

El limbo jurídico de los bebés nacidos por sustitución en Ucrania



Ricardo De Lorenzo, presidente del bufete De Lorenzo Abogados

Miércoles, 12 de septiembre de 2018, a las 21:10

Reiteradamente y a través de esta misma columna he afirmado que el progreso humano y el grado de civilización, debe medirse por el respeto, la valoración y la protección de los más débiles y desfavorecidos especialmente **los niños**.

Los recientes acontecimientos acaecidos en **Ucrania**, país convertido en los últimos años en uno de los principales destinos para las familias que buscan la paternidad mediante la Gestación por Sustitución, y en concreto la situación en la que se encuentran más de una treintena de familias españolas en Kiev, por la paralización administrativa en el **consulado español de la inscripción de los bebés nacidos por este sistema, ha activado nuevamente el debate sobre la gestación por sustitución en España**, y al tiempo plantearnos el marco de derechos y deberes, que en el estado actual de la cuestión, debería tratarse desde la protección de los más vulnerables como deben ser los niños en este caso.

En España los contratos de gestación por sustitución, se consideran nulos de pleno derecho, ya sean éstos gratuitos u onerosos, conforme el artículo 10 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida y por tanto no producen ningún efecto, habiendo sido necesarias dictar la Resolución, de 18 de febrero de 2009, y una posterior Instrucción, de 5 de octubre de 2010 -ambas dictadas por la Dirección

General de los Registros y del Notariado-, ratificadas posteriormente por una Circular de 11 de julio de 2014, de la propia **Dirección General, dirigida a los Encargados de los Registros Civiles Consulares, como consecuencia esta última circular, de la sentencia de 26 de junio de 2014, dictada en los asuntos 65192/11 (Menesson c/ Francia) y 65941/11 (Labassee c/ Francia)**, en la que declara que se viola el art. 8 del Convenio Europeo de los Derechos Humanos el no reconocer la relación de filiación entre los niños nacidos mediante “vientre de alquiler” y los progenitores que han acudido a este método reproductivo, apelando al “interés superior del menor”.

Esta Sentencia ha creado precedente para toda la Unión Europea, por lo que el **Ministerio de Justicia** ordenó en el mes de julio de 2014, la instrucción citada a los Consulados españoles para que efectuaran la inscripción de los niños nacidos por gestación por sustitución fuera de España, en países cuyos ordenamientos jurídicos viene reconocida como lícita. Instrucción en un intento de proporcionar una seguridad jurídica al régimen jurídico de la filiación de estos niños en España, cuando esta hubiera quedado acreditada por autoridades de otros países, y que a la vista de la situación que hemos conocido en Kiev, no se ha conseguido, dados los numerosos límites operativos y requerimientos de su contenido, que ni tienen en cuenta la realidad de las normas vigentes de Derecho internacional privado español, ni consiguen descargar una burocratización creada de modo artificial e innecesaria, para que aquellas filiaciones ya acreditadas en país extranjero puedan acceder a nuestro Registro Civil.

Es cierto que las actuaciones contrarias a Derecho de quienes han propiciado su existencia en origen, obteniendo un resultado, que es el hijo, mediante el procedimiento de contratar a una mujer para que gaste un embrión y se lo entregue al nacer, parten precisamente de su ilicitud en nuestro país y en lógica el Estado debe reprimir la culminación de ese intento de fraude denegando la inscripción de la filiación en el Registro Civil. Pero también es cierto que el escenario singular de una nueva vida humana, conlleva la presencia de unos intereses que deben ser protegidos de forma preferente por el Derecho, así como también el núcleo social formado por los padres comitentes españoles y los menores nacidos en el

extranjero que constituyen una "familia" y así debe ser calificado. **Familia que merece una protección igualmente por parte del sistema jurídico español**, pues así lo indica el art.39 de nuestra Constitución declarando la obligación de los poderes públicos de asegurar la protección social, económica y jurídica de la familia y, en especial, de los menores de edad, en sintonía con el actual marco internacional.

Pero mientras el debate de la regulación de la gestación por sustitución se siga basando exclusivamente en deseos de las parejas estériles de que se eliminen las restricciones actuales en nuestro País, sin contemplarse la creación de un marco regulatorio internacional común, con un previo y profundo debate continental, entre todas las partes implicadas y especialmente los juristas que, desde diversas disciplinas, habrían de sentirse interpelados por el sentido y el alcance de una legislación, cuyo objeto afecta de modo radical a la dignidad de la persona, a derechos inviolables que le son inherentes, y que afecta a todos los sistemas jurídicos occidentales en los que **tradicionalmente se ha entendido que no pueden ser objeto de comercio, frente a la libre disposición de los objetos, las personas, incluyendo el cuerpo humano, sus órganos y funciones más esenciales, no avanzaremos.**

Y buena prueba de ello es que no hay un pronunciamiento judicial global y unificado, de hecho dentro de nuestro continente, y que la gran mayoría de los países prohíben la **maternidad subrogada** y contemplan la nulidad de los acuerdos de gestación por sustitución, lo que demuestra lo complejo y su dificultad para legislar este asunto y, por supuesto, lo complicado que es relacionarlo con el ordenamiento jurídico, así como con la protección del menor y el orden público.

El ejemplo lo tenemos en que el único pronunciamiento expreso existente desde el Parlamento Europeo ha sido el efectuado en el año 2015, en el marco del Informe anual sobre Derechos Humanos y Democracia en el Mundo (2014) y en concreto en el punto 115 del apartado dedicado al derecho de las mujeres y de las niñas estableciendo el principio, de **"condena la práctica de la gestación por sustitución, que es contraria a la dignidad humana de la mujer, ya que su cuerpo y sus**

funciones reproductivas se utilizan como una materia prima; estima que debe prohibirse esta práctica, que implica la explotación de las funciones reproductivas y la utilización del cuerpo con fines financieros o de otro tipo, en particular en el caso de las mujeres vulnerables en los países en desarrollo, y pide que se examine con carácter de urgencia en el marco de los instrumentos de derechos humanos”, lo que conlleva la prohibición del tráfico de niños.

Pero como decía, mientras el debate no se centre en los límites de la libertad de los individuos para establecer contratos en mutuo provecho, sin tener en cuenta la protección del menor y el orden público, con respecto a los hijos, la legalización de la gestación por sustitución seguirá **mercantilizando la filiación**, ya que ésta dependerá, en última instancia, de una transacción económica y los niños seguirán quedando en una posición muy vulnerable, dado que su situación dependerá de las cláusulas establecidas en dicho contrato, lo cual no asegura, en absoluto, la protección de sus intereses y derechos.

En el espacio español, aparte del Art. 39 de la Constitución citado, el principio de prevalencia del “interés superior del menor”, se plasma en dos leyes la 26/2015, de 28 de julio, y la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, ambas de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, que han transformado el sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, convirtiéndose así España en el primer país en incorporar la defensa del interés superior del menor como principio interpretativo, derecho sustantivo y norma de procedimiento, innovando así la **Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor, el Código Civil, la Ley de Adopción Internacional, la Ley de Enjuiciamiento Civil, y la Integral de Medidas contra la Violencia de Género**. Nuevo marco de derechos y deberes de los menores, que parece no tenerse muy en cuenta en todos aquellos casos de Gestación por Sustitución, para la protección de los más vulnerables como deben ser los niños.

La única sentencia dictada por nuestro **Tribunal Supremo** hasta ahora, sobre un caso de gestión por sustitución internacional es de 6 de febrero de 2014, **dictada por la Sala Primera del Tribunal Supremo, en Pleno**

Jurisdiccional, conociendo de un recurso de casación en materia de impugnación de una resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado sobre la filiación de dos niños nacidos en California como consecuencia de un contrato de alquiler.

La sentencia de la Sala, cuyo ponente fue el Magistrado Sarazá Jimena, desestimó el recurso con una mayoría de 5 votos frente a 4, que suscribieron un voto particular formulado por el Magistrado Seijas Quintana, al que se adhirieron los Magistrados Ferrándiz Gabriel, Arroyo Fiestas y Sastre Papiol, no denegando la inscripción de los niños en el Registro Civil español, pero sí la constancia de su filiación por no ser procedente en el sentido que habían interesado los padres de su constancia como hijos suyos. La sentencia centra la cuestión en si es posible el reconocimiento por el Registro Civil español de inscripciones de nacimiento extranjeras realizadas por organismos equivalentes al Registro Civil español.

Argumenta la sentencia que la normativa del Registro Civil regula esta cuestión exigiendo que en el Registro extranjero existan garantías análogas a las establecidas en España y que no haya duda de la realidad del hecho inscrito y de su legalidad conforme a la ley española, concluyendo que corresponde al legislador garantizar los derechos de todas las partes. **La Sala rechaza la inscripción en el Registro Civil español del acta registral expedida por el Registro Civil norteamericano en la que consta el nacimiento en California de los dos menores tras el contrato de gestación por sustitución entre los dos varones comitentes españoles y una mujer norteamericana**, entendiendo que, en estos casos, se vulnera el orden público internacional español, mecanismo que debe activarse para salvaguardar la dignidad de la mujer y para impedir el comercio de menores.

Tras esta Sentencia el Ministerio de Justicia se comprometió a llevar a cabo una reforma legislativa de esta materia que diera seguridad jurídica a todas las partes implicadas, lo que hasta hoy, no se ha llevado a cabo, manteniéndose las dos posiciones encontradas como son la de la Fiscalía que siguiendo el criterio establecido en la Sentencia citada y el Auto

dictado posteriormente de 2 de febrero de 2015, que se opone a la inscripción de nacimiento y filiación por estimar que el contrato por el que se acuerda la gestación por sustitución es contrario al orden público internacional español, de acuerdo con lo establecido en el artículo 10 de la Ley 14/2006 de 26 de mayo. Y por el contrario, **la Dirección General de los Registros y del Notariado, que en las Resoluciones de 29 de diciembre de 2014 (51.ª) y 16 de enero de 2015 (2.ª), acuerda que se practique la inscripción de nacimiento de los nacidos mediante gestación por sustitución.** En estas Resoluciones, de fecha posterior a la Sentencia y Auto del Tribunal Supremo, la Dirección General no hace ninguna referencia al criterio jurisprudencial establecido en esta materia y aplica su Instrucción de 5 de octubre de 2010, por la que se fijan los criterios a seguir para la inscripción registral de los menores nacidos mediante gestación por sustitución, que entiende vigente en el ordenamiento jurídico español, y que a ella se deben acoger los encargados de los Registros civiles y consulares para proceder a la inscripción de los niños nacidos a través de un contrato de este tipo.

La solución dada por la Sentencia del Supremo de 6 febrero de 2014, en la que se establece el rechazo en España de la filiación acreditada en el extranjero tras una gestación por sustitución, es una solución que no encaja con el interés superior del menor. El procedimiento propuesto por el Tribunal Supremo, consistente en dejar al menor sin padres y proponer una adopción o acogimiento familiar del niño es una solución, que contraría frontalmente al interés del menor, art. 3 de la Convención de los Derechos del Niño de 1989, y a los derechos del mismo recogidos en el art. 8.1 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las libertades fundamentales, y que cuanto menos, no deja de ser irregular, pues al margen del rechazo que pueda generarnos la maternidad subrogada como consecuencia de que ni las mujeres ni los niños pueden ser objeto de tráfico mercantil, también es evidente que el **interés superior del menor queda afectado gravemente** al dejar a estos niños en un limbo jurídico incierto, en cuanto a la solución de conflictos como el que comentamos y a la respuesta que pueda darse mientras pasa el tiempo, vayan creciendo y creándose vínculos afectivos y familiares irreversibles.

La Proposición de Ley reguladora del derecho a la gestación por subrogación, presentada por el Grupo Parlamentario Ciudadanos, contempla básicamente, que deberá ser "altruista", que se exigirá como requisitos que las gestantes sean mujeres mayores de 25 años, españolas o residentes legales en nuestro país, que tengan una situación económica y social estables y que ya hayan tenido al menos un hijo con anterioridad. Y también para los subrogantes la propuesta impone una serie de limitaciones, tales como tener entre 35 y 45 años, ser español o residente en España, **en el caso de parejas deben estar casadas o tener una relación reconocida por la Ley y, además, el progenitor o progenitores tienen que haber agotado o ser incompatibles con las técnicas de reproducción asistida.**

Pero ignora qué sucede con la filiación de los así gestados y nacidos en el extranjero antes de la entrada en vigor de esta normativa. No contiene disposiciones transitorias ni adicionales sobre la materia. Tan solo propone la derogación del citado artículo 10 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida, pero no la retrotrae en el tiempo para convalidar todas las filiaciones surgidas de estas técnicas, ni siquiera las inscritas al abrigo de la Instrucción y circular de la **Dirección General de los Registros y del Notariado.**

Por todo ello, ciertamente, el deseo de las parejas estériles debe ser escuchado por la sociedad y si es posible unificarse, mediante un marco regulatorio internacional común, pero haciendo míos los argumentos del voto discrepante planteado en la Sentencia del Tribunal Supremo del 6 de febrero de 2014, en el sentido de que el interés del menor es superior y también forma parte del orden público, y por lo tanto debe ser protegido antes y después de la gestación, **y ante un hecho consumado como la existencia de menores en una familia que actúa socialmente como tal, y que ha actuado legalmente conforme a la normativa extranjera,** aplicar la normativa interna como cuestión de orden público, perjudica a los niños, abocándoseles a situaciones de desamparo, al privárseles de identidad y de núcleo familiar, contrariando la normativa internacional.

Razón por la que en mi opinión lo que debe tener en estos momentos

prioridad, es la regulación del régimen jurídico de la filiación entre los niños nacidos mediante “**Gestación por sustitución**” y los **progenitores**.

MÁS ARTÍCULOS DE RICARDO DE LORENZO

[Propiedad de las historias clínicas \(el 27 de junio de 2018\)](#)

[Muerte digna o muerte indigna \(el 15 de mayo de 2018\)](#)

[El caso de Alfie Evans. ¿Qué ocurriría si fuera en España? \(el 02 de mayo de 2018\)](#)

[Colegios Profesionales y Ley de Transparencia \(el 05 de abril de 2018\)](#)

[Las guardias localizadas: “Tiempo de trabajo” \(el 26 de febrero de 2018\)](#)

[Ley reguladora de los derechos de la persona ante el final de la vida \(el 08 de enero de 2018\)](#)

[Colegiación obligatoria, garantía de seguridad del paciente \(el 11 de diciembre de 2017\)](#)

[Novedades para los médicos y dentistas autónomos parte II \(el 27 de noviembre de 2017\)](#)

[Nueva Ley de Autónomos con novedades para los sanitarios \(el 29 de octubre de 2017\)](#)

[La visión penal de los accesos indebidos a la historia clínica \(el 09 de octubre de 2017\)](#)