GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN[*]

Dra. Mª Carmen González Carrasco**
Profesora acreditada al Cuerpo de Catedráticos de Derecho Civil
Centro de Estudios de Consumo
Universidad de Castilla-La Mancha

Fecha de publicación: 2 de junio de 2017

SUMARIO. I. INTRODUCCIÓN. II. DECISIONES, INICIATIVAS E INFORMES RELEVANTES (Y CONTRADICTORIOS) EN EL PERÍODO 2009-2017. III. LA FALACIA DE LA GRATUIDAD: ¿COMPENSACIÓN O PRECIO? IV. LAS RAZONES DE ORDEN PÚBLICO CONSTITUCIONAL: AUTONOMÍA, DIGNIDAD E IRREVOCABILIDAD DEL CONSENTIMIENTO DE LA GESTANTE. V. LOS ARGUMENTOS A FAVOR. VI. EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR Y LA INSCRIPCIÓN DE SU FILIACIÓN EN EL REGISTRO CIVIL ESPAÑOL.

I. INTRODUCCION

El Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en su Sentencia núm. 209/2017, de 13 marzo, ha confirmado la decisión del Consulado de Moscú por la que se desestimó la solicitud que presentó un matrimonio español para que se emitiera un salvoconducto para un niño nacido en Rusia en diciembre de 2014 por gestación subrogada. Se trata de un supuesto muy distinto del que ha motivado el desencuentro entre la doctrina del Tribunal Supremo y la Dirección de los Registros y del Notariado desde el año 2009, en relación con la posibilidad de inscribir en España la filiación resultante de una técnica de gestación por sustitución realizada en el extranjero.

La decisión del TSJ Madrid se basa en una suposición de parto[1] (el padre comitente declaró que era su mujer la que había dado a luz tras un tratamiento de reproducción asistida con doble donación heteróloga seguido en aquél país) y, una vez descubierta

[*] Trabajo realizado en el marco de la Ayuda del Programa Estatal de Fomento de la Investigación Científica y Técnica de Excelencia (Subprograma Estatal de Generación de Conocimiento) del Ministerio de Economía y Competitividad, otorgada al Grupo de investigación y Centro de investigación CESCO, Mantenimiento y consolidación de una estructura de investigación dedicada al Derecho de consumo, dirigido por el Prof. Ángel Carrasco Perera, de la UCLM, ref. DER2014-56016-P.
[**] ORCID ID: 0000-0002-6452-2911
[1] Delito previsto y penado en el art. 220 del Código Penal.

la realidad, no constaba que el consentimiento de la madre gestante se hubiera prestado con todas las garantías ante un órgano judicial ruso que determinase la filiación respecto al matrimonio español (tal y como exigió la RDGRN 18.02.2009). Sin embargo, la resolución se dicta en un momento en el que existe un interesante debate social en torno a la necesidad de regular las condiciones de validez de la determinación legal de una filiación materna subrogada contratada en el extranjero por comitentes españoles, hasta ahora vedada por el artículo 10 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, reguladora de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida Humana, e incluso de regular abiertamente la gestación por sustitución como técnica de reproducción asistida dentro de nuestro ordenamiento; debate en el que el Comité de Bioética de España ha venido a posicionarse en contra en su reciente informe de 19 de mayo de 2017.

Sería difícil encontrar en los diarios oficiales de las Cámaras Legislativas un objeto de regulación que aúne en su contra a dos sectores del pensamiento "fuerte", tan enfrentados en otros ámbitos, como lo son el feminista y el conservador. La anunciada posibilidad de admitir la validez y regular en nuestro Ordenamiento Jurídico el contrato de gestación por sustitución lo ha conseguido. Según los partidarios de su regulación, la realidad de los contratos de gestación sustitutoria, fundamentalmente ejecutados a través de la huida del derecho imperativo español mediante estrategias de turismo reproductivo, hace necesario regular un modelo "altruista" que dé garantías a todas las partes implicadas en el proceso. Según los detractores (unos y otros) de la regulación de la gestación sustitutoria, dicha técnica constituye una nueva forma de explotación que atenta contra la dignidad de la mujer, y se duda de la legitimación constitucional del Estado para legislar sobre el cuerpo de la mujer como objeto de comercio a cambio de un determinado precio o compensación.

Considero que éste es el momento de completar los argumentos que a nivel divulgativo ya esgrimí el pasado mes de marzo en el blog de la publicación "Gaceta Sanitaria"[2] y realizar una recopilación de los hitos más relevantes en este debate jurídico y social que ya va para una década, diferenciando las posiciones entre las resoluciones de los distintos órganos que han recaído sobre esta cuestión.

II. DECISIONES, INICIATIVAS E INFORMES RELEVANTES (Y CONTRADICTORIOS) EN EL PERÍODO 2009-2017

La gestación por sustitución encuentra respuestas muy diferentes en los distintos países, y en los que la han regulado como técnica de reproducción humana, existe una gran variedad en cuanto a sus requisitos (ej. en relación con la residencia de la madre

[2] http://bloggaceta.elsevier.es

comitente y de la gestante), sus efectos obligacionales para la madre gestante[3], los criterios de determinación de los comitentes (parejas o individuos solos), y, en particular, en lo que se refiere a su carácter gratuito[4] u oneroso[5].

Al igual que el artículo 16.7 del Código Civil francés, nuestra Ley 14/2006, de Reproducción Humana Asistida declara nulo el contrato de gestación por sustitución (art. 10.1) y reitera el principio general recogido en la legislación del Registro Civil: la filiación materna vendrá determinada por el parto (art. 10.2). Pero, demás, completa la referencia a la gestación por sustitución otorgando una posibilidad que no existe en otras legislaciones, como por ejemplo, en lo que ahora interesa, la norma francesa: la utilización de esta técnica deja a salvo las acciones de reclamación de la filiación paterna (art. 10.3).

A pesar de existir cierto consenso en que el legislador había partido de la contrariedad de la gestación por sustitución con nuestro orden público interno, la inscripción en el Registro Civil español de los nacimientos de niños nacidos en el extranjero a través del recurso a la gestación por sustitución permitida en el Estado de nacimiento del menor no ha sido una cuestión pacífica. La defectuosa técnica utilizada por la Ley 14/2006, que ni prohíbe expresamente la técnica, ni la sanciona penal ni administrativamente, limitándose a la declaración del acto negocial que la hace posible, ha otorgado a la Dirección General de los Registros y del Notariado un protagonismo que excede de su competencia como órgano administrativo, y ha sembrado de inseguridad jurídica el régimen de la filiación de los hijos nacidos en virtud de esta técnica en alguno de los países en los que la misma está regulada.

El escenario de la situación es el que sigue:

La RDGRN de 18 de febrero de 2009 ordenó la inscripción de la doble paternidad de dos niños mellizos nacidos mediante gestación subrogada en el Estado de California, revocando la decisión previa del Encargado del Registro Consular. Posteriormente, dicha resolución sería recurrida por el Ministerio Fiscal y anulada en vía judicial (Sentencia de la A.P. de Valencia de 23 de noviembre de 2011, que confirmó la del Juzgado de 1.ª Instancia n.º 15 de Valencia de 15 de septiembre de 2010), que llegó hasta el Tribunal Supremo. La STS 835/2013, de 6 de febrero de 2014 confirmó la nulidad por cuatro votos frente a la opinión disidente de un Magistrado. Entretanto, la DGRN había dictado la Instrucción de 5 de octubre de 2010, para marcar las líneas

[3] En Reino Unido, la madre gestante puede decidir no renunciar a la maternidad una vez da a luz.
[4] Canadá, Israel, Grecia, Reino Unido, México D.F, Australia, Sudáfrica, Nueva Zelanda.
[5] Rusia, Ucrania, algunos Estados de Estados Unidos. La India y Tailandia, destinos preferidos por los comitentes europeos por su bajo precio y su normativa protectora de los derechos de los padres de intención, sin embargo, han derogado recientemente la ley que permitía la gestación por sustitución de carácter internacional.

de actuación futura de los encargados del Registro Civil ante supuestos similares[6], Instrucción que la propia STS de 6 de febrero de 2014 citada anula expresamente, pero cuya vigencia se sostiene, a pesar de dicha resolución, en la Circular de la DGRN de 11 de julio de 2014.

Poco después de la anulación de la inscripción por reconocimiento de la certificación extranjera realizada en virtud de la RDGRN 2009, la Sentencia del TEDH (STEDH) 26 de junio 2014, (asuntos 65192/11 Mennesson c/ Francia y 65941/11 Labassee c/Francia), declaró que la falta de reconocimiento de la relación de filiación entre los niños nacidos mediante vientre de alquiler y los progenitores que habían acudido a esta técnica, comportaba una violación del art. 8 del Convenio Europeo de los Derechos Humanos, que reconoce el derecho al respeto a la vida privada y familiar.

Por su parte, el Auto del Tribunal Supremo de 2 de febrero de 2015 desestimó el incidente de nulidad de actuaciones interpuesto contra la STS 6 de febrero de 2014, y lo hizo una vez dictada la STEDH 14 de junio de 2014 (cuya doctrina ha sido reiterada por la STEDH –Sección 5ª-, 21.7.2016, asunto Foulon y Bouvet c/Francia).

El recurso de amparo interpuesto contra la sentencia de 6 de febrero de 2014 y este Auto que desestimó la nulidad de las actuaciones que condujeron a aquélla fue inadmitido a trámite, lo que no ha obstado a que el desencuentro entre la Administración de Justicia y el Poder Judicial haya cesado. Después de la publicación de las sentencias Mennesson y Labassee del TEDH, el Ministerio de Justicia aprobó una instrucción dirigida a las oficinas del Registro Civil tanto consulares como territoriales para que volvieran a inscribir a los niños procedentes de maternidad subrogada internacional como hijos de los padres intencionales, y las RRDGRN de 29 de diciembre de 2014 y de 16 de enero de 2015, han acordado la práctica de la inscripción de nacimiento de los nacidos mediante la práctica que nos ocupa, lo cual a su vez ha provocado que, en su Memoria de 2016, la Fiscalía General del Estado se reitere en su intención de impugnatoria de las inscripciones realizadas en virtud de la doctrina registral expuesta por contravención del Orden Público.

En el anterior caldo de cultivo, se han promovido algunas iniciativas[7] cuyo objetivo –aunque con distinto alcance- es la regulación de la gestación por sustitución en

[6] A diferencia de la Resolución inicial del año 2009, la Instrucción impuso varios requisitos adicionales para la inscripción sustentados sobre dos ejes: a) la protección del interés superior del menor (que los hijos de un nacional español – el padre- puedan ver salvaguardado su derecho a la inscripción registral de su filiación, que se evite el tráfico internacional de niños y que los menores vean garantizado su derecho a conocer su origen biológico, y que ; y b) en la garantía de que se hayan respetado los derechos de la madre gestante en cuanto a su libertad y autonomía en la renuncia a la filiación).

[7] En 2016, la Asamblea de Madrid debatió una propuesta no de ley instando "al Gobierno de la Comunidad de Madrid a instar, a su vez, al Gobierno de la Nación a impulsar, de forma inmediata, una Ley de regulación de Gestación Subrogada que garantizara los derechos de todas las personas intervinientes en el proceso y, de forma especial, a los menores fruto de esa técnica de reproducción".

España; y de otra parte, el Comité de Bioética de España ha publicado su informe de 19 de mayo de 2017[8], en el que, con un voto particular en contra, alerta de los peligros de la gestación sustitutoria, incluida la altruista, y se muestra favorable al mantenimiento de la nulidad de los contratos de gestación subrogada, aclarando que ello sea así con independencia del lugar donde se celebren, y a la tipificación de las actividades empresariales que directa o indirectamente promuevan su realización, tanto en España como en el extranjero.

III. LA FALACIA DE LA GRATUIDAD: ¿COMPENSACIÓN O PRECIO?

Para centrar correctamente los términos del debate jurídico que estamos viviendo, es preciso aclarar que, bajo mi punto de vista, es un error centrar la discusión únicamente en la permisibilidad o prohibición de la fijación de un precio como contraprestación para la mujer gestante. En primer lugar, porque la ausencia de precio no puede asegurar que la gestación por sustitución no acabe convirtiéndose en "un negocio de mercantilización de los cuerpos de las mujeres". En efecto, la prohibición de precio no resuelve esta cuestión, ni puede garantizar que no existirán intereses económicos en el proceso.

En efecto, basta con observar que los sistemas de "compensación"[9] actualmente permitidos en relación con la donación de óvulos y esperma destinados a la reproducción asistida para comprobar la banalización de dichos actos[10], de transcendencia indiscutible, entre los universitarios para los que la compensación obtenida es mucho mayor que el salario de los trabajos estudiantiles a los que pueden

Dicha iniciativa contó con los votos a favor de PP (salvo tres de sus diputados) y Ciudadanos, pero no salió adelante por los votos en contra de PSOE y Podemos.

[8] Puede encontrarse, junto con el voto particular emitido por Carlos Romeo Casabona en: http://www.comitedebioetica.es/documentacion/.

[9] Como señala DIAZ MARTÍNEZ en un excelente trabajo publicado en este mismo centro de investigación ("Publicidad, Medicina y Protección de Consumidores"), especialmente polémica ha sido la publicidad orientada a obtener donaciones de óvulos de mujeres jóvenes y sanas, en la que se pone el acento en las compensaciones económicas que se recibirán y se silencian los riesgos, algunos de ellos graves, que se afrontan con el tratamiento de hiperestimulación ovárica.
(http://www.uclm.es/centro/cesco/serviciosSanitarios/pdf/proteccionConsumidores.pdf).
La trivialización de la reproducción biológica por parte de jóvenes universitarias, sin recursos por definición, que pueden verse tentadas a agotar las posibilidades las nuevas técnicas de reproducción asistida como financiación de sus necesidades, básicas o de ocio, es un riesgo ético que la sociedad no se debe permitir. En igual sentido, respecto de la donación de óvulos, CASADO, M. (Dir. Observatori de Bioética de la UB). "Donación de óvulos: compensación o mercado?". Congreso Internacional sobre Derecho de la persona. Universidad de Sevilla (28.3.2016).

[10] V. mi comentario al Real Decreto 318/2016, de 5 de agosto, por el que se regula el procedimiento de autorización para la realización de actividades de promoción y publicidad de la donación de células y tejidos humanos en https://previa.uclm.es/centro/cesco/pdf/trabajos/37/20.pdf.

optar a su edad. Y puesto que doy por hecho que los grandes gigantes de la reproducción asistida pondrán todo su empeño en que esos úteros fuertes y sanos estén "justamente" compensados, la pregunta que hemos de hacernos es si estamos dispuestos a que las mujeres jóvenes acaben ejerciendo labores de incubadora durante los mejores años de su formación académica o si –en el caso de que se exija que las madres cedentes ya hayan tenido al menos un hijo propio-, vamos a aceptar que las mujeres con menos recursos acaben acudiendo de forma "altruista" a estos procesos como medio de acceder a compensaciones escasas, pero suficientes para resolver su precaria situación económica.

La anterior objeción no existiría en el caso de que el debate sobre vientres de alquiler acabase limitando su ámbito de aplicación personas con vínculos de parentesco cercano, pues entre éstas podría obviarse incluso la compensación. Sin embargo, tampoco en este caso se solucionan los problemas éticos, jurídicos y sociales que plantea la gestación sustitutoria. Las relaciones entre el hijo gestado y el familiar gestante, que por definición permanecerá en el círculo vital de sus progenitores legalmente determinados, podría no quedar convenientemente definidas, impidiendo un desarrollo integral satisfactorio del menor.

IV. LAS RAZONES DE ORDEN PÚBLICO CONSTITUCIONAL: AUTONOMÍA, DIGNIDAD E IRREVOCABILIDAD DEL CONSENTIMIENTO DE LA GESTANTE

Dicho lo anterior, y considerando pues que la prohibición de precio o contraprestación no se erige en la solución de los problemas planteados, considero que no está de más volver la vista a la tramitación parlamentaria de Ley 14/2006, de 26 de mayo, de Reproducción Asistida Humana, y ponderarlas con las nuevas razones o supuestas demandas sociales que abogan por la regulación de la gestación por sustitución como técnica de reproducción asistida con plenos efectos en nuestro ordenamiento, con el fin de valorar si persisten las razones por las que el contrato de gestación se consideró nulo en la Ley 14/2006, con mediación de precio o sin ella.

La razón principal de la nulidad contractual y la inexistencia de efectos derivados del contrato de gestación sustitutoria contenida en el artículo 10 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, está basada en el orden público constitucional, que garantiza la dignidad humana y la autonomía de la mujer.

Recordemos que la Ley fue aprobada tal y como salió del Congreso de los Diputados antes de pasar a la Cámara Alta. Y que en cuanto a la nulidad del contrato, y a la imperativa determinación legal de la maternidad por el parto, la norma reiteraba lo dispuesto anteriormente en la Ley 35/1988 y en la Ley 45/2003, que derogó la anterior

conservando el precepto. En ningún momento existió debate sobre esta nulidad ni sobre la determinación legal de la filiación femenina en virtud del parto. Es más, podría decirse que la contravención del Orden Público por parte de esta técnica era tan obvia para el legislador, que se olvidó de aparejar a la nulidad contractual propia de la contravención de normas imperativas o prohibitivas un régimen sancionador administrativo en el listado de infracciones de la Ley 14/2006.

Obsérvese que la norma no actuó de forma precisamente pacata en otros aspectos; que suprimió la limitación de fecundar un máximo de tres ovocitos en cada ciclo reproductivo, dejando la decisión cuantitativa al criterio médico, se dejó a voluntad de la decisión de los participantes en el proceso el destino de los embriones sobrantes y se amplió la posibilidad de utilizar el diagnóstico preimplantacional para prevenir enfermedades hereditarias graves en la descendencia (cuestiones sobre las que sí se plantearon enmiendas, que fueron rechazadas). Entonces… ¿de dónde vino el consenso absoluto sobre la prohibición que nos ocupa? ¿Qué fue aquello que entonces se vio tan claro y que ahora de lo que ahora se duda?

La existencia de un vínculo de apego generado entre madre e hijo durante su gestación, con sus implicaciones psicológicas y físicas, era entonces, y es cada vez más, una cuestión científicamente pacífica. El propio informe del Comité de Bioética dedica gran parte de su contenido a este incontestable punto de partida. En este contexto, una regulación coherente con los conocimientos de la ciencia y la dignidad y la autonomía de la mujer gestante obliga a plantearse si la obligación de tener que entregarlo al dar a luz, cumpliendo de forma coactiva el compromiso inicialmente adquirido, ha de considerarse válida a la luz de los derechos y valores incorporados al sistema de Derechos Fundamentales de recogidos en nuestra Constitución.

La respuesta era entonces, y es ahora, negativa. Toda regulación que pretenda neutralizar esta realidad pasa irremediablemente por hacer que la gestante asuma desde el inicio de su embarazo que renuncia *de forma definitiva* a la maternidad y que no puede establecer ningún vínculo con el neonato; pero, a diferencia del asentimiento en la entrega en adopción (art. 177.2 del Código Civil), el consentimiento que presta la gestante a la ruptura de estos lazos ha de ser irreversible y definitiva para cumplir su objetivo, pues el contrato de gestación sustitutoria no opera como remedio al desamparo del menor, sino que responde a intereses de terceros previamente definidos.

Por ello, considero: a) que toda normativa que excluya el derecho a la revocación del consentimiento antes del acto final de la cesión del hijo –que sí existe en cualesquiera actos de donación de órganos y que garantiza, en términos generales, la normativa sanitaria en cuanto a cualquier intervención médica- contraviene gravemente el derecho a la autonomía personal de la mujer gestante; y, b) que ninguna normativa

que garantice dicho derecho a la revocación del consentimiento de la gestante (ej. la vigente en Reino Unido, donde los comitentes han preferido por ello viajar a la India de forma muy significativa[11]) estará dando una respuesta adecuada a la seguridad jurídica de los progenitores comitentes – y eventualmente, también biológicos-, del menor.

Por otra parte, el coste económico, tanto social como personal, de la técnica puede abocar irremediablemente a la cosificación del *nasciturus*, contraria a su dignidad. Pues es evidente que los "controles de calidad" se intensificarán para garantizar que el hijo fruto de la gestación subrogada no sea "defectuoso". Pongamos voz al pensamiento que a muchos nos ronda en la cabeza: ¿Estamos dispuestos a aceptar que en consentimiento informado y el contrato gestacional que se presente a la gestante se incluya la cláusula que la obligue a un aborto eugenésico, a una reducción embrionaria o a una garantía de "devolución" que la obligue a quedarse al niño por su carácter defectuoso? ¿O seremos coherentes y obligaremos a los padres comitentes a asumir la filiación y los deberes inherentes a la patria potestad a pesar de las "taras"? La iniciativa legislativa popular que ultima la asociación de maternidad subrogada permite a la madre gestante optar por la interrupción voluntaria del embarazo, haciendo depender su obligación de indemnizar a los comitentes de que el mismo se produzca conforme al vigente artículo 14 de la LO 2/2010 o que se base en causas previstas en la Ley, pero guarda silencio sobre la cuestión que plantemos. Y aunque se trate de un supuesto excepcional, la experiencia de los contratantes de la gestación de unas gemelas nacidas de vientre Tailandés que en 2014 rechazaron a una de las bebés, con síndrome de Down, llevándose consigo a la neonata sin alteraciones cromosómicas, y dejando a la primera bajo el cuidado amoroso y misérrimo de su madre, que desde entonces afronta su crianza y reclama la devolución de la entregada, nos ha demostrado crudamente hasta qué punto la filiación perseguida por los comitentes puede tornarse indeseada ante la constatación de que el bien objeto del contrato es defectuoso.

Las anteriores cuestiones, indisolublemente unidas a nuestro Orden Público constitucional, no admiten una respuesta satisfactoria con las propuestas de legalización que se discuten en la actualidad.

Una segunda razón, que se halla en íntima conexión con la anterior, ha de ponerse en relación con los riesgos para la salud de la gestante que conlleva el proceso –con evidente posibilidad de embarazos múltiples- y los derivados del parto para su salud. Recuérdese que la donación de órganos entre vivos pasa indefectiblemente por una valoración de los riesgos para la salud del donante; y que el gran coste económico invertido en la técnica de la gestación sustitutoria aboca a la exigencia de una tasa de

[11] País que a su vez ha acabado prohibiendo la gestación por sustitución de carácter internacional.

éxito sólo alcanzable mediante una estimulación ovárica previa (en el caso de que la gestante sea también la que aporta el óvulo para la fecundación). Pero sobre todo, la maternidad subrogada ha sido considerada por la doctrina científica como una experiencia emocional de alto riesgo para la madre gestante… ¿qué cifra estamos dispuestos a señalar como compensación por las molestias ocasionadas sin que la misma se convierta en un reclamo usurario para personas necesitadas?

Una tercera razón ha de buscarse en la tan aireada igualdad hombre-mujer, en la que cualquier regulación de esta técnica abrirá una herida irrecuperable. La gestación sustitutoria, con o sin precio, acaba convirtiendo a la mujer, por precio o presión familiar[12], en una incubadora al servicio reproductivo de terceros.

Finalmente, una cuarta razón relacionada con la autonomía personal, para prohibir expresamente la técnica en cuestión – si bien se refiere únicamente a los casos en que la madre gestante no pertenece al entorno familiar del comitente o comitentes-, es la referente al anonimato de la gestante. Si se impone tal anonimato, se impide al niño conocer su origen e identidad tal y como establecen los artículos 7 y 8 de la Convención sobre los Derechos del Niño y se establece para las personas adoptadas en el artículo 180.6 del Código Civil, según la nueva redacción dada por la Ley 26/2015, de 28 de julio. Pero si la identidad de la gestante ha de ser conocida, como exige la RDGRN de 5 de octubre de 2010, entonces se contradicen los principios de anonimato que, de forma similar a lo dispuesto en el artículo 5.2 del Real Decreto 1723/2012, de 28 de diciembre, por el que se regulan las actividades de obtención, utilización clínica y coordinación territorial de los órganos humanos destinados al trasplante y se establecen requisitos de calidad y seguridad, deben regir en nuestro sistema con la finalidad de preservar la autonomía personal del beneficiario.

V. LOS ARGUMENTOS A FAVOR

Frente a las anteriores objeciones, las razones que abogan por una legislación que abra las puertas a esta técnica son tres:

Una, que pasa por considerar como existente un derecho fundamental a la procreación, consiste en que "la gestación subrogada allanaría la posibilidad de formar una familia a muchas que lo desean, puesto que los procesos de adopción son lentos y las técnicas de reproducción asistida actualmente permitidas sólo están cubiertas por la cartera de prestaciones a determinadas mujeres" (a).

[12] Esta razón ha sido determinante para que en Suecia, el Comité Nacional de Bioética haya informado en contra de la gestación sustitutoria, incluso en su modalidad altruista. Vid. Informe CBE, pág. 46.

Otra, que podríamos calificar como aceptación del mal menor, aboga por la regulación de la técnica para evitar el turismo reproductivo de los más pudientes hacia países donde los derechos de las mujeres gestantes no se protegen de forma adecuada (b).

Y la tercera, bajo mi punto de vista más peliaguda, e íntimamente relacionada con la anterior, consiste en la necesidad de preservar el interés superior del niño nacido de estas técnicas en el extranjero, una vez constatada la imposibilidad de llegar a un consenso universal sobre la prohibición de las mismas (c).

a) El primero de los argumentos apuntados parte de la existencia de un derecho fundamental a la procreación.

Convertir una posibilidad en un derecho tiene la ventaja de relegar a un segundo plano cuestiones incómodas pero ineludibles, como la compatibilidad del interés superior del niño con el deseo de ser sus padres en cualquier dad y circunstancia. Pero encuentra el escollo de hacer supuesto de hecho de una cuestión que no se sustenta sobre nuestro sistema de derechos fundamentales. El derecho a procrear ha de ser interpretado en su originario sentido de libertad pública frente al Estado, y como tal, se encontraría incardinado dentro de la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad. El derecho en cuestión sería incompatible con un sistema que limitase el número de hijos, que impusiera la generación de un número determinado de ellos, que prohibiera ser padres a determinadas personas que cumplieran los requisitos de la norma o que impusiera tal deber. Pero no es un derecho prestacional que el estado haya de hacer posible a través de cualesquiera procesos, supliendo las circunstancias que dificultan la maternidad biológica. El Estado puede, efectivamente, hacerlo, pero se trataría entonces de una decisión de política legislativa en la que los derechos fundamentales poco tendrían que decir. Los Poderes Públicos no tienen la obligación de legislar para permitir el acceso de todos a situaciones jurídicas (v. gr. determinación legal de la maternidad no adoptiva) que vienen predeterminadas por condiciones que los sujetos que desean formar parte de ellas no cumplen. Como recuerda el informe del CBE, "el propio Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha declarado, en el ámbito de la reproducción humana asistida, que rige un amplio margen de apreciación nacional por parte de los Estados, de manera que puede afirmarse que no existe un modelo de regulación de dicha materia que se derive del Convenio Europeo de Derechos Humanos y, específicamente, de su artículo 8. Tal doctrina se recoge, entre otras, en la Sentencia Evans c. Reino Unido, 2007, S.H. y otros c. Austria, de 2010, o, más recientemente, Parrilla c. Italia, de 2015. En el segundo de los casos citados, el Tribunal consideró que, si bien el derecho a acudir a las técnicas encuentra encaje en el artículo 8 del Convenio, al tratarse de una clara expresión del derecho a la intimidad familiar, ello no obsta para que los Estados dispongan de un amplio margen de decisión acerca de su extensión

y límites. Y también lo ha dicho el TEDH en su Sentencia de 9 de junio de 2016, (Chapin y Charpentier v. Francia, n ° 40183/07), en relación con otra cuestión distinta, pero extrapolable en su fondo: según la resolución, las parejas del mismo sexo tienen derecho a la protección del estado y esta puede ser a través de diferentes figuras jurídicas, pero no existe un derecho a exigir de los Estados respectivos su inclusión en el contrato matrimonial.

Si los procesos de adopción son lentos, y los remedios contra la infertilidad no están convenientemente cubiertos o desarrollados, han de invertirse los esfuerzos y medios necesarios en ellas. Es, cuando menos, paradójico que en un momento en el que miles de niños sobreviven sin familia o languidecen en orfanatos de los que nunca saldrán, se considere urgente legislar sobre la forma de gestar por otro, precisamente aprovechando el argumento de la lentitud de los procesos de adopción.

b) El segundo de los argumentos, que tiende a evitar el turismo reproductivo sustitutorio, tampoco se sostiene, en mi opinión. Pues una vez se considera que una conducta realizada al amparo de una norma extranjera vulnera el Orden Público interno (y no otra cosa significa la nulidad actualmente vigente, por más que el Legislador haya omitido cualquier tipificación sancionadora penal o administrativa), la función del legislador no es autorizarla para evitar que se produzcan supuestos de huida del derecho interno aplicable, sino prohibir con las adecuadas garantías las conductas contrarias al mismo, cosa que no ha hecho. Si el fraude de Ley se produce, son los órganos jurisdiccionales competentes y las instancias administrativas con funciones de control registral quienes deben establecer las consecuencias de dicha infracción, y es en este momento donde la nulidad de pleno derecho del contrato ha de atemperarse con la necesidad de un pleno respeto a la protección jurídica del menor, caso por caso y dando aplicación preferente a las técnicas jurídicas de determinación legal de la filiación que en la práctica totalidad de los casos darían respuesta a dicha protección.

Al tercero de los argumentos dedicamos el epígrafe siguiente.

VI. EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR Y LA INSCRIPCIÓN DE SU FILIACIÓN EN EL REGISTRO CIVIL ESPAÑOL

En efecto, la tercera razón que se esgrime por los partidarios de la regulación de la gestación por sustitución es el "interés del menor" ya nacido mediante la técnica de gestación sustitutoria, reconocido como valor superior de nuestro Ordenamiento Jurídico en la Ley Orgánica 1/1996, de Protección Jurídica del Menor y en el art. 3.1 de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño. Este argumento

pone el acento sobre la existencia de menores nacidos en el extranjero de padres (comitentes) españoles que son fruto de la aplicación de estos contratos de gestación sustitutoria. Se trata de aquellos casos en los que los menores han llegado a España, su filiación ha sido objeto de certificación en países donde la técnica que nos ocupa sí está permitida, y en los que, por ello, el interés superior del menor se enfrenta a la denegación del acceso de la filiación objeto del contrato al Registro Civil español[13].

Recordemos que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), en la Sentencia del TEDH (STEDH) 26.06.2014, (asuntos 65192/11 Mennesson c/ Francia y 65941/11 Labassee c/Francia), ha declarado que la falta de reconocimiento de la relación de filiación entre los niños nacidos mediante gestación sustitutoria y los progenitores que habían acudido a esta técnica, comportaba una violación del art. 8 del Convenio Europeo de los Derechos Humanos, que reconoce el derecho al respeto a la vida privada y familiar, en este caso, de las menores (posteriormente, con iguales argumentos STEDH -Sección 5ª-, 21.7.2016, asunto Foulon y Bouvet c/Francia)[14].

Así las cosas, ¿Es la DGRN la que contradice al TS, o éste el que ha declarado una nulidad contradicha por la doctrina del TEDH?

En cuanto a la Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010, cuyo criterio se reitera en la Circular de 11 de julio de 2014, cabe hacer dos precisiones:

Como ya hemos apuntado, a la DGRN no se ha sometido nunca una solicitud directa de declaración directa de filiación derivada de la técnica de maternidad subrogada, sino el reconocimiento de determinadas decisiones administrativas extranjeras de otorgar la filiación del nacido en el extranjero respecto de los comitentes españoles. De hecho, la Instrucción vino a rectificar el criterio de la RDGRN 2009, y es ésta y no aquélla la que el TS anula.

[13] Como afirma HEREDIA CERVANTES, I. ("La Dirección General de los Registros y del Notariado ante la gestación por sustitución", en *ADC*, tomo LXVI, 2013, fasc. II), se trata de situaciones en las que la relación de filiación ya había sido establecida en el extranjero por las autoridades locales y con posterioridad se pretendía su inscripción en el Registro Civil español mediante la presentación de un título acreditativo de dicha filiación. Por el contrario, la DGRN no ha tenido que dar respuesta todavía a supuestos en los que los comitentes acuden ante nuestras autoridades registrales para solicitar la inscripción del nacimiento del menor por declaración.

[14] Sin embargo, en enero 2015, el TEDH dictó la Sentencia Paradiso y Campanelli c. Italia (asunto 25358/12) que fue recurrida ante la Gran Sala y revocada por ésta, dando la razón al Estado Italiano, fundamentando dicha decisión en la ausencia de vida familiar del menor, que sólo había permanecido cinco meses con sus padres de intención antes de ser entregado a unos padres adoptivos, y en la conducta de los comitentes, que habían incurrido en una conducta de ocultación y falsedad en el origen de la filiación biológica. Es importante en esta sentencia la declaración de que la inscripción de la filiación de los menores nacidos en estas circunstancias no puede dejarse a merced del criterio de "hechos consumados", ni puede otorgar un trato preferente a la "paternidad premeditada".

En segundo lugar, lo que vienen a sostener la Instrucción de 2010 y la Circular de 2016, a diferencia de la RDGRN 2009, es lo siguiente: puesto que la certificación de filiación extranjera trae causa de una sentencia judicial dictada en el extranjero, es ésta y no aquella sobre la que debe recaer el examen de reconocimiento realizado por el encargado del Registro. Y para su reconocimiento de cara a la inscripción del menor en el Registro español, en dicha sentencia deben constar tanto la identidad de la madre gestante como las condiciones en las que la misma ha renunciado a la filiación, de forma que se garantice el respeto a su dignidad, a su libertad y a su autonomía personal, tal y como articula dicha garantía la Family Act del Estado de California.

Sin embargo, es cierto que el TS y la DGRN parten de consideraciones diferentes en cuanto al alcance de dicho reconocimiento, pues los criterios aplicados por la Instrucción implican un reconocimiento meramente "procesal" (una vez constatado que la resolución judicial extranjera ha sido dictada con las necesarias garantías impuestas por la ley californiana, se procede al reconocimiento del acto que declara); mientras que el TS realiza un juicio "preventivo"[15] de adecuación al Orden Público Internacional, lo que conlleva la imposibilidad de reconocer la sentencia que permite la filiación resultante de la gestación subrogada en contra del "respeto a la dignidad e integridad moral de la mujer gestante", así como de la necesidad de "evitar la explotación de necesidad en que puedan encontrarse mujeres jóvenes en situación de pobreza, o impedir la mercantilización de la gestación y de la filiación" que la nulidad prevista en el art. 10 de la LRHA vendría a proteger.

Y en efecto, la desobediencia de la Administración respecto de la doctrina del TS es palmaria, no sólo porque, como apuntábamos al comienzo de este trabajo, ha seguido resolviendo en favor de las inscripciones poyándose en una Instrucción anulada por el Tribunal Supremo, sino porque ni siquiera menciona la doctrina jurisprudencial del Alto Tribunal para ello.

En cuanto a la aparente contradicción entre la doctrina del TS y la del TEDH en esta cuestión, ha de tenerse en cuenta que, a diferencia de lo que ocurre en Francia, (a cuya legislación se refiere la doctrina del TEDH en los asuntos 65192/11 Mennesson c/ Francia, 65941/11 Labassee c/Francia y Foulon y Bouvet c/Francia), en nuestro país sí existiría una vía alternativa para que el interés de la familia y del menor nacido en virtud de aquella técnica fueran convenientemente protegidos en España; pues nuestro ordenamiento impone la constancia de la maternidad biológica determinada por el parto, pero, a diferencia de aquélla, permite la reclamación de la paternidad biológica

[15] Este carácter preventivo y no casuístico del juicio de adecuación al Orden Público de la resolución extranjera es, según el voto particular del Magistrado disidente, una extralimitación del TS, que habría venido a realizar una labor que sólo corresponde al Legislador.

del progenitor comitente (art. 10.3 Ley 14/2006), así como la formalización posterior (mediante acogimiento y adopción) de las relaciones existentes en caso de existir un núcleo familiar de facto entre los padres contratantes y los hijos habidos del contrato de gestación sustitutoria. Desde esta perspectiva, la doctrina del TEDH no sería siempre extrapolable al ordenamiento interno español, puesto que el padre comitente podría (aunque sólo en el caso de ser el progenitor biológico), constar como progenitor legalmente determinado en el Registro Civil, y en el que, con independencia de la filiación biológica del padre comitente, se podría formar un núcleo de acogimiento conducente a una posterior adopción. En definitiva, según el TS, la protección del menor se ha de hacer efectiva partiendo de las leyes y convenios aplicables en España, entendiendo que *allí donde está establecida una relación de familia con un niño, el Estado debe actuar con el fin de permitir que este vínculo se desarrolle y otorgar la protección jurídica que haga posible la integración del niño con la familia*[16].

La pregunta que hay que hacerse es si esta situación de permanente inseguridad puede mejorarse sin renunciar a lo que hemos considerado principios de nuestro Orden Público Constitucional. Y en efecto, tal mejora es posible, partiendo de la base de que los problemas que se vienen planteando han venido motivados por la defectuosa técnica legislativa de la Ley 14/2006, que debería comenzar por prohibir expresamente y tipificar como infracción administrativa la maternidad subrogada en España.

En segundo lugar, en previsión de que el turismo reproductivo no podrá evitarse en tanto en cuanto subsista la diversidad de tratamiento de la gestación por sustitución en los diversos países, y aceptando como hecho que la normativa española puede sancionar a las empresas que actúen en España como intermediarias u oferentes, pero no puede prohibir la realización de dichas técnicas por un comitente español en el extranjero, salvo que convierta dicha circunstancia en elemento del tipo penal[17], debería modificarse nuestro sistema de adopción, pues el actualmente vigente es incompatible con la rapidez que requiere la situación de inseguridad jurídica familiar del menor. Y es más: aunque la filiación paterna quedase determinada por su reconocimiento o su reclamación en virtud de lo dispuesto en el art. 10.3 de la LRHA, para la mujer comitente –y, eventualmente, también madre biológica del menor- no sería posible adoptar al hijo del cónyuge o la pareja de hecho si existe una filiación (materna) legalmente determinada, cual sería necesariamente en este caso, la de la

[16] El TS se acoge a la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre la interpretación del art. 8 del Convenio (caso Wagner c. Luxemburgo, S. 28/06/07).
[17] El propio informe del CBE alude al ejemplo en este sentido de la participación en el tráfico internacional de órganos, previsto y penado en el art. 156 bis CP.

madre gestante en virtud de lo dispuesto en el art. 10.2 LRHA. La solución actual, que, tras la nulidad de la inscripción en vía judicial aboca al menor a una situación de acogimiento por parte de sus propios progenitores biológicos, no satisface de forma suficiente el interés superior del menor. Como afirma el voto disidente en la deliberación de la STS de 6 de febrero de 2014, *la sentencia coloca a los niños en un limbo jurídico incierto en cuanto a la solución del conflicto y a la respuesta que pueda darse mientras siguen creciendo y creando vínculos afectivos y familiares irreversibles*. Además, el CBE apunta la paradoja de esta solución: El TS *acaba señalando el camino que podrá seguir cualquier padre intencional en España para tener un hijo por gestación subrogada en el extranjero. Se trata, desde luego, de un camino tortuoso, pero que acaba proporcionando el hijo deseado. En este sentido, sería una sentencia que vendría a sancionar dos estatutos jurídicos entre quienes quieren tener un hijo y necesitan de la maternidad subrogada para lograrlo. De un lado, el de los que disponen de los medios para emprender este proyecto en el extranjero, y aportan un gameto masculino en la concepción del embrión. Aunque se les deniegue inicialmente la inscripción de la filiación, saben que podrán reclamar la paternidad biológica en base al art. 10 de la LTRHA y lograrán finalmente esa inscripción.*

De momento, lo que solicita el Comité de Bioética –y creo que lo hace acertadamente- es la tipificación como infracción de las acciones publicitarias e intermediaciones ofertadas en España por parte de centros de reproducción asistida. Ofertas que, en otro orden de cosas, de momento ya podrían calificarse como publicidad engañosa, si ofertan una seguridad jurídica hoy por hoy inexistente en relación con la inscripción registral del hijo nacido por gestación sustitutoria en el extranjero.