

LA INSEGURIDAD JURÍDICA DERIVADA DE LA INSUFICIENTE REGULACIÓN DE LA GESTACIÓN SUBROGADA EN ESPAÑA

LEGAL INSECURITY ARISING FROM THE INSUFFICIENT REGULATION OF SURROGACY IN SPAIN

SILVIA VILAR GONZÁLEZ

*Doctora internacional en Derecho por la Universitat Jaume I de Castellón
Profesora de la Universidad Internacional de La Rioja*

Recibido: 17.06.2019 / Aceptado: 22.07.2019

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2019.5023>

Resumen: La regulación legal española de la gestación subrogada, por la que cualquier acuerdo que la tenga por objeto será declarado nulo de pleno derecho, no evita que las familias españolas recurran a ella en países extranjeros donde su práctica es legal, para hacer realidad su voluntad procreativa. Los mecanismos legales que, de forma parcial y cambiante, se han ido implementando en nuestro país para, en determinadas circunstancias, permitir la inscripción del nacimiento y filiación de los niños nacidos en el extranjero a favor de sus padres intencionales, suponen una grave inseguridad jurídica y una clara incongruencia de nuestro marco legislativo. Por ello, resulta extremadamente necesario crear las instituciones adecuadas que otorguen respuesta a las nuevas necesidades planteadas y protejan los intereses personales en juego.

Palabras clave: gestación por sustitución, filiación, interés superior del menor, autonomía de la voluntad, inseguridad jurídica.

Abstract: The current legal situation on surrogacy in Spain, prescribing that any agreement aimed at such process shall be declared null and void, does not prevent Spanish families from going abroad to fulfil their procreation will through this technique. The partial and changing legal mechanisms that have been implemented in our country to allow, in certain circumstances, the birth registration as well as the filiation of the child born abroad through surrogacy in favour of the intended parents, leads to a serious legal uncertainty and to a clear incongruence of our legislative framework. Thus, it is extremely necessary to create the appropriate institutions that may give response to the new stated needs and protect the personal interests affected.

Keywords: surrogacy, filiation, best interests of the child, autonomy of the will, legal uncertainty.

Sumario: I. Introducción. II. Evolución de las ciencias biomédicas y el nuevo principio “*mater non semper certa est*”. III. La insuficiente regulación legal de la gestación subrogada en el ordenamiento jurídico español. IV. Consideraciones finales

I. Introducción

1. La nulidad de pleno derecho con la que el artículo 10 de la Ley española 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida (LTRHA)¹, sanciona a los contratos que ten-

¹ Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, BOE nº. 126 de 27 mayo 2006.

gan por objeto la técnica de la gestación por sustitución, no vela por el interés superior de los menores que nacerán como consecuencia de este tipo de acuerdos, ni tampoco evita que su práctica se continúe llevando a cabo, cada vez más, tanto dentro como fuera de nuestras fronteras, como veremos, ni evita los múltiples problemas a los que se enfrentan las familias que recurren a la misma en aquellos países que cuentan con legislaciones menos precisas e inseguras.

2. La gran variedad y diversidad de legislaciones nacionales en la materia, existentes en los distintos países –o bien, ausencia de previsiones normativas al efecto–, unido a la ausencia de un marco regulador de carácter internacional que garantice el mencionado interés superior de los menores, la libertad, dignidad e integridad física y moral de las gestantes, o los derechos de los padres intencionales, genera una notable inseguridad jurídica para todos ellos.

3. Tras comenzar mencionando el gran avance que se ha producido en las técnicas biomédicas, que ha hecho posible la ruptura del tradicional concepto de filiación, trataremos de demostrar la incongruencia e insuficiencia de la regulación legal española en esta materia, así como la necesidad de que se adopten previsiones normativas precisas que hagan frente a esta realidad y que protejan a todas las partes intervinientes en el proceso, especialmente, a las más débiles y vulnerables, como son la gestante o los futuros niños.

4. Todo ello permitirá, en cierto grado, prevenir la explotación o posibles abusos que un estado de necesidad o de pobreza pudiera llevar a ciertas personas a suscribir un acuerdo de este tipo para, con ello, cubrir las necesidades económicas personales y familiares que pudieran tener en cada momento.

II. Evolución de las ciencias biomédicas y el nuevo principio “*mater non semper certa est*”

5. El concepto de filiación, inicialmente concebido como un elemento indisponible y definitorio del estado de las personas, la evolución de las costumbres y el progreso de las ciencias biomédicas, acompañado todo ello de constantes reivindicaciones sociales relacionadas con el derecho a la libertad o a la autonomía de la voluntad, han hecho posible que dicho concepto haya devenido cada vez más autónomo y dependiente de la voluntad particular, al ser la procreación fruto de una elección consciente en que las parejas programan el crecimiento del núcleo familiar.

6. Tradicionalmente, la filiación se orientaba hacia la defensa del vínculo institucional del matrimonio y hacia la protección de la familia “legítima”, preocupándose poco por la verdad biológica o por la verdad afectiva, o incluso por la coincidencia entre ambas. La determinación de la maternidad venía –y en muchos casos continúa haciéndolo– concretada por el parto, existiendo también diversos mecanismos indiciarios y formales que otorgaban relativa certidumbre a la filiación paterna².

7. Pero los cambios en las estructuras familiares han llevado a un necesario ajuste en el campo del Derecho que ha dado cabida, ya no sólo al modelo de familia “natural”, en el que la pareja conyugal, la progenitora y la parental coincidían en una misma realidad³, sino también a los mencionados nuevos modelos de familia que se apoyan en la reivindicación creciente de la voluntad individual, en la evolución de la legislación o en las nuevas técnicas de reproducción asistida, que quiebran el concepto tradicional de filiación⁴.

² S. TAMAYO HAYA, “Hacia un nuevo modelo de filiación basado en la voluntad en las sociedades contemporáneas”, *Revista Digital Facultad de Derecho*, n.º. 6, 2013, pp. 263-265.

³ B. MONCÓ REBOLLO et al., “La importancia de nombrar. El uso de la terminología de parentesco en las familias reconstituidas”, *Gazeta de Antropología*, n.º. 23, 2007, pp. 1-14 (www.ugr.es).

⁴ S. TAMAYO HAYA, “Hacia un nuevo modelo de filiación basado en la voluntad en las sociedades contemporáneas”, *Revista Digital Facultad de Derecho*, n.º. 6, 2013, p. 263.

8. Hasta hace muy poco tiempo, resultaba impensable que la mujer que daba a luz, no fuera la misma persona que hubiera aportado el óvulo para la fecundación⁵, por lo que las normas existentes para determinar la filiación por naturaleza tenían su fundamento, única y exclusivamente, en la verdad biológica con respecto de la madre, estableciéndose, con respecto del padre, diversos mecanismos jurídicos dirigidos a propiciar la adecuación entre la filiación jurídica y la biológica, que hacían posible investigar la paternidad.

9. Sin embargo, con la irrupción en el panorama biomédico actual de las técnicas de reproducción asistida, se genera la necesidad de establecer también acciones que permitan investigar la maternidad, dado que surge la posibilidad de disociar o deconstruir dicha maternidad en tres elementos: el genético, el gestacional y el volitivo, que podrán o no coincidir en una misma mujer, dependiendo de quién hubiera aportado el óvulo para la procreación, quién hubiera desarrollado la labor de gestación o a quién se atribuya, finalmente, la función jurídico-social de la maternidad⁶.

10. Con todo ello se añade una mayor complejidad a la cuestión pacífica de la certeza asociada a la maternidad natural, derivada de la gestación y del parto y que se asentaba tradicionalmente en la máxima pauliana “*mater semper certa est*”⁷, dando paso a un nuevo principio que podríamos denominar “*mater non semper certa est*”⁸, el cual plantea grandes retos, tanto de cara al legislador, como para los intérpretes del Derecho.

11. En dicho sentido, no se puede obviar, como acertadamente apunta S. TAMAYO HAYA, que “la filiación es un concepto jurídico y no biológico, o en todo caso no exclusivamente biológico. El principio de veracidad biológica no es el único que debe ser tomado en consideración, sino que en ocasiones debe ceder ante otros, que representan valores igualmente protegibles: el principio de interés superior del menor y el de seguridad de las relaciones de filiación”⁹.

12. No obstante, el tradicional principio “*mater semper certa est*”, que vincula indisolublemente la determinación legal de la filiación con el hecho biológico del parto¹⁰, continúa siendo el criterio predominante en los ordenamientos jurídicos que prohíben expresamente la gestación por sustitución, como sucede en España, Italia¹¹, Alemania¹² o Francia¹³, entre otros.

⁵ M.A. SOTO LAMADRID, *Bioética, filiación y delito. La fecundación artificial y la experimentación genética ante el Derecho*, Ed. Astrea, Buenos Aires (Argentina), 1990, pp. 46-48.

⁶ E. FARNÓS AMORÓS, “La filiación derivada de la reproducción asistida: voluntad y biología”, *Anuario de Derecho Civil (ADC)*, vol. 68, n.º. 1, 2015, p. 9.

⁷ M.T. DUPLA MARTÍN, “El principio *mater semper certa est* ¿a debate? La nueva legislación sobre reproducción asistida y sus consecuencias”, en P. RESINA SOLA, *Fundamenta Iuris. Terminología, principios e interpretatio*, Universidad de Almería, Almería, 2012, p. 320.

⁸ F.P. SISTO, “*Mater non semper certa est: la gestazione per conto terzi fra (pieni di) scienza e (vuoti di) legislazione*”, *Diritto di Famiglia e delle Persone*, vol. 16, 1987, p. 1467.

⁹ S. TAMAYO HAYA, “Hacia un nuevo modelo de filiación basado en la voluntad en las sociedades contemporáneas”, *Revista Digital Facultad de Derecho*, n.º. 6, 2013, p. 306 a 307.

¹⁰ E. LAMM, *Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*, Universitat de Barcelona, Publicacions i Edicions, Barcelona, 2013, p. 31.

¹¹ Donde el artículo 12.6 de su Ley n.º. 40, de 19 febrero 2004, sobre Normas en materia de Procreación Médicamente Asistida, castiga con penas de prisión de entre tres meses y dos años, y multas de entre seiscientos mil hasta un millón de euros a cualquier persona que produzca, intermedie o anuncie la venta de gametos o embriones o la gestación por sustitución.

¹² Los artículos 1 y 2 de la Ley alemana para la Protección de Embriones (ESchG) de 1990 castiga a los profesionales médicos que hagan un uso inadecuado de embriones humanos y de técnicas de reproducción asistida dirigidas a la gestación subrogada, pero eximiendo expresamente de responsabilidad a la donante del ovocito. Asimismo, los artículos 13c, 13d, 14 y 14b de la Ley alemana de Adopciones y de Prohibición en la Intermediación de la Gestación por Sustitución (AdVerMiG) de 1976, también establecen penas de prisión de hasta tres años o multa para todos aquellos que intermedien o publiciten servicios relacionados la gestación subrogada, pero eximiendo de responsabilidad, tanto a la gestante, como a los padres de intención. No obstante, si igualmente se llevase a cabo un proceso de gestación subrogada en territorio germano, conforme a lo dispuesto en el artículo 1591 del Código Civil alemán (BGB) de 1896 se considerarán padres legales del niño nacido, a la mujer que dio a luz y a su esposo, o bien, a quien hubiera reconocido expresamente la paternidad, o a aquel a quién se le hubiera atribuido judicialmente la misma (art. 1592 BGB).

¹³ La gestación subrogada se prohíbe expresamente en Francia por la Ley n.º. 94-653, de 29 de julio de 1994, sobre el Respeto al Cuerpo Humano.

13. Por otra parte, también es necesario tener en consideración que la filiación ya no constituye únicamente un vínculo individual entre el niño y cada uno de sus progenitores, sino que, al mismo tiempo, circunscribe al menor en una familia y en un cierto orden social, por lo que el Derecho debería posibilitar, frente a la verdad biológica, configurar jurídicamente la voluntad como vínculo que otorgue efectos relacionados con el parentesco –al igual que sucede en los supuestos de adopción–, excluyendo el principio de indisponibilidad que suele regir en esta materia.

14. Convertir a la filiación en una institución jurídica ligada al hecho volitivo de tener un hijo y de asumir tal responsabilidad, más allá del mero acto fisiológico de la procreación o del parto, haría posible integrar al menor en la familia que le ha deseado y que ha manifestado un compromiso parental, una responsabilidad asumida por una elección, voluntaria y no solamente por imperativo legal, independientemente de las circunstancias relativas a su concepción, asegurando de este modo la estabilidad y seguridad en las relaciones¹⁴.

15. Las mencionadas cuestiones afectan, no sólo al orden científico y al jurídico, sino también al social, dado que se precisan nuevas fórmulas de razonamiento, nuevas intuiciones, principios, enfoques y tratamientos que protejan los intereses personales en juego, siendo necesario fijar límites adecuados que otorguen respuesta a los múltiples conflictos legales, éticos, médicos o sociales que van surgiendo en el camino¹⁵ y precisándose nuevas figuras que, basándose en la intención o voluntad de las partes, posibiliten separar la filiación biológica de la jurídica.

III. La insuficiente regulación legal de la gestación subrogada en el ordenamiento jurídico español

16. En la actualidad, en el ordenamiento jurídico español tan solo el artículo 10 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida, hace referencia a la gestación por sustitución al establecer que todos los contratos por los que se convenga dicha gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncie a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero, se hallarán sancionados con la nulidad de pleno derecho.

17. Por ello, y con fundamento en el principio “*quod nullum est nullum effectum producit*”¹⁶, si se llevara a cabo en España un contrato de este tipo, la filiación de los nacidos quedaría determinada a favor de la mujer que hubiera dado a luz al niño.

18. En el apartado tercero del mencionado artículo, se deja a salvo una “posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales” (art. 10.3 LTRHA).

19. Pese al contenido de las mencionadas disposiciones legales, ello no obsta para que esta sea una figura a la que cada vez más familias españolas recurran en países extranjeros donde su práctica está permitida, como sucede con algunos Estados de EEUU –como California¹⁷ o Illinois¹⁸–, o en países

¹⁴ C.C. VALDÉS DÍAZ, “La maternidad subrogada y los derechos de los menores nacidos mediante el uso de esas técnicas”, *Anuario de la Facultad de Derecho*, n.º 31, 2014, pp. 263-265 y pp. 306-307.

¹⁵ C. ARTETA ACOSTA, “Maternidad subrogada”, *Revista Ciencias Biomédicas*, vol. 2, n.º 1, 2011, pp. 91-92.

¹⁶ F.J. JIMÉNEZ MUÑOZ, *La reproducción asistida y su régimen jurídico*, Reus, Madrid, 2012, p. 113.

¹⁷ Estado en el que se acepta esta figura, incluso bajo sus modalidades tradicional y comercial, tal y como resulta de la División 12 “Parent and child relationship” (Sections 7500-7961) del Código de Familia californiano.

¹⁸ Que cuenta con legislación muy permisiva reguladora, desde la firma del convenio, hasta la emisión de los certificados de nacimiento. Sin embargo, tan solo permite acceder a la gestación subrogada a personas que hayan aportado sus propios gametos –bastando con que solo una de ellas lo hubiera hecho, en el caso de parejas heterosexuales–. Véase la “Illinois Gestational Surrogacy Act” (750 ILCS 47/).

como Rusia¹⁹, Ucrania²⁰, Portugal²¹, Reino Unido²² o Grecia²³, entre otros. Sin embargo, resulta necesario señalar que las personas que puedan permitirse desplazarse hasta aquéllos lugares más seguros jurídicamente, pero también mucho más costosos a nivel económico, se enfrentarán a menos problemas que aquellas otras personas que no tengan más remedio que terminar en países menos desarrollados, donde pueden verse expuestas a mafias o a mercados negros derivados de la mercantilización de la filiación, de la explotación de posibles gestantes e incluso del tráfico de menores, con todos los riesgos que estas situaciones llevan asociados y con la gran inseguridad jurídica que ello supone.

20. El problema surge cuando estas personas pretenden regresar a España acompañadas de sus hijos recién nacidos, tratando de obtener, para ello, un pasaporte español de los menores. Así, en algunos de estos supuestos, los padres intencionales habrán podido conseguirlo sin demasiados problemas, acogiendo a las soluciones jurídicas que, de forma parcial y cambiante, pero no menos valiente, ha ido habilitando la Dirección General de los Registros y del Notariado en los últimos años. Sin embargo, en algunos otros supuestos, los padres intencionales se habrán encontrado con la negativa de las secciones consulares del Registro Civil correspondiente a expedir el pasaporte de los menores, lo que atrapa a estas familias durante largos periodos de tiempo en los respectivos países en los que se ha llevado a cabo el proceso, pese a poder demostrar que el niño se halla genéticamente vinculado con uno, o incluso con los dos progenitores en la gran mayoría de los supuestos, y pese a que, finalmente, el Estado español no ha tenido más remedio que brindar algún tipo de solución a las situaciones de hecho creadas, atendiendo al interés superior del menor.

21. Entre las mencionadas soluciones habilitadas por parte de la Dirección General de los Registros y del Notariado, destacan, entre otras:

- la pionera Resolución de 18 de febrero de 2009²⁴, en la que se ordenaba la inscripción en el Registro Civil consular español de Los Ángeles de dos niños nacidos en California como consecuencia de un contrato de gestación por sustitución;
- la Instrucción de 5 de octubre de 2010²⁵, que endureció el régimen registral de inscripción de la filiación de los nacidos por gestación subrogada;
- la Circular-informe de 11 de julio de 2014²⁶, que mantuvo la plena vigencia de la Instrucción de octubre de 2010;
- o la reciente Instrucción de 14 de febrero de 2019²⁷, sobre actualización de dicho régimen registral de filiación, que introducía la posibilidad de “acceder a la inscripción de la filiación paterna resultante del reconocimiento de paternidad hecho de conformidad con los requisitos exigidos por la ley aplicable para su plena validez y eficacia”²⁸, careciendo de

¹⁹ La Ley Federal sobre los Fundamentos de la Protección de la Salud de los Ciudadanos del año 2011, es uno de los principales textos normativos en esta materia, al contemplar la gestación por sustitución como uno de los posibles tratamientos médicos contra la infertilidad.

²⁰ País en el que la gestante no tendrá ningún tipo de derecho sobre el menor y se atribuirá la filiación a los padres intencionales, directamente, desde el mismo momento del nacimiento, conforme a lo dispuesto en el artículo 123.2 del Código de Familia ucraniano.

²¹ Donde se ha legalizado la figura de la gestación subrogada mediante la Ley 25/2016, de 22 de agosto, que regula el acceso a la gestación de sustitución, procediendo a la tercera alteración de la Ley 32/2006, de 26 de julio, de procreación médicamente asistida, pero cuyos efectos se hallan en suspenso hasta que se revisen y reajusten determinados aspectos de dicha Ley considerados inconstitucionales por la sentencia nº. 225/2018, de 17 julio 2018, dictada por el Tribunal Constitucional luso (Proceso nº. 95/17).

²² Regulada, principalmente, por la “Surrogacy Arrangements Act”, 1985 y por la “Human Fertilisation and Embryology Act”, 2008.

²³ Permitida bajo sus modalidades altruista y comercial, en base a la Ley griega 3089/2002, sobre Reproducción Humana Médicamente Asistida.

²⁴ Resolución DGRN, Registro Civil, de 18 febrero 2009 (disponible en: RJ 2009/1735).

²⁵ Instrucción DGRN de 5 octubre 2010, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución, BOE nº. 243 de 7 octubre 2010.

²⁶ Mencionada expresamente en la STS 25 octubre 2016 (881/2016, Sala de lo Social, Pleno).

²⁷ Instrucción DGRN de 14 febrero 2019, sobre actualización del régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución.

²⁸ *Ibid.*, p. 14.

una previa sentencia obtenida en un procedimiento judicial de reclamación de filiación pero contando con “pruebas adicionales que a juicio del cónsul encargado del Registro Civil sean suficientes para dejar inequívocamente acreditada dicha filiación paterna, pudiendo a tal efecto aportarse, por cuando por sí mismas resultarían bastantes, unas pruebas médicas y analíticas inequívocas (de ADN) obtenidas en condiciones de plenas garantías científicas y jurídicas, tanto en cuanto a los centros o laboratorios que realicen las correspondientes pruebas y análisis, como en cuanto al procedimiento seguido y la cadena de custodia de las muestras de ADN”²⁹. Sin embargo, esta Instrucción fue rápidamente dejada sin efecto, mediante un comunicado emitido por el Ministerio de Justicia español³⁰ en poco más de 24 horas, derogación que fue reiterada mediante la Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 18 de febrero de 2019³¹, esta última con evidentes contradicciones jurídicas³². Ello supone el mantenimiento de la vigencia de lo dispuesto en la Instrucción de 5 de octubre de 2010 citada.

22. La postura del Ministerio de Justicia español, rechazando la posibilidad de inscribir los nacimientos y filiación de los niños nacidos en el extranjero a través de la técnica que nos ocupa, acompañando una prueba de ADN acreditativa de la paternidad o maternidad de uno de los progenitores a la certificación registral extranjera, vulnera, a nuestro parecer, el principio del interés superior del menor, dado que en la mayoría de estos supuestos, muy probablemente, además de la mencionada vinculación genética, se habrá cumplido con la normativa legal vigente de los respectivos países extranjeros, no se habrá vulnerado el derecho de los menores, ni tampoco la dignidad de las gestantes, por lo que no cabe la posibilidad de alegar una contravención del orden público internacional español³³.

23. Es más, no permitir practicar la inscripción del nacimiento y filiación en el Registro Civil de los nacidos a partir de esta técnica, vulnera el derecho de todo niño a preservar su identidad personal afirmada en la Convención sobre los Derechos del Niño de las Naciones Unidas, lo que incluye el derecho a ser inscrito inmediatamente tras su nacimiento en el Registro correspondiente, así como a la atribución de un nombre, la adquisición de una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres, ser cuidado por ellos y contar con un vínculo paterno-filial que les permita relacionarse con sus familiares conforme a la ley, sin sufrir injerencias indebidas³⁴.

24. En todos estos supuestos debe quedar claro que la cuestión no radica en determinar la filiación de los niños nacidos por gestación subrogada en el extranjero, sino en “decidir si una filiación ya establecida legalmente en el extranjero e inscrita en un Registro civil extranjero debe aceptarse o no en España y acceder o no al Registro civil español”³⁵, es decir, en torno a la validez extraterritorial de las decisiones extranjeras.

²⁹ Ibid., pp. 14-15.

³⁰ Véase el comunicado de 16 febrero de 2019 “Justicia deja sin efecto la instrucción enviada a los registros consulares sobre gestación subrogada en el extranjero”, disponible en: <https://www.lamoncloa.gob.es/serviciosdeprensa/notasprensa/justicia/Paginas/2019/160219gestacion-subrogada.aspx>, última consulta: 10/04/2019.

³¹ Instrucción DGRN de 18 febrero 2019, sobre actualización del régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución, BOE nº. 45 de 21 febrero 2019.

³² A.J. VELA SÁNCHEZ, “Análisis estupefacto de la Instrucción de la DGRN de 18 de febrero de 2019, sobre actualización del régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución”, *Diario La Ley*, nº. 9453, 2019.

³³ A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Gestación por sustitución y derecho internacional privado. Más allá del Tribunal Supremo y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 7, nº. 2, octubre 2015, p. 78.

³⁴ Conforme establecen los artículos 7 y 8 de la Convención sobre los Derechos del Niño, así como del artículo 3 del referido instrumento normativo que requiere a los Estados parte que adopten cuantas medidas legislativas o administrativas fuera necesario para atender el interés superior de los niños, comprometiéndose a asegurar la protección y el cuidado que precisen para su bienestar.

³⁵ A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Gestación por sustitución y derecho internacional privado. Más allá del Tribunal Supremo y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 7, nº. 2, octubre 2015, p. 56.

25. Tal y como ha venido afirmando el Tribunal Europeo de Derechos Humanos desde las sentencias de los casos *Mennesson*³⁶ y *Labassee c. France*³⁷, ambas de 26 de junio de 2014, y conforme a las normas del derecho internacional privado, “el interés superior del menor es un concepto que debe plasmarse 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 pueda haber en el país en que residen los padres intencionales y donde residirá el propio menor”³⁸.

26. Asimismo, tal y como han afirmado A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “[m]ientras que el TS emplea un orden público antiguo anclado en la férrea defensa de la legalidad española y del modelo español de filiación considerado en abstracto, el TEDH se mueve en una dimensión totalmente diferente [defendiendo] los derechos individuales y no la autoridad de la Ley [y apostando] por el interés del menor”³⁹. Como señalan los indicados autores, para proteger el derecho a la vida y a la identidad personal transfronteriza de los niños nacidos a partir de esta técnica, la intervención del orden público internacional frente a las decisiones extranjeras relativas al establecimiento de las filiaciones de estos, deberá ser siempre razonada y proporcionada⁴⁰, no pudiéndose pretender la aplicación del Derecho sustantivo español, en cualquier caso, ni otorgarle la consideración de “norma internacionalmente imperativa”⁴¹.

27. Resulta también necesario mencionar que, la nulidad de pleno derecho con la que se sanciona jurídicamente a este tipo de contratos en nuestro país, no evita tampoco que, aunque en menor medida, su práctica se lleve a cabo también dentro de nuestras fronteras, de forma clandestina, tal y como puede comprobarse con la noticia de prensa sobre la “operación princesita”⁴², que salió a luz en el mes de noviembre de 2016 y que concluyó con la detención en la provincia de Cádiz de tres personas, esto es, de una mujer gestante, así como de la pareja homosexual integrada por dos hombres que había efectuado el encargo. O también puede deducirse su práctica en España, a partir de manifestaciones vertidas por parte de diversos abogados en Internet en las que afirman conocer algunos casos llevados a cabo en nuestro país⁴³.

28. Tampoco resulta en absoluto congruente jurídicamente el hecho de que, pese a la mencionada nulidad de pleno derecho, en reiterada jurisprudencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo⁴⁴, se haya admitido la posibilidad de que, una vez inscritos este tipo de nacimientos, por analogía, los padres intencionales puedan acceder a todas las prestaciones y derechos que se derivan de la paternidad o maternidad⁴⁵.

29. En definitiva, la irrupción de las novedosas técnicas de reproducción asistida en el panorama biomédico actual, como hemos visto, ha quebrado claramente la tradicional máxima romana “*mater semper certa est*”, lo que lleva a que no tenga ningún sentido seguir otorgando más relevancia

³⁶ STEDH 26 junio 2014 (Case *Mennesson v. France*, Application n.º 65192/11, Fifth section).

³⁷ STEDH 26 junio 2014 (Case *Labassee v. France*, Application n.º 65941/11, Fifth section).

³⁸ A. DURÁN AYAGO, “Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso *Mennesson c. France* (n.º 65192/11) y caso *Labassee c. France* (n.º 65941/11), de 26 de junio de 2014”, *Ars Iuris Salmanticensis*, vol. 2, 2014, p. 280.

³⁹ A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Gestación por sustitución y derecho internacional privado. Más allá del Tribunal Supremo y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 7, n.º. 2, octubre 2015, p. 45.

⁴⁰ *Ibid.*

⁴¹ *Ibid.*, p. 55.

⁴² Véase la noticia titulada “Detenidas una pareja de hombres y una madre por la venta de una recién nacida por gestación subrogada”. *El País*. 2016.

⁴³ Véase J.A. MARFIL GÓMEZ, Ponencia sobre “maternidad subrogada”, Colegio de Abogados de Madrid, 20 de junio de 2016, disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=Ls1ClEGPtk>, última consulta: 10/04/2019.

⁴⁴ Como, entre otras, en las STS 19 octubre 2016 (897/2016); STS 25 octubre 2016 (881/2016); STS 16 noviembre 2016 (953/2016).

⁴⁵ Contracciones existentes en la normativa jurídica española sobre la filiación en particular y sobre la regulación de la familia en general que demuestran, una vez más, “las tensiones producidas entre la realidad biológica, la tecnología reproductiva y el lenguaje”. E. CORRAL GARCÍA, “Algunas contradicciones recientes en el derecho de familia: nulidad de la gestación por sustitución y pensiones de viudedad en parejas de hecho”, *Diario La Ley*, n.º. 9428, 2019, p.2.

al hecho de la gestación y del parto, que a la conexión genética del menor con sus padres o al elemento volitivo.

30. En respuesta a todo ello, sería necesario modificar la redacción de los artículos del Código Civil español relativos a la filiación, especialmente, el artículo 108, a efectos de dar cabida a una nueva figura autónoma ajustada a los avances en materia de técnicas de reproducción asistida, con fundamento en la vinculación genética del niño con sus progenitores y en la autonomía de la voluntad de las partes, que operase, entre otros supuestos, en el de la gestación por sustitución. Dicho artículo podría quedar redactado del modo siguiente:

“Artículo 108. La filiación podrá tener lugar por *el hecho del parto, por vinculación genética y por adopción. Los dos primeros supuestos de filiación podrán ser de tipo matrimonial y no matrimonial. Es matrimonial cuando ambos progenitores están casados entre sí.*

La filiación matrimonial y la no matrimonial, así como la adoptiva, surten los mismos efectos, conforme a las disposiciones de este Código.”.

31. Se precisaría también modificar el contenido del artículo 44 de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil, sobre la inscripción del nacimiento y de la filiación, para ajustar su tenor literal a la referida modificación del artículo 108 del Código Civil, eliminándose toda mención relativa a la necesidad de hacer constar en el parte facultativo los datos relativos a la identidad de su “madre” –entendida ésta como la mujer que ha dado a luz–, y sustituirlos por la obligación de consignar en el citado documento las circunstancias correspondientes a quienes sean considerados progenitores del recién nacido conforme a las normas civiles, la normativa sobre técnicas de reproducción asistida o a la norma promulgada en materia de gestación subrogada, en caso de que su aprobación se efectuase en un texto independiente a los anteriores.

32. De hecho, la normativa española en materia de técnicas de reproducción médicamente asistida ya permite que la filiación pueda quedar determinada mediante una mera declaración de voluntad efectuada a dichos efectos en determinados supuestos⁴⁶ pero, sorprendentemente, no se permite que dicha voluntad produzca los mismos efectos en el caso de la gestación subrogada.

33. Por otra parte, esta misma normativa contraria a la gestación por sustitución, sí admite la donación de gametos reproductivos y de preembriones⁴⁷, cuando en estos casos, al igual que sucede con la gestación subrogada, nos encontramos ante una mujer que llevará a cabo la gestación de un niño con el que no tiene ninguna conexión genética⁴⁸, radicando la única diferencia en el hecho de que, en el caso de la donación de ovocitos, la mujer que ha gestado al niño será considerada madre del mismo a todos los efectos legales –pese a no haber aportado su material genético–, quedando determinada la filiación por el mero hecho de la gestación y del parto, en base al repetido principio romano “*mater semper certa est*”. Mientras que, en el segundo supuesto, es decir, en la gestación por sustitución, se condena el hecho de que la gestante pueda entregar el menor a sus padres intencionales quienes, a su vez, se hallarán genéticamente vinculados con el menor en la mayoría de los supuestos, y habiendo tenido, en todo momento, la voluntad de convertirse en los progenitores del mismo desde el inicio del proceso.

⁴⁶ Como sucede en el caso de dos mujeres casadas, cuando una de ellas se somete a técnicas de reproducción asistida y el art. 7.3 LTRHA permite que su consorte manifieste “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”.

⁴⁷ Donación que en puridad no es tal, puesto que la misma suele implicar el pago de una cantidad monetaria por las molestias ocasionadas, compensación económica que es en muchas ocasiones el verdadero motivo que lleva a los donantes a proporcionar su material genético.

⁴⁸ Salvo en los casos de la gestación por sustitución tradicional, que son aquellos en los que la gestante es la persona que, a su vez, aporta sus propios ovocitos para la fecundación.

IV. Consideraciones finales

34. Como ya hemos visto, el concepto de filiación no permanece estático, habiéndose quebrado la tradicional máxima pauliana “*mater semper certa est*” con la irrupción de las técnicas de reproducción asistida. Ello, hace necesario dotar de la correcta adaptación legislativa a las nuevas fórmulas que modifican, reinventan y crean nuevas posibilidades, dándose cabida al elemento genético, junto con el volitivo, frente al hecho biológico del parto.

35. Asimismo, la nulidad de pleno derecho con la que se hallan sancionados este tipo de contratos, no evita que las familias españolas recurran a los mismos tanto dentro, como fuera de nuestras fronteras, ni mucho menos evita los problemas a que estas personas se ven enfrentadas en muchos de los casos.

36. No se pueden poner puertas al campo, la ciencia avanza en muchas ocasiones más rápido que el Derecho y ello hace necesario adaptar las normas y, en muchas ocasiones la conciencia y la moral, a los nuevos retos que se plantean en nuestra sociedad día tras día, debiendo hacer frente a las necesidades y reivindicaciones sociales que, en muchas ocasiones, tardan algún tiempo en inducir la voluntad de los legisladores, pero que son una realidad.

37. Independientemente de que nos posicionemos a favor o en contra de la figura que nos ocupa, la gestación subrogada precisa de una regulación favorable con carácter de urgencia en nuestro país, dado que no se puede negar que se trata de una realidad, que prohibir en ningún caso supone la mejor opción y que, al igual que han hecho países de nuestro entorno cercano, como Portugal o Reino Unido, una adecuada regulación ayudaría a disminuir, e incluso eliminar, el turismo reproductivo, evitaría muchos de los problemas que actualmente su práctica lleva aparejada, permitiría velar por los derechos de las partes, especialmente, los de los futuros niños, y evitaría, en la medida de lo posible, o cuanto menos reduciría, que se cometan ulteriores abusos.

38. Para ello, el legislador debe fijar, de forma clara y sosegada, los límites por los que su práctica deberá discurrir, así como los requisitos exigibles a quienes deseen recurrir a la misma, teniendo presente, en todo momento, el interés superior de los menores, que deberá ser prioritario en el proceso, así como la necesidad de un verdadero consentimiento informado prestado por parte de todos los intervinientes en el mismo.

39. En definitiva, los tiempos cambian, la sociedad y la ciencia avanzan más rápido que el Derecho, y prohibir o mirar hacia otro lado ante ciertas prácticas con las que podemos no estar plenamente conformes pero que son una realidad, en ningún caso supone la mejor opción.