

LA ADOPCIÓN INTERNACIONAL EN LA COMUNIDAD AUTÓNOMA EXTREMADURA ANTE EL RETO JURÍDICO DE LAS PRÁCTICAS DE GESTACIÓN SUBROGADA

Jacinto J. Marabel Matos,
Doctor en Derecho. Asesor Jurídico de la Comisión Jurídica de Extremadura

SUMARIO: 1. Hacia un cambio de paradigma en la adopción internacional.- 2. La gestación subrogada como fundamento del descenso de adopciones.- 3. Las soluciones jurídicas a los planteamientos éticos de la gestación subrogada.- 4. La reflexión crítica de los tribunales: el reconocimiento del interés superior del menor y de la prestación por maternidad en los casos de gestación subrogada.- 5. Una propuesta de *lege ferenda* en torno a la gestación subrogada.

1. Hacia un cambio de paradigma en la adopción internacional

En el Antiguo Testamento se cuenta la historia de Jacob, cuyos doce hijos fundaron las tribus de Israel. Se dice que el patriarca fue obligado, mediante engaños, a casarse con su prima Lea, cuando en realidad a quien quería era a Raquel, hermana pequeña de esta. Dado que ley hebraica lo permitía, después de un tiempo acabó por desposar a ambas, pero ya que únicamente Lea engendraba descendencia, Raquel convino que su esposo tomara a una concubina para que, por medio de ella, pudiera ser madre. Así fue como Jacob tuvo dos varones con la esclava Bilha, los cuales fueron inmediatamente adoptados como propios por Raquel, quien llegó a exclamar: “Dios me ha hecho justicia. Escuchó mis plegarias y me ha dado hijos” (Génesis, 30:6).

Sin duda este es el primer caso de gestación subrogada del que se tiene registro. Raquel, esposa de Jacob, hijo de Isaac, hijo a su vez de Abraham, podría haberse limitado a ejercer el derecho a la maternidad adoptando un niño, pongamos por caso, habido en una relación extramatrimonial de su esposo. Sin embargo, en el sentido actual del término, ambos acordaron previamente que la esclava quedara embarazada, gestara y diera a luz un niño que, a todos los efectos, pasaría ser considerado hijo de Raquel.

Este es en esencia el secular procedimiento al que los avances de la ciencia médica en general, y las técnicas de reproducción humana asistida en particular, han conferido una especial relevancia, en tanto a partir del mismo se llegan a cuestionar ciertos planteamientos éticos y no pocos problemas de hondo calado jurídico. El incesante progreso de la ciencia y de la tecnología propia de estas primeras décadas del siglo XXI, no tiene parangón con ninguna de las anteriores etapas de la Historia y viene a dificultar sobremanera la labor del legislador. El marco de certeza y previsibilidad en el que han venido desarrollándose habitualmente la actividad normativa parece haberse ya esfumado en diferentes áreas de la regulación.

Esta circunstancia es aún más notoria en el marco de las instituciones que, como la familia, se han visto abruptamente modificada en sus caracteres tradicionales a partir de los nuevos posicionamientos sociales. Cuando tras el oportuno debate se alcanza cierta madurez social, los nuevos paradigmas éticos llegan a consolidarse con un grado de fijeza y normalización que a pocos sorprende. Baste con recordar en este sentido la polarización de posturas que precedió a la aprobación de la Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modificó el Código Civil (CC) en materia de derecho a contraer matrimonio, introduciendo un polémico segundo párrafo en su artículo 44, en el que se equiparaban los requisitos y efectos de los contrayentes del mismo o diferente sexo, avalada por la Sentencia del Tribunal Constitucional (STC) 198/2012, de 6 de noviembre, y diluida hoy en día en una tónica general de normalización adelantada por la Sentencia del Tribunal Supremo (STS), de 12 de abril de 2011, en la que se vino a reconocer que:

“El sistema familiar actual es plural, es decir, que desde el punto de vista constitucional, tienen la consideración de familias aquellos grupos o unidades que constituyen un núcleo de convivencia, independientemente de la forma que se haya utilizado para formarla y del sexo de sus componentes, siempre que se respeten las reglas constitucionales”.

Precisamente, en gran parte de los casos el convenio matrimonial representa la base sobre la que se acaba por ejercer el derecho a crear o a fundar una familia, tal y como resulta garantizado por el ordenamiento jurídico internacional. Así se contienen en el artículo 16 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en el artículo 8 del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, y en el artículo 9 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Por su parte, en el marco de los principios rectores de la política social y económica, el artículo 39 de la Constitución Española (CE) remite el mandato a los poderes públicos para que aseguren la protección social, económica y jurídica de la institución.

Ahora bien, que exista un reconocimiento internacional del derecho a constituir una familia, así como una protección pública de la misma, no quiere decir que haya igualmente un consenso general en torno a las formas o modelos jurídicos de la misma. En las últimas décadas, el instituto ha aceptado la introducción de nuevos actores, de manera que sus relaciones ya no se mantienen por lazos de consanguinidad o afinidad, sino que, desvinculada del carácter biológico, admiten vínculos volitivos, afectivos o incluso culturales.

La interpretación evolutiva del concepto de familia ha coadyuvado a superar la rigidez tradicional que definía los caracteres en los que se deben desenvolver las relaciones paterno-filiales o los derechos de los menores en su seno. Tanto unos como otros son derechos con robustos componentes consuetudinarios a los que la bioética obliga a evolucionar, y a los que, sin embargo, se les requiere un elevado grado de aceptación

social antes de proceder a modificar alguno de los elementos que los conforman. Y este es precisamente el caso que han propiciado ciertas técnicas de fecundación *in vitro* y de transferencia embrionaria, multiplicado exponencialmente las demandas de gestación subrogada, a través de la cual la gestante se compromete a poner a plena disposición de terceros, tanto física como jurídicamente, el resultado del alumbramiento.

Utilizamos aquí el término gestación subrogada conscientes del polémico debate que suscita el mismo, por ser sin embargo el más generalizado. Como luego veremos, desde hace treinta años nuestro ordenamiento recoge la expresión gestación por sustitución para referirse a este tipo de prácticas, pero lo cierto es que el término subrogación, cuya acepción según la RAE comprende sustituir a alguien o ponerse en el lugar de otra persona, abarca además connotaciones de tráfico o transmisión de obligaciones. Una carga valorativa que, a nuestro juicio, quedaría exenta del carácter eufemístico adoptado por otras expresiones como maternidad subrogada, así como vientre o útero de alquiler, cuyas connotaciones éticas pervierten en muchos casos la necesaria reflexión jurídica.

Dicho lo cual, resulta oportuno asimismo diferenciar los dos tipos de gestación subrogada que podemos encontrarnos. Así, en una configuración parcial, tradicional o bíblica la gestante contribuye con su útero y con el material genético a la formación del embrión, mientras que en un sentido pleno, la gestación subrogada presupone la transferencia genética de uno de los progenitores, si incluye esperma, de ambos, si se ceden óvulos para fecundarlo, o de ninguno, si se facilitan gametos de terceros con los que los comitentes no guardan relación biológica.

Este abanico de posibilidades capacita a la gestación subrogada como una de las prácticas más demandadas en nuestros días para hacer efectivo el derecho a la procreación en el seno de la familia. Sin embargo y frente a la normalización que en la práctica supone para la institución familiar la celebración de matrimonios de parejas homosexuales, la vía de hecho para el reconocimiento de los derechos que configuran la gestación subrogada sigue generando en la actualidad toda una serie de debates éticos y jurídicos en torno a la cosificación de la mujer, la mercantilización de los embriones y el superior interés del menor, en cuyas críticas convergen amplias esferas sociales. Sin ir más lejos, tanto los movimientos feministas como el propio Papa Francisco, en su exhortación apostólica postsinodal *Amoris Laetitia*, han censurado este tipo de prácticas por lo que, a su juicio, suponen de instrumentalización o cosificación del cuerpo femenino.

Y es que, en la última década, el avance de las técnicas de reproducción humana asistida, la facilidad de su acceso y la ausencia de una normativa que regule y armonice su práctica, ha derivado en un aumento incontrolado de los casos de gestación subrogada, alarmando a la comunidad internacional y previéndola sobre la urgente necesidad de abordar soluciones que acoten los problemas éticos y jurídicos que la circuncidan. Así se ha manifestado el grupo de expertos del Instituto Internacional de Estudios Sociales de la Conferencia de La Haya, organismo regulador del derecho

internacional privado, en los reiterados encuentros que ha mantenido desde 2012, advirtiendo recientemente sobre la urgencia de una armonización legislativa global en el foro celebrado entre el 6 y el 9 de febrero del año en curso, (Report of the Expert's Group on the Parentage/Surrogacy Project, February 2018. www.hcch.net).

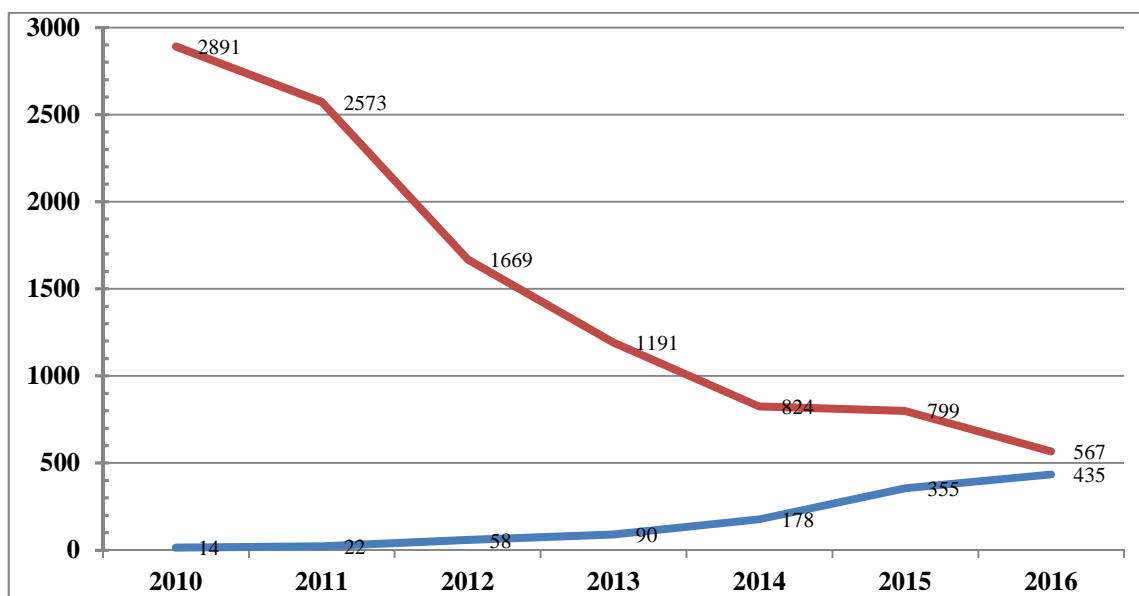
2. La gestación subrogada como fundamento del descenso de adopciones

Pese al cada vez mayor número de voces que se alzan exigiendo su regulación, lo cierto es que resulta difícil alcanzar un consenso normativo internacional en este ámbito cuando aún no ha sido posible determinar con precisión las cifras que engloba el fenómeno de la gestación subrogada. En efecto, los casos en los que se practica la técnica tradicional son difíciles de precisar, por cuanto no necesitan de técnicas de reproducción y están sujetos a la discrecionalidad de las partes, pero también los son aquellos en los que queda registro del procedimiento de fecundación *in vitro* pero no del acuerdo de subrogación, por no mencionar los países cuya legislación no contempla siquiera esta última exigencia.

Consciente de estas dificultades, el Gobierno ha expuesto recientemente los datos relativos a los casos de gestación subrogada en España, advirtiendo no obstante que, dado que en las inscripciones de los menores practicadas en los registros civiles no se alude al hecho de haber nacido en estas circunstancias, tan sólo podemos deducir la magnitud del problema a través de los expedientes tramitados en los consulados de Los Ángeles, Kiev, Moscú, México D.F., Bangkok y Mumbai durante el período 2010-2016, con cuyos datos totales se concluye que al menos 1.152 niños han sido engendrados mediante esta técnica.

Por otro lado, esta cifra resulta inversamente proporcional a los datos oficiales relativos a la adopción internacional, aportados por el Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad para el mismo período, tal y como podemos observar en la tabla adjunta, en la que se constata una caída del más del 80% del número de adopciones internacionales en los últimos siete años.

EVOLUCIÓN ADOPCIONES INTERNACIONALES Y GESTACIÓN SUBROGADA EN ESPAÑA (2010-2016)	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016
Expedientes tramitados por gestación subrogada	14	22	58	90	178	355	435
Inscripciones practicadas de adopción internacional	2891	2573	1669	1191	824	799	567



marzo de 2018, y el Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad en la web institucional www.msssi.gob.es.

De dicho cuadro se deduce una relación inversa entre ambas variables. El aumento exponencial de los casos de gestación subrogada está íntimamente relacionado con la caída de los procedimientos de adopción internacional en el cómputo nacional. La Comunidad Autónoma de Extremadura, ámbito que nos es propio, no escapa a esa circunstancia. En este caso y aunque las cifras expuestas en el dominio de la Dirección General de Políticas Sociales, Infancia y Familia de la Junta de Extremadura, tan sólo se refieren al número de solicitudes de adopción presentadas en los registros autonómicos durante el período 2010-2014, sus datos revelan una caída aún mayor que la producida en el ámbito nacional. De este modo, de las 104 solicitudes tramitadas en 2010, se pasa a tan sólo 15 solicitudes tramitadas en 2014; eso quiere decir en cómputos totales y para el período 2010-2014, se ha producido un descenso del 86% de las solicitudes de adopción internacional cursadas en por la Administración de la Comunidad Autónoma de Extremadura.

No obstante, y según el mismo departamento, en los últimos siete años se habrían materializado 325 adopciones internacionales en Extremadura. Una tercera parte de los adoptados, 120, procederían de China, 83 niños procederían de Rusia, 27 de Etiopía y los 19 restantes de Vietnam. En total y según los datos aportados por la Asociación de Familias Adoptantes y Acogedoras de Extremadura, en la actualidad habría 1.608 niños adoptados en nuestra Comunidad Autónoma, además de otros 296 en fase de acogimiento. Por otra parte, entre 100 y 150 familias extremeñas habrían iniciado los trámites para acogerse a los programas de adopción, encontrándose en estos momentos en una u otra fase del procedimiento. A la vista de dichas cifras y teniendo en cuenta que las familias continúan interesadas en la adopción internacional, cabría preguntarse por los motivos del descenso brutal del número de formalizaciones que se evidencia en las anteriores cifras.

A priori, podríamos considerar dos. Sin duda, el primer motivo es el endurecimiento de la normativa en los países a los que tradicionalmente se ha acudido para adoptar. Recientemente, China ha legislado para favorecer la adopción nacional, mientras que 2012 la Duma vetó la adopción monoparental y de familias homosexuales, lo cual supone una cuarta parte del total de solicitudes, por lo que se han paralizado más de ochocientos expedientes en España y el número de niños procedentes de Rusia ha caído un 60%. Casi al mismo tiempo y a raíz de una serie de escándalos relacionados con el tráfico de menores, el Gobierno etíope suspendió las adopciones durante unos años, hasta que a principios de este vetó finalmente la adopción internacional para todos los casos. Vietnam, el último de los países a los que, como hemos visto, las familias extremeñas confían sus solicitudes, está comenzando a plantearse una normativa semejante, por lo que no es de extrañar que algunas voces especializadas hayan comenzado a advertir sobre el cambio de paradigma que, hasta la fecha, teníamos de la adopción internacional

El segundo de los motivos del descenso de la formalización de adopciones en España, vendría dado por el endurecimiento de los requisitos contemplados para la valoración de la idoneidad de los adoptantes. Y ello porque, en general, para los casos de filiación adoptiva viene exigiéndose un plus de responsabilidad parental mayor que para la filiación biológica. La transcendencia de la parentalidad adoptiva se vincula a un examen de idoneidad previo, que debe fundamentar el informe objetivo e imparcial de un equipo técnico de valoración, creado en el seno de la Administración correspondiente con la finalidad de seleccionar a los solicitantes más adecuados para formalizar la adopción.

Según los datos aportados en el citado dominio de la Dirección General de Políticas Sociales, Infancia y Familia de la Junta de Extremadura el 34% del total de 296 solicitudes de adopción valoradas en el citado período 2010-2014, son desestimadas por falta de idoneidad. Cabe entender, por tanto, que la propuesta de reevaluación de los requisitos de idoneidad fundamente la mayor parte de los recursos jurisdiccionales contra la denegación de las solicitudes de adopción. Sin embargo, rara vez tienen visos de prosperar, por cuanto la Sección 3ª de la Audiencia Provincial de Badajoz, con sede en Mérida, en sus Sentencias (SAP) 297/2005 de 11 noviembre, 393/2005 de 27 diciembre 13/2008 de 16 enero, 322/2012 de 3 octubre, 29/2013 de 8 febrero, 190/2015, de 4 septiembre, 49/2016, de 2 marzo, viene reiterando precisamente que, en este tipo de asuntos, el interés del menor tiene carácter prevalente. A título de ejemplo, la SAP de Badajoz, Sección 3ª, 114/2017, de 22 mayo, concluyó que:

“La idoneidad exige la aptitud necesaria para cumplir las funciones propias de todo progenitor: velar por los hijos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral, de acuerdo con su personalidad y con respeto a sus derechos, su integridad física y mental. Pero los presupuestos de la idoneidad no se agotan ahí. No basta con poseer un conjunto de aptitudes para ejercer determinadas funciones. El menor objeto de adopción no es un menor cualquiera, pues se ha visto privado previamente de su familia, con lo que ello comporta.

Y no solo eso, en la adopción internacional, se suma también que el adoptado procede de un ambiente y cultura distintos, lo que exige un plus para su adaptación. La adopción, en fin, no es solo cuidar y educar a un niño. No se identifica sin más con la capacidad para ejercer la patria potestad. Por ello, es entendible que los autores hablen de un concepto dinámico y relacional de la idoneidad, pues dependiendo de las características del menor objeto de adopción serán distintas las aptitudes y capacidades precisas para proporcionarle un desarrollo e integración adecuados. La adopción, se suele decir, como fenómeno complejo que es, entraña más dificultades que la crianza del hijo biológico, motivo por el cual los requisitos para su aprobación son rigurosos”.

Las anteriores prevenciones jurisprudenciales en torno a la declaración de idoneidad tienen su fundamento en la transcendencia que la adopción representa para el menor. El artículo 21 de la Convención de los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea

General de la ONU el 20 de noviembre de 1989, cuyo instrumento de ratificación fue publicado en el BOE de 31 de diciembre de 1990, establece que la adopción internacional tendrá carácter subsidiario, que la misma será controlada por las autoridades públicas y que, en todo caso primará el superior interés del niño sobre otros intereses. Y el Convenio relativo a la protección del Niño y a la Cooperación en materia de Adopción Internacional, hecho en La Haya el 29 de mayo de 1993, cuyo instrumento de ratificación fue publicado en el BOE de 1 de agosto de 1995, dispone en su artículo 5 que las adopciones sólo podrán tener lugar cuando las autoridades competentes del Estado de recepción constaten que los futuros padres adoptivos son adecuados y aptos para adoptar. Se trata en definitiva de asegurar la idoneidad de la familia adoptiva, para garantizar, en la medida de lo posible y de manera duradera, la protección y el respeto de los derechos del niño.

Sin embargo y al menos en apariencia, este superior interés del menor no fue contemplado en la primera regulación de la materia operada en la Comunidad Autónoma de Extremadura. En efecto, el concepto de idoneidad fijado en el artículo 4 del Decreto 5/2003, de 14 de enero, por el que se estableció el procedimiento de valoración de las solicitudes de adopción y acogimiento familiar y de selección de adoptantes y acogedores, entendió que la “idoneidad psicosocial” que debía declarar en su caso el equipo técnico de la Dirección General de Infancia y Familia, debía tener en cuenta la capacidad, actitud y motivaciones de los solicitantes de adopción para afrontar satisfactoriamente la paternidad adoptiva de los residentes en este ámbito territorial, pero no cubría del mismo modo las expectativas de derechos que correspondían a los menores adoptados.

En este punto, se hace necesario recordar que las atribuciones en materia de infancia y juventud, con carácter general, así como la protección y tutela de menores a título particular, son competencia exclusiva de la Comunidad Autónoma de Extremadura y como tal vienen recogidas en el artículo 9.1.26 de la Ley Orgánica 1/2011, de 28 de enero, por la que se reformó su Estatuto de Autonomía. Dichas competencias fueron desarrolladas mediante la Ley 4/1994, de protección y atención a menores de la Comunidad Autónoma de Extremadura y, en lo que en este punto nos interesa, en el citado Decreto 5/2003, de 14 de enero. No obstante y en cuanto a este, el tiempo y la práctica pusieron de manifiesto la confusión que generaba la regulación en una misma norma de dos medidas de protección tan diferentes como la adopción y el acogimiento familiar, por lo que el Ejecutivo extremeño decidió finalmente desligar ambas aprobando el Decreto 9/2014, de 4 de febrero, mediante el que se reguló la actuación de la Administración de la Comunidad Autónoma de Extremadura en los procedimientos de acogimiento familiar y de emisión de informe para el desplazamiento temporal de menores extranjeros.

Esta última disposición reglamentaria recogía un concepto de idoneidad respecto al acogimiento que venía a endurecer los requisitos anteriormente contemplados para la adopción nacional e internacional, viniendo a hacer hincapié en la especial

transcendencia que resultaba el interés del menor en estos casos. Y, en este sentido, el artículo 13 del citado Decreto 9/2014, de 4 de febrero, exigía, además de la capacidad, aptitud y motivaciones ya comentadas, que los solicitantes acreditaran “las expectativas adecuadas para aceptar una relación de ayuda a un menor o menores, atender sus necesidades y cumplir las obligaciones establecidas legalmente, favoreciendo el respeto a sus señas de identidad que permitan su desarrollo integral”.

En cualquier caso, los requisitos para obtener el certificado de idoneidad psicosocial establecidos en el Decreto 5/2003, de 14 de enero, habían sido superados tras la entrada en vigor de la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción internacional, cuyo artículo 10 vino a completar los primitivos criterios que regían la valoración del equipo técnico, con los derechos del menor adoptado, exigiendo un juicio crítico “sobre la situación personal, familiar y relacional de los adoptantes, y su capacidad para establecer vínculos estables y seguros, sus habilidades educativas y su aptitud para atender a un menor en función de sus singulares circunstancias, así como cualquier otro elemento útil relacionado con la singularidad de la adopción internacional”.

Finalmente, dichos criterios han terminado por prevalecer a través de la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, que ha incluido en su literalidad la anterior redacción en el vigente artículo 176.3 del Código Civil. Y como no podía ser de otro modo, esta misma redacción ha sido propuesta para sustituir la actual regulación del procedimiento de adopciones en la Comunidad Autónoma, en la modificación reglamentaria que, al cierre del presente artículo, se encontraba en trámite de emisión de dictamen por la Comisión Jurídica de Extremadura.

No obstante, aunque a la vista de lo anterior el descenso de las formalizaciones de adopción podría achacarse al endurecimiento de las legislaciones nacionales en los países de origen y a la mayor exigencia en los criterios de selección de los adoptantes, en ningún caso los motivos vendrían a justificar, tal y como hemos visto, un menoscabo del 80% nacional y 85% autonómico en relación con las solicitudes de adopción, si no fuera porque, a su vez, se ha producido un aumento exponencial de los casos de adopción internacional encubierta, a través de prácticas fraudulentas y generalizadas, como consecuencia de la configuración legal que presenta en la actualidad.

La gestación subrogada es una realidad social en España, pese a su prohibición. Cientos de ciudadanos españoles acceden a este tipo de técnicas en el extranjero e inscriben a sus hijos en el registro civil del consulado correspondiente, derivando de todo ello una serie de problemas jurídicos de difícil solución. Porque, más allá de los posicionamientos éticos al respecto, el principal problema de estas prácticas reside en la falta de regulación específica que garantice los derechos de todos los sujetos intervinientes en la misma, tanto los comitentes, como la gestante y el menor nacido mediante esta técnica, del que más allá de que se logre sortear el ordenamiento jurídico

nacional o internacional, para lograr sus inscripción en el Registro Civil, deberá velarse por su interés reconociéndole una filiación legal.

Ocurre sin embargo que, ante el vacío normativo, los tribunales han venido sustituyendo el vacío del legislador, diseñando, con mayor o menor acierto, los pilares sobre los que el instituto de la gestación subrogada habrá de definirse en un futuro próximo. La agilidad de la jurisprudencia, apegada a una casuística que refleja el sentir social en un momento dado, le otorga una supremacía de la que adolece el carácter pausado, pericial y en ciertos casos necesitado de un alto grado de consenso, propio de la técnica legislativa. Sin embargo y llegados a este punto, resulta lícito preguntarse como hace el catedrático Jesús Ramón Mercader Uguina:

“¿Puede el juez avanzar la decisión del legislador o debe esperar a la misma? o, por decirlo de otro modo, ¿ante un vacío de regulación, puede crear el juez una nueva regla jurídica? Es un debate permanente el relativo al papel del juez legislador, expresión que solo puede ser aceptada en el sentido de que el juez contribuye al proceso de creación jurídica. En términos rigurosos, sin embargo, no parece que la creatividad judicial pueda ser equiparada a la legislativa, y ello no solo en virtud de los principios de supremacía y reserva de ley, sino sobre todo por la especial posición que ocupan los jueces y por las características que definen el proceso jurisdiccional.

Los jueces pueden ir más allá del Derecho, en cuanto contribuyen a desarrollarlo aunque, naturalmente, no de cualquier manera, sino según criterios de coherencia; pero no pueden ir contra el Derecho, no pueden sustituir el gobierno de las normas por el gobierno de los hombres. Ni que decir tiene que este ejercicio de equilibrio no siempre es fácil de lograr. Si el juez hace de legislador, se produce una deformación integral del ordenamiento jurídico... No debemos olvidar que con el imperio de la ley están también en juego el principio democrático y la propia noción de Estado de Derecho”, (Mercader Uguina, 2017:462).

Decididamente, en este tipo de supuestos el juez no puede sustituir la acción del legislador durante mucho tiempo, pues el principio de seguridad jurídica urge una regulación de la materia. Destacados expertos son de la misma opinión, como a título de ejemplo puso de manifiesto Francisco Javier Gómez Gállico, Director General de los Registros y del Notariado, cuando el 29 de noviembre de 2017 compareció ante la Comisión de Igualdad del Congreso de los Diputados para explicar la evolución de la Instrucción de 5 de octubre de 2010, emitida por su departamento, en relación con el régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución. Después de exponer pormenorizadamente la problemática, concluyó rogando a sus señorías:

“Les pido y les imploro que regulen esta cuestión... Les pediría que llegaran a una regulación, una clarificación de estas materias, no sólo en el ámbito interno, no solo en lo que a mí me interesa, que es eso, es decir, ¿qué ocurre con la filiación por gestación

por sustitución en países en los que es válida, cuando tenemos la Ley de Cooperación Jurídica Internacional que te obliga a cumplir las resoluciones extranjeras? ¿No podría haber una regulación legal también esta materia? Sí se la pediría [porque] hay que buscar un equilibrio entre la mujer gestante y el interés del menor... ¿Qué son garantías? Díganlos ustedes, por favor, por vía legislativa. Díganlos cómo actuar”. (Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados. Comisión de Igualdad. XII legislatura. Año 2017, nº 394).

Antes de ser nombrado, el actual Director General de los Registros y del Notariado formó parte de su cuerpo de letrados, es registrador de la propiedad por oposición, doctor en derecho, profesor asociado en varias universidades españolas, vocal permanente de la Comisión General de Codificación y de varias revistas jurídicas, autor de sesenta artículos y media docena de libros, así como coautor o colaborador en otros cuarenta y cuatro. Su competencia está suficientemente acreditada y fuera de toda duda, pero sus palabras ante la Comisión de Igual del Congreso de los Diputados sonaron desesperadas. Probablemente esté en lo cierto y el panorama sea desolador. Posiblemente, sus palabras no han hecho sino poner de manifiesto la urgente necesidad de adoptar una normativa que regule la práctica y efectos de la gestación subrogada en España.

3. Las soluciones jurídicas a los planteamientos éticos de la gestación subrogada

El extraordinario desarrollo de la investigación y experimentación clínica en las últimas décadas, ha acentuado los dilemas éticos en torno al concepto de gestación. Hasta hace poco, la protección de la vida humana, desde la concepción hasta el último hálito, conformaba el fundamento histórico esencial de las convicciones éticas y morales en Occidente. Los códigos deontológicos de la profesión médica asumieron estos principios porque, en última instancia, el embrión era considerado inalterable. El determinismo que está en la base de la mayor parte de las confesiones religiosas la asimila con un origen divino, por lo que hasta hace poco se combatía cualquier acto o transgresión que conculcara estos preceptos. Pero el progreso técnico fue socavando sus principios y secundando los argumentos de quienes desafiaban la ascendencia biológica natural para recuperarla, mejorándola incluso.

A lo anterior coadyuvaron de manera decisoria las nuevas ideas que, en base a todos aquellos instrumentos internacionales que, poco a poco y a través de las respectivas constituciones nacionales, iban consolidando los Derechos del Hombre, anteponían el respeto a la dignidad y calidad de la vida por encima de una protección plena, absoluta y en cualquier circunstancia del propio derecho. Estas teorías están en la base del principio de la voluntad del paciente, pero también en aquellas otras que comenzaron a desafiar los postulados tradicionales y a inquirirse sobre la necesidad de intervenir en el proceso germinal de la vida humana con fines terapéuticos.

Este fue el fundamento que promovió la investigación del fisiólogo Robert Geoffrey Edwards a finales de la década de los cincuenta del siglo pasado, cuando, en aras a reducir los problemas de infertilidad de las parejas, propuso la posibilidad de extraer el óvulo de la mujer, fecundarlo con el espermatozoides de un donante y volver a implantarlo para culminar con éxito el proceso de gestación. Gracias a esta técnica, el 25 de julio de 1978 nació Louis Brown, reconocida por esto mismo como la primera bebé probeta del mundo. Fue así como, para cuando en 2010 Robert Edwards recibió el Premio Nobel de Medicina, las técnicas de diagnóstico genético preimplantacional habían evolucionado exponencialmente. También el uso de sus fines terapéuticos, como demuestra la práctica diaria de nuestros hospitales, en los que es común aislar los embriones obtenidos a través de fecundación *in vitro* de aquellas mujeres con alto riesgo de transmitir enfermedades de base genética a sus hijos, para transferir al útero sólo aquellos completamente sanos.

Nuestro ordenamiento ha regulado algunos de los problemas que pudieran derivarse de dichas prácticas médicas, prohibiendo por ejemplo la constitución de preembriones y embriones humanos exclusivamente con fines de experimentación y permitiendo, por el contrario, la obtención de células troncales embrionarias con fines terapéuticos o de investigación exclusivamente. Pero el recorrido legal no ha estado exento de polémicas, como puede deducirse, ya que las pioneras Ley 35/1998, de 22 de noviembre, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida (LTRHA), y Ley 42/1988, de 28 de diciembre, de Donación y Utilización de Embriones y Fetos Humanos o de sus Células, Tejidos u Órganos, fueron recurridas de inconstitucionalidad al poco de ser publicadas.

No obstante, la STC 212/1996, de 19 de diciembre, concluyó la constitucionalidad de la segunda al considerar, en uno de sus puntos más controvertidos, que la regulación venía referida al carácter no viable de los embriones, mientras que la STC 116/1999, de 17 de junio, resolvió sobre el recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra la primera y otorgó validez a las técnicas de reproducción humana asistida. Con todo, el Tribunal Constitucional advirtió sobre el peligroso deslizamiento hacia una eventual patrimonialización del embrión humano que las mismas podrían llegar a facilitar, cuestión que en todo caso quedaba desterrada en la redacción contenida en el párrafo primero del artículo 10 de la Ley 35/1998, de 22 de noviembre, cuando establecía la nulidad de pleno derecho de todo convenio contractual que convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer a cambio de renunciar a la filiación materna en favor del contratante o de un tercero. Y esta salvedad venía a completarse en el párrafo segundo, en el que se establece que la filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto.

Hay que decir que, si bien la pionera normativa sobre técnicas de reproducción humana asistida fue parcialmente modificada por la ley 45/2003, a su vez fue derogada por la Ley 14/2006, de 26 de mayo, hoy vigente, el citado artículo 10 LTRHA no ha sufrido modificación alguna en su redacción, por lo que puede decirse que la prohibición que afecta a las prácticas de gestación subrogada en España, pese a la progresivo aumento

de la demanda en los últimos tiempos, no ha sufrido cambio alguno en treinta años. Dicho precepto establece la nulidad de cualquier pacto o convenio, tanto oneroso como gratuito, que tenga por objeto la gestación por sustitución, al considerar la capacidad de gestar fuera del comercio de los hombres en el sentido contemplado en el artículo 1271 CC, en tanto *res extra commercium* o cosa fuera del ámbito de disposición privado. Pero dicha redacción es sin duda también deudora del artículo 1275 CC, en el que se dispone que los contratos que se opongan a las leyes o a la moral son ilícitos y no producirán efecto alguno.

Este es precisamente el punto de la discordia, porque aun estando clara la proscripción del carácter lucrativo de la gestación subrogada, el propio artículo 221.1 del Código Penal castiga con penas de hasta cinco años de prisión para quien, mediando compensación económica, entregue a otra persona hijo o descendiente menor de edad con la finalidad de establecer una relación análoga a la de filiación, en la actualidad se plantea si cabría levantar la prohibición respecto a la naturaleza altruista de la misma. Pero aun en este caso, habría que modificar el párrafo segundo del artículo 10 LTRHA, en el que tal y como se ha dicho, contiene una concepción de la filiación derivada directamente del Derecho Romano, en la que a través del principio *mater semper certa est* viene a establecer que el niño nacido de la mujer gestante por subrogación siempre será considerado hijo de ésta.

A nuestro modo de ver y más allá de las consideraciones morales, la regulación de la gestación subrogada en España pasa únicamente por el acogimiento de su carácter altruista, compensado en su caso a la gestante con los gastos derivados de la asistencia médica correspondiente. Como opina el catedrático de Derecho Penal Carlos María Romeo Casabona, la gestación subrogada no está desprovista de valores éticos que deben ser convenientemente reconocidos y promovidos, por lo que “sin desconocer la realidad en la que pueda basarse este argumento, nos cuesta admitir que no pueda haber mujeres emparentadas capaces de hacer un gesto solidario y relevante como este”, (López y López, 2017:90-91).

A nuestro juicio, en estos casos el derecho a procrear se manifiesta como una variante más del derecho a la autodeterminación, entendido como principio de la autonomía de la voluntad: una esfera externa o reducto íntimo, un *agere licere* que, en términos de Derecho Sanitario, faculta al paciente para decidir sobre su propio cuerpo y, por extensión, a gestar por cuenta ajena o por cuenta de otros. Un derecho esencial y prevalente reconocido en el Convenio de Oviedo o Convenio de Asturias, nombre por el que usualmente se conoce el Convenio para la protección de los Derechos Humanos y la Dignidad del Ser Humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina, firmado en el seno del Consejo de Europa el 4 de abril de 1997, ratificado por España el 23 de julio de 1999 y en vigor desde el 1 de enero de 2000, pero también de la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos, aprobada por la UNESCO el 19 de octubre de 2005, y en la que se consagra el derecho a la autonomía de la persona en lo que se refiere a la facultad de adoptar decisiones. Un reducto íntimo de

inmunidad frente a terceros, en definitiva, reconocido en las SSTC 19/1985, de 13 de febrero, 120/1990, de 27 de junio y 137/1990, de 19 de julio, que capacitada a la mujer para decidir libre y voluntariamente sobre el proceso de gestación a favor de terceros.

Frente al derecho a procrear en sustitución de otra, se alza algún sector feminista que considera que dichas prácticas reducen a la mujer a un peligroso estado de cosificación y promueven el carácter mercantilista de las mismas. Precisamente en esto último radica el obstáculo, pues que si bien cuando en 1978 nació la primera bebé probeta las posiciones feministas acogieron con entusiasmo dichas práctica, en tanto suponían de ampliación del derecho a la autodeterminación procreativa y por extensión de la libertad femenina, a los pocos años llegaron a acusar a las prácticas reproducción humana asistida de instrumentalizar y estar al servicio de un supuesto control patriarcal sobre el cuerpo de la mujer, debido precisamente a la peligrosa deriva de comercialización que subyace a las mismas. No obstante, en las tesis feministas prevalece en la actualidad un rechazo hacia las prácticas de gestación subrogada al entender que desvirtúan los derechos que atañen a la autonomía personal y a la dignidad humana de la mujeres “y no son sino claros signos del interés del Estado por ejercer un control, cada vez más invasivo, sobre las elecciones reproductivas de las mujeres y sobre el cuerpo femenino, con el fin de determinar el espacio de lo lícito y de lo prohibido en el ámbito de la parentalidad, de la familia y de la sexualidad”, (Fanlo Cortés, 2017:40).

Sin embargo y aun admitiendo las dificultades que entrañan este tipo de supuestos, cabría admitir en un principio la salvaguarda del derecho a la autodeterminación de la gestante que decide libre y voluntariamente suscribir un contrato para sustituir el derecho de una pareja a tener descendencia. El derecho a la dignidad humana quedaría igualmente garantizado si se acredita que no existe coacción o que la decisión no está sometida a una contraprestación económica, tal y como por otro lado admitió el Parlamento Europeo en el Informe anual sobre Derechos Humanos y Política Comunitaria, aprobado el 17 de diciembre de 2015, y en el que también se reprobaban las prácticas mercantilistas. En este sentido, hay que decir que, hasta hace bien poco, que la mayor parte de esta prácticas se producían en países emergentes donde las técnicas de reproducción humana asistida no estaban convenientemente reguladas, generando una lucrativa industria de intermediarios que finalmente está siendo atajada.

En efecto, la gestión de los procedimientos de gestación subrogada se mueve entre los 35.000 y 40.000 euros en países como Tailandia o India, 50.000 euros en Ucrania o México, 80.000 euros en Rusia o Kazajistán, los 150.000 euros que podía costar en Estados Unidos, el país preferido por las familias españolas para acogerse a esta técnica encubierta de adopción. Como se puede apreciar, el procedimiento no es barato, por lo que gran parte de los expertos han convenido en señalar cierta inquietud ante esta forma encubierta de adopción internacional, en la medida en que abre una nueva brecha entre ciudadanos con recursos, que se benefician de la ausencia de normas internacionales, y otros falto de ellos, que además de no poder acceder a la misma son perjudicados también por el endurecimiento de los requisitos establecidos para formalizar la adopción

internacional. En cualquier caso, los demandantes de este tipo de prácticas no valoran a priori el carácter oneroso de las mismas sino, fundamentalmente, la agilidad del procedimiento, cuya celeridad contrasta con la tramitación de los expedientes de adopción internacional, por lo común demorados entre ocho y nueve años, como reconoce la Asociación de Familias Adoptantes y Acogedoras de Extremadura.

Según los datos facilitados con anterioridad, la Dirección General de los Registros y el Notariado tramitó, en el período 2010 y 2016, 501 casos de gestaciones subrogadas procedentes de los consulados de Ucrania, 97 de la India, 51 de México y 27 de Tailandia. Desde entonces, estos tres últimos países han reformado sus legislaciones para impedir que los nacionales de terceros pudieran acogerse a este tipo de procedimientos, y Ucrania sólo permite el uso de estas técnicas a parejas heterosexuales, por lo que en la actualidad el argumento de explotación mercantilista que versa sobre los países emergentes no se sostiene. La demanda se ha desplazado hacia los países occidentales, pues según las mismas fuentes en los consulados y embajadas de Estados Unidos se habrían inscrito para el mismo período 553 nacimientos, siendo de lejos Los Ángeles con 281 casos y Chicago con 144 las ciudades de referencia para la práctica de estas técnicas. El problema más inmediato está, por tanto, en países de nuestro entorno, como Reino Unido y Portugal, donde recientemente ha sido regulado el procedimiento para gestación subrogada de carácter altruista y de donde se aventura precisamente, dado el carácter limítrofe con la Comunidad Autónoma de Extremadura, no pocos problemas jurídicos en materia de filiación y maternidad.

En el ámbito de la Unión Europea, los ordenamientos nacionales plantean distintos alcances en materia de subrogación: desde la ausencia de normativas reguladoras hasta otras que la permiten en sus varias acepciones, sumando a las dificultades jurídicas del ámbito internacional la falta de armonización del conjunto de países comunitarios. Así, además de Reino Unido y Portugal, Chipre, República Checa, Estonia, Lituania, Luxemburgo, Polonia, Rumanía, Eslovaquia y Eslovenia tienen leyes específicas que regulan la gestación subrogada. En su acepción altruista y bajo ciertos requisitos está permitida Bélgica, Bulgaria, Chipre, República Checa, Eslovaquia, Eslovenia y Estonia, Holanda, Hungría, Irlanda, Letonia, Luxemburgo, Polonia, Portugal, Reino Unido y Rumanía, mientras que está prohibida en Alemania, Austria, Bulgaria, Finlandia, Francia, Italia, Malta y Suecia. A la vista de lo anterior, la Comisión de Asuntos Jurídicos del propio Parlamento Europeo ha subrayado en numerosas ocasiones la necesidad de una armonización de legislaciones, sin que hasta el momento haya surtido efecto, (Regulating international surrogacy arrangements- state of play, June 16/2016. Legal Affairs. European Parliament. www.europarl.europa.eu).

El efecto inmediato de esta pluralidad de legislaciones es el trasvase de nacionales, desde los Estados que tienen prohibidas las técnicas de gestación subrogada hacia los que no oponen exigencias legales a sus demandantes. En consecuencia, el Estado de origen no logra proteger el bien jurídico pretendido ni garantizar que los derechos de las partes afectadas, fundamentalmente la situación de los niños nacidos bajo esta práctica.

Al respecto cabe decir que, si bien España es uno de los países directamente afectado por la falta de armonización internacional de la figura, pues como se ha dicho la gestación subrogada se encuentra expresamente prohibida en el artículo 10.1 LTRHA, en la actualidad se tramita en el Congreso de los Diputados una propuesta de derogación de dicho precepto, junto a un texto articulado en el que se tratan de salvaguardar tanto los derechos de la mujer gestante por subrogación como los de los progenitores subrogantes, así como resolver la incertidumbre jurídica en torno a la filiación de los hijos nacidos mediante esta técnica.

Sin perjuicio de entrar más tarde al fondo de dicha propuesta legislativa, la seguridad jurídica exigida respecto a estos derechos fundamenta, a nuestro modo de ver, la necesaria regulación de las prácticas de gestación subrogada. Y es que, tal como vimos en el apartado precedente, tanto en materia de adopción como de acogimiento, la jurisprudencia ha ido avanzando hacia un reconocimiento del superior interés del menor, por encima incluso del derecho a fundar una familia o del derecho a procrear y tener hijos que estaría en el sustrato de los contratos de gestación subrogada. En este sentido, valga por todas la SAP de Badajoz 29/2013, de 8 de febrero, en la que se afirma que:

“El interés del menor debe prevalecer, pues ciertamente, sus intereses deben primar frente a los demás intereses legítimos, existentes en la cuestión que se enfrenta, conforme consagra el artículo 39 de la Constitución Española, inspirado en diversos convenios y tratados internacionales como la Convención de Derechos del Niño de la ONU, de 20 de noviembre de 1989, la Carta Europea de los Derechos del Niño aportada por el Parlamento Europeo y reflejada en nuestro ordenamiento, especialmente por la Ley Orgánica 1/1996, de Protección Jurídica del Menor. Es claro, pues, que debe primar el interés superior del menor y que, como dice la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de marzo de 1987, se trata de una decisión sometida a la prudente discrecionalidad judicial que, desde la inmediación de la prueba y descendiendo al caso concreto, debe valorar lo más conveniente para los menores, ponderando todas las circunstancias concurrentes hasta adoptar la obligada e inexcusable decisión que previsiblemente más le favorezca y le permita desarrollar íntegramente su vida y personalidad poniendo fin a su traumática experiencia previa, en aras a darles la seguridad y estabilidad emocional, afectiva, familiar y social”.

4. La reflexión crítica de los tribunales: el reconocimiento del interés superior del menor y de la prestación por maternidad en los casos de gestación subrogada

En efecto, como señala la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Badajoz, el interés superior del menor está garantizado en una serie de normas supranacionales. Tanto la Convención sobre los Derechos del Niño de la ONU de 1989 como el Convenio de La Haya de 1993, ya citado, y el posterior de 1996, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en

materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños, el Convenio del Consejo de Europa en materia de adopción de menores, de 27 de noviembre de 2008, así como el Reglamento CE/2201/2003, del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, obligan a los España a crear salvaguardias para impedir el menoscabo de los derechos de los menores en materia de filiación.

El problema radica cuando, aun teniendo en cuenta el marco jurídico internacional, los ordenamientos nacionales chocan frontalmente en materia de gestación subrogada. Esta circunstancia se evidenció en todo su alcance a finales de 2008. En aquella ocasión, dos varones de nacionalidad española que se habían casado tres años antes, solicitaron la inscripción de adopción de dos recién nacidos en el Registro Civil Consular de Los Ángeles. Por una u otras razones, el cónsul debió intuir que se trataba de un caso de maternidad subrogada vetada por el ordenamiento jurídico español y denegó la solicitud, por lo que los comitentes recurrieron a la Dirección General del Registro y del Notariado que, el 18 de febrero de 2009, resolvió ordenando proceder a la inscripción al entender que en estos casos debía prevalecer el interés superior del menor.

Con esta postura se estaba abriendo la posibilidad de admitir de forma automática toda certificación registral extranjera, por lo que el Ministerio Fiscal recurrió la resolución ante el juzgado de primera instancia de Valencia nº 15, que en su Sentencia 193/2010, de 15 de septiembre llegó a anularla. El juez de instancia fundamentó el fallo en la incompatibilidad de la inscripción con la normativa vigente que regula las relaciones familiares y la propia filiación, pero también en relación con los valores constitucionales de dignidad de la persona, el respeto a la integridad moral y a la protección de la infancia, advirtiendo así mismo que la intención que gravitaba sobre este tipo de adopciones internacionales no era otra que la eludir conscientemente el ordenamiento interno, pues:

“Sin entrar a valorar el carácter fraudulento o no de la acción, lo que es claro es que nos encontramos ante un matrimonio español que acuden a California, Estado Americano que junto con otros del mismo país y unos cuantos países más del mundo (Bélgica, Rusia, India etc.) en los que es legal la gestación por sustitución, a diferencia de en España, la única justificación posible a su acción es clara son concedores que en España la gestación por sustitución está prohibida y que de producirse el alumbramiento en este país no podrían inscribir a los nacidos como hijos naturales de ambos.

Es por ello y no por otra razón por la que acuden a California con el conocimiento de que allí está permitido y que allí los bebés podrán ser inscritos en su registro civil como hijos naturales de ambos, pero también son concedores que los registros españoles ponen trabas a la inscripción tal como ellos la pretenden, ello no obstante asumen el riesgo y actúan con conocimiento de que en cualquiera de las sucesivas instancias hasta la presente e incluso venideras su voluntad de proceder a inscribir a los nacidos como

hijos naturales de ambos podía ser desestimada, pasando de una cuestión de probabilidad a absoluta certeza caso de que el nacimiento se hubiese producido en España, es por ello por lo que deciden acudir a EEUU, asumiendo con ello la consecuencia que su decisión conlleva”.

A la vista de lo anterior, la Dirección General de los Registros y del Notariado, dictó una Instrucción de 5 de octubre de 2010, publicada en el BOE de 7 de octubre siguiente, sobre régimen registral de filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución, aceptando la inscripción de nacimiento en el extranjero si, junto a la solicitud de inscripción, en la que se tendrá que acreditar que al menos uno de los progenitores sea de nacionalidad española y que se salvaguarde el derecho al conocimiento del origen biológico del menor, se cumplieran una serie de requisitos formales y materiales.

Entre los requisitos formales se requería que a la solicitud de inscripción se adjuntara una resolución judicial dictada por Tribunal competente determinado la filiación del nacido, en aras a garantizar su autenticidad y validez. Al respecto hay que decir que este requisito material se realiza a posteriori, puesto que salvo que a la adopción resulte aplicable un convenio internacional, se requiere que la resolución extranjera deba ser objeto de exequátur, debiendo presentarse en Registro Civil español el auto judicial que ponga fin al citado procedimiento de exequátur.

Incidentalmente, el cónsul deberá realizar un control para constatar la regularidad y autenticidad foral de la resolución judicial, además de su firmeza, así como la comprobación de que no esté sujeta a revocación y que el tribunal que la hubiera dictado base su competencia en criterios equivalentes a los de la jurisdicción española. Es decir, que no fuera un tribunal buscado ex profeso. El encargado del registro deberá también comprobar que se han garantizado los derechos procesales de las partes, en especial los de la madre gestante, verificando que su capacidad volitiva y que su consentimiento se hubieran obtenido de forma libre y voluntaria, sin incurrir en error, dolo o violencia, que no haya mercantilización, en definitiva, del menor.

Con estas exigencias, la Instrucción de 5 de octubre de 2010 trataba de proteger fundamentalmente interés superior del menor nacido mediante técnicas de gestación subrogada, pero también los de las mujeres que se prestan a la subrogación renunciando a sus derechos como madres. Y es que la gestante debe ser convenientemente identificada, porque ello conlleva el derecho al reconocimiento biológico del menor, así como la participación y el consentimiento en el proceso de gestación subrogada. El asiento del correspondiente registro consular debería contener en todo caso la citada resolución judicial, junto al nombre de la gestante y el del padre que aporta el material genético o que suscriben en contrato de gestación. Después, estaría contemplado un segundo asiento en el que se inscriben únicamente ambos comitentes, de forma similar al procedimiento de adopción.

Cabe señalar que, según el Anexo facilitado por el Director General de los Registros y del Notariado ante la Comisión de Igualdad del Congreso de los Diputados, el 29 de noviembre de 2017, desde que fue dictada la Instrucción de 5 de octubre de 2010, se estimaron once solicitudes de inscripción que venían avaladas por órganos judiciales norteamericanos: ocho presentadas en el registro consular de Los Ángeles, dos en el de Chicago y uno en el de San Francisco; mientras que por el contrario cuatro solicitudes presentadas en el consulado de Mumbai, fueron desestimadas al no concurrir ni poder ser garantizados los requisitos exigidos por la citada Instrucción, que en definitiva no es sino un mero acto dictado por un órgano administrativo.

En efecto, el artículo 6 de la vigente Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, establece que este tipo de actos irán dirigidos a coordinar las actividades de los órganos jerárquicamente dependientes, por lo que, si bien la Dirección General de los Registros y el Notariado resulta competente para regular la acción de los encargos de los registros consulares en el exterior mediante instrucciones y órdenes de servicio, en ningún caso tiene atribuidas facultades normativas ni, obviamente, podría dejar sin efecto lo establecido en el artículo 10 LTRHA. Así pues y pese al loable propósito de salvaguardar el superior interés de los menores nacidos mediante el empleo de técnicas de gestación subrogada, la Instrucción de 5 de octubre de 2010 quedó finalmente sin efecto cuando el Tribunal Supremo vino a declarar la nulidad de este tipo de contratos celebrados en el extranjero y contrarios al ordenamiento jurídico español.

El recorrido jurisprudencial se inició con la SAP de Valencia 826/2011, de 23 de noviembre, que vino a confirmar la referida sentencia del juzgado de instrucción nº 15 de dicha localidad, emitida el 15 de septiembre de 2010. Pero fue finalmente la STS 835/2014, de 6 de febrero, la que cerró las puertas a la posibilidad de inscripción de los niños nacidos por gestación subrogada. En este pronunciamiento el Tribunal Supremo hacía alusión a la "huida" de los solicitantes de la inscripción del Derecho español, y en especial del artículo 10 LTRHA mediante la que se procedería a declarar radicalmente nulo el contrato de gestación por sustitución, así como la filiación de los padres intencionales o comitentes respecto de los niños nacidos del mismo, argumentado que:

“En nuestro ordenamiento jurídico y en el de la mayoría de los países con ordenamientos basados en similares principios y valores, no se acepta que la generalización de la adopción, incluso internacional, y los avances en las técnicas de reproducción humana asistida vulneren la dignidad de la mujer gestante y del niño, mercantilizando la gestación y la filiación, "cosificando" a la mujer gestante y al niño, permitiendo a determinados intermediarios realizar negocio con ellos, posibilitando la explotación del estado de necesidad en que se encuentran mujeres jóvenes en situación de pobreza y creando una especie de "ciudadanía censitaria" en la que solo quienes disponen de elevados recursos económicos pueden establecer relaciones paterno-filiales vedadas a la mayoría de la población”.

Como cabe comprobar, el Tribunal Supremo hizo prevalecer aquí un enfoque generalizador, centrado en los riesgos inherentes de mercantilización del menor y el atentado a la dignidad de la mujer gestante que eventualmente sufriría un estado de necesidad, y evitó entrar al fondo de la casuística que se le exigía. En este caso, resultaba incontrovertible que apoyar la negativa a la inscripción de filiación en otros bienes jurídicamente protegidos que no fueran el prevalente interés del menor, llevaba aparejada la inevitable desprotección de éste en el ámbito de las relaciones paterno-filiales. Quizás, como apunta el catedrático Gerardo Ruiz-Rico, la resolución debiera haberse desenvuelto no tanto en enjuiciar la validez del contrato en términos de legalidad interna, sino en términos de orden técnico-jurídico, es decir, que estos pasasen por el reconocimiento de una decisión extranjera válida y legal conforme a su normativa (Ruiz-Rico, 2017:65).

Precisamente, esta fue la óptica adoptada al poco tiempo en dos Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (STEDH), en las que se acabó por condenar a Francia e Italia por su negativa a reconocer la filiación de unos niños nacidos en Estados Unidos a través de técnicas de gestación subrogada, al entender que se producía una clara vulneración del derecho a la intimidad personal y familiar consagrado en el artículo 8 del Convenio Europeo de los Derechos Humanos.

En la STEDH, Caso *Menesson y Labassee* contra Francia, de 26 de junio de 2014, reconoció un vínculo indisoluble entre el derecho a la vida privada y a la propia identidad, con la gestación por subrogación y con el reconocimiento de la filiación derivada de la misma. La conexión entre estos derechos vendría reforzada por la superior protección del interés del menor, que en otro caso quedaría seriamente afectado por la incertidumbre jurídica que supone la negación de la inscripción registral. No obstante y si bien la STEDH, Caso *Paradiso y Campanelli* contra Italia, de 27 enero 2015, hay que decir que la posterior STEDH, Gran Sala, Caso *Paradiso y Campanelli* contra Italia, de 24 de enero de 2017, admitió que las autoridades italianas podían retirar la custodia a los padres no biológicos, tras acreditarse que el contrato de subrogación se realizó de manera ilegal. Las conclusiones contenidas en la STEDH, Caso *Menesson y Labassee* contra Francia, de 26 de junio de 2014, hicieron plantear un incidente de nulidad basado en el interés prevalente de los menores, pero el Auto del Tribunal Supremo de 2 de febrero de 2015, resolvió que este caso:

“No existe una situación de incertidumbre equiparable a la de los menores de los casos resueltos por el Tribunal de Estrasburgo, que se veían imposibilitados de por vida para ver reconocida su filiación por el ordenamiento jurídico nacional, con las consecuencias que ello traía respecto de la adquisición de la nacionalidad francesa y sus derechos sucesorios. En nuestro caso, los inconvenientes que puedan surgir en el proceso de fijación de la filiación biológica paterna y de adopción son transitorios, superables, y no alcanzan un nivel de gravedad tal que puedan considerarse constitutivos de un desequilibrio entre los intereses de la comunidad, fijados en su legislación sobre filiación y reproducción humana asistida, y el interés de los menores. Además, como se

ha dicho, en ese periodo transitorio registrará el criterio de protección de la unidad familiar “de facto” que al parecer existe, para el caso de que surjan problemas en relación a la situación de los menores”.

En cualquier caso, la doctrina emanada del Tribunal de Estrasburgo ratificó a la Dirección General del Registro y del Notariado en su primera decisión y, mediante una Circular emitida el 11 de junio de 2014, resolvió mantener la vigencia de la Instrucción de 5 de octubre de 2010, sobre régimen registral de filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución. Hay que decir que esta interpretación estuvo a punto de prevalecer en el Proyecto de Ley de medidas de reforma administrativo en el ámbito de la Administración de Justicia y del Registro Civil, presentado por el Gobierno el 18 de junio de 2014. En efecto, el artículo segundo del proyecto pretendía la modificación del artículo 44.7 de la Ley 20/11, de 21 de julio del Registro Civil, con la siguiente redacción:

“En los casos de nacimiento fuera de España, cuyo régimen de filiación esté sujeto a la legislación extranjera, se consignará en todo caso la filiación materna correspondiente a la madre que ha gestado, siendo necesaria para hacer constar la filiación no matrimonial la declaración conforme de ambos sobre dicha filiación; si la madre estuviera casada y la legislación extranjera lo exigiera, se precisará la conformidad del o la cónyuge respecto de tal filiación. En cualquier otro caso, para la inscripción en el Registro Civil de la filiación del nacido será necesario que haya sido declarada en una resolución judicial reconocida en España mediante un procedimiento de exequátur.”

Finalmente, el desacuerdo entre los distintos grupos políticos en torno a cuestiones de técnica jurídica impidieron la aprobación del último inciso, pero la interpretación Dirección General del Registro y del Notariado en relación al reconocimiento de la filiación continúa prevaleciendo entre los tribunales españoles, que no dudan en desestimar este tipo de pretensiones cuando la solicitud de inscripción no viene avalada por un órgano jurisdiccional del país de origen. A título de ejemplo, este es el caso del STSJ de Madrid 209/2017, de 13 marzo, donde se desestimó la pretensión de su reconocimiento, al no acreditarse que hubiera sido dictada resolución alguna por los órganos judiciales rusos que determinase en este caso la filiación española del menor respecto de los progenitores subrogantes.

Obviamente, estos pronunciamientos afectan a bienes constitucionalmente protegidos, como la dignidad de la mujer y el interés prevalente del menor, denigrados de manera flagrante en tanto la legislación española no resulte adaptada a los postulados que garantizan dichos derechos desde el orden internacional. Pero en estos momentos, la vulneración del orden público internacional obedece a la casuística, por lo que es resulta que es la jurisdicción ordinaria la que debe decidir si los efectos de la inscripción de resoluciones extranjeras producen efectos en España o son contrarias al ordenamiento constitucional. Urge por tanto una reforma legislativa que implicaría, además y siguiendo al catedrático Ruiz-Rico, “otorgar una relevancia que hoy parece no tener la

voluntad o derecho a procrear, como una dimensión de la autonomía de la voluntad enclavada en el contenido esencial del artículo 18 de la CE (intimidad personal), a la luz de la doctrina jurisprudencial supranacional que se ha consolidado ya del artículo 8 del CEDH”, (Ruiz-Rico, 2017:73).

Con todo, esta parece ser la línea jurisprudencial que se ha abierto a partir de las SSTS de 25 de octubre y 16 de noviembre de 2016, donde en aplicación del principio de analogía se ha reconocido por primera vez el derecho a la prestación de maternidad respecto a sendos casos de gestación subrogada.

En efecto, hasta este momento existía un importante acervo de resoluciones judiciales dictadas por las Salas de lo Social de los diferentes Tribunales Superiores de Justicia, pronunciándose en sentido dispar acerca del reconocimiento o no de la prestación. A título de ejemplo, baste señalar que a favor de la misma se habían pronunciado las SSTSJ de Madrid, de 8 de octubre de 2012, 3 de marzo de 2013, 23 de diciembre de 2014, 17 de julio de 2015, 12 de febrero de 2016 y 31 de marzo de 2016; así como las SSTSJ de Cataluña de 23 de noviembre de 2012, 9 de marzo de 2015, 1 de julio de 2015, 15 de septiembre de 2015 y 11 de febrero de 2016. Mientras que en sentido opuesto, se habían dictado las SSTSJ de Madrid, de 7 de julio de 2014 y 5 de octubre de 2015; junto a las SSTSJ del País Vasco, de 13 de mayo de 2014 y 3 de mayo de 2016.

Por su parte, el 18 de marzo de 2014, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea había dictado dos sentencias, en relación con sendas cuestiones prejudiciales, asuntos C-167/12 y C-363/2012, instadas desde Reino Unido e Irlanda, denegando el derecho a la prestación de maternidad solicitada. En ambos casos, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea llegó a interpretar que, ni el artículo 8 de la Directiva 92/85 /CEE del Consejo, de 19 de octubre de 1992, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia, ni el artículo 14 de la Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación, reconocían este derecho respecto de las madres subrogantes.

Por el contrario, el Tribunal Supremo entendió que las directivas comunitarias garantizaban un nivel protector básico y que correspondía a los ordenamientos estatales incrementar discrecionalmente dicho estándar de protección, razonando entonces que en estos supuestos debía prevalecer el interés del menor que, en otro caso, quedaba peligrosamente desprotegido. La STS de 25 de octubre de 2016, estimó aplicable por analogía lo previsto a estos efectos en el artículo 3.2 del Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo, por el que se regulan las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural, en el cual, ante el fallecimiento de la madre biológica y la

supervivencia del menor, se opta por transferir al padre la prestación económica por maternidad.

En este sentido, hay que recordar que el artículo 39.3 CE obliga a los padres a prestar asistencia a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, por lo que la STS de 25 de octubre de 2016, llegaba a razonar que:

“Una Ley Civil prescriba la nulidad del contrato de maternidad por subrogación no elimina la situación de necesidad surgida por el nacimiento del menor y su inserción en determinado núcleo familiar; y tal situación de necesidad debe ser afrontada desde la perspectiva de las prestaciones de Seguridad Social procurando que esos hijos no vean mermados sus derechos”.

Y en similares términos se pronunció la STS de 16 de noviembre de 2016, casando y anulando la sentencia de instancia en la que no se reconocía el derecho a la prestación por maternidad de una gestante por subrogación, en atención al carácter prevalente del interés del menor. El Tribunal Supremo entendió que, de no otorgarse esta protección, se produciría una discriminación en el trato contraria a los artículos 14 y 39.2 CE, puesto que, acreditado el núcleo familiar:

“Si los menores tienen relaciones familiares de facto con los recurrentes, la solución que haya de buscarse tanto por los recurrentes como por las autoridades públicas que intervengan, habría de partir de este dato y permitir el desarrollo y la protección de estos vínculos». En el asunto examinado el menor, nacido tras la gestación por sustitución, forma un núcleo familiar con los padres comitentes, que le prestan atención y cuidados parentales y tienen relaciones familiares de facto, por lo que debe protegerse este vínculo, siendo un medio idóneo la concesión de la prestación por maternidad”.

No es sencillo articular soluciones cuando de lo que se trata es de proteger derechos fundamentales asentados en postulados sobre los que aún no existe un consenso social amplio o determinado, pero sin duda las SSTS de 25 de octubre y de 26 de noviembre de 2016, han sentado jurisprudencia adelantado las futuras líneas interpretativas que, en torno a los derechos relacionados con las técnicas de reproducción humana asistida, conformarán los pronunciamientos de los tribunales ordinarios, así como la propia acción del legislador. Pero en tanto este se muestre indeciso para regular el tipo de modelo que debe garantizar los derechos que rigen en materia de gestación subrogada, no podemos sino confiar en que la jurisprudencia consiga aportar soluciones eficaces y diligentes. Porque en cualquier caso, la hermenéutica va a estar fundamentada en un exhaustivo examen de proporcionalidad e idoneidad, que significa que en cada caso y tal y como exigen las SSTC 62/1996, de 15 de abril, 49/1999, de 5 de abril, 202/2001, de 15 de octubre, 27/2002, de 11 de febrero, 261/2005, de 24 de octubre y 136/2006, de 8 de mayo, deben ser sopesadas tanto el alcance de las libertades como la incidencia que su ejercicio puede tener sobre otros derechos y bienes constitucionalmente protegidos.

Además, el principio de concordancia práctica enunciado en la STC 120/1990, de 27 de junio, exige también considerar en la misma ecuación los elementos integrantes del orden público, del que forma parte el interés superior del menor. Porque, en efecto, el derecho a la no discriminación en función de la filiación que supone este orden público obliga a buscar una flexibilización del sistema, un juicio de ponderación, equilibrado y proporcionado, en el que no se vean alterados los valores constitucionales y en el que se restrinja al mínimo los daños de aquellos que se vean sometidos.

En este tipo de casos de gestación subrogada, los tribunales españoles se enfrentan a situaciones de hechos consumados en la esfera internacional y deben resolver sobre la validez de una u otra jurisdicción, teniendo siempre presente el valor superior de los derechos del niño gestado mediante este tipo de técnicas. Sin duda, los tribunales están llamados a desarrollar una amplia reflexión del marco de los principios fundamentales en el que se insertan los postulados éticos que rodean la figura, pero en ningún caso sus pronunciamientos pueden sustituir la acción del legislativo que, en aras de la seguridad jurídica, está obligado a articular soluciones urgentes para reconocer efectos jurídicos a dichas situaciones de hecho.

5. Una propuesta de *lege ferenda* en torno a la gestación subrogada

Una de las funciones del Derecho es reaccionar al sentir social, intuir los cambios de paradigma que se producen en su seno y gestionar los distintos interrogantes que plantean los postulados éticos para establecer un común denominador en la búsqueda de soluciones, si no unívocas al menos pacíficas. Ello vendría a justificar en última instancia la urgencia por otorgar un marco normativo que, en la práctica, tratara de ordenar o fijar los derechos de todos los implicados en relación con las técnicas de gestación subrogada, hasta ahora a merced de la casuística judicial. En definitiva y como señaló en su momento Gregorio Peces-Barba, la necesidad de toda legislación vendría impuesta no sólo en aras de la seguridad jurídica del sistema, sino porque la propia inmediatez diaria de los tribunales ordinarios, no llega a alcanzar una visión integral del problema, (Peces-Barba, 1993:330).

Sin duda ha llegado el momento de regular las prácticas de gestación subrogada en el ámbito nacional. Así ha sido puesto de manifiesto expresamente por la Relatora Especial de la ONU, en el informe de 15 de enero de 2018, sobre la venta y la explotación sexual de niños, en los siguientes términos:

“Para cumplir su obligación de prohibir la venta de niños en el contexto de la gestación por sustitución y crear salvaguardas con fines de su prevención, los Estados han de prohibir la modalidad comercial hasta que, en calidad de condición necesaria, se implante un sistema regulatorio adecuado que comprenda un marco jurídico claro y amplio. Por lo que se refiere a la gestación por sustitución de carácter altruista, en los casos en que esté permitida, los Estados deben regular debidamente la práctica para impedir la venta de niños y respetar la prohibición internacional en la materia, por

ejemplo exigiendo que todos los reembolsos y pagos a las madres de alquiler y los intermediarios sean razonables y estén detallados, además de someterse al examen de los tribunales u otras autoridades competentes.

Los Estados deben crear salvaguardias para impedir la venta de niños en el contexto de la gestación por sustitución de carácter altruista, lo cual deberá incluir, cuando esté permitida esta modalidad, su regulación adecuada, por ejemplo para garantizar que todos los reembolsos y pagos a las madres de alquiler y los intermediarios sean razonables y estén detallados, además de someterse a la supervisión de los tribunales u otras autoridades competentes, y que la madre de alquiler conserve la patria potestad y la responsabilidad parental en el momento del parto.

Además, deben regular, vigilar y limitar estrictamente los aspectos financieros de todos los contratos de maternidad subrogada exigiendo que se informe por completo de los detalles financieros de tales contratos al tribunal o autoridad competente que examine el contrato concertado. Regulen a todos los intermediarios que tomen parte en contratos de maternidad subrogada en lo que respecta a los aspectos financieros, las competencias del caso, el uso de los arreglos contractuales y las normas éticas. Regulen los aspectos médicos de los contratos de maternidad subrogada para garantizar la salud y la seguridad de la madre de alquiler y del niño, en particular imponiendo límites adecuados al número de embriones implantados en una mujer de una sola vez”, (Informe de la Relatora Especial de la ONU. XXXVII período de sesiones del Consejo de Derechos Humanos de la Asamblea General. A/HR/37/60).

Como se dijo con anterioridad, Portugal es uno de los países europeos que ha seguido dichas prevenciones. La Lei 32/2006, de 26 de julho, de Procriação Medicamente Assistida, fue reformada mediante Lei 58/2017, de 25 de julho y publicada en el Diario da República nº 142, de ese mismo día, con el fin de permitir el acceso a las técnicas de gestación subrogada en la sanidad pública, si bien y según su artículo 8 con carácter excepcional, únicamente respecto a las mujeres que hubieran nacido en ausencia de útero o con lesiones graves del mismo órgano que derivaran en infertilidad. En el mismo artículo, la ley portuguesa prohíbe cualquier tipo de donación o negocio jurídico lucrativo entre los demandantes y la gestante, subrayando el carácter altruista que, precisamente, defienden quienes urgen su regulación en España y que, en esencia, obedece a la Proposición de Ley reguladora del Derecho a la Gestación por Subrogación que en septiembre del año pasado fue presentada ante la Mesa del Congreso de los Diputados.

En efecto, el 5 de septiembre de 2017 el Grupo Parlamentario Ciudadanos presentó una Proposición de Ley (Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados. XII Legislatura, de 8 de septiembre de 2017), en la que se abogaba por el carácter altruista de la prestación, tal y como hasta aquí se ha defendido, esto es realizada en condiciones de libertad, igualdad y dignidad, sí como en base a los principios de buena fe y solidaridad entre las partes. Además, contenía un régimen de

infracciones y sanciones, en el que en relación con este asunto el artículo 24.2.c) 8ª del texto admitido a trámite por la Mesa del Congreso, calificaba como infracción muy grave el pago de cualquier cantidad, dineraria o en especie, a la mujer gestante que contraviniera la naturaleza no comercial del derecho a la gestación subrogada.

Obviamente y como argumenta el magistrado de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo Antonio Salas Carceller, que la normativa acoja nominalmente una serie de garantías para evitar la contraprestación económica, no basta para evitar que las necesidades sociales impongan el ánimo de lucro de una u otra manera en este tipo de prestaciones y ya que esta es, en el fondo, la principal razón que fundamenta la oposición al contrato de gestión subrogada en nuestro país, “no parece que el texto vaya a encontrar un camino fácil para llegar al Boletín Oficial del Estado”, (Salas, 6-7:2017). En efecto, el propio Comité de Bioética de España aboga por el principio de mínima intervención teniendo en cuenta la dificultad de acreditar la inexistencia de lucro en el acuerdo de voluntad de las partes. Así, aunque reconoce que únicamente la maternidad subrogada de carácter altruista, en la que en última instancia podría compensarse a gestante por los días improductivos y los gastos clínicos derivados de la prestación, podría llegar a salvaguardar tanto los derechos de la gestante como los del menor, considera que:

“Aunque se sostenga que la maternidad subrogada no tiene por qué atentar ni contra la dignidad de la mujer, ni contra el interés superior del niño, y que se puede regular de tal modo que se evite toda suerte de explotación de la mujer y tráfico de niños, entendemos que existen argumentos de índole prudencial para mantener la regulación vigente en España. La precaución recomienda esperar a valorar las consecuencias de la aprobación de la gestación subrogada en países de nuestro entorno”, (López y López, 81-82:2017). Sin embargo, el argumento de la intervención mínima basada en conjeturas y valoraciones en extremo prudenciales se enfrenta a la atribución de la potestad supervisora que se le presume a la Administración. En efecto, siguiendo el ejemplo de la normativa portuguesa, la Proposición de Ley registrada en el Congreso establece que, con carácter previo al inicio del procedimiento de gestación subrogada, las partes deberán suscribir ante notario un contrato sujeto a los requisitos que previene el artículo 7 del mismo texto, tales como haber gestado previamente un hijo, tener plena capacidad jurídica y de obrar o ser mayor de veinticinco años, entre otros, al que se deberá anexar un certificado expedido por el Registro Nacional de Gestación por Subrogación, previsto en los artículos 15 y 16, en el que habrán de inscribirse las mujeres que deseen ser gestantes mediante esta técnica y cumplan igualmente las exigencias previstas en la Ley.

Resulta evidente que la regulación no puede alcanzar al control externo de la voluntad de las partes, por lo que en principio el Registro Nacional de Gestación por Subrogación bastaría para asegurar el carácter altruista de la prestación, pese a las cautelas que pueden llegar a surgir con su puesta en funcionamiento cuando, a modo de ejemplo, hace treinta años que la LTRHA encomendó al Gobierno la creación de un Registro de

Donantes de Gametos y Preembriones, inexistente a día de hoy. Por esta razón, además de la labor previa y supervisora que pudiera implantar la Administración, quizás resultara interesante incluir una enmienda de adición al texto articulado, que incluyese el control posterior de los tribunales. Un control judicial basado en la comprobación, verificación y validación de las exigencias legales, cuya resolución habría de ser adjuntada a la solicitud de inscripción en el Registro Civil para que la filiación del menor desplegara plenos efectos.

No estaría de más que alguna moción similar, en aras a dotar de mayor seguridad jurídica los mecanismos de control de este tipo de prácticas, se propusiera incluso desde la propia Asamblea de Extremadura. Cabe recordar que, en este sentido, el Grupo Mixto dirigió una propuesta de pronunciamiento de la Cámara ante el Pleno de la Asamblea para que se instase al Gobierno de España a impulsar de forma inmediata una regulación de la gestación subrogada, a fin de garantizar los derechos de todas las personas intervinientes en el proceso y de forma especial a los menores frutos de esa técnica de reproducción, (Diario de Sesiones de la Asamblea de Extremadura, nº 39, IX Legislatura). En su momento, la propuesta de pronunciamiento tuvo escaso recorrido y fue rechazada por treinta y cuatro votos en contra, veintinueve abstenciones y el único voto a favor de la impulsora de la misma, pero probablemente los criterios de oportunidad política hayan madurado desde entonces al albur del sentir social, por lo que no sería descabellado pretender una nueva y más fundamentada moción en los términos expresados.

Porque, en cualquier caso, la voluntad procreativa asociada a la gestación altruista parece ser la única salida y, si finalmente es regulada, deberá procurarse proscribir las prácticas fraudulentas. En este sentido, el catedrático de Derecho Constitucional Octavio Salazar Benítez opina que, enfrentados en esta materia a dos posiciones éticamente irreconciliables, esto es quienes abogan por prohibir su práctica y quienes defienden la regulación de la misma sin ningún tipo de restricción, la postura de quienes plantean la necesidad de una normativa que satisfaga el delicado equilibrio de derechos en juego, que evite el peligro de cosificación e instrumentalización de la gestante, el tráfico de niños y la brecha social entre clases sociales, “ampararía aquellos supuestos, por mucho que podamos entender que son minoritarios, en los que la mujer que actúa como gestante lo haga desde la generosidad. Esta regulación prácticamente reduciría la práctica a algo anecdótico y posibilitaría salir del laberinto en el que ahora mismo se encuentra la gestación subrogada en nuestro ordenamiento”, (Salazar Benítez, 2017:107).

En efecto, lo queramos o no, las técnicas gestación por subrogación son un hecho. La sociedad demanda de ella y la responsabilidad de los operadores en Derecho es garantizar que los bienes jurídicos en juego, tanto los derechos de la gestante, como los de los comitentes y los de los propios niños nacidos bajo esta técnica, no resulten agraviados. Sin embargo, el tancredismo legislativo al que asistimos en la materia está propiciando no situaciones de fraude legal en las que los principales damnificados están

siendo los menores cuya filiación se desenvuelve en un limbo jurídico. Como afirma Romeo Casabona, los poderes públicos están obligados a intervenir con el fin de adoptar las medidas legales y de otro tipo que sean necesarias para cortar radicalmente esta situación, con los efectos jurídicos a que ello pudiera dar lugar:

“Sabemos que cualquier marco legal que se abra a la maternidad subrogada comporta el riesgo de desviaciones y de prácticas corruptas más o menos encubiertas. Valorar esto y si es posible construir medios que lo prevengan, desenmascaren o reduzcan de forma eficiente es la primera reflexión que habrá que afrontar”, (López y López, 2017:91).

6. Bibliografía

FANLO CORTÉS, Isabel (2017). “Derechos reproductivos y libertad de las mujeres: observaciones sobre el debate feminista”. *Revista de Derecho Privado*, nº 32. Bogotá. Universidad Externado de Colombia.

LÓPEZ Y LÓPEZ, María Teresa, y otros (2017). *Informe sobre los aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada*. Madrid. Comité de Bioética de España.

MERCADER UGUINA, Jesús Ramón (2017). “La creación por el Tribunal Supremo de la prestación por maternidad subrogada: a propósito de las SSTs de 25 de octubre de 2016 y de 16 de noviembre de 2016”. *Cuadernos de Derecho Transnacional*, nº 1. Madrid. Universidad Carlos III.

PECES-BARBA, Gregorio (1993). “La libertad del hombre y el genoma”. *Derechos y Libertades*, núm. 2. Madrid. Instituto Bartolomé de las Casas.

REDONDO SALCEDA, Lara (2017). “Libre disposición sobre el cuerpo: la posición de la mujer en el marco de la gestación subrogada”. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, nº12. Madrid. Universidad Carlos III.

RUIZ-RICO RUIZ, Gerardo (2017). “La problemática constitucional derivada de las técnicas de reproducción humana asistida (TRHA): el caso de la maternidad subrogada”. *Revista de Derecho Político*, nº 99. Madrid. Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED).

SALAS CARCELLER, Antonio (2017). “Gestación Subrogada. Hacia una Ley reguladora”. *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº 10. Cizur Menor (Pamplona). Editorial Aranzadi.

SALAZAR BENÍTEZ, Octavio (2017). “La gestación por sustitución desde una perspectiva jurídica: algunas reflexiones sobre el conflicto entre deseos y derechos”. *Revista de Derecho Político*, nº 99. Madrid. Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED).

VELA SÁNCHEZ, Antonio José (2011). “Gestación por sustitución o maternidad subrogada: el deseo a recurrir a las madres de alquiler”. *Diario La Ley. Sección Doctrina*, nº 7608. Madrid. Wolters Kluwer.