

La filiación y la gestación subrogada. España.

Autor: Concha Ballester Colomer. Abogado ejerciente en los Colegios de Valencia, Tarragona y Barcelona. Es miembro de la AEAFA (Asociación Española de Abogados de Familia) y vocal de la Junta Directiva de la Sociedad Catalana de Abogados de Familia (SCAF). Ha colaborado con AIAF en varias jornadas: Directora de la I Jornada Italo Catalana de Derecho De Las Personas y Relaciones Familiares en colaboración SCAF/AIAF en Nápoles, el 13 de Noviembre de 2017, y de la II jornada en Barcelona, 29 de julio de 2018 .

Es mediadora de derecho Civil y Mercantil (Instituto Ciencias de la Educación. Universitat de Lleida) y ha sido docente en el Master Acceso a la Abogacía (Fundación Universitat Rovira i Virgili) en Derecho de Familia. 2011, 2012, 2013.

INDICE: 1.-La filiación en España .2.-Escenario legal. Contrato nulo. 3.- Resolución de la Dirección General de Registros y Notariado 18 de febrero 2009. 4.-Criterio jurisprudencial. 5.- Instrucción general de la Dirección General de Registros y Notariado para la inscripción en España de los menores nacidos por gestación por sustitución fuera de territorio de España (2010).6.- Praxis: Consulado en Kiev. 7.- Régimen legal actual: Instrucción de 18.2.2019.8.- Posición del Gobierno de España y breve panorámica de derecho comparado.

1.-La filiación en España.

El principio número 3 de la Declaración de Derechos del Niño (1959. ONU) así como el art. 3 de la Convención de Derechos del Niño (New York, 20 noviembre 1989) declaran que todo niño, toda persona tiene derecho a un nombre y a una nacionalidad.

En el estado español la filiación provee al nacido de un nombre y dos apellidos, y de su nacionalidad, ya que del principio general -ius sanguinis- resulta que son españoles *los nacidos* de padre o madre español. O los adoptados por padre o madre españoles. (Aunque haya más supuestos para la adquisición de la filiación).

El Título Preliminar del Código Civil establece las normas de derecho internacional privado, aplicable a todo el territorio del estado. En virtud del Artículo 9, 1º y 4º, las relaciones paterno-filiales, se regirán por la ley personal del hijo. La ley personal correspondiente a las personas físicas es la determinada por su nacionalidad.

La filiación es objeto de regulación interna en cada país y no existen a día de hoy tratados con dicho objeto. En España todos los hijos son iguales ante la ley, independientemente de su filiación, que produce los mismos efectos. (Art. 39 C.E)

La publicidad de la filiación se produce en el acto de inscripción en el Registro Civil.

Hay que tener muy en cuenta para entender el escenario legislativo en el estado español sobre la maternidad por subrogación, que el Registro Civil depende de la Dirección General de

Registros y Notariado y que han sido sus decisivas RESOLUCIONES y sus INSTRUCCIONES las que han fijado las líneas legales actuales, que permitan que los hijos nacidos de padre o madre español accedan al Registro Civil como tales, adquiriendo la nacionalidad española. En determinados casos contra el criterio de los tribunales, siempre dando prioridad al beneficio del menor, en coordinación con el ordenamiento jurídico español.

Nuestra regulación de la filiación está basada en el principio de la verdad biológica, la libre investigación de la paternidad y la maternidad sin limitaciones probatorias y el favor filii, entendido como derecho de la persona a conocer su origen; no existe discriminación entre filiación matrimonial y no matrimonial, ni entre la filiación por naturaleza o por adopción, debiendo aclarar que dentro de la filiación por naturaleza se contemplan e incluyen los nacidos que tienen su origen en la utilización de técnicas de reproducción asistida.

2.-El escenario legal: contrato nulo.

En el año 2006 (Ley 14/2006 de 26 de mayo) entró en vigor la Ley de Técnicas de Reproducción Asistida, en su momento extraordinariamente vanguardista respecto a las existentes en la región. En su virtud, cualquier mujer española, (o residente) mayor de 18 años tiene acceso y derecho a las técnicas de reproducción asistida para ser madre, sin ningún otro requisito o condición. La gestación subrogada no deja de ser una técnica de reproducción asistida, pero en su artículo 10 la LTRA declara nulo y contrario al orden público español el contrato de gestación por subrogación.

Dice lo siguiente:

“1. Será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero.

2. La filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto.

3. Queda a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales.”

Y aquí hay que hacer dos precisiones para comprender cómo en España, pese a la prohibición de la maternidad subrogada, obtienen la filiación y la nacionalidad los hijos de padre o madre aportantes del material biológico.

1.-En la inscripción de nacimiento se hará constar necesariamente la filiación materna, pero si la madre renuncia a ejercer los derechos derivados de dicha filiación, (es nula la renuncia a la filiación misma) el dato de la maternidad tendrá un acceso muy restringido, sólo para caso de peligro para la salud o causa criminal.

En nuestro ordenamiento está prevista la adopción del hijo del cónyuge o pareja de hecho, mediante un procedimiento cualificado.

Con la adopción hecha por la madre intencional, se cancela la filiación materna generada por el parto.

2.- Se mantiene la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, (salvo donante anónimo) conforme a las reglas generales, lo que tiene gran importancia a efecto de resolver los problemas de inscripción de hijos nacidos fuera de España por gestación subrogada, de padre biológico español.

No se plantea ninguna sanción si se contraviene el art. 10 LTRA.

El dilema se focaliza en el nacimiento de un hijo por gestación subrogada acaecida fuera del territorio nacional, bajo una legislación extranjera a cuyo amparo se haya constituido una relación de filiación a favor de la madre y/o padre(s) españoles comitentes. Estos llegan con un bebé en los brazos al Registro Civil Consular y pretende su reconocimiento en España a través de la inscripción.

En nuestro país se ha producido una evolución en el tratamiento de esta cuestión que expongo brevemente en sucesivos epígrafes.

Es importante añadir que nunca los Tribunales españoles han intervenido sobre el núcleo familiar, entendiéndose que no es esa la cuestión que se somete a su juicio.

3.- RESOLUCION de la Dirección General de Registros y Notariado que acuerda la inscripción de la filiación por maternidad subrogada en base a certificación extranjera que reúne los requisitos formales: 18 de febrero 2009.

Un matrimonio español de dos varones (el matrimonio homosexual está permitido en España desde la modificación del Código Civil de 2005) encargaron la gestación a una mujer californiana, con material genético de uno de los varones. Presentan ante el Registro Consular de Los Ángeles una certificación de nacimiento y filiación expedida a favor de los padres, por la autoridad de California. En ella ya no aparece la identidad de la gestante.

El Registro Civil deniega la inscripción de nacimiento.

Pero la Dirección General de Registros, principalmente para preservar el interés superior del menor resuelve del siguiente modo:

“El interés superior del menor aconseja proceder a la inscripción en el Registro Civil español de la filiación que figura en el Registro extranjero. En efecto, en el caso de rechazar la inscripción podría resultar que los hijos, de nacionalidad española, quedarían privados de una filiación inscrita en el Registro Civil. Ello vulnera el art. 3 de la Convención sobre los derechos del niño hecha en Nueva York el 20 noviembre 1989, en vigor para España desde el 5 enero 1991”.

“Denegar la inscripción en el Registro Civil español vulnera también el citado precepto por cuanto el interés superior de los menores, conforme al citado Convenio, exige que éstos queden al cuidado de los sujetos que han dado su consentimiento para ser padres, ya que ello

constituye el ambiente que asegura al niño la protección y el cuidado necesarios para su bienestar”.

Según la propia Resolución, la nacionalidad española puede afirmarse cuando uno de los padres de intención sea también padre biológico. De ahí que esa aportación biológica viene a determinar que el hijo es nacido del padre español.

La DGRN acuerda la inscripción de la certificación californiana y la filiación a favor de ambos progenitores en base al siguiente criterio: basta que la certificación extranjera reúna **las formalidades** y condiciones necesarias de validez para que una certificación extranjera cause inscripción en el Registro Civil Español, (emitida por la autoridad competente, traducida y legalizada etc...) *sin valorar la ley aplicada por el país extranjero* (en este caso, sin valorara el derecho estadounidense con quien España ,dice, mantiene intensas relaciones jurídicas). Inscribe la filiación de los hijos (eran gemelos) a favor de los comitentes y les otorga la nacionalidad española. La inscripción no vulnera el orden público español.

4.-Criterio jurisprudencial:

La Sentencia de Juzgado 15 de Valencia, de 15 de septiembre 2010 ratificada por el T. Supremo el 6 de febrero de 2014, anula la resolución 18.2.2009 al entender que no basta la mera certificación de nacimiento emitida por autoridad extranjera, aunque reúna las condiciones de validez.

El Juez y Tribunal Supremo asumen que el control de legalidad no exige identidad de soluciones entre el derecho extranjero y el español, pero la adoptada por el legislador foráneo no puede vulnerar el orden público internacional español.

Afirma que ni en España ni en los países con similares principios y valores se acepta que la adopción o 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 y el niño, posibilitando la explotación del estado de necesidad en que se encuentren mujeres jóvenes en situación de pobreza. Se debe considerar la prevención de la sustracción, venta o tráfico de niños, exigiendo que el consentimiento de la madre haya sido prestado libremente después del nacimiento del hijo y no obtenido mediante pago o compensación de clase alguna (artículo 4 del Convenio sobre cooperación internacional en materia de protección del niño y cooperación en materia de adopción internacional de 29 de mayo de 1993).

El Tribunal Supremo dice ser necesario por tanto realizar una ponderación entre los distintos bienes jurídicos protegidos, de la que resulte la “solución que menos perjudique a los menores, empleando para ello los criterios establecidos en el ordenamiento jurídico”. Y se remite a nuestros principios de orden público, que deberán aplicarse, contenidos en la Constitución Española: art. 18. 1, derecho a la intimidad familiar del menor, art. 39, de la protección a la infancia, art. 15, de la protección de la integridad física y moral y art. 10, del derecho a la dignidad de las personas.

Concluye el Tribunal que la sola certificación extranjera no permite ni provee de información suficiente que asegure la preservación de las necesarias garantías, y que se necesita información relevante y suficiente sobre el procedimiento judicial previo que permita la valoración de las circunstancias del caso concreto que han llevado a acordar la filiación.

Deniega el reconocimiento de la certificación registral de California pero exclusivamente en cuanto a la filiación en ella determinada, pero no al resto de su contenido". Es decir que la inscripción de nacimiento en su día practicada en el Registro Civil Consular de Los Ángeles no se cancelaba en su integridad, sino solo parcialmente en relación con la mención de la filiación, que quedaría condicionada a la posterior acción de reclamación de paternidad instada por el padre biológico y/o al proceso de adopción que el Tribunal sugiere, e insta la intervención, del M. Fiscal.

En resumen, el T.S exige como garantía de los derechos en juego ,una sentencia (una resolución judicial)del país que acuerda la filiación, a favor del español biológicamente "padre".

5.-- INSTRUCCIÓN general de 5 de octubre de 2010 emitida por la DGRN estableciendo el régimen de inscripción registral de los nacidos mediante gestación por sustitución fuera de España, a fin de adaptarse al criterio jurisprudencial.

La Instrucción establece como requisito previo para la inscripción de los nacidos mediante gestación por sustitución, la presentación ante el Juez Encargado del Registro Civil, además de la certificación expedida por autoridad extranjera, de una "resolución judicial dictada por tribunal extranjero competente que determine la filiación"

La exigencia de resolución judicial en el país de origen tiene la finalidad de controlar el cumplimiento de los requisitos de perfección y contenido del contrato con arreglo al régimen legal del país donde se ha producido la gestación, así como la protección de los intereses del niño y de la madre gestante, del consentimiento prestado sin haber sido sometido a violencia o coacción, todo lo cual no es posible con la sola certificación registral extranjera.

Y se garantiza el interés superior del menor facilitando la continuidad transfronteriza de la filiación declarada por un juez extranjero, y la correspondiente prevención de evitar encubrimiento de un posible el tráfico internacional de menores.

Tal resolución ha de ser reconocida en España mediante exequátur

Si la resolución proviene de un proceso similar a jurisdicción voluntaria, el encargado del Registro Civil ha de instar un incidente previo para su reconocimiento conforme a la legislación española contenida en la Ley de Cooperación Jurídica internacional, de 29/15 de 30 de julio.

6.-Praxis: Consulado en Kiev .

Cientos de padres españoles han acudido a la gestación subrogada en Ucrania, por ser el país más barato en costes. Pero no existe en Ucrania ninguna intervención judicial en el proceso.

El consulado en Kiev vino a inscribir el nacimiento y la filiación a favor del padre español biológico, y la nacionalidad española del recién nacido por la vía (legal) de reconocimiento ante el encargado del registro consular, con expreso consentimiento de la gestante, y prueba irrefutable de la filiación paterna (test de ADN). Como la identidad de la gestante aparecía como tal en la documentación, la esposa, esposo o pareja del padre biológico, debían o podían adoptar (con consentimiento de la gestante) al hijo en España por un proceso especial al efecto, que cancelaba definitivamente la filiación a favor de la madre biológica, convirtiendo a la madre, padre o pareja intencional, en progenitor por adopción.

Visto lo que estaba sucediendo, La DGRN emitió una **Instrucción de 14.2.19** que facilitase cobertura legal declarando la competencia del registro consular para practicar la inscripción de dicho nacimiento si se acredita la filiación del menor respecto de un progenitor español *mediante el reconocimiento del padre en cualquiera de las formas establecidas en el Código Civil y cumpliendo los requisitos previstos en cada caso para la plena validez y eficacia de dicho reconocimiento que requerirá el consentimiento expreso de la madre gestante. Como complemento para asegurar la verdad material de la paternidad y a los efectos de prevenir el tráfico internacional de menores, la propia Instrucción requiere la práctica de una prueba de ADN que se debe verificar con plenas garantías médicas y jurídicas.*

La Instrucción pone en valor la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de protección de la infancia y adolescencia, que, establece que todo menor tiene derecho a que su interés superior sea valorado y considerado como primordial en todas las acciones y decisiones que le conciernan, tanto en el ámbito público como privado, así como en las medidas concernientes a los menores que adopten las instituciones, públicas o privadas, los Tribunales, o los órganos legislativos primará el interés superior de los mismos sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir.

Pero el **16.2.2019** de manera fulminante, por anuncio de la Ministra de Justicia socialista, se interrumpe esa práctica, **se anula la instrucción**, 14.2.2019, avisando que no se admite ya la prueba de ADN como vehículo para inscribir a los niños en el Registro Civil Consular, (exigen resolución judicial, inexistente) dejando atrapados en Kiev a de 39 familias con sus hijos recién nacidos. Solo éstos 39 bebés, ya nacidos antes del 14.2.19 fueron inscritos por el reconocimiento paterno más la prueba de ADN, pudiendo viajar a España, quedando todavía unos 80 bebés en gestación en Ucrania, cuya situación era kafkiana. (Los hijos de padre comitente nacen en Ucrania con la nacionalidad directa del padre, con lo que ni eran ucranianos, ni eran españoles).

Esta situación se produce por la frontal oposición del gobierno entrante, de coalición PSOE y partido comunista Unidas Podemos, a la gestación subrogada.

El Gobierno de España en base a informe del Comité de Bioética de mayo 2017, arremetió contra la maternidad subrogada, como generadora de grave vulneración de los derechos del menor y de la madre gestante y anunció que se perseguirá a las Agencias que se dedican a ello con ánimo de lucro. El Comité también se pronunció sobre la necesidad de una actuación

coordinada a nivel internacional, para que las medidas que se adopten sean eficaces.(Eficaces en contra, por supuesto).

8.- Régimen legal actual: Instrucción 18.2.2019

Solo dos días después de anularse por el Gobierno la Instrucción de 14.2.19, se dicta una nueva **Instrucción de la DGRN el 18.2.19** estableciendo el régimen general y legal del Reino de España para la inscripción de la filiación y nacimiento de los nacidos por maternidad subrogada fuera de territorio español, de padre /madre españoles. Es la legislación vigente a día de hoy que se formula en términos muy contundentes en contra de la gestación por sustitución. Literalmente dice la resolución *que “La gestación por sustitución constituye un fenómeno en el que se produce una grave vulneración de los derechos de los menores y de las madres gestantes.* El interés preferente de los primeros debe quedar en todo caso salvaguardado, y a la vez la actuación de los poderes públicos debe garantizar a la mujer una adecuada protección contra el peligro de abusos de situaciones de vulnerabilidad que es de todo punto inaceptable. *Resulta además claro que la lucrativa actividad de las agencias mediadoras que operan en este terreno no puede considerarse ajustada a derecho.* Sería necesaria una actuación internacional coordinada para *hacerle frente de forma eficaz.* En tanto no se disponga de ese claro marco internacional, y sin perjuicio de la adopción de las *medidas oportunas y más contundentes para atajar esta práctica en España, se debe tratar el fenómeno con el necesario rigor.*

Las solicitudes de inscripción en el Registro Civil consular de la filiación de menores nacidos con posterioridad a la publicación de la Instrucción, (20.2.2019) **no serán estimadas** salvo que exista una sentencia de las autoridades judiciales del país correspondiente que sea firme y dotada de exequatur, u objeto del debido control incidental cuando proceda, de conformidad con la Instrucción de 5 de octubre de 2010.

El encargado o encargada del Registro Civil consular en estos casos *deberá suspender la inscripción, con base en la ausencia de medios de prueba susceptibles de apreciación dentro del procedimiento consular.*

El solicitante deberá obtener, si procede, de las autoridades locales el pasaporte y permisos del menor para viajar a España. Una vez en España, a fin de asegurar que se cumplen todas las garantías con necesario el rigor probatorio, se deberá iniciar el correspondiente expediente para la inscripción de la filiación, con intervención del Ministerio Fiscal, o interponer las acciones judiciales de reclamación de dicha filiación.

Es decir: si no existe sentencia extranjera garantista de la protección de los bienes jurídicos protegidos fuera de España, habrá de obtenerse tal sentencia ante los tribunales españoles, o bien instar expediente de inscripción en España con intervención del Ministerio Fiscal. Esta es la pequeña puerta que el actual gobierno deja abierta.

Ahora bien, este doble sistema garantista debe de compaginarse con las orientaciones recientes del TEDH que pone de relieve la necesidad de contar con procedimientos efectivos y ágiles para la determinación de la filiación en estos casos, lo antes posible. En su Opinión no vinculante de 10/4/19 insta a los diferentes países a fin de que garanticen que la madre intencional se convierta en madre legal, sin que sea necesario que la madre gestante aparezca en la inscripción de nacimiento. En España este supuesto está previsto mediante la adopción del hijo del cónyuge o pareja hecho por la madre intencional, mediante un procedimiento judicial especial y cualificado en cuanto a la legitimación, previsto al efecto en el art 176 y 177 del Código Civil, como se ha venido diciendo.

9.-Posición del Gobierno de España y breve panorama de derecho comparado.

PSOE, partido gobernante en coalición con Unidas Podemos se ha posicionado en contra. Recentísimamente la Ministra Carmen Calvo declaraba que en los dos años de legislatura que le queda al Psoe/Podemos, se tiene intención de acabar con esta práctica “ nefasta”. Como hemos dicho, el feminismo extremo de Unidas Podemos, tiene mucho peso en la coalición, de modo que “El PSOE no puede abrazar ninguna práctica que suponga socavar os derechos de las mujeres ni de las niñas y apuntalar la feminización de la pobreza,”.

Unidas Podemos está totalmente en contra, si bien dentro del partido conviven dos corrientes: la que concibe la libertad sexual de la mujer en absoluto y la que considera la maternidad subrogada como forma de explotación de la mujer.

Ciudadanos, partido hoy minoritario, llevó al congreso una proposición de ley de maternidad subrogada, que no se tramitó. Establecía que NO podría autorizarse mediando precio y solo la reposición de los gastos de la gestante.

El Partido Popular (conservador en la oposición) mantiene corrientes internas encontradas.

Comentarios a la sentencia del pleno del T.S de 31 de marzo de 2022 sobre la maternidad subrogada.

La sentencia, que ha causado cierto revuelo en la opinión pública, en realidad no hace sino mantener ,reforzar y enfatizar la línea jurisprudencial que ya venía manteniendo en torno al contrato de maternidad subrogada. Arremete contra una práctica que considera lesiva para la dignidad de la gestante y desde luego, la del hijo.

La sentencia extranjera siempre es exigida como GARANTIA de que en el país de origen se ha velado por la integridad y libertad de la gestante, así como los derechos del hijo. Y en esta exigencia se armoniza el criterio jurisprudencial con la última resolución de la Dirección General de Registros y Notariado ya citada.

En la sentencia del pleno, la madre que pretendía el reconocimiento de la filiación, por posesión de estado, *carecía de todo vínculo biológico con la hija* gestada por otra mujer, sin ninguna aportación genética de la actora.

En este caso estamos ante una auténtica adquisición de un hijo, a través de AGENCIA, CON FINES LUCRATIVOS. No existe otro vínculo de la comitente con el bebé, sino el comercial y el pago. Sin más. Y los argumentos del T.S son acertados.

En beneficio de esa menor, que pertenece de facto al grupo familiar constituido con la madre, remite el T.S a la adopción o al acogimiento, abriendo una puerta hasta ahora no contemplada.

Hay que tener muy en cuenta que los Tribunales españoles nunca han actuado ni intervenido sobre la familia, ni los hijos, cuyo núcleo familiar es precisamente, en esta caso también, lo que lleva a la Sala Primera del T.S a arbitrar un camino de solución.

El tema no es fácil. Prueba de ello es la diferencia de posiciones jurídicas de los distintos países.

La M. S está prohibida: España, Italia, Francia, Australia.

Hay países en las que se permite, mediando precio: Ucrania, Georgia, India (con grave riesgo de explotación de mujeres en estado de vulnerabilidad).

En otros, se permite solo de manera altruista, aun cuando se prevé reembolso de gastos o daños en la gestante. Canadá y Portugal .En este último la ley de gestación subrogada está recurrida ante su Tribunal Constitucional.

En Reino Unido se permite pero no con fines comerciales, teniendo en tal caso incluso reproche penal.

Y por último hay países que exigen control y/o autorización previa administrativa (*Israel*) o judicial (*Grecia*). Esta última opción me parece la más garantista: explorar la situación caso por caso antes de autorizar, según las circunstancias, la gestación.

Solo un apunte más: con la desdichada guerra en curso entre Rusia e Ucraina, algunos padres comitentes españoles, que tienen un hijo en vías de gestación, sacaron a las madres embarazadas para traerlas a España. Ahora se plantea un nuevo escenario, ya que algunas de ellas ya no tienen claro lo de entregar a sus hijos, y, siendo nulo el contrato en suelo nacional, su cumplimiento es inexigible por contrario al orden público.

Concha Ballester

Tarragona, 27 de mayo 2022.