

TRABAJO FIN DE MASTER.

DIMENSIÓN CONSULAR DE LA GESTACIÓN POR
SUSTITUCIÓN EN DERECHO INTERNACIONAL
PRIVADO.

Autor: Luis Pertusa Rodríguez.

Tutora: Dña. Marina Vargas Gómez-Urrutia

INDICE

1. Introducción.	4
2. Debate sociopolítico sobre la gestación subrogada en España. Propuestas parlamentarias e Informe del Comité de Bioética.	8
3. El ordenamiento jurídico español ante la gestación por sustitución.	
Perspectivas de futuro cercanas y posible convenio internacional.	15
3.1 Convenios Internacionales. El principio del Interés superior del menor.	15
3.2 El artículo 10 de la Ley 14/2006. La nulidad de la gestación por sustitución en España.	19
3.3 Reconocimiento en España de decisiones judiciales y documentos públicos extranjeros.	23
3.4 Resolución de la DGRN de 18 de febrero de 2009 e Instrucción de 5 de octubre de 2010.	27
3.5 Ley 20/2011 de Registro Civil. ¿Hacia una regulación de la gestación por sustitución con una norma con rango de Ley?	31
3.6 Trabajos de la Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado.	36
4. Reacciones jurisprudenciales a nivel internacional y nacional.	40
4.1 Pronunciamientos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Caso Paradiso y Campanelli contra Italia Sentencia de la Gran Sala del TEDH de 24 de enero de 2017.	41
4.2 Pronunciamientos del Tribunal Supremo.....	46
5. Inscripción de la filiación mediante gestación por sustitución en el registro civil consular español. Función calificadora del Cónsul. Recomendaciones y casos concretos de inscripción.	50
5.1 Función consular en materia de registro civil.....	50
5.2 Inscripción de la filiación mediante gestación por sustitución en el Registro Civil consular. Función calificadora del Cónsul de acuerdo con la Instrucción de 5 de octubre de 2010. ¿Cómo se materializa?	54
5.3 Inscripción de la filiación mediante gestación por sustitución en el Registro Civil consular cuando no hay sentencia judicial. ¿Qué ocurre?	62
5.4 Recomendaciones Ministerio de Asuntos Exteriores y Cooperación.	65
5.5 Casos concretos de inscripción consular según el país de procedencia de la resolución.	69
6. Conclusiones.	75
7. Bibliografía.	79

Abreviaturas

CE: Constitución española.

CEDH: Convenio Europeo de Derechos Humanos.

CDN: Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño.

DGRN: Dirección General de los Registros y del Notariado.

DIPr: Derecho Internacional Privado.

LRC: Ley de Registro Civil.

RRC: Reglamento del Registro Civil.

STS: Sentencia del Tribunal Supremo.

TEDH: Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

TS: Tribunal Supremo.

TSJ: Tribunal Superior de Justicia.

1. Introducción.

El escritor canadiense Denis Lord a propósito de la paternidad decía lo siguiente: *“un padre no es el que da la vida, eso sería demasiado fácil, un padre es el que da el amor”*¹. Esta frase ejemplifica perfectamente el deseo de amar que es inherente al ser humano al igual que el anhelo por trascender que se traduce en la voluntad de tener una descendencia, es decir, en la paternidad o maternidad. Ahora bien, desgraciadamente muchas familias no pueden alcanzar esta ilusión, de ahí que deban acudir a técnicas de reproducción humana asistida para poder cumplir el sueño de ser padres.

Dentro del amplio abanico de posibilidades que ofrece la reproducción humana asistida, aparece la técnica de la gestación por sustitución o gestación subrogada, que comenzó en los Estados Unidos con el nacimiento del primer bebé mediante gestación por sustitución el 27 de marzo de 1986². Nuestro ordenamiento jurídico, que sigue el principio de la filiación determinada por el parto, siempre ha sido muy taxativo respecto a la utilización de la gestación por sustitución como herramienta de reproducción humana asistida en España.

En este sentido, el artículo 10.1 de la Ley 14/2006³ de 26 de mayo sobre técnicas de reproducción humana asistida, establece la nulidad en España de los contratos de gestación por sustitución. Esta disposición conlleva que no sea posible utilizar esta técnica reproductiva en España.

Sin embargo, el hecho que no se pueda utilizar esta técnica en España, no implica que ocurra lo mismo en otros países de nuestro entorno. Sin ir más lejos, Portugal reguló la gestación por sustitución en agosto del 2017, permitiendo incluso que los extranjeros pudieran disfrutar de este procedimiento reproductivo en territorio portugués. De hecho aparte de Portugal, en la Unión Europea la gestación por sustitución está regulada favorablemente en Reino Unido y Grecia.

¹ www.proverbia.net, consultado el 21 de junio de 2018

² <http://www.people.com/people/archive/article/0,,20096199,00.html>, Consultado el 26 de marzo de 2018

³ Ley 14/2006 de 26 de mayo sobre técnicas de reproducción humana asistida publicada en el BOE nº126 de 27 de mayo de 2006.

Asimismo varios países del entorno comunitario, como por ejemplo Rusia o Ucrania también la contemplan, permitiendo que familias de intención extranjeras (las españolas no han sido una excepción) la puedan utilizar. Al igual que varios estados de los Estados Unidos de América, país pionero en esta técnica, siendo California *“la Meca de la gestación por sustitución”*⁴.

De ahí que este método reproductivo se haya convertido en una realidad que el ordenamiento jurídico español no puede desconocer y en concreto, que nuestro Derecho Internacional Privado debe afrontar.

Como muy acertadamente indican los profesores Calvo Caravaca y Carrascosa González⁵, *“El Derecho Internacional Privado es el sector del ordenamiento jurídico de cada Estado que se ocupa de las situaciones privadas internacionales. Estas situaciones exigen la precisión de los tribunales competentes, de la legislación estatal aplicable y de la eficacia de resoluciones extranjeras”*. En concreto, es éste tercer presupuesto del DIPr, es decir la eficacia en España de una resolución extranjera que determine una filiación mediante gestación por sustitución y su acceso al registro civil consular, la materia que será estudiada en el presente trabajo⁶.

Entrando en juego la autoridad consular en materia de registro civil donde, tal y como señala el Embajador Nuñez Hernández⁷: *“el Cónsul tiene atribuidas todas las funciones del Registro Civil. Se encarga de todas aquellas operaciones administrativas que forman el*

⁴ Porque California es la Meca de la gestación subrogada. https://elpais.com/internacional/2017/02/23/actualidad/1487854048_748059.html

⁵ CALVO CARAVACA, Alfonso Luis y CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier: *Derecho Internacional Privado I*. Ed: Comares, Granada (2014), págs. 2 y 24.

⁶ Nos estamos refiriendo al Registro civil consular y no al Registro Civil central, porque este tipo de inscripciones no se podrían realizar ante el Registro Civil Central ya que serían denegadas por la cláusula de nulidad en España de los contratos de gestación por sustitución recogida en el artículo 10 de la Ley 14/2006.

⁷ NÚÑEZ HERNÁNDEZ, Jesús y MARTÍ MARTÍ, Xavier: *La función consular en el Derecho Español*. Ed: MAEC, Madrid (2009), págs. 88 y 487.

sector que se ha llamado de la Administración pública del Derecho privado y en concreto la función registral consular”.

Por todo ello, será el encargado del registro civil consular quien deberá hacer el control de legalidad previo con el fin de dilucidar si dicha filiación resulta inscribible o no. Asimismo debemos tener presente que nos encontramos ante una inscripción que involucra a un menor de edad. Concretamente a un recién nacido y por lo tanto la actuación consular debe venir presidida por el principio del interés superior del menor.

Estas reflexiones preliminares nos conducen al objetivo de este trabajo, es decir, explicar cómo se debería proceder en la inscripción de una filiación mediante gestación por sustitución ante un registro civil consular. Se ha escogido esta temática por varias razones.

En primer lugar porque aunque es una práctica no se puede realizar en España, sí es permitida en otros países que además posibilitan su acceso a familias de intención extranjeras.

En segundo lugar y debido a este hecho, se ha planteado ante diversos registros consulares la inscripción de este tipo de filiaciones, presentándose una compleja situación consular “*de facto*” a la que el encargado del registro civil debe hacer frente bajo la cláusula de nulidad del artículo 10.1 de la Ley 14/2006.

En tercer lugar, ante la disyuntiva de tener que realizar una inscripción registral que afecta a un menor de edad que en muchas ocasiones quedaría en una situación de desamparo. El ordenamiento jurídico español, a través de la DGRN, ha respondido elaborando una instrucción⁸.

En cuarto lugar, esta instrucción permite un amplio margen de maniobra al encargado del registro civil consular a la hora de decidir sobre la pertinencia o no de la inscripción.

⁸ Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010 sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución. Publicada en el BOE nº 243 de 7 de octubre de 2010.

Descargando al mismo tiempo toda la responsabilidad sobre un posible error registral sobre dicho funcionario.

En quinto y último lugar, a resultas de estas premisas y siguiendo los principios del artículo 103.1 de la CE⁹, los registros civiles consulares se muestran enormemente cautelosos ante este tipo de situaciones.

En otro orden de cosas, hay múltiples artículos doctrinales de considerable altura jurídica y rigor académico sobre la gestación por sustitución. De ahí que el valor añadido de este trabajo resida en la experiencia consular de su autor y en los criterios que está aplicando a la hora de realizar este tipo de inscripciones en el Consulado General de España en Nueva York. Tras haber analizado las herramientas que el ordenamiento jurídico pone a su disposición y haber aplicado el considerable margen de apreciación que le proporciona el mismo.

Para ello, el propósito final del estudio, será elaborar una guía práctica que sea de utilidad no sólo a los funcionarios consulares sino también a las futuras familias de intención. Especificando unas posibles pautas y criterios a seguir.

Para conseguir este extremo seguiremos el siguiente esquema de trabajo. En primer lugar, se contextualizará la gestación por sustitución a la luz del debate que genera no sólo en la clase política sino también en la sociedad española en su conjunto.

En segundo lugar, se verá cómo el ordenamiento jurídico ha reaccionado frente a esta realidad a resultas de los compromisos internacionales asumidos por España que configuran el principio del interés superior del menor. Partiremos de la cláusula de nulidad de los contratos de gestación por sustitución fijada por el artículo 10.1 de la Ley 14/2006 hasta la instrucción de la DGRN de 5 octubre de 2010 que establece la inscripción registral de las filiaciones mediante gestación por sustitución concluidas en el extranjero. Asimismo se tratará cuáles son las perspectivas de futuro una vez entre en vigor la nueva Ley de Registro

⁹ Por su importancia lo vamos a recordar: *“La Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación con sometimiento pleno a la ley y al Derecho”*.

Civil. Terminando este apartado con los trabajos que está realizando la Conferencia de la Haya de cara a un posible convenio internacional.

Una vez tratado el plano normativo, analizaremos el panorama jurisprudencial, especialmente con las contribuciones del TEDH que, a través de sus decisiones, ha fijado el principio del interés superior del menor como baremo para medir la actuación de los poderes públicos y de los padres de intención. Estableciendo un criterio que nuestro TS no sólo no ha podido ignorar sino que también lo ha utilizado para justificar sus resoluciones.

Tras haber expuesto el campo normativo y jurisprudencial, se analizará en qué consiste la función consular en materia registral y cómo podría proceder el encargado del registro civil consular a la luz de los argumentos expuestos en los capítulos anteriores, tomando como referencia los pasos establecidos por la instrucción de la DGRN. A continuación analizaremos cuáles son las opciones que tiene las familias de intención cuando la instrucción no resulta de aplicación. Terminaremos resaltando varias recomendaciones al respecto de Embajadas y Consulados Generales de España y consejos concretos de cara a realizar la inscripción en los países elegidos por la mayoría de las familias de intención españolas¹⁰.

2. Debate sociopolítico sobre la gestación subrogada en España. Propuestas parlamentarias e Informe del Comité de Bioética.

Nuestro ordenamiento jurídico en materia de filiación ha partido del axioma del Derecho Romano: *“Mater semper certa est”*. Este principio conlleva que para el Derecho civil español, la maternidad no sea sólo una cuestión biológica sino también legal. Esta aproximación se ha mantenido a lo largo de nuestra historia, hasta la revolución de las técnicas reproductivas en la segunda mitad del siglo XX y concretamente de la gestación por sustitución, generándose un controvertido debate al respecto en España.

¹⁰ En este sentido, cabe destacar que, según el Artículo del Diario “el País”: *El 80% de los hijos por gestación subrogada proceden de EEUU y Ucrania*. 18 de diciembre de 2017, entre 2010 y 2016, el 80% de filiaciones mediante gestación por sustitución provinieron de Estados Unidos (553) y Ucrania (231).

Estas pulsiones han trascendido el ámbito social para pasar al campo político dando origen a diversas propuestas parlamentarias tanto en el ámbito nacional como autonómico. La primera de estas propuestas tuvo lugar durante la Xª Legislatura, a instancias del grupo parlamentario de UPyD que presentó en el Congreso de los Diputados una proposición no de ley esta vez para regular la gestación por sustitución en España¹¹.

Posteriormente, el 15 de septiembre de 2016 y en el marco de la presente legislatura, se presentó en el Congreso de los Diputados¹², a instancias del Grupo Mixto y en concreto del representante de UPN, una Proposición No de Ley que instaba a la Mesa del Congreso a realizar la siguiente declaración:

“El Congreso de los Diputados ratifica su voluntad de mantener la prohibición de la maternidad subrogada recogida en el artículo 10 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Asistida, e, igualmente de profundizar en la defensa de los derechos de las mujeres, llevando a cabo unas políticas activas que dignifiquen la maternidad, en especial, protegiendo a las mujeres frente a la cosificación a que esta práctica las condena”.

Por otro lado, el 10 de marzo de 2016, en la Asamblea de Madrid, el grupo parlamentario de Ciudadanos¹³ presentaba otra Proposición No de Ley en la que se instaba a la Comunidad de Madrid a regular los contratos de gestación por sustitución.

¹¹ LÓPEZ LÓPEZ, Gabriel: “La presentación de la proposición no de Ley para la creación de un marco regulatorio para la gestación subrogada en España”. *Seminario Familia y gestación por sustitución, un enfoque interdisciplinar*. (Madrid, 24 - 26 de junio de 2015). Madrid: Universidad Nacional de Educación a Distancia. <https://canal.uned.es/serial/index/id/2375>

Durante esta ponencia se explica los detalles concretos de la génesis y trámites parlamentarios de esta propuesta.

¹²Proposición No de Ley 161/000114 del Grupo Parlamentario Mixto sobre Contratos de Maternidad Subrogada de 15 de septiembre de 2016. Boletín Oficial de las Cortes Generales, XII Legislatura, serie D, núm. 14, págs. 302-304.

¹³Proposición No de Ley 51/2016 del Grupo Parlamentario de Ciudadanos sobre Ley que regule los contratos de gestación subrogada de 10 de marzo de 2016. Boletín Oficial de la Asamblea de Madrid, X Legislatura, núm. 49 págs. 5458-5860.

Durante el debate parlamentario en la asamblea autonómica, concretamente el 17 de marzo de 2016, el grupo parlamentario socialista intentó completar la Proposición de la siguiente manera: *“insta al Gobierno español e instar a las Cortes Generales a constituir una subcomisión de estudio con el objeto de abrir un espacio de reflexión y de decisión para proponer reformas legales sobre la gestación subrogada dentro de nuestro país, garantizando en todo caso los derechos reproductivos, los derechos de las mujeres y los derechos de filiación y nacionalidad de los menores afectados, particularmente, con respecto a los países extranjeros y, específicamente, medidas contra el tráfico de seres humanos y el abuso contra las mujeres en el marco de la gestación subrogada”*¹⁴.

Finalmente el 8 de septiembre de 2017, el grupo parlamentario de Ciudadanos presentó una proposición de Ley reguladora del derecho a la gestación por sustitución¹⁵ que trataremos en las próximas líneas.

Estas propuestas parlamentarias ponen de manifiesto la existencia de todo debate abierto en España no sólo entre la clase política sino también en el seno de sociedad civil respecto de la regulación de los contratos de gestación por sustitución. Asimismo, la reflexión en torno a esta técnica reproductiva está profundamente polarizada y matizada por múltiples componentes de carácter ideológico y religioso, generando una considerable dosis de controversia y polémica.

En un reciente coloquio sobre la cuestión que tuvo lugar en el club siglo XXI¹⁶ de Madrid que contó con la presencia de representantes de los principales partidos políticos españoles, se volvió a poner de manifiesto las diferentes sensibilidades y enfoques de las formaciones políticas. Por un lado las formaciones del espectro ideológico de la izquierda (PSOE y Podemos), se muestran rotundamente contrarias a regular favorablemente la gestación por

¹⁴ Intervención parlamentaria de Dña. Josefa Navarro Lanchas. Diario de sesiones Asamblea de Madrid, nº166, 17 de marzo de 2016, pág. 9270.

¹⁵ Proposición de Ley 122/000117 reguladora del derecho a la gestación por sustitución. Publicada en el Boletín Oficial de las Cortes Generales. Serie B. Núm. 145-1. 8 de septiembre de 2017.

¹⁶ Gestación subrogada, un tema sin resolver. Club siglo XXI. 19 de febrero de 2018. www.club-sigloxxi.com

sustitución. Mientras que en el ámbito de los partidos de centro y conservadores (Ciudadanos y Partido Popular), hay una sensibilidad mucho más proclive a promover una legislación sobre esta técnica de reproducción humana asistida.

En todo caso las tendencias en el ámbito político son un reflejo del sentir de la sociedad. En el seno de la sociedad civil, se ha llegado a crear incluso una red estatal contra el alquiler de vientres¹⁷. Dentro de esta plataforma destaca la organización: “no somos vasijas”¹⁸. Los principales argumentos esgrimidos en contra de la gestación por sustitución radican en la supuesta cosificación del cuerpo de la mujer y en la comercialización de una “*res extra commercium*” que no puede ser objeto de un contrato a tenor de lo dispuesto por el artículo 1271 del Código Civil. Por otro lado, en el seno de la comunidad LGTBI también hay diferentes tendencias a favor y en contra de la gestación por sustitución.

En el polo opuesto, han aparecido otras agrupaciones dentro de la sociedad organizada favorables a la regulación de esta técnica reproductiva. Destacando las asociaciones “*son nuestros hijos*” y “*asociación por la gestación subrogada en España*”¹⁹. Esta última asociación está incluso promoviendo una iniciativa legislativa popular que inste a la promulgación de una ley que permita esta práctica en España²⁰.

Esta propuesta normativa, como señala Antonio Vila-Coro²¹, seguiría el ejemplo de la legislación de los estados de Illinois y California de los EEUU, aunque adaptada a la realidad española.

¹⁷ Artículo Diario “Público”: *La red estatal contra el alquiler de vientres nace hoy con el apoyo de 50 organizaciones*. 17 de abril de 2017.

¹⁸ www.nosomosvasijas.eu En esta página hay múltiples artículos, reflexiones e incluso un manifiesto en contra de la gestación por sustitución. Consultado el 30 de octubre de 2017

¹⁹ www.sonnuestroshijos.com y www.gestacionsubrogadaenespaña.es consultado el 30 de octubre de 2017

²⁰ Se puede consultar el borrador del texto en la página web de la asociación. En otro orden de cosas, si se desea conocer con mayor detalle esta propuesta, se puede escuchar la ponencia al respecto de Antonio Vila-Coro. VILA-CORO VÁZQUEZ, Antonio: “La gestación por sustitución en España: logros conseguidos y retos pendientes”. *Seminario Familia y gestación por sustitución, un enfoque interdisciplinar*. (Madrid, 24 - 26 de junio de 2015). Madrid: Universidad Nacional de Educación a Distancia. <https://canal.uned.es/serial/index/id/2375>

²¹ VILA-CORO VÁZQUEZ, Antonio: “Hacia una regulación de la Gestación por Sustitución como Técnica de Reproducción Asistida” en BENAVENTE MOREDA, Pilar y FARNÓS AMORÓS, Esther (coord.): *Treinta*

Dicha normativa estaría fundamentada en seis puntos: accesible a cualquier tipo de familia que no pueda gestar a sus hijos, respeto a la autonomía de la gestante para tomar decisiones informadas, construcción de una relación personal entre la familia y la gestante y derecho de los hijos a conocer su origen biológico, ausencia de relación de parentesco entre la familia y la gestante, irreversibilidad del contrato y sistema altruista con compensación económica.

Sin embargo y a modo de reflexión personal, creo que convendría tener presente la dificultad de homologar dos tradiciones jurídicas tan diferentes como la norteamericana con tintes anglosajones del *common law* y la española propia del derecho continental de inspiración romana. Tampoco se debe olvidar que, en la legislación estadounidense subyace una autonomía de la voluntad cuasi absoluta; que siempre se debe tener presente, antes de plantear un trasplante de dicha normativa al ordenamiento jurídico español.

Por otro lado y tras un análisis de la proposición de Ley presentada por Ciudadanos en el Congreso de los Diputados, me parecería que éste es el espíritu que subyace en esta propuesta normativa.

En otro orden de cosas, el Comité de Bioética, entidad creada por la Ley 14/2007 de 3 de julio²² y adscrita al Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, emitió el 8 de mayo de 2017 un informe sobre “*los aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada*”. El mismo tuvo un importante impacto social y eco mediático además de avivar todavía más si cabe el agitado debate en España sobre la gestación por sustitución.

El 19 de mayo el mencionado organismo emitió una nota de prensa a propósito del informe que tuvo una considerable repercusión periodística y entre otros aspectos proponía lo siguiente: “*dotar de verdadera eficacia legal a la nulidad de los contratos de gestación por sustitución, promover a nivel internacional un marco común regulatorio que prohíba la*

años de Reproducción Asistida en España: una mirada interdisciplinar a un fenómeno global y actual. Boletín Ministerio de Justicia. Madrid, 2015, págs. 292 y siguientes.

²² Ley 14/2007 de 3 julio de Investigación biomédica. Publicada en el BOE nº 159 de 4 de julio de 2007.

celebración de contratos de gestación y evitar que queden desprotegidos los niños nacidos por esta técnica”²³.

En otro orden de cosas, la gestación por sustitución ha venido despertando cada vez más interés en posibles familias de intención. Hasta el punto que en los últimos años y con carácter anual, se venía organizando en Madrid una Feria al respecto (*Surrofair*) en la que estaban presentes agencias, despachos de abogados y clínicas especializadas en la materia que asesoraban a los futuros padres de intención²⁴.

Dentro de este aspecto, coincido con la afirmación de Gabriel López²⁵, cuando señala que las clínicas y las agencias intermediarias han conformado un fuerte grupo de presión en favor de la regulación de la gestación por sustitución. Que se inscribe en el fuerte poder de convocatoria de *Surrofair*. Resultando insuficiente la feria anual, lo que ha llevado a crear una página web²⁶.

El propio Comité de Bioética en su informe sobre la gestación por sustitución llama la atención sobre el hecho que, para la organización de esta Feria, se habrían recabado los preceptivos permisos administrativos con el fin de difundir información en España sobre una práctica que es nula en el territorio español²⁷.

Ahora bien, parte de la doctrina también defiende que sí es posible otorgar este tipo de permisos precisamente porque la gestación por sustitución es una práctica declarada como nula en España. Recordando en este punto que la nulidad no debe equipararse a prohibición²⁸. Por otro lado, comparto la opinión respecto de la nulidad de esta técnica ya

²³ COMITÉ DE BIOTÉTICA: *Los aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada: mayo 2017*. Madrid. www.comitedebioetica.es

²⁴ Por su interés, se adjunta el link del diario “el Español” de 15 de mayo de 2016. https://www.lespanol.com/reportajes/20160514/124737678_0.html

²⁵ LÓPEZ LÓPEZ, Gabriel. *op. cit.*

²⁶ www.surrofair.com consultado el 5 de abril de 2018

²⁷ COMITÉ DE BIOÉTICA. *op. cit.*, pág: 34.

²⁸ La nulidad de la gestación por sustitución en España se tratará en detalle en el epígrafe 3.2 de este trabajo así como las fuentes doctrinales que sustentan esta afirmación.

que es precisamente esta hipótesis la que activa los mecanismos de recepción de filiación mediante gestación por sustitución concluidas en el extranjero.

En cualquier caso, se ha podido ver en este apartado que esta técnica reproductiva genera un enconado debate en la sociedad española donde además entran en juego toda una serie de factores que hacen difícil estudiar esta cuestión de forma ponderada y sosegada.

La división social dificulta a su vez que haya un consenso político proclive a la regulación y la propuesta legislativa de Ciudadanos, si bien es interesante, va a contribuir a avivar todavía más una polémica que no ayuda al establecimiento de un debate sereno y sosegado que, en mi opinión, sería el necesario para afrontar la posible normativización de esta cuestión.

Además el actual reparto de escaños en el Parlamento, impide todavía más la conformación de mayorías parlamentarias dispuestas a afrontar esta cuestión. En este sentido, el ex subdirector de la DGRN Iván Heredia²⁹ a propósito de esta cuestión señaló que genera tanta controversia social que el legislador no está dispuesto a afrontar el coste político y electoral que conllevaría una legislación favorable, afirmación con la coincido plenamente.

Sin embargo y a pesar de estas ponderaciones, la facilidad de las comunicaciones propias del mundo globalizado y la regulación de la gestación por sustitución en múltiples países que permiten el acceso a familias de intención extranjeras, ha conllevado que este tipo de filiaciones se conviertan en una realidad que debe de ser afrontada normativamente y dejando de lado la controversia que despierta esta cuestión.

Realizo esta afirmación porque en última instancia está en juego el destino jurídico de un recién nacido que en múltiples ocasiones queda en una completa situación de desamparo. Sobre todo si el país donde se ha realizado la gestación no le otorga la nacionalidad ni

²⁹ HEREDIA CERVANTES, Iván: "Reconocimiento en España de relaciones de filiación constituidas en el extranjero mediante gestación por sustitución". *Seminario Familia y gestación por sustitución, un enfoque interdisciplinar*. (Madrid, 24 - 26 de junio de 2015). Madrid: Universidad Nacional de Educación a Distancia. <https://canal.uned.es/serial/index/id/2375>

contempla algún tipo de guarda o custodia legal. A este respecto, ¿qué ha hecho el ordenamiento jurídico español?

3. El ordenamiento jurídico español ante la gestación por sustitución. Perspectivas de futuro cercanas y posible convenio internacional.

3.1 Convenios Internacionales. El principio del Interés superior del menor.

Antes de tratar la regulación material realizada por nuestro ordenamiento. Debemos subrayar que en cada momento que sale a relucir la cuestión de la filiación mediante gestación por sustitución, hay dos instrumentos internacionales que son siempre citados y que por ello no podemos obviar. Nos estamos refiriendo a la Convención de las Naciones Unidas sobre Derechos del Niño y al Convenio Europeo de Derechos Humanos. Ambos tratados han sido ratificados por España, haciendo parte de nuestro ordenamiento (art. 96 CE).

La Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989³⁰, como muy bien señala Idoia Otaegui³¹, *“fue la culminación de un proceso de evolución en la protección de los derechos del niño a nivel internacional, iniciado en la década de 1920”*, recogiendo todo el consenso internacional en materia de infancia.

Este consenso se manifiesta en toda una serie de derechos para los menores de edad que se traducen en obligaciones para los padres o tutores legales y los poderes públicos. El aspecto más relevante de la Convención es que *“Los niños y las niñas pasaron a ser titulares de los derechos que se les reconocían y no meros objetos de los mismos”*³².

³⁰ Este tratado fue ratificado por España el 30 de noviembre de 1990 y publicado en el BOE nº313 de 31 de diciembre de 1990.

³¹ OTAEGUI AIZPURUA, I., *La protección de los derechos del menor en la jurisdicción del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: una perspectiva lusprivatista*. Tesis doctoral. 2016. Universidad del País Vasco-Euskal Herriko Unibersitatea (Álvarez Rubio, Juan José, Dir.) págs: 24 y ss. Donde se recoge una excelente cronología sobre la evolución de la codificación internacional en materia de infancia.

³² OTAEGUI AIZPURUA, I: *ibíd.* pág. 32.

Por otro lado, toda la Convención está presidida por el principio del interés superior del menor, recogido expresamente en el artículo 3.1 del tratado³³ y se configura como un valor que informa a la disposición en su conjunto. Es decir, “*este principio refleja el espíritu de la Convención y permea todo el resto de disposiciones*”³⁴.

El interés superior del menor como principio general del Derecho, es asumido por España a través de la cláusula del artículo 10.2 de la CE y tiene, de acuerdo con las interpretaciones doctrinales, varias consecuencias directas en las actuaciones de los poderes públicos.

En este sentido, Encarnación Roca³⁵ siguiendo el razonamiento del profesor Tobin, entiende que este principio subyace en el artículo 35 de la CDN: “*Los Estados Partes tomarán todas las medidas de carácter nacional, bilateral y multilateral que sean necesarias para impedir el secuestro, la venta o la trata de niños para cualquier fin o en cualquier forma*”. Lo que conllevaría que la gestación por sustitución se convierta en una práctica moralmente objetable y que podría terminar en una explotación de las mujeres gestantes³⁶.

Por lo que se refiere a la mujer gestante, otro aspecto del principio del interés superior del menor es la disposición del artículo 24.2.d³⁷ que establece la adopción por parte de los estados signatarios de medidas para proteger a la madre gestante tanto durante el embarazo como después de dar a luz.

En otro orden de cosas, convendría mencionar que entre los países que han regulado la gestación por sustitución, se encuentra múltiples naciones emergentes en las que, como

³³ “*En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño*”.

³⁴ OTAEGUI AIZPURUA, I: *ibíd.* pág. 34

³⁵ ROCA TRIAS, Encarnación: “Dura Lex sed lex. O de cómo integrar el interés del menor y la prohibición de la maternidad subrogada” en BENAVENTE MOREDA, Pilar y FARNÓS AMORÓS, Esther (coord.): *Treinta años de Reproducción Asistida en España: una mirada interdisciplinar a un fenómeno global y actual*. Boletín Ministerio de Justicia. Madrid, 2015, pág. 317

³⁶ ROCA TRIAS, Encarnación: *ídem*.

³⁷ “*Los Estados Partes asegurarán la plena aplicación de este derecho y, en particular, adoptarán las medidas apropiadas para... Asegurar atención sanitaria prenatal y postnatal apropiada a las madres.*”

señala el Comité de Bioética³⁸, se cuenta: “*con una cultura en la que prácticamente todo es susceptible de compraventa y en los que la mujer tiene una consideración social inferior al varón*”.

Por otro lado, la Convención establece también un Comité encargado de dar seguimiento al cumplimiento de la misma. Dicho comité ha realizado importantes observaciones en materia de gestación por sustitución sobre países como la India³⁹; exigiendo que modifique su legislación en esta materia con el fin de evitar el tráfico internacional de niños a través de adopciones ilegales.

Para concluir los aspectos relativos a la CDN, destacaremos que: “*la CDN introdujo un artículo, el art.16, que regula y protege el derecho a la vida privada y familiar, así como del domicilio o de la correspondencia de los menores. Podríamos decir que la influencia del art. 8 del CEDH en el artículo 16 es absoluta, dado que la redacción es prácticamente igual*”⁴⁰. Esta afirmación de la Dra. Otaegui nos sirve para introducir el segundo convenio internacional que vamos sucintamente a analizar, el CEDH⁴¹.

Este Convenio es fruto del Consejo de Europa, organización internacional que busca la promoción del Estado de Derecho y la protección de los Derechos Humanos en Europa. Gracias a la labor de esta entidad supranacional, Europa se ha configurado como el espacio geográfico del planeta donde tiene lugar la mayor protección no sólo formal sino también material en materia de Derechos Humanos. Uno de los aspectos más relevantes del Convenio,

³⁸ COMITÉ DE BIOÉTICA: *óp. cit.*, pág. 40.

³⁹ COMITÉ DE DERECHOS DEL NIÑO. *Observaciones finales sobre los informes periódicos tercero y cuarto combinados de la India, aprobados por el Comité en su 66º periodo de sesiones* (26 de mayo a 13 de junio de 2014), págs.: 13 y 14. También recogido en Informe del Comité de Bioética: *óp. cit.*, pág. 31.

⁴⁰ OTAEGUI IDOIA, I, *óp. cit.*, pág. 40.

⁴¹ España depositó el instrumento de ratificación y publicó el Convenio en el BOE nº243 de 10 de octubre de 1979. En el ámbito del Consejo de Europa se ha promulgado en materia de infancia un Convenio específico que se nutre de la CDH, el Convenio europeo sobre el ejercicio de los Derechos de los Niños de 25 de enero de 1996. España firmó el Convenio el día 5 de diciembre de 1997 y lo ratificó el 18 de febrero de 2015. (B.O.E. núm. 45, de 21 de febrero de 2015). Sin embargo por cuestiones de espacio, nos ceñiremos solamente a lo dispuesto por el CEDH.

es la puesta en marcha de un ente jurisdiccional, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (*infra* epígrafe 4.1).

Dentro de los artículos recogidos en dicha convención, nos interesa especialmente el artículo 8 que establece como Derecho Humano el respeto de la vida privada y familiar por parte de los poderes públicos. Como muy acertadamente señala Josep Casadevall⁴², el artículo 8 del Convenio recoge la protección de toda una serie de derechos que conforman un todo, en concreto nos estamos refiriendo “*a la vida privada, el desarrollo de la persona y su libertad individual*”.

De forma muy somera, esta disposición establece lo siguiente: “*Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia*”.

En un principio lo dispuesto por el Convenio resulta muy parco y es en ese punto donde la labor del TEDH también se ha relevado como fundamental. Puesto que el Tribunal no se ha limitado a juzgar sino también a interpretar y completar el texto del Convenio a través de su jurisprudencia, que ha considerado que la protección de los derechos de los menores quedan englobada dentro del derecho a la vida privada y familiar del artículo 8.

Me parecería que, de acuerdo con el artículo 8 del CEDH y los ulteriores pronunciamientos del TEDH, el interés superior del menor debe de ser entendido de forma absoluta, convirtiéndose en un valor superior que trasciende e informa toda regulación en materia de gestación por sustitución al igual que el trabajo calificador que debe realizar el encargado de registro civil⁴³.

Es decir, no sólo se debe proteger a la madre gestante antes y después del parto, sino también y principalmente al recién nacido, que se convierte en la piedra angular sobre la que se

⁴² CASADEVALL, Josep: *El Convenio Europeo de Derechos Humanos, el Tribunal de Estrasburgo y su jurisprudencia*. Ed: Tirant lo Blanch, Valencia 2012, pág. 324.

⁴³ En el epígrafe 4.1 desarrollaremos los principales pronunciamientos del TEDH al respecto y sus consecuencias.

configura toda la legislación y jurisprudencia tanto internacional como nacional en materia de infancia.

Ambas convenciones informan toda la legislación y actuación de los poderes públicos españoles (art. 10.2 CE). Pero además complementan a una disposición constitucional relativa al derecho a la protección de la familia recogido en el artículo 39 de nuestra Carta Magna⁴⁴.

Hay otras disposiciones tanto del Consejo de Europa como de la Unión Europea en materia de menores que por cuestiones de espacio no van a ser tratadas⁴⁵. En cualquier caso hemos citado estas dos convenciones que nos ayudan a centrar el marco internacional y pasar a las disposiciones del ordenamiento jurídico español, concretamente el artículo 10 de la Ley 14/2006⁴⁶.

3.2 El artículo 10⁴⁷ de la Ley 14/2006. La nulidad de la gestación por sustitución en España.

La Ley 14/2006 sobre Técnicas de Reproducción Humana asistida, se enmarca en el esfuerzo del Ejecutivo de actualizar la legislación española en materia de técnicas de reproducción

⁴⁴ Nos interesan especialmente los apartados 1 y 4 del mencionado artículo. *“Los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia”. “Los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos”.*

⁴⁵ La tesis doctoral de Idoia Otaegui en su epígrafe I.1 realiza un magnífico resumen de la panoplia convencional en materia de infancia en los diferentes ámbitos supranacionales.

⁴⁶ Ley 14/2006 de 26 sobre técnicas de reproducción humana asistida. Publicada en el BOE nº 126 de 27 de mayo de 2006.

⁴⁷ *“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”.

asistida con el fin de dar un amparo normativo a los avances científicos en esta materia que tuvieron lugar en el último tercio del siglo XX.

Por otro lado y como muy acertadamente señala la profesora Berrocal Lanzarot⁴⁸, estas nuevas técnicas reproductivas revolucionan la concepción tradicional de la familia y otorgan un protagonismo absoluto a la voluntad del individuo que en última instancia responde al principio constitucional del libre desarrollo de la personalidad recogido en el artículo 10.1 de la CE.

Para ello, la Ley incorpora y regula la donación de gametos y preembriones en su artículo 5, en su artículo 11 recoge la crioconservación de gametos y embriones dentro de un Capítulo III dedicado a técnicas coadyuvantes a la reproducción humana asistida, regulando en los artículos posteriores otros aspectos de la reproducción humana asistida y técnicas investigativas.

En cualquier caso, esta normativa también contempla la gestación por sustitución, que desde principios de los años 80 ya venía siendo aplicada en varios países como una técnica de reproducción humana asistida. Sin embargo, el artículo 7.1⁴⁹ recoge expresamente la determinación de la filiación de los hijos nacidos mediante técnicas de reproducción humana asistida de acuerdo a lo dispuesto por las normas civiles y el artículo 7.3⁵⁰ contiene una disposición que posteriormente es utilizada analógicamente por la Instrucción de la DGRN de 18 de febrero de 2009 para resolver favorablemente la inscripción de una filiación en un supuesto de gestación por sustitución.

⁴⁸ BERROCAL LANZAROT, A, I: "Análisis de la nueva Ley 14/2006 de 26 de mayo sobre técnicas de reproducción humana asistida". *Revista de la Escuela de Medicina Legal*. Ed: Universidad Complutense. Enero 2007, pág. 42.

⁴⁹ "La filiación de los nacidos con las técnicas de reproducción asistida se regulará por las Leyes civiles, a salvo de las especificaciones establecidas en los tres siguientes artículos".

⁵⁰ "Cuando la mujer estuviere casada, y no separada legalmente o de hecho, con otra mujer, esta última podrá manifestar conforme a lo dispuesto en la Ley del Registro Civil que consiente en que se determine a su favor la filiación respecto al hijo nacido de su cónyuge"

Asimismo, nuestro Código Civil determina en su artículo 30⁵¹ la filiación materna derivada del parto no sólo como principio biológico sino también como principio legal que otorga capacidad jurídica al recién nacido. Bajo estas premisas la Ley 14/2006 regula en su artículo 10⁵² los contratos de gestación por sustitución.

Como muy bien señala la profesora Pilar Blanco⁵³, el artículo 10.1 de la Ley 14/2006 sobre técnicas de reproducción humana asistida, establece la nulidad de los contratos de gestación por sustitución en España. Esta nulidad es de carácter general sin que se concrete si es de tipo formal o materia.

Por otro lado, el artículo 10.2 de la mencionada Ley, dispone que la filiación será determinada por el hecho biológico del parto. El resto de la regulación en materia de filiación viene recogida en los artículos 108 y siguientes del Código Civil⁵⁴.

Ahora bien es muy conveniente hacer una precisión terminológica, nulidad no significa prohibición y precisamente por este hecho es posible la inscripción en un registro civil consular de una filiación determinada mediante gestación por sustitución determinada en el extranjero.

⁵¹ *“La personalidad se adquiere en el momento del nacimiento con vida, una vez producido el entero desprendimiento del seno materno”.*

⁵² *“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”.

⁵³ BLANCO-MORALES LIMONES, Pilar: “Gestación por sustitución, orden público y registro”. *Seminario Familia y gestación por sustitución, un enfoque interdisciplinar*. (Madrid, 24 - 26 de junio de 2015). Madrid: Universidad Nacional de Educación a Distancia. <https://canal.uned.es/serial/index/id/2375>

⁵⁴ A mayor abundamiento, el artículo 221.1 del Código Penal prevé incluso pena de prisión de 1 a 5 años cuando se entregue a un hijo o descendiente a cambio una compensación económica, eludiendo los procedimientos legales de guarda, acogimiento o adopción, con el objetivo de establecer una relación análoga a la filiación.

En cambio, la prohibición en el ordenamiento jurídico español de prácticas como la poligamia impide que el Encargado de un registro civil consular inscriba un segundo matrimonio de alguno de los contrayentes mientras que no se acredite que haya una efectiva disolución del vínculo matrimonial previo.

En este sentido y para corroborar esta afirmación, el profesor Heredia Cervantes⁵⁵ defiende que el señalado artículo 10 recoge una mera cláusula de nulidad para este tipo de contratos. Lo que significa que son nulos de pleno derecho pero que, reafirmandonos en nuestra opinión, la nulidad no equivale a la prohibición.

Todo ello se traduce por un lado en que las clínicas especializadas en esta técnica reproductiva puedan publicitarse en España y por otro lado en que nuestro ordenamiento deba reconocer las filiaciones establecidas mediante gestación subrogada en el extranjero que pretenden acceder a un registro civil español. Asimismo esta afirmación se puede ver corroborada por la posibilidad recogida en el propio artículo 10.3 de la Ley.

“Queda a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales”⁵⁶.

La cláusula de nulidad del art. 10 también es defendida por otros sectores de la doctrina, como el profesor Atienza⁵⁷, que propugna, desde el paradigma de la Filosofía del Derecho lo siguiente: *“en el derecho español la gestación por sustitución no está prohibida y, aunque lo estuviera, esta prohibición no podría formar parte del orden público español”*.

⁵⁵ HEREDIA CERVANTES, Iván: “Reconocimiento en España de relaciones de filiación constituidas en el extranjero mediante gestación por sustitución”. *Seminario Familia y gestación por sustitución, un enfoque interdisciplinar*. (Madrid, 24 - 26 de junio de 2015). Madrid: Universidad Nacional de Educación a Distancia.

⁵⁶ VARGAS GONZÁLEZ-URRUTIA, Marina: “Posibles soluciones en la regulación de la gestación por sustitución a la luz de los trabajos de la Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado”. *Seminario Familia y gestación por sustitución, un enfoque interdisciplinar*. (Madrid, 24 - 26 de junio de 2015). Madrid: Universidad Nacional de Educación a Distancia.

⁵⁷ ATIENZA RODRIGUEZ, M: “Gestación por sustitución y prejuicios ideológicos”. *Revista el Notario del siglo XXI* (septiembre-octubre 2015), págs. 94-98.

Esta afirmación se fundamenta en la distinción realizada por Herbert Hart en su libro “*El concepto de Derecho*” y en el hecho que el artículo 10 de la Ley 14/2006 es una norma constitutiva, es decir una disposición que establece una serie de requisitos que se deben cumplir para materializar el supuesto de hecho recogido en la norma⁵⁸.

En resumen y como señala el profesor Vela Sánchez: “*dicha nulidad es también absoluta, erga omnes, de manera que tiene efecto general que alcanza a todos y no sólo a las partes contratantes y sus causahabientes; y es definitiva, al no haber contra ella ni la prescripción –la acción no está sujeta a plazo- ni la confirmación o convalidación*”⁵⁹.

3.3 Reconocimiento en España de decisiones judiciales y documentos públicos extranjeros.

Sin embargo con independencia de lo dispuesto por el ordenamiento jurídico español. La gestación por sustitución sí es admitida más allá de nuestras fronteras y aunque es un procedimiento oneroso, la facilidad en las comunicaciones, el hecho de que cada vez más países han admitido esta práctica así como el aumento de la renta per cápita española se ha traducido en que cada vez más familias de intención españolas viajan al extranjero para utilizar este método reproductivo.

Ahora bien, hasta que la gestación por sustitución no sea materialmente regulada por el Derecho sustantivo español, nos situamos en la esfera de nuestro Derecho Internacional Privado. Tal y como señalan Calvo Caravaca y Carrascosa González⁶⁰, “*el DIPr español ofrece un sector de normas que fijan las condiciones que debe cumplir una decisión extranjera para poder ser importada con destino a España y producir efectos jurídicos en España*”.

⁵⁸ ATIENZA RODRIGUEZ, M: *ibíd.*

⁵⁹ VELA SÁNCHEZ, A, J: “Soluciones prácticas para la eficacia en España de un convenio de gestación por encargo. De nuevo a propósito de la STS de 6 de febrero de 2014”. *Diario La Ley*, nº 8309, sección Doctrina, 13 de mayo de 2014, La Ley 2505/2014, págs. 1-7.

⁶⁰ CALVO CARAVACA, Alfonso Luis y CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier: *óp. cit.*, pág. 555.

El Derecho Internacional Privado se configura como una rama del ordenamiento jurídico de cada Estado. De ahí que cada DIPr establezca requisitos diferentes para que una decisión extranjera pueda tener efectos jurídicos en su ordenamiento jurídico.

En este apartado nos centraremos en los dispuesto por el DIPr español, sin embargo, juzgamos oportuno recordar que hay un elemento común que subyace en esta tarea de reconocimiento del DIPr que es el principio de seguridad jurídica, recogido en el artículo 9.3 de nuestra Constitución y el deseo de evitar decisiones claudicantes. Es decir que no tengan fuerza jurídica más allá de las fronteras del Estado que las emite⁶¹.

Por lo tanto debido a esta función del DIPr y como muy atinadamente señala la Profesora Marina Vargas cualquier decisión extranjera *“está facultada para llamar a la puerta de nuestro ordenamiento y ser reconocida por el mismo”*⁶².

Tal y como señalan los profesores Calvo y Carrascosa⁶³ para que una decisión extranjera pueda tener efectos jurídicos en España se deben cumplir una serie de requisitos, que serían los siguientes: en primer lugar que nos encontremos ante una decisión, en segundo lugar que la misma haya sido emitida por una autoridad extranjera y finalmente que dicha decisión resuelva cuestiones de derecho privado.

En el caso concreto de la filiación mediante gestación por sustitución, constatamos que se cumplen estas tres condiciones y que además los padres de intención desean que dicha resolución acceda al Registro civil español. Al haberse emitido esa decisión en el extranjero, el registro civil de entrada sería un registro civil consular y el requisito principal para que

⁶¹ En el epígrafe 3.6 se estudiarán todos los trabajos que está realizando la Conferencia de la Haya de DIPr para armonizar los requisitos exigidos por los diferentes Estados a la hora de reconocer las decisiones de filiación mediante este procedimiento determinada por autoridad extranjera. Si se desea ampliar la información sobre las decisiones claudicantes, se puede consultar: CALVO CARAVACA Alfonso Luis y CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier: *óp. cit.*, pág. 20.

⁶² VARGAS GONZÁLEZ-URRUTIA, M: “Posibles soluciones en la regulación de la gestación por sustitución a la luz de los trabajos de la Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado”. *Seminario Familia y gestación por sustitución, un enfoque interdisciplinar*. (Madrid, 24 - 26 de junio de 2015). Madrid: Universidad Nacional de Educación a Distancia. <https://canal.uned.es/serial/index/id/2375>

⁶³ CALVO CARAVACA, Alfonso Luis y CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier: *óp. cit.*, pág. 557 y ss.

dicha resolución registral extranjera tenga acceso al registro consular, será que respete el orden público internacional⁶⁴.

Cabe recordar que en este apartado, nos estamos centrando solamente en las normas generales que el DIPr español establece para el reconocimiento en España de documentos públicos extranjeros⁶⁵. Asimismo conviene destacar que, junto con la cláusula general de respeto del orden público, todo documento público extranjero que busque ser reconocido en España debe de venir convenientemente traducido y legalizado o apostillado.

El orden público español, de acuerdo con los profesores Calvo Caravaca y Carrascosa González⁶⁶ sería el que: *“está compuesto por los principios jurídicos del Derecho español que constituyen los ejes maestros sobre los que se edifica el Derecho privado español. Son los principios y valores que inspiran y presiden el ordenamiento nacional. El orden público internacional es el sistema ideal de valores en el que se inspira el ordenamiento jurídico en su totalidad”*.

En el caso concreto de la determinación de una filiación mediante gestación por sustitución determinada por autoridad extranjera, nuestro ordenamiento ha utilizado dos de las soluciones que ofrece el DIPr español. Dichas soluciones han venido fijadas por la resolución de la DGRN 18 de febrero de 2009 y la instrucción de la DGRN 5 de octubre de 2010⁶⁷.

Sin embargo adelantaremos que la resolución de febrero del 2009 utiliza la función del DIPr español relativa al acceso registral de documentos públicos extranjeros, es decir, la eficacia

⁶⁴ BLANCO-MORALES LIMONES, P: *óp. cit.*,

⁶⁵ El reconocimiento de sentencias extranjeras viene determinado por los artículos 951 a 958 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 según la Disposición derogatoria única de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 7 de enero del 2000. Publicada en el BOE nº7 de 8 de enero del 2000. El reconocimiento de documentos públicos extranjeros debe hacerse bien en según el Convenio de la Haya de 5 de octubre de 1961 sobre supresión de la Legalización para documentos públicos extranjeros, conocido popularmente como el Convenio de la apostilla de la Haya. En caso de que el documento no haya sido emitido por una autoridad de un país firmante del Convenio de la Haya de 1961 se debe acudir a la legalización, para mayor información:
<http://www.exteriores.gob.es/Portal/es/ServiciosAlCiudadano/SiEstasEnElExtranjero/Paginas/Legalizaciones.aspx>

⁶⁶ CALVO CARAVACA, Alfonso Luis y CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier: *óp. cit.*, pág. 535.

⁶⁷ Ambas instrucciones se analizarán en detalle en el epígrafe 3.4

registrar en España de decisiones de autoridades públicas extranjeras viene fijada por los artículos 81 y 85 del RRC⁶⁸.

Debemos recordar por otro lado, siguiendo a la profesora Marina Vargas⁶⁹, que el DIPr no entra a juzgar el fondo del asunto sino que diseña una serie de herramientas formales para permitir que una decisión emitida por autoridad extranjera sea recibida por el ordenamiento jurídico español con el fin de evitar que nos encontremos ante una situación claudicante. Este razonamiento es el que subyace en la resolución de febrero de 2009.

Debemos insistir otra vez que en el campo de la dimensión consular de la gestación por sustitución, nos estamos situando en la función del DIPr relativa al reconocimiento de decisiones extranjeras en España. El Encargado del Registro civil consular debe inscribir el documento público extranjero.

Para ello no utiliza la rama del DIPr relativa al Derecho aplicable a la situación privada internacional, que se regiría por las premisas previstas por la norma de conflicto y en el caso concreto de la filiación por el artículo 9.4 del Código Civil español⁷⁰.

La DGRN optó por utilizar el camino del reconocimiento en España de documentos públicos extranjeros que, como bien ha señalado parte de la doctrina⁷¹, fue una solución brillante. Pero la misma fue para un supuesto “*ad hoc*” y ha sido recurrida en vía judicial con sendos

⁶⁸ Decreto del 14 de noviembre de 1958 del Reglamento de la Ley de Registro Civil. Publicado en el BOE nº 296 de 11 de diciembre de 1958. Estos artículos establecen unos requisitos que debe respetar la decisión registral extranjera que desea acceder al registro español que esencialmente debe respetar el orden público internacional español. La DGRN fundamenta dicha instrucción en una de las funciones del Derecho Internacional Privado, dejando de lado otra de las funciones de esta rama del Derecho, que es la determinación del derecho aplicable a una situación privada internacional.

⁶⁹ VARGAS GONZÁLEZ-URRUTIA, Marina: *óp. cit.*

⁷⁰ Si se desea ampliar la información sobre la norma de conflicto, se puede consultar CALVO CARAVACA, Luis Alfonso y CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier: *óp. cit.*, págs. 366 y ss.

⁷¹ CALVO CARAVACA, L, A, y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. “Gestación por sustitución y Derecho Internacional Privado. Consideraciones en torno a la Resolución de la DGRN de 18 de Febrero de 2009”. *Cuadernos de Derecho Transnacional* (octubre de 2009). Vol. 1 Nº 2 págs. 294 – 319.

pronunciamientos del Tribunal Supremo, STS de 6 de febrero de 2014, confirmada por Auto del TS de 5 de febrero de 2015 (*infra* epígrafe 4.2).

Como ya hemos explicado (*supra* capítulo 2), la gestación por sustitución genera un apasionado debate en la sociedad española. De ahí que la resolución no pasara desapercibida y que motivara la elaboración de una posterior Instrucción. Ambos instrumentos serán analizados en detalle a continuación.

3.4 Resolución de la DGRN de 18 de febrero de 2009 e Instrucción de 5 de octubre de 2010⁷².

El primer supuesto mediático de padres de intención españoles que intentaron registrar una filiación mediante gestación por sustitución tuvo lugar en la ciudad de Los Ángeles (estado de California, EEUU) y fue denegada por el encargado del Registro civil consular del Consulado General de España en Los Ángeles mediante auto de fecha 10 de noviembre de 2008, argumentando que dicha inscripción no podía realizarse por la cláusula del artículo 10 de la Ley 14/2006 sobre Técnicas de Reproducción Humana asistida.

Ante esta denegación, los interesados recurrieron en alzada ante la DGRN que mediante resolución de 18 de febrero de 2009⁷³ resolvió favorablemente el recurso, ordenando la inscripción de la filiación⁷⁴.

Esta decisión de la Dirección General de los Registros y del Notariado abrió la puerta a la primera inscripción, de la que se tiene constancia, en un registro civil consular de una

⁷² BOE nº243 de 7 de octubre de 2010.

⁷³ RJ 2009/1735.

⁷⁴ *Vid* CALVO CARAVACA, Luis Alfonso y CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier. "Gestación por sustitución y Derecho Internacional Privado. Consideraciones en torno a la Resolución de la DGRN de 18 de Febrero de 2009". *Cuadernos de Derecho Transnacional* (octubre de 2009). Vol. 1 Nº 2 págs. 294 – 319. En este interesante artículo, los autores señalan como la DGRN optó por no entrar en el fondo del asunto y analizar la inscripción de dicho documento público extranjero a través de los cauces que el DIPr español traza al efecto, en este caso concreto, los respectivos artículos del Reglamento del Registro civil.

filiación mediante gestación por sustitución⁷⁵. Lo que hizo la DGRN fue utilizar las herramientas del DIPr en el ámbito de reconocimiento de documentos públicos extranjeros sin entrar a valorar el fondo del asunto y concretamente del mecanismo previsto en el artículo 81 del RRC.

Para fundamentar su decisión, la instrucción alude expresamente en el primer párrafo del Fundamento de Derecho I, a las Convención de las Naciones Unidas sobre Derechos del Niño y al Convenio Europeo de Derechos Humanos como presupuestos que fundamentan la decisión adoptada y en definitiva al principio del interés superior del menor como presupuesto que justifica la inscripción registral de dicha filiación. Además de hacer en el Fundamento de Derecho III al DIPr como instrumento del ordenamiento que busca dar cumplimiento al principio de la tutela judicial efectiva que se materializa en evitar en la medida de lo posible las “*decisiones claudicantes*”.

Personalmente me parece que la decisión de la DGRN fue brillante desde el punto de vista jurídico. Asimismo considero que la misma pone enormemente en valor la utilidad del Derecho Internacional Privado como una herramienta eficaz de nuestro ordenamiento para resolver situaciones privadas internacionales, dando continuidad a decisiones adoptadas en el extranjero.

En este sentido, como jurista coincido plenamente con los argumentos expuesto por Calvo Caravaca y Carrascosa González⁷⁶ y eficaz desde el punto de vista práctico puesto que, como en tanto en cuanto que superior jerárquico del encargado del registro civil, tomó una decisión que solucionaba un caso consular complejo con fuertes repercusiones mediáticas en España

⁷⁵ Estoy subrayando que a raíz de la instrucción de 2009, se produce la primera inscripción en un registro civil consular de una filiación en materia de gestación por sustitución de la que se tiene constancia. Hago esta afirmación, porque hay la sospecha sobre múltiples otras inscripciones de filiaciones provenientes de contratos en materia de gestación por sustitución. Ahora bien, estas inscripciones pasaron desapercibidas porque los supuestos padres de intención y promotores de la inscripción eran parejas heterosexuales que aportaban certificado de nacimiento local donde la madre de intención ya figuraba como madre legal. Siendo muy difícil para el encargado del registro civil consular, identificar si efectivamente la madre legal era también la madre biológica.

⁷⁶ CALVO CARAVACA, Luis Alfonso y CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier. “Gestación por sustitución y Derecho Internacional Privado. Consideraciones en torno a la Resolución de la DGRN de 18 de Febrero de 2009”. *Cuadernos de Derecho Transnacional* (octubre de 2009). Vol. 1 N° 2 págs. 294 – 319.

y abriendo la puerta a una posible solución de un problema que si se enquistaba podía correr el riesgo de complicar la dinámica del trabajo consular.

Ahora bien como diplomático sí me parece que la Instrucción de la DGRN afrontó con una cierta ligereza la problemática de las inscripciones registrales de filiaciones mediante gestación por sustitución determinadas en el extranjero. Utilizando argumentos de corte jurídico impecables⁷⁷ pero obviando el fondo del asunto y era abrir la puerta a todo tipo de inscripciones en esta materia.

Obviando otros elementos también recogidos en la CDN como es el cuidado de la madre o mujer gestante en el supuesto que nos ocupa, evitar un posible tráfico ilegal de recién nacidos que ya sabemos que integra al interés superior del menor y en definitiva no establecer unos mecanismos adicionales de control que permitan concretar que la filiación ha sido establecida de forma libre, consciente y responsable. Extremo que en ocasiones se hace muy complicado de verificar en los llamados países emergentes.

En todo caso, esta decisión no pasó en absoluto desapercibida y generó una considerable controversia y conmoción en la doctrina y en la sociedad española. De ahí que la propia Dirección General endureciera los requisitos para que el ordenamiento jurídico español reconociera este tipo de filiaciones, emitiendo la resolución de 5 de octubre de 2010 que diseña un régimen especial para asumir las filiaciones mediante gestación subrogada fijadas en el extranjero y posibilitar su inscripción en un registro civil consular español⁷⁸.

Es importante mencionar que dentro de la escala normativa del ordenamiento jurídico español, la instrucción es el eslabón más bajo dentro de los diferentes escalones normativos.

⁷⁷ Me parece especialmente inteligente la mención respecto de la economía procesa recogida en el último párrafo del Fundamento de Derecho III.

⁷⁸ Los requisitos concretos fijados por la Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010 serán estudiados en el epígrafe 5.2, especificando claramente su concreción en el Registro civil consular. Si se desea profundizar en la génesis de la Instrucción, se recomienda la conferencia del Profesor Heredia Cervantes: "Reconocimiento en España de relaciones de filiación constituidas en el extranjero mediante gestación por sustitución". *Seminario: Familia y gestación por sustitución, un enfoque interdisciplinar*. (Madrid, 24 - 26 de junio de 2015). Madrid: Universidad Nacional de Educación a Distancia.

En este sentido, la instrucción no tiene eficacia erga omnes y se dicta para un supuesto concreto. Que es la inscripción en un registro consular español de una filiación mediante gestación por sustitución que ha sido realizada y determinada en el extranjero. Por otro lado, la instrucción solamente está destinada a los subordinados administrativos directos, es decir, los encargados de los registros civiles consulares.

En otro orden de cosas, el Ministerio Fiscal recurrió en vía judicial la resolución de la DGRN de febrero de 2009, abriendo una fase contenciosa que fue resuelta por la sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014. Dicha sentencia anulaba la resolución de la DGRN por ser contraria al orden público español y la correspondiente inscripción realizada en el registro civil consular de Los Ángeles⁷⁹.

A raíz del pronunciamiento del TS, confirmado por un auto posterior de 2 de febrero de 2015, se creaba una situación de incertidumbre en relación con este tipo de inscripciones que podría atender contra el principio de seguridad jurídica contenido en el artículo 9.3 de la Constitución.

Con el fin de aclarar la situación, la DGRN con fecha 11 de julio de 2014 emitió una nueva circular en la que autorizaba a los encargados de los registros civiles consulares a seguir inscribiendo este tipo de filiaciones de acuerdo con los preceptos marcados por la instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010.

Por otro lado, la Memoria de la Fiscalía General del Estado de 2016⁸⁰, señalaba que: *“en cuanto a las inscripciones de nacimiento de menores nacidos mediante gestación por sustitución, se mantiene la misma situación que en los años anteriores... 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”*.

⁷⁹ *Infra* epígrafe 4.2

⁸⁰ Memoria Fiscalía General del Estado, 2016, pág. 785. www.fiscal.es consultado el 6 de abril de 2018.

Finalmente, cabe destacar que el pasado 28 de noviembre de 2017, el Director General de los Registros y del Notariado, Javier Gómez Galibo, durante una comparecencia parlamentaria ante la Comisión de Igualdad del Congreso de los Diputados⁸¹; instó a que se regulara definitivamente la gestación por sustitución mediante una norma con rango de Ley. Con el fin de terminar con todas las inseguridades e incertidumbres que se originan al aplicar la Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010 que a día de hoy sigue siendo el único instrumento vigente y de aplicación en esta materia.

3.5 Ley 20/2011 de Registro Civil. ¿Hacia una regulación de la gestación por sustitución con una norma con rango de Ley?

La Ley 20/2011 de Registro Civil⁸² busca sustituir la anterior Ley de Registro Civil 8 junio de 1957 que, aunque todavía sigue vigente hasta que no entre en vigor la nueva normativa, se ha quedado desactualizada en muchas cuestiones de fondo, sobre todo con la revolución de las comunicaciones propia de la era digital. Como muy acertadamente recoge la propia exposición de motivos:

“Aunque la vigente Ley del Registro Civil, de 8 de junio de 1957, ha dado muestras de su calidad técnica y de su capacidad de adaptación a lo largo de estos años, es innegable que la relevancia de las transformaciones habidas en nuestro país exige un cambio normativo en profundidad que, recogiendo los aspectos más valiosos de la institución registral, la acomode plenamente a la España de hoy, cuya realidad política, social y tecnológica es completamente distinta a la de entonces”.

Ahora bien, por cuestiones que escapan al contenido del presente trabajo, la nueva Ley de Registro Civil no ha entrado todavía en vigor, habiéndose pospuesto en reiteradas ocasiones su puesta en funcionamiento. La última de ellas ha tenido lugar con la Ley 5/2018⁸³ que

⁸¹ <https://www.elperiodico.com/es/sociedad/20171129/el-director-de-los-notarios-implora-al-congreso-que-regule-la-filiacion-de-los-nacidos-por-gestacion-subrogada-6459126> consultado el 10 de abril de 2018

⁸² Ley 20/2011 de Registro Civil de 21 de julio. Publicada en el BOE nº 175 de 22 de julio de 2011.

⁸³ Ley 5/2018 de 11 de junio de modificación de la Ley 1/2000 de 7 de enero de Enjuiciamiento Civil, en relación a la ocupación ilegal de viviendas. Publicada en el BOE nº142 de 12 de junio de 2018.

establece en su disposición final primera, una modificación de la disposición final décima de la Ley 20/2011, fijando el 30 de junio de 2020 como nueva fecha de entrada en vigor de la nueva LRC.

En cualquier caso, esta normativa representa el futuro de la regulación registral, sin perjuicio de que parte de su articulado sí que haya entrado en funcionamiento. De ahí que me parezca conveniente su estudio y en el ámbito concreto de la gestación por sustitución, estimo necesario llamar la atención sobre las siguientes disposiciones.

En primer lugar, la propia Exposición de Motivos donde claramente se señala que:

“En la presente Ley se incorpora la Convención de los derechos del niño de 20 de noviembre de 1989, ratificada por España el 30 de noviembre de 1990”. Esta afirmación conlleva reafirmar la importancia del principio del interés superior del menor en materia registral, que se incorpora a nuestra legislación registral por la vía de los artículos 10.2 y 96 de la CE, resultando de aplicación directa en materia de nacimientos y filiación.

La exposición de motivos también recoge lo siguiente: *“Una de las mayores novedades se centra en la inscripción de documentos judiciales extranjeros. De este modo, se permite no sólo la inscripción previo exequátur sino también la posibilidad de que el Encargado del Registro Civil realice la inscripción tras proceder a un reconocimiento incidental”.* Cabe resaltar la importancia del control incidental que realiza el encargado del registro civil consular de la sentencia extranjera que regule una filiación mediante gestación por sustitución, cuyas implicaciones desarrollaremos en el epígrafe 5.2.

En este caso concreto, la importancia del control incidental recogido en la nueva Ley de Registro Civil es precisamente que el mismo viene regulado por una norma con rango de Ley. Lo que por un lado refuerza la legitimidad del reconocimiento realizado por el funcionario consular y por otro otorga mayor seguridad jurídica a dicha inscripción, haciendo más complicado ulteriores impugnaciones.

Los artículos 23 y 24 de la citada norma regulan los registros civiles consulares y las funciones encomendadas a los mismos. El artículo 27 permite que un documento público extranjero, cumpliendo los requisitos fijados por las normas de DIPr español, sea documento suficiente para promover un asiento registral. El artículo 30.2 establece el control de legalidad sobre la documentación presentada que debe realizar el encargado del registro civil.

Estas disposiciones regulan el registro civil consular y las funciones encomendadas al encargado del mismo; las mismas se extienden completamente al aspecto que estamos estudiando de la inscripción registral de un nacimiento y una filiación fijado mediante una gestación por sustitución.

El Capítulo Primero del Título VI de la Ley se refiere a la *“Inscripción del nacimiento”*, comenzando con el artículo 44 (en vigor desde el 15 de octubre de 2015) cuya apartado cuarto dispone lo siguiente:

“La filiación se determinará, a los efectos de la inscripción de nacimiento, de conformidad con lo establecido en las leyes civiles y en la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida.

Salvo en los casos a que se refiere el artículo 48, en toda inscripción de nacimiento ocurrida en España se hará constar necesariamente la filiación materna, aunque el acceso a la misma será restringido en los supuestos en que la madre por motivos fundados así lo solicite y siempre que renuncie a ejercer los derechos derivados de dicha filiación”.

El 44.8 establece lo siguiente:

“En los supuestos de controversia y en aquellos otros que la ley determine, para hacer constar la filiación paterna se requerirá previa resolución judicial dictada conforme a las disposiciones previstas en la legislación procesal”.

A tenor de lo dispuesto por el artículo 44 en sus apartados 4º y 8º, el ordenamiento registral español reafirma la filiación determinada por el hecho biológico del parto. Esta disposición es reforzada además con la obligatoriedad de reflejar en el asiento registral la filiación materna, excluyendo por tanto dentro de España cualquier tipo de filiación mediante técnicas de gestación por sustitución a tenor de la cláusula de nulidad de estos contratos dispuesta por la Ley 14/2006.

Por otro lado, el artículo 96.2.1 establece el acceso al registro de las sentencias extranjeras, una vez hayan obtenido el correspondiente exequátur. Esta disposición es completada por el artículo 96.2.2 que dispone el control incidental de la resolución extranjera por parte del Encargado del registro civil.

Estas disposiciones se completan con el artículo 98.2 que estipula que: *“En el caso de que la certificación constituya mero reflejo registral de una resolución judicial previa, será esta el título que tenga acceso al Registro. Con tal fin, deberá reconocerse la resolución judicial de acuerdo a alguno de los procedimientos contemplados en el artículo 96 de la presente Ley”*.

De acuerdo con el profesor Heredia Cervantes⁸⁴ con esta disposición *“se elevó a rango de ley una de las soluciones contempladas en la Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010 sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución”*.

No puedo dejar de estar de acuerdo con la afirmación del profesor Cervantes. Porque, a tenor de lo artículos reseñados se puede perfectamente observar que el legislador está normativizando mediante una norma con rango de ley, el acceso al registro civil de una sentencia extranjera que establezca una filiación mediante una técnica de gestación por sustitución. Facultando además al encargado del registro civil consular a que haga un control incidental de la mencionada resolución.

⁸⁴ HEREDIA CERVANTES, Iván: *óp. cit.*, pág. 386. El profesor Heredia también confirmó este hecho durante la ponencia ofrecida en el seminario de la UNED a propósito de la gestación por sustitución. *Óp. cit.*

La Ley 20/2011 está expresamente regulando, aunque no se haga mención directa, el acceso al registro español de una filiación mediante gestación por sustitución recogida por una resolución judicial extranjera. Siempre y cuando que se cumplan los requisitos recogidos en la Ley que, a su vez, coinciden con los de la Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010.

Este hecho es perfectamente compatible con la Ley 14/2006 que prohíbe la suscripción de un contrato de gestación en territorio español y completa a la Ley 20/2011 que, en España establece la obligatoriedad de reflejar en la inscripción registral de nacimiento la filiación materna. Por otro lado, esta nueva regulación tiene su antecedente en una reunión que tuvieron Representantes del Ministerio de Justicia con la asociación “*Son Nuestros Hijos*”⁸⁵ en la que se comprometían a mejorar la Ley 20/2011 en materia de inscripción registral de la filiación mediante gestación por sustitución.

Como expresamente reconoce la nota de prensa de este encuentro: “*se adaptará la legislación española a lo establecido en una reciente sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de Estrasburgo, cuya resolución condenaba a Francia y reconocía el derecho de inscripción de un menor nacido a través de la técnica de gestación subrogada*”.

La jurisprudencia del TEDH ha resultado determinante en esta cuestión, asentando la primacía del principio del interés superior del menor sobre los deseos de los padres de intención. Este extremo será muy relevante para comprender la actuación que el funcionario consular debería seguir en estos supuestos.

La nueva regulación contenida en la Ley 20/2011 está revestida, en definitiva, de la fuerza moral que le otorga el haber sido aprobada por nuestro Legislador, dando una previsibilidad a este procedimiento que facilita los trámites a todas la partes implicadas y en última instancia al menor, cuyo interés superior es el valor moral subyacente en esta regulación.

⁸⁵ Nota de prensa de 9 de julio de 2014. www.mjusticia.gob.es

3.6 Trabajos de la Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado.

No querría terminar este apartado sin hacer mención a la Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado que está realizando toda una serie de estudios destinados a la elaboración de un convenio en materia de gestación por sustitución que seguiría el ejemplo de lo que se hizo en su día en el campo de la adopción internacional y que contribuiría a proporcionar una considerable seguridad jurídica a las situaciones privadas internacionales que se plantean en materia de gestación por sustitución.

Desde 2011 la Conferencia comenzó a trabajar con el fin de armonizar una serie de requisitos mínimos en materia de reconocimiento de filiaciones mediante gestación por sustitución que pudieran dar la lugar a un Convenio Internacional sobre la materia semejante al Convenio de 1993 sobre reconocimiento de adopciones internacionales⁸⁶ y al que se adherirían los Estados miembros que así lo desearan.

Como señala la profesora Durán Ayago⁸⁷, la relevancia de estos trabajos conllevaría la elaboración de un convenio que recogiera un reconocimiento automático de las filiaciones realizadas en el extranjero, evitando la iniciación de un nuevo expediente de inscripción registral de la filiación.

Precisamente y como ya hemos podido ver, uno de los objetivos del DIPr es evitar las *situaciones claudicantes*. El derecho del menor a tener una identidad única, recogido en la CDN así como en la jurisprudencia del TEDH y de nuestro TS, que nutriría de contenido al principio del interés superior del menor es justificante suficiente para sustentar los trabajos que se están realizando en la Haya.

⁸⁶ CONFERENCIA DE LA HAYA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO. *Private International Law Issues surrounding the status of children, including issues arising from international surrogacy arrangements*. Preliminary document nº11. March 2011. www.assets.hcch.net consultado el 20 de marzo de 2018.

⁸⁷ DURÁN AYAGO, Antonia: “Una encrucijada judicial y una reforma legal por hacer: problemas jurídicos de la gestación por sustitución en España. A propósito del auto del Tribunal Supremo de 2 de febrero de 2015”. *Bitácora Millenium* nº2 (septiembre 2016).

Como indica la propia Conferencia⁸⁸ a la hora de explicar la génesis de este proyecto, históricamente la paternidad en general y las relaciones paterno-filiales en particular, había sido una cuestión que los diversos Estados habían regulado sin mayores inconvenientes. Sin embargo los grandes avances en materia de reproducción humana asistida han conllevado que los Estados enfoquen de forma diferente la cuestión de la gestación por sustitución.

Los trabajos de la Conferencia partieron de un estudio previo del año 2004, en el que se analizó los diferentes ordenamientos de DIPr de sus Estados miembros en materia de reconocimiento de decisiones extranjeras que dispongan filiaciones mediante gestación por sustitución⁸⁹.

Para ello el mecanismo que pretende articular la Conferencia es un sistema de cooperación entre las autoridades centrales de los Estados miembros, de modo que se puedan unificar los elementos exigidos para el reconocimiento de dicha decisión extranjera. La cooperación interestatal se realizará siguiendo los parámetros del Convenio de 1993 en materia de adopción. Para su mejor comprensión se va a reproducir el esquema de la profesora Vargas González-Urrutia.

Que en primer lugar establece unas condiciones previas de idoneidad que deben reunir los adoptantes, en este caso serían los posibles padres de intención. En segundo lugar se fijan cuáles son las autoridades que intervienen en el país de origen y en el país de destino así como las Agencias que están cualificadas para actuar como intermediarias en el proceso.

Finalmente si el proceso es realizado siguiendo los trámites marcados por el Convenio, la adopción vendrá determinada por una sentencia judicial que certificará que dicha adopción es conforme al Convenio de la Haya, pudiendo por tanto ser automáticamente reconocida en el país de destino⁹⁰.

⁸⁸CONFERENCIA DE LA HAYA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO. *Idem*.

⁸⁹ VARGAS GONZÁLEZ-URRUTIA, Marina: *óp. cit.*

⁹⁰ VARGAS GONZÁLEZ-URRUTIA, Marina: *óp. cit.*

El procedimiento de trabajo de la Conferencia es a través de reuniones de expertos de los diferentes Estados, que si bien es un sistema más demorado de trabajo, a largo plazo refuerza la seguridad jurídica del Convenio. Puesto que permite que los peritos en la materia de cada país, hayan intervenido en la elaboración del texto, haciendo más fácil su posterior adhesión. El último informe del Grupo de expertos que tuvo lugar tras la reunión del 6 al 9 de febrero del 2018⁹¹, señala entre otros aspectos, las siguientes cuestiones que me parecen de interés:

En primer lugar, en el párrafo 5 del informe se recoge el objetivo que debería perseguir los trabajos de la Conferencia que esencialmente sería el de dotar de seguridad jurídica a la relación paterno-filial de modo que sea respetada en diversos estados con tradiciones y cultura jurídicas muy diferentes. Este argumento también es recogido por el TEDH en sus pronunciamientos en materia de gestación por sustitución.

La certeza implica que se puedan resolver “*ex ante*” los conflictos que se puedan plantear entre los diferentes ordenamientos jurídicos en materia de filiación. Asimismo el grupo de expertos vuelve a insistir en que el interés superior del menor debe de ser la consideración primordial en esta materia.

En segundo lugar, el párrafo 11 del informe, apunta que los trabajos de la Conferencia deberían centrarse en una convención o instrumento internacional que permitiera reconocer cualquier decisión judicial en esta materia por cualquier Estado firmante. Esta afirmación la considero relevante puesto que los propios expertos de cada Estado, están haciendo referencia a que el documento que reconozca la filiación mediante esta técnica reproductiva sea una decisión judicial y no un mero documento registral o notarial.

Traemos a colación, lo indicado en apartados anteriores, una decisión judicial permite formalmente verificar por una instancia imparcial que el contrato de gestación por sustitución ha sido suscrito sin que haya una coacción respecto de la mujer gestante. Ahora bien, el concepto de decisión judicial es muy amplio y la articulación de los sistemas judiciales en la

⁹¹ CONFERENCIA DE LA HAYA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO. *Report of the experts' group on the parentage/surrogacy project (meeting of 6-9 February 2018)*. www.hcch.net. Consultado el 20 de marzo de 2018.

sociedad internacional es muy diferente según la tradición jurídica de cada país. Quizás por ello, llama la atención que el propio informe recoge que debe incluirse dentro del concepto de Tribunal aquellas autoridades que desempeñan una función jurisdiccional con independencia de su denominación.

En otro orden de cosas, me parece interesante destacar también el párrafo 16 del informe. En el mismo se señala que los trabajos de la Conferencia en materia de gestación por sustitución no deben menoscabar la convención internacional de 1993 sobre adopción internacional. Concretamente que no se utilice lo acordado en materia de gestación por sustitución para evitar lo dispuesto por la Convención de 1993 en materia de adopción internacional.

Finalmente creo importante destacar que en otro informe anterior, específicamente el de 2015, el grupo de expertos de la Conferencia llamó la atención sobre las malas prácticas de los agentes intermediarios en la subrogación⁹² (Párrafo 5 del anejo II), incidiendo en tres países especialmente (India, Tailandia y México).

No se debe olvidar que desgraciadamente en el ámbito de los países emergentes caracterizados por fuertes desigualdades socio-económicas y dificultades a la hora de implementar la legislación internacional en materia de Derechos Humanos, no hay garantías fehacientes sobre un consentimiento libre y consciente de la mujer gestante. Me parece necesario recordar esta mención ya que, la cuestión de los agentes intermediarios y particularmente su ánimo de lucro o falta de escrúpulos, es de los aspectos que más estigmatizan el debate en torno a la gestación por sustitución.

Por último y en base a mi experiencia consular, creo que es muy importante que el menor no entre en territorio español en una situación irregular. Puesto que entonces es mucho más complicada la realización de la correspondiente inscripción. Que en todo caso será siempre denegada por el Registro civil central y la reciente decisión del TEDH en el caso Paradiso y Campanelli, unida en nuestro derecho interno a la sentencia del TSJ de Madrid (*infra* epígrafe

⁹² CONFERENCIA DE LA HAYA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO. *The parentage/surrogacy Project: an updating note*. February 2015. www.hcch.net

5.4), abre la puerta a que las autoridades de menores acojan al menor bajo su guarda y custodia.

En todo caso, el polarizado debate existente en la sociedad española así como la existencia de un Parlamento muy fragmentado, hace difícil que haya el consenso político y social necesario para promulgar una ley que regule esta cuestión. De ahí que los trabajos de la Conferencia de la Haya al respecto, como muy bien indica la profesora Marina Vargas⁹³, sea muy pertinentes puesto que sólo conlleva la adhesión a un tratado internacional, evitando los trámites parlamentarios para la aprobación de una legislación interna sobre la que no existe consenso político.

Un ejemplo muy claro fue el Convenio de la Conferencia de la Haya en materia de adopción internacional suscrito en 1993⁹⁴ y la aprobación de la Ley de adopción internacional⁹⁵. La Conferencia sigue trabajando en las reuniones del grupo de expertos, de hecho en marzo de 2018 el Consejo acordó que este grupo debería celebrar dos reuniones más. Con el fin de profundizar en la armonización de las diferentes legislaciones en materia de paternidad y del reconocimiento de decisiones judiciales extranjeras y otros documentos públicas que legalmente determinen una paternidad⁹⁶.

4. Reacciones jurisprudenciales a nivel internacional y nacional.

En el año 2013, el Parlamento Europeo emitió un informe sobre el estado de la gestación por sustitución en los países de la UE⁹⁷. En dicho estudio, ya se recogía la regulación favorable

⁹³ VARGAS GÓMEZ-URRUTIA, Marina: *óp. cit.*

⁹⁴ Instrumento de ratificación del Convenio relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional, hecho en La Haya el 29 de mayo de 1993. Publicado en el BOE nº182 de 1 de agosto de 1995.

⁹⁵ Ley 54/2007 de adopción internacional de 28 de diciembre. Publicada en el BOE nº 312 de 29 de diciembre de 2007.

⁹⁶ <https://www.hcch.net/es/projects/legislative-projects/parentage-surrogacy> consultado el 20 de marzo de 2018.

⁹⁷ BRUNET, Laurence (Lead); CARRUTHERS, Janeen; DAVAKI, Konstantina; KIN, Derek; MARZO, Claire; MCCANDLESS, Julie: *Régimen de subrogación en los estados miembros de la UE*. Dirección General de

de Grecia y Reino Unido a la que habría que añadir la reciente normativa de Portugal. En el resto de los casos, las posiciones varían desde una prohibición expresa, una regulación tácita, nulidad, etc.

En cualquier caso y a resultas de estas posiciones, ha habido pronunciamientos jurisdiccionales en materia de gestación por sustitución y especialmente por las consecuencias en materia de derechos humanos que se derivan en este campo y que han facultado a que el TEDH se pronuncie al respecto.

En el caso concreto de España esos pronunciamientos, también han influido en la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo y en la pervivencia de la instrucción de la DGRN ya comentada.

Sin más dilación pasamos a comentar las sentencias del TEDH más relevantes.

4.1 Pronunciamientos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Caso Paradiso y Campanelli contra Italia Sentencia de la Gran Sala del TEDH de 24 de enero de 2017.

El TEDH presenta dos rasgos muy característicos, por un lado la posibilidad de condenar a los Estados que haya infringido alguno de los artículos del Convenio, por otro el hecho de que los particulares estén revestidos de legitimación activa para presentar directamente demandas ante el Tribunal, cuando entiendan que los poderes públicos hayan conculcado alguno de los derechos reconocidos en el Convenio.

Finalmente, el TEDH tiene la posibilidad de interpretar y completar el CEDH, dando contenido y concreción a los derechos humanos recogidos en el CEDH a través de su jurisprudencia. Esta posibilidad ha abierto la vía a una serie de pronunciamientos del Tribunal Europeo en materia de gestación subrogada.

Políticas Interiores. Derechos de los ciudadanos y asuntos constitucionales. Parlamento europeo. Bruselas 2013.

Nos interesan decisiones del TEDH en materia de gestación por sustitución y que afectan a Francia e Italia. En concreto nos estamos refiriendo al “*caso Mennesson contra Francia*” y “*Labassee contra Francia*”, ambos de 26 de junio de 2017 y dictados por la sección quinta del Tribunal. El caso que afecta a Italia es la sentencia de la Gran Sala del TEDH de 24 de enero de 2017 en el “*caso Paradiso y Campanelli contra Italia*”⁹⁸.

En otro orden de cosas y aunque no trate específicamente sobre gestación por sustitución, se debe tener presente también la sentencia del TEDH en el “*caso Wagner y J.M.W.L. contra Luxemburgo*” de 28 de junio de 2007. Dicha resolución se ocupa de resolver un supuesto de continuidad de una adopción concluida en el extranjero y considera que el Gobierno de Luxemburgo conculca el artículo 8 del CEDH al no reconocer dicha adopción y que rompe la unidad familiar que se ha establecido de facto. Este argumento servirá de precedente al Tribunal a la hora de fundamentar sus decisiones en materia de gestación por sustitución.

En los supuestos Mennesson y Labassee, el TEDH fundamenta su decisión sobre el hecho que, la decisión de Francia de no reconocer la filiación del menor respecto de los padres de intención, tiene consecuencia sobre la vida privada y familiar de los menores (art 8 del CEDH). Como apunta Roca Trias⁹⁹ a propósito de la decisión del Gobierno francés: “*Ello genera una cuestión grave de compatibilidad de esta situación con la protección de interés superior del hijo, cuyo respeto debe guiar cualquier decisión que les afecte*”.

El TEDH considera que, el interés superior del menor aconseja anular la decisión de Francia y que se debe reconocer la filiación del menor respecto de los padres de intención, considerando que el derecho recogido en el artículo 8 del Convenio ha sido vulnerado. El bienestar de los menores es el bien jurídico protegido en este caso y el derecho a la vida privada y familiar es entendido por el TEDH en relación con los menores. El principio del interés superior del menor aconseja que se reconozca la filiación de una unidad familiar de facto.

⁹⁸ Esta sentencia modificó sustancialmente la decisión de la Sala del TEDH de 27 de enero de 2015 que fue recurrida ante la Gran Sala del TEDH por el Gobierno italiano el 27 de abril de 2015.

⁹⁹ ROCA TRIAS; Encarnación: *óp. cit.*, pág. 327

Según la profesora Blanco-Morales¹⁰⁰, a la hora de juzgar si la injerencia institucional se ajusta o no a Derecho y en base a los parámetros recogidos en el artículo 8.2 del CEDH. El TEDH establece como baremo definitorio del orden público en materia de gestación por sustitución, la salud o la integridad del menor. Que se materializa en que, aunque la intromisión de las autoridades francesas haya estado prevista por la Ley, no se respeta la salud y la integridad del menor, vulnerando por tanto el derecho recogido en el artículo 8 del CEDH. Podemos observar como el interés superior del menor prevalece sobre los intereses generales del Estado francés que disponen la nulidad de los contratos de gestación por sustitución.

En cambio en la decisión de “*Paradiso y Campanelli contra Italia*”, la Gran Sala del TEDH convalida la decisión de un tribunal de menores italiano que anula la patria potestad de los padres de intención, por considerar que habían actuado con un deseo narcisista de resolver sus problemas de pareja (párrafos 37, 190 y 207). El principio del interés superior del menor aconsejaba que el menor fuera separado de su familia de intención y ponerlo bajo la custodia de los servicios sociales, mientras se encontraba una nueva familia de acogida para el menor bajo la vía de la adopción.

¿Por qué me parece que es tan significativa esta resolución del TEDH? Porque con la misma el Tribunal está confirmando que una filiación mediante gestación por sustitución debe de ser realizada de forma correcta, siguiendo el cauce normativo establecido. Convalidando la decisión de Italia de quitar la custodia de un menor nacido mediante esta técnica a los padres de intención. Este pronunciamiento asienta la primacía que da el TEDH al principio del interés superior del menor que prima sobre los derechos de los padres de intención y que en todo caso, obliga a respetar el cauce marcado por el ordenamiento jurídico para este tipo de inscripciones.

¹⁰⁰ BLANCO-MORALES LIMONES, Pilar: *óp. cit.*

Esta decisión del Tribunal Europeo debería ser una llamada de atención para muchas familias de intención españolas que acuden a la gestación por sustitución y no realizan correctamente los trámites de inscripción registral.

Se puede dar por ejemplo la circunstancia que, el país donde haya nacido el menor le conceda automáticamente su nacionalidad por una cuestión de *ius soli*, como es el caso de los Estados Unidos. Por otro lado los titulares de pasaportes de estos países no necesitan visado para entrar en España.

De ahí que en estos supuestos se podría plantear la hipótesis que los padres de intención españoles entraran en España con el menor de edad, que viajaría con el pasaporte de su país de nacimiento, e intentaran registrar la filiación en un registro civil español. En este caso sería el Registro Civil Central por haber acontecido en el extranjero el presunto hecho registral inscribible. Dicha inscripción nunca se podrá llevar a cabo en España por la cláusula de nulidad del artículo 10.1 de la Ley 14/2006, dejando al menor de edad en una situación de desamparo.

Aunque siempre hay que atender al caso concreto, la sentencia de la Gran Sala del TEDH en el caso Paradiso y Campanelli, tomando como referencia el principio del interés superior del menor, ha estimado que las autoridades italianas no han vulnerado el CEDH a la hora de anular la guarda y custodia de los padres de intención sobre el menor.

En este sentido y de cara a la dimensión consular de la gestación por sustitución en España, esta decisión conlleva que los padres de intención deban respetar el marco legal y en concreto las disposiciones de la circular de la DGRN de 5 de octubre de 2010 y las recomendaciones que le haga el registro civil consular donde se vaya a registrar la filiación.

Con esta decisión, el Tribunal europeo abre la puerta a que los servicios sociales puedan quedarse con la custodia de un menor que no haya sido conveniente inscrito por los padres de intención, además de nutrir con un nuevo criterio jurisprudencial a los poderes judiciales de los países firmantes del CEDH.

De hecho, este pronunciamiento de la Gran Sala del TEDH también ha sido utilizado por la sala de lo contencioso administrativo del TSJ de Madrid en su sentencia 209/2017 de 13 de marzo de 2007 que desestimó un recurso interpuesto contra el Consulado General de España en Moscú (*infra* epígrafe 5.4).

Ahora bien, tras haber repasado las decisiones del Tribunal europeo podemos concluir que no hay una línea jurisprudencial definida. El Tribunal ha juzgado los casos de forma diferente atendiendo al interés superior del menor.

Por otro lado, conviene recordar también que las sentencias del TEDH no son ejecutivas, solamente tienen un valor declarativo que constata la violación o no de alguna disposición del CEDH por parte del Estado demandado. Ahora bien, el hecho que no constituyan un título ejecutivo, no significa que sí estén revestidas de un fuerza moral y que el Estado condenado deba dar comunicar el resto de Estados miembros del Consejo de Europa su grado de cumplimiento de las sentencias.

En otro orden de cosas, la interpretación que el TEDH hace del CEDH a través de sus sentencias, es recibida en nuestro ordenamiento jurídico a través de la cláusula 10.2 de la Constitución español y toda nuestra jurisprudencia en materia de Derechos Humanos debe de seguir el cauce marcado por el TEDH¹⁰¹.

En todo caso y como muy acertadamente señala la magistrada Roca Trias¹⁰², la regulación de los contratos de gestación por sustitución no es una cuestión “*jurídica sino de política jurídica*”, siendo el Legislador el que debería afrontar esta cuestión y no un órgano jurisdiccional de carácter supranacional. En resumidas cuentas estimo necesario subrayar que: “*una solución del tipo de la aplicada en estos países*¹⁰³ llevaría a declarar la nulidad

¹⁰¹ CASADEVALL, Josep: *óp. cit.*

¹⁰² ROCA TRIAS, Encarnación: *óp. cit.*, pág. 330.

¹⁰³ Donde los contratos de gestación por sustitución son nulos de pleno derecho.

de todos los efectos derivados de estos contratos, pero los niños no pueden ser declarados nullos” (Roca Trias¹⁰⁴).

Y precisamente por esto ha habido estos pronunciamientos jurisdiccionales. Vamos a pasar a estudiar a continuación cómo se ha manifestado nuestro Tribunal Supremo.

4.2 Pronunciamientos del Tribunal Supremo.

Como ya hemos visto en apartados anteriores (*supra* 3.4), la resolución de la DGRN de 18 de febrero de 2009 fue objeto de un recurso por parte del Ministerio Fiscal que tras todos los cauces procesales, terminó en una resolución del Tribunal Supremo mediante la sentencia de 6 de febrero de 2014, confirmada posteriormente por un auto de fecha 2 de febrero de 2015. Estas dos resoluciones fijan un criterio jurisprudencial contrario a la inscripción registral de filiaciones mediante gestación por sustitución, al estimar que son contrarias al orden público español.

Nuestro TS argumenta su decisión, entre otras razones, en base a que: *“la mercantilización que supone que la filiación de un menor resulte determinada, a favor de quien realiza el encargo, por la celebración de un contrato para su gestación, atenta contra la dignidad del menor al convertirlo en objeto de tráfico mercantil”* y en consecuencia podría generar una explotación sexual de las mujeres gestante, etc. (apartado 8 del fundamento de derecho nº5, STS de 6 de febrero de 2014).

Está claro, como muy bien expone la profesora Blanco-Morales¹⁰⁵, que estos elementos no se producen en el caso concreto de filiación por sustitución producida en el estado de California y que tras un largo proceso judicial dio lugar a la sentencia del TS. Asimismo también defiende que el TS extrapolo un caso concreto, relativo al acto administrativo de inscripción de la filiación en el Consulado de Los Ángeles, a la gestación por sustitución en general.

¹⁰⁴ ROCA TRIAS, Encarnación: *óp. cit.*, pág. 330.

¹⁰⁵ BLANCO-MORALES LIMONES, Pilar: *óp. cit.*

Sin embargo el Tribunal Supremo trazó una jurisprudencia que ante la incertidumbre que podía general, fue refrendada por su auto de 2 de febrero 2015 y que puede abrir la vía a futuras reclamaciones en vía judicial de las inscripciones de filiación que se realicen en los registros civiles consulares. Estos pronunciamientos del TS recogen expresamente la conformidad de dichas decisiones, que establecen la cancelación de un asiento registral de filiación, con la jurisprudencia del TEDH¹⁰⁶.

La sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014, dispuso la cancelación del asiento registral realizado en el consulado de España en los Ángeles por estimar que dicha filiación es contraria al orden público español y en concreto contra la dignidad de la persona recogida en el artículo 10 de nuestra Carta magna y que se convierte en un valor del ordenamiento jurídico. El TS deja abierta la vía de reclamación de la paternidad por parte del padre biológico y el otro cónyuge podría acudir a la vía de la adopción.

No es el objeto de este trabajo realizar una valoración moral en torno a la gestación por sustitución, pero no parece indicar que esta institución jurídica vaya a lesionar el ordenamiento español en su conjunto.

En este sentido coincido plenamente con el criterio de la profesora Pilar Blanco y creo que el TS con sus decisiones ha entrado a juzgar la gestación por sustitución en su conjunto, abriendo unos precedentes jurisprudenciales que no van a disuadir a posibles familias de intención españolas a la hora de acudir a la gestación por sustitución en el extranjero y van a dificultar todavía más el trabajo del encargado del registro civil consular en estos casos¹⁰⁷.

Además y si nos situamos en el ámbito de la cláusula del orden público internacional, en muchas ocasiones cada institución jurídica es regulada de forma diferente según el trasfondo

¹⁰⁶ DURÁN AYAGO, Antonia: *óp. cit.*

¹⁰⁷ Ya hemos visto (*supra* 3.4) que la instrucción de 5 de octubre de 2010 de la DGRN sigue plenamente vigente y por tanto es el único instrumento válido que tiene el encargado del registro civil consular para proceder en estos casos.

cultural del ordenamiento en cuestión y esta particularidad no tiene por qué activar la cláusula del orden público internacional¹⁰⁸.

Además, las normas internacionales sobre Derechos Humanos también forman parte de nuestro orden público y, como ya hemos estudiado, en el campo de la gestación por sustitución salen a relucir toda una serie de Derechos Humanos que se subsumen en el principio del interés superior del menor y que por tanto, conllevaría que nuestro ordenamiento tomara en consideración este tipo de situaciones¹⁰⁹¹¹⁰.

Asimismo es aconsejable mencionar que estas resoluciones del TS se refieren al interés superior del menor como un concepto jurídico indeterminado y como acertadamente señala Roca Trias¹¹¹, este criterio se aparta de la jurisprudencia tradicional del TS que define el interés superior del menor como un principio absoluto.

Con el fin de completar los pronunciamientos de nuestro Alto Tribunal, se deben traer a colación que la Sala de lo Social del TS en dos sentencias de fecha 25 de octubre de 2016 y 16 de noviembre de 2016 ha reconocido prestaciones por maternidad a progenitores que lo han sido mediante técnicas de gestación por sustitución¹¹².

Ambas decisiones han generado amplia polémica y han contado con varios votos particulares que, entre otras cosas, señalan que “*proteger una situación de necesidad no justifica sin más,*

¹⁰⁸ Se puede citar a título de ejemplo la resolución de la DGRN de 27 de mayo de 1994 sobre la capacidad nupcial y el derecho marroquí.

¹⁰⁹ JIMENEZ SOLARES, Elba: “Las normas internacionales convencionales de Derechos humanos y su contribución al orden público internacional”. *Revista de Derecho*. UNED. Nº14 (2014), págs. 325-347.

¹¹⁰ Es interesante escuchar la conferencia de la profesora María José Cabezudo. “Técnica reproductiva por sustitución y aspectos legales de la gestación por sustitución en el Estado de California”. *Seminario Familia y gestación por sustitución: un enfoque interdisciplinar*. (Madrid, 24 - 26 de junio de 2015). Madrid: Universidad Nacional de Educación a Distancia.

Durante la misma se señalan que los pronunciamientos del TEDH en materia de gestación por sustitución y en relación con el artículo 8 del CEDH, podrían dar lugar, incluso por la vía del artículo 10.2 de la CE, a la regulación de la filiación por gestación por sustitución en España.

¹¹¹ ROCA TRIAS, Encarnación: *óp. cit.*, pág. 313 y 314.

¹¹² Si se desea ampliar la información a este respecto, se puede consultar el artículo de MERCADER UGUINA, Jesús R: “La creación por el Tribunal Supremo de la prestación por maternidad subrogada: A propósito de las SSTs de 25 de octubre de 2016 y de 16 de noviembre de 2016”. *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Marzo de 2017), Vol. 9, Nº1.

el reconocimiento de una prestación”. Ahora bien, volviendo al principio del interés superior del menor, es plenamente no sólo entendible sino también loable las decisiones de la sala de lo social del TS que en última instancia han tenido el bienestar del menor como referente de sus decisiones.

A tenor de los pronunciamientos judiciales vistos tanto a nivel europeo como nivel nacional, podemos concluir que no hay una línea jurisprudencial definida, lo que unido a la regulación normativa con una simple instrucción, se traduce en que los padres de intención deban de ser especialmente cuidadosos si deciden acudir a la gestación por sustitución e intenten seguir las pautas de la instrucción, teniendo presente que el interés superior de menor será el baremo que justifique la actuación institucional.

Por otro lado, la jurisprudencia más reciente del TEDH sustenta esta opinión, estableciendo un criterio que ya están aplicando nuestro Tribunales. Por ejemplo la sentencia 209/2017 de 13 de marzo de la sala de lo contencioso administrativo del TSJ de la Comunidad de Madrid (*infra* 5.4). En este apartado nos hemos limitado a citar al TS puesto que es el mismo el que determina y unifica la jurisprudencia. Pero tomando en consideración el criterio del TEDH en el caso Paradiso y Campanelli que ya está utilizando nuestro poder judicial, no podemos descartar que en el futuro haya un pronunciamiento al respecto del TS.

En otro orden de cosas, la construcción doctrinal en torno a la teoría del orden público atenuado¹¹³, nos puede ayudar a comprender el porqué de la vigencia de la Instrucción de la DGRN y la posibilidad de inscripción de este tipo de filiaciones en el registro civil consular.

Por tanto, los padres de intención españoles pueden seguir acudiendo al extranjero con el fin de utilizar este método reproductivo. Dicha instrucción permite que el Encargado del Registro civil consular ejerza un considerable margen de apreciación siempre y cuando que se cumplan ciertos requisitos. Por todo ello, en el capítulo siguiente vamos a estudiar en

¹¹³ Vid VARGAS GÓMEZ-URRUTIA, Marina: *óp. cit.* CALVO CARAVACA, Alfonso Luis y CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier: “*Derecho Internacional...*” págs. 539 y siguientes.

detalle cómo deberían proceder los padres de intención en estos supuestos. Pero para ello se hace necesario contextualizar la intervención consular en el terreno del registro civil consular.

5. Inscripción de la filiación mediante gestación por sustitución en el registro civil consular español. Función calificadora del Cónsul. Recomendaciones y casos concretos de inscripción.

5.1 Función consular en materia de registro civil.

De acuerdo con el profesor Aguilar Benítez de Lugo¹¹⁴, la función consular viene determinada por fuentes internacionales y fuentes de producción interna. Desde el punto de vista de las convenciones internacionales y dejando de lado las convenciones que regulan funciones consulares específicas, destaca por la Convención de Viena de 1963¹¹⁵ sobre relaciones consulares. Que por un lado codifica las funciones consulares que se han venido fijando de forma consuetudinaria y por otro unifica y da coherencia a todo el derecho consular existente.

El artículo 5.f del mencionado convenio establece que una de las funciones del Cónsul es la de ser el encargado del registro civil consular siempre y cuando lo permitan las leyes del Estado receptor. Tal y como señala el Embajador Núñez Hernández¹¹⁶: *“ningún país que los autores recuerden se opone a la existencia de un Registro Civil en las oficinas consulares que se encuentren en el mismo”*.

Por otro lado, la Convención de Viena de 1961¹¹⁷ sobre relaciones diplomáticas establece en su artículo 3.d como una de las funciones de la misión diplomática, informar por todos

¹¹⁴ AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO, Mariano: *Intervención Consular en Derecho Internacional Privado*. Ed: Universidad de Sevilla. Sevilla 2005, pág. 14.

¹¹⁵ Convención de Viena de 24 de abril de 1963 sobre relaciones consulares. Publicada en el BOE nº56 de 6 de marzo de 1970.

¹¹⁶ NÚÑEZ HERNÁNDEZ, Jesús y MARTÍ MARTÍ, Xavier: *óp. cit.*, pág. 488.

¹¹⁷ Convención de Viena de 18 de abril 1961 sobre relaciones diplomáticas. Publicada en el BOE nº21 de 24 de enero de 1968.

los medios lícitos de lo que ocurre en el Estado receptor e informar al Estado acreditante. No conviene olvidar que el artículo 48.1 la Ley 2/2014¹¹⁸ que regula el Servicio Exterior del Estado, establece que las Oficinas Consulares de carrera estarán a cargo de un funcionario de la Carrera Diplomática.

Estas disposiciones conllevan que los funcionarios encargados de un registro civil consular sean también funcionarios de la Carrera Diplomática española y por ello, estén informados de lo que acontece en el Estado receptor e debidamente al Estado acreditante, es decir, a España.

En cumplimiento de esta función que es inherente al trabajo diplomático y como apunta el profesor Heredia Cervantes¹¹⁹, los Cónsules españoles habían informado en reiteradas ocasiones a la DGRN sobre supuestos de filiaciones mediante gestación por sustitución que estaban teniendo lugar en los Estados donde se encontraban acreditados y en las que no se respetaba los derechos de la mujer gestante, especialmente a la hora de verificar que no hubiera ningún tipo de coacción en el momento de suscribir el contrato de gestación. Especialmente el profesor Heredia Cervantes señala en su ponencia dos países emergentes, India y Tailandia.

Por lo tanto y a tenor de lo expuesto, se puede concluir que la función registral es uno de los aspectos esenciales del trabajo consular. Un elemento fundamental del trabajo registral consular es la labor calificadora que se le encarga única y exclusivamente al Cónsul por su calidad de encargado del Registro civil consular.

Por otro lado es importante recordar que los cónsules a la hora de ejercer sus funciones registrales se equiparan al juez de primera instancia encargado del registro civil municipal¹²⁰ y que el canciller del Consulado ejerce las funciones de Ministerio Fiscal, estando siempre presente cuando hay hechos registrales inscribibles que afecten a menores de edad.

¹¹⁸ Ley 2/2014 de 25 de marzo de Acción y del Servicio Exterior del Estado. Publicada en el BOE nº74 de 26 de marzo de 2014.

¹¹⁹ HEREDIA CERVANTES, Iván: *óp., cit.*

¹²⁰ NÚÑEZ HERNÁNDEZ, Jesús y MARTÍ MARTÍ, Xavier: *óp. cit.*, pág. 497.

En otro orden de cosas conviene subrayar, siguiendo al profesor Aguilar Benítez de Lugo¹²¹ que: “*el criterio de la nacionalidad ha sido determinante de la atribución de competencia a la autoridad consular, e, indirectamente a su ley nacional*”. “*Se establece, pues, una correlación entre la solución de los conflictos de autoridades y la solución de los conflictos de leyes, entre la determinación de la autoridad competente y la designación de la ley aplicable, entre la competencia de la autoridad española y la aplicación de la ley española*”.

En este caso uno o los dos padres de intención deben de tener la nacionalidad española, siendo dicha nacionalidad el punto de conexión que pone en marcha el mecanismo consular, en base al aforismo: “*auctor regit actum*”. Siendo la nacionalidad de los dos padres de intención o de alguno de ellos, la fuente que fundamenta la autoridad consular en estos supuestos.

El registro civil municipal se rige por el principio de la territorialidad. Tal y como dispone el primer párrafo del artículo 15 de la Ley de Registro Civil¹²²: “*En el Registro constarán los hechos inscribibles que afectan a los españoles y a los acaecidos en territorio español, aunque afecten a extranjeros*”. En cambio el Registro civil consular se articula según el principio de personalidad, es decir, es la nacionalidad española del promotor de la inscripción el presupuesto que abre la puerta a dicho trámite registral.

Ahora bien, además de la nacionalidad española del promotor, la legitimidad consular en materia registral también se completa, como indica el profesor Heredia Cervantes¹²³, porque en estos supuestos, se aplica analógicamente lo dispuesto para las adopciones internacionales.

¹²¹ AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO, Mariano: *óp. cit.*, págs. 16 y 17.

¹²² Ley del Registro Civil de 8 de junio de 1957, publicada en el BOE nº151 de 10 de junio de 1957.

¹²³ HEREDIA CERVANTES, Iván: La inscripción de relaciones de filiación constituidas en el extranjero mediante gestación por sustitución: seis años desperdiciados en BENAVENTE MOREDA, Pilar y FARNÓS AMORÓS, Esther (coord.): *Treinta años de Reproducción Asistida en España: una mirada interdisciplinar a un fenómeno global y actual*. Boletín Ministerio de Justicia. Madrid, 2015. pág. 350.

Es decir se interpreta *“la regla contenida en el párrafo segundo del artículo 68 del Reglamento del Registro Civil es necesario partir de un concepto amplio de la figura del promotor de la inscripción que va más allá del padre o de la madre comitente y que se extiende a aquellos a quienes se refiere el hecho inscribible”*. Hecho inscribible que va a tener efectos jurídicos en España y que faculta también la intervención de la autoridad consular.

Asimismo conviene mencionar que sólo un funcionario consular de carrera puede realizar la función registral, prohibiendo expresamente el RD 1390/2007¹²⁴ de Agentes consulares Honorarios de España en el extranjero, el ejercicio de esta función por un Cónsul Honorario. Las Agentes consulares honorarios, son un gran apoyo al Servicio exterior del Estado pero es tal la trascendencia de la función consular en materia registral que la misma sólo puede ser ejercida por un funcionario de carrera.

Es por ello que solamente el encargado del registro civil consular puede realizar el control de legalidad de la sentencia que disponga la filiación mediante gestación sustitución así como del resto de requisitos recogidos por la Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010. Este control será expuesto en el epígrafe 5.2.

El procedimiento de inscripción registral es muy sencillo y viene marcado por la normativa vigente, que son la Ley y el Reglamento del Registro civil. El artículo 28 de la Ley expresamente recoge lo siguiente: *“Inmediatamente de formularse las declaraciones o de ser presentados los documentos necesarios, el encargado del Registro extenderá los asientos o dictará resolución razonada denegándolos”*.

Los artículos 122 a 128 del Reglamento de Registro civil regulan la función calificadora que se le reconoce al encargado del registro civil, destacando específicamente el artículo 122 que establece lo siguiente: *“El encargado del Registro no puede consular cuestiones sujetas a calificación”*.

¹²⁴ Real Decreto 1390/2007 de 29 de octubre por el que se aprueba el Reglamento de los Agentes consulares honorarios de España en el extranjero. Publicado en el BOE nº272 de 13 de noviembre de 2007.

Como muy acertadamente indica, el profesor Aguilar Benítez de Lugo¹²⁵, *“la autoridad consular es un instrumento al servicio del Derecho, un cauce para la aplicación de la ley española a los españoles en el extranjero, como artífice de la cooperación internacional, en definitiva como misionero o mensajero del Derecho Internacional Privado”*.

5.2 Inscripción de la filiación mediante gestación por sustitución en el Registro Civil consular. Función calificadora del Cónsul de acuerdo con la Instrucción de 5 de octubre de 2010. ¿Cómo se materializa?

En el apartado 5.1 hemos analizado la función consular en materia de registro civil y en qué consiste la misma. También hemos podido ver que, a pesar, de los pronunciamientos del TS, la instrucción de 5 de octubre de 2010 es el cauce normativo vigente para inscribir una gestación por sustitución en un registro civil consular. Vamos a estudiar en este apartado cuales son los pasos concretos que se deberían seguir de acuerdo con esta disposición sin olvidar la autonomía del funcionario consular a la hora de practicar la inscripción¹²⁶.

El punto 1 de la disposición primera de la Instrucción establece el requisito que la filiación venga determinada por sentencia judicial.

“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”.

¹²⁵ AGUILAR BÉNITEZ DE LUGO, Mariano: *óp. cit.*, pág. 14.

¹²⁶La misma viene recogida en el artículo 122 del RRC. Esta disposición se traduce en que el encargado del registro civil consular no puede solicitar el criterio del registro civil central a la hora de inscribir un hecho registral. Debe aplicar la normativa vigente, en este caso, la instrucción de la DGRN y decidir, según los requisitos establecidos por la norma, si ese hecho es inscribible o no.

Si la filiación no ha venido determinada por una sentencia judicial NO se puede inscribir siguiendo el cauce de la instrucción de 5 de octubre. La norma es muy taxativa al respecto y el funcionario consular no tiene ningún margen de maniobra¹²⁷.

En un principio, tenemos una sentencia judicial que desea ser recibida por el ordenamiento jurídico español. Para ello se deberían aplicar las herramientas que nos facilita el DIPr, es decir, dicha sentencia extranjera para poder ser reconocida en España debe de haber obtenido el correspondiente exequátur. El punto 2 de la disposición primera de la Instrucción es muy claro al respecto.

“Salvo que resultara aplicable un Convenio internacional, la resolución judicial extranjera deberá ser objeto de exequátur según el procedimiento contemplado en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881¹²⁸. 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”.

Sin embargo la propia Instrucción permite al funcionario consular realizar un control incidental de la resolución que dispense del requisito de exequátur y se pueda por tanto inscribir directamente la mencionada filiación en el Registro civil consular. Este margen de actuación que permite la norma refleja el valor añadido del funcionario consular en el ejercicio de la función registral. Pudiendo dispensar a los interesados de un procedimiento bastante tedioso que dilataría en el tiempo la realización de la inscripción. El punto 3 de la disposición primera determina exactamente lo siguiente:

¹²⁷ La normativa es muy clara, la sentencia judicial es un requisito *sine qua non* para realizar la inscripción. De hecho la disposición segunda de la instrucción termina de la siguiente manera:

“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”.

En el epígrafe 5.3 veremos cómo se puede inscribir la filiación no viene determinada por una sentencia judicial.

¹²⁸ El exequátur se encuentra regulado actualmente por la Ley 29/2015 de Cooperación Jurídica civil internacional de 30 de julio. Publicada en el BOE nº182 de 31 de julio de 2015.

“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”¹²⁹.

La teoría del reconocimiento incidental se inscribe en la función del DIPr relativa al reconocimiento, por parte del ordenamiento jurídico español, de decisiones extranjeras¹³⁰. Y su particularidad radica en que la decisión es invocada directamente ante la autoridad española, el Cónsul en el caso que nos ocupa.

Es importante mencionar que el artículo 44.2 de la ley de cooperación jurídica civil internacional¹³¹ establece el reconocimiento incidental de una decisión judicial extranjera por parte de juez español en el marco de un procedimiento civil y en el artículo 59.2 para su inscripción registral en un registro de la propiedad, mercantil o de bien.

Por analogía se puede extrapolar este reconocimiento incidental al que debe realizar el Cónsul como encargado del registro civil consular en los casos de gestación por sustitución. Además, este tipo de procedimientos, suelen tener también la consideración de procedimientos de jurisdicción voluntaria en los Estados receptores, tal y como señala la Instrucción.

En cualquier caso, la particularidad de todo este proceso es que se pretender inscribir en un registro español, una resolución extranjera que determina una filiación respecto de unos padres de intención, dejando de lado a la mujer gestante que, de acuerdo con las premisas de nuestro derecho de familia sería la no sólo la madre biológica sino también la madre legal.

¹²⁹ En este punto es conveniente recordar que la filiación debe de venir establecida por una sentencia judicial que haya sido dictada por un tribunal análogo a los españoles

¹³⁰ GASCÓN INCHAUSTI, Fernando: “Reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales extranjeras en la Ley de Cooperación Jurídica Internacional en Materia civil”. *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Octubre 2015) Vol. 7, nº2. Páginas: 158-187.

¹³¹ Ley 29/2015 de Cooperación Jurídica civil internacional de 30 de julio. Publicada en el BOE nº182 de 31 de julio de 2015.

La trascendente consecuencia jurídica de este tipo de inscripciones implica, por tanto, que el reconocimiento de las mismas sea un requisito ineludible para su inscripción¹³².

Para ello, el funcionario consular tiene la obligación de conocer las estructuras básicas del ordenamiento jurídico del Estado receptor. Al igual que cómo se articula las principales instituciones del mismo. En base a dicho conocimiento, debe de juzgar si es oportuno o no eximir a dicha resolución del requisito del exequátur. Asimismo, la dispensa del exequátur no es un extremo automático, sino que sólo tiene lugar cuando el funcionario consular a la hora de realiza la calificación, juzga que dicha sentencia puede ser dispensada del exequátur.

La normativa otorga este margen de confianza al funcionario consular como consecuencia de todo el acervo de tratados internacionales y legislación doméstica española que configuran la función consular. Se está atribuyendo al Cónsul una autonomía de acción como puente entre el Estado que envía y el Estado receptor. Además de garante del ordenamiento jurídico español y conocedor del ordenamiento del Estado receptor.

¿Qué condiciones debe de reunir la resolución extranjera para que ésta sea reconocida de forma incidental por el encargado del Registro civil consular? La instrucción determina también los elementos que se deben cumplir y que el funcionario consular debe determinar. Los mismos vienen desarrollados en la continuación del punto 3 de la primera disposición¹³³.

¹³² Si se desea ampliar la información se puede consultar BAZ VICENTE, Rubén. Aspectos Registrales civiles de la filiación en los supuestos de gestación por sustitución en BENAVENTE MOREDA, Pilar y FARNÓS AMORÓS, Esther (coord.): *Treinta años de Reproducción Asistida en España: una mirada interdisciplinar a un fenómeno global y actual*. Boletín Ministerio de Justicia. Madrid, 2015, págs. 272 y siguientes.

¹³³ 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.

Dentro de estos puntos, el más complicado de verificar, por su componente subjetivo, sería el relativo a la vulneración del interés superior del menor y que la madre gestante haya prestado su consentimiento de forma libre y voluntaria.

A mi juicio, la única manera de verificar este extremo es que a la hora de promover la inscripción, los padres de intención aporten junto con la resolución judicial, el contrato suscrito con la madre gestante. Donde el encargado del Registro civil consular pueda verificar que efectivamente se han prestado todos los consentimientos de forma libre, consciente y voluntaria. En este punto, puede surgir la preocupación de los padres de intención en torno a la confidencialidad de los datos de la gestante.

A estos efectos se debe recordar que los funcionarios consulares, al igual que toda la Administración General del Estado, se rigen por la Ley Orgánica de Protección de Datos¹³⁴. Esta norma obliga al empleado público a manejar toda la información de carácter personal con la debida discreción con el fin de respetar el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, recogido en el artículo 18.1 de la CE.

Una vez comentados los requisitos materiales que exige la Instrucción para poder realizar la inscripción. Debemos comentar que se debe cumplir otro requisito formal y es el lugar donde tenga lugar el hecho registral inscribible. Puesto que dicho municipio según la circunscripción consular determinará qué Registro civil es competente. Por ejemplo en el caso de Estados Unidos donde España tiene 9 Consulados Generales incluyendo a Puerto Rico. Se debe verificar la distribución por estados entre los diferentes Consulados Generales,

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

¹³⁴ Ley 15/1999 de 13 de diciembre de Protección de Datos de carácter personal. Publicada en el BOE nº 298 de 14 de diciembre de 1999. Esta protección es reforzada todavía más con el nuevo Reglamento europeo de Protección de Datos.

dando el caso que un Consulado General pueda o no realizar estos trámites según el Estado de donde provengan¹³⁵.

A la hora de promover la inscripción registral de esta filiación es relevante que los padres de intención tengan claros qué pasos deben de seguir. Puesto que, en muchas ocasiones uno de los obstáculos que debe afrontar el encargado del registro civil consular es que los promotores de la inscripción, es decir los padres de intención, no están inscritos en el Registro de Matrícula Consular porque no son residentes en la circunscripción. En ocasiones ni siquiera están inscritos como transeúntes y desconocen los procedimientos consulares de inscripción de actos registrales. Esta circunstancia viene también coadyuvada por la propia regulación en el Estado receptor de los contratos de gestación por sustitución.

Por ejemplo, como señala el profesor Iván Heredia¹³⁶, la ventaja de la regulación californiana es que *“únicamente requiere que sea la madre gestante quien resida en dicho Estado”*. Desde el punto de vista de la práctica consular, el principal inconveniente que este hecho plantea, es que los padres de intención no son residentes en la circunscripción consular, ni están inscritos en el Registro de Matrícula consular, viajando en muchas ocasiones sólo unos días al país para realizar los trámites registrales.

Por otro lado y aunque en el caso concreto del estado de California los trámites resulten formalmente bastante sencillos, debido a que el sistema judicial estadounidense es asimilable al español y se puede dispensar a la resolución judicial del trámite de exequátur¹³⁷. No se debe olvidar que se está instando un procedimiento registral que afecta a un menor de edad

¹³⁵ Pongamos el caso concreto del Consulado General de España en Nueva York que tiene una circunscripción consular que cubre cinco estados: Nueva York, Nueva Jersey, Connecticut, Pensilvania y Delaware. La gestación por sustitución es considerada como delito penal en el estado de Nueva York por lo que no se podría inscribir el hecho registral en dicho Estado en cambio sí que se podría inscribir dicha filiación si hubiera sido determinada en el estado de Pensilvania.

¹³⁶ HEREDIA CERVANTES, Iván: *óp. cit.*, pág. 343.

¹³⁷ Como muy acertadamente indica el profesor Heredia Cervantes: *óp. cit.*, pág. 357. La DGRN ha denegado múltiples filiaciones de gestación por sustitución ya que la misma no ha venido establecida por una resolución judicial. Por ejemplo destaca el caso de la India.

y que obliga al encargado del registro civil consular a actuar con la cautela y rigor derivado no solamente de las disposiciones del ordenamiento jurídico sino también del principio del interés superior del menor.

El hecho de no estar inscrito como residente no es óbice para que se puedan realizar trámites consulares, ya que se permite lo mismo a los no residentes o transeúntes. Ahora bien, es importante subrayar que cualquier trámite consular y en concreto los relativos al registro civil conlleva la observancia de una serie de requisitos que aconsejan que se disponga de varios días para su correcta ejecución.

Por todo ello es muy recomendable que los padres de intención entren en contacto directamente con el registro civil consular que vaya a ser competente en la inscripción de la filiación con el fin de que conozcan los requisitos exigidos para la inscripción registral. Asimismo sería aconsejable que residieran en la circunscripción consular un tiempo suficiente para que, aunque no se inscriban en el registro de matrícula consular, se inscriban al menos como no residentes y dispongan del tiempo suficiente para realizar la inscripción correctamente¹³⁸.

Desearía terminar este punto señalando que la exigencia de una sentencia judicial ha sido criticada por parte de la doctrina española¹³⁹. Sin embargo me parece que con la Instrucción de 5 de octubre de 2010, la DGRN está fijando un control adicional que refuerza la seguridad jurídica del acto registral de la inscripción.

La profesora Durán Ayago¹⁴⁰ describe perfectamente las diferencias entre la resolución de febrero de 2009 y la instrucción de octubre de 2010. La primera solamente se limita a trasponer al Derecho español un documento registral extranjero, utilizando como ya hemos visto las herramientas proporcionadas por el DIPr. En cambio con la Instrucción, se articula

¹³⁸ Los detalles concretos de este tipo de inscripción consular viene recogidos en la página web del Ministerio de Asuntos Exteriores y Cooperación. www.exteriores.gob.es

¹³⁹ CALVO CARAVACA, Alfonso Luis y CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier: "Notas críticas en torno a la Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010 sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución". *Cuadernos de Derecho Transnacional* (marzo de 2011). Vol. 3 N°1 págs. 247 – 262.

¹⁴⁰ DURAN AYAGO, Antonia: *óp. cit.*, nota pie de página nº25.

un proceso “ad hoc” que verifica que se hayan cumplido una serie de requisitos básicos en la relación jurídica que pretende ser transcrita al registro civil español.

En otro orden de cosas, la existencia de una resolución judicial coadyuva al funcionario consular a la hora de realizar el análisis previo. En concreto le permite verificar que aparentemente no haya habido una explotación de la mujer gestante, puesto que una autoridad judicial del Estado receptor ha confirmado que la gestante ha prestado su consentimiento de forma libre y voluntaria. Este extremo resulta mucho más difícil de averiguar por el encargado del registro civil consular mediante una mera resolución administrativa.

Por otro lado y como muy acertadamente recoge la propia exposición de motivos, con la misma se busca evitar el tráfico internacional de menores y en última instancia respetar el interés superior del menor tal y como dispone la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989. En este sentido y como señala Rubén Baz¹⁴¹, *“con tal exigencia se persigue 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 mujer gestante”*.

Finalmente, en cuanto a cómo se inscribe dicha filiación en el libro de nacimientos. Cabe destacar que se realizará una doble inscripción de la filiación, en analogía a lo realizado en los casos de inscripción registral de las adopciones y siguiendo lo dispuesto por el artículo 46 de la LRC. Se hace una primera inscripción de carácter transitorio en la que se incluye el origen biológico de la filiación y una anotación marginal que determina la filiación mediante un contrato de gestación por sustitución. Una vez realizada ésta, se procede a expedir el correspondiente asiento registral definitivo de la filiación por sustitución tal y como lo detalle la resolución judicial.

¹⁴¹ BAZ VICENTE, Rubén: *óp. cit.*, pág. 272.

5.3 Inscripción de la filiación mediante gestación por sustitución en el Registro Civil consular cuando no hay sentencia judicial. ¿Qué ocurre?

A lo largo de todo este trabajo, hemos partido siempre de la premisa que la filiación mediante gestación por sustitución viene determinada por una sentencia judicial tal y como señala la Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010.

Ahora bien, el problema de este planteamiento radica en que muchos países que regulan favorablemente la gestación, determinan la filiación mediante un documento público de carácter registral o notarial.

Como ya hemos visto, este tipo de certificación no constituye presupuesto suficiente para inscribir dicha filiación en el registro civil consular de acuerdo con la Instrucción de la DGRN. De ahí que se nos plantee la cuestión de qué opciones proporciona el ordenamiento jurídico español para registrar dicha filiación en los supuestos que no hay sentencia judicial.

Aunque en el epígrafe 5.5 de este trabajo se hará un repaso más detallado de la regulación en diferentes países de la gestación por sustitución y su trasposición al Registro civil consular. En este punto veremos cómo se pueden inscribir este tipo de filiaciones, adelantando que sí es posible su registro, aunque cumpliendo una serie de requisitos previos ineludibles y figurando en todo caso, la madre gestante como madre legal del menor. Puesto que este tipo de inscripciones seguirán el procedimiento ordinario de inscripción registral de un nacimiento y concretamente, la disposición 10.2 de la Ley 14/2006.

“La filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto”.

En todo caso al regirse esta inscripción por el cauce ordinario, el artículo 167 del RRC dispone expresamente que en la inscripción constará la identidad de la madre. De acuerdo con esta premisa, la gestante es la madre legal y como tal deberá figurar en el libro registral de nacimientos.

Por otro lado, esta afirmación se completa con el apartado 10.3 de la misma norma legal que establece lo siguiente:

“Queda a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales”.

Por ello para que se pueda registrar la filiación y no figure como única progenitora legal la madre gestante, es esencial que al menos uno de los progenitores de intención, en el supuesto de familias homosexuales o el padre de intención en el caso de familias heterosexuales o monoparentales, haya aportado su material biológico. En estos supuestos y de acuerdo con el artículo 43 de la LRC, el padre no sólo podrá sino que estará obligado a promover esa declaración de nacimiento.

El recién nacido será inscrito como un hijo extramatrimonial, esta mención es un anacronismo absoluto y que responde al hecho que nuestro ordenamiento jurídico mantiene la diferencia formal entre hijo matrimonial y extramatrimonial, aunque materialmente las consecuencias jurídicas de la filiación son idénticas.

Puesto que tras la aprobación de la Constitución de 1978 y a tenor de lo dispuesto por su artículo 39.2 complementado por el artículo 14, se terminaron las diferenciaciones legales al respecto y tanto los hijos matrimoniales como los extramatrimoniales y los adoptivos gozan de los mismos derechos. En este sentido el segundo párrafo del artículo 108 de nuestro Código civil dispone que:

“La filiación matrimonial y la no matrimonial, así como la adoptiva, surten los mismos efectos, conforme a las disposiciones de este Código”.

Recapitulando lo expuesto en estas líneas, dicha filiación será inscrita como no matrimonial, especificando expresamente que no consta matrimonio de los padres y figurando como padre, el progenitor que haya aportado el material biológico y como madre, la mujer gestante. Dicho

progenitor deberá reconocer su paternidad ante el Encargado del Registro civil de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 120 de nuestro Código Civil.

Es importante tener presente también que, aunque se aporte un documento que recoja la renuncia de la patria potestad por parte de la gestante, el Encargado del Registro civil consular siempre inscribirá a la gestante como madre legal porque así lo disponen nuestras normas registrales. Estando la mujer gestante obligada por la previsión del artículo 110 del Código civil: *“el padre y la madre, aunque no ostenten la patria potestad, están obligados a velar por los hijos menores y prestarles alimentos”*.

En estos supuestos, el otro padre de intención puede asumir la paternidad sobre el menor siguiendo la vía de la adopción. Para ello conviene también tener presente las disposiciones de nuestro ordenamiento en materia de adopción internacional (Ley 54/2007 de 28 de diciembre de adopción internacional, BOE nº312 de 29 de diciembre de 2007).

Obviamente es preferible que medie una sentencia judicial que determine la filiación y se pueda realizar la inscripción por lo dispuesto en la Instrucción. El principal inconveniente del cauce ordinario es que es imprescindible que uno de los progenitores de intención sea también el padre biológico porque si no sólo se puede realizar conforme al derecho registral español la inscripción de dicha filiación con la mujer gestante como madre biológica y madre legal¹⁴².

En todo caso es mucho más sencillo determinar la filiación en un país que la establezca por una resolución judicial. Ahora bien, está claro que esta solución no es la ideal, sobre todo cuando se le está atribuyendo a una mera Dirección General un papel de cuasileislador¹⁴³.

¹⁴² Además las consecuencias de que ninguno de los progenitores de intención sean padres biológicos ya se han visto en la jurisprudencia Paradiso y Campanelli y su reflejo en la sentencia del TSJ de Madrid (*infra* 5.4).

¹⁴³ DURAN AYAGO, Antonia: *óp. cit.*

5.4 Recomendaciones Ministerio de Asuntos Exteriores y Cooperación.

En el epígrafe 5.2 hemos analizado desde la óptica consular cómo se debería proceder para realizar correctamente la inscripción registral de la filiación en el Consulado que corresponda. Se ha sugerido también que se contacte a dicha oficina consular con la antelación suficiente con el fin de conocer exactamente los documentos que se solicitarían y cuando se deberían presentar.

Un elemento que facilita tremendamente este contacto son las nuevas tecnologías y en concreto las páginas web que tiene cada Embajada y Consulado General de España. En este sentido se va a incluir a continuación las recomendaciones recogidas en las páginas de diversas representaciones españolas en materia de gestación por sustitución.

En el caso concreto de determinados Consulados, como por ejemplo el Consulado General de España en Moscú¹⁴⁴ establece lo siguiente en su página web:

“En consecuencia, se desaconseja claramente iniciar un proceso de este tipo por no tener cabida en el ordenamiento jurídico español. Las Autoridades españolas no pueden hacerse responsables de las promesas y afirmaciones hechas por agencias privadas, que realizan fuera de España una actividad no amparada por la Ley española. Tampoco se puede asegurar que el tratamiento que se da a las madres gestantes sea bueno.

En este contexto, el Consulado General de España en Moscú, siempre dentro del marco legal vigente, no asumirá responsabilidades derivadas de un negocio jurídico nulo de pleno derecho que desaconseja realizar”.

¹⁴⁴

http://www.exteriores.gob.es/Consulados/MOSCU/es/Consulado/Paginas/Articulos/20150630_NOT1.aspx consultado el 10 de abril de 2018.

La Sección Consular de la Embajada de España en Kiev complementa lo dispuesto por el Consulado General en Moscú con la siguiente afirmación en su página web¹⁴⁵:

“Finalmente se advierte y se informa que esta sección consular es conocedora de que en los últimos meses se han venido produciendo estafas y engaños por parte de las denominadas clínicas de Reproducción asistida y las personas vinculadas a este tipo de negocios (irregularidades en el proceso, falta de informes, falta de transparencia y principalmente mala praxis médica), que como se reitera, no están permitidos en España”.

Por citar otro ejemplo, destaca también la recomendación realizada por la Embajada de España en Astana (Kazajstán)¹⁴⁶.

“Antes de iniciar cualquier contacto en relación a maternidad subrogada en Kazajstán o de tomar ninguna decisión, se ruega a todo español que pida información en: emb.astana@maec.es”

Cada Consulado General o Sección Consular de una Embajada de España puede decidir la pertinencia de incluir en su página web información sobre la gestación por sustitución en el Estado receptor. En todo caso y aunque no se haga ninguna recomendación al respecto, es siempre muy importante contactar con dicha Representación.

¿Por qué se está insistiendo en la conveniencia de seguir las recomendaciones del Ministerio de Asuntos Exteriores y Cooperación así como entrar en contacto con el Consulado General o Sección Consular de referencia?

Con el fin de comprender mejor este extremo, se va a poner para ello un caso real que tuvo lugar en el Consulado General de España en Moscú y que terminó con una sentencia de la

145

<http://www.exteriores.gob.es/Embajadas/KIEV/es/Embajada/ServiciosConsulares/Servicios%20consulares%20en%20Kiev/Registro/Paginas/Nacimientos.asp> consultado el 10 de abril de 2018.

146

<http://www.exteriores.gob.es/Embajadas/ASTANA/es/Embajada/ServiciosConsulares/Paginas/Adopciones.aspx> consultado el 10 de abril de 2018.

sala de lo contencioso administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid.

Concretamente nos estamos refiriendo a la sentencia 209/2017 de 13 de marzo del 2017 de la sala de lo contencioso del TSJ de Madrid que desestimó un recurso interpuesto por unos padres de intención contra el Consulado General de España en Moscú¹⁴⁷. Dicho recurso fue presentado ante la negativa de dicha Oficina consular de conceder un salvoconducto a un menor nacido mediante gestación por sustitución y cuya filiación respecto de los posibles padres de intención no había sido establecida fijando los trámites previstos por la instrucción de la DGRN 5 de octubre de 2010.

Se van a exponer los aspectos más significativos de esta sentencia judicial ya que ejemplifican las consecuencias de lo expuesto en el presente capítulo, especialmente en lo relativo a seguir el cauce previsto por el ordenamiento jurídico español en materia de gestación por sustitución y la recomendación de contactar siempre con carácter previo a los Consulados Generales de España o Secciones Consulares para conocer de primera mano cómo es la regulación de la gestación por sustitución en el Estado receptor.

El 28 de marzo de 2016, el Consulado General de España en Moscú deniega la solicitud de concesión de un salvoconducto¹⁴⁸ a un menor nacido en Rusia mediante gestación por sustitución cuyos supuestos de padres de intención son de nacionalidad española. El artículo 8 del RD 116/2013 establece lo siguiente:

“1. Todos los ciudadanos españoles tienen derecho a que se les expida un salvoconducto si precisan desplazarse a España y carecen de pasaporte ordinario o provisional.

¹⁴⁷ Vid GARCÍA RUÍZ, MP: “Gestación subrogada: estado legal y jurisprudencia de la cuestión”. *Revista de Jurisprudencia*. 1 de diciembre de 2017.

¹⁴⁸ La expedición de pasaportes provisionales y salvoconductos se encuentra regulada por el RD 116/2013 de 15 de febrero publicada en el BOE nº47 de 23 de febrero de 2013.

La obtención de salvoconducto por ciudadanos españoles sujetos a patria potestad o tutela estará condicionada al consentimiento expreso de la persona u órgano que tenga asignado su ejercicio o, en defecto de esta, del órgano judicial competente.

2. Las Misiones Diplomáticas u Oficinas Consulares españolas, previa autorización expresa de la Dirección General de Españoles en el Exterior y de Asuntos Consulares y Migratorios del Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación, podrán expedir salvoconductos a extranjeros cuya protección internacional haya sido asumida por España en aplicación de la legislación española.

Asimismo, previa la autorización expresa mencionada en el párrafo anterior, podrán expedir salvoconductos para promover el traslado del o de los solicitantes de protección internacional a España para hacer posible la presentación de la solicitud, conforme a lo previsto en el artículo 38 de la Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria.

3. La autorización para la expedición del salvoconducto a un extranjero, en los casos que se mencionan en el apartado anterior, estará sometida a informe previo favorable de la Oficina de Asilo y Refugio del Ministerio del Interior”.

A tenor de lo expuesto se puede claramente observar que los supuestos que habilitan la concesión de un salvoconducto tanto a ciudadanos españoles como extranjeros por parte de la oficina consular están muy tasados por la normativa que se acaba de mencionar.

El fundamento de derecho 6º de la sentencia del TSJ hace referencia a la instrucción de servicio de 5 de octubre de 2010 de la DGRN señalando que: *“la repetida Instrucción exige... la presentación ante el Encargado del Registro Civil de una resolución judicial dictada por el Tribunal competente. Con tales bases, la repetida Instrucción pretende dar eficacia en España a una inscripción producida en un Registro Civil extranjero que determina la filiación de un menor respecto de dos personas de nacionalidad española, por lo que la determinación de la filiación propiamente dicha y su eficacia se deriva de la resolución judicial exigida por la repetida instrucción”.*

Como se puede observar, el pronunciamiento judicial es muy claro respecto de la necesidad de una resolución judicial que determine la filiación mediante esta técnica.

Finalmente el fundamento de derecho 6º concluye de la siguiente manera: *“la situación en que ahora se encuentran los recurrentes y el menor, lejos de ser sorpresiva, puedo ser prevista e incluso premeditada debiendo, por consiguiente, ser ahora asumida”*.

Por otro lado, el TSJ utiliza la reciente jurisprudencia de la Gran Sala del TEDH en el caso Paradiso y Campanelli, concluyendo su fundamento de derecho 7º de la siguiente manera: *“... no puede concluir la Sala este recurso sino que, conforme a la doctrina más reciente del Tribunal Europeo, la aducida vulneración del artículo 8 del Convenio para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales debe también ser rechazada”*.

No se debe olvidar que los Cónsules españoles no dejan de ser funcionarios públicos vinculados por el artículo 103 de la CE que exige *“sometimiento pleno a la ley y al derecho”*.

Por todo ello y viendo las consecuencias que tiene el no seguir el cauce marcado por la legalidad vigente, se debe concluir este apartado insistiendo una vez más, en la importancia de seguir las recomendaciones en esta materia del Ministerio de Asuntos Exteriores y Cooperación en general y de los Consulados y Secciones consulares de España en particular.

5.5 Casos concretos de inscripción consular según el país de procedencia de la resolución.

Como hemos podido observar a lo largo del presente trabajo, la imposibilidad de celebrar un contrato de gestación por sustitución en España, conlleva que muchas familias de intención españolas viajen al extranjero para utilizar esta técnica reproductiva y luego inscribir dicha filiación en España.

En septiembre de 2016, la diputada del grupo parlamentario socialista, Ángeles Álvarez realizó una pregunta parlamentaria al Gobierno sobre la cifra total de inscripciones de

filiación mediante gestación por sustitución en los Consulados Generales y Secciones Consulares de las Embajadas de España en el extranjero¹⁴⁹. A tenor de la respuesta del ejecutivo, se puede concluir que Estados Unidos y Ucrania son los países preferidos por familias de intención españolas para realizar este tipo de prácticas.

Con la reciente regulación en Portugal de la gestación por sustitución que entró en vigor el 1 de agosto de 2017 y que permite además la utilización de esta técnica para padres de intención no portugueses, se abre la puerta para que posibles familias de intención españolas acudan a nuestro país vecino para utilizar este método reproductivo. Portugal a priori no sólo por su cercanía geográfica sino también por su proximidad cultural a España, se podría convertir en una destinación privilegiada para familias de intención españolas.

Para ello, en este apartado vamos a estudiar brevemente la regulación de la gestación por sustitución en los países de nuestro entorno y si de acuerdo con la misma es posible o no realizar la inscripción de la filiación en el Consulado español que resulte competente. Esencialmente en el ámbito de los estados miembros de la UE, en los Estados miembros de la antigua Unión Soviética y finalmente Estados Unidos y Canadá.

Países emergentes, que tradicionalmente eran muy populares para familias de intención extranjeras, como por ejemplo México, India o Tailandia¹⁵⁰, han limitado la utilización de esta práctica reproductiva sólo a sus nacionales de ahí que los excluyamos directamente de nuestro estudio.

En el ámbito de la Unión Europea sólo hay tres países que han regulado favorablemente la gestación por sustitución: Reino Unido, Grecia y Portugal.

En el caso de Portugal, se suscribe un contrato de gestación. La suscripción este convenio por gestación subrogada se limita a una serie de casos muy tasados en que *“haya riesgos significativos para la salud de la madre o del hijo”* o *“bien cuando haya ausencia del útero*

¹⁴⁹ https://politica.elpais.com/politica/2017/11/08/actualidad/1510169780_776827.html consultado el 15 de abril de 2018.

¹⁵⁰ www.babygest.es/paises/ consultado el 5 de abril de 2018.

o lesión de éste”¹⁵¹. Asimismo se permite en un principio que familias de intención extranjeras lo puedan suscribir este tipo de acuerdos.

Ahora bien y como muy acertadamente precisa el profesor Vela Sánchez¹⁵², aunque la Ley sobre gestación subrogada no indica nada al respecto. La formalización de este tipo de contratos conlleva una preautorización previa que requiere una residencia legal en Portugal para los padres de intención. Por ello, no sólo la gestante sino también los padres de intención deben de ser residentes legales en Portugal. Por otro lado, esta técnica sólo es accesible para parejas heterosexuales. La filiación se formaliza mediante un contrato, no hay una sentencia judicial por lo que dicho acto registral no puede ser inscrito siguiendo los pasos de la Instrucción de 5 de octubre.

La correcta implementación de dicha filiación se podría realizar mediante la ejecución de la acción de paternidad, opción prevista por el artículo 10.3 de la Ley 14/2006 y la incoación de un expediente de adopción por parte del otro progenitor de intención. Ahora bien, conviene tener presente que estos procedimientos son demorados en el tiempo.

Grecia es otro país que también ha regulado favorablemente la gestación por sustitución y desde el mes de julio del 2014 permite la utilización de este método a familias de intención extranjeras. No está permitida ni para parejas del mismo sexo ni para padres de intención monoparentales. Para el caso concreto de España, es esencial que un tribunal griego de otorgue una autorización judicial previa, ya que la misma, servirá como resolución judicial que determine dicha filiación y por tanto, es título bastante para poder inscribir dicha filiación en el registro civil consular de la Embajada de España en Atenas¹⁵³.

¹⁵¹ VELA SÁNCHEZ, J: “A propósito del Reglamento portugués nº6/2017 de 31 de julio”. *Diario la Ley*. Nº 9091. 29 de noviembre de 2017.

¹⁵² VELA SÁNCHEZ, J: *ídem*.

¹⁵³ www.babygest.es/Grecia/. Consultado el 5 de abril de 2018. En esta página también se podrá observar la confirmación de la inscripción de varias filiaciones mediante gestación por sustitución en el Registro civil consular de la Embajada de España en Atenas.

A día de hoy Grecia es un destino que otorga mucha más seguridad a familias de intención españolas¹⁵⁴.

Reino Unido, es el tercer estado de la UE que también ha regulado favorablemente esta práctica. En dicho país también es posible la utilización de esta técnica para familias españolas, siempre y cuando que al menos uno de los padres de intención sea residente legal en dicho territorio. Por otro lado, la gestante se convierte en madre legal y para que los padres de intención sean considerados progenitores legales deben de pasar un procedimiento “ad hoc”. La filiación no se establece mediante sentencia judicial.

Dentro del espacio de la antigua Unión Soviética vamos a estudiar tres países (Rusia, Ucrania y Georgia) donde está regulada favorablemente la gestación por sustitución y la misma es permitida para familias de intención extranjeras.

Ucrania, permite esta técnica para familias de intención heterosexuales extranjeras. En estos casos la madre de intención debe de aportar una certificación médica que demuestre una deformación o ausencia de útero, o bien que por anomalías en el mismo es muy difícil que pueda quedarse embarazada¹⁵⁵. No está permitida este método a padres de intención homosexuales, monoparentales o sin problemas de fertilidad o reproductivos.

Ahora bien es conveniente recordar que en Ucrania la filiación mediante gestación por sustitución viene establecida por un contrato no por una sentencia judicial. Esto se traduce en que a la hora de inscribir dicha filiación en la sección consular de la Embajada de España

¹⁵⁴ La página www.babygest.es/gestacion-subrogada-portugal/ Consultado el 5 de abril de 2018. recoge la siguiente afirmación respecto de Portugal, que la considero muy prudente y acertada: *“Por muy cerca que se encuentre de España, no debemos olvidar que, una vez nacido el bebé, tendremos que acudir al Consulado español para inscribir al menor tal y como debe hacerse en el resto de destinos, y a día de hoy desconocemos cómo se procederá para obtener la filiación. Es muy importante conocer al detalle cómo dar este paso para evitar problemas posteriores”*. *“Por lo que sabemos hasta la fecha, la filiación no se obtendrá por sentencia judicial, por lo que lo más probable es que se deba proceder como en Ucrania, Georgia y Rusia, es decir, con el reconocimiento de la paternidad para el padre de intención y la posterior adopción por parte de la madre intencional. En cualquier caso, aún no sabemos con exactitud cómo se procederá”*.

¹⁵⁵ www.babygest.es/ucrania/. Consultado el 5 de abril de 2018. Para el caso concreto de las familias de intención españolas se dispone lo siguiente: *“Se requiere un certificado médico español que dé fe de la patología sufrida para iniciar un tratamiento de gestación subrogada en Ucrania”*.

en Kiev, no se puede utilizar el mecanismo previsto en la Instrucción de 5 de octubre de 2010. Siendo la gestante, la madre legal de acuerdo con el Derecho español. La única opción que cabría es inscribir al padre gestante como padre legal y la madre de intención se podría convertir en madre legal a través de la concreción de un procedimiento de adopción.

Rusia también permite la gestación por sustitución a familias de intención extranjeras. Concretamente parejas heterosexuales y madres de intención con estado civil de soltera. Sin embargo, Rusia al igual que Ucrania presenta el inconveniente de determinar la filiación mediante un documento registral y no una sentencia judicial. Por lo que no se puede inscribir dicha filiación en el Registro civil del Consulado General de España en Moscú o San Petersburgo de acuerdo con la Instrucción de la DGRN¹⁵⁶¹⁵⁷.

Georgia es otro país del antiguo espacio soviético que también ha regulado favorablemente la gestación por sustitución para familias de intención extranjeras. Concretamente sólo para familias heterosexuales. En Georgia la filiación mediante este método tampoco es determinada por sentencia judicial. De ahí que el padre de intención deba de ser el padre biológico puesto que, sólo se podría inscribir dicha paternidad en Derecho español con la vía del artículo 10.3 de la Ley 14/2006. Es importante mencionar también que, aunque haya un Encargado de Negocios A.I de España en Georgia. A efectos de circunscripción y competencia consular, la oficina competente es el Consulado General de España en Moscú.

Vamos a estudiar a continuación los casos de Estados Unidos y Canadá.

Estados Unidos es el país de referencia en esta materia. La particular configuración de su diseño constitucional de estado, que hace de este país el modelo por antonomasia de Estado

¹⁵⁶ Al igual que en Ucrania, el padre de intención puede reclamar la paternidad legal a través de la acción de paternidad. La madre de intención puede convertirse en madre legal a través del procedimiento de adopción. Debemos traer a colación, las consecuencias de no realizar en Rusia correctamente los trámites en esta materia. Que ya han sido estudiados en el epígrafe 5.4, incidiendo concretamente en la sentencia del TSJ de Madrid.

¹⁵⁷ Para el caso de madres solteras españolas, es importante recordar que, al no cumplirse en Rusia el requisito de la sentencia judicial. La madre biológica es la madre legal para el ordenamiento jurídico español. De ahí que dicha madre de intención española no podría inscribir la filiación en los Consulados de España en Rusia.

federal; conlleva que en materia de gestación por sustitución sea cada estado el que legisle de acuerdo con su código de familia. Por otro lado, junto con sus especificidades respecto de la distribución competencial, Estados Unidos está construido sobre una firme convicción respecto de la autonomía de la voluntad y un individualismo cuasi absoluto.

Esta configuración se traduce en que la legislación en materia de gestación por sustitución varía completamente de estado a estado. Con regulaciones altamente permisivas para los extranjeros con independencia de su estado civil u orientación sexual, como por ejemplo California o Illinois a estados que no sólo la prohíben sino que incluso la castigan penalmente, como por ejemplo Nueva York. En todo caso es esencial que los padres de intención estén en posesión del certificado de nacimiento¹⁵⁸ que siempre es emitido por vía judicial bien con carácter previo, bien tras el nacimiento.

Este certificado de nacimiento, materializado en una sentencia judicial, que determina qué los padres de intención son los padres legales, es el documento sobre el que se elabora toda la construcción legal en el ordenamiento jurídico español en materia de gestación por sustitución que hemos estudiado en el presente trabajo.

En Canadá también se permite la gestación por sustitución, al igual que en Estados Unidos, la legislación depende de cada estado y con la excepción de Quebec, todos los estados canadienses permiten este procedimiento reproductivo a familias de intención extranjeras con independencia de su condición sexual y estado civil. Ahora bien, aunque en Canadá la filiación viene determinada por una sentencia judicial, se ha generado bastante controversia al respecto. Puesto que, según el Consulado General de España en Toronto, dicha resolución judicial no refleja el consentimiento de la mujer gestante, dando lugar a casos con un fuerte impacto mediático¹⁵⁹.

¹⁵⁸ www.babygest/estados-unidos/ consultado el 5 de abril de 2018.

¹⁵⁹ https://politica.elpais.com/politica/2017/05/26/actualidad/1495818404_649808.html consultado el 5 de abril de 2018.

6. Conclusiones.

A lo largo de estas líneas hemos podido ver que la filiación mediante gestación por sustitución es una realidad social en España puesto que cada vez son más las familias de intención de nuestro país que utilizan este método para cumplir el sueño de la paternidad.

Ahora bien, es un hecho también que la gestación por sustitución es una técnica un tanto heterodoxa y que despierta un agotado debate no sólo en la sociedad española sino también en el seno de nuestra clase política.

A resultas de este hecho, la Ley 14/2006 sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida, que buscaba actualizar la normativa española a la realidad reproductiva del siglo XXI, intentó proscribir la gestación por sustitución en España mediante una cláusula recogida en su artículo 10 que determinaba la nulidad de los contratos de gestación por sustitución y reafirmaba la filiación materna no sólo como un hecho biológico sino también como una realidad legal.

Sin embargo y a pesar de esta disposición, la regulación de la gestación por sustitución en muchos países, muchos de ellos emergentes y la posibilidad de su utilización por familias de intención españolas ha conllevado la aparición de una realidad social frente a la que la respuesta normativa de nuestro ordenamiento no ofrece ninguna solución al respecto.

En este sentido, nos encontramos con un recién nacido que por su mera condición de persona y con independencia de las consideraciones normativas en torno a la gestación por sustitución, tiene reconocidos una serie de derechos inherentes a la dignidad humana, los llamados Derechos Humanos.

Por otro lado con el fin de reforzar la protección de la infancia, la sociedad internacional ha suscrito en el ámbito de la Organización de las Naciones Unidas la Convención sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989. Este tratado integra todo el acervo consuetudinario, normativo y jurisprudencial existente sobre la infancia, configurando al

menor como un sujeto de derecho que, por su especial vulnerabilidad, debe ser objeto de protección especial por parte de los poderes públicos. Esta tutela adicional se materializa en el principio del interés superior del menor.

En otro orden de cosas, en el campo de la protección de los Derechos Humanos, Europa ha sido la región en la que mayor consideración y relevancia se ha dado a este tipo de derechos. Promulgando para ello un tratado, el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos y Libertades Fundamentales que ha establecido un Tribunal, el TEDH, en el que los ciudadanos tienen una legitimación activa que posibilita la presentación de demandas individuales cuando estiman que algún estado parte del Convenio ha conculcado sus derechos.

Además el TEDH tiene la facultad interpretativa del Convenio Europeo dando contenido a unos derechos que en ocasiones son enunciados de forma bastante escueta. De ahí que el Tribunal haya considerado que la filiación de un menor nacido mediante gestación por sustitución quede subsumida en el derecho a la vida familiar recogida en el artículo 8, dictando una serie de sentencias mediante las que ha obligado a inscribir filiaciones mediante gestación por sustitución atendiendo al interés superior del menor y a pesar de la prohibición normativa de la gestación por sustitución.

Ahora bien, este Tribunal no tiene una línea jurisprudencial definida porque en sus decisiones toma como referencia el interés superior del menor que, en otros supuestos, también ha conllevado convalidar la actuación de los poderes públicos que han quitado la custodia a los padres de intención por juzgar que esto era lo que convenía al bienestar del menor.

España es un país que se inscribe dentro del grupo de naciones más escrupulosas en el ámbito de la tutela, protección y salvaguarda de los Derechos Humanos. De ahí que nuestro país no sólo haya suscrito las convenciones mencionadas sino que también ha prestado una especial atención a las interpretaciones del TEDH en materia de Derechos Humanos, fundamentando nuestros jueces y tribunales muchas de sus decisiones en esta materia en la jurisprudencia del Tribunal europeo.

En este sentido, nuestro ordenamiento, atendiendo al principio del interés superior del menor, ha tenido que hacer frente a las filiaciones de gestación por sustitución suscritas en el extranjero, utilizando para ello las herramientas que pone a su disposición el Derecho Internacional Privado con el fin de recibir esas decisiones extranjeras en derecho español. Sin embargo y a pesar de estas consideraciones, no podemos perder tampoco de perspectiva que el mismo principio del interés superior del menor aconseja una cautela adicional a los poderes públicos. De ahí que se refuerce el mecanismo del DIPr este campo con la exigencia que la filiación venga determinada en una sentencia judicial.

Todas estas reflexiones se traducen en la Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010 destinada a inscribir en el registro civil consular la filiación mediante gestación por sustitución suscrita en el extranjero. Desgraciadamente la instrucción es el escalón más bajo dentro del ordenamiento jurídico español y está destinada a impartir una orden al inferior jerárquico, en este caso el funcionario consular.

La instrucción es muy taxativa sobre dos extremos, por un lado la exigencia que la filiación venga determinada en una sentencia judicial y por otro la facultad que tiene el funcionario consular para, en base a su experiencia y conocimiento de la realidad del Estado receptor, dispensar o no de la exigencia de exequátur y realizar un mero reconocimiento incidental.

El problema de este planteamiento radica en que toda la responsabilidad del hecho registral recae sobre el encargado del registro, no proporcionando ni la instrucción ni ningún otro instrumento del ordenamiento algún tipo de solución frente a las múltiples particularidades, supuestos y excepciones que se presentan en la realidad cotidiana del trabajo consular.

Por todo ello se crea un cuello de botella en esta materia sobre la que se ha intentado proporcionar una serie de pautas y consejos que pueden hacer más llevadera la inscripción no sólo para el funcionario consular sino también para los padres de intención.

Para ello se aconseja encarecidamente que se entre en contacto con la Embajada o Consulado de España del país en el que se vaya a celebrar el contrato de gestación. Leyendo en primer lugar las recomendaciones que figuran en la página web y en segundo lugar contactando directamente a la sección de registro civil de la representación española con el fin de conocer de primera mano cuáles son los requisitos exigidos para transcribir las decisiones locales al registro civil.

Asimismo hemos podido constatar que en los casos en los que no se han seguido estos pasos, los servicios sociales pueden establecer bajo su guarda y custodia al menor atendiendo al bienestar del menor.

En otro orden de cosas, las perspectivas de futuro de la gestación por sustitución en España no parece que vayan a cambiar a corto plazo. La entrada en vigor en los próximos meses de la Ley de Registro Civil, elevará el rango normativo de la realidad existente, recogiendo en su texto la instrucción de la DGRN. El trabajo consular en esta materia se verá respaldado por una norma con rango de Ley, lo que supone otorgar una legitimidad mayor al margen de maniobra que se le otorga al Cónsul en materia de reconocimiento incidental.

Ahora bien dado el apasionado debate que la gestación despierta en la sociedad española es bastante difícil prever que haya una regulación material favorable a este tipo de contratos en España.

De ahí que la única solución plausible a medio plazo pase, al igual que ocurrió con la adopción internacional, por la elaboración, gracias a los trabajos de la Conferencia de la Haya, de un convenio internacional donde los países signatarios establezcan unos requisitos comunes para el reconocimiento automático de este tipo de decisiones.

En cualquier caso, desearía terminar este trabajo señalando que no se puede estigmatizar a las familias de intención por utilizar la gestación por sustitución como técnica reproductiva que les puede ayudar a cumplir el sueño de la paternidad. A este respecto los avances

científicos están permitiendo convertirse en padres a familias que les estaba vedada esta posibilidad por condicionantes biológicos.

Ahora bien, estas ilusiones no se pueden cumplir a cualquier precio porque hay en juego la vida de un menor y por ello se deben seguir los cauces establecidos que, obviamente no son los mejores pero son los instrumentos con los que se cuenta a día de hoy y citando a Tito Livio: “*En un pueblo libre, es más poderoso el imperio de la ley que el de los hombres. Ninguna ley puede contentar a todos*”.¹⁶⁰

7. Bibliografía.

AGUILAR BÉNITEZ DE LUGO, Mariano: *Intervención Consular en Derecho Internacional Privado*. Ed: Universidad de Sevilla. Sevilla 2005.

ATIENZA RODRIGUEZ, M: Gestación por sustitución y prejuicios ideológicos. *Revista el Notario del siglo XXI* (septiembre-octubre 2015).

BENAVENTE MOREDA, Pilar y FARNÓS AMORÓS, Esther: *Treinta años de Reproducción Asistida en España: una mirada interdisciplinar a un fenómeno global y actual*. Boletín Ministerio de Justicia. Madrid, 2015.

BERROCAL LANZAROT, A, I: Análisis de la nueva Ley 14/2006 de 26 de mayo sobre técnicas de reproducción humana asistida. *Revista de la Escuela de Medicina Legal*. Ed: Universidad Complutense. Enero 2007.

BRUNET, Laurence (Lead); CARRUTHERS, Janeen; DAVAKI, Konstantina; KIN, Derek; MARZO, Claire; MCCANDLESS, Julie: *Régimen de subrogación en los estados miembros de la UE*. Dirección General de Políticas Interiores. Derechos de los ciudadanos y asuntos constitucionales. Parlamento europeo. Bruselas 2013.

CALVO CARAVACA, Alfonso Luis y CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier: *Derecho Internacional Privado I*. Ed: Comares, Granada (2014).

CALVO CARAVACA, L, A, y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. “Gestación por sustitución y Derecho Internacional Privado. Consideraciones en torno a la Resolución de la DGRN de

¹⁶⁰ <http://citasmíticas.com/categorias/derecho/3> consultado el 30 de mayo de 2018.

18 de Febrero de 2009”. *Cuadernos de Derecho Transnacional* (octubre de 2009). Vol. 1 N° 2.

CALVO CARAVACA, Alfonso Luis y CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier: “Notas críticas en torno a la Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010 sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución”. *Cuadernos de Derecho Transnacional* (marzo de 2011). Vol. 3 N°1.

CASADEVALL, Josep: *El Convenio Europeo de Derechos Humanos, el Tribunal de Estrasburgo y su jurisprudencia*. Ed: Tirant lo Blanch, Valencia 2012.

COMITÉ DE BIOTÉTICA: *Los aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada: mayo 2017*. Madrid.

COMITÉ DE DERECHOS DEL NIÑO. *Observaciones finales sobre los informes periódicos tercero y cuarto combinados de la India, aprobados por el Comité en su 66° periodo de sesiones* (26 de mayo a 13 de junio de 2014).

DURÁN AYAGO, Antonia: “Una encrucijada judicial y una reforma legal por hacer: problemas jurídicos de la gestación por sustitución en España. A propósito del auto del Tribunal Supremo de 2 de febrero de 2015”. *Bitácora Millenium* n°2 (septiembre 2016).

GARCÍA RUÍZ, MP: “Gestación subrogada: estado legal y jurisprudencia de la cuestión”. *Revista de Jurisprudencia*. 1 de diciembre de 2017.

GASCÓN INCHAUSTI, Fernando: “Reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales extranjeras en la Ley de Cooperación Jurídica Internacional en Materia civil”. *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Octubre 2015) Vol. 7, n°2.

JIMENEZ SOLARES, Elba: “Las normas internacionales convencionales de Derechos humanos y su contribución al orden público internacional”. *Revista de Derecho*. UNED. N°14 (2014).

MERCADER UGUINA, Jesús R: “La creación por el Tribunal Supremo de la prestación por maternidad subrogada: A propósito de las SSTs de 25 de octubre de 2016 y de 16 de noviembre de 2016”. *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Marzo de 2017), Vol. 9, N°1.

NÚÑEZ HERNÁNDEZ, Jesús y MARTÍ MARTÍ, Xavier: *La función consular en el Derecho Español*. Ed: MAEC, Madrid (2009).

OTAEGUI AIZPURUA. I., *La protección de los derechos del menor en la jurisdicción del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: una perspectiva Iusprivatista*. Tesis doctoral. 2016. Universidad del País Vasco-Euskal Herriko Unibersitatea (Álvarez Rubio, Juan José, Dir.).

Seminario Familia y gestación por sustitución, un enfoque interdisciplinar. (Madrid, 24 - 26 de junio de 2015). Madrid: Universidad Nacional de Educación a Distancia.

VELA SÁNCHEZ, A, J: “Soluciones prácticas para la eficacia en España de un convenio de gestación por encargo. De nuevo a propósito de la STS de 6 de febrero de 2014”. *Diario La Ley*, nº 8309, Sección Doctrina, 13 de mayo de 2014, La Ley 2505/2014.

VELA SÁNCHEZ, J: “A propósito del Reglamento portugués nº6/2017 de 31 de julio”. *Diario la Ley*. Nº 9091. 29 de noviembre de 2017.

www.babygest.es

www.hcch.net