino Unido, Grecia o, más recientemente, Portugal son ejemplos de ordenamientos jurídicos que, de forma más o menos restrictiva, habilitan estos contratos y, con ello, las técnicas reproductivas por medio de gestación subrogada. Lo mismo ocurre fuera del ámbito territorial europeo donde encontramos países cuyos ordenamientos jurídicos los habilitan. Así, en Estados Unidos, pese a no existir una legislación general aplicable a todos sus Estados, encontramos leyes especiales sobre la materia, como ocurre en California. De igual modo, Canadá dispone de leyes que favorecen los contratos de gestación subrogada, solamente en la provincia de Quebec se inadmite esta práctica declarándose nula la gestación subrogada. En la misma línea, otros países, como Tailandia, cuentan con normativa que con las condiciones, requisitos y limitaciones en ellas contenidas acogen esta forma de gestación.

¹ Ley objeto de modificación parcial por la Ley 45/2003, de 21 de noviembre, sobre técnicas de reproducción asistida, y derogada por la vigente Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida.

La regulación dispar de los contratos de gestación por subrogación en los diferentes países, unida a un proceso creciente de globalización que alcanza, entre otros, al ámbito sanitario y al jurídico, concretado en la evolución del Derecho de familia hacia la asunción de nuevos modelos familiares y de filiación² (familia troncal tradicional, familia de hecho, familias de homosexuales y familias monoparentales)³, ha propiciado una realidad hoy innegable, cual es el llamado “turismo reproductivo”⁴. Turismo reproductivo que ha incidido de forma evidente en las legislaciones internas de los países. En este sentido, aquellos países donde existen normas prohibitivas de esta técnica de reproducción se enfrentan a la problemática jurídica de reconocer o no la filiación reconocida en otros.

Por lo expuesto, la práctica de dicho turismo se concreta en una realidad que no es posible soslayar. Se afirma un vínculo familiar y una determinada filiación en el país de destino por parte de nacionales del país de origen. Sin embargo, a su regreso al país de origen se enfrentan a las consecuencias de un ordenamiento jurídico que no admite los contratos de maternidad por sustitución y, por consiguiente, a dificultades jurídicas en el reconocimiento de los vínculos adquiridos en el país de destino.

En nuestro país, esta situación de conflicto se planteó con ocasión de la pretensión de una pareja de dos hombres españoles, casados en Valencia, de inscribir en el Registro español los certificados de nacimiento que declaraban hijos suyos a unos mellizos nacidos en 2008, en San Diego (California), como consecuencia de un contrato de gestación subrogada. La negativa a la inscripción por el encargado del Registro Civil consular español en los Ángeles, propició, consecuencia de las distintas acciones interpuestas por afectados e interesados, una doctrina enfrentada entre la Dirección General de Registros y Notariados (en adelante DGRN) y el Tribunal Supremo (en adelante TS). Doctrina que será objeto de análisis en el siguiente epígrafe, dada la repercusión que han tenido ambas decisiones en la materia y que pervive en la actualidad.

² Cfr. LAMM, E.: “La importancia de la voluntad procreacional en la nueva categoría de filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida”, *Revista de Bioética y Derecho*, 2012, núm. 24, pp. 76-91. CORRAL GARCÍA, E.: “El derecho a la reproducción humana. ¿Debe permitirse la maternidad subrogada?”, *Revista de Derecho y Genoma Humano*, 2013, pp. 46-47, señala que se está utilizando la reproducción artificial de un modo incoherente con la finalidad para la que fue concebida científicamente y permitida legalmente. Las situaciones de maternidad o paternidad contempladas tienen en común que se concibe una vida sin que haya problemas naturales de fertilidad, solo imposibilidad de concebir.

³ A este respecto, GARCIA PRESAS, I.: “El Derecho de familia en España desde las últimas reformas del Código Civil”, en AA.VV.: *Actas del I Congreso Ibero-Asiático de Hispanitas Siglo de Oro e Hispanismo general* (coord. V. MAURYA., M. Y INSÚA CERECEDA), Pamplona, Publicaciones digitales del GRISO/Servicio de Publicaciones de la Universidad de Navarra, 2011, pp. 237-265, pone de relieve las transformaciones que en el Derecho de Familia se han producido por la nueva formulación social dada por la Constitución Española de 1978. Transformaciones que han afectado considerablemente al propio modo de entender la familia, con decisiones fundamentales en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio (Ley 11/1981) e, igualmente, en el modo de desarrollar el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio (Ley 30/1981). Ello junto a nuevos posicionamientos derivados de normas específicas.

⁴ Cfr. LAMM, E.: “Gestación por sustitución”, *InDret Revista para el análisis del derecho*, 2012, pp. 21-22.

II. LAS RESOLUCIONES CONFRONTADAS DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE REGISTROS Y NOTARIADO Y EL TRIBUNAL SUPREMO

La DGRN, mediante resolución de fecha 18 de febrero de 2009 dictada con ocasión del recurso interpuesto por los padres comitentes valencianos a la negativa de inscripción del encargado del Registro Consular, construye una novedosa doctrina. En su opinión, nada impide en la legislación registral inscribir una decisión que no sea idéntica a la que se adoptaría en España, pero que ha sido practicada por una autoridad competente con funciones equivalentes a las de las autoridades registrales españolas. Ello siempre que no produzca efectos contrarios al orden público internacional español. En este supuesto de hecho, la denegación de la inscripción podría suponer una discriminación, lo que entraría en contradicción con el artículo 14 de nuestra Constitución, en cuanto prohíbe cualquier discriminación por razón de sexo⁵, y el 7.3 de la Ley 14/2006 de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, en cuanto permite la filiación a favor de dos mujeres⁶.

Además, la resolución considera que, pese a que los contratos de gestación por subrogación están expresamente prohibidos en España, la norma no es aplicable a supuestos como el del caso que le ocupa. El fin último no es determinar la filiación de los nacidos en otro Estado bajo otras normas, sino resolver el acceso al Registro Civil de una filiación ya determinada conforme a otro derecho.

A todos los efectos, la resolución de la DGRN apela en sus fundamentos al interés superior del menor. Interés que aconseja la inscripción, pues de rechazarse se vulneraría el artículo 3 de la Convención sobre los derechos del niño, hecha en Nueva York el 20 de noviembre de 1989 (BOE núm.313 de 31 diciembre 1990), en vigor para España desde el 5 de enero de 1991⁷.

Las consideraciones anteriores, junto al resto de las contenidas en la propia resolución de la DGRN, le llevan a afirmar, en el fundamento de derecho quinto de

⁵ BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R.: “Hijos made in California”, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 3, 2009, p. 2, advierte que no es cierto que el artículo 14 de la CE sea contrario a que el artículo 7.3 de la Ley 14/2006 no pueda aplicarse a los matrimonios homosexuales integrados por varones y sí a los matrimonios homosexuales integrados por mujeres, debido a que se trata de situaciones distintas. En la misma línea, VÁZQUEZ MUIÑA, T.: “No se puede inscribir en el registro civil español la filiación surgida en el extranjero mediante gestación por sustitución. comentario a la STS 6 febrero 2014”, en *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 8, feb. 2018, p. 93.

⁶ El artículo 7.3 Ley 14/2006 de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida dispone que: “Cuando la mujer estuviere casada, y no separada legalmente o de hecho con otra mujer, esta última podrá manifestar conforme a lo dispuesto en la Ley del Registro Civil que consiente en que se determine a su favor la filiación respecto al hijo nacido de su cónyuge”.

⁷ Como señala la Resolución D.G.R.N. de 18 de febrero de 2009, en su fundamento de derecho quinto, párrafo cuarto: “...debe recordarse que el "interés superior del menor" al que alude el art. 3 de la Convención sobre los derechos del niño hecha en Nueva York el 20 noviembre 1989 se traduce en el derecho de dicho menor a una "identidad única", como ha destacado recientemente el Tribunal de Justicia de la Unión Europea...Este derecho ... a una identidad única se traduce en el derecho de tales menores a disponer de una filiación única válida en varios países, y no de una filiación en un país y de otra filiación distinta en otro país, de modo que sus padres sean distintos cada vez que cruzan una frontera...”.

la misma, que la certificación registral extranjera no vulnera el orden público internacional español⁸.

Con todo, esta resolución se matizó a través de una instrucción de la DGRN de fecha 5 de octubre de 2010, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución⁹, vigente en la actualidad. En ella se admite el traslado al Registro civil español de la filiación de los nacidos en el extranjero, mediante gestación por sustitución, en la forma acreditada en el extranjero¹⁰, exigiéndose a tal fin: 1. Presentación, ante las autoridades españolas, de sentencia o resolución judicial extranjera acreditativa de la filiación, 2. Comprobación de la renuncia de la mujer gestante a su patria potestad, mediante libre consentimiento, 3. Comprobación de la no vulneración del interés superior del menor.

En definitiva, para la DGRN la existencia de una resolución judicial dictada por tribunal competente del país de destino deviene en exigencia para realizar la inscripción de filiaciones surgidas de contratos de gestación por sustitución celebrados en terceros países¹¹.

Frente a esta doctrina, el TS, en STS de 6 de febrero de 2014 (JUR 247, 2014), reiterando las resoluciones que se oponen a la inscripción en el Registro Civil dictadas por el Juzgado núm. 15 de Valencia, en fecha 15 de septiembre de 2010, y por la Audiencia Provincial de Valencia, en fecha 23 de noviembre de 2011, con ocasión del recurso interpuesto por el Ministerio Fiscal contra la resolución de la DGRN de 2009, falla negando la inscripción registral al entender errónea la vía de inscripción propuesta por la DGRN. Resolución que, en 2015, fue corroborada por

⁸ Para DE VERDA Y BEAMONTE, J.R.: “La filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida (un análisis crítico de la experiencia jurídica española, treinta años después de la aprobación de la primera regulación legal sobre la materia)” en AA.VV.: *Principi, regole, interpretazione. Contratti e obbligazioni, famiglie e successioni. Scritti in onore di Giovanni Furguele* (coord. por G. Conte y S. Landini), Universitas Studiorum, 2017, p. 621; DE VERDA Y BEAMONTE, J.R.: “La filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida en España”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 8, feb. 2018, p. 30, la solución propuesta por la Instrucción no es correcta debido a que está creando una regla general que presta cobertura administrativa a un “turismo reproductivo”, que trata de eludir la aplicación del artículo 10 de la LTRHA. Norma que el autor considera de orden público en la medida en que responde al principio de que no pueden ser objeto de tráfico jurídico las facultades reproductivas y de gestación de la mujer.

⁹ («BOE» núm. 243, de 7 de octubre de 2010).

¹⁰ DE VERDA Y BEAMONTE, J.R.: “La filiación”, cit., p. 622, DE VERDA Y BEAMONTE, J.R., “La filiación”, cit., p. 30, considera que, aunque la Instrucción no pretenda atribuir ciertos efectos jurídicos a una institución prohibida por el Derecho español, está proponiendo la recepción sustantiva de la misma, lo que no parece admisible.

¹¹ En opinión de DÍAZ ROMERO, M.R.: “La gestación por sustitución en nuestro ordenamiento jurídico”, *Diario La Ley*, núm. 7527, 2010, pp. 12 y 13, la resolución judicial tiene la finalidad de controlar el cumplimiento de los requisitos de perfección y contenido del contrato conforme a la ley del país donde se formalizó, así como de la protección de los intereses del menor y los de la madre gestante, confirmando su plena capacidad jurídica y de obrar, la eficacia legal del consentimiento prestado, así como constatar la inexistencia de simulación en el contrato que encubra tráfico internacional de menores.

el Pleno del Alto Tribunal por medio de un Auto¹².

Los fundamentos de derecho en que se basa la sentencia se centran en la infracción del orden público español, puesto que el Tribunal entiende que no se respeta la legalidad de la LTRHA, y que el interés superior del menor, en el que basó su resolución la DGRN, no puede conseguirse infringiendo la norma, máxime cuando la propia Ley establece vías adecuadas para inscribir la filiación de menores. En consecuencia, el TS califica las actuaciones de la DGRN como fraude de ley y falla desestimar el recurso interpuesto contra la sentencia dictada en apelación por la sección décima de la Audiencia Provincial de Valencia.

A estos efectos, es de interés traer a colación lo dispuesto en el fundamento de derecho tercero de la STS de 2014, cuando afirma: “Consecuencia lógica de lo expuesto es que las normas aplicables a la gestación por sustitución o maternidad subrogada, en concreto el art. 10 de la LTRHA, integran el orden público internacional español”; “Lo expuesto lleva a considerar que la decisión de la autoridad registral de California al atribuir la condición de padres al matrimonio que contrató la gestación por sustitución...es contraria al orden público internacional español por resultar incompatible con normas que regulan aspectos esenciales de las relaciones familiares...”.

De igual modo, merece especial atención el fundamento de derecho quinto de la sentencia cuando dice: “La aplicación del principio de la consideración primordial del interés superior del menor ha de hacerse para interpretar y aplicar la ley y colmar sus lagunas, pero no para contrariar lo expresamente previsto en la misma. No hacerlo así podría llevar a la desvinculación del juez respecto del sistema de fuentes, que es contraria al principio de sujeción al imperio de la ley que establece el art. 117.1 de la Constitución”; “No obstante, este tribunal es consciente de que la decisión que ha adoptado no es intrascendente en este aspecto, y que puede causar inconvenientes a los menores cuya filiación se discute...La protección ha de otorgarse a dichos menores partiendo de las previsiones de las leyes y convenios aplicables en España, y de la jurisprudencia que los interpreta y aplica, tomando en consideración su situación actual...El propio artículo 10 de la LTRHA, en su párrafo tercero, permite la reclamación de la paternidad respecto del padre biológico,... Asimismo, figuras jurídicas como el acogimiento familiar o la adopción permiten la formalización jurídica de la integración real de los menores en tal núcleo familiar”.

Pese a lo expuesto, el fallo del Tribunal Supremo no es unánime, pues cuatro de los nueve magistrados formularon voto particular discrepante del acuerdo mayoritario. Los magistrados disidentes parten de que la técnica jurídica no es la de un conflicto de leyes, sino la del reconocimiento de una decisión adoptada por la autoridad administrativa del Registro Civil de California. Por consiguiente, la cuestión no se plantea en cuanto a la Ley aplicable, sino sobre el reconocimiento en España de un documento auténtico de autoridad competente.

¹² ATS 2 febrero 2015 (RJ 2015, 141).

Con esa premisa, los magistrados autores del voto particular afirman que no resulta aplicable el artículo 10 de la Ley 14/2006 al haber sido determinada la filiación por una autoridad extranjera. Denegar reconocimiento a esa decisión no permitiendo su inscripción solo cabría desde la constatación de que su contenido contraría el orden público español. Circunstancia que se niega por cuanto tal valoración no puede hacerse desde la contrariedad con la norma interna, sino desde la protección del interés superior del menor. Ello a través de una comprobación de cada caso concreto que impida su afección negativa, pues como interés superior que es, integra también el orden público¹³. En este sentido, este voto particular se aproxima a la tesis doctrinal de la DGRN que reclama el reconocimiento de la filiación.

A pesar de las discrepancias de las doctrinas analizadas¹⁴, cabe advertir que, sin embargo, permiten llegar a un mismo resultado, el de la inscripción de la filiación declarada en el extranjero. Por un lado, sin negar las contradicciones de la resolución de la DGRN¹⁵, no se puede obviar que tanto la resolución de 2009, como la instrucción de 2010, posibilitan resolver la inscripción declarada en el extranjero, consecuencia de contratos de maternidad por subrogación, cuando no existe vulneración del orden público internacional español¹⁶, a fin de salvaguardar el

¹³ Como señalan los puntos 3 y 5 del apartado segundo del voto particular de la STS 6 febrero 2014 (JUR 247, 2014): "...Lo que se somete a la autoridad española no es la legalidad del contrato, sino el reconocimiento de una decisión extranjera válida... La denegación de este reconocimiento solo podría producirse cuando se contraría el orden público entendido desde el interés superior del menor. El orden público en esta materia no debe valorarse desde la perspectiva de la contrariedad con la normativa interna, sino desde la consideración que merezca la tutela del interés del menor...". "Ciertamente es que este interés superior no impide que se produzcan situaciones como la descrita en la sentencia en un supuesto de acciones de impugnación de filiación, ni impide que los padres puedan desaparecer de la vida de los menores, física o jurídicamente. Ocurre que el interés en abstracto no basta y que, como se ha dicho...no hay orden público si en el caso se contrariaría el interés de un niño...".

¹⁴ De acuerdo con BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: "Paradojas de la vida", *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, vol. 2, núm. 3, 2014, p. 3, resulta paradójico que mientras el Ministerio Fiscal defendía la nulidad de las inscripciones, pidiendo la cancelación de una de ellas, y mientras nuestros Tribunales se pronunciaban en tal sentido, nuestro Registro Civil estuviese procediendo a las mismas, precisamente al amparo de una Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado.

¹⁵ Es razonable afirmar con FARNÓS AMORÓB, E.: "Inscripción en España de la filiación derivada del acceso a la maternidad subrogada en California". *Indret. Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 1, 2010, p. 16, que la DGRN, al huir de la rigidez del art. 10.1 de la LTRHA, ha abierto una vía irregular para dar respuestas a conductas prohibidas en el ordenamiento jurídico español, generando inseguridad jurídica en relación con menores nacidos en el extranjero mediante el recurso de una madre subrogada, pues una filiación determinada en un ordenamiento puede resultar ineficaz en otro ordenamiento.

¹⁶ Para BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: "Hijos", cit., p. 2, la resolución de la DGRN sí puede suponer un fraude de ley al habilitar defraudar la aplicación del artículo 10 LTRHA y es contraria al orden público internacional por ir contra los principios básicos de nuestro derecho. Por el contrario, CALVO CARAVACA, A.L., CARRASCOSA GONZALEZ, J.: "Gestación por sustitución y derecho internacional privado. Más allá del Tribunal Supremo y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, núm. 2, 2015, pp. 65 y 106, entienden que, pese a las carencias técnicas de la instrucción de la DGRN, la misma ha proporcionado un tratamiento jurídico correcto de estos supuestos. En ningún caso se ha legalizado la gestación por sustitución en el Derecho español por vía reglamentaria. La instrucción aborda problemas de Derecho

interés superior del menor. En la misma línea, se enmarca el voto particular de los magistrados disidentes que, coincidiendo con la decisión administrativa, reiteran que la valoración de la infracción del orden público español solo puede hacerse mediante una comprobación caso por caso y no mediante fórmulas genéricas. Todo ello a fin de que el interés del menor no quede gravemente afectado, ya que se trata de un interés superior y de orden público.

Por otro lado, la sentencia del TS, denegatoria de la inscripción, tampoco está exenta de alguna contradicción. Parte de la vulneración del orden público internacional español que supone la resolución de filiación extranjera, lo que impide su inscripción en el Registro Civil español, y afirma estar ante un supuesto de fraude de ley, subordinando el interés superior del menor a la Ley, al considerar que este no se defiende desde la infracción de la norma imperativa. Sin embargo, en aras de impedir los efectos negativos que la falta de inscripción conllevaría al menor, acude a soluciones alternativas que, con cobertura en nuestro ordenamiento, permiten: 1. La reclamación judicial de la paternidad sobre el menor por parte del progenitor biológico¹⁷, 2. La adopción o acogimiento familiar¹⁸.

Junto a lo anterior, cabe advertir que el tenor literal de la propia norma prohibitiva puede resultar incongruente, pues junto a la plena nulidad de derecho que el art. 10 de la Ley 14/2006 declara en su apartado primero, en el tercero, como ya vimos, dice: “Queda a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales”. Afirmación que supone abrir una

internacional privado, no de Derecho civil. Por ello, en opinión de los autores, la instrucción no potencia, ni fomenta, ni permite el fraude de la ley española, sino que trata de dar solución a casos en los que la filiación de los nacidos en el extranjero, tras una gestación por sustitución, ha sido legalmente fijada. Los autores consideran que solo hay vulneración del orden público internacional español si, en el caso concreto, ha existido tráfico de menores, explotación de seres humanos u otras prácticas similares.

¹⁷ A este respecto, NÚÑEZ BOLAÑOS, M., NICASIO JARAMILLO, I., PIZARRO MORENO, E.: “El interés del menor y los supuestos de discriminación en la maternidad subrogada, entre la realidad jurídica y la ficción”, *Derecho Privado y Constitución*, núm. 29, 2015, p. 256, afirman que la diferencia de trato tiene carácter sancionador para la mujer, que en supuestos como el analizado no se justifica en un interés social atendible más allá del regulado para el progenitor varón, lo que puede llevar a una diversidad de trato contraria al mandato igualitario del artículo 14 de la CE y al principio de no discriminación.

¹⁸ CALVO CARAVACA, A.L., CARRASCOSA GONZALEZ, J.: “Gestación”, cit, pp. 93 y 105, advierten que ambas vías de solución perjudican al menor, por un lado, nadie puede ser obligado a ejercitar una acción de reclamación judicial de la paternidad sobre el menor, y de no producirse dejaría sin padres al menor lo que no encaja con el interés del menor, por otro lado, la adopción no daría un mejor resultado que el reconocimiento de la filiación ya otorgada, tendría problemas de reconocimiento en el país otorgante de la filiación y al igual que la reclamación de la paternidad biológica, nadie puede ser obligado a adoptar, lo que igual que en el caso anterior no encaja adecuadamente con el interés del menor. Por ello, entre sus conclusiones afirman que el orden público internacional está constituido por los principios fundamentales del Derecho español entre los cuales goza de preferencia valorativa el principio del “interés del menor”. En la misma línea, LAMM, E., “Una vez más sobre gestación por sustitución, porque sin marco legal se siguen sumando violaciones a derechos humanos”, *Ars Iuris Salmanticensis*, vol. 4, 2016, p. 93, considera que la solución dada por el TS no garantiza derechos. Para la autora la adopción judicializa el post-nacimiento propiciando violaciones en distintos derechos del niño nacido.

vía legal a la inscripción de filiaciones nacidas en el marco de contratos de maternidad subrogada formalizados en países donde tienen reconocimiento legal e incluso en países que, careciendo de normativa en este ámbito, no prohíben expresamente la práctica de estos contratos. Ello de una forma parcial no exenta de opiniones críticas¹⁹.

En todo caso, una vez expuestos los dos puntos de vista, es de reseñar que la solución dada por la DGRN, así como la derivada del voto particular de la STS de 6 de febrero de 2014 (JUR 247, 2014), abogan por una idea de interés superior del menor en una línea más afín a la sustentada por el Tribunal Europeo de Derecho Humanos (TEDH). Ello en cuanto considera el interés del menor como uno de los valores que presiden el Derecho Internacional Privado, sin una aparente subordinación al respeto de la norma interna, como puede inferirse de la sentencia del TS cuando manifiesta que dicho interés no puede satisfacerse infringiendo la Ley.

El TEDH aborda los efectos jurídicos que en un Estado puede tener la declaración de filiación hecha en otro Estado, mediante las técnicas de gestación por sustitución con ocasión de diversas sentencias²⁰. En primer lugar, nos referiremos a dos sentencias de fecha 26 de junio de 2014 dictadas con ocasión de dos casos franceses: “Mennesson” (núm. 65192/11) y “Labassee” (núm. 65941/11) y, en segundo lugar, a una sentencia de fecha 27 de enero de 2015, dictada con ocasión del caso italiano “Paradiso-Campanelli” (núm. 25358/12).

Los dos primeros supuestos tratan de matrimonios de ciudadanos franceses, hombre y mujer, que contrataron en California los servicios de una madre subrogada en la que se implantaron embriones con aporte de material genético del padre comitente y que obtuvieron de la autoridad del país de destino la declaración de filiación correspondiente. El tercer supuesto trata de un matrimonio de ciudadanos italianos, hombre y mujer, que contrataron en Rusia los servicios de una mujer que gestó y dio a luz un bebé que, según el Derecho ruso, tiene la filiación de los padres italianos que no aportaron material genético. Cabe señalar que el óvulo tampoco fue aportado por la mujer gestante, sino por donante.

En estos supuestos, el país de origen (Francia e Italia), con arreglo a su derecho, no reconoció las filiaciones declaradas en el país de destino. A estos efectos, la doctrina

¹⁹ En esta línea, PEREÑA VICENTE, M.: “Autonomía de la voluntad y filiación: los desafíos del siglo XXI”, *Ius: revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, núm. 29, 2012, pp. 141 y 142, señala que la LTRHA tiene varias incoherencias, una de ellas se concreta en la propia redacción del art. 10 de la Ley que tras declarar nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, deja a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad del padre biológico, por lo que en el mismo artículo se consagra una nulidad que no es tal porque sí produce efectos a favor de la filiación paterna. Circunstancia que genera una diferencia de trato en relación con la mujer a la que no podrá reconocerse la maternidad genética, incluso aunque haya aportado su óvulo.

²⁰ Sobre los pronunciamientos del TEDH cfr. LAMM, E., RUBAJA, N.: “Parámetros jurisprudenciales en los casos de gestación por sustitución internacional. Los lineamientos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y sus repercusiones en el contexto global”, *Revista de Bioética y Derecho Perspectivas Bioéticas*, núm. 37, 2016, pp. 149-170.

sentada por el TEDH se concreta en que el no reconocimiento de la filiación declarada en el extranjero vulnera el art. 8 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (CEDH)²¹, siendo la defensa del derecho a la vida privada y el derecho a la identidad de los menores, que el precepto declara, los valores que salvaguardan el interés superior del menor²². Interés que, reiteramos, es uno de los principios inspiradores del Derecho Internacional Privado²³.

Con todo, debe advertirse que la tercera sentencia tiene la particularidad de no afectar a la decisión previa italiana de haber dado el hijo en adopción a otros padres distintos de los comitentes. Ello sobre la base de la actuación deliberadamente engañosa de estos últimos y la inexistencia de vínculo biológico (que si existía en los casos franceses)²⁴. En esta sentencia, si bien el TEDH sancionó al Gobierno de Italia por violación del art. 8 del CEDH, sobre la base de la rotura del vínculo familiar provocada por la privación de la custodia del menor, tal decisión fue revisada, en 2017, por la Gran Sala (único caso en el que hasta la fecha se ha pronunciado este órgano). La Gran Sala entendió que no se produjo dicha violación y estimó que, en este caso, no hubo rotura de la vida familiar, pues junto a no darse

²¹ De acuerdo con el artículo 8 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, Roma, 4.XI.1950: “1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia. 2. No podrá haber injerencia de la autoridad en el ejercicio de este derecho sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás”.

²² El TEDH se ha pronunciado en el mismo sentido con motivo de posteriores sentencias relativas a casos franceses: “Foulon” (núm. 9063/14) y “Bouvet” (núm. 10410/14), en julio de 2014, y “Laboire” (núm. 44024/13), en enero de 2017.

²³ Siguiendo a CALVO CARAVACA, A.L., CARRASCOSA GONZALEZ, J.: “Gestación”, cit., 2015, p. 104, en los casos internacionales, a diferencia de los que sucede en los nacionales, el Estado de origen debe decidir sobre una filiación legalmente creada en otro país, sobre una identidad del menor ya existente con arreglo a la ley de otro país y muchas veces amparada en una resolución judicial y/o registral extranjera, así como sobre una vida familiar ya existente. En tales supuestos el único modo en que el Estado de origen puede respetar la vida privada y la identidad del menor es mediante el reconocimiento de situaciones jurídicas legalmente creadas en el extranjero, reduciendo al mínimo la operatividad de la cláusula de orden público internacional como excepción a dicho reconocimiento. En la misma línea, DURÁN AYAGO, A.: “Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso *Menesson c. France* (núm. 65192/11) y caso *Labassee c. France* (núm. 65941/11), de 26 de junio de 2014 Interés superior del menor y gestación por sustitución”, *Ars Iuris Salmanticensis: AIS: revista europea e iberoamericana de pensamiento y análisis de derecho, ciencia política y criminología*, núm. 2, 2014, p. 241, resalta que el TEDH considera que el interés superior del menor es un concepto que debe configurarse de forma indubitada en el establecimiento de la filiación, haciendo posible desde el nacimiento del niño que su filiación quede acreditada, sin que ello pueda verse afectado por el diferente tratamiento normativo sobre la gestación por sustitución que haya en el país de residencia de los padres intencionales y donde residirá el menor.

²⁴ Como señala MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C.: “El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sobre *Maternidad Subrogada*”, *The family watch. Instituto Internacional de Estudios sobre la familia*, 2017, p. 3, las sentencias del TEDH tienen que ver más con la filiación que con la maternidad subrogada. De acuerdo con el autor, en sus decisiones resulta de importancia la existencia de un vínculo biológico, así como que haya habido una efectiva convivencia de los padres comitentes con el niño.

el vínculo biológico tampoco hubo verdadero vínculo familiar del niño con los padres comitentes. De este modo, entendió que no se produjo una injerencia ilegítima en la vida privada de dichos padres, sino una intervención acorde a las exigencias del precepto señalado.

En todo caso, nada desvirtúa el criterio de la preferente defensa y custodia de los intereses del menor que son superiores y, por ello, es obligado tener en cuenta como presupuesto y base de cualquier decisión que pudiera afectarlos²⁵.

III. PERSPECTIVAS DE FUTURO. HACIA UNA POSIBLE REGULACIÓN DE LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN

De lo expuesto en los epígrafes que anteceden se puede inferir que la posibilidad de reconocimiento y legalización de la gestación por sustitución en nuestro país sería objeto de una gran controversia. Además, se trata de una materia rodeada de connotaciones ideológicas, éticas y de reticencias sociales²⁶. Con todo, no podemos ser ajenos a la realidad social y a los efectos que la formalización de este tipo de contratos en otros países produce en nuestro ordenamiento jurídico. De este modo, pese a que las resoluciones analizadas no se pronuncian acerca de la maternidad subrogada, sino solo sobre la validez en España de la filiación reconocida en país en extranjero, se ha visto incrementada la preocupación por la necesaria regulación de esta técnica de reproducción asistida, debido a los avances científicos y a la evolución de los modelos de familia²⁷. Circunstancia que ha permitido plantear la necesidad de una respuesta legal de mayor alcance que la hoy existente.

²⁵ En este sentido, RAMÓN FERNÁNDEZ, F.: “La protección del menor en los casos de gestación por sustitución: Análisis de diversos supuestos prácticos”, *Revista sobre la infancia y la adolescencia*, 6, pp. 38-50, marzo 2014, p. 47. En la misma línea, LAMM, E.: “Gestación por sustitución. La importancia de las sentencias del Tribunal Europeo de derechos humanos y su impacto”, *Ars Iuris Salmanticensis*, núm. 2, 2014, p. 47, La autora afirma que a diferencia de la doctrina del TS, el TEDH fija claramente que el interés superior del niño está por encima del orden público. En opinión de DE VERDA Y BEAMONTE, J.R.: “La filiación, análisis crítico”, cit., p. 617, DE VERDA Y BEAMONTE, J.R.: “La filiación”, cit., p. 26, no puede considerarse que la posición de la legislación española sea contraria al interés del menor, pues no está dicho que lo mejor para él sea siempre el reconocimiento de la filiación respecto de los comitentes, en vez de respecto de la madre gestante, sin examinar las circunstancias del caso concreto. El autor considera que este hecho supondría posibilitar que los jueces crearan una regla general de atribución de la filiación contraria a lo legislado.

²⁶ De acuerdo con CASADO BLANCO, M. Y IBÁÑEZ BERNÁLDEZ, M.: “Reflexiones legales y éticas en torno a la maternidad subrogada”, *Revista española de medicina legal*, 2014, p. 62, son muchas las variables a tener en cuenta en esta materia, basadas en la variabilidad de circunstancias clínicas, y de valores de las personas, a las que añadir otras como la edad de la madre subrogada, la identidad de género, la ayuda económica, la explotación de mujeres, el derecho de las mujeres al uso libre de su cuerpo y los derechos de los recién nacidos.

²⁷ Parece razonable afirmar con PÉREZ MONGE, M.: “Cuestiones actuales de la maternidad subrogada en España: Regulación versus realidad”, *Revista de Derecho Privado*, 2010, p. 64, que la realidad de que algunos españoles ya han sido padres mediante la maternidad por sustitución, unido a la demanda de algunos grupos, si bien minoritarios, así como algunos médicos en Congresos especializados, permite pensar en una posible reforma en esta materia dirigida a permitir la maternidad de sustitución. En esta línea, autores como VELA SÁNCHEZ, A.J.: “Problemas prácticos

En este complejo marco jurídico-ético-social, es de interés referirse al informe del Comité de Bioética de España sobre los aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada, emitido el 19 de mayo de 2017. Informe que se estructura en cinco apartados: Introducción; Parte I sobre gestación subrogada: clasificación, condiciones para el debate y aspectos científicos; Parte II sobre aspectos éticos; Parte III sobre aspectos jurídicos y políticos y Conclusiones.

En su introducción se pone de manifiesto el incremento y la internalización de esta práctica en los últimos quince años. Circunstancia que unida a la legislación española, que prohíbe con nulidad de pleno derecho la maternidad subrogada y, el hecho de que el Derecho español no ofrezca una respuesta uniforme respecto a la inscripción de la filiación de los hijos habidos a través de ella, al concurrir disparidades de criterios entre la DGRN y el TS que generan inseguridad jurídica, motivaron la decisión del Pleno del Comité, en sesión celebrada el 6 de septiembre de 2016, de elaborar el informe al que nos referimos.

En la primera parte, tras exponer el proceso de gestación subrogada y aludir a las múltiples formas en las que puede ser llevada a cabo, el informe fija las reglas para afrontar un debate bioético de la maternidad subrogada, asumiendo como terminología más adecuada, e indistinta, los términos: “maternidad subrogada” y “gestación subrogada”. De igual modo, evita centrar el debate sobre casos concretos, que si bien su conocimiento contribuye a una mejor comprensión de la problemática pueden condicionar el juicio de valor, de convertirse en el único soporte del debate, así como huye de las descalificaciones ideológicas, que no hacen posible valorar objetivamente las diferentes posturas sobre esta práctica.

Esta parte del informe termina aludiendo a los aspectos biológicos y psicosociales que surgen de la relación madre-hijo durante la gestación y cuya toma en consideración es necesaria para tener una visión completa y objetiva de las consecuencias que una regulación sobre esta materia puede tener para las partes implicadas.

Con respecto a la segunda parte del informe, el mismo constata la existencia de regulaciones dispares sobre maternidad subrogada en los distintos países. Hecho que evidencia la casi imposibilidad de alcanzar un acuerdo universal en la materia. En

del convenio de gestación por sustitución o maternidad subrogada en nuestro ordenamiento”, *Revista de Derecho de Familia*, 2011, p. 69, entienden que para evitar fraudes de ley, solventar problemas de infertilidad no salvables mediante las disposiciones de la LTRHA y favorecer la paternidad biológica, debería regularse esta práctica, de acuerdo con las premisas de la Instrucción de la DGRN y de algunas legislaciones extranjeras. Del mismo autor, vid. también “La gestación por sustitución o maternidad subrogada: el derecho a recurrir a las madres de alquiler. Cuestiones que suscita la Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución”, *Diario La Ley*, núm. 7608, 2011, pp. 1-14/ “Propuesta del convenio de gestación por sustitución o de maternidad subrogada en España. El recurso a las madres de alquiler (1). A propósito de la Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010”, *Diario La Ley*, núm. 7621, 2011, pp. 1-15/ “De nuevo sobre la regulación del convenio de gestación por sustitución o de maternidad subrogada en España. A propósito de la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 23 de noviembre de 2011”, *Diario La Ley*, núm. 7815, 2012.

consecuencia, en el informe se advierte que sus autores se centran en la valoración ética que debe hacerse de la maternidad subrogada en las sociedades pluralistas y democráticas, como la española, y en la respuesta jurídica que nuestro ordenamiento debería dar.

De este modo, el informe plantea si en la actualidad sigue siendo de interés vincular gestación y maternidad a fin de conservar o no, en la organización social, el principio de Derecho romano "*mater semper certa est*", por el que la gestante del niño es su madre legal. Ello habida cuenta de la irrupción de las TRHA que permiten separar la maternidad genética y la biológica. En este sentido, del debate entre la primacía del vínculo materno-filial por voluntad procreativa o por causas biológicas, el informe se decanta por el segundo como el más idóneo para el arraigue del deseo de maternidad y de asunción de las responsabilidades que derivan de tal decisión.

En esta misma parte del informe se presta especial atención a las personas que en la maternidad subrogada resultan más afectadas, cuales son la mujer portadora y el niño. En relación con la mujer, con independencia de la forma de gestación subrogada que se adopte (altruista o comercial), se evidencia un conflicto de intereses entre la gestante y los comitentes que puede llevar a inaceptables formas de explotación de las mujeres. Circunstancia que, de acuerdo con el Comité, no permitirían justificar situaciones especiales en las que esta forma de gestación pudiera resultar lícita. En lo que se refiere al interés superior del menor, la disyuntiva de la que se parte es saber si es la gestación o la voluntad reproductiva la que proporciona las condiciones más adecuadas para ser padres y asumir las responsabilidades sobre los hijos. En opinión del Comité, la importancia de la gestación en el proceso reproductivo y en la vida del ser humano no debe relativizarse, por lo que el vínculo biológico debe protegerse. Por ello, y a fin de evitar potenciales riesgos sobre el hijo (tráfico de niños, su cosificación y la de la propia reproducción), defiende la prohibición legal existente en España como fórmula, que, en el momento actual, garantiza de una mejor manera la seguridad jurídica del niño y la no explotación de la mujer.

En cuanto a la tercera parte del informe, se presta especial atención a la regulación que de la maternidad subrogada se ha hecho a nivel internacional. En primer lugar, se hace referencia a los Organismos y Organizaciones internacionales que se han ocupado de la maternidad subrogada. Así, la Organización de Naciones Unidas, la Conferencia de la Haya sobre Derecho Internacional Privado, El Consejo de Europa o la propia Unión Europea que, a través de distintos documentos (Convenciones o Informes), han advertido de las graves amenazas que sobre los derechos humanos suponen los acuerdos de gestación subrogada internacional y condenan su práctica en cuanto resultan contrarios a la dignidad humana de la mujer, recomendando su prohibición. En segundo lugar, se constata la diversidad, complejidad, variabilidad e inseguridad que de la regulación de la maternidad subrogada hay en el mundo. En opinión de los miembros del Comité, esta realidad configura un escenario propicio a situaciones de gran desprotección e incluso explotación de la mujer gestante, así como un peligro de tráfico de niños. En este sentido, el nivel de protección de las partes afectadas en este tipo de maternidad se

acaba determinando por los países con regulaciones más laxas, al ser los que facilitan en mayor medida satisfacer la demanda de estas prácticas.

En esta parte del informe también se aborda la situación jurídica en España, exponiendo el régimen legal actual, y se hace referencia a la doctrina del TEDH fijada a partir de las sentencias a las que nos hemos referido en el epígrafe anterior. De ellas se destacan, entre otros aspectos, la preferencia que dicho tribunal concede al interés superior del niño que ha de ser el que guie cualquier decisión que pueda afectarle. Afirmación que no excluye, como refleja la Gran Sala con ocasión del recurso a la sentencia pronunciada por el TEDH en el caso “Paradiso y Campanelli”, declarar que en la maternidad subrogada internacional no siempre existen los hechos consumados que obliguen a los jueces admitir, en todo caso, filiaciones obtenidas en el extranjero en violación de normas internas.

Todo lo expuesto permite al Comité hacer una serie de apreciaciones sobre la regulación de la filiación de los niños nacidos de gestación por sustitución. Estas se concretan en afirmar la falta de claridad existente que resuelva la colisión que se produce entre el interés superior de los menores habidos por gestación subrogada internacional y las normas de los Estados que prohíben la maternidad subrogada. Por dicho motivo, las resoluciones judiciales habidas, tanto del TS como del TEDH, son la base de una línea de resolución de supuestos concretos análogos más que la afirmación de criterios de general aplicación. Por otra parte, afirma que la situación irregular en nuestro país, en lo relativo a la inscripción registral de los niños resultado de la maternidad subrogada internacional, entre el TS y la DGRN, se mantiene al día de la fecha. Situación que para el Comité debería haber quedado resuelta tras la sentencia del TS de 2014 y su Auto de 2015, exigiéndose a las autoridades administrativas y a los ciudadanos el respeto a la Ley vigente con la interpretación dada por el TS.

La parte tercera del informe concluye con un análisis crítico de los tres modelos reguladores de la maternidad subrogada, cuales son: 1) Aceptar la maternidad subrogada como una manifestación de la autonomía de las mujeres y recurso idóneo para satisfacer el deseo aquellas personas que queriendo tener un hijo no pueden; 2) Aceptar únicamente la maternidad subrogada altruista como recurso para atender el deseo de las personas que quieren tener un hijo pero no pueden gestarlo; 3) Mantener la nulidad de los contratos de gestación por sustitución a nivel nacional.

Los dos primeros modelos son objeto de una valoración negativa en el informe. El primero en cuanto que ante la ausencia de un marco normativo garantista de carácter internacional si se admitiesen dichas prácticas supondría complicidad, aunque fuera indirecta, con la explotación de la mujer. El segundo porque el núcleo esencial de la familia y de los roles biológicos que coexisten en ella, produciéndose duplicación de estos (abuela y a la vez madre, tía y a la vez mare, etc.) pueden afectar no solo a la institución familiar, sino también al propio interés superior del menor. Además, la admisión de esta forma de maternidad subrogada no impediría seguir acudiendo a la subrogación lucrativa en el extranjero. Por el contrario, el tercer modelo, avalado por la mayoría de los países de nuestro entorno, en cuanto es

considerado la mejor forma de salvaguardar la dignidad de la mujer y el interés superior del niño, es el recomendado por los miembros del Comité.

Con apoyo en el principio de prudencia sus miembros recomiendan, antes de abordar una regulación en esta materia, una previa valoración de las consecuencias prácticas de leyes que han aprobado la gestación por subrogación en países de nuestro entorno. Principio de prudencia que, por otra parte, encuentra cobertura legal en la regulación de otras materias, como es el caso de la Ley 13/2011 de 4 de octubre, General de Salud Pública, o en la Ley 17/2011, de 5 de julio, de seguridad alimentaria y nutrición.

El Comité entiende que la situación actual no puede sostenerse de forma indefinida y exige una respuesta eficaz del legislador, proponiendo garantizar la determinación legal actual, que no es otra que la nulidad de los contratos de gestación subrogada, independientemente del lugar en que se celebren, para evitar la explotación de las mujeres y la lesión del interés superior del niño.

Finalmente, en el último apartado del informe dedicado a las conclusiones, el Comité reitera las sólidas razones que existen para rechazar la maternidad subrogada, entendiendo la mayoría de los miembros que “todo contrato de gestación por sustitución entraña una explotación de la mujer y un daño a los intereses superiores del menor”. Aunque recuerdan que no son legisladores, ni un órgano de asesoramiento técnico-jurídico, recomiendan que una futura reforma de la Ley vigente, que estiman necesaria, debería orientarse sobre tres criterios fundamentales: 1º) Principio de mínima intervención, que podría materializarse aplicando la nulidad de estos contratos a los celebrados en el extranjero, para lo cual podrían considerarse medidas sancionadoras a las agencias dedicadas a esta actividad, e incluso de resultar insuficientes considerar otras; 2º) Defender, en el seno de la comunidad internacional, una prohibición universal de la maternidad subrogada; 3º) Velar por una transición segura que no deje desprotegidos a los niños nacidos por este sistema, garantizando que su filiación en el extranjero se realice conforme a la doctrina del TS.

Con todo, cabe advertir que pese a la amplia mayoría con la que se respalda el informe, se emitió un voto particular por un de los miembros del Comité. Voto particular que, si bien expresa la coincidencia de su autor en lo básico con el criterio mayoritario, recuerda que en sí misma la técnica no está prohibida y, por ello, su utilización no lleva aparejada sanción para las personas directamente involucradas (madre gestante y padres comitentes).

El autor del voto, si bien reconoce que la maternidad subrogada no está exenta de riesgos, señala que también puede tener valores positivos (resolver el deseo de ser padres de quienes están imposibilitados). Dentro de un conjunto de principios y reglas que prevengan o reduzcan de forma eficiente los riesgos de desviaciones o prácticas corruptas, se puede permitir al legislador una vía a la maternidad subrogada. Ese marco legal podría tener como efecto que la mayor parte de estas prácticas se realizasen en nuestro país con un mayor control en materia de salud, a la

vez que posibilitar ser más contundentes en categorizar como fraude de ley las prácticas realizadas en el extranjero. Ello siempre que la norma garantice adecuadamente los intereses legítimos de los hijos nacidos, complementado con normas relativas a las agencias de intermediación, a fin de reducirlas a entidades mixtas o sin ánimo de lucro.

De todo lo expuesto observamos que el informe del Comité realiza un juicio negativo a la maternidad subrogada y avala su prohibición. Asimismo, reconoce que la situación de contradicción actual entre los criterios de la DGRN y el TS no puede sostenerse y aconseja una solución legislativa reiterativa de la nulidad de los contratos vigente. Por ello, recomienda una modificación legislativa que permita una mayor eficacia de la nulidad declarada con extensión de sus consecuencias a los contratos de subrogación internacional. Ello complementado con un régimen sancionador que se circunscribiría a las agencias de intermediación para impedir que ejerzan sus actividades con impunidad. Con todo, consideramos que el informe y sus conclusiones no terminan de resolver la problemática derivada de este tipo de prácticas y los conflictos que sobre reconocimiento de filiación se produce por la subrogación internacional. Sin perjuicio de que reconozcamos virtudes innegables al informe, en cuanto reflejo de una realidad compleja, contradictoria y susceptibles de generar graves riesgos de explotación degradante de la mujer y un latente peligro de tráfico y cosificación de menores, no es menos cierto lo utópico de una propuesta basada en una universal declaración de nulidad de estos contratos y, con ello, en una pretendida asunción por la totalidad de países de prohibir su práctica.

En nuestra opinión, es posible que pudieran resultar más objetivos algunos planteamientos expuestos en el voto particular que parten de la realidad de la existencia internacional de los contratos de maternidad subrogada, que no es posible desconocer, y cuya práctica deriva en consecuencias jurídicas que afectan al país que, en su normativa nacional, los prohíbe. Además, como también se argumenta en el voto particular, no puede desconocerse que, pese a las reiteradas prohibiciones de estas prácticas en diferentes regulaciones, como ocurre en nuestro país, aquellas no van acompañadas de un régimen sancionador propio. No debe olvidarse que estas prácticas están permitidas y reguladas en el país de destino, donde se obtiene, por las autoridades judiciales o administrativas, una filiación causante del conflicto jurídico en cuanto pretende inscribirse en el país de origen, cuya norma no las admite.

En estas circunstancias es unánime la salvaguarda del interés del menor nacido, que debe presidir cualquier decisión que le afecte, así como el respeto a la dignidad de las mujeres, lo que no impide resolver, a nivel legal, la problemática de las filiaciones declaradas en el extranjero mediante maternidad subrogada. En este sentido, en nuestro ordenamiento la entrada en vigor de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil, publicada en el BOE de 22 de julio de 2011²⁸, podría dar respuesta a

²⁸ La entrada en vigor está prevista, en los términos de la disposición final décima, el 30 de junio de 2018. No obstante, cabe señalar que, en abril de 2018, la Comisión de Justicia del Congreso de los Diputados acordó prorrogar 2 años la entrada en vigor de la Ley 20/2011 del Registro Civil, hasta el 30 de junio de 2020. Vid. <https://confilegal.com/20180421-la-comision-de-justicia-acuerda>

la problemática planteada. Esta Ley atribuye carácter normativo, al mismo nivel jerárquico de la Ley 14/2006, a las soluciones administrativas dadas por la DGRN de 2010.

En ella se introduce un Título X donde se recogen las normas de Derecho internacional privado que regulan cómo deben realizarse los asientos en el Registro Civil a que den lugar las relaciones de Derecho internacional privado. Por ello, la filiación de los hijos habidos en el extranjero, mediante un contrato de gestación por sustitución, es una materia que deberá regularse por esta norma. A estos efectos, debería entenderse desplazada la Instrucción de la DGRN de 2010, al menos en lo que se opusiera a esta Ley, en virtud del principio de jerarquía normativa. Serán los requisitos de los artículos 96 y 98 de la Ley 20/2011 los que deban aplicarse, respectivamente, para que puedan acceder al Registro Civil español resoluciones judiciales extranjeras o certificaciones de asientos extendidos en registros extranjeros.

El contenido de esta Ley, sin acoger expresamente los requisitos de la Instrucción de 2010, aporta soluciones similares en cuanto se centra en comprobaciones de carácter formal y no de carácter material del hecho inscrito y, con ello, parte de la no aplicación del artículo 10 de la Ley 14/2006 a estos efectos. Para algunos autores, la Ley 20/2011 podría suponer un paso previo hacia la legalización de los contratos de gestación por sustitución²⁹.

En todo caso, es de prever que esta Ley no resolverá la polémica doctrinal y social que en esta materia deriva de las posiciones contrarias expuestas por las decisiones administrativas de la DGRN y por las decisiones judiciales de los tribunales. Ahora bien, su entrada en vigor podría llegar a modificar la postura de los tribunales en lo relativo a considerar un fraude de ley, y, con ello, una actuación contraria a nuestro ordenamiento jurídico, la inscripción en España de una filiación adquirida por gestión subrogada internacional³⁰. Con el cumplimiento de los requisitos fijados se dará respuesta a una norma legal de igual rango jerárquico que la Ley 14/2006 dejando claro, a ese nivel normativo, la inaplicabilidad, que no derogación, del art. 10 de dicha Ley.

En relación con la posibilidad de reconocimiento y legalización de la gestación por sustitución en nuestro país, también es necesario referirnos a la Proposición de Ley

²⁹ ALBERT MÁRQUEZ, M.: “Los contratos de gestación de sustitución celebrados en el extranjero y la nueva Ley del Registro Civil”, *Diario La Ley*, núm. 7863, 2012, p. 9, opina que la nueva regulación tiene muchas posibilidades de significar de hecho, la legalización en nuestro ordenamiento de la gestación de sustitución realizada en aquellos países donde ésta es legal, así como puede significar un primer paso hacia la legalización de los contratos de gestación de sustitución en Derecho nacional.

³⁰ En sentido contrario, VÁZQUEZ MUIÑA, T.: “No se puede inscribir en el registro civil español la filiación”, cit., pp. 93 y 94, opina que esta situación no variará con la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil, al exigir los artículos 96 y siguientes de la misma que la inscripción no sea manifiestamente incompatible con el orden público español, tanto en el reconocimiento de certificaciones registrales como de resoluciones judiciales extranjeras, se inste control incidental o *exequátur*.

reguladora del derecho a la gestación por subrogación³¹ que, en septiembre de 2017, presentó en el Congreso el grupo parlamentario Ciudadanos. Proposición que tiene por objeto proteger la libertad y la autonomía privada de las personas garantizando los derechos reproductivos de quienes hayan agotado o sean incompatibles con las técnicas de reproducción humana asistida permitidas. Con ello se superaría la situación generada por la Instrucción de la DGRN de 2010 que posibilita la continuidad de la relación de filiación en nuestro país y deja sin contenido la nulidad del contrato de gestación por sustitución previsto en la LTRHA, según señala la exposición de motivos de la Proposición.

Esta Ley se estructura en siete capítulos, una disposición derogatoria y cuatro finales. A continuación, nos centraremos en la exposición y análisis de los aspectos de cada capítulo que consideramos más destacables.

La gestación por subrogación, conforme lo dispuesto en el primer capítulo de la Proposición de Ley, podrá llevarse a cabo siempre que sea sin ánimo de lucro (sin perjuicio de compensación resarcitoria previamente establecida) y de manera solidaria entre personas libres e iguales. Ello al objeto de enriquecer las formas en que los ciudadanos disfrutan de la familia y del fomento de la natalidad. Los requisitos para que pueda llevarse a cabo dicha práctica son: 1. Posibilidades razonables de éxito, sin riesgos grave para la salud de la mujer gestante, o su futura descendencia, y consentimiento libre y consciente; 2. El progenitor o progenitores subrogantes deben haber agotado o ser incompatibles con las técnicas de reproducción asistida; 3. Ausencia de vínculo de consanguinidad entre la mujer gestante y los progenitores subrogantes; 4. Utilización auxiliar de técnicas de fecundación in vitro o afines.

A todos los efectos, la protección de una mayor autonomía de la voluntad de las partes, con respecto a la familia, no puede suponer un indicio de mercantilización o comercialización del proceso. Por dicho motivo, toda norma que pretenda regular esta técnica de reproducción debería contemplar necesariamente varias limitaciones para el acceso de las partes a dicha práctica. Sin embargo, el problema principal se encuentra precisamente en la elección de dichos límites. En este sentido, cabe señalar que, pese a la regulación de la maternidad subrogada, en su modalidad altruista³², dicho carácter no garantiza el total consentimiento libre e informado de las partes intervinientes, sobre todo el de la madre gestante.

Junto a la anterior afirmación, sobre el carácter altruista de la práctica es preciso hacer alusión al requisito tercero de la Proposición, que excluye como madres gestantes a aquellas personas que tengan un vínculo de consanguinidad con los comitentes. Un supuesto que, llegado el caso, podría parecer más fácil de valorar

³¹ BOCG 12 B-145-1.

³² Como advierte SERNA MEROÑO, E.: “Las técnicas de reproducción humana asistida: Limitaciones para su práctica”, *Derecho Privado y Constitución*, núm. 26, 2012, p. 293, la admisión de contratos onerosos vulnera el más elemental derecho a la dignidad de la persona porque el cuerpo de la mujer pasa a ser utilizado por aquellas personas que pueden pagarlo, y manipulado como un instrumento para dar satisfacción a los intereses de quien paga.

como de carácter altruista es aquel en que una madre, hermana, prima, entre otros familiares, se pone a disposición de los progenitores subrogantes para formalizar un contrato de gestación por sustitución, tal como lo prevé la legislación portuguesa a la que nos referiremos más adelante. En este sentido, el informe del Comité de Bioética que hemos analizado señala, con respecto a la donación de órganos, que las donaciones altruistas de personas vivas sin relación de parentesco con el receptor tienen un porcentaje muy bajo. De este modo, si bien es cierto que los vínculos de consanguinidad generan importantes conflictos respecto de los roles familiares, no es menos cierto que el excluir estos supuestos limita en gran medida la aplicación de esta técnica de reproducción.

El segundo capítulo de la Proposición se centra en los sujetos intervinientes y el contrato de gestación. Por un lado, una mujer, para poder gestar al hijo de terceros, ha de ser mayor de 25 años y menor de la edad fijada para que la gestación pueda realizarse con éxito; debe tener capacidad jurídica y de obrar; buen estado de salud físico y mental; haber gestado con anterioridad un hijo sano; disponer de una situación económica y familiar adecuada para poder afrontar en condiciones adecuadas la gestación; tener nacionalidad española o residencia legal en España; no tener antecedentes penales o de abuso de drogas o alcohol; y no haber sido gestante por subrogación en más de una ocasión. Requisitos que deberá cumplir con la antelación máxima de un mes a la celebración del contrato. Por otro lado, toda persona que quiera ser progenitor subrogante deberá haber agotado o ser incompatible con las restantes técnicas de reproducción asistida, así como aportar su propio material genético. Además, son requisitos necesarios tener plena capacidad jurídica y de obrar, ser mayor de 25 y menor de 45, tener nacionalidad española o residencia legal en España y acreditar la capacidad, aptitud y motivación adecuadas para ejercer la responsabilidad parental.

Respecto a las condiciones en que una mujer puede ser gestante, pese a que el requisito de la maternidad anterior pudiera parecer adecuado, a fin de que la misma tenga un conocimiento certero del proceso de gestación y de las repercusiones que el mismo supone en su organismo al momento de prestar su consentimiento, no otorga garantías absolutas. Ello debido a que no pueden asegurarse iguales efectos en cada uno de los embarazos. En la Proposición también se alude a los derechos de la mujer a gestar siempre que no aporte material genético propio, indicación que no impide que la gestante pueda desarrollar un estrecho vínculo con el futuro bebé. En cuanto a los requisitos de los padres biológicos, es reseñable la opción del recurso a dicha práctica como única vía de procreación posible, así como el aporte de material genético, ya sea propio o de donante. En cualquier caso, siempre estará latente el mencionado vínculo biológico y afectivo que, durante el periodo de gestación, surge entre la madre y el niño, el cual puede llegar a afectar a su voluntad inicial.

Como señala la Proposición, una vez se cumplan los requisitos por ambas partes, y no exista entre ellos relación de subordinación económica entre ellos (laboral o prestación de servicios), el contrato deberá otorgarse ante Notario, previa realización de la técnica de reproducción. En él constará: la identidad de los intervinientes; su consentimiento informado, libre, expreso e irrevocable; los

conceptos por los que la gestante puede percibir una compensación económica; las técnicas de reproducción asistida que se emplearán; información sobre el seguro a la gestante; responsables médicos que seguirán el proceso; lugar del parto y circunstancias en que los progenitores subrogantes se harán cargo del hijo o hijos; así como la designación del tutor. Formalizado el contrato deberá ser inscrito en el Registro General de Gestación por Subrogación.

La formalización de este tipo de contratos ante fedatario público pretende ayudar a garantizar transparencia al proceso al ser los encargados de verificar el cumplimiento de los requisitos previstos en la Ley por las partes intervinientes. La previsión acerca de la prohibición de celebración de contratos entre personas que tengan relaciones de subordinación económica responde a la lógica de salvaguardar, en todo caso, el libre consentimiento de todas las partes implicadas en los contratos de maternidad subrogada.

En el tercer capítulo, dedicado a la fecundación, parto y filiación, se prevé el modo de proceder en lo relativo a las técnicas y donantes de material genético conforme lo dispuesto en la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida. La filiación se regulará por las leyes civiles y las especificaciones de los artículos 11 a 14 de dicho capítulo. En ningún caso se establecerá filiación entre el nacido y la gestante, siendo solo posible entre el nacido y los progenitores subrogantes, pese a que no exista aporte de material genético, y estando obligados a promover la inscripción del nacimiento en el Registro Civil. Formalizado el contrato de gestación por sustitución y producida la transferencia embrionaria, los progenitores subrogantes no podrán impugnar la filiación de los nacidos como consecuencia de la gestación. En caso de premoriencia de uno de los progenitores subrogantes, solo se reconocerá la filiación a su favor bien cuando al momento del fallecimiento se hubiera producido la transferencia embrionaria al útero de gestante bien si hubiera prestado su consentimiento en el contrato de gestación y hubiera aportado material genético, siempre que se proceda a la fecundación y transferencia embrionaria en los 12 meses siguientes al fallecimiento. En el supuesto de fallecimiento de los progenitores durante la gestación, el contrato mantendrá su validez a efectos de determinar la filiación. La inscripción deberá ser promovida conforme a lo dispuesto en el artículo 45 de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil³³.

En este capítulo de la Proposición de Ley se configura una nueva forma de entender las relaciones paternofiliales alejada del principio del derecho romano *mater semper certa est*, a partir del cual la filiación se determina por el parto. De este modo, pretenden dar respuesta a los nuevos modelos de familia donde el vínculo biológico parece ceder ante la voluntad procreativa de los padres comitentes³⁴.

³³ Artículo 45. Obligados a promover la inscripción de nacimiento: Están obligados a promover la inscripción de nacimiento: 1. La dirección de hospitales, clínicas y establecimientos sanitarios, 2. El personal médico o sanitario que haya atendido el parto, cuando éste haya tenido lugar fuera de establecimiento sanitario, 3. El padre, 4. La madre, 5. El pariente más próximo o, en su defecto, cualquier persona mayor de edad presente en el lugar del alumbramiento al tiempo de producirse.

³⁴ Sobre la autonomía de la voluntad de los comitentes cfr. TAMAYO HAYA, S.: “Hacia un nuevo

En cuanto a la premoriencia de uno de los progenitores, se acoge una solución semejante a la dispuesta en el artículo 9 de la Ley 14/2006 respecto a la premoriencia del marido. Sin embargo, fallecidos ambos durante la gestación se prevé la permanencia de la filiación del menor nacido con los padres comitentes fallecidos, pudiendo ser inscrita la filiación por los familiares de estos. Con todo, un supuesto que no contempla la norma es la posibilidad de hacer uso de este tipo de técnicas una vez fallecidos los padres comitentes cuando su propio material genético no haya sido todavía transferido a la mujer gestante. Supuesto que se produjo en China y por el que en diciembre de 2017 cuatro abuelos dieron la bienvenida a su nieto³⁵.

En nuestra opinión, pese a que se llegara a regular la maternidad subrogada, supuestos como el indicado deberían quedar excluidos de la norma. Para que fuera posible, primero deberían haber prestado los padres comitentes su consentimiento en vida en el mantenimiento y utilización de los gametos post-mortem. No obstante, la propia validez de dicho consentimiento es sin duda cuestionable. No puede equipararse el consentimiento de uno de los padres en favor del otro al consentimiento en favor de otros familiares, más o menos cercanos en grado de parentesco. En estos casos el futuro hijo o hijos nacerían sin padres, pese a la existencia de vínculo paternofilial por consanguinidad. Además, tal como está redactada la Proposición de Ley, salvo ascendientes menores de 45 años no podrían solicitar la puesta en práctica de esta técnica de reproducción, lo que no excluye a otros parientes, como los hermanos de los fallecidos. A este respecto, no consideramos que la mayor flexibilidad de la legislación en favor de la protección de la autonomía de la voluntad en materia de familia deba extenderse más allá de quienes en vida aporten su material genético y otorguen su consentimiento libre e informado para la realización de esta práctica. De este modo, se comprometen a responsabilizarse de la patria potestad del hijo o hijos nacidos.

Otro supuesto ponderable sería la posibilidad de que el o los fallecidos hubieran otorgado su consentimiento como donantes de los gametos en favor de un familiar. Supuesto que no está exento de controversia, ya que en ese caso el interesado en ser padre o madre debería recurrir a las disposiciones previstas en el capítulo segundo de la Ley 14/2006 en lo relativo a donantes de gametos sexuales.

modelo de filiación basado en la voluntad en las sociedades contemporáneas”, *Revista Digital Facultad de Derecho*, núm. 6, 2013, pp. 261-316. En opinión de ÁLVAREZ DE TOLEDO QUINTANA, L.: “El futuro de la maternidad subrogada en España: entre el fraude de ley y el correctivo de orden público internacional”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 6, núm. 2, 2014, p. 46, la intención de ser padre tiene un valor, y el compromiso social no está ausente de nuestras instituciones jurídicas más antiguas. FLORES RODRÍGUEZ, J.: “Gestación por sustitución: la metamorfosis del parentesco”, *La Ley Derecho de familia*, 2014, p. 3, afirma que, en la filiación, el proyecto de paternidad responsable debe anteponerse al mero dato biológico. El Derecho ha de desarrollar una herramienta rodeada de garantía que permita prestar atención a cada caso concreto, como ocurre en la adopción. Hecho que solo puede tener lugar por medio de un marco jurídico adecuado en el que la maternidad subrogada se construya a partir de un contrato que servirá de base al proyecto de paternidad responsable.

³⁵ <https://www.elconfidencial.com>

Respecto al Registro Nacional de Gestación por Subrogación, regulado en el capítulo cuarto, se prevé su adscripción al Registro Nacional de Donantes, previsto en la Ley 14/2006. En él deberán inscribirse las mujeres que deseen ser gestantes, y cumplan los requisitos señalados en la Ley, los progenitores subrogantes, así como los contratos formalizados.

Los centros y servicios autorizados para llevar a cabo la gestación subrogada, de acuerdo con lo dispuesto en el capítulo quinto, tendrán la consideración de centros y servicios sanitarios y se regirán por la legislación de sanidad estatal y autonómica. Asimismo, los procedimientos de gestación deberán cumplir las disposiciones de la Ley 14/2006.

La Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida, regulada en el capítulo sexto, será la competente para asesorar orientar e informar sobre el derecho a poner en práctica esta técnica, así como de las técnicas de reproducción complementarias.

Finalmente, en el capítulo séptimo, se regulan las infracciones y sanciones. Las infracciones en esta materia serán objeto de sanciones administrativas, previa instrucción del expediente correspondiente, sin perjuicio de las responsabilidades civiles, penales o de otro orden que pudiesen concurrir. Las infracciones serán calificadas de leves (multa de hasta 1.000 euros), graves (multa desde 1.001 hasta 10.000 euros) o muy graves (desde 10.001 hasta un millón de euros), pudiendo adoptarse en los dos últimos casos medidas cautelares.

De todo lo expuesto podemos advertir que la regulación de una materia tan controvertida como la analizada no es una tarea sencilla, lo que no ha impedido valorar la revisión de su absoluta prohibición³⁶. Además, se admita o rechace la práctica en nuestro ordenamiento, no es fácil cuestionar que las decisiones tomadas sobre su regulación en otros países, algunos de ellos más adelantados que el nuestro, se hayan llevado a cabo sin un riguroso estudio y mediante un proceso de consulta médica y jurídica que las asista. En todo caso, como indicaba el Comité de Bioética, ha de evitarse que la legislación más permisiva sea la que fije el nivel de protección de los derechos de la mujer gestante y de los menores.

La complejidad en la regulación de esta materia tiene un claro reflejo en la Ley 25/2016 referente a la gestación subrogada que fue aprobada en Portugal y que está en vigor desde diciembre de 2017. Una Ley joven que en determinados aspectos se aleja del contenido analizado en la Proposición de Ley española. La Ley portuguesa acoge límites dispares para el posible ejercicio de la gestación por sustitución. Así, entre otros, el recurso a dicha práctica es de carácter excepcional en los casos en que la mujer no tenga útero o en caso de que lo tenga sea disfuncional. Además,

³⁶ LASARTE ÁLVAREZ, C.: “La reproducción y la prohibición legal de la maternidad subrogada admitida de hecho por vía reglamentaria”, *Diario La Ley*, núm. 7777, 2012, p. 12, entiende que el problema de fondo que ha de ser afrontado en nuestro ordenamiento es la revisión de la radical prohibición de la maternidad subrogada, tal y como está ocurriendo en otros países de nuestro entorno, pero no mediante “ocurrencias coyunturales” e irreflexivas de incierto futuro.

solamente podrán ser beneficiarios de este tipo de prácticas parejas heterosexuales y homosexuales femeninas que estén casados o vivan como tal. De este modo, quedan excluidos los hombres y mujeres solteros, así como las parejas homosexuales masculinas.

La Ley portuguesa también difiere de la Proposición española, en cuanto a los requisitos de la mujer gestante, en que solo prohíbe que una mujer sea gestante en caso de que exista una relación laboral o de subordinación económica con uno o ambos futuros padres, por lo que podría admitirse que una mujer con vínculos de consanguinidad con los padres comitentes gestara a su hijo o hijos. Por último, respecto a los padres comitentes, es necesario que al menos uno de ellos aporte carga genética (óvulos o espermatozoides), no pudiendo provenir ambos gametos de donante.

Cabe señalar que la legislación portuguesa no ha estado exenta de crítica, de hecho, recientemente el Tribunal Constitucional portugués ha declarado nulo parte de su contenido al considerar que determinados puntos de la Ley violan algunos principios y derechos constitucionales. Ello pese a que no se entienda que la Ley viole la dignidad de la gestante y del bebé nacido de esta práctica, ni el deber del Estado de protección de la infancia. Con todo, los jueces han señalado que la decisión no tendrá efectos en los procesos de gestación subrogada ya autorizados por el Consejo Nacional de Procreación Médicamente Asistida.

Los fundamentos en los que se basa el TC portugués son: 1. Imposibilidad de que la mujer gestante se arrepienta de su decisión inicial, lo que impide el pleno ejercicio de su derecho al desarrollo de la personalidad, 2. Indeterminación de los límites legales, lo que provoca demasiados vacíos sobre las condiciones del embarazo que serán negociables entre los contratantes, 3. Indeterminación de la filiación en caso de que el contrato fuera declarado nulo, 4. Restricción a los derechos de identidad personal y desarrollo de la personalidad, por lo que el anonimato de los donantes de óvulos o espermatozoides, así como el de la madre gestante, ha de ser censurado.

IV. CONCLUSIONES

Primera. El diferente tratamiento legal de la maternidad subrogada en los distintos países ha supuesto, en los últimos años, un incremento del llamado “turismo reproductivo”. Esta realidad evidencia las dificultades jurídicas a las que se enfrentan los Estados con normas prohibitivas, respecto a esta técnica de reproducción, al valorar las inscripciones de las filiaciones obtenidas por sus nacionales en países donde se permite esta práctica. Circunstancia que ha dado lugar a planteamientos favorables a una posible revisión de las normas prohibitivas, así como al alcance que debería tener su modificación.

Segunda. La prohibición en España de la maternidad subrogada da lugar a una contradicción jurídica entre la práctica administrativa y la doctrina jurisprudencial respecto a la admisión de la inscripción de filiaciones obtenidas en el extranjero a

través de esta forma de gestación. Contradicción que parece más teórica que práctica en cuanto que en ambos casos se permite alcanzar la inscripción a través de diferentes vías, incluso con apoyo en la propia norma prohibitiva. Ello ha justificado, en aras de la seguridad jurídica, posturas favorables al estudio de una modificación de nuestro ordenamiento jurídico en un doble sentido: 1. Flexibilizar las normas en favor del reconocimiento de la maternidad subrogada altruista, siempre con la salvaguarda del derecho superior del menor y el respeto a la dignidad de la mujer gestante, 2. Endurecer la regulación legal al objeto de dar efectividad a la calificación jurídica de nulidad de pleno derecho de este tipo de contratos mediante la extensión de su alcance y la inclusión, en su caso, de medidas sancionadoras.

Tercera. La entrada en vigor de la Ley 20/2011 del Registro Civil español, aunque no resuelve la problemática existente en torno a la maternidad subrogada, ya que su objeto es la ordenación jurídica del Registro Civil, podría relativizar la postura de los tribunales en lo referente a considerar las inscripciones de filiación obtenidas mediante esta práctica como un fraude de ley y, por consiguiente, contrarias a nuestro ordenamiento jurídico. Ello debido a que el cumplimiento de los requisitos fijados dará respuesta a una norma legal de igual rango jerárquico que la Ley 14/2006, lo que supondrá, en la práctica registral, la inaplicabilidad, que no derogación, del art. 10 de dicha Ley. Consideraciones las anteriores que no suponen entender la vigencia de la Ley como un paso previo a la legalización de los contratos de gestación por sustitución.

Cuarta. Pese al mantenimiento de la nulidad de los contratos de maternidad subrogada no se puede desconocer la plural realidad jurídica que de ella se da en las normas de los diferentes países, ni tampoco la utopía que representa una pretendida regulación con validez universal de esta técnica de reproducción asistida. Esta situación aconseja, huyendo de prejuicios subjetivos en favor o en contra de la maternidad subrogada, abordar el estudio, en nuestro ordenamiento jurídico, de una modificación de la Ley 14/2006 que contenga una ordenación más completa e integral de la materia. En este sentido, si la intención es seguir manteniendo la nulidad de estos contratos, la efectividad de tal determinación reclama de otras decisiones en materia de control, y en su caso sanción, de estas prácticas y de quienes las promueven o facilitan. Ello en el marco de una adecuada coordinación legal entre la norma que regula la maternidad por medio de técnicas de reproducción asistida y la norma que regule las reglas de inscripción de las resoluciones judiciales o documentos extranjeros.

Quinta. La maternidad subrogada no solo pretende dar respuesta a los impedimentos fisiológicos de concebir sino también a los nuevos modelos de familia. En este sentido, el vínculo biológico parece ceder a la voluntad procreativa de los padres comitentes. Sin embargo, no pueden desconocerse los riesgos que esta práctica puede suponer en los derechos fundamentales de las partes intervinientes. Es obligado impedir cualquier indicio de mercantilización o comercialización del proceso, y de esta forma proteger la dignidad, igualdad y libertad de todas las partes intervinientes. En todo caso, debe evitarse una situación de hecho que suponga dejar sin aplicación normas legales vigentes en esta materia.

BIBLIOGRAFÍA

ALBERT MÁRQUEZ, M.: “Los contratos de gestación de sustitución celebrados en el extranjero y la nueva Ley del Registro Civil”, *Diario La Ley*, núm. 7863, 2012.

ÁLVAREZ DE TOLEDO QUINTANA, L.: “El futuro de la maternidad subrogada en España: entre el fraude de ley y el correctivo de orden público internacional”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 6, núm. 2, 2014.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: “Hijos made California”, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 3, 2009.

- “Paradojas de la vida”, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 3, 2014.

CALVO CARAVACA, A.L., CARRASCOSA GONZALEZ, J.: “Gestación por sustitución y derecho internacional privado. Más allá del Tribunal Supremo y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2015.

CASADO BLANCO, M. Y IBÁÑEZ BERNÁLDEZ, M.: “Reflexiones legales y éticas en torno a la maternidad subrogada”, *Revista española de medicina legal*, 2014.

CORRAL GARCÍA, E.: “El derecho a la reproducción humana. ¿Debe permitirse la maternidad subrogada?”, *Revista de Derecho y Genoma Humano*, 2013.

DE VERDA Y BEAMONTE, J.R.: “La filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida (un análisis crítico de la experiencia jurídica española, treinta años después de la aprobación de la primera regulación legal sobre la materia)” en AA.VV.: *Principi, regole, interpretazione. Contratti e obbligazioni, famiglie e successioni. Scritti in onore di Giovanni Furguele* (coord. por G. Conte y S. Landini), Universitas Studiorum, 2017.

- “La filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida en España”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 8, 2018.

DÍAZ ROMERO, M.R.: “La gestación por sustitución en nuestro ordenamiento jurídico”, *Diario La Ley*, núm. 7527, 2010.

DURÁN AYAGO, A.: “Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso *Mennesson c. France* (núm. 65192/11) y caso *Labassee c. France* (núm. 65941/11), de 26 de junio de 2014 Interés superior del menor y gestación por sustitución”, *Ars Iuris Salmanticensis: AIS: revista europea e iberoamericana de pensamiento y análisis de derecho, ciencia política y criminología*, 2014.

FARNÓS AMORÓB, E.: “Inscripción en España de la filiación derivada del acceso a la maternidad subrogada en California”, *InDret, Revista para el análisis del Derecho*, 2010.

FLORES RODRÍGUES, J.: “Gestación por sustitución: la metamorfosis del parentesco”, *La Ley. Derecho de familia*, 2014.

GARCÍA PRESAS, I.: “El Derecho de familia en España desde las últimas reformas del Código Civil”, en AA.VV.: *Actas del I Congreso Ibero-Asiático de Hispanitas Siglo de Oro e Hispanismo general* (coord. V. MAURYA Y M., INSÚA CERECEDA), Pamplona, Publicaciones digitales del GRISO/Servicio de Publicaciones de la Universidad de Navarra, 2011.

LAMM, E.: “La importancia de la voluntad procreacional en la nueva categoría de filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida”, *Revista de Bioética y Derecho*, núm. 24, 2012.

- “Gestación por sustitución: Realidad y Derecho”, *InDret Revista para el análisis del derecho*, núm. 3, 2012.

- “Gestación por sustitución. La importancia de las sentencias del Tribunal Europeo de derechos humanos y su impacto”, *Ars Iuris Salmanticensis*, vol. 2, 2014.

- “Una vez más sobre gestación por sustitución, porque sin marco legal se siguen sumando violaciones a derechos humanos”, *Ars Iuris Salmanticensis*, vol. 4, 2016.

LAMM, E., RUBAJA, N.: “Parámetros jurisprudenciales en los casos de gestación por sustitución internacional. Los lineamientos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y sus repercusiones en el contexto global”, *Revista de Bioética y Derecho Perspectivas Bioéticas*, núm. 37, 2016.

LASARTE ÁLVAREZ, C.: “La reproducción y la prohibición legal de la maternidad subrogada admitida de hecho por vía reglamentaria”, *Diario La Ley*, núm. 7777, 2012.

MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C.: “El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sobre Maternidad Subrogada”, *The family watch. Instituto Internacional de Estudios sobre la familia*, 2017.

NÚÑEZ BOLAÑOS, M., NICASIO JARAMILLO, I., Y PIZARRO MORENO, E.: “El interés del menor y los supuestos de discriminación en la maternidad subrogada, entre la realidad jurídica y la ficción”, *Derecho Privado y Constitución*, núm. 29, 2015.

PEREÑA VICENTE, M.: “Autonomía de la voluntad y filiación: los desafíos del siglo XXI”, *IUS Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla México*, 2012.

PÉREZ MONGE, M.: “Cuestiones actuales de la maternidad subrogada en España: Regulación versus realidad”, *Revista de Derecho Privado*, 2010.

RAMÓN FERNÁNDEZ, F.: “La protección del menor en los casos de gestación por sustitución: Análisis de diversos supuestos prácticos”, *Revista sobre la infancia y la adolescencia*, núm. 6, 2014.

SERNA MEROÑO, E.: “Las técnicas de reproducción humana asistida: Limitaciones para su práctica”, *Derecho Privado y Constitución*, núm. 26, 2012.

TAMAYO HAYA, S.: “Hacia un nuevo modelo de filiación basado en la voluntad en las sociedades contemporáneas”, *Revista Digital Facultad de Derecho*, núm. 6, 2013.

VÁZQUEZ MUIÑA, T.: “No se puede inscribir en el registro civil español la filiación surgida en el extranjero mediante gestación por sustitución. comentario a la STS de 6 de febrero de 2014”, en *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 8, 2018.

VELA SÁNCHEZ, A.J.: “Problemas prácticos del convenio de gestación por sustitución o maternidad subrogada en nuestro ordenamiento”, *Revista de Derecho de Familia*, 2011.

- “La gestación por sustitución o maternidad subrogada: el derecho a recurrir a las madres de alquiler. Cuestiones que suscita la Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución”, *Diario La Ley*, núm. 7608, 2011.

- “Propuesta del convenio de gestación por sustitución o de maternidad subrogada en España. El recurso a las madres de alquiler (1). A propósito de la Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010”, *Diario La Ley*, núm. 7621, 2011.

- “De nuevo sobre la regulación del convenio de gestación por sustitución o de maternidad subrogada en España. A propósito de la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 23 de noviembre de 2011”, *Diario La Ley*, núm. 7815, 2012.

