

LA FILIACIÓN Y LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN: A
PROPÓSITO DE LAS INSTRUCCIONES DE LA DGRN DE 14 Y 18 DE
FEBRERO DE 2019

*FILIATION AND SURROGATE MOTHERHOOD: DUE TO THE DGRN'S
INSTRUCTIONS 14TH OF FEBRUARY, AND 18TH OF FEBRUARY 2019*

Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 10 bis, junio 2019, ISSN: 2386-4567, pp. 722-735



Gonzalo
MUÑOZ
RODRIGO

ARTÍCULO RECIBIDO: 11 de marzo de 2019

ARTÍCULO APROBADO: 1 de abril de 2019

RESUMEN: El presente artículo pretende dar una breve visión de la situación actual de la gestación por sustitución en España. Principalmente, a raíz de la problemática que ha surgido entorno a los recientes cambios de criterio de la Dirección General de los Registros y del Notariado, y que han afectado considerablemente a los menores nacidos por este método en Ucrania.

PALABRAS CLAVE: Filiación; orden público; gestación por sustitución; maternidad subrogada; reproducción asistida; interés superior del menor

ABSTRACT: *This paper wants to give a short description about the actual situation of the surrogate motherhood in Spain. The main reason to do this are the recent changes which have been introduced by the Justice Ministry, and those changes have affected considerably some of the spanish children who have born in Ukraine using this method.*

KEY WORDS: *Filiation; public order; surrogate motherhood; assisted reproduction; best interests of the child.*

SUMARIO.- I. LA SITUACIÓN DE LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN EN ESPAÑA.- I. Marco legal y jurisprudencial.- 2. Práctica registral. - II. LA INSTRUCCIÓN DE 14 DE FEBRERO DE 2019, Y SU POSTERIOR DEROGACIÓN POR LA INSTRUCCIÓN DE 18 DE FEBRERO DE 2019. - III. ACERCAMIENTO AL CASO CONCRETO: LOS NIÑOS DE UCRAANIA.

I. LA SITUACIÓN DE LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN EN ESPAÑA

I. Marco legal y jurisprudencial

Se entiende por “gestación por sustitución” aquel acto mediante el cual una mujer denominada “gestante”, se compromete a gestar un embrión por encargo de otra persona llamada “comitente”, con o sin precio, para posteriormente renunciar a la filiación del nacido fruto de dicha gestación, en favor del comitente u otra persona. Siendo, por tanto, múltiples las variantes de dicho contrato.

En ese sentido, puede ser un contrato oneroso o gratuito. Asimismo, mientras la “gestante” solo puede ser una mujer, la figura del “comitente” puede recaer sobre una persona en concreto o sobre una pareja (con independencia del sexo de cada uno). Además, la forma y los motivos de llevar a cabo el contrato pueden ser considerablemente diferentes. Puede recurrir a ella una pareja fértil, que no quiera o no pueda tener descendencia, en cuyo caso generalmente se llevará a cabo una fecundación *in vitro* con los gametos de ambos, para luego implantar el embrión resultante en el útero de la “gestante”. También puede suceder que ambos sean estériles y se sirvan de gametos donados (los óvulos pueden ser de la gestante). O incluso, que se utilicen los gametos de solo uno de ellos, por ejemplo, los de varón, y se fecunden con ellos un óvulo de la gestante.

El recurso a esta figura, comúnmente responderá a una imposibilidad, por razones médicas, de la mujer a tener descendencia. Puesto que si el problema de esterilidad es del varón y la mujer es completamente fecunda, la solución suele ser más sencilla, acudiendo a fórmulas como la inseminación artificial con espermatozoides donados.

No obstante, la Ley 14/2006, de 26 de octubre, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida (en adelante, LTRHA) es muy clara en su artículo 10.1, al establecer que: “Será nulo de pleno derecho el contrato por el que se

• Gonzalo Muñoz Rodrigo

Graduado en Derecho y Máster en Abogacía. Correo electrónico: gonmuro@alumni.uv.es

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”.

Así, la clara negativa del ordenamiento jurídico español a aceptar la presente figura, ha provocado que muchas parejas, principalmente homosexuales o con concretos problemas de fecundidad de la mujer en el caso de las heterosexuales, hayan recurrido a otros países con ordenamientos abiertos a dicha posibilidad para poder cumplir su deseo de ser padres o madres.

Las principales razones por las cuales la maternidad subrogada, la gestación subrogada o la gestación por sustitución, ha sido prohibida en nuestro país, dejando a parte los problemas éticos y morales que a cada individuo se le puedan plantear, son dos¹. La primera sería la vulneración del principio de indisponibilidad del cuerpo humano, esto es, la mercantilización tanto del cuerpo de la mujer como de los menores, que choca contra los valores constitucionales (generalmente, se afirma por cierta doctrina la contradicción que supone esta práctica con la dignidad de la persona, art. 10.1 CE²). La segunda, pero no por ello menos importante, sería la indisponibilidad del estado civil, ya que las normas sobre determinación de la filiación quedan fuera de la autonomía de la voluntad y se configuran como preceptos de derecho necesario. No siendo posible que una madre renuncie en favor de otra persona al vínculo que le une con su hijo.

De todos modos, como he señalado, esto no ha impedido que bastantes españoles hayan buscado en el extranjero la forma de burlar la legislación estatal. Uno de los casos más paradigmáticos, y que, a su vez, ha sido muy conocido, es el de una pareja homosexual que hace ya más de una década consiguió inscribir en el Registro Civil Consular de Los Ángeles la filiación de un menor que había nacido fruto de una gestación por sustitución practicada en Estados Unidos, en base a una certificación registral californiana. Dicha inscripción fue confirmada por la RDGRN 18 febrero 2009, la cual admitió la posibilidad de inscribir la filiación obtenida a través del método mencionado.

Sin embargo, finalmente el Tribunal Supremo en la famosa STS (Pleno) 6 febrero 2014³, denegó la inscripción de la filiación que se había practicado en tal caso con fundamento en un contrato de gestación por sustitución. Pues de otro modo estaríamos admitiendo en nuestro sistema legal una práctica contraria a derecho, que busca soslayar el orden público español. De esta forma, los contundentes

1 DE VERDA Y BEAMONTE, J.R.: “La filiación derivada del uso de las técnicas de reproducción asistida” en AA.VV.: *Derecho Civil IV*, 2ª ed, Tirant lo Blanch, Valencia, p. 299.

2 V. gr., BELLVER CAPELLA, V.: “¿Nuevas tecnologías? Viejas explotaciones. El caso de la maternidad subrogada internacional”, *SCIO. Revista de Filosofía*, núm. 11, noviembre de 2015, pp. 19-52, y CORRAL GARCÍA, E.: “El derecho a la reproducción humana. ¿Debe permitirse la maternidad subrogada?”, en *Revista de Derecho y Genoma Humano*, 38/2013, p. 69.

3 STS (Pleno) 6 febrero 2014 (ROJ 2014, 247).

argumentos que esgrimió el Supremo fueron los siguientes: “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”.

A mayor abundamiento, el Alto Tribunal rechazó que su decisión afectase negativamente al “interés superior del menor” o que la mejor forma de respetarlo fuese admitir como válida una inscripción llevada a cabo de esa manera: “La cláusula general de la consideración primordial del interés superior del menor contenida en la legislación no permite al juez alcanzar cualquier resultado en la aplicación de la misma. La concreción de dicho interés del menor no debe hacerse conforme a sus personales puntos de vista, sino tomando en consideración los valores asumidos por la sociedad como propios, contenidos tanto en las reglas legales como en los principios que inspiran la legislación nacional y las convenciones internacionales”. Sigue diciendo que: “La aplicación del principio de la consideración primordial del interés superior del menor ha de hacerse para interpretar y aplicar la ley y colmar sus lagunas, pero no para contrariar lo expresamente previsto en la misma. 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 de la Constitución. Hay cambios en el ordenamiento jurídico que, de ser procedentes, debe realizar el parlamento como depositario de la soberanía nacional, con un adecuado debate social y legislativo, sin que el juez pueda ni deba suplirlo”.

Por último, también señala que, si bien el interés superior del menor es algo que debe tener siempre una especial prevalencia, ello no supone que debamos desmerecer o no tener en consideración otros valores o bienes jurídicos dignos de protección. Tales como: “el respeto a la dignidad e integridad moral de la mujer gestante, evitar la explotación del estado de necesidad en que pueden encontrarse mujeres jóvenes en situación de pobreza, o impedir la mercantilización de la gestación y de la filiación”.

Sobre este punto, resulta conveniente añadir que el pasado año 2015, el Tribunal Supremo resolvió un incidente de nulidad de actuaciones mediante el

ATS 2 febrero 2015⁴, a raíz de las Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 26 de junio de 2014⁵, caso *Mennesson* y caso *Labassee*. Por las cuales, se condenó a Francia por impedir las inscripciones de los padres biológicos, que habían viajado a la India para realizar un proceso de gestación subrogada. Siendo una práctica ilegal en su país al igual que en España.

El Supremo decidió el auto en el sentido de que la STS 6 febrero 2014 no vulnera la doctrina contenida en la resolución del Tribunal de Estrasburgo. Principalmente, porque mientras en el país gallo no había posibilidad alguna de reconocer al menor fruto de la maternidad subrogada como hijo propio, en España queda a salvo, por ejemplo, la acción de reclamación de la paternidad, pues si los comitentes son los progenitores biológicos o al menos con que lo sea el padre, se puede reclamar la filiación biológica, o incluso recurrir a otras figuras como la posesión de estado (art. 113 CC). Aquello que el TEDH considera inadmisibles es que el menor se encuentre, por así decirlo, en una situación de “limbo jurídico” la cual es contraria al art. 8 del Convenio de Roma, habida cuenta que “a esos niños hay que reconocerles un estatus definido, una identidad cierta en el país que normalmente van a vivir”.

No obstante, la posición del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos ha experimentado una sensible deriva al resolver el caso *Paradiso y Campanelli*, en la célebre Sentencia “Gran Sala” 24 enero 2017⁶. Puesto que revocó la anterior Sentencia de 27 de enero de 2015 que había condenado a Italia por atentar contra el art. 8 del Convenio de Roma. La Sala consideró que la negativa a inscribir al menor fruto de la maternidad subrogada no violaba el derecho a la “vida familiar”. En primer lugar, porque no podemos considerar que hubiese vida familiar, ya fuere por la inexistencia de vínculos biológicos con los comitentes, como por la corta relación que habían mantenido de apenas unos meses. En segundo lugar, porque si bien es cierto que se había producido una injerencia estatal en la vida privada de los demandantes, dicha intromisión es legítima, ya que responde al ejercicio de la autoridad estatal en la materia, por ser el Estado Italiano exclusivamente competente para determinar que la filiación se forma, únicamente, a través del vínculo biológico o la adopción legal.

2. Práctica registral

Llegados a este punto, cabe destacar que la clara postura de la jurisprudencia española confronta con la posición que la Dirección General de los Registros y del Notariado ha adoptado sobre la cuestión. Sobre todo, desde la publicación de la

4 ATS 2 febrero 2015 (ROJ 2015, 335).

5 SSTEDH 26 junio 2014, caso *Mennesson* c. Francia, Rec. Núm. 65192, 2011, y caso *Labassee*, Rec. Núm. 65941, 2011.

6 STEDH, “Gran Sala”, 24 enero 2017, Rec. Núm. 25358, 2012.

Instrucción de 5 de octubre de 2010, la cual ha sido duramente criticada por la doctrina civilista, llegando al punto de tacharla por algunos de inconstitucional⁷. Pues permite, bajo ciertas circunstancias, admitir como válida una filiación que ha sido determinada mediante un contrato de gestación subrogada en el extranjero. Soslayando a todas luces el orden público español.

La referida norma, por un lado, rechaza de plano en su directriz segunda “como título apto para la inscripción del nacimiento y la filiación del nacido, una certificación registral extranjera o la simple declaración, acompañada de certificación médica relativa al nacimiento del menor *en la que no conste la identidad de la madre gestante*”.

Sin embargo, por otro lado, admite en su directriz primera que “La inscripción de nacimiento de un menor, nacido en el extranjero como consecuencia de técnicas de gestación por sustitución, sólo podrá realizarse presentando, junto a la solicitud de inscripción, la resolución judicial dictada por Tribunal competente en la que se determine la filiación del nacido.”

Más adelante, también contempla la posibilidad de que resulte de aplicación un Convenio Internacional a efectos de reconocimiento de la sentencia o que la resolución judicial extranjera tenga origen en un procedimiento análogo a lo que en España denominamos jurisdicción voluntaria.

Todo esto no es más que un reconocimiento indirecto de la maternidad subrogada en España por la vía del Registro Civil, en el cual, si los comitentes acuden a un país extranjero que considere legal el contrato de gestación por sustitución, solamente precisan de una sentencia judicial firme dictada por los tribunales de dicho país que los reconozca como padres de la criatura.

II. LA INSTRUCCIÓN DE 14 DE FEBRERO DE 2019, Y SU POSTERIOR DEROGACIÓN POR LA INSTRUCCIÓN DE 18 DE FEBRERO DE 2019

Si el sinsentido que supuso la Instrucción de 5 de octubre de 2010 no era suficiente. Hace ya más dos meses, el pasado mes de febrero, fue dictada por la DGRN la Instrucción de 14 de febrero de 2019 que iba un paso más allá y permitía, por medio de un trámite registral de reconocimiento, inscribir la filiación paterna en favor del comitente español si éste aportaba como medio complementario de acreditación una prueba de ADN, que indicase indubitadamente la realidad de esa filiación paterna biológica.

⁷ FERRER VANRELL, M.P.: “La discutible constitucionalidad de la Instrucción de la DGRN 5-10-2010 sobre el régimen registral de la filiación de los nacidos por gestación de sustitución”, en *Revista de Derecho, Empresa y Sociedad (REDS)*, núm. 1, Época I, enero-abril 2013, p.75.

Por ello, ya no era necesario conseguir una sentencia firme extranjera que acreditase la filiación de los comitentes que habían recurrido a la gestación por sustitución, sino sencillamente iniciar un trámite administrativo en el propio Registro Civil Consular de reconocimiento extrajudicial de la paternidad. Como señalaba la Instrucción en su directriz segunda: "En caso de que la certificación registral extranjera, o en la declaración y certificación médica del nacimiento del menor, *conste la identidad de la madre gestante*, siendo esta extranjera y habiendo ocurrido el nacimiento en el extranjero, la competencia del Registro Civil español para practicar la inscripción de dicho nacimiento requiere que se acredite la filiación del menor respecto de un progenitor español (...)". Pudiendo acreditarla de dos formas: "bien mediante sentencia firme recaída en un procedimiento de filiación, conforme a los artículos 764 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 10.3 de la Ley sobre técnicas de reproducción humana asistida, o", y este supuesto es el más interesante, "bien 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."

Sobre esta última opción, evidentemente y así lo hace notar la Instrucción, se requerirá el consentimiento expreso de la madre gestante y si estuviere casada (aunque sería muy raro en la práctica) se precisará también el consentimiento del marido por ser de aplicación la presunción de paternidad.

Pues bien, la propia Instrucción que ya se da cuenta de la poca solidez de esta posibilidad, exige como complemento para garantizar que quién dice ser padre verdaderamente lo es y, por supuesto, prevenir cualquier supuesto de tráfico internacional de menores, una prueba de ADN, que se "habrá de realizar y acreditar con plenas garantías médicas y jurídicas". Finalmente, añade que, si se pretende determinar la filiación materna respecto de la mujer comitente que fuera cónyuge o una pareja unida por análoga relación de afectividad a la conyugal del varón comitente, o bien respecto del marido o pareja masculina unido con el padre cuya filiación ha quedado inscrita, será preciso acudir a un procedimiento de adopción del menor, tramitado en España, con todos los requisitos que para ello exige el art. 177 del Código Civil".

Pero si lo expuesto no fuera poco, en su directriz tercera da cobertura "a aquellos casos en que *la ley extranjera aplicable*, conforme al artículo 9.4 del Código Civil español, *determine en virtud de un contrato de gestación por sustitución la maternidad únicamente a favor de una mujer distinta de la que ha gestado*, por sí sola o bien estando unida a otra mujer en matrimonio o en pareja unida por análoga relación de afectividad a la conyugal". Para ello da una solución un tanto alambicada y que, a su vez, supone saltarse las normas legales de determinación de la filiación.

En concreto, indica que "ante la eventualidad de que el menor quede desprotegido al no hacerse cargo del mismo la madre gestante, acreditada mediante la correspondiente declaración de esta (lo que en principio podría deducirse de los términos en que haya quedado formalizado el contrato de gestación subrogada), *debe buscarse una solución que tutele de manera efectiva los intereses preferentes de ese menor*, ante una eventual situación de abandono e institucionalización en alguna entidad de protección de menores del país donde ha nacido. A ello debe preferirse siempre su integración en su familia biológica." Entonces, establece que una vez acreditada la situación anterior, "*si la comitente presentara algún vínculo genético con el nacido/a por haber aportado su óvulo para la fecundación, será aplicable analógicamente lo previsto en el artículo 10.3 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, en los términos antes expresados respecto de la filiación paterna, a efectos de poder reconocer e inscribir en el Registro Civil español la filiación materna a favor de la mujer cuyo material genético hubiere sido empleado en la formación del pre embrión transferido a la madre gestante.*"

Como he dicho, la insólita solución a la que llega la Instrucción es contraria a las normas legales de determinación de la filiación, habida cuenta que a efectos de la legislación española la madre gestante será siempre la madre biológica (maternidad que se habrá establecido por el parto). La madre comitente solo podrá ser madre del menor mediante la adopción legal, salvo que se siga el procedimiento de reconocimiento de sentencia extranjera antes comentado y que también contempla la Instrucción de 14 de febrero de 2019, en su directriz primera.

La finalidad que encierra esta norma es salvar el obstáculo con el que se encontrarían los padres comitentes en aquellos países en los cuales la ley extranjera automáticamente determina la filiación en favor de los padres comitentes. Pues en ese caso, no sería posible acudir al método del trámite registral (principal ventaja que da la Instrucción respecto a la anterior de 2010), ya que la directriz segunda expresamente prohíbe la aceptación de una certificación extranjera en la que no conste la identidad de la madre gestante. Si el país reconoce de forma automática a los padres comitentes, en el certificado de nacimiento no aparecerá la madre gestante.

Para terminar, la directriz tercera hace una última consideración, en la que apunta que, en el supuesto de no realizar la inscripción en favor de la madre comitente para tales casos, el menor quedaría desprotegido. Aunque luego señala que, si el menor permaneciera en el país extranjero que sí reconoce la maternidad de la comitente, por aplicación del art. 9.4 del Código Civil, también se llegaría al reconocimiento de la filiación, porque según el precepto "La determinación y el

carácter de la filiación por naturaleza se registrarán por la ley de la residencia habitual del hijo en el momento de la filiación". A mi modo de entender, este último inciso no tiene mucho sentido, pues igualmente sería imposible iniciar un trámite en el Registro Civil al no tener una certificación extranjera donde apareciese la madre gestante.

De todos modos, como dice el refrán "dónde dije digo, digo Diego", ya que unos días más tarde fue dictada la Instrucción de 18 de febrero de 2019, que dejó sin efecto a la efímera Instrucción de 14 de febrero de 2019 y declaró la vuelta al régimen de la Instrucción de 5 de octubre de 2010.

El escenario con el que nos encontramos tampoco es que sea la panacea, porque, aunque se vuelva a requerir una sentencia judicial extranjera, el resultado es casi idéntico. Puesto que, igualmente, es posible introducir en España una filiación que ha sido fruto de la gestación por sustitución en favor de los comitentes.

Al final, la exigencia de una sentencia judicial simplemente es un método más garantista, que pretende, en todo caso, asegurar que la mujer gestante haya consentido someterse al proceso de maternidad subrogada y no recaiga sobre ella ningún tipo de error, violencia, engaño o intimidación. Así como, que no se pretenda encubrir un supuesto de tráfico internacional de menores. Pero, evidentemente, todo esto no quita que la Instrucción esté creando una especie de salvoconducto para sortear la legislación española. No debemos olvidar que, en materia de reconocimiento internacional de sentencias extranjeras, el art. 46.I de la Ley de Cooperación Jurídica Internacional señala que: "Las resoluciones judiciales extranjeras firmes no se reconocerán: a) Cuando fueran contrarias al orden público". Dicho de otro modo, no se puede dar validez y eficacia en España a un contrato que según nuestra legislación es nulo, entre otras razones, por atentar contra la dignidad de la mujer.

Desde mi punto de vista, la coexistencia del art. 10.I LTRHA y la Instrucción de 5 de octubre de 2010, encierra una profunda hipocresía por parte de la DGRN, y no solo eso, sino también una absoluta omisión del sistema de fuentes y jerarquía normativa.

Pues si seguimos el razonamiento lógico que parece hacer la DGRN, aunque en España se considere ilegal la gestación por sustitución, si acudes a un país extranjero dónde sí sea legal, puedes con cierta facilidad obtener el reconocimiento de una filiación prohibida en España. Lo que, en definitiva, nos lleva al escenario que ya nos advertía la STS 6 febrero 2014, el establecimiento de una "ciudadanía censitaria". Mientras que cada vez es más difícil formar una familia o conseguir estabilidad económica a los jóvenes, otros piden hijos por encargo países más

pobres, convirtiendo el acceso a la maternidad o la paternidad en un lujo al alcance de solo unos pocos.

Cierta doctrina, ha querido ver en la mentada Instrucción un eventual ejercicio de lo que se conoce como “orden público atenuado”. Es decir, dotar de ciertos efectos en España a instituciones desconocidas o ilegales en nuestro país, con el objeto de proteger a la parte más débil o a un interés digno de protección. El caso más común, es el de determinadas instituciones islámicas como el matrimonio polígamo, el cual, si bien no se reconoce, sí se ha permitido a las mujeres unidas a un hombre por dicha institución tener acceso a algunas prestaciones. Empero, esa idea ha sido rechazada por la misma doctrina, pues como se puede ver, el reconocimiento que pretende la Instrucción supone la recepción directa de la figura de la maternidad subrogada en nuestro ordenamiento jurídico⁸.

En relación con esto, es interesante poner de relieve el Informe que el Comité de Bioética de España publicó el 19 de mayo de 2017, en el que se mostraba totalmente en contra de la gestación subrogada, llegando a manifestar que vulnera “la dignidad de la mujer porque permite que su cuerpo se convierta durante nueve meses en mero instrumento para satisfacer los deseos de otros. Así sucede en todo caso en la maternidad subrogada comercial, pero también (para la mayoría de los miembros de esta comisión) en la altruista. En ambas modalidades el parto supone la ruptura del vínculo humano más fuerte que pueda existir, como es el que une a una madre con su hijo, porque está basado tanto en la voluntad como en el cuerpo. También atenta contra el interés superior del niño porque rompe su vínculo materno tras el parto y le expone a un riesgo frecuente y grave de cosificación”. Seguidamente, recomendaba tomar medidas para garantizar la nulidad de los contratos de gestación por sustitución, así como promover la prohibición internacional de la maternidad subrogada, imponiendo sanciones a las agencias que permiten su consecución si fuera necesario.

Para cerrar este capítulo, recientemente el TEDH ha publicado una opinión no vinculante sobre la materia. En ese sentido, el pasado 10 de abril de 2019⁹ a instancia de Francia estableció que los países deben garantizar que la madre intencional pueda convertirse en la madre legal del menor, por respeto a lo regulado en el art. 8 de la Convención de Roma. Si bien considera que no es posible exigir a los países que establezcan dicho reconocimiento a través de un trámite de inscripción registral. Por tanto, sería conforme a la interpretación del TEDH la posibilidad que da la legislación española de adopción legal por parte de

8 DE VERDA Y BEAMONTE, J.R.: “La filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida (Un análisis crítico de la experiencia jurídica española, treinta años después de la aprobación de la primera regulación legal sobre la materia)”, en AA.VV.: *Principi, regole, interpretazione. Contratti e obbligazioni, famiglie e successioni. Scritti in onore di Giovanni Furguele*, Tomo I, Universitas Studiorum, Mantova, 2017, pp. 621-622.

9 *Advisory Opinion*, “Gran Sala”, 10 abril 2019, Petición núm. P16-2018-001.

la madre comitente. Eso sí, el TEDH afirma que el reconocimiento de la filiación se debe implementar de “manera rápida y efectiva”.

Tal vez, en este controvertido asunto en el término medio esté la virtud, por ello veo muy interesante la solución que ha propuesto Portugal sobre esta cuestión. En concreto, se trata de la Ley 25/2016, de 22 de agosto, que ha introducido la gestación por sustitución, pero solo de forma excepcional, en los casos en los que por ausencia de útero o cualquier otro problema médico la mujer no tenga la posibilidad de quedarse embarazada, o acredite una situación clínica que lo aconseje. Además, el contrato deberá ser necesariamente gratuito y al menos, utilizarse el gameto de alguno de los comitentes. Todos aquellos contratos que no cumplan los requisitos anteriores serán nulos, incluso se prevén sanciones penales para quienes los lleven a término. En particular, sí se podrán compensar los gastos médicos y para garantizar la plena autonomía de la madre gestante, el contrato no podrá celebrarse cuando exista una relación de dependencia entre las partes, ya sea laboral o de prestación de servicios.

III. ACERCAMIENTO AL CASO CONCRETO: LOS NIÑOS DE UCRANIA

No podía acabar el presente artículo sin comentar una de las razones prácticas por las que esta cuestión es de última actualidad. Se trata de la situación en la que se encuentran muchos menores que han nacido en Ucrania por encargo de comitentes españoles mediante el contrato de gestación por sustitución.

El caso se ha vuelto especialmente dramático en los últimos meses a causa del cambio inopinado que supuso la Instrucción de 18 de febrero de 2019, pues la Ministra de Justicia paró “personalmente” la anterior Instrucción de 14 febrero, al ver que no estaba al corriente de la situación¹⁰. Como ya he comentado antes, gracias a la Instrucción de 14 febrero era posible inscribir a los menores en el registro Civil Consular por medio de una prueba de ADN. Pero claro, ante la brusca modificación reglamentaria se precisa nuevamente la sentencia judicial.

A esto se añade la especial complejidad que presenta el panorama ucraniano. Tal como informa la agencia “Surrobaby”¹¹, la legislación ucraniana reconoce expresamente el contrato de gestación por sustitución. A saber, el artículo 123 del Código de Familia ucraniano otorga la condición de padres legales a los cónyuges que conciben a un niño o niños por medio de tecnologías reproductivas, como puede ser la maternidad subrogada. Por consiguiente, en el certificado de nacimiento ucraniano los padres serán lo comitentes, careciendo de cualquier

¹⁰ https://www.elconfidencial.com/espana/2019-02-19/ucrania-vientres-de-alquiler-gestacion-pasaporte_1834958/

¹¹ http://www.surrobaby.es/ucrania_info.aspx

derecho sobre el menor la madre gestante. Esto conlleva que el menor no sea a los efectos de Ucrania ucraniano, pero tampoco será posible inscribir al menor en el Registro Civil Consular, por no haberse respetado los derechos de la madre gestante, la cual no aparecerá en el certificado de nacimiento. Igualmente, no será de aplicación el recurso a la sentencia judicial que es el sistema que se sigue en EE.UU. y Canadá.

La consecuencia será que el menor solo podrá salir del país eslavo al acreditar su situación de apátrida, y de esa forma conseguir un pasaporte ucraniano que le permita llegar a España, dónde a través de ciertos mecanismos jurídicos pueda ser reconocido como hijo de los comitentes. Lo más inteligente sería seguir lo que ya recomendó la STS 6 febrero 2014, pues, si el padre comitente es padre biológico, puede convertirse en padre legal del menor mediante la acción de reclamación de paternidad. Luego, la madre comitente podrá iniciar una adopción legal conforme al art. 176 CC, previo consentimiento de la gestante, y si está casada con el padre no necesitará la declaración de idoneidad. No obstante, la situación se complica en la práctica, pues obtener un pasaporte puede implicar una espera de varios meses.

Uno de los motivos por los que este país esta siendo objeto de atención, es lo económico de su oferta. Seguir el método de la gestación por sustitución es muy caro. De hecho, en países como EEUU, según indican agencias como a la que he hecho referencia, la cifra puede alcanzar los 150.000 € o más. Sin embargo, en Ucrania el precio se reduce significativamente, rondando los 35.000 o 40.000 €. Esta es una de las claves por las que hay tantos casos de menores nacidos en Ucrania con padres comitentes españoles, y se espera que su número siga aumentando, habida cuenta que según informa "Surrobaby"¹², tienen ya en marcha al menos 80 procesos de gestación por sustitución entre Ucrania y Georgia.

12 https://www.elconfidencial.com/espana/2019-02-19/ucrania-vientres-de-alquiler-gestacion-pasaporte_1834958/

BIBLIOGRAFÍA

BELLVER CAPELLA, V.: “¿Nuevas tecnologías? Viejas explotaciones. El caso de la maternidad subrogada internacional”, *SCIO. Revista de Filosofía*, núm. 11, noviembre de 2015.

CORRAL GARCÍA, E.: “El derecho a la reproducción humana. ¿Debe permitirse la maternidad subrogada?”, en *Revista de Derecho y Genoma Humano*, 38/2013.

DE VERDA Y BEAMONTE, J.R.: “La filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida (Un análisis crítico de la experiencia jurídica española, treinta años después de la aprobación de la primera regulación legal sobre la materia)”, en AA.VV.: *Principi, regole, interpretazione. Contratti e obbligazioni, famiglie e successioni. Scritti in onore di Giovanni Furguele*, Tomo I, Universitas Studiorum, Mantova, 2017

- “La filiación derivada del uso de las técnicas de reproducción asistida” en AA.VV.: *Derecho Civil IV*, 2ªed, Tirant lo Blanch, Valencia.

FERRER VANRELL, M.P.: “La discutible constitucionalidad de la Instrucción de la DGRN 5-10-2010 sobre el régimen registral de la filiación de los nacidos por gestación de sustitución”, en *Revista de Derecho, Empresa y Sociedad (REDS)*, núm. 1, Época I, enero-abril 2013.