

## **CONTRIBUCIONES DE ESPAÑA AL CUESTIONARIO SOBRE LAS SALVAGUARDIAS PARA LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE LOS NIÑOS NACIDOS DE ACUERDOS DE MATERNIDAD SUBROGADA.**

El punto de partida del presente informe ha de ser la **expresa y taxativa prohibición** en el ordenamiento jurídico español de cualquier acuerdo de gestación subrogada, legislativa y jurisprudencialmente.

Así, el artículo 10 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, establece en su apartado primero que *“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 en favor del contratante o de un tercero”*.

Sin embargo, a pesar de la prohibición, se han venido repitiendo casos de personas nacionales españolas que acuden a acuerdos de gestación subrogada en otros países donde los mismos sí están permitidos, lo que exige garantizar y armonizar tanto el cumplimiento de la ley española como los derechos de los niños nacidos a través de esta técnica, así como también los derechos humanos y fundamentales de las madres gestantes, y la prevención, además, de los posibles supuestos de venta y tráfico de niños, como ha venido reiterando la jurisprudencia española.

### **IDENTIDAD, ORIGEN Y FILIACIÓN**

#### **1. Salvaguardias en materia de derechos de identidad (artículos 7 y 8 CDN)**

Los artículos 44 y siguientes de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil regulan la inscripción del nacimiento de todas las personas y el artículo 50 de la Ley de Registro Civil consagra el derecho de toda persona a tener un nombre desde su nacimiento.

Si bien en España rige la prohibición de los acuerdos de gestación subrogada, la primacía del interés superior del menor garantiza los derechos de inscripción de los menores nacidos en el extranjero como consecuencia de dichos acuerdos, siempre que se cumplan los requisitos que en el epígrafe relativo a la determinación de la filiación se especificarán, y ello con el fin tanto de prevenir el tráfico de menores como de garantizar los derechos de identidad niño y los de la madre gestante.

Por otra parte, ha de añadirse que, respecto de los menores abandonados o no inscritos, las entidades públicas competentes en materia de protección de menores están obligadas a promover sin demora su inscripción, sea o no conocida su filiación, así como la inscripción de la tutela administrativa que, en su caso, asuman, sin perjuicio de la anotación de la guarda que deban asumir,

e igualmente el Ministerio Fiscal tiene la obligación de promover la inscripción de menores no inscritos (artículo 48 de la Ley de Registro Civil).

## **2. Salvaguardias en materia de protección del acceso a los orígenes biológicos. Equilibrio entre el derecho de acceso a los orígenes biológicos y el derecho a la privacidad de los padres y donantes de gametos.**

Según el apartado 2 del artículo 10 de la Ley de técnicas de reproducción humana asistida, *“la filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto”*. A fin de garantizar el acceso del menor a sus orígenes, la filiación materna es un dato imprescindible a la hora de la inscripción.

En los casos en que el menor nacido por gestación de sustitución en el extranjero y haya sido posteriormente adoptado por la madre comitente o cónyuge o pareja del padre biológico, la intimidad y a la vez el conocimiento por el menor de sus orígenes quedan debidamente protegidos por el ordenamiento jurídico español, al establecerse en la normativa sobre el Registro Civil, por una parte, que los datos relativos al hecho mismo de la adopción y a la existencia de una anterior filiación respecto de otra madre, son reservados, y por tanto no se publican, proporcionándose información únicamente respecto de los dos progenitores finalmente inscritos como si ellos fueran los únicos progenitores (biológicos) del menor; pero permitiendo a la vez al menor tener acceso a toda la información sobre su origen. En consonancia con ello, la donación de gametos es anónima y no puede dar en ningún caso lugar al establecimiento de una relación familiar entre el donante y el menor nacido, y los hijos nacidos tienen derecho por sí o por sus representantes legales a obtener información general de los donantes que no incluya su identidad, excepto en circunstancias muy excepcionales lealmente contempladas.

## **3. Salvaguardias que protegen el entorno familiar.**

El entorno familiar queda protegido social, económica y jurídicamente por el artículo 39 de la Constitución Española, incluyendo la igualdad de los hijos ante la ley con independencia de su filiación y la protección de la madre, cualquiera que sea su estado civil.

España ha suscrito todos los Tratados Internacionales sobre protección y promoción de los derechos del niño.

El artículo 160 del Código Civil establece que a través de las diferentes instituciones de protección de menores, prima siempre la vinculación del niño con la familia de origen, salvo que por resolución judicial o de la Entidad Pública de protección se justifique otra cosa, siempre en interés del menor.

Únicamente a través de la constitución de la adopción, con los requisitos y cautelas legales, se produce la extinción de los vínculos jurídicos entre el adoptado y su familia de origen (artículo 178 del Código Civil) y, sólo cuando el interés del menor así lo aconseje, en razón de su situación familiar, edad o

cualquier otra circunstancia significativa valorada por la Entidad Pública, podrá acordarse el mantenimiento de alguna forma de relación o contacto a través de visitas o comunicaciones entre el menor, los miembros de la familia de origen que se considere y la adoptiva, favoreciéndose especialmente, cuando ello sea posible, la relación entre los hermanos biológicos.

En los casos de gestación por sustitución en el extranjero en los que conste legalmente determinada la filiación del padre biológico, es posible constituir la adopción del menor en favor de la madre comitente o padre no biológico, cónyuge o pareja de hecho del que constara inscrito, de acuerdo con el artículo 175 del Código Civil. Dicho procedimiento exige en todo caso que la madre gestante otorgue su asentimiento a la adopción, en cual deberá prestarse con las debidas garantías de libertad, información sobre los efectos del mismo, inexistencia de compensación económica, y transcurso de un plazo de al menos seis semanas desde el parto. La adopción se tramita ante los Tribunales españoles, que controlan en debida forma el cumplimiento de tales requisitos.

#### **4. Establecimiento, reconocimiento e impugnación de la paternidad legal. Determinación de la paternidad en el contexto de acuerdos de maternidad subrogada.**

El artículo 10 de la Ley 14/2006 de técnicas de reproducción humana asistida, tras declarar su nulidad, regula también los efectos relativos a la filiación en los casos de acuerdos de gestación por sustitución, estableciendo su apartado 2 que *“la filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto”*. En cuanto a la filiación paterna, el apartado 3 dispone que *“queda a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales”*.

Por tanto, una vez determinada la filiación materna de la madre gestante, el padre biológico podrá solicitar la determinación de su filiación a través de las acciones de reclamación reguladas en los artículos 131 y siguientes del Código Civil y 764 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, teniendo aquí especial relevancia la prueba biológica, sin perjuicio de la posibilidad de admisión de otro tipo de pruebas. El Ministerio Fiscal está legitimado para ejercitar la acción de determinación de la filiación del hijo menor de edad. Mientras dure el procedimiento, el tribunal podrá adoptar las medidas de protección que estime oportunas. El interés superior del niño queda así salvaguardado por las propias garantías del procedimiento judicial, con intervención preceptiva del Ministerio Fiscal, quedando asegurada la realidad de la paternidad biológica mediante las correspondientes pruebas de ADN, así como la protección del menor a través de la adopción de cuantas medidas cautelares fueren necesarias.

En cuanto a la inscripción registral de la filiación de los menores, la Instrucción de 5 de octubre de 2010, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, exige que la filiación esté legalmente determinada, y establece que

*"1. La inscripción de nacimiento de un menor, nacido en el extranjero como consecuencia de técnicas de gestación por sustitución, sólo podrá realizarse presentando, junto a la solicitud de inscripción, la resolución judicial dictada por Tribunal competente en la que se determine la filiación del nacido.*

*2. Salvo que resultara aplicable un Convenio internacional, la resolución judicial extranjera deberá ser objeto de exequátur (esto es, de reconocimiento) según el procedimiento contemplado en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881. Para proceder a la inscripción de nacimiento deberá presentarse ante el Registro Civil español, la solicitud de la inscripción y el auto judicial que ponga fin al mencionado procedimiento de exequátur.*

*3. No obstante lo anterior, en el caso de que la resolución judicial extranjera tuviera su origen en un procedimiento análogo a uno español de jurisdicción voluntaria, el encargado del Registro Civil controlará incidentalmente, como requisito previo a su inscripción, si tal resolución judicial puede ser reconocida en España. En dicho control incidental deberá constatar:*

*a) La regularidad y autenticidad formal de la resolución judicial extranjera y de cualesquiera otros documentos que se hubieran presentado.*

*b) Que el Tribunal de origen hubiera basado su competencia judicial internacional en criterios equivalentes a los contemplados en la legislación española.*

*c) Que se hubiesen garantizado los derechos procesales de las partes, en particular, de la madre gestante.*

*d) Que no se ha producido una vulneración del interés superior del menor y de los derechos de la madre gestante. En especial, deberá verificar que el consentimiento de esta última se ha obtenido de forma libre y voluntaria, sin incurrir en error, dolo o violencia y que tiene capacidad natural suficiente.*

*e) Que la resolución judicial es firme y que los consentimientos prestados son irrevocables, o bien, si estuvieran sujetos a un plazo de revocabilidad conforme a la legislación extranjera aplicable, que éste hubiera transcurrido, sin que quien tenga reconocida facultad de revocación, la hubiera ejercitado".*

*Asimismo, la citada Instrucción establece que "en ningún caso se admitirá como título apto para la inscripción del nacimiento y filiación del nacido, una certificación registral extranjera o la simple declaración, acompañada de certificación médica relativa al nacimiento del menor en la que no conste la identidad de la madre gestante".*

Por lo que respecta a las solicitudes de inscripción en el Registro Civil consular de la filiación en estos supuestos, la Instrucción de 18 de febrero de 2019 de la Dirección General de los Registros y del Notariado, establece que las mismas "no serán estimadas, salvo que exista una sentencia de las autoridades judiciales del país correspondiente que sea firme y dotada de exequatur, u objeto del debido control incidental cuando proceda, de conformidad con la Instrucción de 5 de octubre de 2010.

*El encargado o encargada del Registro Civil consular en estos casos deberá suspender la inscripción, con base en la ausencia de medios de prueba susceptibles de apreciación dentro del procedimiento consular. Dicha suspensión y las circunstancias concurrentes serán notificadas por el encargado o encargada del Registro Civil, en su caso, al Ministerio Fiscal, de conformidad con el artículo 124 del Reglamento del Registro Civil.*

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

## **VENTA DE NIÑOS**

Por lo que se refiere a las leyes contra la venta y tráfico de niños, en realidad esta normativa se encuentra ya recogida con amplias y suficientes garantías en la regulación sobre adopción internacional, en especial en la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción Internacional, cuyo artículo 2 ya establece como principio informador el interés superior del menor.

El riesgo indudable del encubrimiento de supuestos de tráfico de menores mediante la simulación de un proceso de gestación subrogada queda, sin embargo, conjurado por la exigencia de una prueba de ADN, u otros medios de prueba suficientes tanto en los supuestos de acciones de reclamación de la filiación como en el procedimiento de inscripción ante el Juez encargado del Registro Civil, que garanticen que el menor es efectivamente hijo biológico del padre que pretende practicar la inscripción de la filiación. Si esa garantía no se diera, no sólo la inscripción de la filiación no sería posible, sino que el menor debería quedar bajo la tutela de las autoridades encargadas de la protección de menores en España, a las cuales correspondería adoptar las medidas oportunas en función de las circunstancias del caso.

Debe también señalarse que, desde el punto de vista del derecho penal, estos supuestos de reconocimiento de conveniencia, o simulaciones del estado civil del menor, se encuentran tipificados en los artículos 220 a 222 de nuestro Código Penal, que castigan con penas de prisión y, en su caso, de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de la patria potestad, tutela, curatela o guarda, tanto la suposición de parto como la ocultación o entrega a terceros de un hijo para alterar su filiación, así como la entrega mediante compensación económica de un menor eludiendo los procedimientos legales de guarda, acogimiento o adopción con el fin de establecer una relación análoga a la filiación, castigándose con la misma pena a quien lo reciba y al intermediario, incluso aunque la entrega del menor se hubiese realizado en el extranjero.

## CONCLUSIONES

- Los acuerdos de gestación subrogada están prohibidos legalmente en España, siendo los mismos contrarios al orden público español.
- El principio del superior interés del menor está consagrado en el artículo 39 de la Constitución española, así como en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, modificada por Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, cuyo artículo 2 establece que *“Todo menor tiene derecho a que su interés superior sea valorado y considerado como primordial en todas las acciones y decisiones que le conciernan, tanto en el ámbito público como privado. En la aplicación de la presente ley y demás normas que le afecten, así como en las medidas concernientes a los menores que adopten las instituciones, públicas o privadas, los Tribunales, o los órganos legislativos primará el interés superior de los mismos sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir”*.
- A pesar de la expresa prohibición legal, el ordenamiento jurídico español da respuesta a la situación de los menores nacidos de acuerdos de gestación por sustitución en terceros países que sí los admiten. Esta respuesta garantiza tanto el superior interés del menor como los derechos humanos y fundamentales de las madres gestantes, y el cumplimiento de la legalidad española.
- Según la ley española, los acuerdos de gestación por sustitución son radicalmente nulos, y en estos casos la maternidad se determina por el parto, debiendo constar como madre biológica la madre gestante. Queda a salvo el derecho del padre biológico a reclamar la filiación a través de las acciones de determinación reguladas en la ley española en el correspondiente procedimiento judicial, pudiendo acordarse cuantas medidas cautelares fuesen necesarias para garantizar el interés del menor.
- Los menores nacidos de acuerdos de gestación subrogada en el extranjero podrán ser inscritos en España en aquellos casos en que la filiación paterna haya quedado determinada por una resolución judicial española, o bien extranjera, siempre que cumpla los requisitos exigidos para ser reconocida en España y no se haya producido una vulneración del interés superior del menor y de los derechos de la madre gestante, quedando así preservado el derecho del niño a la identidad y al acceso a los orígenes biológicos.
- La madre comitente, o bien el progenitor no biológico cónyuge o pareja de hecho de aquel que haya sido determinado legalmente, puede solicitar la adopción del menor nacido en el extranjero mediante acuerdos de gestación subrogada, siempre que se cumplan los

requisitos y cautelas previstos en la ley española, se respete el interés superior del menor, y conste fehacientemente el asentimiento y la garantía del resto de derechos de la madre gestante. Con ello se cumplen y respetan las normas sobre protección de los derechos del menor, al respecto del derecho a la vida privada y familiar, tal como dichos derechos aparecen consagrados en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y son interpretados por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, tanto en sus sentencias recientes (casos Menesson y Labassee), como en el reciente dictamen de 10 de abril de 2019.

- La normativa española promueve el mantenimiento del vínculo de los menores con la familia de origen, salvo resolución judicial o administrativa dictada en atención a las circunstancias y al superior interés del menor. En los supuestos de adopción, estos datos son reservados, si bien se permite que el menor tenga acceso a toda la información sobre su origen. En los casos de donaciones de gametos, la misma es anónima y sólo excepcionalmente podrán revelarse los datos de los donantes, lo que no podrá implicar publicidad de su identidad.
- La exigencia de pruebas biológicas y otros medios de prueba suficientes tanto en los supuestos de reclamación de la filiación como en la inscripción de los menores en el Registro Civil conjura el riesgo de encubrimiento de supuestos de tráfico de menores mediante la simulación de un proceso de gestación subrogada en el extranjero, garantizándose que el menor es efectivamente hijo biológico de quien pretende la filiación y/o la inscripción.

En caso contrario, operarían las medidas previstas en nuestro ordenamiento jurídico para la protección de los menores a través de las entidades públicas correspondientes.

Los supuestos de tráfico y venta de menores, y los supuestos de reconocimiento de conveniencia o simulaciones del estado civil del menor vienen tipificados como delito en nuestro Código Penal, incluso cuando la entrega del menor se realizase en el extranjero, y llevan aparejadas penas de prisión y, en su caso, de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de la patria potestad, tutela, curatela o guarda.