

CAPÍTULO SÉPTIMO

LA RESPUESTA DE LOS ORDENAMIENTOS JURÍDICOS, QUE PROHÍBEN LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN, A LAS DEMANDAS DE INSCRIPCIÓN DE LOS HIJOS DE NACIONALES NACIDOS EN EL EXTRANJERO. EL CASO ESPAÑOL

Susana QUICIOS MOLINA

SUMARIO: I. Últimas noticias sobre el dilema que plantea la ineludible realidad de la gestación por sustitución en países que la prohíben, como España. II. Influencia de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. De Mennesson (2014) a Mennesson (2019). III. La práctica registral española favorable a la inscripción de la filiación, a pesar de la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014. Instrucciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 2010 y 2019. IV. Reglas sustantivas del ordenamiento español aplicables a la determinación de la filiación derivada de un contrato de gestación subrogada. V. Decisiones judiciales sobre adopción de los nacidos, mediante gestación subrogada, por el cónyuge o pareja del inscrito como padre. VI. Bibliografía.

I. ÚLTIMAS NOTICIAS SOBRE EL DILEMA QUE PLANTEA LA INELUDIBLE REALIDAD DE LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN EN PAÍSES QUE LA PROHÍBEN, COMO ESPAÑA

En España, es nulo el contrato de gestación por sustitución, y la mujer que da a luz se considera madre del nacido, pudiendo ejercerse una acción de determinación de la paternidad para que quede establecida la filiación del varón que biológicamente es progenitor (que puede ser una de las partes del contrato, celebrado entre la mujer que accede a gestar un hijo para entregarlo al o los comitentes del servicio). Esta es, resumida, la regulación contenida

en el artículo 10 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida (en adelante, LTRHA).¹ ¿Con esta regulación se puede admitir, en España, la inscripción de los que, nacionales españoles, consideran sus hijos, porque han sido queridos como tales, en un contrato de gestación subrogada celebrado en un país que lo permite, renunciando la madre gestante a toda relación con el nacido? De acuerdo con las informaciones obtenidas de asociaciones españolas que defienden la gestación subrogada, en 2017 se inscribieron 1400 niños nacidos, recurriendo los padres a esta técnica de reproducción asistida en el extranjero: más inscripciones, antes que recurrir a la adopción internacional.²

Estas inscripciones son posibles, a pesar de lo dispuesto por el artículo 10, LTRHA, porque desde 2009 la Dirección General de los Registros y del Notariado (en adelante, DGRN), órgano gubernativo encargado de decidir sobre las inscripciones en el Registro Civil español de todos los nacimientos de nacionales españoles, interpreta que, en interés del menor, es inscribible el título extranjero en que consta la filiación querida por los comitentes con determinados requisitos. Esta interpretación, sustentada en una doctrina registral pulida en 2010 en una Instrucción que sigue vigente, es muy discu-

¹ Se trató de legalizar, registralmente, la situación de los nacidos en el extranjero gracias a esta técnica de reproducción asistida en las reformas de 2015, concretamente por el Proyecto de la Ley 19/2015, sin modificar el artículo 10, LTRHA, pero finalmente no se aprobó esta propuesta que pretendía incluirse en el artículo 44, LRC/2011 (calificada por Verdera Server, 2016a: 195, como compleja): “En los casos de nacimiento fuera de España, cuyo régimen de filiación esté sujeto a la legislación extranjera, se consignará en todo caso la filiación materna correspondiente a la madre gestante, siendo necesaria para hacer constar la filiación paterna no matrimonial la declaración conforme del padre y de la madre sobre dicha filiación; si la madre estuviera casada, y la legislación extranjera lo exigiera, se precisará la conformidad del marido respecto de tal filiación. En cualquier otro caso, para la inscripción en el Registro Civil de la filiación del nacido será necesario que haya sido declarada en una resolución judicial reconocida en España mediante un procedimiento de *exequatur*”.

² En España, la adopción internacional ha dejado de ser una opción atractiva para quienes desean ser padres. Hemos pasado de los 1191 menores adoptados en 2013, a los 531 menores adoptados en 2017 (últimos datos estadísticos sobre adopciones internacionales en España publicados por el Ministerio de Sanidad, Consumo y Bienestar Social). En 2014 se bajó a 824, en 2015, a 799; en 2016, a 567. Esta tendencia a la baja comenzó antes (en 2010 se tramitaron 2891 adopciones internacionales; en 2011, 2573; en 2012, 1669). El Ministerio de Sanidad español destaca esta tendencia descendente: únicamente Cataluña y Madrid superaron la cifra de 100 menores adoptados, siguiéndoles Galicia con 56 adopciones internacionales constituidas; el número de nuevos ofrecimientos descendió un 40%, y al 31 de diciembre de 2017 había 3568 expedientes pendientes de la asignación de un menor (véase BDEPI2017, p. 92; y el desglose en tabla AI-18 y gráfico AI-23 —BDEPI2017, p. 119—). Entre otras causas, creo que ha influido la permisividad con que la DGRN admite, desde 2009, la inscripción de la filiación de los comitentes en contratos de gestación por sustitución celebrados en el extranjero (pues en España los contratos son nulos, *ex* artículo 10, LTRHA).

tida, y de hecho la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo ha mantenido una interpretación distinta en el único caso que se sometió a su consideración. En febrero de 2019 asistimos a una sucesión de instrucciones de la DGRN que no hicieron más que encender más el debate, si cabe. En este trabajo pretendo profundizar en el problema real que ahora mismo está sobre la mesa, que es el de la filiación de los nacidos como consecuencia de esta técnica de reproducción asistida, cuando nacionales españoles celebran un contrato de gestación por sustitución en el extranjero. No me interesa una posible regulación permisiva en nuestro país, que desde luego no está en la agenda política.³ Esa realidad en la que ahondaré ha sido muy trabajada en España, tanto por especialistas de Derecho Internacional Privado como por civilistas (y también laboristas, por las repercusiones asistenciales que tiene la gestación por sustitución), normalmente desde posiciones diversas.⁴

Para exponer mis conclusiones sobre esta problemática voy a utilizar exclusivamente herramientas del derecho positivo de filiación, procurando evitar consideraciones morales,⁵ y cerrando los ojos a las irresolubles cuestiones que plantea un contrato como el celebrado.⁶ No entro en la polémica

³ Sobre los reparos de todo tipo que pueden ponerse a esta regulación, me remito a Vaquero Pinto (2018) y González Carrasco (2017). Últimamente, y entre otros, abogan por una regulación Farnós Amorós (2017: 225-231) y Navarro Michel (2018). Ha articulado varias propuestas legales Vela Sánchez (2012: 128-132; 2015: 241-255).

⁴ Señalaba Barber Cárcamo (2012: 2939) que la práctica totalidad de la doctrina civilista consideraba contrario al orden público español el contrato de gestación por sustitución, con argumentos de dignidad de la persona, indisponibilidad del estado civil, coherencia con el derecho de filiación y límites a la autonomía privada contractual, mientras que una parte de la doctrina de Dipr trataba de facilitar el reconocimiento en España de situaciones jurídicas surgidas al amparo de ordenamientos foráneos, discutiendo que esto pudiera afectar al orden público.

⁵ Me he referido en extenso a estas cuestiones, y a los reparos éticos que pueden hacerse a la gestación por sustitución, en Quicios Molina (2019). El debate ideológico es enconado. Como botón de muestra, compárense los distintos acercamientos al tema de Lamm (2018), rebatiendo los argumentos en contra del feminismo opuesto a la gestación por sustitución, y Palop (2018), filósofa del derecho representante de esta corriente en el feminismo. En la misma obra, otra filósofa del derecho enfatiza la autonomía reproductiva de la mujer a la vez que minimiza el valor de la gestación, en pos de la satisfacción del deseo de reproducción de los comitentes del contrato (Igareda: 2018). Lamm lleva tiempo predicando una defensa acérrima de la gestación por sustitución (por ejemplo, 2012), donde cita el Génesis como origen de esta práctica (esta cita la emplean otros autores, como García Alguacil, 2016, nota 1). Sobre los dilemas morales, jurídicos y sociales de la maternidad subrogada, véase también Pérez Fuentes/Cantoral Domínguez/Rodríguez Collado (2017: 42 y ss.).

⁶ Estamos ante un contrato que por su objeto y causa no encaja en los esquemas que conocemos, y ninguna solución satisfará mínimamente todos los intereses en juego. En el objeto y la causa de este contrato reside toda su complejidad, pues se instrumentaliza y patrimonializa (sea oneroso o gratuito el contrato, si es que esta segunda calificación puede

sobre si está o no prohibido el contrato en España, pues me parece evidente que esta técnica de reproducción asistida no podría realizarse sin sanción en nuestro país.⁷

La realidad social de la que hay que partir es ineludible, tanto en España como en otros países, donde también se considera nulo el contrato, se admite la inscripción de la filiación querida por quienes celebran dicho contrato —en particular, Francia—.⁸ Las empresas que ofrecen en España servicios combinados de asesoramiento y facilitación de la gestación subrogada en los países donde se permite (y que no quieren ser llamadas agencias intermediarias) han hecho posible que ciudadanos españoles acudan a estos países para satisfacer su deseo de ser padres mediante gestación subrogada, y mientras este mercado exista, prosperará la demanda de inscribir como nacionales españoles a los nacidos de una gestación por sustitución. A finales del verano de 2019, el Ministerio de Justicia español, encabezado por la ministra en funciones Ma. Dolores Delgado, ha pedido a la Fiscalía investigar a las agencias de “vientres de alquiler” que operan en España. Concretamente, según las últimas noticias publicadas en los periódicos, la Fiscalía de la Audiencia Nacional investigará la actividad de una agencia de gestación subrogada ucraniana, que ofrece sus servicios en España, con el argumento de que en determinadas agencias se lucra con una actividad prohibida por nuestro ordenamiento jurídico, pudiendo incurrir en los delitos de tráfico de menores, organización criminal, blanqueo de capitales o falsedad documental. Las voces de asociaciones partidarias de la gestación

darse realmente) un atributo personalísimo de la mujer como es su capacidad de gestación de la vida humana. Entra en el comercio de los hombres esta capacidad de gestación, perciba o no la mujer un precio a cambio de su comportamiento (¿servicio?, ¿obra?, ¿cesión de útero?), pues en todo caso se recompensará y no parece imaginable que se dé esta situación sin agencias de mediación que, indudablemente, cobran por sus servicios (salvo en los casos en que la gestación es absolutamente excepcional, y sólo se admite con gestantes que tengan vínculos afectivos con los comitentes).

⁷ De gran predicamento entre los partidarios de la gestación por sustitución es la tesis del filósofo del derecho Atienza (2017). Civilistas reconocidos, sin embargo, oponen argumentos de peso a esta tesis (Barber, 2012: 2919); frontalmente opuesto a esta práctica, Arechederra (2018). Sobre dignidad y maternidad subrogada, desde una perspectiva constitucional, véase Balaguer (2017).

⁸ Es muy interesante la discusión que tiene en vilo a los franceses en relación con la nueva ley de bioética que se está tramitando en el país y su tratamiento de la *gestation pour autrui* (GPA), ley que pretende reconocer la filiación que consta en certificaciones extranjeras, pero mantener la nulidad del contrato celebrado en Francia (como artículo divulgativo me ha gustado leer “GPA: du nouveau, que va changer (o upas) la loi de bioéthique”, disponible en <https://www.linternaute.com/actualite/guide-vie-quotidienne/1400134-gpa-que-va-changer-ou-pas-la-loi-de-bioethique/> —consultado el 10 de octubre de 2019—).

por sustitución, como *Son nuestros hijos*, no se han hecho esperar, en contra de lo que consideran una nueva ofensiva del Gobierno español, y han enfatizado que no se trata de una práctica prohibida, pues que el contrato sea nulo, según nuestra legislación, no significa que la práctica esté prohibida en España.⁹

El recurso de ciudadanos españoles a la gestación por sustitución que se practica en Ucrania (más barata que la que pueden conseguir en Estados Unidos o Canadá, y con muchas menos garantías), ha generado una dramática situación. En el verano de 2018, como una llamada de atención, trascendió el caso de más de treinta matrimonios españoles varados en Ucrania, con los menores ya nacidos, pero sin inscripción registral ni, consecuentemente, pasaporte español para poder viajar con ellos a España, como una respuesta del Consulado a los reparos opuestos por el Ministerio de Asuntos Exteriores a la gestación por sustitución que se practica en ese país.¹⁰ Se dio la orden de no admitir más inscripciones de los niños nacidos allí. ¿Por qué se reacciona ahora, cuando el problema estaba sobre la mesa desde hace bastante tiempo? El color del gobierno que resultó, de la moción de censura encabezada por Pedro Sánchez en junio de 2018, con voces radicalmente contrarias a esta práctica, ha influido, aun reconociéndose que no se trata de perseguir a las parejas ni a los niños, y se trabaja para ofrecerles una solución cuando nace el niño. Esta solución no puede pasar por lo que se pretendió en la Instrucción de DGRN de 14 de febrero de 2019 (que no llegó siquiera a publicarse en el *BOE* porque fue fulminada cuatro días después por una Instrucción distinta), con la que este Centro Directivo pretendía facilitar más la inscripción de los nacidos mediante gestación subrogada en el extranjero.¹¹ En la actualidad, por tanto, sigue en vigor la Instrucción DGRN

⁹ Noticia de *El Mundo*, 23 agosto 2019, “La Fiscalía investigará a una agencia ucraniana de gestación subrogada en España”, disponible en <https://www.elmundo.es/espana/2019/08/23/5d5fb390fdddfabb48b46aa.html>.

¹⁰ Es muy ilustrativo de la percepción social, sobre la curiosa situación en la que nos encontramos (práctica prohibida en España, pero aceptación de la realizada en el extranjero) el artículo de *El País*, “Vientres ilegales con hijos legales”, disponible en https://elpais.com/sociedad/2018/09/08/actualidad/1536418576_921412.html.

¹¹ ¿Cuál era la práctica registral que eleva a oficial la Instrucción de 14 de febrero de 2019 y contra la que se levantó enseguida la Instrucción de 18 de febrero de 2019 (en una sucesión de instrucciones opuestas inédita hasta la fecha), que afectaba fundamentalmente a nacidos por gestación subrogada en Ucrania? Se ha publicado por los medios de comunicación que, para confirmar que el comitente era progenitor biológico, en ausencia de resolución judicial que lo constatare, se enviaba material genético a España con el objeto de conseguir una prueba biológica de paternidad fuera de todos los cauces legales. Y si la prueba daba un resultado positivo, se podía inscribir la paternidad reconocida formalmente. Evidentemente, con esta práctica el Estado colabora activamente en la producción de efectos de la gestación

de 5 de octubre de 2010 (*BOE*, 7 de octubre de 2010), pues así se declaró expresamente por la Instrucción DGRN de 18 de febrero de 2019 (*BOE*, 21 de febrero de 2019): muy resumidamente explicada, se permite la inscripción del nacido como hijo del o los comitentes que figuren como padre/s en una resolución judicial extranjera (no basta la certificación registral extranjera), obtenida en un proceso contencioso o en un proceso al de jurisdicción voluntaria; resolución que puede ser reconocida en España, siguiendo los trámites exigidos por nuestro ordenamiento. Si la filiación consta en una mera certificación registral, sin resolución judicial que la ampare, entonces deberá determinarse la filiación en España, extrajudicial o judicialmente, de acuerdo con las reglas oportunas (con lo que salimos del terreno del reconocimiento de títulos extranjeros).

II. INFLUENCIA DE LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS. DE MENNESSON (2014) A MENNESSON (2019)

La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), resolviendo reclamaciones de nacionales que quieren ver reconocida por su país de origen la paternidad o maternidad queridas, al celebrar un contrato de gestación subrogada, ha condicionado la actuación de los Estados europeos que prohíben esta técnica de reproducción asistida (Francia, Italia, España, Suiza, Alemania, etcétera).¹²

En mi opinión, cabe resumir la doctrina del TEDH del siguiente modo: ineludiblemente ha de constar que el nacido por gestación subrogada celebrada en el extranjero es hijo de los comitentes (si responde al interés superior del menor, se sobreentiende), pero cada Estado decide cómo se determina legalmente la filiación.

Esta doctrina se ha sentado por el TEDH, interpretando el artículo 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos, que protege de injerencias indebidas de los poderes públicos el derecho a la vida personal y familiar

por sustitución, y permite acreditar extrajudicialmente una paternidad coincidente con la verdad biológica que, en la generalidad de los casos, no se admite (cuando un varón reconoce su filiación, este reconocimiento se inscribirá si se cumplen los requisitos exigidos, pero con independencia de si es o no el progenitor biológico, porque el Registro no admite pruebas extrajudiciales de paternidad).

¹² Un resumen de los hitos fundamentales de esta doctrina del TEDH, desde la primera sentencia sobre el caso *Mennesson* a la Sentencia de la Gran Sala en el asunto *Paradiso y Campanelli*, puede consultarse en Quicios Molina (2019: 16-18).

de las personas. Y se ha sentado para casos en los que un Estado (Francia) no permitía en absoluto que constase legalmente, como hijo de nacionales franceses, el nacido mediante un contrato de gestación por sustitución (cuya nulidad en Francia teñía incluso la determinación de la filiación del nacido). No existían cauces legales en el país vecino para que los padres de intención de unas niñas nacidas en Estados Unidos (el progenitor biológico y su esposa) pudieran ver reflejada en el Registro Civil su condición de padres, y esto se considera contrario al derecho a la vida privada y familiar de las niñas, que sí figuran como hijas de los comitentes en la certificación registral estadounidense (las sentencias del STEDH de 26 de junio de 2014, en los casos *Mennesson y Labassee vs. Francia*, fueron las primeras que resuelven en este sentido).¹³ Es frecuente esgrimir esta jurisprudencia del TEDH, dictada para garantizar ante todo el interés superior de los menores a disfrutar de su identidad (que incluye su filiación) en el país donde residen, como argumento irrefutable a favor de la inscripción del nacido en el Registro Civil de los países que prohíben la gestación subrogada.

Pero conviene enfatizar que no todos los supuestos de gestación por sustitución son iguales, si nos fijamos en la realidad biológica con la que, en mayor o menor medida, se conecta la filiación de las personas, o si nos fijamos en los controles que los poderes públicos imponen a la gestación subrogada en los países que la permiten. Y tampoco son iguales los sistemas nacionales de determinación de la filiación (por ejemplo, las regulaciones francesa y española).¹⁴

¹³ En Francia, tras las decisiones del TEDH que condenan al Estado por no prever una solución que respete el derecho a la vida privada y familiar de los menores implicados, la Assemblée plénière de la Cour de Cassation acabó admitiendo la inscripción de actas de nacimiento extranjeras derivadas de contratos de gestación por sustitución, en sendas sentencias de 5 de julio de 2015 referentes a niños nacidos en Rusia con padre de intención francés que constaba en la inscripción junto con la madre gestante. La razón esgrimida es que el acta de nacimiento no es irregular ni está falsificada, y responde además a la realidad. La doctrina se preguntó entonces qué ocurriría en los casos en que en el acta de nacimiento consta el padre de intención (biológico) y la madre de intención (no la gestante), pudiendo tildarse entonces el acta de parcialmente falsa; la respuesta de la *Cour de Cassation* ha sido admitir una inscripción parcial, para que pueda constar la paternidad legal del progenitor biológico, dejando la puerta abierta a la posterior adopción del menor por la esposa, o el esposo, del padre legal si esto responde al interés superior de aquél (sentencias de 5 de julio de 2017; todas las referencias a la más reciente jurisprudencia francesa pueden encontrarse en Hilt/Simler 2018: 372 y 373). Sobre el fin del caso *Mennesson*, sobre la necesidad de adopción o no de las hijas por la esposa que no aporta gametos, véase lo que se dice a continuación en el texto.

¹⁴ Vilar González (2018: 167 y ss.) se ocupa extensamente de la gestación subrogada en derecho comparado.

Puede ser que ambos comitentes aporten su material genético (óvulo y semen); puede ser que sólo uno de ellos, o el único comitente, aporte su material genético, con donación por un tercero del otro gameto necesario para la fecundación (no es usual actualmente que la mujer gestante aporte su propio óvulo); e incluso puede imaginarse el supuesto de que ninguno de los comitentes aporte material genético. Y tampoco es igual en todos los países la constancia documental de la filiación del nacido, ni los controles que aplican las autoridades de estos países que permiten la gestación subrogada para que se determine la filiación (no en todos se exige resolución judicial previa que constate la filiación de los padres de intención). Estas apreciaciones son fundamentales para no caer en el error de hacer juicios de valor genéricos sobre la respuesta que han de dar los ordenamientos jurídicos, que no permiten la gestación subrogada en su territorio, a la pretensión de sus nacionales, que celebran contratos de gestación por sustitución en el extranjero, de inscribir en el Registro Civil como hijos suyos a los así nacidos. Porque cuando consta la filiación biológica de uno o de los dos comitentes en un documento extranjero obtenido con las debidas garantías (que después veremos), será más fácil conseguir que tenga efectos legales en España; pero cuando alguno de los comitentes no sea padre o madre biológicos, la cosa se complica, pues puede que se requiera recurrir a la adopción del nacido (que es un proceso judicial que lleva su tiempo, aunque se aceleren los trámites, y que no es automático). Los supuestos en que ninguno de los comitentes aporta material genético son vistos con mucha prevención, y merecen un tratamiento específico (sería el *caso Paradiso y Campanelli* resuelto por el TEDH).¹⁵

El *caso Mennesson* es el de un matrimonio francés que contrata una gestación subrogada en el estado de California con aportación de material genético del esposo, pero no la esposa, de ahí que en la resolución judicial estadounidense, que se transcribe inicialmente en el consulado francés, se identifique como padre biológico al esposo y como madre legal a la esposa. La lucha de este matrimonio para que Francia reconozca que las niñas nacidas en 2000 son sus hijas, porque así consta en un documento oficial obtenido legalmente en el país donde se contrata la gestación subrogada, acaba de concluir con la Sentencia núm. 648 del Tribunal Supremo francés de 4 de octubre de 2019, que ha sido saludada como un gran hito por los defensores de esta práctica, porque no se exige que la esposa adopte a las nacidas (adopción, por cierto, que había sido avalada como título de determinación de la filiación no biológica por el *Avis* TEDH de 10 de abril de

¹⁵ Sobre esta sentencia, véase Jerez (2018).

2019, también referente al caso *Menesson*); en definitiva, vale la transcripción registral permitida inicialmente en el Consulado de Los Ángeles.¹⁶ Pero hay que matizar que es una solución para el caso concreto, porque exigir la adopción cuando las nacidas tienen ya 19 años, y dados los avatares del caso, supondría una injerencia injustificada en su intimidad personal a juicio de la *Cour de Cassation*.

En ese Informe de 10 de abril de 2019, solicitado por el Tribunal Supremo francés el 5 de octubre de 2018, para resolver la última demanda del matrimonio *Menesson* sobre determinación de la maternidad de la esposa que no aporta material genético, el TEDH considera que la imposibilidad general de que quede establecida la maternidad es contraria al interés superior del menor, que exige un examen de cada situación atendiendo a sus circunstancias particulares (parágrafo 42), pero el artículo 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos no impone a los Estados la obligación de reconocer *ab initio* la relación entre el nacido y la madre de intención, admitiendo la transcripción de la certificación extranjera (parágrafo 52). El Estado, por tanto, es libre para establecer la exigencia de adoptar al nacido por gestación subrogada, cuando el comitente tiene vínculo biológico con él.¹⁷ Con este Informe se cierra el círculo iniciado por las sentencias previas del TEDH, en que ya sentó su doctrina favorable a considerar una injerencia injustificada en el derecho a la vida privada y familiar del nacido, la negativa del Estado a inscribirle como hijo de quien es su progenitor biológico por recurrir a la gestación por sustitución en el extranjero.

En definitiva, esta interpretación del TEDH, concediendo libertad a los Estados para elegir el medio de determinación de la filiación que mejor responda al interés superior de éste, es la tesis que apunta la Sala de lo Civil de

¹⁶ Un resumen de la noticia puede encontrarse en “Affaire *Menesson*, la Cour de cassation valide la transcription de la filiation”, disponible en <https://www.la-croix.com/France/Justice/Affaire-Menesson-Cour-cassation-valide-transcription-filiation-2019-10-04-1201052137> (consultado el 10 de octubre de 2019). El Arrêt núm. 648, de 4 de octubre, de la Cour de cassation, puede consultarse en https://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/assemblee_pleniere_22/648_4_43606.html.

¹⁷ Los autores de la “Propuesta de reforma de la regulación española sobre inscripción de relaciones de filiación constituidas en el extranjero mediante gestación subrogada”, que ha publicado la Fundación Garrigues y Fide (2018: 20), interpretan, por el contrario, que de las sentencias *Foulon* y *Bouvet* se deriva que, para el TEDH, habría una injerencia injustificada en la vida privada del menor cuando se deniega la tutela por reconocimiento de una relación de filiación aunque el Estado ofrezca una tutela por declaración. Esta conclusión lo lleva a considerar claramente contradictoria con la doctrina del TEDH la de nuestro Tribunal Supremo, expuesta en la Sentencia de 6 de febrero de 2014 u confirmada por el Auto de 2 de febrero de 2015.

nuestro Tribunal Supremo, en su famosa Sentencia de 6 de febrero de 2014,¹⁸ y que confirma el ATS de 2 de febrero de 2015.

III. LA PRÁCTICA REGISTRAL ESPAÑOLA FAVORABLE A LA INSCRIPCIÓN DE LA FILIACIÓN, A PESAR DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 6 DE FEBRERO DE 2014. INSTRUCCIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO DE 2010 Y 2019

Cuando llega a término una gestación subrogada contratada por nacionales españoles en un país donde la práctica es legal, el nacido tendrá derechos como nacional español si se determina legalmente que es hijo de los españoles que han encargado su gestación, lo que permitirá a su vez inscribirlo en el Registro Civil (que publica la identidad de una persona, desde que nace, incluyendo por supuesto su filiación). Son los registros civiles consulares los que, por tanto, se enfrentan en primera instancia al problema de la determinación de la filiación de los nacidos como consecuencia de una gestación subrogada contratada por nacionales españoles,¹⁹ ya sea, por ejemplo, en Estados Unidos, Canadá, Ucrania o México (cuando se permitía a extranjeros contratarla en este país).²⁰ Los registros consulares siguen las instrucciones de la DGRN, dependiente del Ministerio de Justicia, que fijó su doctrina favorable a la inscripción, con determinados requisitos, de la filiación a favor de los comitentes en su Instrucción de 5 de octubre de 2010, sobre Régimen Registral de la Filiación de los Nacidos mediante Gestación por Sustitución.

Tras una primera época en que se denegaron las solicitudes de inscripción de nacimiento en el Registro Civil, a partir de 2009 la nulidad de los contratos de gestación en España no se ha considerado óbice por la DGRN para que acceda a nuestro Registro Civil la filiación que figura en un título extranjero, reconociendo efectos en España a dicha relación de filiación.²¹

¹⁸ Como vio con agudeza el profesor Bercovitz (2014; 40).

¹⁹ En la RDGRN 89/2017, de 1 de septiembre, se confirma la competencia de los registros civiles consulares, y no del Registro Civil Central, para inscribir, si procede, el nacimiento del hijo querido por los promotores de la gestación por sustitución.

²⁰ Fueron bastantes las parejas españolas que celebraron contratos de servicios de asesoramiento con empresas como Subrogalia (ya desaparecida, pero protagonista de varias reclamaciones civiles y penales, derivadas de incumplimientos contractuales), con el fin de conseguir una gestación subrogada en el Estado mexicano de Tabasco antes de que se impidiera a los extranjeros el uso de esta técnica (sobre la reforma legal, vigente desde el 14 de enero de 2016, véase Cantoral, 2017: 117 y ss.).

²¹ Entre otras, han accedido a la inscripción pretendida las RRDGRN, 1a., 3 mayo 2011 [JUR 2012, 107637], 4a., 5a. y 6a., 6 mayo 2011 [JUR 2012, 110698, 114782 y 147776],

La inscripción de una doble paternidad por naturaleza que figura en una certificación registral extranjera, concretamente del estado de California, lo que sólo puede suceder como consecuencia de una gestación por sustitución permitida en dicho Estado, se permitió por primera vez en la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado (en adelante, RD-GRN) 1a., de 18 de febrero de 2009.²² Esta Resolución fue impugnada por el Ministerio Fiscal ante los tribunales civiles, resolviendo finalmente la Sala Primera del Tribunal Supremo, en su famosa Sentencia, de Pleno, de 6 de febrero de 2014, que la resolución del Centro Directivo no era conforme al derecho español.²³ La DGRN, anticipando la respuesta que merecería su Resolución de 18 de febrero de 2009, rectificó su doctrina con el fin de lograr la plena protección del interés superior del menor y de la mujer gestante en su Instrucción de 5 de octubre de 2010, considerando susceptible de reconocimiento no la mera certificación registral extranjera, donde consta una filiación que puede derivar de una gestación por sustitución (aunque

1a., 2a. y 3a., 9 junio 2011 [JUR 2012, 151437, 151438 y 151439], 1a., 27 junio 2011 [JUR 2012, 151441], 2a., 4a. y 5a., 23 septiembre 2011 [JUR 2012, 168312, 168313 y 168314], 2a., 30 noviembre 2011 [BIMJ 25.4.2012, pp. 7 y 9], 1a., 30 noviembre 2011, dictada en un supuesto en que sólo pretende inscribirse una filiación paterna, o, 4a., 22 diciembre 2011 y 1a., 12 diciembre 2011 [BIMJ 3.5.2012, pp. 9 y 13, dictadas en un supuesto en que promueve la inscripción una pareja casada heterosexual]). La doctrina se mantuvo cuando el Partido Popular llegó al gobierno. Así en la RDGRN de 15 de abril de 2013 (48a.), relativa a la inscripción de la filiación matrimonial de una niña nacida en California, constando en la certificación de nacimiento extranjera que es hija del matrimonio español (heterosexual) que promueve la inscripción: “Si, como presume el ministerio fiscal en su informe posterior al recurso, se trata en realidad de un supuesto de gestación por sustitución, tal como argumenta dicho órgano y de acuerdo con la Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 5 de octubre de 2010, es requisito necesario para la inscripción la aportación de una resolución judicial reconocida en España y dictada por el órgano jurisdiccional extranjero competente que atribuya a los solicitantes la filiación sobre la menor haciendo constar que no se ha producido una vulneración del interés superior de la nacida y recogiendo el libre consentimiento y la renuncia expresa de la madre gestante” (FD 5o.). Un matrimonio heterosexual, que se desplaza a Estados Unidos, consigue la inscripción del nacido al estimarse su recurso por la RDGRN, 14a., de 19 de diciembre de 2014 (RJA 2015, 5079).

²² RJA 1735. Un matrimonio de varones españoles recurre a la gestación por sustitución en un país que la permite (concretamente en el estado norteamericano de California), utilizando material genético de uno de ellos y óvulos donados; nacidos los hijos (el 24 de octubre de 2008) pretenden inscribirlos en el Registro Consular como suyos (presentando la certificación del nacimiento, emitida por el Registro de San Diego, en que así consta). La DGRN estimó el recurso interpuesto contra la decisión del encargado del Registro, que deniega la inscripción, y contra su decisión recurrió el Ministerio Fiscal.

²³ El recurso interpuesto por el Ministerio Fiscal se estimó por la SJPI, Valencia, núm. 15, 15 septiembre 2010, que a su vez fue confirmada por la SAP Valencia, secc. 10a., de 23 de noviembre de 2011 (AC 2010, 1707 y 2011, 1561).

este dato no figure en la certificación), sino la resolución judicial que avala el contrato de gestación por sustitución y declara constituida la relación de filiación correspondiente.²⁴ Se advierte, por la Dirección General, que presentando una mera certificación registral no pueden controlarse todos los requisitos que deben cumplirse a tenor de los artículos 23 de la Ley del Registro Civil de 1957 (en adelante, LRC/1957), y 81 y 85, del Reglamento del Registro Civil (en adelante, RRC): debe existir total certeza sobre la realidad del hecho inscrito; el título debe ser regular y auténtico, y no debe existir duda de la legalidad del hecho inscrito conforme a la legislación española.²⁵ En concreto, sin resolución judicial no podría testarse la realidad de los datos y circunstancias recogidos en la certificación registral y el respeto al orden público español.²⁶

Esta doctrina registral, que sigue aplicándose tras los vaivenes de febrero de 2019, no se ha visto afectada en la práctica por la doctrina establecida en la STS, Sala de lo Civil, de 6 de febrero de 2014: la regulación de la maternidad subrogada en el artículo 10, LTRHA, forma parte del orden público español que deben respetar las certificaciones registrales extranjeras para que puedan ser reconocidas en España, y tener acceso al Registro Civil los hechos pretendidos (artículo 23, LRC/1957, y artículos 81 y 85, RRC). Se trata, según el Tribunal Supremo, de una práctica contraria a la dignidad de la persona (artículo 10, CE), en este caso la mujer gestante y el nacido, pues se mercantiliza la gestación y la filiación, se cosifica a la mujer gestante y al niño, se posibilita la explotación de mujeres jóvenes y necesitadas por intermediarios que se enriquecen con los precios que sólo pueden pagar las

²⁴ La DGRN distingue la resolución judicial obtenida en un proceso semejante al de jurisdicción voluntaria, que puede reconocerse incidentalmente por el encargado del Registro Civil, de la resolución judicial dictada en procedimiento contencioso, que debe obtener el *exequatur* judicial (véase Heredia Cervantes —2013: 706 y ss.—). En la práctica es conflictivo calificar los procedimientos extranjeros (como ejemplo, véase la RDGRN de 16 de enero de 2015, citada por Paniza, 2018: 76-78, que estima el recurso presentado contra el Registro Civil Central, partidario del reconocimiento de la resolución judicial presentada por medio de *exequatur*).

²⁵ Barber Cárcamo (2012: 2927-2928) indicó que, sustituyendo la DGRN el título causante de la inscripción (la certificación registral se orilla en favor de la resolución judicial de que trae causa), se adelanta la entrada en vigor de un precepto de la LRC/2011, como sería el contenido en el artículo 96.2 (sigue hoy sin estar en vigor, de momento hasta el 30 de junio de 2020) y se elude la propia doctrina de la DGRN sobre el control conflictual recogido en el artículo 23, LRC/1957, creando además *ex novo* unas condiciones específicas de reconocimiento de resoluciones de jurisdicción voluntaria, cuando se refieren a la gestación por sustitución entre las que no se recoge el respeto al orden público español.

²⁶ Heredia Cervantes (2014).

clases más favorecidas.²⁷ No puede evitarse la aplicación de los imperativos que conforman nuestro orden público invocando el interés superior del menor como fundamento del reconocimiento en España de la filiación establecida a favor de quienes recurren a la gestación por sustitución en otros países que la admiten.²⁸ Con acierto, en mi opinión, se sostiene, por la STS de 6 de febrero de 2014, que la consideración primordial que ha de darse por los aplicadores del derecho al interés superior del menor, no significa que no haya que realizar una ponderación con otros bienes jurídicos, 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”.²⁹

En definitiva, la filiación del nacido debe determinarse de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 10, LTRHA, o recurriendo a la adopción: la paternidad biológica podrá determinarse judicialmente; por adopción, también cabrá determinar la filiación correspondiente, pero madre por naturaleza será la gestante.³⁰

²⁷ En el voto particular que se formula a la STS de 6 de febrero de 2014, por el contrario, no se entiende vulnerado el orden público, cuando lo que se somete a la autoridad española es el reconocimiento de una decisión extranjera válida y legal conforme a su ordenamiento, pues no se considera que vulnera la dignidad de la madre gestante ni la del niño una actuación aprobada judicialmente en un Estado con el que cooperamos en el ámbito jurídico, y siendo una práctica que se va admitiendo por distintos ordenamientos. Aplaude la doctrina de este voto particular, que se alinea con la posición de la DGRN, Heredia Cervantes (2014).

²⁸ A favor también de esta interpretación, Verdera Server (2016b: 88-89). Sugerente, como siempre, es la lectura de Roca Trías (2015). Ya Hualde Manso (2012), entre otros, había señalado que el interés del niño no puede alegarse como paraguas después de violar la ley, y que la solución del artículo 10.1, LTRHA, es la más conforme con el interés del menor.

²⁹ En el voto particular formulado a la STS de 6 de febrero de 2014 se considera, por el contrario, que el interés del menor se vulnera cuando por razones de orden público se deja en el limbo jurídico, e hipotético desamparo, al nacido como consecuencia de una gestación por sustitución legal en el país del nacimiento. Voto particular que tiene sus seguidores (por ejemplo, Heredia Cervantes, 2014).

³⁰ Estas vías de acceso a la determinación de la filiación derivada de la gestación por sustitución que ofrece el ordenamiento español permiten diferenciar nuestro caso de los casos franceses enjuiciados por el TEDH, pues se condenó a Francia por vulnerar el derecho a la vida privada y familiar del menor que, de ningún modo, podría ver reconocida su filiación a favor de los comitentes con los que convivía. Por esto, tiene fundamento el ATS de 2 de febrero de 2015 (JUR 2015, 47648) que rechazó el recurso por nulidad de actuaciones interpuesto por los comitentes, con base precisamente en esas decisiones del Tribunal de Estrasburgo. Respecto del ordenamiento francés, se ha acordado por el TEDH, como hemos visto, que es conforme con el artículo 8 de la Convención facilitar la inscripción de la maternidad no biológica de la esposa comitente a través de la adopción, y no permitir un reconocimiento automático (*Avis* de 10 de abril de 2019).

Que la maternidad de la gestante deba constar en todo caso, no significa que haya de tener eficacia (fundamentalmente cuando no aporta los gametos para la concepción): no creo que, en principio, responda al interés del menor cuando su intención al gestarlo no ha sido atenderle como madre,³¹ pues sin negar la importancia de su papel, como gestante, en el desarrollo del nacido, se acerca más al de una madre de leche que al de una verdadera madre.³² Pero el ordenamiento español ofrece cauces suficientes a los padres de intención para figurar como tales, no tan automáticos como el reconocimiento de las resoluciones extranjeras en que constan como tales. El Tribunal Supremo insta al Ministerio Fiscal a que ejercite las acciones pertinentes para que se determine la correcta filiación de los menores, teniendo en cuenta su efectiva integración en un núcleo familiar de facto. Se acepta, en consecuencia, que forman una familia; pero aun así, la injerencia del poder público, negando la inscripción de los hijos en el Registro español, no se entiende prohibida por el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.³³ La vida familiar se protegería, podemos concluir, admitiendo la determinación de la paternidad del progenitor que hubiera puesto los gametos necesarios, y si no fuera el caso, favoreciendo la adopción de los menores por los comitentes si reuniesen los requisitos necesarios. En cuanto a la determinación judicial de la paternidad biológica que puede existir mediando una gestación por sustitución, se sustentaría en la realización de pruebas directas, haciendo caso omiso al origen de la gestación.³⁴

³¹ De Verda (2018: 26) sostiene, por el contrario, que no está dicho que, en principio, lo mejor para el menor sea que se reconozca la filiación respecto de los comitentes en vez de respecto de la madre gestante, sin examinar las circunstancias del caso concreto.

³² Se ha señalado por la socióloga Costa-Lascoux que la gestación por sustitución no carece de semejanzas con el contrato de la nodriza: “En el siglo XIX, los debates parlamentarios sobre las nodrizas contenían ya una parte de la argumentación, la relativa a las ‘madres mercenarias’. Ahora no es la ciencia la que está en juego, sino lo tocante al parentesco y la educación del niño. Hoy en día los argumentos se entremezclan, en perjuicio de un análisis reposado de las situaciones prácticas que se pueden encontrar, y que difieren enormemente entre sí” (1993: 592).

³³ Estaría contemplada por la ley nacional, que exige tener en cuenta el orden público internacional en el reconocimiento de certificaciones extranjeras, y la injerencia es necesaria en una sociedad democrática para proteger otros bienes jurídicos.

³⁴ Barber Cárcamo (2012: 2920) defendió que en un proceso judicial español tendente a la determinación de la filiación no podrían tener eficacia probatoria los documentos públicos extranjeros que recojan un contrato de gestación por sustitución, por aplicación del artículo 323.3, LEC, en conjunción con el artículo 10.1, LTRHA. Creo que esta conclusión no se coherente con la posibilidad de que quede determinada la paternidad biológica admitida *ex* artículo 10.3, LTRHA.

La doctrina de la DGRN parece incompatible con esta jurisprudencia, aun después de la modificación de aquélla en 2010, pues en definitiva la Dirección General y la Sala Primera del Tribunal Supremo atribuyen al filtro del orden público español un rasero distinto.³⁵ Para la Dirección General, ese orden público no se vulnera si se han respetado los derechos procesales de los sujetos involucrados, y en particular, de la madre gestante (orden público procesal), y si no se ha vulnerado el interés superior del menor (comprobando que hay una resolución judicial firme y consentimientos irrevocables a la filiación) ni los derechos de la mujer gestante (orden público material).³⁶ Doctrina administrativa que conduce a la inscripción de numerosas relaciones de filiación derivadas de gestión por sustitución, en contra de lo resuelto por la Sala Primera del Tribunal Supremo y que debería prevalecer.³⁷ En algunos casos, el control ejercido lleva a la Dirección General a confirmar la negativa del encargado del Registro a inscribir relaciones de filiación que no vienen establecidas en una resolución judicial, o en las que no se cumplen las garantías señaladas (por ejemplo, cuando la gestación se realiza en la India). ¿En qué situación quedan entonces los menores afectados que se encuentran bajo la guarda de nacionales españoles?³⁸ ¿No se les protegería más adecuadamente cortando de raíz la eficacia en España de una gestación por sustitución?

³⁵ La Circular DGRN de 11 de julio de 2014 declaró vigente la doctrina de la Instrucción DGRN de 5 de octubre de 2010, tras la STS de 6 de febrero de 2014, por considerar que no resultaba afectada al haberse modificado la doctrina sentada en la Resolución impugnada.

³⁶ Heredia Cervantes (2014) explica así la comprensión por la Instrucción de este requisito esencial para el reconocimiento de certificaciones extranjeras.

³⁷ Salas (2017) ha afirmado tajante: “la Dirección General de los Registros y del Notariado es un organismo administrativo dependiente del Ministerio de Justicia, que carece de facultades normativas y que sus resoluciones están en definitiva sometidas a control jurisdiccional”, y que no tiene potestad “para actuar en contra de la doctrina del Tribunal Supremo que niega efectos en España a tales contratos celebrados en el extranjero, sin perjuicio de habilitar —en interés del menor— los medios necesarios para la inscripción de los así nacidos en el Registro Civil español”.

³⁸ Sirva como ejemplo el caso de la RDGRN, 115a., 19 diciembre 2015 (JUR 2015, 259979), para incidir en la desprotección de menores a que conduce el recurso incontrolado a la gestación por sustitución, obviando nuestra legislación: una mujer española de 48 años, casada, da a luz en Rusia a dos niñas, y se sospecha que se recurrió a una gestación por sustitución (pues ni la mujer ni su marido residen habitualmente en dicho país); la DGRN deniega la inscripción de la filiación pretendida, ¿pero cuál es la situación en la que quedan estas niñas? Su interés reside en que, si tienen un ambiente familiar adecuado, se utilicen los medios que ofrece el ordenamiento para que se determine la filiación de las mismas (o reconocimiento y adopción, o sólo adopción). Pero el interés general, incluidos otros menores nacidos o por nacer, puede demandar una solución distinta.

Esta Instrucción registral de 2010, que facilita la inscripción de la filiación que conste en una sentencia judicial extranjera (como la que obtienen los comitentes en Estados Unidos o Canadá), no permitía la inscripción rápida pretendida por los solicitantes que habían celebrado contratos de gestación subrogada en determinados países (como Ucrania), de ahí que la DGRN enviara a los consulados otra Instrucción, de 14 de febrero de 2019, sobre Actualización del Régimen Registral de la Filiación de los Nacidos mediante Gestación por Sustitución, muy favorable a los intereses de las asociaciones que reivindican el derecho de los comitentes a ser padres. Pero esta Instrucción de 14 de febrero de 2019 tuvo corta vida, pues quedó sin efecto ninguno por la Instrucción de 18 de febrero de 2019 (ésta sí publicada en el *Boletín Oficial del Estado* del 21 de febrero), y que lleva el mismo título que la de 14 de febrero, aunque la filosofía que la inspira es radicalmente contraria.³⁹ Con esta nueva Instrucción en realidad no se actualiza el régimen, sólo se aclara la tramitación de los expedientes de inscripción de nacimiento que no encajan en los moldes permitidos por la Instrucción de 5 de octubre de 2010, facilitando que el menor viaje, en todo caso, a España porque el solicitante podrá obtener de las autoridades locales, si procede, el pasaporte y permisos necesarios.

La Instrucción de 18 de febrero de 2019 deja claro a los encargados de los registros civiles lo siguiente:

Las solicitudes de inscripción en el Registro Civil consular de la filiación de menores nacidos con posterioridad a la publicación de esta Instrucción, 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.

Es decir, no basta la mera certificación registral extranjera en la que consten como padres los comitentes si no está sustentada en una sentencia, obtenida en un proceso contencioso o semejante al de jurisdicción voluntaria, que puede ser reconocida en España siguiendo los trámites exigidos por nuestra legislación.

³⁹ La Instrucción de 14 de febrero de 2019 sí parece que deberá tenerse en cuenta para resolver según sus indicaciones las inscripciones de nacimientos producidos antes del 21 de febrero de 2019, pues la Instrucción de 18 de febrero la deja sin efecto en relación con los niños que hayan nacido mediante este procedimiento con posterioridad a la publicación de la segunda en el *Boletín Oficial del Estado*. Véase, en el mismo sentido, Andreu Martínez (2019: 79).

Amparados por la Instrucción DGRN de 5 de octubre de 2010, han conseguido la inscripción, en el Registro Civil español, de la filiación que consta en resolución judicial extranjera los nacionales españoles que han contratado la gestación subrogada en países donde el procedimiento de reproducción asistida incluye la obtención de esa resolución judicial.⁴⁰ Esas resoluciones judiciales han de ser reconocidas en España, o bien obteniendo el *exequatur* oportuno (el control entonces es judicial) o bien pasando por el filtro establecido por la legislación registral. En muchos casos es el encargado del Registro Civil el competente para controlar si la resolución judicial en cuestión puede ser reconocida en España, ya que se trata de procedimientos judiciales análogos al de jurisdicción voluntaria, no contenciosos. Y en todo caso se exige que conste el nombre de la madre gestante (así llamada por la Instrucción referida), pues se indica a los encargados del Registro que en ningún caso se admitirá como título apto para la inscripción del nacimiento y 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. Esta exigencia se cohonesta con un principio basilar de nuestro sistema de filiación: la maternidad se determina por el parto, y aunque se admite la renuncia de la madre a los derechos derivados de la maternidad (artículo 44, LRC), esta constancia permite determinar en interés del menor su paternidad por naturaleza o una filiación adoptiva. Efectivamente, es esta renuncia al hijo de la mujer gestante la que garantiza que la filiación se determinará exclusivamente a favor de los comitentes, sin conflicto ninguno de filiaciones (en nuestro país no cabe que se determinen dos filiaciones contradictorias; artículo 113 del Código Civil español —en adelante, CC—).

Si no hay sentencia extranjera que declare que los comitentes, o alguno de ellos, es padre o madre del nacido mediante gestación por sustitución, indica la Instrucción de 18 de febrero de 2019 que el encargado del Registro Civil “deberá suspender la inscripción, con base en la ausencia de medios de prueba susceptibles de apreciación dentro del procedimiento consular”; dicha suspensión y las circunstancias concurrentes serán notificadas por el

⁴⁰ En algunos casos no queda claro si para realizar la inscripción registral en el Consulado español se han respetado las exigencias de esta Instrucción, como en el resuelto por el AAP Barcelona, sección 18a., núm. 565/2018, de 16 de octubre (JUR 2018, 290468); se había inscrito a dos niños nacidos en Tailandia como hijos biológicos de un ciudadano español que había contratado una gestación subrogada en dicho país, sin que conste, en el proceso de adopción iniciado por su pareja, resolución judicial extranjera y subsiguiente *exequatur*; sobre estos extremos, no obstante, no puede pronunciarse la Audiencia, pues la inscripción no fue impugnada y sólo tiene competencia para decidir sobre la adopción por la pareja del padre.

encargado del Registro Civil, en su caso, al Ministerio Fiscal, de conformidad con el artículo 124 del RRC. Una vez en España, “a fin de asegurar que se cumplen todas las garantías con el necesario 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”. Adelanta, pues, la Instrucción, que ya en España se podrá determinar la filiación del nacido extrajudicialmente o por sentencia judicial; en definitiva, de acuerdo con nuestro sistema legal de filiación, por naturaleza y por adopción (artículo 108, CC).

La práctica registral que eleva a oficial la Instrucción de 14 de febrero de 2019, y contra la que se levanta, a la postre, la Instrucción de 18 de febrero de 2019, según noticias publicadas, era que para confirmar que el comitente era progenitor biológico, pues no constaba en sentencia judicial ninguna que controlara la reproducción asistida realizada, se enviaba material genético a España con el objeto de conseguir una prueba biológica de paternidad fuera de todos los cauces legales. Y si la prueba daba un resultado positivo, se podía inscribir la paternidad o maternidad. Evidentemente, con esta práctica el Estado colabora activamente en la producción de efectos de la gestación por sustitución. Se daba eficacia, pues, al reconocimiento de la paternidad, previsto por el artículo 120.2o., CC, cuando se entendía otorgado por el progenitor biológico, en los casos en que la filiación a favor de los comitentes no quedaba determinada en una resolución judicial extranjera. Sobre el papel es una solución razonable, pero ¿cómo puede tenerse la garantía de que el reconocedor es verdaderamente el progenitor, quien ha aportado los gametos para la concepción del nacido? Con una prueba biológica obtenida con las debidas cautelas procesales o administrativas, o, de acuerdo con lo sostenido por la Instrucción de 14 de febrero de 2019, cuando se aportan “unas pruebas médicas y analíticas inequívocas (de ADN) obtenidas en condiciones de plenas garantías científicas y jurídicas, tanto en cuanto a los centros o laboratorios que realicen las correspondientes pruebas y análisis, como en cuanto al procedimiento seguido y la cadena de custodia de las muestras de ADN”. Y la obtención de estas pruebas pasa, como también indica la Instrucción de 14 de febrero de 2019, por realizarlas en los centros y servicios autorizados a que se refiere el artículo 4, LTRHA:

o en su caso en los laboratorios designados por la Comisión Nacional de Uso Forense del ADN, con arreglo a los procedimientos y garantías que se especifiquen en las correspondientes Instrucciones de Servicio de la Dirección General de Españoles en el Exterior y de Asuntos Consulares y Migratorios, en el caso de solicitudes de inscripciones de filiación referidas a nacidos/as

mediante procedimientos de contratación de gestación por sustitución presentadas en los correspondientes Registros Civiles Consulares de España.

Esta admisión de pruebas biológicas extrajudiciales, para demostrar que quien reconoce es el verdadero progenitor, no cabe en los casos en que no hay una gestación subrogada de por medio (ha dicho en varias resoluciones la Dirección General).

El reconocimiento de la paternidad por el comitente tampoco puede tener ningún efecto cuando consta que la mujer gestante está casada, si nos atenemos a la doctrina inveterada de la Dirección General que resuelve a favor de la inscripción de la paternidad presumida del marido (artículo 116, CC) aunque nieguen esta paternidad todos los protagonistas (madre, marido y reconocedor de la filiación no matrimonial). Por esto, supone otra anomalía de la Instrucción de 14 de febrero de 2019 entender que en estos casos “se exigirán igualmente el consentimiento del marido o cualesquiera otros requisitos impuestos, en su caso, por la legislación civil aplicable”.

IV. REGLAS SUSTANTIVAS DEL ORDENAMIENTO ESPAÑOL APLICABLES A LA DETERMINACIÓN DE LA FILIACIÓN DERIVADA DE UN CONTRATO DE GESTACIÓN SUBROGADA

1. *Código Civil, Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida, Ley del Registro Civil*

¿Qué reglas legales, sustantivas, establece el ordenamiento jurídico español que resulten aplicables a la determinación de las relaciones de filiación que pueden derivarse del nacimiento de una persona cuando es la consecuencia de la celebración de un contrato de gestación por sustitución? Debemos tener en cuenta las disposiciones del artículo 10, LTRHA, específicamente referidas a la gestación subrogada, y otras normas del sistema de filiación común español establecidas en el CC y la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil (en adelante, LRC/2011; que sólo en lo relativo a la inscripción del nacimiento y la filiación ha sustituido a la Ley del Registro Civil de 1957, todavía vigente junto con el Reglamento del Registro de 1958). Concretamente han de tenerse en cuenta la posible renuncia a la maternidad prevista por el artículo 44.2 de la LRC/2011, el posible reconocimiento de la paternidad (artículos 120.2o. y 124, CC), la reclamación judicial de la filiación (artículo 131, CC) y la posible adopción del hijo del cónyuge (artículo 176.2, CC).

El artículo 10, LTRHA, lo componen tres reglas, una referida a la eficacia del contrato de gestación por sustitución y otras dos referidas a la determinación de la filiación del nacido mediante esta técnica de reproducción asistida. En cuanto a la primera, el contrato se califica como nulo de pleno derecho, pero no se desarrollan las consecuencias de esta ineficacia.⁴¹ La fundamental será que el propósito perseguido por las partes (que no es otro que la atribución de la paternidad y/o maternidad del nacido a los comitentes y en ningún caso a la mujer gestante) no puede derivar del contrato, pues la autonomía de la voluntad no tiene reconocido este alcance por nuestro ordenamiento. En cuanto a las dos reglas referentes a la determinación de la filiación del nacido, recurriendo a una gestación por sustitución, una se refiere a la maternidad (madre será la mujer gestante), y otra a la paternidad (puede determinarse judicialmente la paternidad biológica del nacido); en consecuencia, el legislador español quiere que quede determinada una doble relación de filiación, a pesar de la nulidad del contrato de gestación por sustitución, lo que claramente está inspirado en el interés de la persona en tener determinada su filiación por naturaleza.

Debemos tener en cuenta que el supuesto no entra en los moldes que conocemos sobre determinación de la filiación, pues el título de determinación legal de la filiación es en puridad un contrato (aunque sea aprobado judicialmente), cuya eficacia depende de que se cumpla o no.⁴² Y no podemos minusvalorar los conflictos de paternidad que cabe imaginar y que obligarían a modificar nuestro régimen de filiación (el marido de la mujer gestante no podría presumirse padre; no podría tener eficacia un reconocimiento de paternidad efectuado por un varón distinto del comitente), y que están conectados con la incidencia de la gestación por sustitución en la libertad sexual de la mujer gestante (si la mujer gestante está casada, y mantiene relaciones sexuales en el tiempo en que la transferencia embrionaria tiene lugar, el marido también puede ser el progenitor biológico).

Tampoco podemos olvidar que la filiación de la persona que se quiere traer al mundo a través de una gestación por sustitución es un elemento esencial del derecho fundamental a tener una identidad: el nacido tiene derecho a unos padres y a una nacionalidad que le garantice la protección

⁴¹ El artículo 16.7 del Código Civil francés contiene una disposición semejante, añadiendo el artículo 16.9 que las normas relativas a la protección del cuerpo humano son de orden público.

⁴² Por ejemplo, en los ordenamientos que aceptan atribuir la filiación a los comitentes, debe decidirse si será desde el inicio del embarazo o sólo después, cuando la gestante renuncia válidamente a la maternidad. Ejemplo del primer modelo es Grecia, y del segundo, Reino Unido.

de un Estado. Ese derecho a la identidad va unido al corolario derecho a conocer los orígenes biológicos, cuyo desarrollo en los últimos tiempos está conduciendo a defenestrar uno de los principios que parecían intocables de la reproducción asistida: el anonimato del donante.⁴³ Desde luego, la gestación por sustitución introduce en la identidad de la persona un ingrediente (o varios) que pueden ser motivo de inquietud en el desarrollo de la personalidad.⁴⁴ La gestación deja huella en la persona, y el conocimiento de la madre gestante debería formar parte del derecho a conocer los orígenes de todo ser humano.⁴⁵

2. *Determinación de la maternidad de la gestante y posible renuncia*

La maternidad se determina por el hecho del parto, como cualquier maternidad por naturaleza, ya esté o no casada la madre del nacido (normalmente al inscribir dentro de plazo el nacimiento: artículo 120.5o., CC, y artículo 44.4.I y II, LRC/2011). El pacto entre las partes de un contrato de gestación por sustitución, según el cual la mujer gestante entregará al nacido a los comitentes, renunciando *ex ante* a cualquier derecho sobre el nacido, choca frontalmente contra esta disposición imperativa, y por esto será inexigible y carecerá de cualquier efecto (lo que responde también a la nulidad del contrato prevista por el artículo 10.1, LTRHA). La Instrucción DGRN de 5 de octubre de 2010 exige, por esto, que en todo caso conste el nombre de la madre gestante en la resolución judicial cuyo reconocimiento en España se solicita, dato fundamental para evitar el tráfico de menores y permitir al nacido el conocimiento de sus orígenes, así como su renuncia a la maternidad (o más bien a sus efectos), también clave para que pueda determinarse exclusivamente la paternidad/maternidad del o los comitentes. La materni-

⁴³ Véase la Sentencia del Tribunal Constitucional portugués sobre la Ley de Gestación por Sustitución, de 24 de abril de 2018 (muy crítico con esta sentencia, porque frustra las expectativas de los defensores de la gestación subrogada, se muestra Vela Sánchez —2018—), y las conclusiones de los États Generaux sobre bioética de junio de 2018 en Francia.

⁴⁴ Como señalaba Barber Cárcamo (2012: 2947), si se siguen los cauces legales para que quede determinada la filiación biológica en una gestación por sustitución, se diferenciaría de las formas de protección de menores y quedaría ligada al derecho del hijo a conocer sus orígenes biológicos. La maternidad derivada del parto “liga al hijo con quien lo alumbró y le confiere un referente seguro para tutelar su derecho a la identidad, primero, y a la filiación, después”.

⁴⁵ Según el Informe del Comité de Bioética de España (2017: 12), la gestación es una forma de simbiosis temporal entre el hijo y la madre que genera una huella corporal permanente en ambas partes.

dad que quede determinada por el hecho del parto, y así conste en la inscripción registral del nacimiento, en principio sólo podrá decaer interponiendo la correspondiente acción de impugnación (RDGRN, 12a., de 19 de diciembre de 2014).⁴⁶ Pero esta filiación materna no tiene siempre efectos plenos, pues en España se prevé una específica renuncia de la madre, no a la maternidad (como en tiempos pasados), sino a los efectos de la maternidad, por motivos fundados (artículo 44.4, LRC/2011), lo que provocará un acceso restringido al dato de la maternidad y una intervención protectora de los poderes públicos para evitar el desamparo del nacido.

Efectivamente, tras la reforma de la LRC/2011 por la Ley 19/2015, de 13 de julio, se ha introducido en el artículo 44.4.II una especial previsión sobre acceso restringido a los datos sobre la maternidad, cuando la madre renuncia a ejercer los derechos derivados de la maternidad, lo que debe interpretarse no como una renuncia a que se determine la maternidad (lo que no sería posible), sino como una renuncia a ejercer los derechos derivados de la maternidad ya determinada, pero a la que no se le dará ninguna publicidad. De acuerdo con la Instrucción DGRN de 9 de octubre de 2015,⁴⁷ no procederá la remisión de información al Registro Civil “cuando la madre haya renunciado al hijo”, expresión absolutamente impropia para referirse a la situación regulada, pues no se renuncia al hijo sino a los efectos de la determinación de la maternidad (número 5o. de la disposición 3a., donde se regulan los supuestos excluidos de la remisión de información).

Esta renuncia *posterior* al nacimiento del hijo, interpretada por doctrina autorizada como un paso hacia la admisión de la gestación por sustitución,⁴⁸ ¿puede permitir conseguir efectos similares a los pretendidos por las partes cuando celebraron el contrato de gestación por sustitución? Creo que la nueva regla sobre renuncia a la maternidad puede facilitar el acceso al Registro Civil de la filiación querida, en un contrato de gestación por sustitución, si se interpreta por los encargados del Registro que los motivos fundados que permiten tal renuncia concurren en el caso, sin necesidad de que sea declarado en situación de desamparo el menor. Me explicaré mejor.

El tratamiento legal dado a esta renuncia materna es puramente registral, y se conecta con el sistema de “ventanilla única” que pretende instaurarse para agilizar la inscripción de los nacimientos desde los centros médicos en que suelen ocurrir los nacimientos. La remisión de información sobre el nacimiento desde el centro médico no se producirá cuando la madre soli-

⁴⁶ JUR 2015\256886.

⁴⁷ BOE 14 octubre 2015.

⁴⁸ Gete-Alonso (2018: 5, 22, 33, 53).

cite un acceso restringido a sus datos, previa renuncia a ejercer los derechos derivados de la determinación de la maternidad. En consecuencia, en estos casos, la madre deberá comunicar su intención en principio a la entidad pública competente en protección de menores, y así conseguir la inscripción del nacimiento y salvar la publicidad de su identidad, que en todo caso constará. En mi opinión, la madre no puede oponerse a que se determine su maternidad por naturaleza —que es la derivada del parto—, no puede desconocer su maternidad (declaró derogados los preceptos registrales que lo permitían la STS de 21 de septiembre de 1999);⁴⁹ sólo tiene reconocido por la nueva legislación registral el derecho a renunciar a ejercer los derechos derivados de la filiación materna, siempre que haya *motivos fundados* para esto. No cabe, pues, una renuncia libre a ejercer los derechos derivados de la maternidad que, no olvidemos, van unidos siempre a deberes. ¿Qué motivos fundados podrían tomarse en consideración por el encargado del Registro para admitir que no se dé publicidad a la identidad de la madre? Sólo cabe interpretar que de este modo se protege mejor al nacido, al que en todo caso se le garantiza su derecho a conocer la identidad de la madre.

El supuesto evidente es el de la madre que recurre a la entidad pública competente para la protección de menores, y presta su consentimiento a la adopción del nacido por encontrarse en situación de desamparo (al no poder o no querer hacerse cargo de él). El artículo 48, LRC/2011, dispone para los casos de menores desamparados que las entidades públicas de las comunidades autónomas competentes en materia de protección de menores deberán promover sin demora su inscripción, así como la inscripción de la tutela administrativa que, en su caso, asuman, sin perjuicio de la anotación de la guarda que se establezca.⁵⁰ En el Preámbulo de la Ley 19/2015, que no modifica el artículo 48, LRC/2011, se enfatiza que

en el ámbito de la protección de la infancia, se establece la no obligatoriedad de la madre que renuncia a su hijo en el momento del parto a promover la inscripción de nacimiento, pasando esa obligación a la entidad pública correspondiente, sin que, en tal caso, el domicilio materno conste a los efectos estadísticos, evitando el consiguiente efecto de empadronamiento automático del menor en el domicilio de la madre que ha renunciado a su hijo.

⁴⁹ RJA 1999, 6944.

⁵⁰ Este artículo registral podemos entenderlo en vigor desde el 15 de octubre de 2015, aunque no se declaró así expresamente por la Ley 19/2015, al establecer la entrada en vigor del artículo 44 LRC/2011, ya que de otro modo no tiene sentido la remisión contenida en éste (la entrada en vigor de la LRC/2011, todavía no vigente, se ha vuelto a retrasar hasta el 30 de junio de 2020).

Efectivamente, el artículo 45.3, LRC/2011 (modificado por la Ley 19/2015), establece que, aunque los progenitores están obligados a promover la inscripción de nacimiento, en caso de renuncia al hijo en el momento del parto, la madre no tendrá esta obligación, que será asumida por la entidad pública correspondiente

Que la madre no quiera hacerse cargo del nacido, puede ocurrir también cuando cumple voluntariamente el contrato de gestación por sustitución celebrado, y si en este caso se declarase al menor en situación de desamparo, a cargo de la entidad pública competente, no habría inconveniente ninguno en aceptar una publicidad restringida de la maternidad a cuyos derechos se renuncia. ¿Pero ha de ir siempre unida la renuncia materna a la intervención de la entidad pública competente en protección de menores? Desde luego, no se alentaría la gestación por sustitución si el nacido quedara en todo caso a cargo de la administración, pues con tal interpretación se impediría totalmente conseguir efectos similares a los pretendidos por las partes del contrato. Parece, además, por lo expuesto *supra* en relación con la obligación de inscribir el nacimiento a cargo de la entidad pública y la exoneración de la madre, que es el único supuesto en el que está pensando el legislador al prever esta renuncia materna. O, por lo menos, que el conocimiento por la entidad pública es imprescindible cuando la madre pretende renunciar a los derechos derivados de la filiación, lo que garantiza un adecuado control de la situación en que se halla el nacido, que puede calificarse como abandono o no en función de las circunstancias.

Desde una posición doctrinal más suave, semejante a la que inspira la doctrina registral sobre posible inscripción de los nacidos en el extranjero recurriendo a una gestación por sustitución, cabría interpretar que cuando el menor no se encuentre en situación de desamparo, a pesar de la renuncia materna, y responda a su interés superior la determinación de la filiación que por naturaleza le corresponda, la nulidad del contrato de gestación por sustitución no puede ser óbice para que tal filiación se determine a favor del comitente que también sea progenitor biológico. Para defender esta tesis debemos partir de la expresa admisión legal de que se determine la paternidad biológica, aunque el origen de esta paternidad sea un contrato nulo (artículo 10.3, LTRHA, si bien admite sólo una determinación judicial, obviamente más gravosa que una determinación extrajudicial), de la eficacia de un reconocimiento de paternidad como título de determinación extrajudicial de la filiación (artículo 124, CC), y de la necesaria ponderación del interés superior del menor en cualquier decisión que adopte una autoridad administrativa (artículo 9 de la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor).

3. *Determinación de la filiación respecto de los comitentes del contrato de gestación subrogada*

Debemos tener en cuenta que la situación de desamparo no se dará necesariamente, aunque renuncie a sus derechos la madre que da a luz, si al inscribir el nacimiento es reconocido el nacido por el comitente que sea su progenitor biológico, según consta en la documentación que se presente ante el encargado del Registro (resolución judicial extranjera conforme con nuestro ordenamiento), y ese reconocimiento se admite como título eficaz de determinación de la filiación (en la RDGRN, 3a., de 6 de mayo de 2011, el comitente pretendió inscribir el reconocimiento de su paternidad sobre la menor nacida en India, y se denegó la inscripción remitiendo al proponente a la vía judicial).⁵¹ Ese reconocimiento de paternidad (artículo 120.2o., CC), realizado dentro del plazo para inscribir el nacimiento por el progenitor biológico, serviría en principio para determinar la paternidad sin necesidad de ningún consentimiento ni aprobación distinta a la mera asunción de paternidad (artículo 124.II, CC), pero debemos considerar que esta regla especial que favorece la inscripción del reconocimiento paterno se justifica por la inmediatez de la declaración del padre y la facultad que se reconoce a la madre de suspender la eficacia de la inscripción registral en el plazo de un año; si la madre ejerciera este derecho, el reconocimiento sólo podría recobrar eficacia con la aprobación judicial. Evidentemente, es difícil sustentar la eficacia automática de un reconocimiento paterno en una previa determinación de la maternidad a la que renuncia la madre, que es lo que ocurre en la gestación subrogada. Sólo si el reconocedor es el progenitor biológico, porque así consta en una resolución judicial extranjera obtenida con las debidas garantías, estaría justificado conceder valor a este reconocimiento como título de determinación legal de la filiación.

Determinada la paternidad por naturaleza, se podría instar la adopción del nacido por el cónyuge o la pareja (no biológicos), con independencia de su sexo (pasando por el filtro judicial correspondiente). En el caso de que la mujer comitente sea la progenitora genética porque aporte el gameto femenino (y así conste en la documentación auténtica presentada), también

⁵¹ JUR 2012\114782. Aunque la DGRN no entra a valorar pruebas biológicas cuando se trata de determinar extrajudicialmente una filiación, en este caso en que no estaría determinada la maternidad sólo podemos aceptar la determinación de la filiación del comitente, si a su vez es progenitor (aunque esto no garantiza que sea un buen padre para el menor); sin vínculo genético entre el nacido y quien le reconoce, con previa renuncia a la maternidad, sería absolutamente irresponsable permitir la determinación de una filiación por naturaleza, no adoptiva.

podría reconocer su maternidad, si admitimos a su vez que podría reclamar judicialmente el establecimiento de su maternidad (lo que es de entrada dudoso, pues el artículo 10.3, LTRHA, sólo contempla la reclamación judicial de la paternidad). Se trataría, en consecuencia, de defender un doble reconocimiento de la filiación biológica, tanto *a patre* como *a matre*, partiendo de la previa renuncia a los derechos derivados de la filiación de la madre gestante. Si continuamos tirando del hilo, ¿podría llegar a defenderse que, tras la determinación de la maternidad de la madre genética por reconocimiento inmediatamente posterior al nacimiento, podría presumirse la paternidad del marido *ex* artículo 116, CC (fuera o no progenitor biológico)? Si se respondiese afirmativamente, todavía quedaría una pregunta por resolver: el previo consentimiento del marido a la gestación por sustitución con semen de donante ¿blindaría o no su paternidad frente a una acción de impugnación por defecto de veracidad? Probablemente habría que decir que no, pues lo único que admite el artículo 10.3, LTRHA, es la determinación de la filiación biológica. Y esta respuesta debería conducir a dar también una negativa a la anterior pregunta: no puede presumirse la paternidad del marido si no ha aportado los gametos, pues a la excepcionalidad de la solución (estamos partiendo de una práctica no querida por el ordenamiento, que considera nulo el contrato) se uniría que esto sería contrario a la necesaria estabilidad del estado civil.

¿Estas conclusiones sobre determinación de la filiación derivada de una gestación por sustitución fundada en las reglas legales, pero no en la voluntad expresada en un contrato considerado nulo, son socialmente asumibles hoy en día? El interés del menor puede quedar suficientemente protegido, pues se le garantiza su cuidado por quienes tienen derecho a reclamar que se determine su filiación con el control de la entidad pública competente para la protección de menores. Y son conclusiones que satisfacen parcialmente a todos los que defienden la gestación por sustitución. Pero abren una vía a favor de la gestación por sustitución, sin regulación específica que permita proteger otros intereses en juego (fundamentalmente el de las mujeres gestantes). Autorizada doctrina sólo considera posible la determinación judicial de la paternidad biológica, de acuerdo con el artículo 10.3, LTRHA, y posterior adopción por la pareja/cónyuge, quedando entretanto el menor a cargo de los comitentes, en su “núcleo familiar” (con lo que se viene a reconocer que la familia del menor ya está constituida antes de la determinación de la filiación por los cauces correctos).⁵²

⁵² Barber Cárcamo (2012: 2946-2947).

En relación con la regla dispuesta por el artículo 10.3, LTRHA, que permite la determinación judicial de la paternidad que coincida con la verdad biológica conforme a las reglas generales, quedan algunos supuestos problemáticos sin resolver:

- i) ¿Podrá determinarse judicialmente la maternidad biológica si el óvulo procede de la comitente, y no de la gestante? La respuesta a esta pregunta parece que ha de ser necesariamente negativa si no consta una previa renuncia de la mujer gestante a los derechos derivados de la maternidad, pues no pueden quedar determinadas dos maternidades contradictorias (artículo 113.II, CC; esto no ocurre, obviamente, cuando se determina la paternidad biológica).⁵³ Pero en caso de renuncia de la madre gestante, no veo inconveniente en que quede determinada judicialmente la maternidad de la mujer comitente que ha aportado el óvulo para la generación del hijo (aunque no se prevea por el artículo 10.3, LTRHA, esta acción encaja sin problemas en los artículos 131 y 133, CC, pues la verdad biológica en que se inspiran estos artículos se corresponde con la genética).⁵⁴
- ii) ¿Tiene encaje legal el caso en el que ninguno de los padres de intención sea progenitor biológico? Creo que sólo recurriendo a la adopción del nacido podrá determinarse a su favor la filiación.⁵⁵ No me parece que pueda sostenerse la tesis, apuntada por algún autor,⁵⁶ favorable a una determinación judicial de la paternidad (maternidad) que no es biológica, sino sólo de intención, con fundamento en la posesión de estado y de acuerdo con la doctrina sentada por las SSTs de 5 de diciembre de 2013 y 15 de enero de 2014, en relación con la doble maternidad de la esposa (o pareja) de la madre gestante. Es el riesgo de las doctrinas excepcionales creadas *ad hoc* para resol-

⁵³ No admitir esta maternidad legal sería contrario a derechos fundamentales del menor, apuntan con dudas García Rubio/Herrero Oviedo (2018: 83).

⁵⁴ Con más confusión parece admitirlo también la Instrucción DGRN de 14 de febrero de 2019, y esto se ha interpretado como un exceso que ha motivado la sustitución de la Instrucción (Andreu Martínez, 2019: 76).

⁵⁵ En el *asunto Paradiso y Campanelli*, esta circunstancia se ha tenido en cuenta por la Gran Sala del TEDH para entender que el Estado italiano no ha vulnerado el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos al separar a un bebé de seis meses, nacido en Rusia, de sus padres de intención para ser adoptado por otra pareja.

⁵⁶ García Alguacil (2017: 75).

ver casos excepcionales, pero que no son doctrinas adecuadas para la generalidad de los casos por su heterodoxia.⁵⁷

V. DECISIONES JUDICIALES SOBRE ADOPCIÓN DE LOS NACIDOS, MEDIANTE GESTACIÓN SUBROGADA, POR EL CÓNYUGE O PAREJA DEL INSCRITO COMO PADRE

Como hemos visto, en todos aquellos casos en que no resulta posible inscribir la paternidad o maternidad del comitente o de la comitente españoles, porque no consta en una resolución judicial extranjera obtenida con las debidas garantías, la pareja o cónyuge de quien sí ha sido inscrito como padre en el Registro Civil español puede iniciar un procedimiento judicial de adopción del nacido. Se trata de un procedimiento de jurisdicción voluntaria (regulado por la Ley 15/2015, de 2 de julio, artículos 33 a 39), en el que el juez que decide si se constituye o no la adopción tendrá en cuenta siempre el interés del adoptando, y la idoneidad del adoptante para el ejercicio de la patria potestad (artículo 176.1, CC). Pero la adopción no es automática, y pueden imaginarse diversos escenarios en los que no llegarán a buen puerto, como comprobamos en la práctica de nuestros tribunales. Por este motivo, los que se consideran padres del nacido por gestación subrogada se resisten a la exigencia de adopción para que se determine legalmente su filiación: la adopción del hijo del cónyuge o de persona unida al adoptante por análoga relación de afectividad a la conyugal no necesita propuesta previa de la administración (como sí requiere la adopción de menores desamparados), pero aunque iniciar el proceso depende exclusivamente de la voluntad del adoptante, y en su caso, del adoptando si tiene más de 12 años —pues también debe consentir la adopción— (véase artículos 176.2.2a., 177.1 y 177.2.1o.,

⁵⁷ Sobre esta doctrina jurisprudencial, véase Quicios Molina (2014: 56-70). Podemos preguntarnos qué valor tendrá en España la existencia de posesión de estado de una filiación basada en un contrato de gestación por sustitución (recordemos que esa posesión de estado puede funcionar como título de legitimación de la filiación —artículo 113, CC— o como circunstancia que convierte en imprescriptible la acción de reclamación de la filiación —artículo 131, CC—). Siendo estrictos con los efectos de la nulidad declarada por el artículo 10.1, LTRHA, podría defenderse que no tiene ningún efecto (en Francia se intentó en un caso inscribir la filiación a favor de los esposos comitentes a partir de un acta de notoriedad de posesión de estado de filiación legítima, lo que fue rechazado por la Corte de Casación con el argumento de que no puede fundarse una posesión de estado en un contrato nulo —Sentencia núm. 371, de 6 de abril de 2011—). Sin embargo, no creo que la posesión de estado sea un efecto del contrato, sino una situación de hecho que desplegará los efectos oportunos en orden a la determinación o acreditación de la filiación correspondiente (que, insisto, puede determinarse a pesar de la nulidad del contrato).

CC), se necesita el asentimiento de los progenitores (el otro cónyuge y la madre gestante) y puede denegarse la solicitud en interés del menor. La voluntad de las personas es voluble, y el paso del tiempo en las relaciones personales puede ser dramático.

¿Es la adopción del nacido una alternativa razonable a la inscripción automática de una certificación extranjera en la que consta la paternidad y maternidad de los comitentes? Permite proteger mejor el interés superior del menor, en mi opinión, pero la práctica de los tribunales nos deja varios supuestos en los que no se aprueba la adopción: en unos casos porque el progenitor biológico, posteriormente separado de su esposa, no consiente la adopción; en otros porque se aplica indebidamente la norma que prohíbe adoptar a un descendiente, y un tercer grupo de casos en que no se acredita el asentimiento de la madre gestante a la adopción después del nacimiento.

Son muy interesantes el Auto AP La Rioja núm. 44/2017, de 2 de mayo (JUR 2017, 190039) o el Auto AP Soria núm. 201/2018, de 21 de mayo (JUR 2018, 242438), en casos en que el matrimonio se había separado después del nacimiento y el marido se opone a la adopción por la esposa. En el segundo caso, el interés superior del menor es evidente que reside en la determinación de la filiación adoptiva de la esposa comitente de un contrato de gestación subrogada celebrado en Tailandia, pues tras la separación conyugal el padre biológico (cuya paternidad sí había quedado determinada por esto) no pide la custodia del niño, pero se opone a que sea adoptado por quien ejerce, en definitiva, una guarda de hecho ratificada por la sentencia de divorcio que le atribuye la custodia del niño (la Audiencia Provincial, con buen criterio, entiende que en estas circunstancias el padre no está legitimado para oponerse a la adopción). Fijémonos también en el caso del AAP Asturias, sección 4a., núm. 87/2018, de 24 de julio (JUR 2018, 300256), tremendamente frustrante para la mujer que, junto con su esposo, recurre a una gestación subrogada para conseguir ser padres. Un matrimonio de españoles residentes en Alemania celebra en Ucrania un contrato de gestación subrogada, y en el certificado de nacimiento de los niños constan como progenitores el marido y la mujer gestante; en el Registro Civil español se inscriben los niños como hijos del marido, padre biológico. La esposa convive seis meses con los niños y su marido, pero éste abandona el hogar familiar con los pequeños, antes de que la esposa pueda adoptarlos. El marido había prestado su consentimiento anticipado e irrevocable a la adopción de los niños por su esposa, pero tras la separación se opone a dicha adopción y evita todo contacto entre los pequeños y su exmujer (consta en autos que el padre mantiene otra relación sentimental desde hace dos años). El expediente de adopción concluye con el rechazo de la solicitud de la esposa,

invocando la Audiencia el interés superior del menor, porque se ha roto la familia en que podrían estar integrados los niños, y sólo se generaría tensión a su alrededor debido a la complejidad de las circunstancias del caso; ningún núcleo afectivo se ha creado con la suficiente solidez como para mantenerlo en el futuro a pesar de la separación de los cónyuges (recuerda la Audiencia que el artículo 175.5, CC, admite la adopción por quienes estaban casados cuando se constituyó la guarda con fines de adopción o el acogimiento de un menor, pero la convivencia ha debido durar dos años).

El Auto AP Badajoz núm. 144/2018, de 29 de octubre (JUR 2019, 69596), y el Auto AP Granada núm. 183/2018, de 16 de noviembre (JUR 2019, 239909), se dictan en casos en que se había resuelto que la esposa, que figura como madre en la inscripción ucraniana, no podía adoptar a su propio hijo (el Ministerio Fiscal se opone a estas adopciones). La práctica de los tribunales nos ofrece otro caso en que a la esposa del padre biológico le costó adoptar a la niña nacida en Ucrania por gestación subrogada, pues en primera instancia el Juzgado consideró que la solicitante ya consta como madre en la certificación ucraniana y no cabe la adopción de un descendiente (artículo 175.3.1o., CC). Pero como alega la solicitante, esa maternidad de la comitente que consta en el certificado de nacimiento ucraniano, junto con la paternidad biológica, no tiene efectos en España, y por esto tiene que recurrir a la adopción. Afortunadamente, la SAP Murcia, sección 4a., núm. 91/2019, de 31 de enero (JUR 2019, 71777), deshizo el entuerto y declaró que se cumplen todos los requisitos para que la adopción se constituya en interés de la menor (la gestante había prestado su consentimiento a la adopción pasadas seis semanas después del nacimiento), en particular no hay dato alguno “para dudar de su idoneidad como adoptante, dado que forma parte de una unidad familiar estable, integrada por el padre de la menor, ora hija común con la adoptante y ella misma, con recursos económicos acreditados y adecuados para la atención de la menor y sin que se haya cuestionado ni conste dato alguno en contrario”.

En tercer lugar, un obstáculo muy problemático a esta adopción es el asentimiento de la madre gestante como progenitora del adoptando (artículo 177.2.2a., CC), pues debemos partir de la premisa de que la maternidad se determina por el parto (artículos 120.5o., CC, y 10.2, LTRHA), y la madre no puede prestar válidamente este consentimiento a la adopción por anticipado; incluso hay que esperar seis semanas desde el parto para que sea válido el asentimiento de la madre (artículo 177.2.2a., CC). ¿Qué efectos tiene la renuncia de la mujer gestante a su maternidad, en un proceso de adopción? Se ha denegado la solicitud de adopción, realizada por el varón que convive con el padre biológico, porque no constaba el asentimiento de

la madre gestante pasadas seis semanas desde el parto, por el AAP Barcelona, sección 18a., núm. 565/2018, de 16 de octubre (JUR 2018, 290468). Concluye la Audiencia en este caso que

aun atribuyendo efectos a la inscripción registral de la paternidad, no constando suficientemente acreditado que la madre gestante tuvo la oportunidad de ser oída en un proceso contradictorio, con plenas garantías a sus derechos y que su renuncia o consentimiento a la adopción ha sido prestado con libertad y conocimiento de las consecuencias presentes y futuras de su decisión para ella y para los hijos, no nos encontraríamos ante el asentimiento [exigido por la ley].

VI. BIBLIOGRAFÍA

- ARECHEDERRA ARANZADI, Luis I. (2018), *No se alquila un vientre, se adquiere un hijo (La llamada gestación por sustitución)*, Pamplona, Thomson Reuters-Aranzadi.
- ATIENZA, Manuel (2017), “La gestación por sustitución. La ley española no prohíbe esta práctica ni establece sanción alguna contra ella”, *El País*, 4 de mayo de 2017.
- BALAGUER, Ma. Luisa (2017), *Hij@s del mercado. La maternidad subrogada en un Estado social*, Madrid, Cátedra.
- BARBER CÁRCAMO, Roncesvalles (2012), “La legalización administrativa de la gestación por sustitución en España (crónica de una ilegalidad y remedios para combatirla)”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 739.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (2014), Discurso de Incorporación al Claustro de Doctores de la Universidad de León.
- Comité de Bioética de España (2017), Informe sobre los Aspectos Éticos y Jurídicos de la Maternidad Subrogada.
- COSTA-LASCAUX, Jacqueline (1993), “Mujer, procreación y bioética”, en DUBY, G. et al. (dirs.), *Historia de las mujeres en Occidente*, Madrid, Taurus, vol. 5.
- FARNÓS AMORÓS, Esther (2017), “¿Debe permitirse la gestación por sustitución en España? Estado de la cuestión y algunas reflexiones”, en CASADO, María (coord.), *De la solidaridad al mercado. El cuerpo humano y el comercio biotecnológico*, Barcelona, Universidad de Barcelona.
- Fundación Garrigues-FIDE (2018), Propuesta de Reforma de la Regulación Española sobre Inscripción de Relaciones de Filiación constituidas en el Extranjero mediante Gestación Subrogada, Madrid, 1 de octubre de 2018.

- GARCÍA ALGUACIL, Ma. José (2016), “¿Injerencia injustificada del Estado en la determinación de la filiación o de la autonomía de la voluntad en las relaciones familiares”, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 5.
- GARCÍA ALGUACIL, Ma. José (2017), “Las claves de la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014”, en TORRES GARCÍA, Teodora (dir.), *Construyendo la igualdad. La feminización del derecho privado. Carmona III*, Sevilla, Tirant lo Blanch-Universidad Pablo de Olavide.
- GARCÍA RUBIO, Ma. Paz y HERRERO OVIEDO, Margarita (2010), “Maternidad subrogada: dilemas éticos y aproximación a sus respuestas jurídicas”, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, Universidad de Granada, núm. 52.
- GONZÁLEZ CARRASCO, Ma. Carmen (2017), “Gestación por sustitución: ¿regular o prohibir?”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, Universidad de Castilla-La Mancha, núm. 22.
- HEREDIA CERVANTES, Iván (2013), “La Dirección General de los Registros y del Notariado ante la gestación por sustitución”, *Anuario de Derecho Civil*, Ministerio de Justicia-BOE, t. LXVI, fasc. II.
- HEREDIA CERVANTES, Iván (2014), “Inscripción de relación de filiación derivada del recurso a gestación por sustitución en el extranjero”, *Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 96.
- HUALDE MANSO, Teresa (2012), “De nuevo sobre la filiación de los nacidos mediante gestación contratada”, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 10.
- IGAREDA GONZÁLEZ, Noelia (2018), “La gestación por sustitución: género, derecho y autonomía reproductiva”, en GARCÍA MANRIQUE, R. (coord.), *El cuerpo diseminado. Estatuto, uso y disposición de los biomateriales humanos*, Thomson Reuters.
- JEREZ DELGADO, Carmen (2018), “La autonomía de la voluntad en derecho de familia: la gestación por sustitución, entre el ámbito de lo privado y el orden público internacional (a propósito de la Sentencia del TEDH de 24 de enero de 2017)”, en RUDA, A. y JEREZ, C. (dir.), *Estudios sobre jurisprudencia europea*, Sepin Editorial Jurídica.
- LAMM, Eleonora (2012), “Gestación por sustitución”, *Indret*, Barcelona, julio/2012.
- LAMM, Eleonora (2018), “Gestación por sustitución y género: repensando el feminismo”, en GARCÍA MANRIQUE, R. (coord.), *El cuerpo diseminado. Estatuto, uso y disposición de los biomateriales humanos*, Thomson Reuters.
- NAVARRO MICHEL, Mónica (2018), “La gestación por sustitución, ¿debe ser regulada? Y, en su caso, ¿cómo?”, en GARCÍA MANRIQUE, R. (coord.), *El*

- cuerpo diseminado. Estatuto, uso y disposición de los biomateriales humanos*, Thomson Reuters.
- PALOP, Ma. Eugenia (2018), “Argumentos contra la gestación por sustitución”, en GARCÍA MANRIQUE, R. (coord.), *El cuerpo diseminado. Estatuto, uso y disposición de los biomateriales humanos*, Thomson Reuters.
- PANIZA FULLANA, Antonia (2017), *Realidad biológica versus realidad jurídica: el necesario replanteamiento de la filiación*, Thomson-Reuters Aranzadi.
- PÉREZ FUENTES, Gisela María *et al.* (2017), *La maternidad subrogada*, Ciudad de México, Tirant lo Blanch.
- QUICIOS MOLINA, Susana (2014), *Determinación e impugnación de la filiación*, Thomson Reuters-Aranzadi.
- QUICIOS MOLINA, Susana (2019), “Regulación por el ordenamiento español de la gestación por sustitución: dónde estamos y hasta dónde podemos llegar”, *Revista de Derecho Privado*, núm. 1.
- ROCA TRÍAS, Encarna (2015), “*Dura Lex Sed Lex*. O de cómo integrar el interés del menor y la maternidad subrogada”, *Boletín del Ministerio de Justicia*, año 69, núm. 2179.
- SALAS CARCELLER, Antonio (2017), “Gestación subrogada. Hacia una ley reguladora”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 10.
- VAQUERO PINTO, Ma. José (2018), “¿Debe admitirse y regularse la gestación por sustitución?”, en BARBER, R. *et al.* (coord.), *Retos actuales de la filiación*, Madrid, Tecnos.
- VELA SÁNCHEZ, Antonio J. (2012), *La maternidad subrogada: estudio ante un reto normativo*, Comares.
- VELA SÁNCHEZ, Antonio J. (2015), *Gestación por encargo: tratamiento judicial y soluciones prácticas. La cuestión jurídica de las madres de alquiler*, Reus.
- VELA SÁNCHEZ, Antonio J. (2018), “A propósito de la STC portuguesa núm. 225/2018, de 24 de abril”, *Diario La Ley*, núm. 9237.
- VERDA Y BEAMONTE, José Ramón de (2018), “La filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida en España”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, Instituto de Derecho Iberoamericano, núm. 8, febrero de 2018.
- VERDERA SERVER, Rafael (2016a), *La reforma de la filiación. Su nuevo régimen jurídico*, Tirant lo Blanch.
- VERDERA SERVER, Rafael (2016b), “Ser padre”, *Derecho Privado y Constitución*, núm. 3o.
- VILAR GONZÁLEZ, Silvia (2018), *La gestación subrogada en España y en el derecho comparado*, Bosch Wolters Kluwer.