

GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN: ESPAÑOLES ATRAPADOS EN UCRANIA

SURROGATE MOTHERHOOD: SPANISH CATCHED IN UKRAINE

LAURA FERNÁNDEZ ECHEGARAY

Doctora en Derecho. Profesora Ayudante de Derecho Civil de la
Universidad de Cantabria

Resumen: La gestación por sustitución es una técnica reproductiva no permitida en España. Con independencia de esto, son cientos los españoles que anualmente viajan a países permisivos con el objetivo de cumplir el sueño de ser padres. Ucrania, durante más de una década, ha sido un destino de referencia para acceder a esta técnica, no solo por los asequibles costes del proceso, sino por el permisivo cauce de inscripción a través del cual estos niños accedían al Registro Civil español. El reciente cambio de rumbo jurídico ordenado por el Gobierno español ha generado un importante conflicto legal del que ha derivado que, actualmente, decenas de familias españolas permanezcan atrapadas en Ucrania sin posibilidad legal de abandonar el país en compañía de sus hijos.

Abstract: Gestation by substitution is a reproductive technique not allowed in Spain. Regardless of this, there are hundreds of Spaniards who annually travel to permissive countries with the objective of fulfilling the dream of being parents. Ukraine, for more than a decade, has been a reference destination to access this technique, not only because of the affordable costs of the process, but also because of the permissible registration channel through which these children accessed the Spanish Civil Registry. The recent change of legal direction ordered by the Spanish Government has generated a significant legal conflict that has resulted in the fact that dozens of Spanish fa-

milies are currently trapped in Ukraine without the legal possibility of leaving the country in the company of their children.

Palabras clave: gestación por sustitución, filiación, Registro Civil, paternidad, maternidad.

Key words: Substitute gestation, filiation, Civil Registry, paternity, maternity

Sumario: I. Introducción. II. La gestación por sustitución en el ordenamiento jurídico español: II.A. La inscripción de los niños de padres españoles nacidos por gestación por sustitución en el extranjero: el “Asunto Valencia”. II.B. La situación tras la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014. III. El conflicto en Ucrania: III.A. La gestación por sustitución en el ordenamiento jurídico ucraniano. III.B. Razones por las que los españoles optan por Ucrania: proceso y burocracia habitual de las inscripciones en el Registro Civil. III.C. Causas del conflicto generado y consecuencias actuales. IV. Conclusiones. V. Bibliografía.

Recepción original: 12-2-2020

Aceptación original: 4-6-2020

I. INTRODUCCIÓN

Actualmente seguimos pendientes del preocupante conflicto acaecido en Ucrania en el que decenas de familias españolas se han visto involucradas al no poder regresar a nuestro país en compañía de sus hijos. La problemática descansa en que estos nacimientos han sido llevados a cabo a través de la celebración de acuerdos de gestación por sustitución, suscritos al amparo de la permisiva legislación ucraniana. A pesar de la expresa ausencia de legalidad de esta figura en nuestro ordenamiento jurídico, durante más de una década, los españoles que optaron por Ucrania como lugar de destino para tener a sus hijos, encontraban un cauce aparentemente apto para poder inscribirlos en el Registro Civil español. Como veremos, la polémica ha surgido como consecuencia del cambio de rumbo por el que las autoridades españolas han decidido descartar aquella vía de acceso al Registro Civil. La gestación por sustitución¹, también conocida

¹ La que suscribe es autora de la monografía *La gestación por sustitución y la reproducción asistida en España: zincoherencia normativa o legislación garantista*, Aranzadi, Pamplona, 2019. En ella se ha realizado un estudio exhaustivo de esta figura y de la situación jurídica actual en la que se encuentra, tanto desde el panorama nacional como de Derecho comparado. Además, se incluye una propuesta innovadora personal de regulación de esta figura en el ordenamiento jurídico español.

como “maternidad subrogada” o, de forma coloquial, como «madres o vientres de alquiler»², consiste en un acuerdo³ a través del cual una mujer acepta quedar embarazada, generalmente a través del uso de técnicas de reproducción humana asistida, con el fin de engendrar y dar a luz a un hijo que al nacer será entregado a un tercero que lo criará como propio⁴. En todo caso, la mujer gestante va a renunciar a cualquier tipo de obligación o derecho en relación con el recién nacido.

Actualmente existen dos tipos de gestación por sustitución⁵. Por un lado, la de tipo tradicional en la que la mujer que gesta al niño es en realidad su madre, tanto biológica como genética. Es decir, el bebé es el resultado de su propio óvulo fecundado con el espermatozoide del padre intencional, bien del aportado por un donante de gametos. Por otro lado, se encuentra la de tipo gestacional, donde la mujer gestante no guarda en realidad ningún vínculo genético con el niño. De esta forma, la madre genética va a ser una mujer diferente a la gestante.

Con independencia de todo ello, no hay duda de que la gestación por sustitución está de candente actualidad. Así, son muchos los países que la regulan positivamente y, otros, a pesar de prohibirla, o de

² En España existen asociaciones en defensa de esta figura como son “Asociación Española de la Gestación por Sustitución” o la Asociación de familias por gestación subrogada “Son nuestros Hijos”. Estas agrupaciones entienden la expresión “madres o vientres de alquiler” como despectiva e incluso insultante. Gozan de una enorme repercusión pública a la hora de tratar cualquier cuestión relacionada con esta materia.

³ Esta definición de la figura es compartida por autores como DÍAZ ROMERO, M.R.: «La gestación por sustitución en nuestro ordenamiento jurídico», *Diario La Ley*, núm. 7527, Sección Doctrina, 2010, pág. 1.

⁴ Al igual que autores como LAMM o SOUTO GALVÁN, defendemos que el término más apropiado para denominar esta figura es el de “gestación por sustitución”. Teniendo en cuenta que en realidad la mujer gestante se limita a gestar al hijo de otro, creemos que no es oportuno identificarlo con el término “maternidad”. La maternidad es algo mucho más amplio que la simple acción de gestar. Además, teniendo en cuenta que hay contratos celebrados por parejas de varones, no abarcaría todos los modelos. De igual forma, tampoco creemos adecuado que se hable de “subrogación” puesto que podría interpretarse como que la gestante no solo desarrolla la gestación, sino que, además, aporta en todo caso su material genético para la fecundación. Es por ello que opinamos que es más adecuado utilizar el término “sustitución” que lleva implícito que “gesta para otro que no puede hacerlo”. Véanse, LAMM, E.: *Gestación por Sustitución. Ni maternidad subrogada ni vientres de alquiler*, Observatorio de Bioética i Dret, Universidad de Barcelona, Barcelona, 2013, pág. 26; y SOUTO GALVÁN, B.: «Aproximación al estudio de la gestación por sustitución desde la perspectiva del bioderecho», (pdf) *Foro, Nueva Época*, núm. 1, 2005, pág. 277.

⁵ PÉREZ MONGE, M.: «Cuestiones actuales de la maternidad subrogada en España: Regulación versus realidad», *RDP*, julio-agosto, 2010, págs. 41-64.

carecer de regulación, se encuentran con que un número cada vez más elevado de ciudadanos acuden a lugares permisivos con el fin de lograr el sueño de ser padres. Esto ha fomentado un considerable aumento del llamado “*turismo reproductivo*”. España no ha sido una excepción. Como veremos más adelante, cada año llegan a nuestro país alrededor de 1000 niños de padres españoles nacidos a través de gestación por sustitución fuera de nuestras fronteras. Los conflictos jurídicos se presentan realmente cuando esas personas regresan a sus vidas y pretenden dar entrada a sus hijos en el Registro Civil español.

Dentro del panorama internacional podemos distinguir cuatro grupos diferenciados de países: Por un lado, los que carecen de regulación (Argentina o Tailandia, entre otros), por otro, algunos que, como España, la rechazan expresamente (Francia⁶, Alemania⁷, Suiza⁸, Italia⁹, Austria¹⁰ o Portugal¹¹) y, finalmente, los que la permiten. A su vez, dentro de este último grupo permisivo hay que diferenciar los que lo hacen únicamente de forma gratuita (Brasil¹², Reino

⁶ Ley 94/653, de 29 de julio de 1994/ artículo 16-7 CC/ *Comité Consultatif National d’Ethique* de Francia: Opiniones núm. 23, de 23 de octubre de 1984; Opinión núm. 90, de 24 de noviembre de 2005, Opinión núm. 110, mayo de 2010.

⁷ Artículo 1, Ley 745/90, de 13 de diciembre, sobre Protección del Embrión.

⁸ Artículo 119.2, d) de la Constitución Federal Suiza: “*La donación de embriones y todas las formas de maternidad de sustitución están prohibidas*”, y artículo 4 de la Ley Federal, sobre Procreación Medicamente Asistida, de 18 de diciembre de 1998 (reformada en 2006).

⁹ Artículo 4.3, Ley 40/2004, de 19 de febrero, sobre Técnicas de Reproducción Asistida.

¹⁰ Artículo 2.3 de la Ley Federal Austriaca, de 1 de julio de 1992, sobre Reproducción Asistida.

¹¹ Portugal, aunque duró escaso tiempo, fue uno de los últimos países que aceptó la gestación por sustitución en su ordenamiento jurídico. La Ley 25/2016, de 22 de agosto, modificaba la Ley 32/2006, de 26 de julio sobre Procreación Medicamente Asistida (Lein. 32/2006 de Procriação Medicamente Assistida) dando entrada a esta figura en Portugal. Después de un año en periodo de regulación y enmiendas, la ley finalmente se publicó a través del Decreto Reglamentario 6/2017, de 31 de julio, entrando en vigor el 1 de agosto de 2017. El Tribunal Constitucional, a través de la resolución número 225/2018, de 24 de abril, la declaró parcialmente inconstitucional y supuso el fin de la gestación por sustitución en el país luso. Para ver la cuestión de forma más detallada puede consultarse FERNÁNDEZ ECHEGARAY, L.: La gestación por sustitución y la reproducción asistida en España: ¿incoherencia normativa o legislación garantista, Aranzadi, Pamplona, 2019, págs. 143-149.

¹² Resolución núm. 1957, de 15 de diciembre de 2010, del Consejo Federal de Medicina (CFM).

Unido¹³, Canadá¹⁴, Israel¹⁵, Grecia¹⁶, México- Tabasco¹⁷, Australia¹⁸, Sudáfrica¹⁹ etc...) y los que van más allá y la permiten, incluso, de forma comercial (Rusia²⁰, India²¹, Ucrania²², Estados Unidos²³ etc...). Aunque estos últimos Estados son, o fueron, ampliamente permisivos con esta técnica, las garantías que ofrecen no son exactamente equiparables en todos ellos. A modo de ejemplo, debemos indicar

¹³ Ley de Acuerdos de Subrogación (*Surrogacy Arrangements Act*) de 1985.

¹⁴ Ley de Reproducción Humana Asistida, de 29 de marzo de 2004 (no aplicable a la Provincia de Quebec).

¹⁵ Ley núm. 5746/1996, sobre Acuerdos de Gestación por Sustitución.

¹⁶ Artículo 8 de la Ley 3089/2002, de 19 de diciembre de 2002 y artículos 1458 y ss. del Código Civil griego.

¹⁷ Código Civil de Tabasco, artículos 92, 347, 380 y 399.

¹⁸ La gestación por sustitución no está permitida en todos los territorios del país. En el Territorio del Norte está prohibida y en el resto las condiciones de acceso y permisibilidad dependen de sus propias regulaciones. Así, el Territorio permisivo es la *Australian Capital Territory (ACT- Parentage Act, 2004)*. Además, hay que decir que son cinco los Estados que la admiten: Queensland (*QLD- Surrogacy Act, 2010*), New South Wales (*NSW- Surrogacy Act, 2010*), Western Australia (*WA- Surrogacy Act, 2008*), Victoria (*VIC- Assisted Reproductive Treatment Act, 2008*) y South Australia (*SA- Family Relationship Act, 1975/Surrogacy Act, 2009*)

¹⁹ *Children's Act*. núm. 38/2005. Destaca la sentencia núm. 29936/2011, de 27 de septiembre ZAGPPHC 185.

²⁰ Código de Familia de la Federación de Rusia de 1995 (artículos 51 y 52), Ley Federal de la Salud (323-FZ) de 2011 y Ley Federal sobre los Actos de Registro del Estado Civil de 1997.

²¹ Hay que indicar que India ha dejado de ser país de destino para extranjeros. Aunque dicha técnica está permitida, los españoles, a diferencia de lo ocurrido durante largo tiempo, ya no cuentan con esta opción. Hay que decir que en ese país es el Consejo Médico de Investigación (ICMR), organismo que rige la carrera médica en el país, quien controla que las madres de alquiler no superen los 45 años, que pasen la prueba de VIH y que no tomen drogas, entre otros requisitos. En este país el precio de estos contratos se cifra aproximadamente en 30.000 dólares. Tras recorrer un paulatino camino hacia la prohibición, a través de la "*Surrogacy (regulation) Bill*", de 2016, su acceso fue reservado a matrimonios indios, heterosexuales e infértiles. Ya desde el año 2015, se anunció la prohibición de la gestación por sustitución para extranjeros.

²² Código de Familia de Ucrania (artículos 281, 123.2 y 139) y Orden núm. 771, de 23 de diciembre de 2009, por la que se aprueba la Instrucción sobre la aplicación de Técnicas de Reproducción Asistida en la que se admite expresamente la gestación por sustitución.

²³ En Estados Unidos esta técnica no está permitida en toda su extensión territorial. Únicamente está legalizado en 8 estados. En buena parte del territorio norteamericano es técnica prohibida (Nueva York, Nuevo México, Arizona, Utah, Michigan o Washington). Se permite en Estados como Florida o Minnesota. El más permisivo sin duda es California.

que, ya desde hace unos años, India²⁴⁻²⁵ no ofrece en la actualidad una protección jurídica para extranjeros como la que ofrecen algunos Estados Norteamericanos como California²⁶. Como veremos más adelante, lo mismo ocurre hoy en día con países como Rusia, Georgia o Ucrania.

Como decimos, esta disparidad de legislaciones ha supuesto un aumento considerable del llamado “turismo reproductivo”²⁷. Ciudadanos de países prohibitivos se desplazan a otros permisivos con la intención de acceder a esta técnica o, incluso, aun estando permitida en su lugar de origen, acuden a otro atendiendo a mejores garantías, costes o celeridad en el proceso²⁸. Tal y como veremos, dentro de los países más frecuentados por los españoles para realizar este tipo de acuerdos se encuentra Ucrania. La realidad es que miles de personas de todas partes del continente optan por este destino para tener

²⁴ Hay que destacar que en India, en junio de 2013, antes de la prohibición para extranjeros, ya se produjo una importante modificación legislativa que significó que, como parte de los trámites legales, se exigía certificación oficial expedida en el país de origen sobre la legalidad de la técnica en el lugar de procedencia de los contratantes.

²⁵ Así le sucedió a A.M.C., ciudadana española (asturiana) y madre intencional de dos mellizos, nacidos el 1 de julio de 2013 en Bombay (India), a quienes les concedieron el pasaporte español. En junio de 2013, como consecuencia del cambio de rumbo en cuanto a los requisitos exigidos, esta española se vio obligada a permanecer en una situación de bloqueo en compañía de sus hijos. Evidentemente, las autoridades correspondientes de Madrid alegaron, como no podía ser de otra manera, que no podían emitir ese certificado necesario al no tratarse de una práctica legal en España. No obstante, la Embajada española en Nueva Delhi hizo llegar una carta oficial a las autoridades indias en la que se expuso la necesidad de encontrar una «solución jurídica» para resolver este caso dada su «enorme dimensión humana». Finalmente, se les permitió salir del país con los dos niños por entender que el interés superior de los menores justificaba la autorización.

²⁶ En Estados Unidos realizar un acuerdo de gestación por sustitución puede llegar a costar alrededor de 120.000 dólares. De estos, la gestante recibe unos 25.000 dólares y la aportante del óvulo entre 4.000 y 10.000 dólares. La agencia especializada, médicos y abogados reciben el diferencial. Es por ello que son muchas las parejas norteamericanas que tienen que salir de Estados Unidos a otros países más económicos para realizar la técnica. Como ya se ha indicado, el Estado más liberal en relación con esta materia es California. Es más, podemos considerar que la historia de la gestación por sustitución arrancó precisamente allí, cuando en el año 1975 un periódico local publicó un anuncio en el cual se solicitaba una mujer para ser inseminada artificialmente a petición de una pareja estéril que estaba dispuesta a ofrecer remuneración a cambio.

UDA. *Fertility Consulting*. www.vientredealquiler.com/index.php/glosario/606-madres-de-alquiler-iel-fin-justifica-los-medios.

²⁷ También conocido como “turismo procreativo internacional”, “turismo de fertilidad internacional” o “Cross-Border Reproductive Care”.

²⁸ DAVIES, T.: «Cross-Border Reproductive Care: Quality and Safety Challenges for the regulator», *Fertility & Sterility*, January 2010, 94 (1), págs. 20-22.

a sus hijos. Esto ha derivado en que actualmente ya sea vulgarmente denominada como el “útero de Europa”. Lo cierto es que, en base a su cercana ubicación demográfica y a los costes mucho más reducidos que oferta, viajar a Ucrania resulta bastante más asequible que hacerlo a países donde los gastos del proceso pueden triplicarse. Tengamos en cuenta que en los territorios permisivos de Estados Unidos un contrato de este tipo ronda los 120.000 dólares. Ahora bien, tengamos presente que no hay duda de que es el país que más garantías ofrece a las partes. En contraste a lo anterior, Ucrania ronda los 45.000 euros. De ahí que este lugar se ha convertido en el destino por excelencia de las familias que no gozan de un elevado poder adquisitivo. A esto hay que sumarle que Ucrania ha gozado hasta ahora de una aparente facilidad a la hora de inscribir los nacimientos en el Registro Civil español. Ahora bien, hay que indicar que a lo largo de año 2018 esa aparente facilidad ha desaparecido. El Gobierno español, por las razones que más adelante explicaremos, decidió suspender la entrega de pasaportes a estos niños nacidos por subrogación en Ucrania. La grave consecuencia ha derivado en que actualmente más de cuarenta familias españolas permanecen atrapadas en territorio ucraniano sin posibilidad de poder abandonar el país en compañía de sus hijos.

Al objeto de poder explicar detalladamente qué es lo que realmente está ocurriendo en Ucrania resulta necesario analizar previamente cuál es la situación jurídica actual de la gestación por sustitución en España. Solo comprendiendo cuál ha sido el camino recorrido en esta materia podremos explicar cómo hemos podido llegar a este serio conflicto diplomático en el que, no olvidemos, se han visto afectados menores españoles a los que se les está privando, en principio, de una nacionalidad y, por ende, de un pasaporte que les permita salir de Ucrania para retomar sus cortas vidas en su país: España.

II. LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL

A través del artículo 10²⁹ de la Ley 14/2006, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida³⁰ (LTRHA) se declara nulo de pleno

²⁹ Artículo 10 LTRHA: “Será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero”.

³⁰ Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida (RCL 2006, 1071).

derecho cualquier acuerdo de gestación por sustitución, ya sea a cambio de precio o sin él. En base a lo anterior, en caso de llegar a celebrarse el contrato se va a producir un efecto jurídico “rebote” puesto que, por un lado, la mujer contratante que buscaba convertirse en madre legal no será considerada como tal y, al tiempo, la gestante, quien en ningún momento deseó ser madre, va a ser finalmente determinada. La anterior regla no hace más que respetar la ordinaria aplicación de las normas de determinación de la filiación materna vigentes en nuestro sistema. La máxima de Derecho romano “*mater semper certa est*” sigue presente en nuestro ordenamiento y determina que la mujer que desarrolla un embarazo y posterior parto será en todo caso la madre oficial del bebé. Con independencia de estas reglas generales, el legislador se ocupó de tratar este tema de forma específica a través del artículo 10.2 LTRHA³¹. Proceda de donde proceda el óvulo fecundado, la mujer que gesta y da a luz al niño nacido por gestación por sustitución será la madre legalmente determinada. Por tanto, el ordenamiento jurídico español no distingue ni valora el origen del gameto femenino utilizado para la procreación³². La regla relativa a la filiación materna en España descansa únicamente sobre la verdad biológica, que no genética, ni mucho menos volitiva. En realidad, a lo que atiende el legislador es a la verdad gestacional³³.

Por lo que respecta a la filiación paterna, el artículo 10.3 LTRHA establece que “*Queda a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales*”. Es decir, el varón cuyo esperma fue utilizado para la fecundación del embrión implantado en la gestante podrá reclamar la paternidad con independencia de haber sido parte o no en el contrato de gestación subrogada. En conclusión, en España, el niño nacido a raíz de la suscripción de un contrato de gestación subrogada será considerado le-

³¹ Artículo 10.2 LTRHA: “*La filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto*”.

³² HUALDE MANSO, T.: «De nuevo sobre la filiación de los nacidos mediante gestación contratada», *Aranzadi*, Civil-Mercantil, Parte Comentario, núm. 10, Pamplona, 2012, pág.3.

³³ En realidad, atendiendo a esta premisa de maternidad biológica única, debería resultarnos incoherente que en nuestro país esté permitido que la filiación materna pueda ser inscrita legalmente a favor de dos mujeres casadas. ¿Y la máxima “*mater semper certa es*”? Esto se permite a través de los artículos 175 y siguientes del Código Civil, relativos a la adopción (tanto para matrimonios homosexuales formados por mujeres como por hombres) y, únicamente, para matrimonios formados por mujeres, a través del artículo 7.3 de la LTRHA relativo a las técnicas de reproducción asistida.

galmente como hijo de la mujer contratada para gestar al niño³⁴ y, a su vez, podrá ser determinado como padre el varón que ejercite con éxito una acción judicial de reclamación de paternidad.

II. A. La inscripción de los niños de padres españoles nacidos por gestación por sustitución en el extranjero: el “Asunto Valencia”

El problema de la inscripción registral de estos hijos de españoles nacidos por subrogación fuera de nuestras fronteras no se ha solventado con iguales garantías en todos los supuestos. Dependiendo del país en el que se produzca el nacimiento el acceso registral podrá resultar más o menos problemático.

Para tratar detalladamente esta cuestión vamos a hacer referencia a un caso seguido con gran difusión y expectación en España. Sin duda, este asunto se ha convertido en el referente jurídico por excelencia a la hora de hablar de gestación por sustitución en nuestro país. Se trata del nacimiento de dos gemelos “españoles” en Estados Unidos (San Diego-California), en el año 2008. La gestante era una mujer norteamericana y los padres de intención una pareja de varones españoles que durante todo el procedimiento judicial afirmó que ambos eran aportantes del espermatozoides utilizado para la fecundación. En el caso del óvulo fecundado, había sido aportado por una donante³⁵.

Con el objeto de llevar a cabo la burocratización lógica que conlleva cualquier nacimiento se dirigieron al Registro Civil Consular de España en la ciudad de Los Ángeles. Puesto que en el certificado únicamente constaba la doble filiación paterna (el nombre de la madre no se contemplaba), el Consulado la denegó manifestando que se había producido a través de una práctica no permitida en España. Tras el correspondiente recurso interpuesto por el matrimonio, la Dirección General de los Registros y del Notariado (DGRN) dictó la Resolución, de fecha 18 de febrero de 2009³⁶ a través de la cual se

³⁴ BARBER CÁRCAMO, R.: «Reproducción asistida y determinación de la filiación», *REDUR*, diciembre, 2010, págs. 25-37.

³⁵ QUIÑONES ESCÁMEZ, A: «Doble filiación paterna de gemelos nacidos en el extranjero mediante maternidad subrogada (en torno a la RDGRN de 18 de febrero de 2009)», *InDret*, Barcelona, julio, 2009, pág.5. La autora pone de manifiesto que la manera de utilizar esta técnica en parejas homosexuales de varones es la de mezclar el semen de ambos, siendo muy difícil que queden fecundados al mismo tiempo embriones con el espermatozoides de cada uno de ellos.

³⁶ (RJ 2009, 1735).

ordenó finalmente la inscripción de los menores en el Registro Civil. La razón de fundamento descansó en que los certificados de nacimiento fueron expedidos por los Tribunales Civiles Californianos, aplicando normas plasmadas en su Código de Familia³⁷ y, de igual forma, en que no se estaba vulnerando el orden público internacional puesto que en el Derecho español ya se admite la doble filiación paterna y materna en supuestos de adopción y, además, también es posible otorgar esta última de acuerdo al uso de técnicas de reproducción (artículo 7.3 LTRHA). A mayor abundancia, se expuso que en virtud del “interés superior del menor”³⁸, puede recomendarse la inscripción en el Registro Civil español de una filiación que obre en un Registro Civil extranjero³⁹.

Una vez practicada la inscripción de los menores, el Ministerio Fiscal interpuso la correspondiente demanda de juicio ordinario⁴⁰ y el Juzgado de Primera Instancia número 15 de Valencia (sentencia número 193/2010, de 15 de septiembre⁴¹), estimó la misma y dejó sin efecto la inscripción. Entendió que en lo relativo al reconocimiento de una certificación extranjera se había quebrantado el principio de jerarquía normativa (artículo 9.3 CE) al aplicarse los artículos 81 y 85 de Reglamento del Registro Civil de 1958⁴², y no el artículo 23 de la Ley registral de 1957⁴³ que exige que para pueda reconocerse la certificación extranjera hay que controlar, además de la forma, el fondo del hecho inscrito. Esta sentencia fue recurrida en apelación y la Audiencia Provincial de Valencia (Sección 10^a), a través de la sen-

³⁷ *California Family Code, Sections. 6630.3 f*: “Una parte en un acuerdo de reproducción asistida puede interponer una acción en cualquier momento para establecer la relación de filiación existente entre padres e hijos en consonancia con la intención expresada en el acuerdo de reproducción asistida”. A su vez, la 7650 (a) trata sobre la posible acción por la que se determina la existencia o no de la filiación materna.

³⁸ En aplicación del artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño de Nueva York, de 20 de noviembre 1989, y en cumplimiento de lo dispuesto en los artículos 6 y 7 del Convenio de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, en los que se aboga por el reconocimiento de la identidad de éstos, se entiende que la identidad debe ser la misma en el país de nacimiento y en el que residen.

³⁹ AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO, M.: «La tutela y demás instituciones de protección del menor en Derecho Internacional Privado», *BIMJ*, núm. 1766, 1996, págs. 7-30.

⁴⁰ Demanda presentada ante el Decanato de los Juzgados de Valencia, en fecha 28 de enero de 2010, contra la DGRN la cual tuvo entrada en el Juzgado de Primera Instancia núm. 15 de Valencia y fue registrada con el núm. P.O. 188/ 2010.

⁴¹ (AC 2010, 1707).

⁴² (RCL 1958, 1957).

⁴³ Artículo 23 de la LRC de 1957: “También podrá practicarse (la inscripción) sin necesidad de previo expediente, por certificación de asientos extendidos en Registros extranjeros, siempre que no haya duda de la realidad del hecho inscrito y de su legalidad conforme a la Ley española”.

tencia número 826/2011 (Rollo de Sala 949/2011), de fecha 23 de noviembre de 2011⁴⁴, falló desestimando el recurso y confirmando plenamente el pronunciamiento de instancia.

Un dato fundamental en este asunto fue que mientras se resolvía este procedimiento, la DGRN dictó la Instrucción de fecha 5 de octubre de 2010⁴⁵, la cual permanece a día de hoy en vigor y ha sido objeto de durísimas críticas por parte de nuestra doctrina. Algún autor ha manifestado incluso que “*muestra una serie de carencias jurídicas en el ámbito del derecho internacional privado dignas de elogio*”⁴⁶. Aunque en realidad la DGRN no cambió su criterio, añadió una serie de requisitos necesarios para inscribir a menores españoles nacidos por subrogación en el extranjero. Entre ellos, se exige que uno de los solicitantes debe ser español. Para ello alegó la protección del interés del menor “*facilitando la comunidad transfronteriza de una relación de filiación declarada por un Tribunal extranjero*”⁴⁷. Se abogó, además, por la necesaria protección, tanto de los menores como de las mujeres gestantes y, en consecuencia, para salvaguardar estos intereses, estableció los siguientes factores a respetar⁴⁸: exigencia de resolución judicial extranjera sobre la filiación, exigencia de *exequatur* en España, exigencia de reconocimiento incidental y decisión del encargado respecto al *exequatur* por homologación judicial previa, o de reconocimiento incidental registral⁴⁹.

Algunos autores han entendido que esta Instrucción disfraza y maquilla la aplicación de lo que jurídicamente se conoce como

⁴⁴ (AC 2011, 1561).

⁴⁵ (RCL 2010, 2624).

⁴⁶ GARCÍA ALGUACIL, M J.: «Incoherencia legislativa o despropósito judicial: A propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014», *Aranzadi, Civil-Mercantil*, núm. 3, Vol. 2, Pamplona, junio, 2014, pág. 3.

⁴⁷ JIMÉNEZ MARTÍNEZ, M.V.: «La inscripción de la filiación derivada de la gestación por sustitución. Problemas actuales», *Anuario de la Facultad de Derecho-Universidad de Alcalá*, V, 2012, págs.365-380.

⁴⁸ CALVO CARAVACA, A.L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ. J.: «Notas críticas en torno a la Instrucción de la DGRN de fecha 5 de octubre de 2010, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, marzo, 2012, págs. 247-262.

⁴⁹ Tras la Instrucción de 5 de octubre de 2010, la DGRN ha seguido pronunciándose al respecto en numerosas resoluciones a través de las cuales se han seguido apoyando los criterios contenidos en dicha Instrucción de 2010. Como ejemplos están; Resolución de 3 de mayo de 2011, Resolución de 6 de mayo de 2011, Resolución de 9 de junio de 2011, Resolución de 27 de junio de 2011, Resolución de 23 de septiembre de 2011, Resolución de 12 de diciembre de 2011, Resolución de 19 de diciembre de 2011, Resolución de 22 de diciembre de 2011, Resolución de 20 de noviembre de 2014 y Resolución de 19 de diciembre de 2014.

fraude de ley⁵⁰. Otros como De VERDA Y BEAMONTE⁵¹ entienden que “la solución que propone la instrucción está prestando cobertura administrativa a un “turismo reproductivo” el cual trata de eludir la aplicación de un precepto legal (art. 10 LTRHA 14/2006) que claramente establece la nulidad del contrato de gestación por sustitución”. En defensa de esta Instrucción cabe decir que la misma descansa en el principio del orden público internacional y que, además de defender principios constitucionales como el derecho a la dignidad de la persona o al libre desarrollo de la personalidad, permite reconocer ciertos efectos a instituciones desconocidas en nuestro ordenamiento⁵².

Volviendo al asunto principal, ante el fallo desestimatorio emitido por la Audiencia Provincial de Valencia, el matrimonio interpuso el correspondiente recurso de casación. El Pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo (TS) dictó la sentencia núm. 835/2013, de 6 de febrero 2014⁵³. En cuanto al reconocimiento de certificación extranjera, el Tribunal compartió el criterio de las instancias inferiores entendiendo que, erróneamente, la DGRN había aplicado los artículos 85 y 81 del RRC⁵⁴, omitiéndose el necesario control de fondo sobre el hecho inscrito que exige el artículo 23 LRC. Además, fundamentó que el artículo 10 de la LTRHA integra el orden público internacional español y que los recurrentes intencionadamente se desplazaron a California únicamente para celebrar un contrato de gestación por sustitución a sabiendas de su prohibición en España⁵⁵. A este respecto, manifestó que la prohibición en nuestro país de la maternidad subrogada no es excepcional dado que se da también en la mayoría de los países de la Unión Europea. En esta sentencia se otorgó como argumento de peso el respeto al orden público internacional español⁵⁶, entendido como el sistema de derechos y libertades individuales garantizadas en la Constitución Española y en los

⁵⁰ LASARTE ÁLVAREZ, C.: «La reproducción asistida y la prohibición legal de la maternidad subrogada admitida de hecho por vía reglamentaria», *Diario La Ley*, enero, 2012. págs.17-18.

⁵¹ DE VERDA Y BEAMONTE, J.R.: «Inscripción de los hijos nacidos mediante gestación por sustitución (a propósito de la Sentencia del Juzgado de 1ª Instancia número 15 de Valencia, de fecha 15 de septiembre)», *Diario la Ley*, noviembre, 2010, págs. 13-15.

⁵² GARCÍA ALGUACIL, M.J. «Incoherencia legislativa o despropósito judicial: A propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014», *Ob. Cit.*, pág. 4.

⁵³ Recurso de Casación núm. 245/2012, (RJ/2014/736).

⁵⁴ (RCL 1958, 1957).

⁵⁵ Fundamento Jurídico 3º. 7. Sentencia TS, de 6 de febrero de 2014

⁵⁶ Fundamento Jurídico 3º.10. Sentencia TS, de 6 de febrero 2014.

Convenios Internacionales de Derechos Humanos ratificados por nuestro país, así como el conjunto de valores y principios que los encarnan^{57/58}. En base a todo lo anterior, la Sala finalmente falló que resultaba inadmisibile que pudiera plantearse la disociación entre citado contrato y la filiación que se pretendía inscribir.

Con independencia de toda la argumentación analizada, uno de los aspectos más importantes de esta resolución descansó en que el propio TS admitió que, dando cumplimiento al propio fallo, los menores podrían sufrir inconvenientes y, por tanto, quedaban desprotegidos. Como mecanismo paliativo de esa desprotección propuso que el progenitor aportante del material genético utilizado para la fecundación ejercitara la acción de reclamación de paternidad (art. 10.3 LTRHA) y, posteriormente, una vez filiado como padre en el Registro Civil, su cónyuge solicitara la adopción. Además, reconoció que también existen otras figuras⁵⁹ como el acogimiento familiar o la adopción que permiten la formación jurídica de la integración real de los menores en el núcleo familiar⁶⁰.

⁵⁷ A este respecto, el Informe de la Conferencia de Derecho Internacional Privado de la Haya, de 10 de marzo de 2012, sobre los problemas que plantean los contratos de maternidad subrogada entre los diferentes Estados implicados indica unas pautas diferentes. La Conferencia propone asumir un sistema de orden público reducido para las situaciones legítimamente creadas en países extranjeros en el que se permita reconocer efectos jurídicos derivados de la maternidad subrogada, sucedida al amparo de un ordenamiento jurídico extranjero. La Conferencia, en armonía con el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, informa de la necesidad de minorar la aplicación del orden público internacional debiendo ser aplicado bajo imperiosa necesidad y por el fin legítimo que lo justifica. En resumen, lo que se recomienda es que siempre que sea por el interés superior del menor, se pueda minorar la aplicación del orden público internacional.

⁵⁸ GARCÍA ALGUACIL, M.J.: «Incoherencia legislativa o despropósito judicial: A propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014», *Ob. Cit.*, pág. 8.

⁵⁹ El TS, aunque reconoció que las modernas regulaciones de las relaciones familiares no marcan como fuente exclusiva de filiación el hecho biológico, añadió que *“en nuestro ordenamiento jurídico y en el de la mayoría de los países con ordenamientos basados en similares principios y valores, no se acepta que los avances en las técnicas de reproducción asistida humana vulneren la dignidad de la mujer gestante y del niño mercantilizando la gestación y la filiación “cosificando” a la mujer gestante y al niño, permitiendo a determinados intermediarios realizar negocios con ellos, posibilitando la explotación del estado de necesidad en que se encuentran mujeres jóvenes en situación de pobreza y creando una especie de ciudadanía censitaria en la que solo quienes disponen de elevados recursos económicos pueden establecer relaciones paterno-filiales vedadas a la mayoría de la población”* (Fundamento Jurídico 3º. 8. Sentencia TS, de 6 de febrero 2014).

⁶⁰ Fundamento Jurídico 4º. 11. Sentencia TS, de 6 de febrero de 2014.

II. B. La situación tras la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014

Con esta sentencia parecía consolidarse un criterio judicial estable aplicable a este tipo de supuestos. Poco duró esta solución. Escasos meses después, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), concretamente en fecha 26 de junio de 2014⁶¹, dictó

⁶¹ Los Asuntos *Mennesson y Labassee* contra Francia se han convertido en un referente a nivel mundial. En ambos casos se trataba de matrimonios heterosexuales en los que las esposas padecían problemas de infertilidad y los esposos habían sido los aportantes de esperma. En el primero de los casos, optaron por California. Un Tribunal de ese Estado, a través de la sentencia de fecha 14 de julio de 2000, declaró la paternidad de este matrimonio tras prestar consentimiento todas las partes involucradas. En este caso el consentimiento fue emitido no sólo por los padres contratantes, sino por la mujer gestante y el marido de ésta. En fecha 25 de julio de ese mismo año, nacieron dos niñas gemelas. Días después, acudieron al Consulado de Francia en Los Ángeles con el fin de solicitar la transcripción del acta de nacimiento y consiguiente inscripción de las menores en su pasaporte. El Cónsul se opuso a la solicitud ya que, al no aportarse prueba física del nacimiento, sospechó que se trataba de un caso de gestación por sustitución. Los Órganos Federales Norteamericanos habían expedido los pasaportes estadounidenses de las niñas en los que los *Mennesson* figuraban como padres. Gracias a esto la pareja y sus dos hijas pudieron entrar en Francia. Después de un largo y complicado periplo judicial, la Corte de Apelación de París ordenó anular la transcripción de las actas de nacimiento y transcribir la sentencia en el marginal de esa inscripción de nacimiento anulada. Su decisión versó en que, al ser un hecho que en Francia están prohibidos los contratos de gestación por sustitución, la sentencia californiana que valida un contrato de este tipo es contraria al orden público internacional. Invocar el interés superior del menor no puede consistir en validar a posteriori un proceso cuya ilicitud está presente para el legislador francés. Por otro lado, respecto al segundo de los asuntos, el matrimonio *Labassee*, también de nacionalidad francesa, ante un problema de infertilidad de la esposa decidió celebrar un contrato de gestación por sustitución en Minnesota (EE.UU). La filiación a favor de los *Labassee* quedó determinado a través de la correspondiente resolución judicial emitida por los Órganos Norteamericanos. Nacida la niña, ésta fue inscrita en el Registro Civil de ese país. Años después, tras la solicitud de inscripción ante los órganos franceses, se emitió la negativa respecto al acta de nacimiento y consiguiente filiación extranjera. Las razones descansaron en la existencia del contrato de gestación por sustitución y, en consecuencia, en su efecto directamente contrario al orden público internacional francés. Ante esta situación, el matrimonio optó por intentar la inscripción acudiendo a la figura de la posesión de estado. La Corte de Casación Francesa, a través de la sentencia de fecha 6 de abril de 2011, de igual manera, negó efectos a la celebración de ese contrato de maternidad subrogada. Entendió que, efectivamente, era contrario al orden público internacional francés, incluyendo la posesión de estado alegada y los efectos que esta podía producir en relación con el establecimiento de la filiación de los padres intencionales. El Tribunal razonó que esta decisión no privaba a la menor de su filiación, puesto que en el Estado norteamericano de Minnesota estaba reconocida. De esta forma no se impedía a la niña la convivencia con sus padres intencionales en Francia, ni se vulneraba el interés del menor, ni su derecho a la vida privada y familiar. En relación con el análisis de estas sentencias véase DURÁN AYAGO, A.: «Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso

dos sentencias condenado a Francia en relación con dos supuestos muy similares al español. Con esto, no sólo se desdecía al Alto Tribunal español, sino que le obligaba a replantearse la cuestión en aras de la protección del interés superior del menor⁶². En realidad, el TEDH dejaba asentado que el derecho a la vida familiar del artículo 8 CEDH⁶³ antepone la necesidad de la existencia de una familia, entendiendo como tal unos vínculos familiares “de hecho”. Lo que importa a fin de cuentas es que exista una relación concreta entre los interesados⁶⁴. En lo que al derecho a la vida privada se refiere, el Tribunal entendió que el derecho a la identidad de los menores es parte integrante del mismo. En estos casos, existiendo una relación real, se cumple un nexo directo entre la vida de estos niños y la determinación jurídica de su filiación⁶⁵. En este supuesto concreto afirmó que concurren la falta de consenso entre los Estados en torno a una regulación jurídica de la figura y, al mismo tiempo, que se trata de una cuestión esencial de la identidad de los individuos que afecta a la filiación legal. Por ello, finalmente, se decantó por la aplicación del equilibrio entre los intereses de esos Estados y el de los indivi-

Mennesson c. France (n.º 65192/2011) y caso Labassee c. France (n.º 65941/2011), de 26 de junio de 2014», *Ars Iuris Salmanticensis, Revista Europea Iberoamericana de pensamiento y análisis del derecho, ciencia política y criminología*, Vol. 2, núm. 2, Salamanca, 2014; y DÍAZ FRAILE, J. M.: «La gestación por sustitución ante el Registro Civil español. Evolución de la doctrina de la DGRN y de la jurisprudencia española y europea», *Revista de Derecho Civil*, Vol. VI, núm. 1, enero-marzo, 2019.

⁶² FLORES RODRÍGUEZ, J.: «Vientres de alquiler: más cerca de su reconocimiento legal en España. Comentario a la STEDH de 26 de junio de 2014, recurso núm. 65192/11», *Diario La Ley*, Sección Tribuna, Año XXXV, 28 de julio, 2014.

⁶³ Para el Tribunal Europeo resulta imprescindible diferenciar entre el derecho de los padres demandantes a su propia vida familiar y el derecho de esos niños a que se respete su vida privada. En relación con el primero de ellos, afirmó que el hecho de que los órganos franceses se negaran a la inscripción del acta de nacimiento y filiación, a pesar de producir evidentes inconvenientes para ellos, no quebranta establecer una vida familiar. En cuanto el segundo de ellos, el TEDH señaló que el respeto a la vida privada requiere que cada persona pueda establecer los detalles de su propia identidad como ser humano. En este punto, incluye la filiación, entendiendo esta como un requisito esencial de la identidad. Si se deniega el reconocimiento de efectos a una sentencia extranjera, la filiación de los niños es admitida de acuerdo al derecho de un Estado extranjero, pero se impide la propia condición de “hijos”, así como de todas las consecuencias que derivan de ese mismo hecho (nacionalidad, derechos sucesorios y responsabilidades paterno-filiales). Esta contradicción es la que vulnera el derecho a la identidad de las personas y, por ende, lo que provoca que un Estado, al negar esa inscripción de filiación, se extralimite en el margen de apreciación obligado que le impone el artículo 8 CEDH.

⁶⁴ Punto 45 STEDH, de 26 de junio de 2014; Asunto Mennesson c. Francia/punto 37 STEDH, de 26 de junio; Asunto Labassee c. Francia.

⁶⁵ Punto 46 STEDH, de 26 de junio de 2014; Asunto Mennesson c. Francia/punto 38 STEDH, de 26 de junio; Asunto Labassee c. Francia.

duos implicados. Para esa búsqueda hay que tener presente “el interés superior del menor”⁶⁶.

Estos fallos no dejaban de ser un auténtico varapalo para nuestro TS puesto que la sentencia de fecha 6 de febrero de 2014 era absolutamente contraria a la emitida por el Tribunal europeo⁶⁷. En consecuencia, el Ministerio de Justicia español, con fecha 11 de julio de 2014⁶⁸, tuvo que dictar una Instrucción comunicando a los Registros Consulares la obligación de inscribir estos nacimientos con la consecuente filiación⁶⁹. Fruto también de esta nueva jurisprudencia europea que alteraba el rumbo del asunto acaecido en España, el matrimonio valenciano solicitó la nulidad de la sentencia de 6 de febrero de 2014 al entender que trataba un supuesto igual a los casos franceses. A través del Auto núm. 335/2015, de 2 de febrero (núm. de recurso 245/2012)⁷⁰, el TS rechazó la instancia, alegando que los supuestos no eran equiparables puesto que, a diferencia de Francia, en el caso español el TS no dejaba desprotegidos a los menores puesto que les proponía vías legales opcionales para poder acceder al Registro Civil.

Teniendo en cuenta todo lo anterior, la conclusión final a todo el proceso analizado es que la normativa que continua a fecha de hoy en vigor sigue siendo la citada Instrucción DGRN, de 5 de octubre de 2010.

⁶⁶ Punto 81 STEDH, de 26 de junio de 2014; Asunto Mennesson c. Francia/punto 60 STEDH, de 26 de junio de 2014; Asunto Labassee c. Francia.

⁶⁷ Hay que indicar que, con posterioridad a estas sentencias, el TEDH ha vuelto a condenar a Francia, pronunciándose en el mismo sentido en el que lo hizo en los asuntos Mennesson y Labassee. Concretamente, a través de la STEDH 10410/14 y STEDH 9036/14, de 21 de julio de 2016 (asuntos Bouvet y Foulon c. Francia), y de la STEDH 44024/13, de 19 de enero de 2017 (asunto Laborié c. Francia).

⁶⁸ Disponible en la página web del Ilustre Colegio de Abogados de León (actualidad, 30 de julio de 2014). En el texto de la Instrucción se transcribe literalmente que “*En el estado legislativo y jurisprudencial actual, la Instrucción de 5 de octubre de 2010, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución está plenamente vigente, por lo que debe seguir siendo aplicada por los Registros civiles españoles a fin de determinar la inscribibilidad del nacimiento y filiación en los casos en que entran en su ámbito de aplicación, sin que la Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, de 6 de febrero de 2014, constituya un obstáculo legal para ello*”. <https://www.ical.es/colegio/saluda-decano>

⁶⁹ DE MIGUEL ASENSIO, P.: «El reconocimiento en España de los nacidos mediante gestación por sustitución tras las sentencias de Mennesson y Labassee del TEDH».

<http://pedrodemiguelasensio.blogspot.com.es/2014/06/el-reconocimiento-en-espana-de-la-gestación-por-sustitución..>

⁷⁰ (RJ 2015/141).

Además de lo expuesto, debemos hacer mención de que la última novedad relativa a los pronunciamientos del TEDH ha venido en forma de Opinión Consultiva. Este mecanismo se encuentra en vigor desde el 5 de agosto de 2018 y permite que las autoridades nacionales soliciten del Tribunal europeo opiniones no vinculantes sobre derechos y libertades contenidos en el CEDH. En este caso, la Corte de Casación francesa envió a finales de 2018 una consulta relacionada con el asunto *Mennesson* contra Francia. En concreto, la duda se generaba en relación con el *reconocimiento pleno de los niños nacidos por gestación subrogada por sustitución como hijos de la madre de intención*. El Tribunal, en el mes de abril de 2018⁷¹, declaró que en consonancia con el contenido del artículo 8 CEDH los Estados deben ofrecer la posibilidad de reconocer una relación legal entre los menores y la madre comitente designada en el certificado de nacimiento. Entiende que el derecho al respeto de la intimidad del niño exige que el derecho interno prevea la posibilidad de que se reconozca un vínculo de filiación entre el niño y la madre de intención designada en el certificado extranjero como madre legal.

Además de los pronunciamientos del TEDH, es obligado destacar que ante el aumento alarmante de casos de gestación por sustitución internacional, la Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado⁷² comenzó en el año 2012 la preparación de un convenio específico para regular estos acuerdos buscando una regulación internacional que tratase los problemas de carácter social y jurídico que se están produciendo en la práctica. Se conceptúa como una organización supranacional que engloba cerca de ochenta países y tiene como objetivo homologar normas de Derecho internacional privado a nivel mundial.

La Oficina de la Conferencia de La Haya redactó un Documento Preliminar (nº10 de marzo de 2012)⁷³ que se presentó al Consejo de Asuntos Generales y Política de la Conferencia en el mes de abril de

⁷¹ TEDH, ECHR 132 (2019). 10 de abril de 2019: Disponible en <https://hudoc.echr.coe.int/eng-press#%7B%22itemid%22:%5B%22003-6380685-8364782%22%7D>

⁷² Para ver toda la información paulatina que se va publicando por parte del Organismo Internacional, véase <https://assets.hcch.net/docs/8525d54b-4923-466a-bb23-01f747d076fd.pdf>

⁷³ <http://www.hcch.net/index-es.php?act=text.display&tid=178>. Hague Conference Of Private International Law. Hague Conference Permanent Bureau, "Private International Law Issues Surrounding the Status of Children, including Issues Arising from International Surrogacy Arrangements". General Affairs and Policy: Doc. Prel. Núm. 11, marzo de 2011, y Hague Conference Permanent Bureau, "Private International Law Issues Surrounding the Status of Children, including Issues Arising from International Surrogacy Arrangements". General Affairs and Policy: Doc. Prel. Núm. 10, marzo de 2012.

2012⁷⁴. La propuesta principal existente versó sobre la búsqueda de un instrumento internacional que abogue por un marco de cooperación entre todas las autoridades. Dentro de esta propuesta también es objeto de análisis la posibilidad de armonizar normas de Derecho Internacional Privado relativas a la filiación derivada de los acuerdos de gestación por sustitución. A este respecto, se consideró necesario tomar como referencia la Convención de Adopción Internacional (*Convenio de la Haya de 29 de mayo de 1993 sobre Protección del Niño y la Cooperación en Materia de Adopción Internacional*). Aunque es evidente que entre ambas figuras hay importantes diferencias, las necesidades objeto de satisfacción no son tan distintas⁷⁵.

En definitiva, para la Oficina Permanente de la Conferencia de La Haya un instrumento adecuado podría asegurar garantías para los niños nacidos de la maternidad subrogada. Asimismo, permitiría un sistema de control a los Estados que evitara abusos, asegurando de antemano la situación en la que el niño va a quedar. Afirma que estas investigaciones tendrían un carácter provisional, sin perjuicio de que se pudieran ir añadiendo otras que permitan un estudio más detallado de la materia. A tal fin, tras una reunión celebrada en el mes de abril de 2012, el Consejo publicó unas conclusiones en las que ordenaba que la Oficina Permanente continuara la labor y preparara y distribuyera una serie de cuestionarios⁷⁶ con el fin de recabar información sobre el alcance de las cuestiones de Derecho Internacional Privado relacionadas con los acuerdos de gestación por sustitución. La Oficina Permanente, tras las reuniones y pertinentes informes relativos a los encuentros celebrados en los consecutivos

⁷⁴ <https://assets.hcch.net/docs/8525d54b-4923-466a-bb23-01f747d076fd.pdf>

⁷⁵ LAMM, E.: *Gestación por sustitución: ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*, *Ob. Cit.*, pág. 212.

⁷⁶ Se prepararon varios cuestionarios distintos dependiendo del gremio profesional al que iban dirigidos: miembros de la Conferencia de la Haya y otros interesados, profesionales del Derecho con experiencia en la materia, profesionales de la salud que trabajen en la materia y, por último, agencias de gestación por sustitución.

años 2014, 2015⁷⁷, 2016⁷⁸, 2017 y 2018⁷⁹, acordó continuar su trabajo de cara a los próximos años. Concretamente, en el informe publicado a mediados de 2016 se estableció la existencia de una verdadera dificultad en torno a esta cuestión, así como una gran variedad de perspectivas por parte de los distintos Estados que, de momento, hacen inviable cualquier avance en la materia. De ahí que se mantenga el mandato de seguir trabajando en este tema. Todo esto significa que, puede que no muy tarde, contemos con un convenio que regule específicamente los contratos de gestación por sustitución a nivel internacional, coordinando los acuerdos en la materia⁸⁰.

En conclusión, dada la disparidad de legislaciones existentes a lo largo del planeta, el trabajo de la Conferencia de Derecho Internacional de la Haya es muy relevante⁸¹. Lo cierto es que actualmente no se ha alcanzado una anhelada postura armonizada que haya logrado un tratado internacional en la materia⁸². La Conferencia, tras comprobar la situación de preocupación por la vulnerabilidad de los niños, de las mujeres gestantes y de los padres de intención, así como por la necesidad de evitar fraudes y tráfico de personas, así como por la necesidad de evitar que los niños se queden privados de filiación, evita cualquier postura favorable o contraria a la gestación

⁷⁷ En un Informe de 2015, la Conferencia alertaba de las graves amenazas que se cernían sobre los derechos humanos del niño y de la gestante en relación con los acuerdos de gestación por sustitución. En concreto, señalaba: 1) el abandono de niños por parte de los comitentes, bien por razones de salud o por preferencia de sexo. 2) La inadecuación de los comitentes para ser padres, y riesgo para los niños. 3) El derecho del niño a conocer sus orígenes biológicos y genéticos. 4) Los problemas relativos a la libertad del consentimiento de las gestantes. 5) Las malas prácticas por parte de los agentes intermediarios de la gestación.

<https://assets.hcch.net/docs/82d31f31-294f-47fe-9166-4d9315031737.pdf>

⁷⁸ KLEINSORGE, T.E.J: «Human rights and ethical issues related to surrogacy». Ponencia impartida En la Conferencia Internacional «*Reproductive rights, new reproductive technologies and the European fertility market*», Universidad de Cantabria, Santander, 19 y 20 de noviembre de 2015.

⁷⁹ El 28 de septiembre de 2018, el grupo de expertos se reunió para emitir conclusiones relativas al encuentro celebrado en el mes de febrero anterior. 21 expertos, un observador y miembros del Consejo Permanente representaron a 20 Estados.

<https://assets.hcch.net/docs/8525d54b-4923-466a-bb23-01f747d076fd.pdf>

⁸⁰ La Comisión Internacional del Estado Civil (ICCS) ha elaborado un documento borrador sobre la maternidad subrogada en los Estados del ICCS: «*Maternal filiation and surrogacy in the ICCS states*», Commission Civil Status (2003).

⁸¹ Vid. COUNCIL ON GENERAL AFFAIRS AND POLICY OF THE CONFERENCE, HAGUE CONFERENCE ON PRIVATE INTERNATIONAL LAW. «*Conclusions and Recommendations adopted by the Council*», marzo, 2016, págs. 1-6.

⁸² HERMIDA BELLOT, B.: «Gestación subrogada: un problema global. Situación en el marco de la Unión Europea, la Conferencia de Derecho Internacional Privado de la Haya, y el Comité de Derechos del Niño», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 767, mayo-junio, 2018, págs. 1193-1229.

por sustitución, limitándose a estudiar fórmulas de cooperación que doten de seguridad jurídica a estas situaciones⁸³.

Además de lo anterior, también debemos indicar que la Unión Europea redactó un informe⁸⁴ en el que trató de responder a algunas de las cuestiones jurídicas relacionadas con la gestación por sustitución internacional. En dicho documento se advirtió de que, en el caso de que se llegue finalmente a construir un instrumento legal, existiría la obligación impuesta de reconocer las diferentes respuestas legales internas de los países miembros, los cuales, si por razones de orden público no admitieran la gestación por sustitución en sus legislaciones, no sería apropiado imponerles una estructura internacional sobre la materia. Con independencia de esto, en diciembre de 2015, el Parlamento Europeo condenó la práctica de la maternidad subrogada, con ocasión del *Informe Anual de Derechos y Democracia*, relativo al año 2014. Entre las razones más destacadas se aludió a que estas prácticas van en contra de la dignidad humana de la mujer, a la que se reduce a mera materia prima, así como a la utilización de su cuerpo con fines financieros⁸⁵.

Estando la situación relativa a la gestación subrogada tal y como acabamos de exponer, hay que indicar que en el año 2018 tuvo lugar un pequeño espejismo en esta materia. Nos referimos a la malograda Instrucción DGRN, de 14 de febrero de 2019⁸⁶. La verdad es que con su publicación se abrió un enorme abismo de esperanza para los padres españoles de hijos nacidos de gestación por sustitución en el extranjero. En realidad, se estaba otorgando un rango normativo expreso al proceso habitual de inscripción de los nacimientos por subrogación utilizado en algunos países como Ucrania. Así, el padre biológico acreditaba documentalmente su nexo genético con el niño para así ser inscrito legalmente como progenitor. Con

⁸³ DÍAZ FRAILE, J. M.: «La gestación por sustitución ante el Registro Civil español. Evolución de la doctrina de la DGRN y de la jurisprudencia española y europea», *Ob. Cit.*, pág. 56.

⁸⁴ BRUNET, L., CARRUTHERS, J., DAVAKI, K., KING, D. MARZO, C., MC-CANDLESS, J.A.: «Comparative Study on the Regime of Surrogacy in EU Members States», En *El régimen de subrogación en los Estados miembros de la Unión Europea*, Dirección General de Políticas Interiores de la Unión Europea. Departamento Temático. Derechos de los Ciudadanos y Asuntos Constitucionales. [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/join/2013/474403/IPOL-JURI_ET\(2013\)474403\(SUM01\)_ES.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/join/2013/474403/IPOL-JURI_ET(2013)474403(SUM01)_ES.pdf)Unión europea, 2013.

⁸⁵ Resolución del Parlamento Europeo, de 17 de diciembre de 2017, sobre el informe anual sobre los derechos humanos y la democracia en el mundo (2014) y la política de la Unión Europea al respecto (2015/2229(INI))

⁸⁶ http://www.migrarconderechos.es/legislationMastertable/legislacion/ID-GRN_14_02_2019

posterioridad, ya en territorio español, se iniciaba el expediente de adopción del menor a favor de su esposa. Esta Instrucción proporcionaba además un tratamiento destacado a la exigencia de acreditación de un consentimiento libre, consciente y voluntario por parte de la gestante. En este aspecto, esta norma insistía bastante en que citada declaración de voluntad debía darse de forma inexcusable con posterioridad al parto⁸⁷. Hay que indicar que, desde esta perspectiva de la protección de la gestante, también se exigía que ese consentimiento se prestara en relación con la adopción del menor por parte de la esposa del progenitor biológico. Se incidía en que el mismo debía ser prestado de forma libre y exento de cualquier pago o compensación económica. Así se contempla, de igual forma, a través de la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción Internacional⁸⁸. Tras la reforma habida con ocasión de la entrada en vigor de la Ley 26/2015, de 28 de julio, de Modificación del Sistema de Protección a la Infancia y a la Adolescencia⁸⁹, en concreto en su nuevo artículo 26.2, referente a la exigencia del requisito de validez de la adopción en España, debe ser constituida ante autoridad extranjera y no debe vulnerar el orden público⁹⁰.

Por otra parte, la Instrucción recordaba que no debe obviarse la Ley 29/2015, de 30 de julio, de Cooperación Jurídica Internacional en Materia Civil⁹¹, la cual, en su artículo 58, establece que el procedimiento registral, requisitos y efectos de los asientos, se someterán, en todo caso, a las normas de Derecho español. Esto hace un reenvío directo a la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil⁹² y, en concreto, a su artículo 44, vigente desde el día 15 de octubre de 2015, que, entre otras exigencias, prevé la obligatoriedad de identificar a la madre en el mismo momento del parto, así como la constatación de la filiación materna en toda inscripción de nacimiento en España⁹³.

⁸⁷ Véase el Auto núm. 565/2018, de 16 de octubre, dictado por la Sección 18 de la Audiencia Provincial de Barcelona.

file:///C:/Users/CDI/Downloads/AP%20Barcelona%20auto%2016%20octubre%202018%20(2).pdf

⁸⁸ (RCL 2007/2383).

⁸⁹ (RCL2015/1181).

⁹⁰ Para ello, a través de una interpretación auténtica, se precisa que “A estos efectos se considerará que vulneran el orden público español aquellas adopciones en cuya constitución no se ha respetado el interés superior del menor, en particular cuando se ha prescindido de los consentimientos y audiencias necesarios, o cuando se constate que no fueron informados y libres o se obtuvieron mediante precio o compensación”.

⁹¹ (RCL 2015/1200).

⁹² (RCL 2011/1432).

⁹³ Hay que indicar que esta identificación materna puede tener carácter restringido cuando la madre por motivos fundados así lo solicite, siempre que renun-

En definitiva, la Instrucción DGRN, de 14 de febrero de 2019, venía a implantar con rango normativo las siguientes directrices⁹⁴:

1. La exigencia de resolución judicial emitida por los tribunales competentes del país de nacimiento del menor en la que se determine la filiación del nacido. Para ello, se señalaron los mismos criterios contemplados en la Instrucción DGRN, de 5 de octubre de 2010:
 - a) Salvo que resultare aplicable un Convenio Internacional, la resolución extranjera deberá ser objeto de *exequatur* según el procedimiento contemplado en la Ley de Cooperación Jurídica Internacional de 2015.
 - b) En el caso de que la resolución judicial extranjera tuviera su origen en un procedimiento análogo a uno español de jurisdicción voluntaria, no será precisa la previa obtención del *exequatur* o reconocimiento a título principal, pudiendo practicarse la inscripción previo reconocimiento incidental por parte del encargado del Registro Civil quien tendrá que verificar, además de todos los requisitos de carácter formal, que el consentimiento de la gestante se ha obtenido libre y voluntario, sin incurrir en dolo, error, violencia y con capacidad suficiente y con posterioridad al parto. De igual forma, verificará que se garantiza el derecho del niño a conocer los orígenes biológicos y que no concurren motivos graves de falta de idoneidad en los padres comitentes para asumir sus funciones. Por último, tendrá que asegurarse de que la resolución judicial es firme y que los consentimientos prestados son irrevocables o, al menos, estuvieron sujetos a un plazo de revocabilidad conforme a la legislación extranjera aplicable, y que éste haya transcurrido sin producirse la revocación.

cie a ejercer sus derechos derivados de esa filiación. Todo lo anterior, no hay duda de que enlaza con el propio derecho del niño a poder conocer sus orígenes biológicos, según se expresa, no solo en el artículo 7.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989, sino en el artículo 12 de la mencionada Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción Internacional.

⁹⁴ La presión mediática generada en el conflicto relativo a las familias españolas atrapadas en Ucrania con sus bebés nacidos a través de gestación por sustitución fue probablemente la principal causa que motivó la Instrucción DGRN, de 14 de febrero de 2019. JIMENEZ BLANCO, P.: «La crisis de la gestación por sustitución en Ucrania y el caos en el Ministerio de Justicia (comentario a las Instrucciones de la DGRN de 14 y 18 de febrero de 2019)», *Crónica de Derecho Internacional Privado, Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, 2019, pág. 25.

2. En ningún caso se admitirá como título apto para la inscripción del nacimiento y filiación del nacido, una mera 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. En consecuencia, en el caso de que la certificación registral extranjera, o en la declaración y certificación médica del nacimiento del menor, conste la identidad de la madre gestante, siendo ésta extranjera y habiendo ocurrido el nacimiento en el extranjero, la competencia del Registro Civil español para practicar la inscripción de dicho nacimiento requerirá que se acredite la filiación del menor respecto de un progenitor español, conforme al artículo 15 de la vigente Ley del Registro Civil de 1957, así como, a partir de su entrada en vigor, al artículo 9 de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil. Dicha acreditación podrá tener lugar, bien mediante sentencia firme recaída en un procedimiento de filiación conforme a las reglas del artículo 764 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil y al artículo 10.3 de la LTRHA o, bien, a través de reconocimiento del padre realizado acorde a las reglas establecidas para ello en el Código Civil. Si este reconocimiento se realizara a través de declaración del padre ante el Encargado del Registro Civil, se requerirá el consentimiento expreso de la madre y del esposo de esta en el caso de estar casada.

3. En aras de proteger el derecho del menor a conocer sus orígenes biológicos, en todos los supuestos de reconocimiento de paternidad de un niño nacido de gestación por sustitución, deberá acreditarse la verdad biológica. Para ello, el medio preferente señalado podrá ser la prueba de ADN, realizada con todas las garantías legales y jurídicas necesarias. Una vez acreditada la filiación paterna, se practicará de manera inmediata la inscripción de nacimiento en el Registro Civil español, debiendo hacerse constar la filiación materna resultante del parto y la filiación paterna resultante de una sentencia o del reconocimiento⁹⁵:

⁹⁵ La explicación de esta exigencia se encuentra en la base del criterio asentado por el TEDH en los asuntos *Menessson* y *Labassee* conforme al cual el Estado de acogida tenía que permitir la determinación de la filiación a favor del padre intencional biológico, al amparo de la protección del derecho a la vida privada del menor (artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos) y ello aunque el origen de la situación se hubiera generado de manera fraudulenta contraviniendo la propia prohibición del Estado de acogida. *Ibidem*, pág. 24

- a) Si se pretende también determinar la filiación materna respecto de la mujer comitente que fuere cónyuge o pareja unida por análoga relación de afectividad a la conyugal del varón comitente, o bien respecto del marido o pareja masculina unido con el padre, será necesario acudir a un procedimiento de adopción de menor tramitado en España, con todos los requisitos exigidos en el artículo 177 del Código Civil, a cuyo efecto resulta obligado informar, por el propio Encargado del Registro Civil Consular a los comitentes sobre las exigencias para la constitución de la adopción, en particular, la necesidad de asentimiento de la mujer gestante, el cual deberá otorgarse libremente, en la forma legal requerida y por escrito, previa información de sus consecuencias, de forma clara y suficiente para que el mismo pueda considerarse un asentimiento válido y una vez que hayan transcurridos seis semanas desde el parto.

- b) Para los casos en que la ley extranjera aplicable, conforme el artículo 9.4 del Código Civil, determine en virtud de un contrato de gestación por sustitución la maternidad únicamente a favor de una mujer distinta de la que ha gestado, por sí sola o bien estando unida a otra mujer en matrimonio o en pareja unida por análoga relación de matrimonio, no resultará aplicable lo anterior. Para ello, constando la negativa de la mujer gestante a hacerse cargo del niño, y la inscripción de filiación en el registro del país de filiación respecto de la madre comitente, si ésta presentara algún vínculo genético con el niño por haber aportado su propio óvulo para la fecundación, será aplicable analógicamente lo previsto en el artículo 10. 3 LTRHA, en los términos expresados para la filiación paterna.

Por último, hay que mencionar que, a través de la Directriz quinta, la Instrucción de 14 de febrero de 2019, declaraba expresamente la derogación de la Instrucción de 5 de octubre de 2010.

Con esta intervención normativa parecía que el conflicto encontraba respuesta. Más lejos de lo anterior, para sorpresa de muchos, la vigencia de esta Instrucción fue derogada expresamente transcurridas veinticuatro horas de ser dictada. El Gobierno español comunicaba públicamente el abandono de referido criterio y, en consecuencia, se apartaba de la Instrucción dejándola carente de vigencia. A tal efecto, se publicó la Instrucción DGRN, de 18 de febrero de

2019⁹⁶, la cual se limitaba a dejarla sin efecto. En nuestra opinión, las medidas adoptadas en la fallida Instrucción DGRN de 14 de febrero de 2019 auguraban una posible opción para los españoles que deciden acudir fuera de nuestras fronteras a cumplir el deseo de ser padres. En realidad, el hecho de permitir acreditar el vínculo genético como remedio de inscripción no significa más que una mejora interpretativa del artículo 10.3 LTRHA, extendiéndolo también a las madres aportantes de material genético, y no solo a los padres. Una interpretación extensiva que, sin duda, terminaba con una de las grandes hipocresías del sistema jurídico español. Entendemos que esta Instrucción salvaguardaba los intereses de las mujeres gestantes a través de un consentimiento garantista y, de igual manera, velaba por los intereses de los menores. El hecho de que el Gobierno retirara esta norma no hay duda de que descansa en su público rechazo por esta figura en cualquiera de sus vertientes.

Teniendo en cuenta todo lo manifestado concluimos que actualmente la normativa en vigor sigue siendo la citada Instrucción de 5 de octubre de 2010. Recordemos que exige para la inscripción de los menores nacidos por subrogación en el extranjero una sentencia judicial emitida por el país de celebración del contrato de gestación por sustitución. Esto, en realidad, se limita a las legislaciones de Canadá o EEUU, donde, no olvidemos, un contrato de este tipo puede rondar los 120.000 dólares.

III. EL CONFLICTO EN UCRANIA

III. A. La gestación por sustitución en el ordenamiento jurídico ucraniano

Como ya hemos indicado, en Ucrania la gestación por sustitución está admitida de una manera amplia y comercial. Así, el artículo 281 del Código Civil ucraniano, relativo al llamado “Derecho a la vida”, recoge textualmente que *“Una mujer adulta o un hombre tiene derecho a ser curado por medio de las técnicas de reproducción asistida sujetas a las indicaciones médicas, en los términos y según el procedimiento prescrito por la ley”*.

Además de esto, el Ministerio de Salud, a través de la Orden número 771, de 23 de diciembre de 2009, aprobó la Instrucción sobre Aplicación de Técnicas de Reproducción Asistida en la que se admite expresamente la gestación por sustitución. Al tiempo, hay que indi-

⁹⁶ (RCL 2019/268).

car que el artículo 123.2 del Código de Familia de Ucrania establece que “*Si un embrión concebido por los cónyuges (un hombre y una mujer)*⁹⁷ *por medio de técnicas de reproducción asistida se ha transferido al cuerpo de otra mujer, los padres del niño será el matrimonio*”. Esto significa que los comitentes que aportaron su material genético serán los padres legales del niño. De lo anterior deriva que la gestación por sustitución está fuera del alcance de parejas no casadas o de personas solas. De igual forma, al no estar permitido el matrimonio entre personas del mismo sexo, sólo los matrimonios heterosexuales pueden acceder a la gestación por sustitución en este país.

Como podemos comprobar, de citado artículo 123.2 se desprende un dato clave: para que los comitentes puedan ser inscritos como padres legales en el Registro será necesario que al menos uno de ellos sea aportante del material genético utilizado para la fecundación. Para ello, a efectos de inscripción de la filiación, el Reglamento del Registro Civil de Ucrania (Sección I), de 18 de octubre de 2000, requiere a los padres presentar un certificado que demuestre que hubo aportación genética. A mayor abundancia, debemos decir que el artículo 139 del Código de Familia priva a la mujer gestante del derecho a reclamar la maternidad cuando el niño haya nacido por gestación por sustitución. Independientemente de lo anterior, hay que poner de manifiesto que citado Reglamento del Registro Civil de Ucrania requiere que la gestante otorgue su consentimiento ante notario como requisito para que los comitentes puedan ser registrados como padres legales del niño. Esta contradicción supone que, ante el caso de que la gestante se niegue a dar su consentimiento, los comitentes estarán obligados a acudir a los tribunales con el fin de que se ordene al Registro inscribir a los padres como tales⁹⁸.

Además de lo anterior, otros de los requisitos legales exigidos por la legislación ucraniana para poder celebrar un acuerdo de maternidad subrogada son:

⁹⁷ A partir de la entrada en vigor de la Ley núm. 3760-VI de 20 de septiembre 2011, quedó privada de interpretación alguna que en Ucrania únicamente se permite acceder a la gestación por sustitución a matrimonios heterosexuales. El artículo 123.2 del Código de Familia de Ucrania fue modificado en el único sentido de añadir inmediatamente después de la palabra “cónyuges” el paréntesis que recoge literalmente “hombre y mujer”. De esta manera se evitaba la posible interpretación del precepto en el sentido de poder dar cabida a matrimonios homosexuales procedentes de territorios en los que este matrimonio está permitido.

⁹⁸ LAMM, E.: *Gestación por sustitución: ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*, Ob. Cit., pág. 175.

- a. Los padres comitentes tendrán que ser incapaces de concebir o llevar un embarazo y parto a término de forma natural: de la citada Instrucción de 2009 se extrae que habrá que acreditar la infertilidad de los cónyuges o, al menos, un alto riesgo para la salud de la mujer o del niño ante el desarrollo de un embarazo. Esto evidencia que en Ucrania la gestación por sustitución no está prevista de forma caprichosa, sino que únicamente se regula con carácter residual.
- b. No se permite la gestación por sustitución de tipo tradicional: esta prohibición implica que la mujer gestante que intervenga en el acuerdo no podrá ser aportante de su propio óvulo. Esto significa que las gestantes no son madres genéticas del niño y que simplemente ceden su capacidad de gestación para desarrollar el embarazo por el que vendrá al mundo del hijo de otros. No olvidemos que esta legislación exige que uno de los miembros del matrimonio comitente debe ser aportante de gametos.
- c. La mujer gestante debe ser mayor de edad y gozar de buena salud física y psíquica: para ello, las clínicas son las encargadas de realizar las entrevistas a las candidatas que se ofrecen como madres gestantes. Una vez seleccionadas se les hacen todos los controles médicos pertinentes para asegurar que están sanas y que cumplen con las condiciones físicas y psíquicas necesarias⁹⁹.
- d. La gestante debe haber tenido con anterioridad un hijo propio y sano: este requisito se contempla no solo como medida de comprobación de la capacidad de gestación de la mujer, sino que entiende que únicamente una mujer que ya ha pasado previamente por un periodo de gestación, parto y postparto podrá comprender realmente a lo que se está exponiendo. No olvidemos que está aceptando un encargo altamente delicado desde el punto de vista emocional.
- e. Se exige a la gestante que preste su consentimiento ante notario de forma escrita: deberá asentir que cede su filiación sobre

⁹⁹ Un dato muy característico es que en Ucrania es habitual que las gestantes que ya se encuentran a término (último mes de embarazo) ingresen en un hogar proporcionado por la clínica para finalizar su embarazo, bajo un control médico y cuidados supervisados. De esta forma, comparten convivencia con otras mujeres gestantes y, por cláusulas de contrato, aceptan separarse de sus familias durante este tiempo.

el niño a favor de los padres comitentes quienes serán inscritos como sus únicos progenitores en el Registro Civil.

- f. Se permite la gestación por sustitución de tipo comercial: aunque las normas ucranianas no se pronuncian expresamente al respecto, en virtud del artículo 627 del Código Civil, se da la libertad contractual como base de la legislación civil. Por tanto, al no estar prohibida en su legislación la figura de la gestación por sustitución, se entiende lícita la contraprestación económica pactada. En base a ello, hay que poner de manifiesto que los costes aproximados de un contrato de gestación por sustitución en Ucrania rondan los 45.000 euros. De esta cantidad, la mujer gestante percibirá unos 12.000 euros como remuneración. El resto serán las retribuciones correspondientes a abogados, agencias intermediadoras y clínicas reproductivas.

Para que un matrimonio español lleve a cabo un acuerdo de gestación por sustitución en Ucrania debe ponerse en contacto con una agencia mediadora. En realidad, estas agencias, que mayoritariamente se publicitan en internet, en muchas ocasiones no son en realidad entidades específicas dedicadas a esta materia, sino que tienen sus sedes físicas en despachos de abogados. Ellos son los que se encargan de realizar las tramitaciones burocráticas correspondientes al proceso e intermedian entre los ciudadanos españoles y las agencias y clínicas ucranianas. Por estas gestiones obtienen una remuneración económica.

Aclarado lo anterior, hay que poner de manifiesto que, dentro de este punto, entendemos necesario dejar constancia de que existe un grupo de países¹⁰⁰ del entorno de Ucrania en los que también está permitida la gestación por sustitución: nos referimos a Kazajistán, Bielorrusia, Armenia o Georgia. Concretamente, en el caso de Kazajistán, se permite la realización de estos contratos, entregándose la correspondiente sentencia judicial necesaria para la tramitación del correspondiente *exequátur*. Por otro lado, en Georgia, existe regulación legal y se establecen precios cerrados en contraprestación a la gestación. En este caso, la filiación se otorga al padre y, ya con posterioridad, pero a través de un trámite relativamente sencillo, la madre lo adopta. El inconveniente de celebrar un contrato de gestación por sustitución en Georgia descansa en que no existe representación diplomática. Este hecho deriva en que en la práctica habitual los extranjeros tienen preferencia por acudir a Ucrania, no solo por una

¹⁰⁰ Subrogalia. Gestación Subrogada.
<http://www.subrogalia.com/es/paises-programas-paises-php>.

cuestión de comodidad, sino por defensa de garantías. En el caso de Bielorrusia y Armenia, los contratos de gestación por sustitución están únicamente permitidos para personas residentes en el propio país.

Hay que decir que actualmente Ucrania tramita el Proyecto de Ley núm. 8625, de 18 de julio de 2018¹⁰¹, a través del cual se pretende poner fin a la maternidad subrogada para extranjeros. De esta forma, únicamente se permitirá para nacionales o residentes permanentes. En consecuencia, Ucrania está siguiendo los pasos de países como India o Tailandia.

III. B. Razones por las que los españoles optan por Ucrania: proceso y burocracia habitual de las inscripciones en el Registro Civil.

Como hemos indicado, Ucrania se ha convertido en el destino prioritario de los ciudadanos españoles que optan por celebrar un acuerdo de este tipo¹⁰². La ubicación geográfica y los “asequibles” costes del procedimiento son los elementos más atractivos para su selección. El perfil de familias españolas que optan por Ucrania se caracteriza por poseer un poder económico adquisitivo de nivel medio. No hay duda de que teniendo en cuenta los elevadísimos costes que se exigen en Estados Unidos, los ciudadanos europeos optan mayoritariamente por este país. Teniendo en cuenta que la legislación ucraniana no contempla entre sus requisitos la exigencia de intervención judicial en los procesos de gestación por sustitución, nos surge el siguiente interrogante: ¿Cómo es posible que durante más de una década ciudadanos españoles hayan regularizado las inscrip-

¹⁰¹ http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=64473.

También disponible en <https://surrogacy.ru/es/noticias/surrogacy-in-ukraine-to-be-forbidden-for-foreigners/>

¹⁰² Ucrania es el segundo país de destino de ciudadanos españoles, solo por detrás de Estados Unidos. Se estima que entre los años 2010 y 2016, fueron inscritos 231 nacimientos acaecidos en Ucrania, frente a los 553 datados en Estados Unidos (https://www.elconfidencial.com/espana/2018-08-27/ucrania-kiev-atrapados-vientres-de-alquiler-familias-pasaporte-adn_1607834/). Según las asociaciones de padres de hijos nacidos por gestación por sustitución (<http://www.sonnuestroshijos.com/>), los nacimientos de niños de españoles en el extranjero rondan los 1000 anuales (20.000 a nivel mundial). Frente a estas estadísticas se encuentran las aportadas en 2017 por el Gobierno que, ante una petición realizada por la parlamentaria socialista Ángeles Álvarez, cifran en 979 los nacimientos inscritos a través de esta técnica en las Oficinas Consulares españolas sitas en doce países. Como vemos, esta cifra dista mucho de la aportada por las asociaciones de padres. https://elpais.com/politica/2017/11/08/actualidad/1510169780_776827.html

ciones de sus hijos nacidos en Ucrania a través de subrogación, sin poseer la exigida resolución judicial?

A pesar de que esta situación puede resultarnos absolutamente sorprendente desde un punto de vista legal, lo cierto es que el Registro Consular de España en Kiev ha venido aceptando, con un carácter absolutamente asentado, una fórmula de acceso registral aparentemente sencilla y garantista. En realidad, esta vía llevada a cabo por las autoridades españolas en Ucrania no ha dejado de ser, sencillamente, una mera aplicación de la propia legislación ucraniana. La condición para la inscripción en el Registro Civil y la consiguiente emisión del pasaporte descansa en la obligada acreditación del vínculo genético existente entre el padre español y el niño nacido por subrogación. De esta forma, aportando un certificado de una prueba de ADN se logra acreditar que el comitente es efectivamente el progenitor biológico del niño¹⁰³. Además, al ser obligatorio en nuestro país la constatación de la filiación materna¹⁰⁴, resulta ser un requisito imprescindible que la mujer gestante renuncie notarialmente a la patria potestad del niño en favor del padre biológico. Esto significa que, de inicio, ese niño únicamente va a gozar de progenitor masculino. En cuanto a la vía de acceso a la filiación materna de la esposa comitente, el proceso consiste en que, ya una vez en España, al constar expresamente la renuncia notarial de la gestante, se insta el correspondiente expediente de adopción del menor en favor de la mujer del padre biológico. Como decimos, esta vía de acceso registral aparentemente sencilla se ha venido llevando a cabo durante más de una década. El único elemento limitativo ha sido que, de acuerdo a las exigencias contempladas en la legislación ucraniana, únicamente ha podido ser destino para matrimonios heterosexuales.

Pues bien, aclarado lo anterior, nos damos cuenta de que en realidad este cauce de inscripción no se aleja tanto de la pura legislación española sustantiva. Recordemos que el artículo 10.3 LTRHA de 2006 permite que el varón que aportó el material genético, haya

¹⁰³ Como ya se ha indicado, la explicación de esta exigencia se encuentra en la base del criterio asentado por el TEDH en los asuntos *Mennesson* y *Labassee* conforme al cual el Estado de acogida tenía que permitir la determinación de la filiación a favor del padre intencional biológico, al amparo de la protección del derecho a la vida privada del menor (artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos) y ello aunque el origen de la situación se hubiera generado de manera fraudulenta contraviniendo la propia prohibición del Estado de acogida. JIMENEZ BLANCO, P.: «La crisis de la gestación por sustitución en Ucrania y el caos en el Ministerio de Justicia (comentario a las Instrucciones de la DGRN de 14 y 18 de febrero de 2019)», *Ob. Cit.*, pág. 24

¹⁰⁴ Artículo 44, Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil (RCL 2011/1432).

sido o no parte en el acuerdo de subrogación, pueda interponer la correspondiente acción judicial de reclamación de paternidad, la cual, tendrá que ser apoyada evidentemente por la correspondiente prueba biológica de ADN. Como vemos, el Consulado español en Kiev estaba aplicando esta vía legal como medio de acceso del progenitor masculino al Registro Civil. La crítica más potencial que podemos hacer en relación a esta fórmula reside en el desigual trato que se otorga a la madre comitente. En base a las reglas de filiación materna marcadas por la verdad gestacional, a pesar de que ésta haya podido ser la aportante del óvulo fecundado, no podrá reclamar la maternidad a través de una prueba genética. Esto deriva en la paradoja de que existe la posibilidad de que la esposa comitente esté adoptando a su propio hijo genético.

Lo cierto es que aquella aparente y consolidada facilidad que se concedía a la inscripción del nacimiento de estos niños en nuestro Registro Civil se derrumbó por completo cuando, durante el transcurso del año 2018, el Gobierno español decidió variar el rumbo jurídico y tomar medidas al respecto. Vamos a detenernos en explicar cuáles fueron las razones por las que el Ejecutivo decidió prohibir esa aceptada y tradicional fórmula de inscripción.

III. C. Causas del conflicto generado y consecuencias actuales

No hay duda de que aquel cauce habitual de inscripción en el Registro Civil resultaba fiable y aparentemente sencillo. Sin embargo, como hemos mencionado, en el año 2018 se produce un giro radical por parte del Gobierno español que provocó que todo el procedimiento habitual entrara en una profunda crisis. No hay duda de que Ucrania comenzaba a dejar de ser un destino reproductivo idóneo para los ciudadanos españoles. En concreto, el punto de partida de este conflicto se sitúa en fecha 5 de julio de 2018 cuando la Embajada española en Ucrania emitió un comunicado desaconsejando a los españoles¹⁰⁵ acudir a ese país al objeto de celebrar acuerdos de gestación por sustitución¹⁰⁶. La primera razón indicaba la imposibilidad de continuar realizando inscripciones en el Registro Civil español al haberse detectado una supuesta falta de transparencia en relación con la defensa de las garantías en los procesos de maternidad

¹⁰⁵ En realidad, el Gobierno español viene desaconsejando acudir a Ucrania como destino de suscripción de este tipo de acuerdos, desde el año 2016

¹⁰⁶ https://www.elconfidencial.com/espana/2018-08-27/ucrania-kiev-atrapados-vientres-de-alquiler-familias-pasaporte-adn_1607834/

subrogada llevados a cabo en citado país¹⁰⁷. Esta situación, en realidad, no resultaba desconocida para España. Años atrás, el acelerado aumento de las adopciones internacionales en aquel país también había acarreado serios conflictos tras haberse llevado a cabo varias investigaciones que apuntaban a la existencia de importantes irregularidades en los procesos¹⁰⁸.

Además de lo anterior, ya en fecha 27 de junio de 2018 el Consulado español en Kiev había convocado una reunión con los agentes intervinientes en los procesos de subrogación para informarlos de la sobrevenida imposibilidad de seguir aplicando el proceso habitual de inscripción de estos nacimientos¹⁰⁹. Con la entrada en vigor, en fecha 25 de mayo de 2018, del Reglamento Europeo de Protección de Datos 2016/679/UE, de 27 de abril¹¹⁰, entendían que las tomas de muestras de ADN exigidas al varón intencional, que acreditaban el exigido nexo biológico entre el menor y el varón comitente, debían cambiar de procedimiento. Hasta la fecha, el cauce habitual consistía en la recogida de citadas muestras en presencia de un fun-

¹⁰⁷ https://elpais.com/politica/2018/08/29/actualidad/1535561970_843437.html

¹⁰⁸ En el año 2012, el Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, acordó suspender definitivamente las adopciones internacionales en Ucrania al entenderse que no se estaban observando los trámites esenciales. A través de una Comisión Interautonómica de Directores Generales de Infancia se tomaron las decisiones. En aquel momento se permitió concluir los expedientes de adopción que ya estaban iniciados. Concretamente: dos en el año 2013, cinco en 2014 y dos en 2015. Hay que recordar que entre el año 2000 y el 2009 se llevaron a cabo 3000 adopciones en Ucrania por parte de parejas españolas (solo heterosexuales). En el año 2010, la cifra empezó a reducirse cuantiosamente, produciéndose únicamente sesenta y cinco. Uno de los motivos claves descansó en que este país no es firmante del Convenio de la Haya sobre Adopción de Menores por lo que no había asumido una serie de controles mínimos que se exigen en el mismo. Las ventajas de adoptar en Ucrania eran varias: la rapidez del proceso, el color de la piel y la corta edad de los niños. El final de esta etapa comenzó al detectarse que se estaban realizando pagos extraoficiales a funcionarios. A pesar de esto, el verdadero escándalo se produjo cuando se descubrieron falsedades en los expedientes en relación con datos médicos relativos a la salud. En concreto, se había ocultado en un alto porcentaje de expedientes (162) el padecimiento de un 50% de casos de "TEAF" ("*Trastorno del Espectro del Alcoholismo Fetal*"), y, además, dentro de estos, un 20,4% de "SAF", ("*Síndrome de Alcoholismo Fetal*"- manifestación más grave del padecimiento-). Tal fue la repercusión y el impacto que el Instituto Catalán de Acogida y Adopción realizó ese estudio respecto a niños adoptados en Ucrania y Rusia (<https://www.lavanguardia.com/vida/20180905/451648862459/el-50-ninos-rusos-y-ucranianos-adoptados-sufren-trastorno-alcoholico-fetal.html>).

¹⁰⁹ <https://www.change.org/p/embajada-de-espa%C3%B1a-en-kiev-ucrania-stop-discriminaci%C3%B3n-inscripci%C3%B3n-consular-de-ni%C3%B1os-espa%C3%B1oles-en-ucrania>

¹¹⁰ (LCEur 2016/605)

cionario del Consulado español¹¹¹. A continuación, se enviaba a un laboratorio español y una vez analizada se mandaban los resultados al Consulado al objeto de poder demostrar la filiación paterna y realizar así la inscripción. Tras estos trámites, ya podía emitirse el pasaporte español del bebé y, en consecuencia, regresar a España. Una vez en nuestro país se podía instar el expediente judicial de adopción en aras de que la esposa del progenitor filiado se convirtiera en madre legal del menor. El problema se generó porque desde el Consulado se entendió que el nuevo Reglamento europeo consideraba la toma de la muestra del material genético como “dato sensible”, por lo que el sistema tradicional quedaba escaso de protección.

En ese momento había más de una veintena de familias españolas que se encontraban en la fase final del procedimiento de gestación. Este sobrevenido cambio de criterio oficial los dejaba en un absoluto limbo legal al denegarse la inscripción en el Registro de sus hijos y, en consecuencia, del otorgamiento de pasaporte. En realidad, lo cierto es que aquellos ciudadanos habían iniciado los trámites en un momento en que se les garantizaba el resultado del proceso. Esta situación derivó en un importante conflicto normativo en el que no se vislumbraba solución a corto plazo. El Ministerio de Asuntos Exteriores ordenó entonces que, después de analizarse caso por caso, se optara por la vía del “*salvoconducto*” para repatriar a los niños de españoles nacidos de Ucrania hasta esa fecha. Por ello, el problema más importante surgió en relación con los menores que aún estaban en proceso de gestación o con las familias que ya habían iniciado los trámites del proceso. El cauce alternativo de solución que se ofreció por parte de las autoridades fue la coloquialmente conocida como “*vía ucraniana*”. Lo que se pretendía era permitir el regreso de esas familias en compañía de sus hijos a través del otorgamiento de un pasaporte ucraniano¹¹². Para ello, una vez aportada la denegación de inscripción por parte del Consulado español, se solicitaba el pasaporte ucraniano para el menor ante las autoridades locales. Acreditándose la posible condición de apátridas que estos niños podrían alcanzar y, dado que para la normativa ucraniana estos menores son en realidad hijos de comitentes españoles, se les concedía citado pasaporte ucraniano. La consecuencia era que, una vez en territorio español, las parejas debían acudir a los tribunales, por un lado, al objeto de que un juez les reconociera la fi-

¹¹¹ Hay otros países como Estados Unidos, Canadá o Grecia en los que es un Juez del país quien acredita la paternidad aplicando la ley local del país, y no la ley española, como ocurre en Ucrania o Georgia.

¹¹² <https://es.euronews.com/2019/05/01/familias-espanolas-atrapadas-en-ucrania-por-sus-hijos-de-ventre-de-alquiler>

liación biológica paterna y, por otro, posteriormente, para instar la adopción judicial del niño por parte de la esposa. No hay duda de que estos trámites judiciales no son breves y, por tanto, esta vía paralela podía llegar a demorarse incluso dos años.

Además de todo lo anterior, otra situación que complicó aún más el problema tuvo lugar cuando el personal del Consulado Español en Kiev comenzó a sentirse desbordado en aras del escandaloso aumento de nacimientos por subrogación¹¹³. Durante años, el número aproximado de expedientes anuales que se tramitaban en el Consulado español en Kiev no superaba los diez. Como consecuencia del impresionante auge experimentado en el año 2018, el número de tramitaciones de estos nacimientos por subrogación se elevó aproximadamente a 300. Teniendo en cuenta que se trata de un Organismo Público sito en un país con escasa presencia española, el número de trabajadores destinados resultaba bastante reducido. Así, como consecuencia de este progresivo y alarmante aumento de las necesidades de gestión sobrevenidas, el personal destinado se vio saturado en funciones, hecho que provocó el consiguiente retraso, tanto en el calendario de entrevistas personales para tramitación de los expedientes, como de las concesiones de inscripciones y pasaportes. En concreto, el plazo habitual de regularización de solicitudes comenzó a sobrepasar los tres meses. Desde el mes de diciembre de 2018, este retraso en el plazo derivó en un grave perjuicio burocrático. Hay que tener en cuenta que los visados con los que entran los españoles en Ucrania son exclusivamente en calidad de turista. Esto significa que, ante este retraso en el trámite del expediente, se obliga a estos ciudadanos a permanecer en situación irregular una vez se agota este plazo. Es evidente que al no tener la documentación de sus hijos en regla no pueden abandonar el país sin ellos. Además de esto, hay que añadir que el tiempo usual para recibir el pasaporte español suele ser de otros quince días más. Esto generó un grave problema para nuestros nacionales si tenemos en cuenta que, al encontrarse en una situación irregular, no podían acceder a los servicios sanitarios públicos y debían recurrir a la sanidad privada al objeto de cubrir las evidentes necesidades pediátricas que requiere un recién nacido.

A este complicado asunto se sumó otra circunstancia negativa. En esas fechas salió a la luz pública un escándalo de gran difusión

¹¹³ <https://www.europapress.es/sociedad/noticia-consulado-espanol-kiev-admite-retrasos-puntuales-inscripcion-bebes-subrogacion-acelerara-tramites-20190108193642.html>

mediática que apuntaba a que una clínica de gestación por sustitución sita en Kiev, con bastante confluencia de españoles, había sido denunciada por fraude fiscal, así como por delitos relacionados con el tráfico de bebés nacidos a través de gestación subrogada. En consecuencia, la Fiscalía General española comenzó una investigación al creer que podrían estar involucrados casos relativos a bebés de ciudadanos españoles¹¹⁴.

Todos estos factores desembocaron en que, a finales de 2018, por orden del Gobierno de España, el Consulado en Kiev dio un giro radical respecto a los convencionales criterios de admisión exigidos hasta la fecha para las inscripciones de bebés de padres españoles. En concreto, se optó por abandonar el mecanismo tradicional basado en la acreditación de la paternidad a través de la correspondiente prueba de ADN y, en su lugar, comenzó a exigirse el estricto cumplimiento de la Instrucción de la DGRN, de 5 de octubre de 2010. Como hemos señalado anteriormente, ésta norma exige forzosamente la aportación de una sentencia judicial emitida por un Tribunal del país del nacimiento del bebé. Como sabemos, la legislación ucraniana no exige ninguna intervención judicial en los procedimientos de gestación por sustitución. En base a ello, el Consulado español decidió comenzar a denegar las inscripciones que carecieran de referida resolución (es decir, todas). Esto, como ya hemos indicado, ha provocado que más de cuarenta familias españolas quedaran atrapadas junto a sus bebés en Ucrania. Ante esta polémica transfronteriza se evidenciaba la necesidad de buscar una

¹¹⁴ La Fiscalía española, a petición de la Ministra de Justicia, abrió una investigación en relación con una empresa dedicada a la subrogación en Ucrania (Kiev), “*Biotexcom*”, la cual cuenta con sede en España. Entre las ofertas de servicios que ofrece esta empresa se encuentra un paquete de lujo que, bajo un coste de 65.000 euros, incluye el alojamiento de la pareja comitente, selección del sexo del bebé, realización de la técnica de Diagnóstico Genético Preimplantacional para descartar problemas de transmisión genética, servicios de pediatría durante la estancia e, incluso, de niñera. Los delitos que se imputaron a los responsables fueron el de tráfico de personas, evasión de impuestos y fraude fiscal. Uno de los puntos de atención en el que se centró la investigación fue en las condiciones de trato que se le daba a las gestantes. Por un lado, en cuanto a la remuneración que realmente perciben, se sospechaba que era mucho más ínfima de la que se acordaba. Por otro lado, la investigación también se centró en las prohibiciones personales que se les exige: impedimento de viajar, consumo de tabaco, alcohol o drogas, obligación de vivir en hogares de la empresa durante el último mes de gestación, etc... El escándalo comenzó al descubrirse que un matrimonio de italianos había accedido a la gestación por sustitución sin cumplir el requisito ineludible de aportar el material genético. La clínica investigada fue clausurada en el mes de julio de 2018 y a su dueño se le impuso la medida de arresto domiciliario.

https://www.elconfidencial.com/espana/2019-10-22/fiscalia-pedira-ucrania-investigar-empresa-vientres-alquiler-espana_2293639/

solución al respecto. Fue entonces cuando la DGRN, una vez más, dictó la citada Instrucción de fecha 14 de febrero de 2019¹¹⁵ en base a la cual se lograba por fin normar de forma expresa que para que los hijos nacidos por gestación por sustitución en el extranjero pudieran ser registrados a favor de sus padres comitentes, debía acreditarse el componente genético¹¹⁶. Con esta intervención normativa parecía que el conflicto encontraba respuesta. Más lejos de lo anterior, como ya hemos puesto de referencia, para sorpresa de muchos, la vigencia de esta Instrucción fue derogada expresamente transcurridas veinticuatro horas de su entrada en vigor. El Gobierno español comunicaba públicamente el abandono de referido criterio y, en consecuencia, se apartaba de la Instrucción dejándola carente de vigencia. A tal efecto, se publicó la Instrucción DGRN, de 18 de febrero de 2019¹¹⁷, a través de la cual se dejaba sin efecto la de 14 de febrero¹¹⁸.

Las reacciones contra esta Instrucción no se hicieron esperar¹¹⁹. Fue la Plataforma apartidista por la protección de la infancia nacida

¹¹⁵ El Texto íntegro se encuentra disponible en <https://www.civil-mercantil.com/sites/civil-mercantil.com/files/INSTRUCCION-14-FEBRERO.pdf>

¹¹⁶ En realidad, esta Instrucción pretendió establecer directrices de actuación para los encargados de los Registros Consulares para la inscripción de las filiaciones, tanto si existía resolución judicial del Estado de origen como si no. Se establecía además una previsión para los casos de vinculación biológica con la madre intencional. JIMENEZ BLANCO, P.: «La crisis de la gestación por sustitución en Ucrania y el caos en el Ministerio de Justicia (comentario a las Instrucciones de la DGRN de 14 y 18 de febrero de 2019)», *Ob. Cit.*, pág. 25.

¹¹⁷ (RCL 2019/268).

¹¹⁸ La vicepresidenta del Gobierno y Ministra de Igualdad en ese momento, Carmen Calvo, alegó en varias ocasiones de forma pública de su criterio contrario a esta técnica reproductiva, la cual considera que cosifica el cuerpo de la mujer. Además, en el Congreso de los Diputados, afirmó de forma contundente que el deseo de tener un hijo no lo convierte en un derecho. En cuanto a la decisión de revocar la Instrucción, desde el Gobierno se manifestó que nunca habían sido informados de su publicación por parte la DGRN y que, ante todo, lo que se debe tener en cuenta es que la gestación por sustitución no está permitida en España. Hay que indicar que el Grupo Parlamentario Socialista siempre se ha pronunciado en contra de la gestación por sustitución, habiéndose llegado a anunciar penas de prisión para las agencias que publicitaran y se dedicaran a esta actividad. A este respecto, hay autores que entienden que la justificación de la retirada de esta Instrucción supone un claro retroceso y una vuelta al sistema anterior y se justifica en base a la protección del menor y de los derechos de las mujeres frente a situaciones de vulnerabilidad e, incluso, como una denuncia a la ilicitud de la actividad lucrativa desempeñada por las agencias mediadoras que operan en este sector. JIMENEZ BLANCO, P.: «La crisis de la gestación por sustitución en Ucrania y el caos en el Ministerio de Justicia (comentario a las Instrucciones de la DGRN de 14 y 18 de febrero de 2019)», *Ob. Cit.*, pág. 28.

¹¹⁹ En cuanto a la valoración crítica de la imagen que ofreció el Ministerio en el mes de febrero de 2019, se demuestra una clara falta de criterio sólido en la ma-

en Georgia y Ucrania (APINGU) la que, en el mes de abril de 2019, instó en vía contenciosa administrativa, concretamente ante el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, la suspensión cautelar y anulación de la Instrucción de 18 de febrero. Su intención iba dirigida a que los bebés atrapados en Ucrania y Georgia pudieran ser inscritos en el Registro Civil español, al menos, en relación con la filiación paterna (siendo esta previamente acreditada bajo prueba de ADN). De esta forma, se les permitiría regresar a España de forma regular en calidad de ciudadanos españoles. Tras la inadmisión a trámite de esta demanda, en fecha 16 de septiembre de 2019, la Plataforma interpuso un recurso de casación ante el TS contra esta inadmisión. La Asociación fundamenta su recurso entendiendo que el orden jurisdiccional competente para dictar una suspensión y anulación de una disposición general es, efectivamente, el contencioso administrativo, puesto que ninguna ley lo exceptúa de su control por el simple hecho de haber sido dictada por la Dirección General de los Registros y del Notariado. APINGU entiende que la exigencia concreta de tener que aportarse una resolución judicial emitida por Tribunal extranjero como condición general para poder inscribir a los nacidos por subrogación en el extranjero, no figura de forma legal en el ordenamiento jurídico español. Aseguran que la Instrucción recurrida dista mucho de ser una simple resolución de interpretación y aplicación del Derecho ya vigente y, en realidad, se ha convertido en una disposición general que crea Derechos de forma ilegítima al carecer el órgano del que emana, la DGRN, de potestad normativa necesaria para ello. Por tanto, entienden que el Auto del TSJ de Madrid recurrido se ha referido a una resolución o acto y no a una disposición general. Además, denunciaron que a través de este Auto el TSJ no entró a resolver sobre la suspensión cautelar de la Instrucción solicitada y, por tanto, se les ha originado una indefensión como consecuencia de no haber obtenido pronunciamiento alguno al respecto.

A pesar de todo, como es lógico, dada la gran envergadura del conflicto, el Gobierno español tuvo que comprometerse a ayudar a traer de regreso a España a aquellas familias que permanecían en Ucrania en aquella dura situación. Lo cierto es que, a día de hoy, son decenas las familias de españoles las que aún no han podido regresar a nuestro país en compañía de sus bebés. Habrá que esperar

teria. Véase, FLORES RODRÍGUEZ, J.: «Atrapados en un vientre de alquiler en Ucrania: ¿bioética o biopoder?», *Diario La Ley*, núm. 9388, 2 de abril, 2019.; VELA SÁNCHEZ, A. J.: «Mecanismos o argumentos en la situación jurídica actual para inscribir la filiación derivada de convenio gestacional hecho en país extranjero», *Diario La Ley*, núm. 9396, 12 de abril, 2019.

para descubrir qué vía de solución se alcanza finalmente desde los poderes públicos para resolver este importante conflicto transfronterizo que, sin duda, ataca los intereses de menores españoles. En nuestra opinión, el contenido de aquella malograda Instrucción de 14 de febrero de 2018 se adecuaba a las necesidades de solución del conflicto y, además, suplía carencias normativas que están presentes en la Instrucción de 5 de octubre de 2010. Insistimos en que poder acreditar el componente genético de cualquiera de los progenitores respecto al niño nacido de gestación por sustitución es una garantía legal añadida. No olvidemos que, en realidad, esta vía no se aleja tanto del ordenamiento jurídico español puesto que aplica lo recogido en el artículo 10.3 LTRHA, aunque bajo una lógica interpretación extensiva hacia el componente genético materno¹²⁰.

IV. CONCLUSIONES

Analizada cómo está actualmente la situación jurídica en materia de gestación por sustitución, no hay duda de que el conflicto está aún por resolver¹²¹. Como hemos visto, desde la DGRN se ha intentado en varias ocasiones buscar una vía de solución a estos problemas. El caso está en que estos cauces resolutivos propuestos en defensa de los intereses de los menores han sido derrocados, en primer lugar, por la Sala Primera del TS y, en segundo, por el propio Gobierno español. Fruto de estas decisiones, las cuales se han ido emitiendo en forma de parches normativos a medida que iban apareciendo los problemas, nuestro panorama actual español peca de una absoluta incoherencia normativa. Derivado de una clara falta de consenso por parte de los distintos organismos públicos implicados en el conflicto, se han ido emitiendo dictámenes contradictorios

¹²⁰ Entiende JIMENEZ BLANCO que la identidad de razón analógica del artículo 10.3 LTRHA con la vinculación biológica materna es dudosa puesto que la determinación biológica de la madre intencional implica adicionalmente la supresión del contenido del artículo 10.2 LTRHA y, por tanto, una excepción a la vinculación de la maternidad con el parto. JIMENEZ BLANCO, P.: «La crisis de la gestación por sustitución en Ucrania y el caos en el Ministerio de Justicia (comentario a las Instrucciones de la DGRN de 14 y 18 de febrero de 2019)», *Ob. Cit.*, pág. 30.

¹²¹ ALVAREZ GONZÁLEZ realiza un análisis actual de la gestación por sustitución y entiende que la complejidad de abordar de forma satisfactoria los problemas planteados por el establecimiento de la filiación en los supuestos de gestación subrogada. Señala que, si una conclusión es firme es que la complejidad del problema no puede abordarse con respuestas simples, sean cuales sean los postulados ideológicos que se pretenden enarbolar. ALVAREZ GONZÁLEZ, S.: «Nuevas y viejas reflexiones sobre la gestación por sustitución», En *Mujer, maternidad y derecho*, V Congreso sobre la feminización del derecho, Tirant lo Blanch, 2019, págs. 613-647.

que han complicado aún más la posibilidad de encontrar soluciones efectivas.

Respecto a la situación generada en Ucrania, el Gobierno español se limita a desaconsejar a sus ciudadanos que acudan a este país con la finalidad de realizar acuerdos de gestación por sustitución. Pero no olvidemos que actualmente decenas de familias españolas se encuentran en una preocupante situación, muy distinta a la que existía en el momento en que suscribieron los correspondientes acuerdos de gestación. Decimos esto porque el cambio de criterio del Gobierno les sorprendió con el proceso iniciado e, incluso, con sus hijos de camino a este mundo.

Siendo la normativa registral vigente la Instrucción DGRN de 5 de octubre de 2010, y exigiéndose una sentencia judicial emitida por los tribunales del país de recepción, existe una consecuencia inmediata. Descartándose la posibilidad de acudir a Ucrania (45.000 euros), a los españoles únicamente les resta viajar Estados Unidos (120.000 dólares). Es evidente que lo anterior reduce el derecho a acudir a la gestación por sustitución únicamente a los españoles que gocen de un elevadísimo poder adquisitivo.

Las medidas adoptadas en la fallida Instrucción DGRN de 14 de febrero de 2019 auguraban una posible opción para los españoles que deciden acudir fuera de nuestras fronteras a cumplir su deseo de ser padres. En realidad, el hecho de permitir acreditar el vínculo genético como remedio de inscripción no significa más que una mejora interpretativa del artículo 10.3 LTRHA, extendiendo esta vía también a las madres aportantes de material genético, y no solo a los padres. Una interpretación extensiva que, sin duda, terminaba con una de las grandes hipocresías del sistema jurídico español: la diferencia de trato jurídico de los hombres y mujeres ante una misma situación.

Entendemos que debemos abandonar esta incoherencia normativa y optar por despertar y, en definitiva, por dejar de mirar hacia otro lado. Al año llegan a España aproximadamente mil niños nacidos a través de subrogación en el extranjero. La gestación por sustitución ya está integrada en nuestro sistema jurídico. Ha llegado a España con paso firme y sin evidencias de alejarse. Regulemos. Optemos por una legislación garantista, pautada y limitada en la que se exija una intervención judicial. Solo así podremos proteger, en la medida de lo posible, los intereses de todas las partes implicadas y, sobre todo, evitaremos los abusos relacionados, no solo con los derechos de las mujeres gestantes, sino con los derechos de los propios

menores, los cuales no olvidemos, no decidieron la forma de venir al mundo.

V. BIBLIOGRAFÍA

- ALVAREZ GONZÁLEZ, S.: «Nuevas y viejas reflexiones sobre la gestación por sustitución», En *Mujer, maternidad y derecho*, V Congreso sobre la feminización del derecho, Tirant lo Blanch, 2019.
- AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO, M.: «La tutela y demás instituciones de protección del menor en Derecho Internacional Privado», *BIMJ*, núm. 1766, 1996.
- BARBER CÁRCAMO, R.: «Reproducción asistida y determinación de la filiación», *REDUR*, diciembre, 2010.
- BRUNET, L., CARRUTHERS, J., DAVAKI, K., KING, D. MARZO, C., MCCANDLESS, J.A.: «Comparative Study on the Regime of Surrogacy in EU Members States», En *El régimen de subrogación en los Estados miembros de la Unión Europea*, Dirección General de Políticas Interiores de la Unión Europea. Departamento Temático. Derechos de los Ciudadanos y Asuntos Constitucionales, 2013.
- CALVO CARAVACA, A.L. Y CARRASCOSA GONZÁLEZ. J.: «Notas críticas en torno a la Instrucción de la DGRN de fecha 5 de octubre de 2010, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, marzo, 2012.
- DAVIES, T.: «Cross-Border Reproductive Care: Quality and Safety Challenges for the regulator», *Fertility & Sterility*, January 94 (1), 2010.
- DE MIGUEL ASENSIO, P.: «El reconocimiento en España de los nacidos mediante gestación por sustitución tras las sentencias de Menneson y Labassee del TEDH». <http://pedrodemiguelasensio.blogspot.com.es/2014/06/el-reconocimiento-en-españa-de-la-gestación-por-sustitución..>
- DE VERDA Y BEAMONTE, J.R.: «Inscripción de los hijos nacidos mediante gestación por sustitución (a propósito de la Sentencia del Juzgado de 1ª Instancia número 15 de Valencia, de fecha 15 de septiembre)», *Diario la Ley*, noviembre, 2010.
- DÍAZ FRAILE, J. M.: «La gestación por sustitución ante el Registro Civil español. Evolución de la doctrina de la DGRN y de la jurisprudencia española y europea», *Revista de Derecho Civil*, Vol. VI, núm. 1, enero-marzo, 2019.

- DÍAZ ROMERO, M. R.: «La gestación por sustitución en nuestro ordenamiento jurídico», *Diario La Ley*, núm. 7527, Sección Doctrina, 2010.
- DURÁN AYAGO, A.: «Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso Mennesson c. France (n.º. 65192/2011) y caso Laabassee c. France (n.º. 65941/2011), de 26 de junio de 2014», *Ars Iuris Salmanticensis, Revista Europea Iberoamericana de pensamiento y análisis del derecho, ciencia política y criminología*, Vol. 2, núm. 2, Salamanca, 2014.
- FERNÁNDEZ ECHEGARAY, L.: *La gestación por sustitución y la reproducción asistida en España: ¿incoherencia normativa o legislación garantista?*, Aranzadi, Pamplona, 2019.
- FLORES RODRÍGUEZ, J.: «Vientres de alquiler: más cerca de su reconocimiento legal en España. Comentario a la STEDH de 26 de junio de 2014, recurso núm. 65192/11», *Diario La Ley*, Sección Tribuna, Año XXXV, 28 de julio, 2014.
- «ATRAPADOS EN UN VIENTRE DE ALQUILER EN UCRANIA: ¿BIOÉTICA O BIOPODER?», *Diario La Ley*, núm. 9388, 2 de abril, 2019.
- GARCÍA ALGUACIL, M. J.: «Incoherencia legislativa o despropósito judicial: A propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014», *Aranzadi*, Revista Doctrinal Civil-Mercantil, núm. 3/2014, Parte Comentario, Pamplona, 2014.
- HERMIDA BELLOT, B.: «Gestación subrogada: un problema global. Situación en el marco de la Unión Europea, la Conferencia de Derecho Internacional Privado de la Haya, y el Comité de Derechos del Niño», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 767, mayo-junio, 2018.
- HUALDE MANSO, T.: «De nuevo sobre la filiación de los nacidos mediante gestación contratada», *Aranzadi*, Civil-Mercantil, núm. 10/2012, Parte Comentario, Pamplona, 2012.
- JIMENEZ BLANCO, P.: «La crisis de la gestación por sustitución en Ucrania y el caos en el Ministerio de Justicia (comentario a las Instrucciones de la DGRN de 14 y 18 de febrero de 2019)», *Crónica de Derecho Internacional Privado, Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, 2019.
- JIMÉNEZ MARTÍNEZ, M. V.: «La inscripción de la filiación derivada de la gestación por sustitución. Problemas actuales», *Anuario Facultad de Derecho-Universidad de Alcalá*, V, 2012.

- KLEINSORGE, T.E.J: «Human rights and ethical issues related to surrogacy». Ponencia impartida En la Conferencia Internacional «*Reproductive rights, new reproductictive technologies and the European fertility market*», Universidad de Cantabria, Santander, 19 y 20 de noviembre de 2015.
- LAMM, E.: «Gestación por sustitución. Realidad y Derecho», *Indret*, núm.3/2012, Barcelona, 2012.
- LAMM, E.: *Gestación por Sustitución. Ni maternidad subrogada ni vientres de alquiler*, Observatorio de Bioética i Dret, Universidad de Barcelona, Barcelona, 2013.
- LASARTE ÁLVAREZ, C: «La reproducción asistida y la prohibición legal de la maternidad subrogada admitida de hecho por vía reglamentaria», *Diario La Ley*, enero, 2012.
- PÉREZ MONGE, M.: «Cuestiones actuales de la maternidad subrogada en España: Regulación versus realidad», *RDP*, julio-agosto, 2010.
- QUIÑONES ESCÁMEZ, A.: «Doble filiación paterna de gemelos nacidos en el extranjero mediante maternidad subrogada (en torno a la RDGRN de 18 de febrero de 2009)», *InDret*, Barcelona, julio, 2009.
- SOUTO GALVÁN, B.: «Aproximación al estudio de la gestación por sustitución desde la perspectiva del bioderecho», (pdf) *Foro, Nueva Época*, núm. 1, 2005.
- SOTO LAMADRID, M.A.: *Biogenética, filiación y delito*, Astrea, Buenos Aires, 1990.
- VELA SÁNCHEZ, A. J.: «Gestación por sustitución o maternidad subrogada: El deseo a recurrir a las madres de alquiler», *Diario La Ley*, núm. 7608, Sección Doctrina, abril, 2011.
- «Mecanismos o argumentos en la situación jurídica actual para inscribir la filiación derivada de convenio gestacional hecho en país extranjero», *Diario La Ley*, núm. 9396, 12 de abril, 2019.