*Identidad, origen y filiación*

1. *Describa las salvaguardias que protegen los derechos de identidad (artículos 7 y 8 de la CDN) que se están implementando actualmente en su estado. Las salvaguardias incluyen leyes, procedimientos judiciales y administrativos, medidas de aplicación y otras prácticas destinadas a prevenir o remediar las violaciones de las normas de derechos humanos. Indique si se aplican esas salvaguardias generales que protegen los derechos de identidad en el contexto de los acuerdos de maternidad subrogada y, en su caso, indique cómo se aplican.*

**Los acuerdos de maternidad subrogada son considerados nulos** en el ordenamiento jurídico español en virtud de lo dispuesto en el artículo 10 de la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida: «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». (Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida. Boletín Oficial del Estado, no 126, 27 de mayo de 2006 (en adelante, LTRHA). Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2006-9292>).

No obstante, como quiera que no son aislados los casos en los que ciudadanos españoles realizan este tipo de contratos fuera de nuestras fronteras, puede responderse a esta cuestión estableciendo cómo se procede a la determinación de la filiación en estos casos, y cómo se atiende en ellos al interés superior del menor.

En primer lugar, debe recordarse que, como ha señalado el Tribunal Supremo español, “el derecho a crear una familia no es ilimitado y no incluye la facultad de establecer lazos de filiación por medios no reconocidos como tales por el ordenamiento jurídico, siempre, naturalmente, que esta falta de reconocimiento no sea contraria a las exigencias constitucionales ni, en general, al orden público internacional español, y respete las exigencias del Convenio Europeo de Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales” (Auto Nulidad de Actuaciones 02-02-2015, fundamento jurídico quinto, 2).

**El derecho a la identidad de los hijos queda salvaguardado mediante la posibilidad de determinación de la filiación a favor del padre biológico, que la ley prevé expresamente para los supuestos de gestación subrogada (artículo 10. 3 de la LTRHA) y mediante la protección de los vínculos familiares de facto mediante el recurso a las figuras de la adopción y el acogimiento (doctrina del Tribunal Supremo en sentencia de 6 de febrero de 2014 y Auto de 2 de febrero de 2015)**.

La determinación de la filiación materna natural se establece en el ordenamiento jurídico español mediante el parto, pero quedando esta vacante (lo que ocurre, después se expondrá en qué términos resulta válido, en los casos de acuerdos de subrogación celebrados en el extranjero), puede determinarse a favor del cónyuge del padre (con independencia de su sexo) mediante el procedimiento de adopción especial regulado en el artículo 176 del Código civil, o, en su caso, de acogimiento, de modo que el ordenamiento jurídico vela por el interés superior del menor protegiendo los nuevos vínculos familiares en los que se integra en nuestro país.

Esta es la solución que tanto el legislador como la jurisprudencia del Tribunal Supremo establecen respecto al derecho a la identidad de los hijos: hay dos títulos de acceso a la determinación de la filiación: la naturaleza y la adopción (artículo 108 del Código civil). La determinación de la paternidad de los hijos nacidos como consecuencia de acuerdos de maternidad subrogada realizados en el extranjero ha de realizarse conforme a esta premisa.

El Tribunal Supremo entiende que la nulidad de tales acuerdos tiene fundamento constitucional, entre otros, en el principio de dignidad de la mujer gestante y del niño (artículo 10 de la Constitución española), y en la prohibición de mercantilización del cuerpo femenino y de la llegada al mundo de los hijos, lo que le confiere carácter de orden público internacional español. Por esta razón, entiende que no es conforme a derecho el reconocimiento legal en nuestro ordenamiento jurídico de la validez de los acuerdos de subrogación celebrados en el extranjero (no obstante, deja abierta la posibilidad de determinación de la filiación de los niños a través de la doble vía que acaba de exponerse).

La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha optado por dar prioridad a consideraciones de derecho sustantivo, juzgando el problema de la validez de las certificaciones emitidas en el extranjero desde el punto de vista de la salvaguarda de los derechos fundamentales y del respeto al orden público internacional español.

Esta jurisprudencia es plenamente concordante con la dictada en la materia por el **Tribunal Europeo de Derechos en sus sentencias de 26 de junio de 2014 (Menneson contra Francia y Labassee contra Francia) (cuya publicación dio lugar al incidente de nulidad de actuaciones resuelto por nuestro Tribunal Supremo en Auto de 2015) y de 24 de enero de 2017 (Paradiso y Campanelli contra Italia**), en las que se reconoce tanto el derecho de los niños nacidos como consecuencia de este tipo de acuerdos a su identidad y a su vida personal y familiar como la necesidad de preservar las garantías para el respeto a la dignidad de la mujer gestante y del propio hijo, que no puede ser considerado como objeto de comercio.

Sin embargo, la **Dirección General de Registros y del Notariado (en adelante, DGRN) ha optado por la adopción de una perspectiva formal sobre el examen de la validez de las certificaciones emitidas en los países donde se ha celebrado el acuerdo de maternidad subrogada**, sin entrar en el análisis de los hechos en ellas certificados desde el punto de vista del contenido material de nuestro ordenamiento jurídico y no ha modificado su doctrina tras los pronunciamientos del Tribunal Supremo en la materia, lo que ha introducido un indeseable elemento de falta de seguridad jurídica en cuanto a la determinación de los procedimientos válidos para el establecimiento de las relaciones paterno filiales en el caso de los acuerdos de subrogación celebrado en el extranjero.

Se abre así una nueva vía para la determinación de la filiación de los niños nacidos en el extranjero como consecuencia de estos acuerdos (no se crea válidamente en términos jurídicos un nuevo título de acceso a la determinación de la paternidad, pero sí se establece fácticamente esta posibilidad mediante la homologación de certificaciones registrales extranjeras, sólo para contratos realizados en aquellos países donde tal práctica es legal y de acuerdo con una serie de requisitos que se exponen a continuación).

Entiende la DGRN que lo que se solicita del Encargado del Registro Civil Consular o Central español es que se inscriba una relación de filiación que ya ha sido previamente establecida y declarada por una autoridad judicial extranjera. Lo que se pretende de las autoridades registrales españolas, por tanto, es una **“tutela por reconocimiento”,** motivo por el cual se entendía que no resultaba procedente la invocación y aplicación del artículo 10, apartados 1 y 2, de la Ley española de técnicas de reproducción asistida (Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010).

La DGRN dictó el **8 de febrero de 2009** una Instrucción ordenando la inscripción registral de un menor nacido como consecuencia de la firma de un contrato de gestación por sustitución en el extranjero, considerando que el control de acceso a los asientos registrales ha de abstenerse de entrar en el juicio sobre su compatibilidad con el derecho sustantivo español, limitándose a un control formal de legalidad[[1]](#footnote-1).

Sin embargo, esta Instrucción fue declarada nula por sentencia de 15 de septiembre de 2010 de un Juzgado de Primera Instancia, posteriormente confirmada por otra de 23 de noviembre de 2011 de la Audiencia provincial de Valencia y, finalmente, por la sentencia de 6 de febrero de 2014 del Tribunal Supremo.

**El 5 de octubre de 2010**, días después de la sentencia del Juzgado de primera instancia, la DGRN dicta nueva Instrucción, “con objeto de establecer los criterios que han de aplicarse para permitir el acceso al Registro Civil español de los nacidos en el extranjero mediante esta técnica de reproducción asistida” (sic. nota: la gestación por sustitución está expresamente excluida del elenco de técnicas de reproducción asistida por la LTRHA)

Esta Instrucción establece como requisito previo para la inscripción de los nacidos mediante gestación por sustitución, la presentación ante el Encargado del Registro Civil de una resolución judicial dictada por Tribunal competente, entendiendo que con ello se logra controlar el cumplimiento de los requisitos de perfección y contenido del contrato respecto del marco legal del país donde se ha formalizado, así como la protección de los intereses del menor y de la madre gestante, en especial constatando la plena capacidad jurídica y de obrar de la mujer gestante, la eficacia legal del consentimiento prestado por no haber incurrido en error sobre las consecuencias y alcance del mismo, ni haber sido sometida a engaño, violencia o coacción o la eventual previsión y/o posterior respeto a la facultad de revocación del consentimiento o cualesquiera otros requisitos previstos en la normativa legal del país de origen. Igualmente, se estimaba que dicha exigencia de resolución judicial era medio idóneo para verificar que no existe simulación en el contrato de gestación por sustitución que encubra el tráfico internacional de menores.

Para el reconocimiento de la resolución judicial extranjera en nuestro ordenamiento jurídico, se preveía la exigencia de aportación al Registro Civil del correspondiente auto judicial concediendo el exequátur. Cuando tal resolución tuviera su origen en un procedimiento análogo a uno español de jurisdicción voluntaria, se prevé, conforme a reiterada jurisprudencia, la dispensa del procedimiento del exequátur, siendo posible acudir en tales casos a la técnica del reconocimiento incidental por parte del encargado del Registro Civil, quien controlará incidentalmente, como requisito previo a su inscripción, si tal resolución judicial puede ser reconocida en España, verificando lo siguientes extremos:

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

Cuatro años más tarde, como se ha mencionado, se dicta la **Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014**, en la que se deniega la inscripción registral a favor de un matrimonio de varones que había realizado un acuerdo de maternidad subrogada en California, fruto del cual habían nacido dos niños, y se invalida la Instrucción de la DGRN de 2009. Es preciso subrayar que dicha sentencia insta al Ministerio Fiscal a tomar todas las medidas necesarias para la protección del mejor interés de los menores, y para la salvaguarda de su derecho a la identidad. (Punto 3 del fallo de la Sentencia de 02 del 02 de 2014) : “3.-Instar al Ministerio Fiscal a que, de acuerdo con las funciones que le atribuye su Estatuto Orgánico, ejercite las acciones pertinentes para determinar en la medida de lo posible la correcta filiación de los menores y para su protección, tomando en consideración, en su caso, la efectiva integración de los mismos en un núcleo familiar "de facto").

El Tribunal Supremo entiende que no cabe reconocer efectos jurídicos a la inscripción registral realizada en California, por provenir tal determinación de la filiación de un contrato nulo y contrario al orden público internacional español. “Es contraria al orden público internacional español por resultar incompatible con normas que regulan aspectos esenciales de las relaciones familiares, en concreto de la filiación, inspiradas en los valores constitucionales de dignidad de la persona, respeto a su integridad moral y protección de la infancia"[[2]](#footnote-2).

Pero los recurrentes, tanto antes como después de este pronunciamiento, podrían haber activado los procedimientos para la determinación de la filiación de los niños a su favor que el ordenamiento jurídico pone a su disposición, lo que no hicieron, centrando su estrategia jurídica en el reconocimiento de la certificación registral californiana, en la que ambos constan como progenitores de los hijos (sin que ninguno lo sea por adopción), y rechazando la alegación que les hubiera permitido determinar la filiación a su favor:

1. por la vía de la prueba de la paternidad biológica de los niños por cualquiera de los dos
2. por la vía de la prueba de la existencia de lazos familiares de facto entre los comitentes y los niños y su posterior protección por la vía que fuera más adecuada.

Como señala en Tribunal Supremo español en el último de sus pronunciamientos sobre la materia “los promotores del incidente deben ser conscientes de que la filiación de los menores podía haber sido ya fijada definitivamente, o estar muy avanzado el proceso para fijarla, si se hubiera dado cumplimiento a lo acordado en nuestra sentencia. De acuerdo con lo expuesto por el Ministerio Fiscal en el último escrito presentado en el incidente, los promotores del incidente no solo no han ejercitado las acciones de reclamación de la filiación biológica paterna, sino que ni siquiera están prestando su colaboración al Ministerio Fiscal para que la filiación sea fijada del modo previsto en nuestro Derecho y acordada en la sentencia” (Auto denegando Nulidad de Actuaciones, 02-02-2015, fundamento jurídico 12) .

**La DGRN entiende que la Instrucción de 2010 sigue vigente tras la promulgación de la sentencia del Tribunal Supremo de 2014**, y así lo establece en Resolución de 11 de julio de 2014: “Es este un punto esencial ... para fijar un criterio interpretativo favorable al entendimiento de que la reiterada Instrucción de 5 de octubre de 2010 no ha quedado afectada en su validez y eficacia por la doctrina que emana de la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014, en la que se declara la nulidad de la Resolución de este Centro Directivo de 8 de febrero de 2009”.

Por otra parte, **la nueva ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil** introduce una nueva regulación de los procesos de validación de las certificaciones registrales extranjeras, en la línea de la Instrucción de 2010, según resulta de sus artículos 96.2 y 98.

Este último exige para la inscripción de las certificaciones extranjeras (además de la verificación de la competencia de la autoridad extranjera que la expide y de que el Registro extranjero tenga, en cuanto a los hechos de que da fe, análogas garantías a las exigidas para la inscripción por la ley española), no sólo que la inscripción de dicha certificación no resulta manifiestamente incompatible con el orden público español, sino también que “el hecho o acto contenido en la certificación registral extranjera sea válido conforme al ordenamiento designado por las normas españolas de Derecho internacional privado”. Por el contrario, esta exigencia de validez conforme al ordenamiento designado por las normas españolas de conflicto no se aplica en el caso de las resoluciones judiciales extranjeras.

Por último, la DGRN introdujo un nuevo criterio, en virtud de **Instrucción de 14 de febrero de 2019**, en virtud del cual es posible la inscripción en el Registro Consular mediante la aportación de prueba de ADN que acredite la relación biológica entre el padre y el niño nacido por acuerdo de subrogación. Sin embargo, apenas dos días después de su entrada en vigor tal Instrucción fue declarada nula en virtud de **nueva Instrucción de 19 de febrero** (BOE de 21 de febrero de 2019), que vuelve al régimen de la Instrucción de 2010.

1. *Describa las salvaguardias que protegen el acceso a los orígenes personales (artículos 7 y 8 de la CDN) que se están aplicando actualmente en su estado. Indique si esas salvaguardias generales que protegen el acceso a los orígenes personales se aplican en el contexto de los acuerdos de gestación subrogada y cómo se aplican.*

Si por “acceso a los orígenes personales” se entiende la posibilidad de conocimiento por parte del niño de la identidad de sus progenitores biológicos, es preciso afirmar que no existen tales salvaguardas en el ordenamiento jurídico español por lo que respecta a los procesos de reproducción humana asistida, que se regulan en virtud del **artículo 5.5 de la LTRHA**, en términos lo suficientemente restrictivos como para negar la existencia de garantías reales del derecho de los niños a acceder al conocimiento de sus orígenes: “5. La donación será anónima y deberá garantizarse la confidencialidad de los datos de identidad de los donantes por los bancos de gametos, así como, en su caso, por los registros de donantes y de actividad de los centros que se constituyan.

Los hijos nacidos tienen derecho por sí o por sus representantes legales a obtener información general de los donantes que no incluya su identidad. Igual derecho corresponde a las receptoras de los gametos y de los preembriones.

Sólo excepcionalmente, en circunstancias extraordinarias que comporten un peligro cierto para la vida o la salud del hijo o cuando proceda con arreglo a las Leyes procesales penales, podrá revelarse la identidad de los donantes, siempre que dicha revelación sea indispensable para evitar el peligro o para conseguir el fin legal propuesto. Dicha revelación tendrá carácter restringido y no implicará en ningún caso publicidad de la identidad de los donantes”.

Al ser los acuerdos de subrogación nulos en el ordenamiento jurídico español, no ha lugar a la regulación de este extremo.

Ahora bien, de acuerdo con el **artículo 44 de la ley 20/2011, del Registro Civil**, aplicable a los casos de celebración de dichos acuerdos en el extranjero, en toda inscripción de nacimiento en el Registro Civil español (a excepción de los menores abandonados con filiación desconocida), deberá figurar la filiación materna, aún en el caso de que ésta haya renunciado al ejercicio de los derechos derivados de la filiación, y sin perjuicio de la cancelación formal de dicha inscripción de la filiación en caso de posterior adopción del nacido/a o de rectificación o cambio de dicha filiación como consecuencia del reconocimiento en España de decisiones extranjera sobre la filiación del menor, para lo que será preciso la acreditación del consentimiento de la madre gestante en los términos antes examinados.

Por tanto, sí se garantiza la determinación de la mujer que ha parido a los hijos, si bien esto no implica garantía del conocimiento completo del origen biológico por parte de los niños, ya que la gestante normalmente no aporta el óvulo, permaneciendo en el anonimato la donante.

1. *Describa cómo se equilibra el derecho al acceso a los orígenes personales con el derecho a la privacidad de los padres y donantes de gametos. Indique específicamente cómo se tiene en cuenta el interés superior del niño.*

No existe tal equilibrio puesto que los donantes de gametos son anónimos (excepto en el caso de la donación dirigida de óvulos entre parejas de mujeres casadas, ROPA). El interés superior del niño no resulta suficientemente atendido puesto que se le impide acceder al conocimiento de sus orígenes biológicos, no solo en el caso de los acuerdos de maternidad subrogada, sino en general cuando se recurre al empleo de las técnicas de reproducción asistida.

1. *Describa las salvaguardias que protegen el entorno familiar (artículos 7, 8, 9, 10 y 20 de la CDN) que se están aplicando actualmente en su estado. Indique si esas salvaguardias generales que protegen el entorno familiar se aplican en el contexto de los acuerdos de maternidad subrogada y cómo se aplican. Indique específicamente cómo se tiene en cuenta el interés superior del niño.*

Como ya se ha señalado, el Estado español reconoce en todo caso la determinación de la filiación a favor del padre biológico del menor. En el caso en que se trate de un varón casado, se favorece la **adopción por parte de su cónyuge**, a través de un procedimiento especial que no requiere propuesta previa ni declaración administrativa de idoneidad, sino solo el asentimiento del consorte y la comprobación judicial de la adecuación de la medida al interés del menor, de acuerdo con el artículo 176 del Código Civil.

Por otra parte, la figura de la “posesión de estado” protege los lazos familiares de facto cuando estos resultan ser jurídicamente relevantes, en el sentido de significativos para la defensa del mejor interés del menor (podrían ser de aplicación en el caso de no existencia de relación conyugal, sino análoga de facto).

Todas estas garantías se aplican a la situación de los niños nacidos mediante acuerdos de maternidad subrogada, siendo, en realidad, irrelevante para la aplicación de la protección jurídica la existencia o no de tales acuerdos, ya que son considerados nulos. El derecho español protege a los niños en situación de desamparo en toda circunstancia, también en la de existencia de acuerdo de subrogación.

Por lo que respecta a los procesos de adopción, en el ordenamiento jurídico español, la salvaguarda de los lazos familiares mediante la adopción de los niños nacidos como consecuencia de acuerdos de maternidad subrogada por parte del cónyuge del padre biológico, se establece desde el respeto y la garantía del interés del menor y de los derechos de la madre gestante. Así resulta en el Derecho español de la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción Internacional, tras la reciente reforma introducida en la misma por la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección de la infancia y la adolescencia, que da nueva redacción al artículo 26.2 de aquélla, referente a la exigencia de que la adopción, como requisito de validez en España de la constituida ante autoridad extranjera, “no vulnere el orden público”, precisando a modo de interpretación auténtica de este concepto 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 pago o compensación”.

La necesidad de contar con el consentimiento libre y post-natal de la madre gestante se ha destacado igualmente por la jurisprudencia menor de nuestras Audiencias Provinciales, tanto en el ámbito de los procedimientos de exequátur de resoluciones judiciales extranjeras de homologación de contratos de gestación por subrogación, como en procedimientos de constitución en España de adopciones de menores nacidos en el extranjero a favor de los padres comitentes (Auto Audiencia Provincial Barcelona de 28 de julio de 2015, y Auto de 16 de octubre de 2018, en el que se afirma que “en nuestro Derecho (vid artículos 177.2 del Código Civil y 37 de la Ley de Jurisdicción Voluntaria) no cabe “validar un consentimiento "prenatal", renunciándose a la filiación del concepturus o del nasciturus si se hubiera producido ya la gestación, compromiso que se pacta en el contrato de gestación subrogada a la que nos venimos refiriendo sin que conste que se haya emitido un consentimiento libre e informado, tanto en lo referente a las consecuencias de su renuncia para el hijo como a los propios riesgos que para su salud física y mental se pueden derivar de la gestación. Por lo tanto, la renuncia previa de la madre gestante, que en nuestra legislación vigente, ni tan sólo es posible antes de transcurridas 6 semanas desde el parto, es decir, con posterioridad al mismo, es contraria a nuestro ordenamiento jurídico y en consecuencia, nula de pleno derecho por lo que carece de eficacia alguna en la posible adopción posterior”.

Por otra parte, en esta misma línea de protección del entorno familiar, el **Tribunal Supremo, en sentencias de 25 de octubre de 2016 y 16 de noviembre del mismo año** (unificación de doctrina) considera que los comitentes pueden disfrutar de la suspensión de la relación laboral y de las correspondientes **prestaciones de la Seguridad Social en analogía con las situaciones de adopción y acogimiento**. Entiende el Tribunal Supremo que la nulidad de los acuerdos de subrogación no implica la desprotección jurídica del menor, y que su superior interés demanda la potenciación de los vínculos familiares y la protección integral de la familia.

1. *Proporcione información sobre las disposiciones legales, reglamentos o prácticas existentes para el establecimiento, reconocimiento e impugnación de la paternidad legal. Indique específicamente cómo se tiene en cuenta el interés superior del niño.*

**La determinación de la filiación** se regula en nuestro ordenamiento jurídico fundamentalmente en el código civil. En el ordenamiento jurídico español hay dos títulos que dan acceso a la determinación de la filiación: se puede ser padre por naturaleza (siendo la filiación matrimonial o extramatrimonial) o por adopción (artículo 108).

En su artículo artículo 113se establece que **“**La filiación se acredita por la inscripción en el Registro Civil, por el documento o sentencia que la determina legalmente, por la presunción de paternidad matrimonial y, a falta de los medios anteriores, por la posesión de estado”.

La posesión de estado es una institución tendente al reconocimiento y protección de los vínculos familares de facto, y se define como la “actuación ininterrumpida reveladora de la libre voluntad del progenitor consistente en prestar asistencia, cuidado y compañía a través de actos continuados y públicos de carácter personal” (Diccionario del español jurídico, Real Academia de la Lengua y CGPJ, disponible en <https://dej.rae.es/lema/posesión-de-estado>).

**Los procesos sobre filiación, maternidad y paternidad** se regulan en la ley de enjuiciamiento civil (artículos 764-768). Sobre ellos, el Tribunal Constitucional ha declarado, en Sentencia 75/2005, de 4 de abril, que, de acuerdo con la Convención de N.U sobre Derechos del Niño, en este tipo de procesos civiles se ofrezca realmente en ellos una amplia ocasión de alegaciones a quienes ostentan intereses legítimos en la decisión a tomar, así como para aportar documentos y todo tipo de justificaciones atendiendo a un menor rigor formal y a la exclusión de la preclusividad pues lo trascendental en ellos no es tanto su modo como su resultado".

1. *Especifique cómo se establece la paternidad en el contexto de los acuerdos de maternidad subrogada. Indique específicamente cómo se tiene en cuenta el interés superior del niño.*

Se entiende contestada en párrafos anteriores. En resumen:

En virtud de la LTRHA y de la doctrina del Tribunal Supremo, tales acuerdos son nulos en nuestro ordenamiento jurídico. La paternidad se establece en virtud de la existencia de un vínculo biológico con el progenitor varón del niño y, una vez garantizadas las condiciones de la renuncia de la filiación materna, se protegen los lazos familiares de facto favoreciendo la adopción por parte del cónyuge del padre biológico del niño.

No obstante, la DGRN ha abierto la posibilidad de validar directamente la certificación registral extranjera de nacimiento cuando se cumpla el requisito de la existencia de resolución de órgano judicial competente extranjero, con el consiguiente exequátur. Este no será preciso cuando se trate de procesos análogos a los de jurisdicción voluntaria de nuestro ordenamiento jurídico.

*Venta de niños*

1. *Sírvanse proporcionar información sobre las leyes que prohíben la venta y el tráfico de niños, así como sobre las medidas de aplicación correspondientes. Indique si esas salvaguardias generales contra la venta y el tráfico de niños se aplican en el contexto de los acuerdos de maternidad subrogada y cómo se aplican.*

Normas que prohíben la venta y tráfico de niños:

**Art. 177 bis del Código Penal, de la trata de seres humanos, introducido por la ley 5/2010**

**Art. 220-224 del Código Penal, De la suposición de parto y de la alteración de la paternidad, estado o condición del menor.**

En concreto, el artículo 221 tipifica la mera entrega del menor a terceros “con la finalidad de establecer una relación análoga a la de filiación”: “Los que, mediando compensación económica, entreguen a otra persona un hijo, descendiente o cualquier menor aunque no concurra relación de filiación o parentesco, eludiendo los procedimientos legales de la guarda, acogimiento o adopción, con la finalidad de establecer una relación análoga a la de filiación, serán castigados con las penas de prisión de uno a cinco años y de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de la patria potestad, tutela, curatela o guarda por tiempo de cuatro a 10 años.

2. Con la misma pena serán castigados la persona que lo reciba y el intermediario, aunque la entrega del menor se hubiese efectuado en país extranjero”.

Al ser los acuerdos de maternidad subrogada nulos en el ordenamiento jurídico español, no tiene cabida la exposición de cómo se aplica esta normativa a los acuerdos de subrogación.

No obstante, es preciso subrayar, desde el punto de vista de la validez de los acuerdos de subrogación comercial realizados fuera de nuestras fronteras, que es de aplicación en estos casos el **Protocolo de Palermo** (o Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres e hijos). el Protocolo define el concepto de “trata” sobre tres ejes: acto, medios y objetivo. Los tres son susceptibles de hacerse presentes en los acuerdos de maternidad subrogada con carácter comercial. El objetivo ha de ser la explotación y es el único elemento de la definición que puede suscitar dudas respecto a su aplicación a los niños, pues no puede considerarse explotación el cuidado que le brindará su futura familia. Sin embargo, como se ha mencionado, el Tribunal Supremo entiende que en esta práctica se produce una cosificación del niño, que se convierte en objeto de contrato y, por tanto, está siendo “vendido” a cierto precio, lo que se considera esclavitud en virtud del artículo 1 de la Convención de Naciones Unidas sobre Esclavitud, y, por tanto, una forma de explotación.

De hecho, algunos países signatarios del Protocolo incluyen ya la maternidad subrogada comercial como trata de personas (Tailandia, Azerbaiyán y Moldavia[[3]](#footnote-3)), y existen otros estudios estatales que apuntan en la misma dirección ( el realizado en Suecia “Distintas vías para la paternidad”, 2013), y el informe nacional holandés sobre tráfico de seres humanos realizado en 2012: “Tráfico de seres humanos con la finalidad de extracción de órganos y de subrogación comercial forzada”[[4]](#footnote-4).

1. *Describa las salvaguardias contra la venta de niños y el tráfico de niños creadas específicamente para los acuerdos de maternidad subrogada.*

No existen al ser tales acuerdos nulos en el ordenamiento jurídico español.

1. *Comentar la idoneidad de las actuales salvaguardias contra la venta y el tráfico de niños en el contexto de los acuerdos de maternidad subrogada.*

No son suficientes en el caso de los acuerdos celebrados en el extranjero. La introducción del criterio de “tutela por reconocimiento” por parte de la DGRN impide un estudio exahustivo de la realidad de los casos, estimando que la trata está excluida en aquellos casos en los que existe resolución judicial en el país de origen, lo que no representa una garantía de cumplimiento del Protocolo de Palermo (máxime si se interpreta como trata toda subrogación comercial).

1. *Mencione las situaciones y proporcione datos sobre los casos en los que la ausencia de salvaguardias haya permitido la violación de estas normas o las haya hecho peligrar indebidamente, en el contexto de los acuerdos de maternidad subrogada.*

No constan.

1. *Indique el número y los tipos de casos en que se hayan utilizado salvaguardias contra la venta de niños en causas penales en el contexto de los acuerdos de maternidad subrogada.*

Aún siendo tales acuerdos nulos, se ha registrado al menos un caso en los que los “comitentes” y la gestante han sido procesados por la comisión de varios delitos contra las relaciones familiares. Los hechos tuvieron lugar en la provincia de Cádiz en el año 2016. El 19 de octubre una joven de 19 años, madre de dos hijos dio a luz a una tercera. La madre dijo a los Servicios Sociales que la niña nació muerta, pero fue entregada a una pareja de varones con domicilio en Almería, tras un acuerdo de maternidad subrogada por el que cobró 10.000 euros. Los tres implicados Fueron procesados por el Juzgado de instrucción núm. 3 de Arcos de la Frontera como presuntos autores de un delito contra las relaciones familiares (https://www.ondacero.es/programas/julia-en-la-onda/audios-podcast/territorios/negro/operacion-princesita-el-precio-de-un-bebe\_20161212584edd7a0cf2554e8b46cab4.html).

*Datos*

1. *Indique si los acuerdos de maternidad subrogada son legales en su estado y, en caso afirmativo, cuántos ocurren cada año.*

No procede.

1. *Para los países en los que se permite la maternidad subrogada, por favor indique el número de casos, si los hubiere, de incumplimiento del contrato o en los que se haya negado la transferencia del niño.*

No procede.

1. *Indique si los intermediarios que facilitan los acuerdos de maternidad subrogada deben estar registrados y, de ser así, cuántos están registrados en su estado.*

No procede aunque es importante señalar que, aún siendo en España nulos tales acuerdos, operan en nuestro país numerosos intermediarios, registradas entendemos que en fraude de ley, pues la finalidad para la que operan es considerada en nuestro ordenamiento jurídico lesiva de la dignidad de las personas y contraria al orden público internacional.

Recientemente la empresa BioTexCom, con la que han contratado varios de los comitentes que se encuentran estos días en Ucrania a la espera de lo que ocurra con los bebés nacidos como consecuencia de los acuerdos de subrogración, ha sido procesada por iniciativa del fiscal general de Ucrania por los delitos de tráfico de personas, falsedad documental y fraude fiscal. Esta empresa tenía oficinas abiertas en Madrid y Barcelona. (<https://www.bebesymas.com/noticias/escandalo-biotexcom-clinica-maternidad-subrogada-ucraniana-investigada-posible-falsedad-documental-delito-fiscal-trafico-bebes>).

1. *En el caso de los países en los que la maternidad subrogada está prohibida, por favor indique el número de casos anuales en los que los nacionales hayan concertado un acuerdo de maternidad subrogada en el extranjero y hayan regresado a su país de origen con el niño nacido de un vientre alquilado.*

De acuerdo con los datos del Ministerio de Asuntos Exteriores, entre el año 2010 y 2016 se habrían registrado 979 nacimientos debidos a acuerdos de subrogación en las oficinas consulares españolas en un total de 12 países distintos (Canadá, Estados Unidos, Reino Unido, India, Nepal, México, Tailandia, Ucrania, Rusia, Grecia, Portugal y Sudáfrica). (Respuesta parlamentaria, recogida por el diario El País, 8 noviembre de 2017 <https://elpais.com/politica/2017/11/08/actualidad/1510169780_776827.html>).

De ellos, el 56% provendría de Estados Unidos (553 nacimientos) y el 24 % de Ucrania (231 nacimientos) (fuente: ¿Gestación subrogada o vientres de alquiler?, Informe disponible en <http://www.emakunde.euskadi.eus/contenidos/informacion/publicaciones_informes/es_emakunde/adjuntos/ges_sub_vie_alq_informe.pdf> ).

Sin embargo, las cifras que aportan Asociaciones de familias y agencias intermediarias son muy superiores, entre 800 y 1000 niños al año([https://elpais.com/ politica/2017/11/08/actualidad/1510169780\_776827.html](https://elpais.com/politica/2017/11/08/actualidad/1510169780_776827.html)) e incluso otras fuentes aseguran que se superan los 1000 niños anuales (información de El Mundo, <https://www.elmundo.es/sociedad/2017/03/05/58bbe43cca4741c1428b4579.html>).

1. *En relación con la pregunta anterior, por favor indique las circunstancias bajo las cuales las autoridades han permitido a sus nacionales volver a su país de origen con el niño nacido de un acuerdo de maternidad subrogada y, en caso afirmativo, por favor indique cuáles han sido esas circunstancias (por ejemplo, las órdenes domesticas de filiación, sentencias, decisiones sobre el interés superior del niño, etc.), y con qué frecuencia se han utilizado.*

Desde la entrada en vigor de la Instrucción de 5 de octubre de 2010 y con el breve lapsus de dos días de vigencia de la Instrucción de 14 de febrero de 2019, el régimen en virtud del cual se ha permitido regularizar la situación de los niños nacidos como consecuencia de estos acuerdos es el establecido en dicha normativa (sentencia judicial + exequátur). Para todos los niños con independencia de su origen está siempre abierta la posibilidad de determinación de la paternidad biológica y adopción “express” por parte del cónyuge del padre (artículo 10.3 LTRHA + 176 Código Civil).

Tras la nueva Instrucción, de 19 de febrero de 2019, “las solicitudes de inscripción en el Registro Civil consular de la filiación de menores nacidos con posterioridad al 21 de febrero de 2019, 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](https://www.iberley.es/legislacion/decreto-14-nov-1958-reglamento-ley-registro-civil-3285939?ancla=220947#ancla_220947) del [Reglamento del Registro Civil](https://www.iberley.es/legislacion/decreto-14-nov-1958-reglamento-ley-registro-civil-3285939).

- 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”.

1. *Por último, en el mismo contexto, por favor indique cuántos casos han dado lugar al no reconocimiento de las órdenes de filiación establecidas en el estado en que se produjo el acuerdo de maternidad subrogada.*

El reconocimiento de la orden de filiación establecidas en el estado en que se produjo el acuerdo de maternidad subrogada se ha denegado por el Tribunal Supremo en el caso de los menores inscritos de acuerdo con la Instrucción de la DGRN de 2009.

En cuanto al caso de las parejas que esperan en Kiev a la solicitud de inscripción de los niños nacidos como consecuencia de estos acuerdos en el Registro Consultar, es preciso poner de manifiesto que el Ministerio de Asuntos Exteriores llevaba tiempo recomendado eludir Ucrania como destino para la realización de acuerdos de subrogación, y publicó una comunicación exponiendo las razones por las que se analizará caso por caso cada solicitud, entre las que destaca la sospecha de tráfico de niños (<http://www.exteriores.gob.es/Portal/es/SalaDePrensa/Comunicados/Paginas/2018_COMUNICADOS/20180829_COMU114.aspx>, documento en anexo).

Más tarde, la Instrucción de la DGRN de 14 de febrero de 2019, al permitir el registro consular en virtud de la prueba de ADN de uno de los comitentes que acreditara la relación biológica con el niño nacido como consecuencia de los acuerdos de subrogación, parecía dar una salida a esta situación.

Se inscribieron 39 recién nacidos, según fuentes periodísticas. <https://www.cuatro.com/cuatroaldia/sociedad/gestacion-subrogada-caducan-visados-familias-ucrania_18_2757570025.html>

Sin embargo, pocos días después de su entrada en vigor fue derogada por otra Instrucción de la DGRN, de 19 de febrero y publicada en el BOE el 21 de febrero, de acuerdo con la cual, vuelve a ser requisito imprescindible para el acceso al registro consular la sentencia emitida por órgano jurisdiccional competente del país donde se haya celebrado el acuerdo de subrogación. El ordenamiento jurídico ucraniano no contempla esta posibilidad, por lo que los niños deberán obtener el pasaporte español y, una vez en España, la determinación de su filiación se realizará conforme a las normas descritas anteriormente.

El problema radica en que durante el tiempo preciso para la expedición del pasaporte caducan los visados de los comitentes y deberán regresar a España sin poder llevar consigo a los recién nacidos. <https://www.cuatro.com/cuatroaldia/sociedad/gestacion-subrogada-caducan-visados-familias-ucrania_18_2757570025.html>

1. En aquel momento vigente la siguiente regulación: El artículo 23.2 de la Ley de 8 de junio de 1957 sobre el Registro Civil, establece que las inscripciones podrán practicarse “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”. Esta regulación sobre el carácter de títulos inscribibles de las certificaciones de asientos de Registros civiles extranjeros se complementa en los artículos 81 y 85 del Reglamento de la citada Ley, aprobado por Decreto de 14 de noviembre de 1958. Según el primero de ellos, también es título para inscribir el hecho de que da fe “el documento auténtico extranjero, con fuerza en España de acuerdo a las leyes y tratados internacionales”.

   Y según el artículo 85.1 del Reglamento, “Para practicar inscripciones sin expediente en virtud de certificación de Registro extranjero, se requiere que éste sea regular y auténtico, de modo que el asiento de que se certifica, en cuanto a los hechos de que da fe, tenga garantías análogas a las exigidas para la inscripción por la Ley española”. [↑](#footnote-ref-1)
2. “las normas que regulan los aspectos fundamentales de la familia y, dentro de ella, de las relaciones paterno-filiales, tienen anclaje en diversos preceptos constitucionales del Título I dedicado a los derechos y deberes fundamentales: derecho al libre desarrollo de la personalidad, entendido como la autonomía de la persona para elegir libre y responsablemente, entre las diversas opciones vitales, la que sea más acorde con sus preferencias (art. 10.1 de la Constitución), derecho a contraer matrimonio (art. 32), derecho a la intimidad familiar (art. 18.1), protección de la familia, protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación, y de las madres, cualquiera que sea su estado civil (art. 39).

   También forma parte de este orden público la protección de la infancia, que ha de gozar de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos ( art. 39.4 de la Constitución ).

   Asimismo, el derecho a la integridad física y moral de las personas tiene reconocimiento constitucional (art. 15), y el respeto a su dignidad constituye uno de los fundamentos constitucionales del orden político y de la paz social (art., 10.1 de la Constitución).

   Por tanto, todos estos derechos fundamentales y principios constitucionales recogidos en el Título I de la Constitución integran ese orden público que actúa como límite al reconocimiento de decisiones de autoridades extranjeras (STC núm. 54/1989, de 23 de febrero, FJ 4o) y, en definitiva, a la posibilidad de que los ciudadanos opten por las respuestas jurídicas diferentes que los diversos ordenamientos jurídicos dan a una misma cuestión." (STS 6 febrero 2014). [↑](#footnote-ref-2)
3. Vid. QUINECHE VALDEZ, Ana Isabel, “Surrogacy, a new face of Human Trafficking?”, p. 26 y ss, adjunto. [↑](#footnote-ref-3)
4. Ibid., p. 27. [↑](#footnote-ref-4)