

FILIACIÓN Y MATERNIDAD SUBROGADA

Por Francisco Javier Pérez-Olleros Sánchez-Bordona



“De eso se trata, de coincidir con gente que te haga ver cosas que tú no ves. Que te enseñen a mirar con otros ojos.”

Mario Benedetti

Mayo de 2017

Dado el debate existente en esta cuestión, se efectúa esta aportación tratando de relacionar la institución de la filiación con las técnicas de la reproducción asistida humana, y especialmente con la gestación por sustitución.

SUMARIO: I.- ¿QUÉ ES LA FILIACIÓN? II.- ¿HAY UN DERECHO DE LAS PERSONAS A LA IDENTIDAD BIOLÓGICA? III.-¿CUALES SON LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA PERMITIDAS? IV.- ¿COMO PUEDE DETERMINARSE LA FILIACIÓN? V.- ¿QUE CONSECUENCIAS DERIVAN DE LA FILIACIÓN? VI.- ¿COMO SE ACREDITA LA FILIACIÓN? VII.- ¿COMO SE DETERMINA LA FILIACION MATRIMONIAL? VIII.- ¿COMO SE DETERMINA LA FILIACIÓN NO MATRIMONIAL CON POSTERIORIDAD A LA INSCRIPCIÓN DEL HIJO? IX.- ¿LA DETERMINACION JUDICIAL DE LA FILIACION TIENE EFECTOS RETROACTIVOS? X.- ¿CABE QUE SEA OBJETO DE CONTRATO LA FILIACIÓN? XI.- ¿QUE DERECHOS TIENE EL NASCITURUS? XII.- ¿QUE DERECHOS TIENE EL CONCEPTURUS? XIII.- ¿EXISTE TURISMO LEGAL PROCREATIVO? XIV.- ¿ES VALIDO EL ASENTIMIENTO PARA LA ADOPCION DE UNA MADRE GESTANTE SUSTITUTA O SUBROGADA EN GESTACIONES POR SUSTITUCIÓN? XV.- ¿TIENEN DERECHO LOS PADRES INTENCIONALES A PERCIBIR PRESTACION DE MATERNIDAD EN LOS SUPUESTOS DE GESTACION POR SUSTITUCIÓN? XVI.- ¿QUE

DEBE RESOLVER EL TRIBUNAL CIVIL EN LOS CASOS DE SOLICITUDES DE ADOPCIÓN TRAS GESTACIONES POR SUSTITUCIÓN?



I.- ¿QUÉ ES LA FILIACIÓN?

Entendemos por filiación el vínculo jurídico existente entre padre o madre e hijo.

Es un concepto actualmente en crisis, pero sigue entendiéndose que es atribución jurídica de la cualidad de padres, respecto de un concebido o una persona que sería el hijo o hija.

Está en crisis también quién es el padre de una determinada persona. Por ello actualmente se habla de padre biológico, padre intencional, madre gestante o subrogada, y madre comitente o intencional, además de padres adoptantes.

Conforme al ordenamiento actual, mediante las técnicas de reproducción asistidas cabe la posibilidad de ser hijo de dos madres o dos padres.

Esta crisis deriva de los avances en la medicina reproductiva, conlleva que se pueda considerar como padre no sólo al que ha puesto su cédula sexual para la fecundación del óvulo y por lo tanto para la consecución del embrión primero, y del feto después, hasta el nacimiento del hijo.

Una vez que el feto viva enteramente desprendido del seno materno (artículo 30 del Código Civil, en su redacción dada por ley 20/2011, en adelante CC¹), es, salvo en los casos de adopción, cuando se determina su filiación mediante el reconocimiento por el Estado, en

¹ Son inscribibles los nacimientos en que concurren las condiciones establecidas en el art. 30 del CC., que dispone que *“La personalidad se adquiere en el momento del nacimiento con vida, una vez producido el entero desprendimiento del seno materno”*. La inscripción hace fe del hecho, la fecha, hora y lugar del nacimiento identidad, sexo y, en su caso, filiación del inscrito. En los casos de filiación adoptiva, se hará constar la resolución judicial que constituya la adopción, quedando sometida al régimen de publicidad restringida previsto en la presente Ley (artículo 44 de la ley del Registro Civil de 2011, en adelante LRC, que entrará en vigor el 30/Junio/2017).

Son criaturas abortivas las que no reúnen las circunstancias exigidas para que un feto se repute nacido a efectos civiles (art. 171 del Decreto de 14 de noviembre de 1958, que constituye el Reglamento del Registro Civil, en adelante RRC). Los obligados a declarar o dar parte del nacimiento, lo están también para comunicar el alumbramiento de criaturas abortivas de más de 180 días de vida fetal. En el Registro se lleva un legajo con las declaraciones y partes de estos abortos (artículo 45 LRC).

expediente tramitado ante el Registro Civil (artículo 44 de la Ley del Registro Civil de 2011, en adelante LRC), o por sentencia judicial firme (artículo 764 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en adelante LEC).

Esta atribución determina una relación jurídica entre padre y/o madre e hijo, con un contenido en derechos y obligaciones para ambas partes, pero también supone dar una identidad familiar y biológica a una persona, incluso otorgarla un encuadramiento social, con una nacionalidad.

Aunque la procreación sea el medio más común y natural de la determinación de la filiación, puede haber filiación sin procreación, como en el caso de la adopción, por la que se adquiere la paternidad, por un acto de voluntad o intencional del adoptante y del adoptado mayor de 12 años², promoviendo su declaración judicial, y salvo los casos de adopción abierta del artículo 178.4 del CC, extingue totalmente la filiación que anteriormente pudiera haber estado reconocida.

Escasa importancia tiene hoy la distinción entre filiación por naturaleza y por adopción, y entre filiación matrimonial y no matrimonial, que se realiza en el artículo 108 del CC, pues tanto la filiación matrimonial, la no matrimonial y la adoptiva surten los mismos efectos. Tiene importancia esta distinción a los efectos de aplicar las presunciones de paternidad, y en cuanto a la especial reserva que se realiza respecto de la filiación adoptiva en el artículo 83 de la LRC³.

II.- ¿HAY UN DERECHO DE LAS PERSONAS A LA IDENTIDAD BIOLÓGICA?

Desde el momento en el que nacen, los niños y las niñas necesitan forjarse una identidad.

Para ello, el primer paso es inscribir el nacimiento en los registros públicos y de esa forma contar con un nombre y una nacionalidad.

El derecho a la identidad se recoge en los artículos 7 y 8 de la Convención sobre los Derechos del Niño aprobada en 1989⁴, y

² Deberán ser citados para que manifiesten su consentimiento en presencia del Juez el adoptante o adoptantes y el adoptando si es mayor de 12 años (artículo 36 LJV 2015).

³ El artículo 83 de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil, que entrará en vigor el 30 de junio de 2017, señala que, a los efectos de la presente Ley, se considerarán datos especialmente protegidos la filiación adoptiva y la desconocida, y salvo el propio inscrito, solo se pueda acceder a ellos con la autorización expresada en el artículo siguiente.

⁴ Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 (BOE 31 de diciembre de 1990), en su artículo 7 establece que el niño será inscrito inmediatamente después de su

abarca los derechos a tener un nombre, un apellido, una nacionalidad, a ser inscripto en un registro público, a conocer y ser cuidado por sus padres y a ser parte de una familia.

Saber quiénes son los padres biológicos también forma parte del derecho a la identidad de una persona, y por ello, los artículos 39.2 de la Constitución Española, y el artículo 727 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, determinan que en los juicios sobre filiación será admisible la investigación de la paternidad y de la maternidad mediante toda clase de pruebas, incluidas las biológicas.

Pero si se utilizan determinadas técnicas de reproducción asistida humana en la procreación, en algunos casos, con ciertas técnicas, como es cuando los padres acuden a los bancos de semen, óvulos o preembriones, se impide saber al hijo quienes son sus ascendientes biológicos, y por tanto su filiación por naturaleza concreta.

Por otra parte, han quedado desfasados los artículos reguladores en el Código Civil sobre las formas de determinación de la filiación⁵.

nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos. Los Estados Partes velarán por la aplicación de estos derechos de conformidad con su legislación nacional y las obligaciones que hayan contraído en virtud de los instrumentos internacionales pertinentes en esta esfera, sobre todo cuando el niño resultara de otro modo apátrida. Y el artículo 8 establece que los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas. Cuando un niño sea privado ilegalmente de algunos de los elementos de su identidad o de todos ellos, los Estados Partes deberán prestar la asistencia y protección apropiadas con miras a restablecer rápidamente su identidad.

⁵ En el artículo 115 del Código Civil sigue señalando que la filiación matrimonial materna y paterna quedará determinada legalmente por la inscripción de nacimiento junto con la del matrimonio de los padres en el Registro Civil, y el artículo 116 del mismo texto legal señala que se presumen hijos del marido los nacidos después de la celebración del matrimonio y antes de los 300 días siguientes a su disolución o a la separación legal o de hecho de los cónyuges.

El plazo de 300 está en consonancia con la consideración de una duración normal del periodo de gestación humana.

También el mismo artículo 116 del Código Civil considera hijos matrimoniales los nacidos en los primeros 180 días del matrimonio, pero respecto del nacido en este periodo, puede destruir la presunción de paternidad mediante declaración auténtica en contrario formalizó dentro de los seis meses siguientes al conocimiento del parto. Se exceptúa los casos en que hubiere reconocido la paternidad expresa o tácitamente hubiese conocido el embarazo de la mujer con anteriores a la celebración del matrimonio, salvo que, en este último supuesto, la declaración auténtica se hubiera formalizado, con el consentimiento de ambos, antes del matrimonio o después del mismo, dentro de los seis meses siguientes al nacimiento del hijo.

El Tribunal Supremo, en Sentencia de 5 de diciembre de 2013 (recurso de casación número 134/2012), de la que fue ponente el Magistrado Don José Antonio Seijas Quintana, consideró que el consentimiento firmado por ambas mujeres que formaban una pareja, para la fecundación in vitro de un óvulo de una de las mujeres de la pareja, con que acudiera a la donación de esperma, era título de atribución de la filiación bastante, reforzado por la posesión de estado, y por el interés de la estabilidad de la unidad familiar de las hijas⁶.

El artículo 7 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida, redactado por la Disposición Adicional Primera de la Ley 3/2007, de 15 de marzo, habilita a la mujer casada, y no separada legalmente o, de hecho, con otra mujer, para manifestar ante el encargado del registro civil municipal del domicilio conyugal, que consiente en que cuando nazca el hijo de su cónyuge, se determine a su favor la filiación respecto del nacido.

Señala el Tribunal Supremo en la Sentencia de 5 de diciembre de 2013 que en el régimen de filiación conseguida mediante reproducción asistida, la verdad biológica que debe presidir la determinación de la filiación natural, se ha sustituido por la voluntad de quien desea ser progenitor. A estos padres se les denomina por ello padres intencionales, en vez de padres biológicos⁷.

⁶ Los antecedentes del caso son los siguientes: Doña Santiago y Doña Delia tienen una hija en común concebida por fecundación in vitro, llamada Adelaida, inscrita en el Registro Civil de Santa Cruz de Tenerife como hija de doña Santiago, madre soltera, y adoptada por doña Delia por auto de fecha 25 de abril de 2008. Con fecha 3 de agosto de 2007 contrajeron matrimonio. Unos meses antes -16 de marzo de 2007-, ambas partes firman el consentimiento informado para la fecundación in vitro de doña Santiago. Nacen en 2007 las menores Rebeca y Aurora y son inscritas con la sola filiación materna y con los apellidos de la madre en el mismo orden que ésta los ostenta, la cual inicia ante el Registro Civil expediente de rectificación de error de las inscripciones registrales de las menores practicadas, a efectos de que se rectifique el error que según refiere existe en las mismas en cuanto al estado civil de la madre biológica, que no es de soltera, sino de casada, y para que se identifique a su cónyuge a los efectos de la patria potestad y designación de apellidos de las dos menores. Dicho expediente de rectificación de error acaba por auto de fecha 5 de marzo de 2008 en el que se acuerda la rectificación parcial, únicamente respecto del estado civil de la madre, no accediendo al resto de las solicitudes interesadas. La progenitora interpuso contra dicho auto recurso de apelación que fue resuelto por la DGRN en fecha 26 de noviembre de 2008, desestimatorio íntegramente del recurso. En junio de 2009, una y otra rompen su relación definitivamente yéndose la demandada de la vivienda en la que convivían, formulando doña Santiago demanda de divorcio.

Con estos antecedentes, la acción deducida por doña Delia en la demanda que formuló contra Doña Isidora es la relativa a la reclamación de filiación por posesión de estado respecto de las menores Rebeca y Aurora, que fue estimada en la primera instancia, con la correspondiente rectificación de la inscripción de nacimiento practicada en el Registro Civil, para que se haga constar en dicha inscripción la filiación respecto de la actora y de que, consiguientemente, aparezcan como apellidos de las dos niñas los de Isidora y Eva.

⁷ La procreación mediante técnica de reproducción asistida puede ser homóloga o conyugal si los gametos son del matrimonio o de la pareja, o heteróloga o por

Sin embargo, la determinación de la filiación, sin distinción de su origen, se refuerza por la Ley 14/2006, dado que el artículo 7.2 establece que, en ningún caso, la inscripción en el Registro Civil reflejará datos de los que se pueda inferir el carácter de la generación.

Por tanto, las técnicas de reproducción asistidas heterólogas determinan coexistencia de dos filiaciones, una filiación biológica, que puede ser desconocida, y una filiación no basada en la realidad biológica, sino en una ficción legal, que en cuanto a una materna viene dada por el parto, y en cuanto a la otra puede venir dada por la filiación biológica o por la voluntad del progenitor no gestante, e incluso por las presunciones y posesión de estado.

Señala en este aspecto el artículo 8 de la Ley 14/2006 que ni la mujer progenitora, ni el marido, pueden impugnar la filiación matrimonial, cuando prestaron su consentimiento formal, previo y expreso a la fecundación con contribución de donante o donantes, y que en todo caso la identificación del donante en estos supuestos de inseminación artificial o fecundación in vitro no implica en ningún caso determinación legal de la filiación.

Y el artículo 5 de la Ley 14/2006 determina la confidencialidad de la donación de gametos, que se realiza tras un contrato entre el donante y el centro autorizado para recibir la donación.

Es decir, la donación de espermatozoides, óvulos o preembriones, de la reproducción heterónoma, será anónima, y deberá garantizarse la confidencialidad de los datos de identidad de los donantes por los bancos de gametos.

Sólo los hijos y las madres gestantes receptoras de los gametos y de los preembriones, tienen derecho a obtener información general de los donantes, pero que no incluya su identidad.

Sólo excepcionalmente, señala este artículo 5.5 de la Ley 14/2006, podrá revelarse la identidad de los donantes, en circunstancias que comporten un peligro cierto para la vida o la salud del hijo o cuando proceda con arreglo a las leyes procesales penales. Dicha revelación tendrá carácter restringido y no implicará en ningún caso publicidad de la identidad de los donantes.

III.-¿CUALES SON LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA PERMITIDAS?

Cuando por cuestiones de dificultades de fertilidad, o deficiencias en los gametos, o en los órganos del proceso de reproducción; o cuando

donación, cuando se utiliza para la fecundación el gameto de un tercero. Es decir, cuando se acude a la donación de óvulos o espermatozoides.

por razones de identidad u orientación sexual, este proceso no es aceptado mediante la cópula, existen técnicas de laboratorio que posibilitan la procreación humana, que en España se regulan en la Ley 14/2006, de 26 de mayo (LTRHA, en adelante).

La LTRHA concreta los tres enfoques distintos de su regulación en el artículo 1, estableciendo que su objeto es: “a) Regular la aplicación de las técnicas de reproducción humana asistida acreditadas científicamente y clínicamente indicadas; b) Regular la aplicación de las técnicas de reproducción humana asistida en la prevención y tratamiento de enfermedades de origen genético, siempre que existan las garantías diagnósticas y terapéuticas suficientes y sean debidamente autorizadas en los términos previstos en esta Ley ; y c) La regulación de los supuestos y requisito de utilización de gametos y preembriones humanos crioconservados”.

Las técnicas de reproducción humana asistida que permite la Ley 14/2006, se relacionan de forma expresa en el anexo de la ley, y son: 1) la Inseminación artificial; 2) la Fecundación in Vitro (FIV, en adelante), e inyección intracitoplásmica de espermatozoides procedentes de eyaculado, con gametos propios o de donante, con transferencia de preembriones⁸; 3) la transferencia intratubárica de gametos.

Se permite también a las mujeres casadas, y no separadas legalmente o de hecho, recibir ovocitos de su esposa (método ROPA), y consentir que el Registro Civil que se inscriba la filiación del hijo nacido como hijo de ambas (artículo 7.3 de la LTRHA).

La aplicación de cualquier otra técnica no relacionada en el anexo de la LTRHA, requerirá la autorización de la autoridad sanitaria correspondiente, previo informe favorable de la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida, para su práctica provisional y tutelada como técnica experimental (artículo 2.2 Ley 14/2006).

La FIV puede realizarse con los gametos de la pareja (homóloga), o con donación de esperma de un tercero, o con ovodonación, y también con la implantación de un preembrión de una pareja anónima que previamente los ha donado (heteróloga), derivados de la crioconservación de preembriones sobrantes de la aplicación de técnicas de fecundación (artículo 11).

La adopción de embriones o embrioadopción es el tratamiento reproductivo por el que una pareja busca el embarazo a través de la transferencia de los embriones sobrantes del tratamiento de fecundación in vitro (FIV) de otra pareja, que ha decidido donarlos de forma anónima y altruista.

⁸ Se considera preembrión al óvulo fecundado que se haya desarrollado in vitro más allá de 14 días después de la fecundación del ovocito, descontando el tiempo en el que pueda haber estado crioconservado (artículo 15 LTRHA).

Para detallar un poco más las técnicas permitidas de reproducción que se vienen efectuando, señalar que:

1) La inseminación artificial consiste en la introducción del semen del compañero (homóloga), o de un donante anónimo (heteróloga), en el útero de la mujer receptora.

En este caso, la fecundación se producirá de forma natural en las Trompas de Falopio de la mujer receptora.

Los espermatozoides pueden ser de la pareja (Inseminación Artificial Conyugal o IAC), o de un banco de semen (Inseminación Artificial de Donante o IAD).

2) Fecundación in vitro

La fecundación in vitro con óvulos propios y semen de la pareja es una técnica de laboratorio que consiste en fecundar los óvulos, previamente extraídos, con los espermatozoides del semen de tu pareja. Una vez fecundado, el óvulo se convierte en un preembrión y se introduce en el útero para que continúe su desarrollo.

Este tipo de fecundación in vitro es idóneo cuando hay una cantidad insuficiente de espermatozoides como para poder realizar una inseminación artificial, o bien cuando hay obstrucción o daños en las Trompas de Falopio, ya que no existe otra posibilidad de conseguir un embarazo. También se recomienda esta técnica tras haber realizado varios intentos de inseminación artificial sin conseguir un embarazo.

En reproducción asistida, sin embargo, según el informe estadístico de la Sociedad Española de Fertilidad (SEF) del 2014, las tasas de parto gemelar (tanto mellizos como gemelos) con óvulos propios son del 19,4% por cada transferencia en FIV y del 11,2% con inseminación artificial.

Las tasas de embarazo y parto gemelar aumentan considerablemente al utilizar técnicas de reproducción asistida por que se suelen transferir de dos o tres embriones en fecundación in vitro para aumentar las posibilidades de embarazo, y por lo tanto aumentan también la de embarazo múltiple, y por la estimulación de la ovulación para que madure más de un óvulo en inseminación artificial.

3) FIV con microinyección intracitoplasmática (ICSI).

Mediante técnicas de micromanipulación se introduce directamente el espermatozoide en el interior del citoplasma del óvulo.

Mediante una inyección intracitoplasmática de espermatozoides o ICSI (del inglés intracytoplasmic sperm injection), con una micropipeta, se

fecunda un ovocito en el interior del citoplasma del óvulo, previa obtención y preparación de los gametos, con el fin de obtener embriones que puedan transferirse al útero materno.

Existen diferencias entre esta técnica y la fecundación in vitro clásica. Con esta técnica se prescinde de la unión natural de un espermatozoide y un óvulo, sino que se fuerza con la micromanipulación en laboratorio.

Además, para realizar la ICSI se necesita sólo un espermatozoide por óvulo, mientras que en una fecundación in vitro clásica sin ICSI son necesarios entre 50.000 y 100.000 espermatozoides, ya que es el propio espermatozoide el que tiene que superar las barreras del óvulo para penetrarlo. Una vez fecundado, el óvulo se convierte en un preembrión y se transfiere al útero para que pueda continuar su desarrollo.

El primer embarazo humano mediante la técnica de ICSI se produjo en el año 1992, realizado por Gianpiero Palermo y colaboradores.

4) Transferencia intratubárica de gametos.

Cuando el anterior proceso de inyección del espermatozoide en el óvulo se lleva a cabo no en laboratorio, sino en los conductos llamados Trompas de Falopio, se denomina al proceso transferencia intratubárica de gametos. La función de estos conductos es la de impulsar el óvulo que se desprende durante la ovulación, hacia el útero.

El médico lleva un control exhaustivo de los niveles hormonales para determinar cuando los óvulos están listos para ser fecundados mediante este procedimiento. Una vez los óvulos estén maduros, el médico los extraerá para combinarlos con los espermatozoides, y luego implantará al menos cuatro de ellos en las trompas de Falopio mediante una pequeña incisión. Si alguno de ellos resulta fecundado se implantará en el útero y se dividirá hasta convertirse en un bebé.

Esta técnica permite que la fecundación ocurra en tu trompa de Falopio en lugar de hacerlo en el laboratorio, lo cual puede ser una buena opción si se desea que el bebé se desarrolle de la forma más natural posible.

Pero tiene la desventaja de que para recolectar los óvulos y trasplantarlos a las Trompas de Falopio se necesita cirugía, a diferencia de la fecundación in vitro. Además, debido a que probablemente te inyecten más de un óvulo en las trompas, estarás más propensa a tener mellizos o más bebés. Aunque el porcentaje de embarazos múltiples con este tratamiento no es tan elevado como en los in vitro.

IV.- ¿CÓMO PUEDE DETERMINARSE LA FILIACIÓN?

Conforme al Código Civil y la legislación del Registro Civil, si hay matrimonio, la filiación se determinará por la inscripción en el plazo establecido del nacimiento junto con la del matrimonio de los padres en el Registro Civil, teniendo en cuenta las presunciones de paternidad, pues la filiación materna constará siempre que coincidan en su atribución la declaración y el parte facultativo del alumbramiento (artículo 47 Ley del Registro Civil de 1957⁹).

Si no hay matrimonio, la filiación requiere para su reconocimiento un procedimiento legalmente establecido, y puede realizarse a través del reconocimiento expreso y solemne por el que el padre o la madre, o ambos a la vez, reconocen expresamente una persona como su hijo de manera irrevocable y con carácter retroactivo conforme al artículo 112 del Código Civil.

Este reconocimiento puede realizarse en el momento de la inscripción del nacimiento en el registro civil, o en un documento público, posterior o no, o en testamento, o ante el encargado del registro civil en expediente al efecto tramitado con arreglo a la legislación del registro civil¹⁰.

⁹ La Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil, sigue en vacatio legis hasta el 30 de junio de 2017. Dicha fecha se establece de acuerdo con la disposición final 10, en la redacción dada por la Ley 15/2015, de 2 de julio.

¹⁰ Señala el artículo 44 de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil, con entrada en vigor el 30 de junio de 2017, el reconocimiento de la filiación no matrimonial con posterioridad a la inscripción del hijo podrá hacerse con arreglo a las formas establecidas en el Código Civil en cualquier tiempo. Si se realizare mediante declaración del padre ante el Encargado del Registro Civil, se requerirá el consentimiento expreso de la madre y del representante legal del hijo si fuera menor de edad o de este si fuera mayor. Si tuviera la capacidad modificada judicialmente se precisará, según la sentencia, el consentimiento de su representante legal, el asentimiento de su curador o el consentimiento del hijo. Para que sea posible la inscripción deberán concurrir, además, los requisitos para la validez o eficacia del reconocimiento exigidos por la Ley civil.

Podrá inscribirse la filiación mediante expediente aprobado por el Encargado del Registro Civil, siempre que no haya oposición del Ministerio Fiscal o de parte interesada notificada personal y obligatoriamente, si concurre alguna de las siguientes circunstancias:

- 1.^a Cuando exista escrito indubitado del padre o de la madre en que expresamente reconozca la filiación.
- 2.^a Cuando el hijo se halle en la posesión continua del estado de hijo del padre o de la madre, justificada por actos directos del mismo padre o de su familia.
- 3.^a Respecto de la madre, siempre que se pruebe cumplidamente el hecho del parto y la identidad del hijo.

Formulada oposición, la inscripción de la filiación sólo podrá obtenerse por el procedimiento regulado en la Ley de Enjuiciamiento Civil.

La filiación matrimonial y no matrimonial también puede declararse por Sentencia firme.

Los anteriores medios de reconocimiento de la filiación están relacionados con la verdad biológica o genética, es decir con la procreación natural a través de la fecundación homóloga, llamada así porque el óvulo de la madre es fecundado por el espermatozoide del padre cuya paternidad se reconoce, y en tales casos, cabe que se determine dicha paternidad judicialmente a través de una prueba de ADN¹¹.

Pero la filiación, como hemos indicado, también puede reconocerse por una aceptación a ser padre o madre, aunque no coincida con la verdad biológica, en los casos de adopción, y en los casos de gestación con técnicas de reproducción asistida, con los requisitos de consentimiento y registrales que establece la ley.

V.- ¿QUÉ CONSECUENCIAS DERIVAN DE LA FILIACIÓN?

Sin ánimo de ser exhaustivos, citaremos cinco importantes consecuencias jurídicas derivadas del reconocimiento de una filiación¹²:

8. En los supuestos de controversia y en aquellos otros que la ley determine, para hacer constar a filiación paterna se requerirá previa resolución judicial dictada conforme a las disposiciones previstas en la legislación procesal.

9. Una vez practicada la inscripción, el Encargado expedirá certificación literal electrónica de la inscripción de nacimiento y la pondrá a disposición del declarante o declarantes.

¹¹ La determinación de la filiación natural o biológica, y por tanto de la identidad genética, hasta la fecha, ha sido tan importante en nuestro ordenamiento jurídico, que la vigente Constitución de 1978, en su artículo 39 admite la investigación de la paternidad, al afirmar que: "La Ley posibilitará la investigación de la paternidad". En desarrollo de este precepto el artículo 764.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en adelante LEC, señala que: "Podrá pedirse de los Tribunales la determinación legal de la filiación, así como impugnarse ante ellos la filiación legalmente determinada en los casos previstos por la legislación civil". Igualmente, el artículo 767.2 LEC señala aclara que "En los juicios sobre filiación será admisible la investigación de la paternidad y de la maternidad mediante toda clase de pruebas, incluidas las biológicas".

¹² El artículo 235-2 de la Ley 25/2010, de 29 de julio, del Libro segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a los efectos de la filiación, señala que:

"1. Toda filiación produce los mismos efectos civiles, sin perjuicio de los efectos específicos de la filiación adoptiva.

2. La filiación determina la potestad parental, los apellidos, los alimentos y los derechos sucesorios y comporta la asunción de responsabilidades parentales hacia los hijos menores y los demás efectos establecidos por las leyes.

3. El padre y la madre pueden establecer de común acuerdo el orden de los apellidos en la inscripción del nacimiento o de la adopción del primer hijo. Los hijos,

- a) Surgimiento de la patria potestad (artículo 154 del CC). En tanto no esté determinada la filiación, en forma legal, y por tanto la identidad de los progenitores, no puede exigirse el cumplimiento de las obligaciones derivadas de la relación paterno filial.
- b) Atribución de un nombre y apellidos, con los que se individualiza a la persona (artículo 50 de la Ley 20/2011 del Registro Civil).
- c) Atribución de una nacionalidad (artículo 17 del CC).
- d) El derecho y el deber de prestar alimentos (artículo 93 y 143 del CC).
- e) El derecho a suceder (artículo 745 del CC).

VI.- ¿CÓMO SE ACREDITA LA FILIACIÓN?

Señala el artículo 113 del CC con carácter general que: *“La filiación se acredita por la inscripción en el Registro Civil, por el documento o sentencia que la determina legalmente, por la presunción de paternidad matrimonial y, a falta de los medios anteriores, por la posesión de estado. Para la admisión de pruebas distintas a la inscripción se estará a lo dispuesto en la Ley de Registro Civil. No será eficaz la determinación de una filiación en tanto resulte acreditada otra contradictoria”*.

En toda inscripción de nacimiento ocurrida en España se hará constar necesariamente la filiación materna. En caso de discordancia entre la declaración y el parte facultativo o comprobación reglamentaria, prevalecerá este último (artículo 44.4.2º LRC).

Las entidades públicas de las Comunidades Autónomas competentes en materia de protección de menores deberán promover sin demora la inscripción de menores en situación de desamparo por abandono, sea o no conocida su filiación. El Ministerio Fiscal promoverá igualmente la inscripción de menores no inscritos (artículo 48 LRC). No constando la filiación, el Encargado consignará en la inscripción de nacimiento o en otra marginal, en lugar de los nombres de los padres, otros de uso corriente, con la declaración de que se consignan a efectos de identificar a la persona. A petición del interesado mayor de edad o de quien tenga la representación legal del menor, se suprimirán los nombres del padre o de la madre que se hubieran consignado a efectos identificadores. Esta misma posibilidad la ostenta quien tenga la representación legal del menor y podrá ejercitarla en cualquier momento (artículo 191 RRC).

VII.-¿CÓMO SE DETERMINA LA FILIACION MATRIMONIAL?

al alcanzar la mayoría de edad o al emanciparse, pueden alterar el orden de los apellidos”.

Señala el artículo 115 del Código Civil que la filiación matrimonial materna y paterna quedará determinada legalmente: 1º. Por la inscripción del nacimiento junto con la del matrimonio de los padres. 2º. Por sentencia firme.

En toda inscripción de nacimiento ocurrida en España se hará constar necesariamente la filiación materna. En caso de discordancia entre la declaración y el parte facultativo o comprobación reglamentaria, prevalecerá este último.

Conforme al artículo 44 de la Ley 20/2011, de 21 de julio (LRC), la filiación paterna en el momento de la inscripción del hijo, se hará constar cuando conste que está casado con la madre, y sean aplicables las presunciones de paternidad establecidas en la legislación civil o, aun faltando aquellas, en caso de que concurra el consentimiento de ambos cónyuges, aunque existiera separación legal o de hecho. Y cuando el padre manifieste su conformidad a la determinación de tal filiación, siempre que la misma no resulte contraria a las presunciones establecidas en la legislación civil y no existiere controversia.

En los supuestos en los que se constate que la madre tiene vínculo matrimonial con persona distinta de la que figura en la declaración o sea de aplicación la presunción prevista en el artículo 116 del Código civil, se practicará la inscripción de nacimiento de forma inmediata sólo con la filiación materna, y se procederá a la apertura de un expediente registral para la determinación de la filiación paterna.

También constará como filiación matrimonial cuando la madre estuviere casada, y no separada legalmente o, de hecho, con otra mujer y esta última manifieste que consiente en que se determine a su favor la filiación respecto al hijo nacido de su cónyuge.

En los casos de filiación adoptiva se hará constar, conforme a la legislación aplicable, la resolución judicial o administrativa que constituya la adopción, quedando sometida al régimen de publicidad restringida previsto en la presente Ley.

VIII.-¿CÓMO SE DETERMINA LA FILIACIÓN NO MATRIMONIAL CON POSTERIORIDAD A LA INSCRIPCIÓN DEL HIJO?

La filiación no matrimonial quedará determinada conforme al artículo 120 del CC por:

1.º En el momento de la inscripción del nacimiento, por la declaración conforme realizada por el padre en el correspondiente formulario oficial a que se refiere la legislación del Registro Civil.

2.º Por el reconocimiento ante el Encargado del Registro Civil, en testamento o en otro documento público.

- 3.º Por resolución recaída en expediente tramitado con arreglo a la legislación del Registro Civil.
- 4.º Por sentencia firme.
- 5.º Respecto de la madre, cuando se haga constar la filiación materna en la inscripción de nacimiento practicada dentro de plazo, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley del Registro Civil.

En cuanto a la filiación no matrimonial con posterioridad a la inscripción del hijo, señala el punto 7 del referido artículo 44 de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil, que estará en vigor a partir del 30 de junio de 2017, que podrá hacerse con arreglo a las formas establecidas en el Código Civil en cualquier tiempo. Si se realizare mediante declaración del padre ante el Encargado del Registro Civil, se requerirá el consentimiento expreso de la madre y del representante legal del hijo si fuera menor de edad o de este si fuera mayor. Si tuviera la capacidad modificada judicialmente se precisará, según la sentencia, el consentimiento de su representante legal, el asentimiento de su curador o el consentimiento del hijo. Para que sea posible la inscripción deberán concurrir, además, los requisitos para la validez o eficacia del reconocimiento exigidos por la Ley civil.

Podrá inscribirse la filiación mediante expediente aprobado por el Encargado del Registro Civil, siempre que no haya oposición del Ministerio Fiscal o de parte interesada notificada personal y obligatoriamente, si concurre alguna de las siguientes circunstancias:

- 1.ª Cuando exista escrito indubitado del padre o de la madre en que expresamente reconozca la filiación.
- 2.ª Cuando el hijo se halle en la posesión continua del estado de hijo del padre o de la madre, justificada por actos directos del mismo padre o de su familia.
- 3.ª Respecto de la madre, siempre que se pruebe cumplidamente el hecho del parto y la identidad del hijo.

Formulada oposición, la inscripción de la filiación sólo podrá obtenerse por el procedimiento regulado en la Ley de Enjuiciamiento Civil.

El punto 8 del artículo 44 de la LRC señala que en los supuestos de controversia y en aquellos otros que la ley determine, para hacer constar la filiación paterna se requerirá previa resolución judicial dictada conforme a las disposiciones previstas en la legislación procesal.

IX.- ¿LA DETERMINACION JUDICIAL DE LA FILIACION TIENE EFECTOS RETROACTIVOS?

En principio los efectos de la filiación se retrotraen desde que tiene lugar, es decir, al momento del nacimiento del hijo, en el caso de la filiación natural, ya que el artículo 112 CC: *“La filiación produce sus efectos desde que tiene lugar. Su determinación legal tiene efectos retroactivos siempre que la retroactividad sea compatible con la*

naturaleza de aquéllos y la Ley no dispusiere lo contrario. En todo caso, conservarán su validez los actos otorgados, en nombre del hijo menor o incapaz, por su representante legal, antes de que la filiación hubiere sido determinada”.

Lo anterior, aplicado a la obligación de prestar alimentos en caso de una filiación determinada por sentencia significa que si bien los alimentos deberían haberse prestado desde el nacimiento del hijo, y por lo tanto en principio parece que podría la madre reclamar los alimentos al declarado judicialmente como padre desde que nació el hijo, el artículo 148 del CC establece una excepción expresa a la retroactividad cuando dispone que, aunque la obligación de dar alimentos es exigible desde que la persona que tenga derecho a percibirlos los necesite para subsistir, solo se abonarán desde la fecha de la demanda en la que se reclamen. Esta norma, prevista en el régimen jurídico general de los alimentos entre parientes, es también de aplicación a la obligación de alimentos a los hijos menores, por mandato del propio CC, en su artículo 153, según el Pleno de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, en dos sentencias de las que han sido ponentes D. José Antonio Seijas Quintana y D. Fernando Pantaleón Prieto, ha resuelto los recursos de casación 3326/2015 y 2389/2014.

Lo que no cabe es reclamar alimentos respecto del que no tiene reconocida la filiación, y esta se acredita interponiendo la correspondiente acción de filiación, y no se determina hasta que se declara por sentencia, pero el artículo 768 LEC indica que *“reclamada judicialmente la filiación, el tribunal podrá acordar alimentos provisionales a cargo del demandado”.*

Señala también el punto tres del artículo 767 que regula las especialidades en materia de procedimiento y prueba en los procesos sobre filiación, que *“aunque no haya prueba directa, podrá declararse la filiación que resulte del reconocimiento expreso o tácito, de la posesión de estado, de la convivencia con la madre en la época de la concepción, o de otros hechos de los que se infiera la filiación, de modo análogo”.*

Puede determinarse en una acción judicial de reconocimiento de paternidad por sentencia por el hecho de que se sustraiga a una prueba de paternidad el padre, valorando globalmente el resto del acervo probatorio, pues señala el artículo 767.4 de la LEC que: *“La negativa injustificada a someterse a la prueba biológica de paternidad o maternidad permitirá al tribunal declarar la filiación reclamada, siempre que existan otros indicios de la paternidad o maternidad y la prueba de ésta no se haya obtenido por otros medios”.*

X.- ¿CABE QUE SEA OBJETO DE CONTRATO LA FILIACIÓN?

La Sentencia de la Gran Sala de la Corte Europea de Derechos Humanos de 24 de enero de 2017 recuerda que en la Convención Europea de Derechos Humanos no se reconoce un derecho a ser padre, y que el interés público prevalece sobre el deseo de ser padres.

Además, no todas las convenciones sobre la persona pueden ser consideradas nulas. Si se trata de un acto que afecta a la persona sin causarle daño, y no es contraria a su dignidad intrínseca reconocida en el artículo 10 de la Constitución Española, puede ser lícita.

En cuanto a la filiación y los contratos de gestación por sustitución, cabe aplicar el adagio de que "*la persona humana no está en el comercio*".

No estar en el comercio es, como lo dice el artículo 1128 de nuestro Código Civil, es no poder ser objeto de una convención, y por lo tanto queda fuera de la libertad contractual del artículo 1255 del Código Civil.

Por persona humana hay que entender no sólo el cuerpo humano o sus órganos, también la vida, la integridad física, y sus cualidades espirituales como la libertad, el honor, los sentimientos, y todos los derechos derivados de la personalidad, como es la filiación.

El Tribunal Supremo en Sentencia de 28 de noviembre de 1992 señaló que las cuestiones relativas a la filiación, matrimonial o no matrimonial, son de orden público y quedan sustraídas, en principio, a la libre autonomía de la voluntad.

Por otra parte, también señala la Sentencia del Tribunal Supremo el 13 de mayo de 2000 y la Sentencia de 6 de febrero de 2014 /recurso 245/2012), señalan que el *status filii* no está sujeto a la actividad contractual de los litigantes, sino al imperio de la Ley.

XI.- ¿QUÉ DERECHOS TIENE EL NASCITURUS?

El Código Civil prevé que se le tiene por nacido para todos los efectos que le sean favorables, siempre que nazca con vida, una vez producido el entero desprendimiento del seno materno (artículos 29 y 30 del CC).

Su concepción produce efectos sucesorios, como las precauciones que deben adoptarse cuando la viuda queda en cinta (artículos 959 y siguientes del CC), puede ser llamado a suceder (artículo 745.1º CC), y puede recibir donaciones (artículo 627 del CC).

XII.- ¿QUÉ DERECHOS TIENE EL CONCEPTURUS?

“Concepturi” o “concepturus” es el todavía no concebido, pero que va a serlo. Esta figura está relacionada con los actos preparatorios para constituir la relación jurídica de la filiación.

Es decir, la filiación no debe ser constituida contemplando sólo los intereses de los padres intencionales, sino también los derechos del menor que se pretende concebir, al que se le deben de respetar desde su concepción unos derechos fundamentales inherentes a la persona.

Al concepturus se refiere la Ley 14/2006, reguladora de la reproducción asistida humana, en su artículo 9, que regula la premoriencia del marido en las gestaciones en que se emplean estas técnicas, de la manera que sigue:

“1. No podrá determinarse legalmente la filiación ni reconocerse efecto o relación jurídica alguna entre el hijo nacido por la aplicación de las técnicas reguladas en esta Ley y el marido fallecido cuando el material reproductor de éste no se halle en el útero de la mujer en la fecha de la muerte del varón.

2. No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, el marido podrá prestar su consentimiento, en el documento a que se hace referencia en el artículo 6.3, en escritura pública, en testamento o documento de instrucciones previas, para que su material reproductor pueda ser utilizado en los 12 meses siguientes a su fallecimiento para fecundar a su mujer. Tal generación producirá los efectos legales que se derivan de la filiación matrimonial. El consentimiento para la aplicación de las técnicas en dichas circunstancias podrá ser revocado en cualquier momento anterior a la realización de aquéllas.

Se presume otorgado el consentimiento a que se refiere el párrafo anterior cuando el cónyuge superviviente hubiera estado sometido a un proceso de reproducción asistida ya iniciado para la transferencia de preembriones constituidos con anterioridad al fallecimiento del marido.

3. El varón no unido por vínculo matrimonial podrá hacer uso de la posibilidad prevista en el apartado anterior; dicho consentimiento servirá como título para iniciar el expediente del apartado 8 del artículo 44 de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil, sin perjuicio de la acción judicial de reclamación de paternidad”.

El concepturus también tiene derecho a no ser concebido de forma contraria a la dignidad que tendrá como persona, y tampoco de forma contraria a los derechos que tendrá como menor, pues una vez concebido, al nasciturus se le tiene por nacido para todos los efectos que le sean favorables, siempre que llegue a ser persona (artículo 29 del CC).

Tanto el “concepturi” o “concepturus”, como el “nasciturus”, tienen derecho a que se preserve de ser posible que su vida y desarrolle en un entorno familiar adecuado y libre de violencia, y a que se priorice su permanencia en su familia de origen, y se preservará su identidad, y parte de su identidad es su identidad genética, siendo los poderes públicos están obligados a la detección precoz de todas aquellas situaciones que puedan perjudicar su desarrollo personal.

Por ello se debe preservar el derecho del que puede llegar a nacer, a conocer su herencia genética, al estar en conexión con el derecho a una identidad y a la dignidad como persona reconocido por el artículo 10 de la vigente Constitución Española.

El anterior derecho se reconoce expresamente para el adoptando, en el artículo 180.6 del Código Civil¹³, que dice: *“Las personas adoptadas, alcanzada la mayoría de edad o durante su minoría de edad a través de sus representantes legales, tendrán derecho a conocer los datos sobre sus orígenes biológicos. Las Entidades Públicas, previa notificación a las personas afectadas, prestarán a través de sus servicios especializados el asesoramiento y la ayuda que precisen para hacer efectivo este derecho.*

A estos efectos, cualquier entidad privada o pública tendrá obligación de facilitar a las Entidades Públicas y al Ministerio Fiscal, cuando les sean requeridos, los informes y antecedentes necesarios sobre el menor y su familia de origen”.

La Convención sobre los Derechos del Niño (BOE 31 de diciembre de 1990), contiene una serie de principios básicos, entre los cuales se encuentra el de no discriminación (artículo 2º), que en este ámbito implica eliminar un tratamiento distinto entre hijos matrimoniales y extramatrimoniales o por la forma de su generación, y el derecho del niño a conocer a sus padres (artículo 7º) y a preservar su identidad (artículo 8º). Los Estados Parte de esta Convención tomarán todas las medidas de carácter nacional, bilateral y multilateral que sean necesarias para impedir el secuestro, la venta o la trata de niños para cualquier fin o en cualquier forma (artículo 35).

La Convención sobre los Derechos del Niño además establece en el artículo 3, párrafo 1, que: *“En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”¹⁴.*

¹³ Este número 6 del artículo 180 del CC, fue introducido por el apartado veinticuatro del artículo segundo de la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia («B.O.E.» 29 julio), con vigencia desde el 18 agosto 2015.

¹⁴ La “Observación general N°14” del Comité de los Derechos del Niño, aprobada en el año 2013, señala que el interés superior del niño es un derecho, un principio y una norma de procedimiento.

Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, que entró en vigor el 18 de agosto de 2015, llevó a cabo importantes modificaciones en el sistema de adopción en España.

La anterior reforma se acompañó con la publicación de la LO 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y adolescencia, que también afecta a la adopción y otros instrumentos de protección del menor, reforzando el principio de supremacía del principio del interés superior del menor en la actuación judicial, y en concreto modifica la LO 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor¹⁵, tratando de concretar en su artículo 2 el indeterminado concepto de *“interés superior del menor”*, señalando que *“todo menor tiene derecho a que su interés superior sea valorado y considerado como primordial en todas las acciones y decisiones que le conciernan, tanto en el ámbito público como privado. En la aplicación de la presente ley y demás normas que le afecten, así como en las medidas concernientes a los menores que adopten las instituciones, públicas o privadas, los Tribunales, o los órganos legislativos primará el interés superior de los mismos sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir”*.

La doctrina científica tampoco ve obstáculo alguno en que el concepturus sea declarado heredero, no ya solo por la vía indirecta de

Se trata del derecho del niño y la niña a que su interés superior sea una consideración que se prime al sopesar distintos intereses para decidir sobre una cuestión que le afecta.

Es un principio porque, si una disposición jurídica admite más de una interpretación, se elegirá la interpretación que satisfaga de manera más efectiva el interés superior del niño.

Es una norma de procedimiento, porque siempre que se deba tomar una decisión que afecte a niñas y/o niños, el proceso deberá incluir una estimación de las posibles repercusiones de esa decisión en las niñas y niños interesados.

¹⁵ El artículo 2 en sus puntos 2 y 3, de la LO 1/1996 señala también que, a efectos de la interpretación y aplicación en cada caso del interés superior del menor, se tendrán en cuenta la satisfacción de sus necesidades básicas, tanto materiales, físicas y educativas como emocionales y afectivas, la conveniencia de que su vida y desarrollo tenga lugar en un entorno familiar adecuado y libre de violencia. Se priorizará la permanencia en su familia de origen y se preservará el mantenimiento de sus relaciones familiares, siempre que sea posible y positivo para el menor. Estos criterios se ponderarán teniendo en cuenta los principios de necesidad y proporcionalidad, de forma que la medida que se adopte en el interés superior del menor no restrinja o limite más derechos que los que ampara.

En el punto 4, el artículo 2 de la LO 1/1996, señala que: En caso de concurrir cualquier otro interés legítimo junto al interés superior del menor deberán priorizarse las medidas que, respondiendo a este interés, respeten también los otros intereses legítimos presentes. En caso de que no puedan respetarse todos los intereses legítimos concurrentes, deberá primar el interés superior del menor sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir. Las decisiones y medidas adoptadas en interés superior del menor deberán valorar en todo caso los derechos fundamentales de otras personas que pudieran verse afectados.

la sustitución, sino también por la vía directa de la institución (sentencias de 28 de noviembre de 1986; y otras, de 25 de abril de 1963, 3 de abril de 1965 y 4 de febrero de 1970).

Así, pues, frente al criterio prohibitivo del Derecho romano y, en general, del Derecho Civil europeo más afín, un sector importante de la doctrina civilística y la jurisprudencia del Tribunal Supremo, con argumentos que se extraen del propio Código Civil, sostienen que es válido el citado "llamamiento", no obstante, haya de exigirse como tal institución de herederos sometida a condición, que éstos sujetos, expectantes deban existir (y ser capaces para suceder) en el momento del fallecimiento del usufructuario, que es el momento en que se produce la delación respecto del mismo.

XIII.-¿EXISTE TURISMO LEGAL PROCREATIVO?

Turismo legal es el que se produce para que se aplique a un determinado hecho una norma más favorable a la correspondería en el Estado de origen del interesado.

En materia de filiación se viene produciendo este tipo de turismo llamado procreativo, persiguiendo que a través del Registro Civil Consular Español o Central se reconozca la filiación de un hijo español nacido en un Estado extranjero por la técnica de la gestión por sustitución permitida en ese Estado.

Este turismo legal se ha producido por españoles, que deseaban tener un hijo por la técnica de la gestación por sustitución, contraria al orden público español y prohibida por el artículo 10 de la Ley 14/2006, según determinó la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014, e incluso penada en el artículo 221 del Código Penal, pero sin embargo reconocida de hecho, vía reconocimiento incidental, por la Dirección General del Registro y Notariado, en su Resolución de 18 de febrero de 2009, primero, y en la posterior Instrucción de 5 de octubre de 2010, de la Dirección General de los Registros y del Notariado (BOE 7 de octubre), dando cobertura a dicha práctica efectuada por españoles en el extranjero, mediante el reconocimiento de la filiación a través del Registro Consular.

La Dirección General del Registro y Notariado en la Resolución de 18 de febrero de 2009 fue la primera vez que se pronunció sobre el reconocimiento incidental de una filiación por gestación por sustitución, cuando tuvo que resolver el recurso planteado por una pareja de dos hombres de nacionalidad española ante el Registro Consular de Los Ángeles, que denegó la inscripción de los certificados de nacimiento estadounidenses en los que se constaba la paternidad a favor de los recurrentes de dos mellizos nacidos de madre subrogada en California, a partir de material genético de uno de los recurrentes, y óvulo de donante anónima.

La DGRN en dicha Resolución de 18 de febrero de 2009 estimó el recurso interpuesto frente a la Resolución del Encargado del Registro Consular, y procedió la inscripción del certificado de nacimiento¹⁶, considerando que la certificación registral californiana constituye un título suficiente para el acceso al registro español, y por tanto procedió a la inscripción.

Posteriormente esta Resolución de 18 de febrero de 2009 fue anulada por la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 23 de noviembre de 2011, que confirmó la del Juzgado de Primera Instancia número 15 de Valencia, y confirmada por la Sentencia dictada en recurso de casación por el Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014.

Tras la Resolución de 2009, D^a María Ángeles Alcalá Díaz, que era la Directora de la Dirección General del Registro y Notariado, dictó una **Instrucción de fecha 5 de octubre de 2010**, requiriendo a los Encargados de los Registros Civiles que para el reconocimiento incidental de la inscripción registral extranjera, exigieran que la inscripción extranjera viniera ordenada por tribunal competente del Estado en que se llevó la gestación y nacimiento del menor, para su reconocimiento en el Registro Civil español, consular o central o del municipio del domicilio del padre biológico en su caso.

Dado que dicha Instrucción de 2010 es anterior la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014, así como al Auto de 2 de febrero de 2015, dictado en el incidente de nulidad de la sentencia, y en el que el TS mantuvo el mismo criterio sin anular la Sentencia, la Dirección General del Registro y Notariado se vio obligada a emitir un informe de fecha 11 de julio de 2014 señalando que la instrucción de 5 de octubre de 2010 seguía vigente tras las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 26 de junio de 2014.

Pero actualmente el fundamento de este informe no se sostiene tras la posterior doctrina de la **Gran Sala del Tribunal de Estrasburgo**, contenida en la **Sentencia de 24 de enero de 2017, en el caso "Paradiso y Campanelli vs. Italia"**, que entendió legítima y no contraria al artículo 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos la retirada de la custodia de los niños gestados en Rusia por la técnica de la gestación por sustitución, acordada por un juzgado italiano, que no reconoció a niños como hijos de los comitentes en el contrato de gestación, por contravenir importantes normas del derecho italiano, ordenando dicho juzgado italiano que se realizara nuevo certificado de nacimiento, distinto al efectuado por las autoridades registrales rusas, determinando que los padres del niño eran

¹⁶ Cuando un español tenga un hijo en el extranjero debe, en primer lugar, practicar la inscripción de nacimiento en el Registro Civil local de la localidad del país donde haya nacido su hijo. Después, sin plazo de tiempo, debe dirigirse a la Oficina Consular más próxima a donde haya nacido su hijo para que se practique la correspondiente inscripción de nacimiento.

desconocidos, y que se iniciara un procedimiento de tutela de dicho menor, que finalmente fue adoptado por otra pareja.

En este caso, el matrimonio formado por Donatina Paradiso y Giovanni Campanelli, ante sus problemas de infertilidad, decidieron recurrir a la maternidad subrogada (prohibida en Italia), en Rusia, donde es legal. La esposa viajó a Rusia llevando el líquido seminal de su marido; tras un proceso de fecundación in vitro, con óvulo de donante, dos embriones fueron implantados en la madre gestante, que dio a luz un niño en febrero de 2011, en cuya fecha la madre gestante consintió formalmente en que el niño fuera registrado como hijo del matrimonio comitente, expidiéndose por las autoridades rusas el correspondiente certificado de nacimiento a nombre del matrimonio Paradiso-Campanelli. La esposa regresó a Italia el 30 de abril de 2011. El 5 de mayo de 2011 dieron comienzo en Italia varios procedimientos legales contra el matrimonio, por violación de las leyes italianas relativas a la adopción y las técnicas de reproducción asistida, en cuyo transcurso se denegó la inscripción en Italia del certificado de nacimiento emitido por las autoridades rusas. En agosto de 2011, por decisión de los tribunales italianos, se realizaron test de ADN al esposo y al niño, cuyo resultado fue que no existía vínculo genético entre ambos, de forma que el marido no era realmente el padre biológico del niño. El 20 de octubre de 2011 se dictó una orden de retirada inmediata del niño, que fue puesto al cuidado de los servicios sociales, y cuyo procedimiento de adopción se abrió poco después. El niño recibió un nuevo nombre, y meses después fue adoptado por otra familia. Los tribunales italianos rechazaron todos los intentos del matrimonio Paradiso-Campanelli de recuperar al niño, por lo que estos recurrieron ante el TEDH, el cual, en una primera decisión de Sala (27 de enero de 2015) consideró que se había producido violación del art. 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Tal decisión fue recurrida por el Gobierno italiano ante la Gran Sala.

En este caso Paradiso-Campanelli cabe destacar como hechos diferenciadores de las otras resoluciones del TEDH, y fundamentales para que la Gran Sala decidiera que no hubo violación del artículo 8 del CEDH, la inexistencia de vínculo biológico entre el matrimonio comitente y el niño nacido por gestación por sustitución en Rusia, y que la convivencia entre el niño y los dos esposos duró menos de un año¹⁷.

¹⁷ [http://hudoc.echr.coe.int/eng#{"itemid":\["001-170359"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng#{). Destaca D. Carlos Martínez de Aguirre, Catedrático de Derecho Civil. Universidad de Zaragoza. Presidente de The Family Watch y de la Internacional Academy for the study of the Jurisprudence of the Family, que realmente el TEDH no se pronuncia explícitamente sobre los contratos de maternidad subrogada. Antes bien, tras reconocer que es una materia sobre la que no hay consenso, de forma que los Estados gozan de una amplia capacidad de decisión, y afirma que no es función del Tribunal sustituir los criterios de las autoridades nacionales por los suyos propios, en orden a la determinación de la política más apropiada para regular la maternidad subrogada.

De la argumentación de la Sentencia de la Gran Sala, destacan los siguientes considerandos, según la numeración de la propia sentencia:

1) Aunque la ruptura de la relación entre el matrimonio Paradiso-Campanelli y el niño no era directamente imputable a aquellos, sin embargo, fue consecuencia de una situación de inseguridad jurídica creada por ellos mismos, al llevar a cabo una conducta contraria al Derecho italiano (157).

2) Dada la ausencia de vínculos biológicos entre los recurrentes y el niño, y la corta duración de la convivencia, no se cumplían las condiciones requeridas para entender que existía entre ellos vida de familia en el sentido del art. 8 CEDH (157).

3) Las medidas adoptadas por el Estado italiano supusieron una injerencia en la vida privada de los recurrentes, pero se trató de una injerencia realizada conforme a las exigencias del art. 8 CEDH –de acuerdo con la ley, para obtener finalidades legítimas y necesaria en una sociedad democrática para lograr dichas finalidades– (173-174, 178).

4) No es tarea del TEDH sustituir los criterios de las autoridades nacionales por los suyos propios, en orden a la determinación de la política más apropiada para regular la maternidad subrogada (180).

5) La finalidad de proteger a los niños incluye no solo el caso en concreto de un niño en particular, sino el interés de los niños en general (197).

6) La argumentación de la Gran Sala menciona recurrentemente la ilegalidad de la conducta desarrollada por el matrimonio Paradiso-Campanelli, a la que eran imputables los problemas surgidos, y justifica las decisiones de los Tribunales italianos dirigidas a proteger la legalidad nacional (133, 147, 157, 209 entre otros).

Es evidente por tanto que la postura que ha venido manteniendo la Dirección General del Registro y del Notariado es contradictoria con el criterio del Tribunal Supremo manifestado en la Sentencia de 6 de febrero de 2014, y el posterior Auto de 2 de febrero de 2015, y entre otros del criterio del TSJ de Madrid recogido en su Sentencia de 13 de marzo de 2017, en recurso contencioso-administrativo número 817/2016, denegando la solicitud de concesión de salvoconducto formulada por el recurrente para un menor, nacido en Moscú, mediante gestación por sustitución, y podría ser actualmente contraria también a la doctrina del TEDH.

Como también señala dicho autor, en este punto resulta interesante los votos particulares que lamentan que el Tribunal no se haya pronunciado expresamente sobre la maternidad subrogada, por entender: 1) que es incompatible con la dignidad humana, en la medida en que supone tráfico de niños, en el sentido del art. 2 del Protocolo Opcional de la Convención de Derechos del Niño; 2) que desconoce la fuerte relación que se crea durante el embarazo entre la madre gestante y el niño que ella lleva en su seno; 3) y que hace desaparecer de la vida del niño a su madre gestante, y resaltar la importancia que el Tribunal concede a la existencia de relación biológica de filiación.

Recuerda además la Sentencia del TSJ de 13 de marzo de 1017, en su fundamento quinto, que la Comisión de Igualdad del Congreso de los Diputados acordó el 15 de septiembre de 2016 ratificar la prohibición de la maternidad subrogada establecida en la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción asistida. y que el 15 de marzo de 2016 la Comisión de Asuntos Sociales y de la Salud del Consejo de Europa rechazó la propuesta de informe Sutter que apoyaba la gestación subrogada.

Por esta contradicción, se están llevando a cabo gestaciones por sustitución en el extranjero por españoles, para sortear la imposibilidad de concertar estos contratos en España, normalmente por el sistema de ovodonación con gameto masculino de un miembro de la pareja o matrimonio.

Se intenta que no exista ningún vínculo afectivo de la gestante con el feto, y a tal fin se suele buscar gestantes que no pongan sus óvulos para la gestación.

Así, por ejemplo, se suele concertar un contrato de gestión con una empresa intermediaria del país que autoriza la gestación por sustitución para extranjeros, como puede ser California en Estados Unidos o Ucrania. Esta empresa o agencia intermediaria que puede tener una forma jurídica variable, incluso puede ser un despacho jurídico de abogados del país, normalmente selecciona la madre gestante, la clínica que efectuará la técnica de reproducción y presta el servicio sanitario que supervisará el proceso de gestación hasta el parto, y asesora a los comitentes en todos los trámites, con los que realiza un contrato de servicios profesionales para la gestación, que es el que marca las condiciones que luego van a regir en el contrato de gestación entre comitentes y madre gestante.

Una vez producida la fecundación, normalmente mediante técnica de reproducción asistida admitida en dicho país, con donación de gametos, se reconoce la filiación paterna biológica del padre, y normalmente la filiación materna de la madre gestante también, en el Registro Civil de dicho país.

Dependiendo del país, la inscripción registral viene determinada por tribunal competente de ese país, o no, como en Ucrania.

La inscripción de la filiación en el Registro Civil del país de nacimiento del hijo se solicita sea reconocida en el Registro Consular Español, y reconocida la paternidad del padre biológico, normalmente con atribución de la nacionalidad del padre, y por tanto en este caso de ejemplo, reconocida la paternidad paterna y la nacionalidad española del hijo, y la filiación materna de la madre gestante, en el Registro Consular español, se traslada el padre con el hijo o hija a España, y un documento público, que suele ser una escritura otorgada en el Consulado de España por parte de la madre gestante, asintiendo la

adopción del hijo o hija, o hijos o hijas, por la pareja o el esposo o la esposa del padre biológico español, y autorizando su traslado y todos los trámites necesarios para ello.

Realizado todo lo anterior, se solicita ante los tribunales españoles autorización judicial de adopción por parte de la esposa o esposo, o pareja unida por análoga relación de afectividad al padre biológico, en base a lo dispuesto en el punto dos. 2ª, del artículo 176 del Código Civil.

XIV.- ¿ES VALIDO EL ASENTIMIENTO PARA LA ADOPCION DE UNA MADRE GESTANTE SUSTITUTA O SUBROGADA EN GESTACIONES POR SUSTITUCIÓN?

Es evidente que se concierta todo ello en el extranjero porque el proceso de gestación por sustitución en España es nulo, e incluso en ciertos casos está penado en España. Es un caso de fraude de ley evidente, independientemente de la calificación moral que quiera darse a quien promueve esta forma de instrumentalización de la mujer gestante¹⁸.

El asentimiento de la mujer gestante se realiza como consumación de un contrato de gestación para otros, y se obliga contractualmente

¹⁸ Es muy interesante el informe del Comité de Bioética de España (CBE), de mayo de 2017, sobre los aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada. El CBE considera que, si bien el deseo de una persona de tener un hijo constituye una noble decisión, ello no puede realizarse a costa de los derechos de otras personas. La mayoría del CBE entiende que todo contrato de gestación por sustitución, lucrativo o altruista, entraña una explotación de la mujer y un daño a los intereses superiores del menor y, por tanto, no puede aceptarse por principio. Otros miembros del Comité, aunque aceptan en línea de principio que esta práctica podría regularse de modo que compaginara la satisfacción de dicho deseo con la garantía de los derechos e intereses de los otros, no alcanzan a ver la fórmula de hacerlo en el contexto actual. Las propuestas regulatorias que se manejan y las experiencias de otros países son claramente deficientes en la tutela de la dignidad y derechos de la gestante y del menor.

En atención a la naturaleza y funciones del CBE, no le corresponde traducir su parecer en una concreta propuesta de reforma legal, pero sí, ofrece algunos criterios que orienten aquélla, y, entre estos, destacan tres fundamentales:

1.º Dotar de verdadera eficacia legal a la nulidad de esos contratos, de manera que resulte aplicable también a los celebrados en el extranjero, para lo que podría considerarse la posibilidad, entre otras medidas legales, de sancionar a las agencias que se dedicaran a esta actividad.

2.º Promover a nivel internacional un marco común regulatorio que prohíba la celebración de contratos de gestación, en garantía de la dignidad de la mujer y del niño.

3.º Asegurar una transición segura que evite que queden desprotegidos los niños resultantes de los procesos de maternidad subrogada internacional en los que pueden estar inmersos actualmente varios españoles. Para ello puede garantizarse que su filiación en el extranjero se realice conforme a la doctrina establecida por el Tribunal Supremo.

El informe está disponible en la web del Comité de Bioética de España (www.comitedebioetica.es).

antes del parto a entregar el niño nacido. Y el asentimiento para la adopción, aunque lo realice en documento público después del parto, es consecuencia directa de la anterior cesión que realizó con el contrato de gestación, y no puede disociarse del mismo¹⁹.

Si el contrato por el que se convenga la gestación es nulo de pleno derecho, conforme al artículo 10.1 de la Ley 14/2006, también cabría entender que lo es este asentimiento para la adopción que deriva del contrato de gestación, y por lo tanto no se daría dicho requisito previsto en el artículo 177.2 del CC y 37.1 de la Ley 15/2015 de 2 de julio, teniendo en cuenta además que conviene recordar que el artículo 6.3 del Código Civil señala que los actos contrarios a normas imperativas y a las prohibitivas son nulos de pleno derecho, salvo que se establezca un efecto distinto para el caso de contravención.

El efecto que se establece en el presente caso, se recoge en el punto 2 del artículo 10 de la ley de reproducción asistida, al establecer que la filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto. El punto tres señala que queda a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales.

Por lo tanto, en los casos de gestación de sustitución, en los que existe un padre biológico reconocido, lo que sería nulo sería el asentimiento para la adopción de la madre gestante, que normalmente no será tampoco la madre biológica, por ser contrario a la determinación que la Ley 14/2006 realiza de la filiación materna en los casos de gestación por sustitución, en el artículo 10.2 de la misma, que es precisamente lo que se pretende evitar.

Frente a la anterior consecuencia cabe detallar lo siguiente:

a) La situación del menor, nacido tras una gestación por sustitución e inscrito en el Registro Civil español como hijo de un padre biológico español, respecto del que se pretende la adopción por su esposa o pareja, normalmente deriva de una resolución de inscripción registral, del Encargado del Registro Consular español, y no recurrida por el Ministerio Fiscal español.

b) El Encargado del Registro Consular en algunos casos, ni tan siquiera será el competente para el reconocimiento de la inscripción o sentencia extranjera sobre la filiación. Pudiera serlo el Encargado del Registro Civil Central de tener su domicilio en España cualquiera de

¹⁹ Precisamente este es unos aspectos que determinan que no pueda equipararse la adopción a la gestación por sustitución, pues en la primera, si bien existe una madre biológica y otra legal, en la adopción no hay un acuerdo previo entre las mismas, además de que la adopción soluciona un problema de desamparo, a diferencia de la gestación por sustitución, que crea un problema sobre un nasciturus o un nacido.

los españoles que son reconocidos como padre o madre en la inscripción registral extranjera²⁰.

Normalmente el padre biológico está residenciado en España, a donde pretende llevar al nacido, para que lo adopte su esposa o pareja.

²⁰ Respecto del reconocimiento incidental, y el criterio de la DGRN que venía manteniendo hasta esta Sentencia de la Gran Sala del TEDH, conviene recordar que el Encargado del Registro Consular sólo será competente para el reconocimiento incidental si ninguno de los promotores del expediente de reconocimiento están domiciliados en territorio español (artículos 16 de la Ley del Registro Civil de 1957 y 68 del Reglamento del Registro Civil), pues si cualquiera de ellos está domiciliado en España, la solicitud debe presentarse en el Registro Civil Central, en adelante RCC.

Señala expresamente el párrafo segundo del artículo 68 del citado RRC (Decreto de 14 de noviembre de 1958): *Cuando sea competente un Registro Consular, si el promotor está domiciliado en España, deberá practicarse antes la inscripción en el Registro Central, y después por traslado, en el Consular correspondiente.*

Reconocida la inscripción en su caso por el RCC, dará traslado al registro consular de la demarcación territorial donde se produjo nacimiento, para que también en este Registro Consular se inscriba el nacimiento.

Además, el Encargado del Registro Civil debería comprobar que los nacimientos afectan a españoles, puesto que, de no ser así, como el hecho ha tenido lugar en el extranjero, se aplicaría la regla general que en el Registro Civil español costarán sólo los hechos que afectan a españoles y acaecidos en territorio español, aunque afecten a extranjeros (artículo 15 de la LRC).

En el caso de la gestación por sustitución en el extranjero la DGRN ha venido teniendo en cuenta que son españoles los nacidos de padre o madre españoles (artículo 17.1 a del Código Civil), no los hijos de padre o madre españoles, dado que la filiación no está todavía reconocida con los y solicita la inscripción en registro consular. El nacimiento se inscribe en el Registro Civil español, a partir de la certificación registral extranjera, en virtud de lo dispuesto en el artículo 23 de la Ley del Registro Civil.

Este reconocimiento incidental en casos de gestación por sustitución, carecería aún más de fundamento cuando ninguno de los comitentes haya aportado material genético, pues tampoco se daría cumplimiento a este requisito del artículo 17.1 a) del Código Civil.

Y aún en el caso de que hubieron padre biológico español, y la certificación registral extranjera de reconocimiento de la filiación, el artículo 23 de la Ley del Registro Civil exige que no haya duda de la realidad derecho inscrito y de su legalidad conforme a la Ley española, y para ello la Instrucción de 2010 de la DGRN requiere que la inscripción del Registro Civil extranjero venga ordenada en su caso por un tribunal competente de dicho país, debería dicha resolución judicial ser reconocida por otro tribunal competente español, ex artículo 83 del Reglamento del Registro Civil, que dice: "no podrá practicarse inscripción en virtud de sentencia o resolución extranjera que no tenga fuerza en España; si para tenerla, requiriese exequatur, deberá ser previamente obtenido".

Siendo también dudoso que tenga incluso competencia el Encargado del Registro Civil para el reconocimiento de la resolución extranjera que ordena la filiación en los casos de gestación por sustitución, en vez de que se requiera su reconocimiento por un tribunal español, mediante un exequatur, dado que afecta al orden público español (artículo 83 del RRC²¹).

c) Normalmente es reconocido el padre biológico español, y se pretende la adopción por su esposa o pareja en España.

d) En muchos casos es dudosa la certeza de la filiación en el extranjero reconocida al padre biológico, pues a veces se efectúa en base a unas declaraciones en plazo y forma de los interesados, con unas certificaciones de nacimiento dudosas, que se tramitan en un procedimiento fraudulento. Véase el mencionado caso del matrimonio Paradiso-Campanelli.

En cualquier caso, hay que tener en cuenta que la certificación registral extranjera que se presenta para su reconocimiento no produce efectos de cosa juzgada, y cualquier parte legitimada puede impugnar ante los tribunales españoles la inscripción en el Registro Civil español de la certificación extranjera.

Por otra parte, el artículo 2.2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, establece que en caso de concurrir cualquier otro interés legítimo junto al interés superior del menor deberán priorizarse las medidas que, respondiendo a este interés, respeten también los otros intereses legítimos presentes. En caso de que no puedan respetarse todos los intereses legítimos concurrentes, deberá primar el interés superior del menor sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir.

Es claro que normalmente el interés del menor es que se constituya judicialmente la adopción de la madre intencional, siempre que esta sea idónea para el ejercicio de la patria potestad, pues será mejor que

²¹ Se mantiene la competencia en el reconocimiento por el Encargado del Registro Civil consular por entenderse que es una resolución judicial equivalente a una resolución española de jurisdicción voluntaria. Pero para que la Certificación Registral extranjera que reconoce la filiación en los casos de gestación por sustitución acceda al Registro Civil español, conforme a la Instrucción de 5 de octubre de 2010, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución, el solicitante debe presentar una resolución judicial dictada por Tribunal competente en la que se determine la filiación del nacido, y comprobando que esa resolución judicial es firme y que los consentimientos prestados son irrevocables.

Por lo tanto, en países donde el reconocimiento de la filiación en estos casos es meramente registral o administrativo, no cabe sea extendidos los efectos de tal reconocimiento en España mediante el reconocimiento incidental registral. Por ejemplo, en Ucrania o en Canadá. Véase la noticia: http://politica.elpais.com/politica/2017/05/26/actualidad/1495818404_649808.html

tenga un padre y madre reconocidos que formen parte de su unidad familiar, a sólo un padre²².

Pero también la Sentencia del Pleno del Tribunal Supremo, de 6 de febrero de 2014, determina en su fundamento jurídico sexto que esta es una materia sujeta al imperio de la ley, y por tanto la aplicación del principio de consideración primordial del interés del menor en estos casos ha de hacerse para interpretar y aplicar la ley y colmar sus lagunas, pero no para contrariar lo expresamente previsto en la misma.

No hacerlo así podría llevar a la desvinculación del juez respecto del sistema de fuentes, desviación que es contraria al principio de sujeción al imperio de la ley que establece el artículo 117.1 de la Constitución. Hay cambios en el ordenamiento jurídico que, de ser procedentes, debe realizar el parlamento como depositario de la soberanía nacional, con un adecuado debate social y legislativo, sin que el Juez deba suplirlo.

XV.- ¿TIENEN DERECHO LOS PADRES INTENCIONALES A PERCIBIR PRESTACION DE MATERNIDAD EN LOS SUPUESTOS DE GESTACION POR SUSTITUCIÓN?

La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Valladolid, Sala cuarta, de 22 de marzo de 2017 (Roj: STSJ CL 1093/2017), de la que fue Ponente el Ilmo. Sr. D.José Manuel Riesco Iglesias, recuerda que el derecho del padre a percibir la prestación de maternidad en un supuesto de gestación subrogada ha sido resuelta por la Sala Cuarta del *Tribunal Supremo, entre otras, en las sentencias dictadas en los recursos de casación para la unificación de doctrina 3146/2014 (sentencia del Pleno de 16 de noviembre de 2016), 3818/2015 (dictada en Pleno el 25 de octubre de 2016) y 3183/2015 (fecha el 30 de noviembre de 2016).*

En esas sentencias el Tribunal Supremo señalan que los menores, en estos supuestos, poseen relaciones familiares de facto, por lo que, debe partirse de tal dato y permitir el desarrollo y la protección de estos vínculos. Al igual que el menor, nacido tras la gestación por sustitución, forma un núcleo familiar con el padre comitente, que le prestan atención y cuidados parentales y tienen relaciones familiares "de facto", por lo que debe protegerse este vínculo, siendo un medio perfectamente idóneo para ello la concesión de la prestación por maternidad. También argumenta el Tribunal Supremo que de no otorgarse la protección por maternidad -atendiendo a su doble finalidad de la recuperación, seguridad y salud de la madre y la

²² Por ejemplo, si falleciera el padre biológico quedaría en desamparo el menor, lo que no se tiene porque producir si se autoriza judicialmente la adopción.

protección de las especiales relaciones entre la madre y su hijo durante el periodo posterior al nacimiento- al menor nacido tras un contrato de gestación por subrogación, se produciría una discriminación en el trato dispensado a éste, por razón de su filiación, contraviniendo lo establecido en los *artículos 14 y 39.2 de la Constitución Española*, al disponer este último precepto que los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos, iguales estos ante la ley, con independencia de su filiación.

En este sentido afirma el Tribunal Supremo que, *en caso de adopción o acogimiento, aunque no hay que proteger la salud de la madre, ya que no ha existido parto de la adoptante o acogedora, se conceden las dieciséis semanas o dieciocho semana según los casos, atendiendo a la segunda finalidad anteriormente consignada, esto es: la protección de las especiales relaciones entre la madre y su hijo durante el periodo posterior al nacimiento del menor.* Sigue diciendo la Sala Cuarta en la sentencia de 30 de noviembre de 2016 (Rcud. 3183/2015) que tanto el artículo 48.4 del Estatuto de los Trabajadores como los referentes a la protección que se dispensa en las normas de Seguridad Social a las situaciones reguladas en el precepto estatutario, en especial los artículos 133 bis (actual artículo 177) y 133 ter (actual artículo 178) forman parte del desarrollo del mandato constitucional - artículo 39 de la Constitución Española - que establece la protección a la familia y a la infancia, finalidad que ha de prevalecer y servir de orientación para la solución de cualquier duda interpretativa. Está fuera de toda duda que el reconocimiento del derecho al descanso y prestación por maternidad entraña un adecuado cumplimiento del mandato constitucional de protección a la familia y a la infancia. Cita, asimismo, el Tribunal Supremo el artículo 2.2 del Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo , por el que se regulan las prestaciones económicas de la Seguridad Social por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural, el cual dispone que se consideran jurídicamente equiparables a la adopción y al acogimiento preadoptivo, permanente o simple, aquellas instituciones jurídicas declaradas por resoluciones judiciales o administrativas extranjeras, cuya finalidad y efectos jurídicos sean los previstos para la adopción y el acogimiento preadoptivo, permanente o simple, cuya duración no sea inferior a un año, cualquiera que sea su denominación.

Finalmente, la Sala Cuarta entiende que *pugna con la lógica más primaria que se deniegue la prestación en los supuestos de gestación por sustitución cuando se reconocería ex lege si el solicitante se hubiera limitado a adoptar o a acoger a un menor, o a manifestar que lo ha engendrado junto con la madre.*

XVI.- ¿QUÉ DEBE RESOLVER EL TRIBUNAL CIVIL EN LOS CASOS DE SOLICITUDES DE ADOPCIÓN TRAS GESTACIONES POR SUSTITUCIÓN?

En estos supuestos de fraude de ley para conseguir la filiación del menor por gestación por sustitución, el Tribunal debe resolver si autoriza la adopción en interés del menor, o no permite la consumación del fraude, por ser contrario al orden público español.

Que es una práctica contraria al orden público español lo declara el Tribunal Supremo en la Sentencia de 6 de febrero de 2014, a instancias del Ministerio Fiscal, en el fundamento jurídico tercero de la sentencia, que además indica que el requisito de legalidad conforme a la ley española, que exige el artículo 23 de la LRC, si bien no puede entenderse como absoluta conformidad con todas las exigencias de nuestra legislación, si ha de serlo con respeto a las normas, principios y valores que encarnan el orden público español.

Señala claramente en el punto 7 del referido fundamento que las normas aplicables a la gestación por sustitución o maternidad subrogada, y en concreto el artículo 10 de la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida, integran el orden público internacional español.

Por otra parte, es cierto que declarando judicialmente la adopción de la esposa o pareja del padre biológico se permite que sigan cometiendo estos fraudes.

Y es contradictorio, que pudiendo incluso ser punible la conducta de la madre o pareja que pretende la adopción, que cooperó de forma necesaria en todo el proceso, y punible también la actuación de la agencia o persona intermediaria, conforme al artículo 221 del Código Penal, quepa autorizar judicialmente la adopción, validando el objeto del fraude al orden público español.

Hay otros ámbitos en los que tal cuestión punibilidad no plantea problema alguno, y los hechos son perseguibles, incluso penalmente, aunque se realicen en el extranjero, como es el caso de la compra de órganos castigada en artículo 156 bis Código Penal.

Cabe pensar que también coopera en este proceso la propia Dirección General del Registro y del Notariado, especialmente si se sigue inscribiendo en el Registro Consular las inscripciones registrales extranjeras de filiación por gestación por sustitución o maternidad subrogada, tras la sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014, y tras la doctrina expuesta en la Sentencia de 24 de enero de 2017, de la Gran Sala del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Por otra parte, el TS, en la Sentencia de 6 de febrero de 2014, en su Fundamento Jurídico 11, no cierra tampoco la posibilidad en estos casos de que se reconozca la filiación paterna biológica en su caso, y el acogimiento familiar o la adopción como protección del menor generado por gestación por sustitución, sobre todo en casos en que existe un padre biológico español.

Creo que por tanto que no hay una solución jurídica clara que deba aplicar el tribunal a los casos de solicitud de adopción por el cónyuge o pareja con relación de afectividad análoga al padre biológico que obtuvo la filiación por gestación por sustitución en el extranjero, y no debe ser en un procedimiento de jurisdicción voluntaria sobre adopción, sino vía de tratados internacionales, y de medidas legislativas en nuestro ordenamiento interno, y de actuación del Ministerio Fiscal recabando las responsabilidades penales y civiles, e impugnando la actuación de los Encargados del Registro Civil que fuere contraria a la Ley, donde se dé solución a esta problemática.

Entiendo también que debería determinarse más claramente en la Ley del Registro Civil si debe exigirse exequatur cuando hubiere duda en el Encargado del registro Civil si se ha realizado la procreación por una técnica prohibida por el ordenamiento jurídico español.

Finalizo aquí el presente trabajo, dando las gracias sinceras a todos los lectores por el tiempo que han empleado en su lectura, y si algo quieren aportar sobre esta cuestión pueden remitirlo a justiciahispana@gmail.com

