

INSCRIPCIÓN EN EL REGISTRO CIVIL DE LOS MENORES GESTADOS POR SUBROGACIÓN

HENAR ÁLVAREZ ÁLVAREZ
Profesora titular de Derecho Civil
Universidad de Valladolid

1. PLANTEAMIENTO INTRODUCTORIO

La gestación subrogada es una práctica que en la actualidad está prohibida en España, incluso para algún sector doctrinal está tipificada como delito¹, añadiendo que la conducta de los comitentes o padres de intención (aquellos que recurren a la gestación subrogada para ser padres) solo podrá ser perseguida penalmente en España si la gestación subrogada está también tipificada como delito en el lugar en el que la misma se lleve a cabo, de acuerdo con lo previsto en el art. 22.3 LOPJ². En mi opinión, y adelantándome a lo que diré después, en nuestro ordenamiento jurídico la gestación por sustitución no puede ser considerada como delito, y ello porque en la mente del legislador del año 1995, fecha de promulgación de nuestro vigente Código Penal, no estaba esta práctica, realizada muchos años después. Ello no es óbice para que algunos autores entiendan que estas conductas sí que están recogidas dentro de lo previsto en los tipos delictivos de suposición de parto y de entrega de hijo a terceros para alterar su filiación.

A pesar de la prohibición existente claramente en nuestro ordenamiento jurídico, ello no ha sido obstáculo para que familias o personas residentes en nuestro territorio nacional hayan acudido fuera de España a países en los que la gestación su-

¹ Cfr. LAMM, E.: *Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*, Publicacions i Edicions Universitat de Barcelona, 2013, pág. 72; ARAGÓN GÓMEZ, C.: “La legalización de facto de la maternidad subrogada. A propósito de los recientes pronunciamientos de la sala de lo social del Tribunal Supremo con respecto a las prestaciones por maternidad”, *Revista de Información Laboral* nº 4/2017, Aranzadi (BIB 2017\11072).

² Cfr. VAQUERO LÓPEZ, C.: *Mujer, matrimonio y maternidad: cuestiones de derecho internacional privado desde una perspectiva de género*, Cuadernos de Derecho Transaccional, vol. 10, nº 1, marzo 2018, págs. 456 y 457.

brogada es una práctica totalmente lícita, para lograr así tener hijos a través de este procedimiento. Como consecuencia de ello, el objeto de este trabajo es el de analizar si produce o no efectos en España una institución como la gestación subrogada, que no permite nuestro ordenamiento jurídico, y más concretamente, si se puede o no inscribir en nuestro Registro Civil a los menores gestados por subrogación. Por ello pretendo analizar el tratamiento que se ha realizado de esta figura de una manera totalmente equivocada y sin ningún criterio por parte de los poderes públicos.

2. LA GESTACIÓN SUBROGADA. CONCEPTO

Mediante la gestación subrogada o por sustitución una mujer (denominada gestante) renuncia, con carácter previo o después del parto, a la maternidad del niño a favor de otras personas (denominadas comitentes o padres de intención)³. En este sentido, la mujer acepta o consiente realizar la gestación mediante técnicas de reproducción humana asistida, aportando o no también su material genético, con el compromiso de entregar el hijo a los comitentes, los cuales pueden o no aportar también sus gametos.

Muchas son las expresiones con las que se conoce esta técnica, alguna de las cuales son profundamente desafortunadas, como “vientres de alquiler”, que desvela un rechazo hacia esta técnica de reproducción asistida entendida como una forma de mercantilización de la mujer. También es rechazable la expresión “maternidad subrogada” por cuanto tiene un sentido social que pone el acento en el rol femenino para el cuidado de los hijos. Por ello, lo más conveniente es utilizar el término “gestación por sustitución” o “gestación subrogada”, que simplemente recoge la gestación para otros sin ningún tipo de rechazo⁴.

Dependiendo de la motivación de la madre gestante, la gestación por sustitución puede ser comercial, es decir, a cambio de precio, o bien altruista, aunque en este último caso evidentemente suele contemplarse algún tipo de indemnización o pago a la mujer gestante por las molestias que se le puedan ocasionar con motivo de la gestación y el postparto, debiéndose abonar en todo caso los gastos derivados del embarazo, del parto y del puerperio.

Las modalidades de esta técnica de reproducción asistida pueden ser muy diferentes desde el punto de vista médico, distinguiéndose entre subrogación tradicional y subrogación gestacional. En el primer caso el embarazo tiene lugar mediante in-

³ Cfr. VAQUERO LÓPEZ: “Mujer...”, cit., pág. 456.

⁴ Cfr. SOUTO GALVÁN, B.: “Aproximación al estudio de la gestación de sustitución desde la perspectiva del bioderecho”, Foro, Nueva época, nº 1, 2005, págs. 276 y 277.

seminación artificial, por lo que la gestante aporta su óvulo, siendo también la madre biológica del nacido. En el segundo caso, el embarazo se produce por fecundación in vitro, implantándose un embrión en el útero de la gestante, por lo que no hay relación genética entre la gestante y el nacido. En esta segunda posibilidad, puede suceder que el embrión no tenga ningún vínculo genético con los comitentes, porque se trate de un óvulo y un gameto masculino procedentes de donación, o que sí que tenga vínculo genético con los comitentes, ya sea solo con uno, en cuyo caso también habrá que acudir a un donante, o con ambos⁵.

3. LA PROHIBICIÓN DE LA GESTACIÓN SUBROGADA EN ESPAÑA

Nuestro legislador ha optado por prohibir expresamente la maternidad subrogada. Así se establece en el art. 10.1 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción asistida, al igual que lo hiciera su antecesora, la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre técnicas de reproducción asistida. El actual art. 10 declara nulo de pleno derecho “el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero”.

Esta prohibición se recoge también en la mayoría de los países de nuestro entorno, como es el caso de Bélgica, Alemania, Suecia, Suiza, Italia, Austria o Francia. En otros países la gestación subrogada se permite expresamente, en unos casos de forma amplia, como es el caso de India, Rusia, Georgia, Ucrania y algunos estados de EEUU, mientras que en otros de una manera más restrictiva, solo se permite cuando la gestación por sustitución reviste el carácter de altruista y cumple unos requisitos muy estrictos, que pueden ser exigidos antes de la celebración del acuerdo de gestación (Israel, Grecia o Portugal), o después del parto, transfiriéndose la filiación de la gestante a favor de los comitentes (Reino Unido).

Por la proximidad geográfica y por lo reciente de su regulación, cabe destacar el caso de Portugal, que regula la gestación por sustitución de manera gratuita, y solo se permite por razones médicas (ausencia de útero o enfermedad que impida la gestación). Se trata de la Ley 25/2016, de 22 de agosto, que contiene algunas disposiciones muy cuestionables, pues lo permite solo para parejas heterosexuales o para homosexuales femeninas, lo cual es un claro caso de discriminación y se recurrió por ello ante el TC portugués, pues es una discriminación injustificada que no se permita

⁵ Cfr. ARAGÓN GÓMEZ, cit.

recurrir a este tipo de gestación a los varones⁶. Además es necesario que se aporte material genético de al menos uno de los padres⁷. El TC portugués en Sentencia 225/2018, exigió que constase la identificación de los donantes y que se permitiese el arrepentimiento de la gestante. Dicha Sentencia obligaba al legislador portugués a redefinir el acceso a la gestación por subrogada, declarando la inconstitucionalidad de algunos preceptos de la ley portuguesa, como la posibilidad de la gestante de revocar el consentimiento otorgado al inicio. Sin embargo, la reforma de la ley, tras una difícil tramitación parlamentaria, ignoró la exigencia del TC portugués de que la gestante pueda arrepentirse de la donación tras el parto.

Volviendo a la legislación española, el apartado segundo del art. 10 de la Ley de técnicas de reproducción asistida preceptúa que la filiación de los hijos nacidos por gestación por sustitución queda determinada por el parto, por lo que nuestro ordenamiento jurídico otorga la filiación a la mujer que gesta, aunque no sea la madre biológica por no haber aportado su material genético. Por tanto, de los tres posibles criterios de determinación de la filiación, que son el genético, el gestacional y el intencional, nuestro legislador ha optado por el gestacional⁸.

Pero a mayor abundamiento y aunque no existiera esta prohibición expresa, en todo caso el contrato de gestación subrogada, de acuerdo con lo previsto en el art. 1271 CC sería ilícito, pues solo pueden ser objeto de contrato las cosas que no estén fuera del comercio de los hombres, y es claro que el cuerpo humano es un bien inalienable que queda fuera de la facultad de disposición. En este sentido, el contrato de gestación por sustitución también sería nulo de acuerdo con el art. 1261.2 CC, al carecer de objeto, o por contradecir la moral, el orden público o las buenas costumbres, ex. art. 1255 CC⁹.

También me he referido con anterioridad a la regulación del Código penal. Es cierto que el art. 220 CP sanciona y tipifica la suposición de parto y la entrega de un hijo a un tercero para alterar su filiación y dicha conducta tiene una pena agravada cuando en la entrega del niño medie una compensación económica y se eludan los

⁶ Cfr. VELA SÁNCHEZ, A. J.: “La gestación por sustitución se permite en Portugal. A propósito de la Ley Portuguesa nº 25/2016, de 22 de agosto”, Diario La Ley nº 8868, 22 de noviembre de 2016, La Ley 8706/2016 y “La gestación por sustitución ya es efectiva en Portugal. A propósito del Reglamento Portugués nº 6/2017, de 31 de julio”, Diario La Ley, nº 9091, de 29 de noviembre de 2017, LA LEY 16781/2017.

⁷ El art. 8.7 de la ley portuguesa reconoce al niño nacido por gestación subrogada como hijo de los padres de intención, y en el certificado de nacimiento no se hará alusión ni a la gestante ni a la gestación subrogada. Se considera como si hubiera dado a luz la madre de intención. Una vez nacido hay que acudir al Consulado español en Portugal para inscribir al menor, y la filiación no se obtendrá por sentencia judicial.

⁸ Cfr. ARAGÓN GÓMEZ, cit.

⁹ Cfr. VELA SÁNCHEZ, A. J.: *La maternidad subrogada: estudio ante un reto normativo*, Comares, Granada, 2012, págs. 41 y 42.

procedimientos legales de guarda, acogimiento o adopción. Por su parte, el art. 221 CP impone pena de prisión e inhabilita para el ejercicio del derecho de la patria potestad, tutela, curatela o guarda, aplicándose no solo a quienes entregan al hijo, sino también a quienes lo reciben e intermedian en la transacción. Con ello se pretende evitar el tráfico de niños, que se trate al menor como un mero objeto o mercancía.

La duda o el quid de la cuestión está en determinar si la gestación subrogada encaja dentro de estos delitos que contempla el Código Penal contra las relaciones familiares. Es claro que la intención del legislador no era criminalizar la maternidad subrogada, pues el Código Penal es del año 1995 y el primer litigio que surgió en España sobre la gestación subrogada data del año 2009. Y ello a pesar de que el legislador tipifique como delito la entrega de un menor mediante una compensación económica eludiendo los procedimientos legales de guarda, acogimiento o adopción y con la finalidad de establecer una relación análoga a la filiación. De hecho, hasta la actualidad no existe ni una sola sentencia que haya condenado penalmente a quienes han recurrido a la gestación por sustitución para poder ser padres.

Por otro lado, la ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil obliga a aceptar la gestación subrogada en el ámbito interno. Tanto el art. 59 de dicha ley relativo a la inscripción de resoluciones judiciales extranjeras, como los artículos 11 y 12 de la Ley de jurisdicción voluntaria obligan a aceptar en España las resoluciones judiciales extranjeras. Por tanto, si la filiación es determinada por un tribunal extranjero, tal y como se verá a continuación, no hay problema en inscribir en el Registro Civil español a los nacidos mediante gestación por sustitución.

4. SOLUCIÓN PRÁCTICA: ELUDIR LA REGULACIÓN PROHIBITIVA

A pesar de que la gestación subrogada está prohibida en nuestro ordenamiento jurídico, concretamente en el art. 10 de la Ley 14/2006 sobre técnicas de reproducción humana asistida, tal y como ya se ha visto, ello no ha impedido que personas residentes en nuestro país se hayan ido fuera del territorio nacional a países en los que la gestación subrogada es lícita, logrando así tener descendencia gracias a esta técnica.

Cada vez son más los niños que llegan a España a través de este procedimiento, muchísimos más que a través de la adopción internacional. Se llega a la paradoja de la existencia de menores nacidos en el extranjero, hijos de españoles, mediante la técnica de la gestación por sustitución, que pueden llegar a residir irregularmente en España, sin identidad ni filiación jurídica alguna. Por seguridad jurídica es nece-

sario un nuevo marco legal que les proteja, pero no solo a ellos, sino también a la gestante y a los padres de intención. Ciertamente es y no podemos olvidar que la protección del menor es primordial y prioritaria, es el más vulnerable, el más necesitado de protección. El marco legal es incierto y estamos necesitados de uno nuevo. Gracias a la DGRN se ha protegido a los menores nacidos mediante gestación por sustitución, al entender el equilibrio que debe existir entre los legítimos objetivos perseguidos por el Estado al prohibir la gestación por sustitución y el hecho de proteger a estos menores porque su interés es primordial, prioritario y superior, señalando que no por acordar la inscripción en el Registro Civil de estos menores se vulnera algún principio básico e irrenunciable de nuestro ordenamiento jurídico. Como se verá a continuación, la inscripción no vulnera el orden público internacional español, puesto que no se perjudica con ello la estructura básica del derecho español¹⁰.

Todo ello ha provocado un debate sobre la conveniencia o no de permitir en España los contratos de gestación subrogada. Evidentemente muchos argumentos hay tanto a favor como en contra de dicho contrato. Pero de lo que no hay duda, es que el derecho no puede dejar de regular la maternidad subrogada, de manera que hay que legislar en esta materia, pero no de manera prohibitiva, pues esa no es la solución, incluso aunque se tipificase como delito, no sería eficaz. De hecho, la prohibición total de la gestación por sustitución lo que ha hecho ha sido generar un mercado incontrolado e injusto, desde el punto de vista de las posibilidades económicas de los interesados, y siempre va a haber personas con necesidad de recurrir a estas técnicas y otras dispuestas, con o sin contraprestación económica, a prestarlos. Por ello es conveniente regular la gestación por sustitución, buscando mecanismos tuitivos para la protección integral del nacido, facilitándose el acceso a la paternidad y maternidad biológica o legal de los interesados¹¹.

5. LA INSCRIPCIÓN DE LOS MENORES EN EL REGISTRO CIVIL: LA LEGALIZACIÓN DE FACTO DE LA GESTACIÓN SUBROGADA

La Ley del Registro Civil de 8 de junio de 1957 (vigente hasta el 30 de abril de 2021, fecha en la que entrará en vigor la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil, conforme establece su disposición final décima, en la redacción dada a la mis-

¹⁰ Cfr. CORERA IZU, M: “Maternidad subrogada: la solución única, de momento, el registro civil”, Diario La Ley, nº 8813, de 28 de julio de 2016, Ref. D-306, LA LEY 5796/2016.

¹¹ Cfr. VELA SÁNCHEZ, *Maternidad...*, cit., págs. 65 y 66.

ma por la disposición final quinta de la Ley 3/2020, de 18 de septiembre, de medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID-19, salvo que tengamos una nueva moratoria a la misma) en su art. 23 establece que las inscripciones pueden practicarse por certificación de asientos extendidos en registros extranjeros pero “siempre que no haya duda de la realidad del hecho inscrito y de su legalidad conforme a la ley española”. Ahora bien, este control de legalidad no se puede entender como una absoluta conformidad del registro extranjero con todas y cada una de las exigencias de nuestra legislación. Lo que sí es necesario es que el registro extranjero sea conforme a las normas, principios y valores que encarnan el orden público internacional español¹².

Precisamente invocando el orden público español, el Registro Civil consular de Los Ángeles en California, EEUU, denegó la solicitud de inscripción del nacimiento de dos menores nacidos en dicho estado norteamericano mediante gestación por sustitución, presentada por los padres de intención, dos varones. Uno de los varones había aportado material genético y el óvulo procedía de una donante anónima¹³. El problema se produce porque el hospital donde tiene lugar el alumbramiento otorga un certificado que se inscribe en el Registro Civil de California, denegándose el acceso de dicho certificado al Registro Civil español. El principal argumento en el que se fundamentó la denegación fue el art. 10 de la Ley 14/2006 que declara la nulidad de los acuerdos de gestación por sustitución. Esa denegación fue impugnada y resuelta por la RDGRN de 18 de febrero de 2009, la cual ordenó que se procediera a la inscripción en el Registro Civil del nacimiento de los menores, sobre la base de tres argumentos. El primero de ellos, es que no se vulnera el orden público internacional español. El segundo es que se evita con ello una discriminación por razón de sexo, pues el derecho español permite que la filiación de un hijo conste a favor de dos mujeres de acuerdo con lo previsto en el art. 7.3 de la Ley 14/2006. Y el tercer argumento es que se protege con la inscripción el interés superior del menor, ya que este tiene derecho a tener una filiación única en todo el mundo, evitando que sus padres vayan cambiando cada vez que cruza la frontera. Para ello la DGRN partía de un presu-

¹² Cfr. ARAGÓN GÓMEZ, cit.

¹³ Los EEUU es el país que más garantías ofrece para la gestación subrogada, aunque no es legal en todos los Estados, estando prohibida en algunos de ellos. Hay estados con leyes más laxas o permisivas que otros. California es el Estado más liberal en la materia, con leyes más flexibles y trámites más simples y fáciles. Las leyes del Estado de California no exige que los padres de intención estén casados, no es necesario que ninguno de ellos aporte el material genético y el proceso judicial para declarar la filiación a favor de los padres de intención tiene lugar en el quinto mes de embarazo, de forma que antes de que se produzca el nacimiento ya se ha dictado una resolución judicial que determina la filiación, y el hospital reflejará como padres, en el certificado que expida, a los comitentes. Cfr. BAUTISTA, J.: “Maternidad subrogada”, Actualidad Jurídica Aranzadi, nº 815/2011, BIB 2011\274.

puesto: la inscripción de un título extranjero que acredite una relación de filiación derivada de una gestación por sustitución no plantea un problema de determinación del derecho aplicable a la filiación, sino un problema de validez extraterritorial de decisiones. En este sentido, la DGRN identificó el título extranjero cuya inscripción se pretendía, en concreto una certificación registral californiana, y tras considerar que constituía título suficiente para el acceso al Registro español admitió su inscripción en el Registro¹⁴.

Frente a este criterio mantenido por la DGRN, el Ministerio Fiscal presentó una demanda ante la jurisdicción civil española, considerando que la RDGRN es contraria al orden público español y que la solución adoptada por el derecho americano infringe el art. 10 de la Ley 14/2006. Esta demanda fue resuelta por el juzgado de primera instancia de Valencia en Sentencia de 15 de septiembre de 2010¹⁵, que estimó íntegramente la demanda y dejó sin efecto la inscripción del nacimiento realizada en el Registro Civil consular. Y ello porque lo que se pretendía realmente era dar eficacia en España a una certificación registral extranjera que tenía su origen y fundamento en una resolución judicial previa dictada fuera de España, que al margen de convalidar y atribuir efectos a un contrato de gestación por sustitución, establecía una relación de filiación a favor de un nacional español y excluía a la gestante y a la mujer que aportaba el óvulo.

Por ello, pocos días después de la anulación de la RDGRN de 18 de febrero de 2009 por la Sentencia de 15 de septiembre de 2010, la DGRN modificó su posición inicial a través de la Instrucción de 5 de octubre de 2010 sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución¹⁶. En ella se establece como requisito previo para la inscripción de los nacidos mediante gestación por sustitución la presentación ante el encargado del Registro Civil de una resolución judicial dictada por el Tribunal competente en la que se determinase la filiación del recién nacido a favor de los padres comitentes. Con ello se logra la plena protección jurídica del interés superior del menor, para lo cual se recurre a tres instrumentos. En primer lugar se pretende habilitar los medios necesarios para que la filiación tenga acceso al Registro Civil español cuando uno de los progenitores sea de nacionalidad española, como vía de reconocimiento a efectos registrales de su nacimiento. En segundo lugar, se evita que con la inscripción registral se dote de apariencia de legalidad a supuestos de tráfico internacional de menores. Y en tercer lugar, se trata de garantizar el derecho del menor a conocer su origen biológico. Además también se asegura la protección de las mujeres que gestan, garantizando que otorgaron su

¹⁴ Cfr. HEREDIA CERVANTES, I.: “La Dirección General de los Registros y del Notariado ante la gestación por sustitución”, ADC, tomo LXVI, 2013, fasc. II, págs. 695 y 696; ARAGÓN GÓMEZ, cit.

¹⁵ AC 2010\1707.

¹⁶ BOE de 7 de octubre de 2010.

consentimiento con total libertad y que no se trata de un caso de explotación de mujeres.

Ahora bien, lo más destacable de la Instrucción es el cambio o rectificación del criterio seguido en la Resolución de 18 de febrero de 2009, al establecerse como requisito previo para la inscripción de los nacidos mediante gestación por sustitución la presentación ante el encargado del Registro Civil de una resolución judicial dictada por Tribunal competente en el que se determine la filiación del recién nacido. Ello implica que en todos los casos en los que la relación de filiación se hubiera determinado en el extranjero gracias a una resolución judicial, sería título inscribible, no siéndolo una eventual certificación registral que trajera causa de aquella. Tampoco sería posible la inscripción mediante declaración acompañada de certificación médica relativa al nacimiento del menor. Y en aquellos casos en los que la relación de filiación no hubiera sido establecida mediante una previa resolución judicial, la filiación no se podría inscribir ni mediante certificación registral ni mediante declaración.

Frente a la sentencia de primera instancia del Juzgado de Primera Instancia de Valencia de 15 de septiembre de 2010 los comitentes recurrieron en apelación, pero nuevamente la AP de Valencia desestimó el recurso en sentencia de 23 de noviembre de 2011¹⁷, llegando la controversia hasta el TS en casación. Así, la STS de 6 de febrero de 2014¹⁸ concluyó que la decisión de la autoridad registral de California, al atribuir la condición de padres al matrimonio formado por los comitentes que contrataron la gestación por sustitución con una mujer que dio a luz a dos niños en dicho Estado, era contraria al orden público por resultar incompatible con normas que regulan aspectos esenciales de las relaciones familiares, concretamente, con normas relativas a la filiación, inspiradas en valores constitucionales de dignidad de la persona, respeto a su integridad moral y protección de la infancia. El TS deniega la inscripción registral, pero no de manera unánime, pues firmaron un voto particular cuatro de los nueve magistrados que formaban la sala. Se trata de dos posturas enfrentadas, por un lado una que se somete al imperio de la ley, mientras que la otra, siguiendo este principio, desde el entendimiento de la justicia como la resolución de casos concretos, utiliza todos los medios jurídicos a su alcance para llegar a dar una solución inmediata al problema planteado¹⁹.

El TS fundamenta su decisión en los siguientes argumentos:

En primer lugar, la vinculación con el estado extranjero, cuya decisión pretende ser ahora reconocida en España, es puramente artificial, fruto de la huida de los pa-

¹⁷ AC 2011\1561.

¹⁸ RJ 2014\833.

¹⁹ Cfr. PARRÓN CAMBERO, M. J.: “Ventre de alquiler: mater Semper certa est, pater Semper incertus est”, Diario La Ley, nº 8269, 12 de marzo de 2014, Ref. D-80, LA LEY 1133/2014.

dres comitentes del ordenamiento español, que como sabemos declara nulo el contrato de gestación por sustitución, no reconoce la filiación de los padres intencionales respecto del menor, e incluso a juicio del TS tipifica ciertos supuestos como delito aunque la entrega del menor se haya producido en el extranjero.

En segundo lugar, las normas que se aplican a la gestación por sustitución integran el orden público internacional español, pues los avances en las técnicas de reproducción humana asistida no pueden vulnerar 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 negocios 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”.

En tercer lugar, la denegación de la inscripción de la filiación no implica una discriminación por razón de sexo de los padres intencionales, pues su causa no es que los solicitantes sean hombres, sino que la filiación pretendida tiene su origen en un contrato de gestación por sustitución, nulo para nuestro ordenamiento jurídico. La solución habría sido la misma si los contratantes hubieran constituido un matrimonio heterosexual, o bien un matrimonio homosexual integrado por mujeres, o una pareja de hecho, o una sola persona, ya sea hombre o mujer.

En cuarto lugar, la aplicación del principio de la consideración primordial del interés superior del menor ha de hacerse para interpretar la ley y colmar sus lagunas, pero no para contrariar lo expresamente previsto en la norma. No hacerlo así podría llevar a la desvinculación del juez respecto del sistema de fuentes, que es contraria al principio de sujeción al imperio de la ley que establece el art. 117.1 CE. En este sentido, es cierto que si hay que realizar cambios en nuestro ordenamiento jurídico, el lugar donde debe producirse es en el parlamento, como depositario de la soberanía nacional, con un adecuado debate social y legislativo, sin que en ningún caso el juez pueda ni deba suplirlo.

En quinto lugar, el interés superior del menor no es el único que se debe tomar en consideración, pues puede suceder que concurra con otros bienes jurídicos con los que es preciso realizar una ponderación, como por ejemplo el respeto a la dignidad e integridad de la mujer gestante, o evitar la explotación del estado de necesidad en que se pueden encontrar mujeres jóvenes en situación de pobreza, o impedir la mercantilización de la gestación y de la filiación.

Cinco magistrados votaron a favor de los anteriores argumentos. Sin embargo, cuatro votaron en contra. En total hubo tres votos particulares. En el primero de ellos se decía que debe respetarse una decisión administrativa extranjera, sin que resulte de aplicación el art. 10 de la Ley 14/2006, por lo que se debe ver tan solo si esta decisión es contraria o no al orden público internacional para que se introduzca

en el orden jurídico español. En el segundo voto particular se menciona que entre la ley 14/2006 y el interés del menor debe prevalecer este último. Y en el tercer voto particular se señala que se debe valorar sobre todo el interés del menor, pues a éstos se les coloca en una situación o limbo jurídico un tanto incierto en cuanto a su filiación.

El TS por tanto desestima el recurso de casación interpuesto por los comitentes, y declara ajustado a derecho la cancelación de la inscripción de nacimiento acordada por la RDGRN de 18 de febrero de 2009. Pero el TS no se queda ahí, sino que además insta al Ministerio Fiscal para que ejercite las acciones pertinentes al objeto de determinar la correcta filiación de los menores, tomando en consideración la efectiva integración de los mismos en un núcleo familiar de facto.

Los recurrentes promovieron un incidente de nulidad de actuaciones, al amparo de lo previsto en los art. 228 LEC y 241 LOPJ. La resolución del incidente se produjo mediante Auto del TS de 2 de febrero de 2015²⁰. El TS en este auto confirma su anterior doctrina, considerando que la negativa de las autoridades españolas a inscribir a los menores nacidos mediante la técnica de la gestación por sustitución como hijos naturales de quienes concierne esta gestación no vulnera ni el derecho a la tutela judicial efectiva, ni el derecho a la igualdad, ni el derecho a la intimidad familiar. No obstante, este nuevo pronunciamiento del TS se basa en la reciente jurisprudencia del TEDH sobre la materia. En concreto, el TEDH dictó dos sentencias el 26 de junio de 2014: los asuntos *Mennesson contra Francia* y *Labassee contra Francia* también²¹. Se trataba en ambos procesos de dos matrimonios franceses que habían contratado en EEUU gestaciones por sustitución por implantación de embriones en el útero de las gestantes. En ambos casos el embrión tenía su origen en óvulos de donantes y en gametos de los maridos. De dichas gestaciones nacieron en el primer caso, dos niñas gemelas, y en el otro, una niña. Las autoridades francesas consideraron en ambos casos que se había producido un vicio desde el mismo origen, por lo que no permitieron el reconocimiento de la filiación entre los comitentes y las niñas gestadas por subrogación, ni por la transcripción de las actas de nacimiento, ni por la filiación biológica paterna, ni por la adopción o por la posesión de estado. El Estado francés también declaró que no se había infringido el derecho a la vida privada y familiar, ya que la anulación de la inscripción en el Registro Civil no impedía a las niñas vivir en Francia con los comitentes, y además no se veía afectada la relación legal reconocida por los estados americanos, ya que los tribunales americanos habían decretado que reconocían a los padres de intención como los padres legales de las niñas.

²⁰ RJ 2015\141.

²¹ JUR 2014\176908 y 2014\176905, respectivamente.

Pero el TEDH consideró que Francia había vulnerado el art. 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) de 1950 al denegar la inscripción en el Registro Civil francés de las actas de nacimiento expedidas en el extranjero y al impedir el establecimiento de un vínculo de filiación entre los bebés y los padres de intención, máxime si se tiene en cuenta que las niñas eran hijas biológicas de los respectivos padres comitentes. El art. 8 CEDH reconoce el derecho a ejercer la vida privada y familiar sin injerencia de una autoridad pública. Según el TEDH, el derecho a la vida privada del menor se puede ver afectado por la indeterminación de su filiación, al impedirse la constitución de un vínculo de filiación entre los comitentes y los menores. Este mismo criterio se mantuvo después en las Sentencias del TEDH de 27 de enero de 2015 (Paradiso Campanelli contra Italia²²) y en la de 21 de julio de 2016 (Foulon y Bouvet contra Francia²³), si bien es cierto que la Sentencia Paradiso fue revocada por la Gran Sala del TEDH con posterioridad, como se verá a continuación.

Nuevamente tras las Sentencias Mennesson y Labassee, la DGRN se pronunció sobre la gestación subrogada, en concreto en su Circular de 11 de julio de 2014, y consideró que el TEDH estaba avalando su postura y que la doctrina sentada por el TS en su sentencia de 6 de febrero de 2014 había quedado superada. Por ello, mantuvo la plena vigencia de su Instrucción de 5 de octubre de 2010, por la que como hemos visto se permite la inscripción en el Registro Civil español de los niños nacidos en el extranjero mediante un contrato de gestación por sustitución, pero condicionado a que se cumplan determinados requisitos, ya que la Instrucción rechaza como título apto para la inscripción del nacimiento la certificación registral extranjera, exigiendo una resolución judicial de un tribunal extranjero competente, que determine la filiación a favor de los padres de intención.

Además, la Instrucción distingue en función de si la resolución deriva de la jurisdicción contenciosa o de la voluntaria. En el primer supuesto, es necesario instar el exequátur de la decisión ante los Juzgados de primera instancia. En el segundo supuesto, es el encargado del Registro Civil el que tiene que controlar incidentalmente, como requisito previo a la inscripción, si la resolución puede ser reconocida en España. Para ello tiene que comprobar que no se ha vulnerado el interés superior del menor y que la gestante tiene capacidad natural suficiente y ha prestado su consentimiento de forma libre y voluntaria y de forma irrevocable. Se aplica así un orden público atenuado permitiéndose la inscripción de los nacidos mediante gestación por sustitución cuando se cumplan estos requisitos.

Sin embargo, a pesar de los pronunciamientos del TEDH, el TS mantuvo su criterio. Por auto de 2 de febrero de 2015 el TS acordó que no había lugar a la declaración de nulidad de la STS de 6 de febrero de 2014, pues en los casos Mennesson y La-

²² TEDH 2015\17.

²³ TEDH 2016\61.

bassee las autoridades francesas habían impedido que se determinara cualquier relación de filiación entre las niñas y los comitentes, incluso a favor del padre biológico, algo que no ocurre en España, por lo que no sería de aplicación la jurisprudencia del TEDH.

En definitiva, en nuestro país la inscripción del niño como hijo de los padres de intención puede realizarse de dos formas: en primer lugar, si el bebé nació en un país en el que la paternidad de los niños nacidos por gestación subrogada se establece mediante sentencia judicial, como puede ser el caso de EEUU o Canadá, el bebé se registra como ciudadano español en los consulados. En segundo lugar, si el niño nace en un país donde la paternidad se establece por vía administrativa, como sucede en Ucrania, la paternidad debe establecerse en España a través del juzgado.

Es cierto que en consonancia con lo que acabo de señalar, la legislación española no impide la creación de un vínculo paterno/materno-filial con el menor nacido a través de una gestación subrogada. El varón comitente que ha aportado su material genético puede solicitar ser declarado el padre biológico por la vía ordinaria. El art. 10 de la Ley 14/2006 aunque declara nulo el contrato de gestación por sustitución y atribuye la cualidad de madre a quien ha dado a luz al menor, en su apartado tercero determina que “queda a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales”, por lo que debería acudirse a los art. 131 a 134 del CC relativos a la reclamación de la filiación y a los art. 764 768 LEC en cuando a los procesos de filiación, paternidad y maternidad.

Además el ordenamiento jurídico español permite la adopción del menor por parte del comitente que no ha aportado material genético. Esta sería la única opción posible para que la madre intencional, sea a su vez o no madre desde el punto de vista genético, si ha aportado el óvulo, pueda regularizar su relación materno-filial con el menor.

Sin embargo, aunque la regulación española sí permite la creación de estos vínculos de filiación con el menor, hay que destacar que el proceso de reconocimiento no es tan sencillo como lo describe el TS.

En efecto, la determinación de la filiación por estas vías puede dilatarse en el tiempo. Además, este proceso puede finalizar con la designación de otras personas como las más idóneas para la adopción del menor, en lugar de los padres de intención. Si bien es cierto que si el menor es hijo biológico del padre comitente, porque haya aportado su propio material genético, su pareja puede adoptarlo sin necesidad de la declaración de idoneidad por parte de la autoridad competente, tal y como prevé el art. 176.2 CC, en cuyo caso sería suficiente el asentimiento a la adopción por parte del padre biológico.

Por tanto, la solución que se ha dado por parte de las autoridades españolas a este problema ha sido favorecer la continuidad jurídica en la filiación válidamente determinada en el extranjero, desde la perspectiva del interés superior del menor.

Por ello se ha conseguido una aceptación de facto de una situación jurídica que de iure no está permitida, pues se reconocen en España decisiones extranjeras por las que se determina la filiación de un menor a favor de sus padres comitentes con el único control del orden público internacional. Lo cual plantea un grave problema de inseguridad jurídica, por el diferente modo en el que los tribunales nacionales y el TEDH aprecian la compatibilidad con el orden público de las decisiones extranjeras en este ámbito²⁴.

No olvidemos además que la posición del TEDH no ha sido en todos los supuestos enjuiciados la misma. Tal y como señalé con anterioridad, en el caso *Paradiso Campanelli contra Italia*, la Gran Sala en su sentencia de 24 de enero de 2017²⁵ revocó la resolución que adoptó en la sentencia de instancia de dos años antes, entendiendo que la decisión de las autoridades italianas de poner a cargo de los servicios sociales a un niño nacido en Rusia mediante un contrato de gestación por sustitución no vulnera el art. 8 del Convenio de Roma. El niño fue inscrito en el Registro Civil de Moscú a nombre de los comitentes, pero los problemas se produjeron cuando pretendieron inscribir al niño con el certificado ruso de nacimiento en el Registro Civil italiano. La Gran Sala entiende que los tribunales italianos realizaron una justa ponderación entre los diferentes intereses en juego, al constatar que la separación del niño de los comitentes no provoca a aquél daños graves e irreparables. Y para justificar su decisión señala los siguientes argumentos: el CEDH no reconoce el derecho a ser padres; no existe un consenso entre los Estados miembros de la UE con respecto a los contratos de gestación subrogada; la legislación italiana, al prohibir una adopción privada basada en un acuerdo entre particulares no pretende sino luchar contra prácticas ilícitas, algunas de las cuales pueden equivaler a la trata de personas; las medidas adoptadas por las autoridades italianas persiguieron el objetivo de prevenir el desorden y proteger los derechos y libertades de los demás, especialmente de las mujeres y niños; estos intereses públicos prevalecen sobre el deseo de ser padres; las medidas adoptadas por el estado italiano pretenden disuadir a los nacionales de recurrir al exterior para realizar prácticas que están prohibidas en su territorio; aunque la terminación de la relación con el niño no es directamente imputable a los comitentes, sí es consecuencia de la inseguridad jurídica que ellos mismos han creado al vulnerar la legislación italiana y luego irse a vivir con el niño a Italia; y en último lugar, no había existido una vida familiar de facto, teniendo en cuenta la ausencia de vínculo biológico entre el niño y los padres de intención, la corta duración de la relación con el niño y la incertidumbre de los lazos desde una perspectiva jurídica.

²⁴ Cfr. VAQUERO LÓPEZ: “Mujer...”, cit., pág. 457.

²⁵ JUR 2017\25806.

Además conviene tener presente que el próximo 30 de abril de 2021 entrará en vigor (esperemos que así suceda al fin) la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil. El art. 44.4 de dicha norma, en la redacción dada por el art. 2.1 de la Ley 19/2015, de 13 de julio, de medidas de reforma administrativa en el ámbito de la Administración de Justicia y del Registro Civil, establece que “La filiación se determinará, a los efectos de la inscripción de nacimiento, de conformidad con lo establecido en las leyes civiles y en la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida”. Y por su parte, el art. 96.2 de la Ley 20/2011 se muestra favorable a inscribir las resoluciones judiciales extranjeras, si bien a tal efecto impone al encargado del Registro la obligación de verificar que la inscripción de la resolución no resulta manifiestamente incompatible con el orden público español.

Resulta muy esclarecedor traer en este punto a colación la tramitación parlamentaria de la ley 19/2015, que muestra cual es la voluntad del legislador en este punto. El PP retiró del texto inicialmente propuesto por el Gobierno, la referencia que en el art. 44.7 de la Ley 20/2011 se hacía a la inscripción de los niños gestados por subrogación. Tampoco se admitieron ninguna de las enmiendas presentadas por los distintos grupos parlamentarios en el Congreso. No se admitió la enmienda a la totalidad el PSOE, que alegaba entre otras cuestiones que la norma desconocía la doctrina del TEDH de los casos *Mennesson* y *Labassee*. Tampoco prosperó la enmienda del Grupo Parlamentario Mixto que proponía incorporar al texto del art. 44 de la Ley el régimen registral recogido en la Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010. Y tampoco se admitió la enmienda de Convergencia i Unió sugiriendo que la inscripción de un nacimiento producido en el extranjero no exigiera resolución judicial, de forma que bastara un certificado oficial validado con los requisitos del Convenio de la Haya, es decir, con la Apostilla, alegando que algunos Estados en los que es lícita la gestación por sustitución, no emiten sentencia.

Bueno es que el legislador se pronuncie sobre estas cuestiones y vaya legislando, aunque sea con retraso, sobre los nuevos problemas o cuestiones que se plantean en nuestra sociedad. Por ello y aunque el texto no sea del todo de mi agrado, conviene no olvidar que en el Congreso de los Diputados se presentó una proposición de Ley reguladora del derecho a la gestación por subrogación el 27 de abril de 2017 por el Grupo Parlamentario de Ciudadanos²⁶, aunque tal proposición no salió adelante, teniendo en cuenta los posicionamientos tan distantes en los que se encontraban los distintos grupos parlamentarios. Lo positivo de esta proposición de Ley es que tenía por finalidad legalizar la gestación por sustitución en nuestro país y dar respuesta así a tantas personas que recurren a esta técnica o a este procedimiento para poder ser padres, evitando con ello la huida de quienes desean ser padres recu-

²⁶ BOCG, Congreso de los Diputados, Serie B, número 145-1, de 8 de septiembre de 2017, págs. 1 y ss.

rriendo a esta técnica de reproducción asistida a países poco o nada garantistas con los derechos de las mujeres gestantes. Tenía esta proposición de ley como digo múltiples deficiencias, pero quizá la que más llama la atención es la relativa a la regulación del consentimiento de la mujer gestante. Lo más conveniente sería entender que solo a través de un procedimiento judicial puede garantizarse suficientemente un consentimiento libre e informado de la mujer que gesta para otras personas. Y para tutelar de manera efectiva todos los derechos de la mujer gestante, es necesario fijar un periodo, antes o después del parto, en el que pueda revisar el acuerdo de gestación por sustitución. Incluso, sería necesario resolver expresamente a quién corresponde la decisión de si es posible y en qué casos abortar²⁷.

5. A MODO DE CONCLUSIÓN

Como se ha puesto de manifiesto, nos encontramos ante un problema muy complejo en el que están en juego derechos de la personalidad. La gestación por sustitución es una cuestión muy polémica en los últimos tiempos y los argumentos a favor y en contra están determinados por posicionamientos éticos, ideológicos e incluso económicos. El Estado debe adoptar una posición clara al respecto, debe dar un paso al frente y legislar esta cuestión. No se puede prohibir la gestación por sustitución y después legalizarla de facto. El legislador es el que tiene que ocuparse de ello, no pudiendo ser suplida ni por la DGRN ni por la jurisprudencia. Nos encontramos en un Estado de derecho y es al poder legislativo al que le corresponde el monopolio de la ley.

Sería conveniente admitir de iure, no solo de facto, la gestación por sustitución. No se puede dar cobertura jurídica indirecta a la gestación por sustitución, sino que hay que garantizar una tutela directa de esta forma de maternidad/paternidad, a través de una norma que permita y regularice los convenios de gestación por sustitución en nuestro país. Hay que superar el inmovilismo de nuestro derecho material, que sigue considerando nulos los contratos de gestación por sustitución, declarando que la filiación se determina por el parto y aplicando un aforismo romano, *el mater semper certa est*, que dejó de ser una realidad desde el momento en el que los avances médicos incorporaron la posibilidad de la reproducción humana asistida. Es necesario legislar esta cuestión, pues ni la prohibición expresa ni el silencio de la ley evitan que esta práctica se realice²⁸.

²⁷ Cfr. VAQUERO LÓPEZ: "Mujer...", cit., págs. 459 y 460.

²⁸ Cfr. VAQUERO LÓPEZ, C.: "La denegación de acceso al Registro Civil español de la filiación derivada de un contrato de gestación por sustitución a la luz de la

Para evitar muchos de los problemas que se han puesto de manifiesto a lo largo de este trabajo, lo más conveniente sería que la gestación subrogada se realizara acudiendo a la justicia, es decir, que el juez homologue o controle que el contrato de gestación subrogada o el acuerdo de gestación subrogada es conforme a la ley, y ello sería posible acudiendo a la jurisdicción voluntaria. Y desde luego el reconocimiento de la filiación debería ser previo al nacimiento, por seguridad jurídica, para evitar que en el último momento los padres de intención rechacen al nacido, sobre todo en los casos en los que éste tenga alguna malformación, pues esto ya ha sucedido por desgracia en varias ocasiones. Por ello la filiación tiene que estar determinada con anterioridad y que no quepa el arrepentimiento de los padres de intención. Todo ello sin olvidar que evidentemente la gestación por sustitución es comercial, hay siempre una compensación económica por las molestias que se le causan a la gestante, y ello no puede ser motivo de escándalo ni de sonrojo.

jurisprudencia del TEDH: comentario al ATS de 2 de febrero de 2015”, Revista Aranzadi Doctrinal, nº 4, 2015, págs. 115 y 116.