

LOS PADRES COMITENTES TIENEN DERECHO A INSCRIBIR EL NACIMIENTO DE SU HIJO POR SUBROGACIÓN EN EL LUGAR DE SU DOMICILIO

Comentario a la sentencia número 1141/2024 de 17 de septiembre dictada por el
Tribunal Supremo español (Sala Civil)

Fecha: 28 de octubre de 2024

Autora: Flora Calvo Babío (España)

I LA SENTENCIA

1.-Antecedentes

El Tribunal Supremo estima un recurso de casación interpuesto por los padres de un menor nacido en Kiev (Ucrania) por gestación por subrogación. Se recurre la decisión de la Audiencia Provincial por la que se deniega a los padres comitentes (supuestamente padre biológico y madre adoptiva) indicar en la inscripción del menor en el Registro del domicilio de ambos que el lugar de nacimiento del menor era aquel y no un país extranjero.

Los hechos son los siguientes. Se filia en Ucrania por parte del padre comitente como biológico el hijo nacido en Kiev mediante gestación subrogada. Como madre se inscribió allí a la madre gestante que renuncia a la patria potestad a favor de la madre comitente. Una vez en España, se tramita el correspondiente expediente de adopción a favor de la madre comitente, siendo esta adopción nacional (adopción del hijo del cónyuge).

La adopción se inscribe en el Registro Civil Central. Los padres (padre biológico y madre de adopción) comparecen ante el Registro Civil de su domicilio y solicitan que se haga constar como lugar de nacimiento del menor el del domicilio de los padres, trasladando la inscripción al Registro correspondiente a dicho domicilio. El Registro Civil accedió al traslado de la inscripción de nacimiento, pero denegó la modificación de la mención del lugar de nacimiento del menor, que se seguía indicando como Kiev.

Recurrida esta decisión fue confirmada por la resolución de fecha 21 de febrero de 2022 de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública (DGSJFP), en la que se indica que la posibilidad regulada en España de modificar el lugar de nacimiento del adoptado por el del domicilio de los padres adoptantes queda circunscrita a las adopciones internacionales, pero no es aplicable a las adopciones nacionales como en este caso que se realizó en nuestro país por parte de la madre comitente.

Cerrada la vía administrativa, los padres formularon una demanda ante la jurisdicción civil competente en la que recurrieron dicha decisión administrativa. La demanda fue desestimada en primera instancia que indica:

“(...) no puede considerarse que exista semejanza entre la adopción internacional, regulada por la Ley 54/2.007, de 28 de diciembre, y la técnica de gestación por

sustitución, que no es que no esté regulada en España, sino que está expresamente prohibida por el artículo 10 de la Ley sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida.
(...)

Una vez establecidas así las relaciones de filiación, el acceso al Registro Civil debe hacerse conforme a la legislación vigente, sin que resulte de aplicación en este caso la posibilidad de modificación del lugar de nacimiento del menor prevista exclusivamente para las adopciones internacionales, y que al ser objeto de interpretación restrictiva, al suponer una excepción al principio de la fe pública registral.”

Recurrida esta sentencia de primera instancia en apelación, la Audiencia Provincial, confirma la sentencia con los siguientes argumentos:

“(…) cuando se regula el contrato de gestación subrogada declarándolo nulo, la consecuencia lógica es que la filiación mediante gestación subrogada está prohibida por la ley y no puede tener ningún efecto en España, ni tampoco en otro país en el que no esté prohibido, pues para ello resulta un impedimento el concepto de orden público, pues al intentar solicitar el reconocimiento de eficacia de la institución podría llegar a efectuarse por ser contrario al orden público de nuestro ordenamiento jurídico.

(...)

Por lo tanto, resulta claro que la posibilidad de modificar el lugar de nacimiento del adoptado por el domicilio de los padres adoptantes, queda circunscrito a los supuestos de adopciones internacionales”.

2.-Recurso de casación

Los interesados recurrieron en casación por dos motivos:

- Primer motivo: infracción de Ley por no realizar una aplicación analógica de las normas que permiten modificar la mención del lugar de nacimiento en la inscripción de nacimiento en el Registro Civil en casos de menores nacidos en el extranjero, y que posteriormente sean adoptados en territorio español, pues concurren los requisitos de identidad de hecho y de derecho.

- Segundo motivo: vulneración del derecho del menor a la intimidad personal y familiar y el libre desarrollo de su personalidad, así como el derecho al honor según se recoge en el art. 18 CE en relación con el art. 21 del Reglamento del Registro Civil. Argumentan que la sola mención del lugar de nacimiento en Ucrania puede suponer un menoscabo de la intimidad personal y familiar, así como atentar contra el libre desarrollo de la personalidad del menor y su derecho al honor, invocando para ello la sentencia del Tribunal Constitucional 134/1999, de 15 de julio.

3.-Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de septiembre de 2024.

El Tribunal Supremo estimó el recurso de casación de los padres por las siguientes razones:

-El hecho de que el nacimiento del menor se haya producido por gestación subrogada no tiene en el caso de este recurso la trascendencia que las sentencias de instancia le atribuyen.

-La filiación del menor no ha sido fijada con base en el contrato de gestación subrogada (que el Tribunal Supremo admite que existe), porque la filiación paterna se basa en vínculo biológico y la materna deriva de la adopción. Con este argumento queda eliminado el problema de posible vulneración del orden público, puesto que, aunque en el origen haya habido una gestación subrogada, el vínculo biológico de la paternidad y la adopción materna posterior llevan al Alto Tribunal a considerar que estamos ante una situación distinta a la prohibición del artículo 10 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida.

-No existe regulación en estos casos sobre la inscripción de este tipo de nacimientos, por lo que se debe recurrir a la doctrina del Tribunal Supremo sobre la analogía quien condiciona la aplicación del método analógico a la existencia de una verdadera laguna legal y a la similitud jurídica esencial entre el caso que se pretende resolver y el ya regulado, debiendo acudir para resolver el problema al fundamento de la norma y al de los supuestos configurados.

-Las circunstancias relevantes de este caso son que la filiación materna es adoptiva y que el hecho de que en el Registro Civil conste como lugar de nacimiento -un lugar remoto en el extranjero- con el que los progenitores no tienen vinculación, pone de manifiesto que la filiación materna no es biológica y que, muy posiblemente el hijo nació de gestación subrogada.

Teniendo en cuenta estas consideraciones, y pensando en el interés superior del niño, el Tribunal Supremo ha considerado aplicables por analogía los preceptos de la Ley del Registro Civil vigente en aquel momento que permitían, en el caso de la adopción internacional, el cambio de la mención del lugar de nacimiento del menor en un país extranjero por el del domicilio de los padres adoptivos. Se indica en este supuesto que concurren los requisitos del art. 4.1 del Código Civil para aplicar analógicamente la previsión contenida en los arts. 16.2 y 20.1.º de dicha Ley de Registro Civil (la designación del domicilio del adoptante o adoptantes como lugar de nacimiento del menor adoptado en la inscripción de nacimiento del menor) a un supuesto en el que, aunque la adopción no es internacional, también el lugar de nacimiento del menor, en un país remoto (Ucrania) con el que los padres carecen de relación, denotaría el carácter adoptivo de la filiación y las circunstancias del origen del menor.

Se considera por el Tribunal que esta aplicación analógica es acorde con el contenido del art. 18.1.º de la Constitución, en tanto que permite: la efectividad del derecho a la intimidad personal y familiar del menor (en cuyo ámbito de protección se encuentran la filiación y los datos que denotan su origen); la no discriminación del menor por razón de

su nacimiento (art. 14 de la Constitución española); la protección de los hijos con independencia de su filiación (art 39.2 de la Constitución española). Así se entiende que si consta el nacimiento de ese menor en un país extranjero sin vinculación con los padres y dicho lugar de origen aparece en los documentos oficiales (DNI, pasaporte etc.), se estaría vulnerando el derecho a la intimidad del menor, haciendo sospechar que no es hijo biológico de sus padres y que puede haber sido engendrado por gestación subrogada.

II COMENTARIO A LA SENTENCIA.

1.-Regulación de la gestación por sustitución en España.

Para poder comprender el significado de esta sentencia es preciso analizar la regulación en España de la maternidad subrogada y el tratamiento que se da en nuestro país de las subrogaciones que se llevan a cabo en el extranjero por parte de residentes en nuestro país.

El artículo 10 de la Ley de reproducción humana asistida (LRHA) indica:

Artículo 10. Gestación por sustitución.

- 1. 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.*
- 2. La filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto.*
- 3. Queda a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales.*

Es decir, en España no se permite ningún tipo de contrato de gestación por sustitución ya medie precio o no, aunque se permite la reclamación de filiación por parte del padre biológico, entonces ¿qué ocurre cuando residentes en España viajan al extranjero para proporcionarse un hijo mediante gestación subrogada en un país en el que esta práctica es legal?

2.-Actuación del Registro Civil y la DGSJFP

Es preciso distinguir en este aspecto la actuación de nuestros órganos registrales y, en concreto la de la DGSJFP. En lo que se refiere a ésta, La DGSJFP no ha mantenido una línea coherente respecto de la inscripción en el Registro Civil (Registros Consulares) de los nacimientos en los que se ha concertado un contrato de gestación por sustitución. Después de una etapa algo más permisiva, se publica Instrucción de 18 de febrero de 2019, en la que se define gestación por sustitución como un fenómeno en el que se produce una grave vulneración de los derechos de los menores y de las madres gestantes. Se indica que el interés preferente de los primeros debe quedar en todo caso salvaguardado, y a la vez la actuación de los poderes públicos debe garantizar a la mujer una adecuada protección contra el peligro de abusos de situaciones de vulnerabilidad que es de todo punto inaceptable. Se indica además que resulta además claro que la

lucrativa actividad de las agencias mediadoras que operan en este terreno no puede considerarse ajustada a derecho, y que en tanto no se disponga de ese claro marco internacional, y sin perjuicio de la adopción de las medidas oportunas y más contundentes para atajar esta práctica en España, se debe tratar el fenómeno con el necesario rigor.

En el marco de esta instrucción no se aceptaba, cuando en los casos en los que los interesados solicitan que una vez que consta la paternidad biológica y después se ha realizado la adopción por la madre comitente, se practique una nueva inscripción con el resultado final de la filiación sin que conste ya dato alguno, ni referente a la adopción, ni al origen de la filiación en una gestación subrogada. Tal nueva inscripción se permite por el Registro en las adopciones internacionales, pero no en las nacionales que “regularizan” una gestación por subrogación.

3.-Doctrina del Tribunal Supremo

El Tribunal Supremo desde la Sentencia de 6 de febrero de 2014, su Auto aclaratorio posterior de 2 de febrero de 2015, ha mantenido la siguiente postura: la gestación subrogada o por sustitución está claramente prohibida por el Ordenamiento español (materia de orden público), de tal manera que no es posible en ningún caso la inscripción directa de la misma. Únicamente será posible hacer constar en la inscripción de nacimiento la paternidad biológica (si la misma fue acreditada) junto con la maternidad de la mujer gestante. En un momento posterior podrá tramitarse un expediente de adopción por la madre no gestante. Es decir, se ofrece una vía de escape a aquellos residentes en España para que puedan regularizar una actividad prohibida de plano en nuestro ordenamiento que se realizó en el extranjero.

En la sentencia citada -que se refería a la filiación por parte de un matrimonio de dos varones de dos niños gestados por maternidad subrogada en San Diego California- se anulaba la filiación española de ambos menores acordada en el Registro Civil español, se dejaba vigente la filiación americana con respecto a los padres comitentes de dichas filiaciones (menos mal, porque de la madre gestante hacía años que había desaparecido de la vida de estos niños), y se les instaba a que se hiciesen la prueba de ADN para averiguar quién era el padre biológico de cada menor y así permitir que el otro adoptase al hijo del cónyuge (cada uno a uno). Esta decisión que se adoptó cuando los menores tenían ya 8 años - y no conocían a más padres que a los comitentes- jamás se ejecutó (de nuevo menos mal porque, ¿qué hubiese ocurrido si se comprobase que ninguno de los padres comitentes era el biológico, o que sólo uno lo era?), pero sirvió de precedente para los supuestos futuros como el que nos ocupa en esta sentencia.

Nuestro legislador hace gala de una resistencia numantina a la hora de regular en España la maternidad subrogada, e impide por un lado que se constituya en España, pero a su vez da entrada a que el Tribunal Supremo regule los requisitos para que las constituidas en el extranjero puedan tener eficacia, aunque no directamente, en nuestro país.

Posteriormente a la Sentencia de 2014 se dicta la STS de 31 de marzo de 2022, en ella se integra en esta regulación casuística la doctrina del TEDH y se flexibilizan los requisitos

de “regularización” de las subrogadas realizadas en el extranjero, que se permitirá en virtud del respeto del principio del interés superior de menor, de modo que ya no hagan falta los lazos biológicos y sólo tenga importancia la existencia de una vida familiar *de facto* para la determinación de su filiación. Igualmente, en esta sentencia se indica que debe facilitarse la integración en la familia mediante la adopción del otro progenitor comitente.

Así que ya tenemos regulación de facto de algo que ocurre en el extranjero, que es nulo de pleno derecho cuando se hace en España, y que es políticamente incorrecto regular, a pesar de que sea imposible evitar que ocurra. Naturalmente, llegados a este punto, ¿cómo se va a impedir que un menor nacido por gestación subrogada pueda ser inscrito en el Registro Civil, ocultando su nacimiento en el extranjero, como si se hubiese traído a España a través de una adopción internacional?

Ya se ha hecho lo más difícil, convalidar una subrogación constituida legalmente en el extranjero pero que es ilegal en España. Si se permite, además, que la filiación y posterior adopción se inscriban normalmente en España y se traslade la inscripción del Registro Civil Central al Registro civil del domicilio de los padres comitentes, ¿por qué no permitir que conste ese domicilio como lugar de nacimiento del menor? Desde luego el Tribunal Supremo con esta sentencia de 17 de septiembre de 2024 actúa en pura lógica, el respeto al interés superior del niño obliga a que por analogía “se haga bien el trabajo”, y no se discrimine al menor que haya llegado a España por esta vía con respecto a un menor que haya llegado a través de una adopción internacional.