

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

## CONSULAR ASPECTS OF SURROGATE GESTATION UNDER INTERNATIONAL PRIVATE LAW

LUIS PERTUSA RODRÍGUEZ

*Diplomático\**

Recibido: 08.07.2018 / Aceptado: 27.07.2018

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2018.4391>

**Resumen:** El artículo 10.1 de la Ley 14/2006 establece la nulidad de los contratos de gestación por sustitución en España. La Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010 diseña un mecanismo para recibir resoluciones extranjeras que establezcan filiaciones mediante gestación por sustitución en un registro civil consular. La instrucción exige que la filiación venga determinada por una sentencia judicial. El encargado del registro civil consular tiene un amplio margen de maniobra a la hora de realizar la inscripción así como para exigir que la sentencia extranjera haya obtenido un exequatur o bien realizar un reconocimiento incidental de la misma.

**Palabras clave:** gestación por sustitución, Instrucción de la DGRN, registro civil consular, sentencia judicial, reconocimiento incidental.

**Abstract:** Article 10(1) of law 14/2006 establishes the nullity of contracts of surrogate gestation in Spain. DGRN Rule of October the 5th of 2010 devises a mechanism to receive in a consular civil registry foreign resolutions that establishes filiations through surrogate gestation. The Rule requires that the filiation will be determined by a court ruling. The person in charge of the consular civil registry has a wide discretion when registering this ruling as well as considering if an exequatur is needed or a direct recognition is adequate.

**Keywords:** surrogate gestation, DGRN ruling, consular civil registry, court ruling, direct recognition.

**Sumario:** I. Introducción. II. El ordenamiento jurídico español ante la gestación por sustitución Reacciones jurisprudenciales. 1. Convenios Internacionales El principio del Interés superior del menor. 2. El artículo 10 de la Ley 14/2006. La nulidad de la gestación por sustitución en España. 3. Reconocimiento en España de decisiones judiciales y documentos públicos extranjeros Resolución DGRN de 18 febrero de 2009 e Instrucción de 5 de octubre de 2010. 4. Perspectivas de futuro Ley 20/2011 de Registro Civil. 5. Reacciones jurisprudenciales a nivel internacional y nacional TEDH y TS. III. Inscripción de la filiación mediante gestación por sustitución en el registro civil consular español Función calificadora del Cónsul Recomendaciones y casos concretos de inscripción. 1. Función consular en materia de registro civil. 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? 3. Inscripción de la filiación mediante gestación por sustitución en el Registro Civil consular cuando no hay sentencia judicial ¿Qué ocurre? 4. Recomendaciones Ministerio de Asuntos Exteriores y Cooperación. IV. Conclusiones.

---

\* El autor del presente artículo se encuentra actualmente destinado en el Consulado General de España en Nueva York. Las indicaciones y pautas de actuación recogidas en el presente artículo son fruto de su opinión personal y no representan las directrices del Ministerio de Asuntos Exteriores, Unión Europea y Cooperación.

## I. Introducción

1. El artículo 10.1 de la Ley 14/2006<sup>1</sup> de 26 de mayo sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida, establece la nulidad en España de los contratos de gestación por sustitución. Ahora bien, el hecho que no se pueda utilizar esta técnica en España, no implica que ocurra lo mismo en los países de nuestro entorno. Por estas razones este método reproductivo se ha convertido en una realidad que el ordenamiento jurídico español no puede desconocer y que nuestro Derecho Internacional Privado debe afrontar<sup>2</sup>.

2. Además, en estos supuestos concretos entra en juego la autoridad consular, puesto que, el encargado del registro civil consular realizar deberá hacer el control de legalidad previo con el fin de dilucidar si dicha filiación resulta inscribible o no<sup>3</sup>.

3. Esta reflexión preliminar nos conduce al objetivo del presente artículo, que no es otro que explicar cómo se debería proceder a la hora de inscribir una filiación mediante gestación por sustitución ante un registro civil consular elaborando una guía práctica y unas pautas de actuación no sólo para los Cónsules sino también para los padres de intención. Se ha escogido esta temática por varias razones.

4. En primer lugar porque al permitirse esta técnica en el extranjero, se plantea ante los registros consulares la inscripción de este tipo de filiaciones, presentándose una compleja situación consular “*de facto*” con una respuesta ambivalente de nuestro ordenamiento.

5. En segundo lugar, la reacción normativa pasó de la cláusula de nulidad comentada a la elaboración de una Instrucción por parte de la DGRN<sup>4</sup>. Dicho instrumento legal otorga un amplio margen de maniobra al encargado del registro civil consular a la hora de realizar este tipo de inscripciones.

6. En tercer y último lugar, a resultas de estas premisas y de acuerdo con el artículo 103.1 de la CE, los registros civiles consulares se muestran enormemente cautelosos ante este tipo de situaciones<sup>5</sup>.

7. Con el fin de desarrollar este argumento. Trataremos primeramente las reacciones del ordenamiento jurídico español así como los principales pronunciamientos jurisdiccionales al respecto. Una vez contextualizada la cuestión, se tratará qué pasos se podrían seguir en estos supuestos de acuerdo con los instrumentos proporcionados por el ordenamiento.

## II. El ordenamiento jurídico español ante la gestación por sustitución Reacciones jurisprudenciales

### 1. Convenios Internacionales El principio del Interés superior del menor

8. Cada vez que sale a relucir la filiación mediante gestación por sustitución, hay dos instrumentos legales internacionales que son siempre mencionados. La Convención de las Naciones Uni-

<sup>1</sup> Ley 14/2006 de 26 de mayo sobre técnicas de reproducción humana asistida (BOE nº126 de 27 de mayo de 2006).

<sup>2</sup> Recordemos que Calvo Caravaca y Carrascosa González definen este sector del ordenamiento de la siguiente manera: “*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*”. Vid. A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado*, vol. I, 18ª edición, Ed.Comares, Granada, 2018, pp. 2 y 24.

<sup>3</sup> Esta función de acuerdo con Núñez Hernández y Martí Martí conlleva que: “*el Cónsul tiene atribuidas todas las funciones del Registro Civil. Se encarga de todas aquellas operaciones administrativas que forman el sector que se ha llamado de la Administración pública del Derecho privado y en concreto la función registral consular*”. J. NUÑEZ HERNÁNDEZ y X. MARTÍ MARTÍ *La función consular en el Derecho Español*. Ed: MAEC, Madrid (2009), págs. 88 y 487.

<sup>4</sup> Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010 sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución (BOE nº 243 de 7 de octubre de 2010).

<sup>5</sup> 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*”.

das sobre Derechos del Niño y el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CDN y CEDH en lo sucesivo)<sup>6</sup>.

9. La CDN, “*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<sup>7</sup>. Este consenso se manifiesta en una serie de derechos para los menores de edad que se traducen en obligaciones para los padres o tutores legales y los poderes públicos. Asimismo, toda la CDN está presidida por el principio del interés superior del menor, recogido expresamente en el artículo 3.1<sup>8</sup> y se configura como un valor que informa a la disposición en su conjunto<sup>9</sup>.

10. En relación con el CEDH, nos interesa especialmente el artículo 8<sup>10</sup>. El TEDH ha considerado que dicho artículo comprende también la protección de los menores. El mismo establece como Derecho Humano el respeto de la vida privada y familiar por parte de los poderes públicos. Recogiendo la protección de toda una serie de derechos que conforman un todo, “*a la vida privada, el desarrollo de la persona y su libertad individual*”<sup>11</sup>.

<sup>6</sup> La CDN fue ratificada por España el 30 de noviembre de 1990 (BOE nº313 de 31 de diciembre de 1990). El CEDH fue firmado por España el 24 de noviembre de 1977 (BOE nº243 de 10 de octubre de 1979). En torno a los derechos del menor establecidos en estos instrumentos legales internacionales, *vid.* I. BARRIÈRE-BROUSE, “L’enfant et les conventions internationales”, *JDI Clunet*, 1996, pp. 843-888; J.M. BAUDOIN, “La protection du mineur étranger par le juge des enfants”, *RCDIP*, 1994, pp. 483-503; P. BUIRETTE, “Reflexions sur la convention internationale des droits de l’enfant”, *Revue belge de Droit international*, vol.23, 1990, pp. 54-73; M<sup>a</sup>.C. BURGOS GOYE, *El estatuto jurídico de los menores inmigrantes*, 2014; C. BYK, “La réception des conventions internationales par le juge français, à l’occasion de la jurisprudence de la Cour de Cassation relative à la Convention des Nations Unies sur les droits de l’enfant”, *JDI Clunet*, 1994, pp. 967-976; F. DEKEUWER-DÉFOSSÉZ, *Les droits de l’enfant*, 3<sup>a</sup> ed., 1996, Que sais-je ?, PUF; C. FOCARELLI, «La Convenzione di New York sui diritti del fanciullo e il concetto di «best interests of the child», *RDI*, 2010, pp. 981-993; E. GALLANT, *Responsabilité parentale et protection des enfants en droit international privé*, Paris, Defrenois, 2004; P. HAMMJE, “L’intérêt de l’enfant face aux sources internationales du droit international privé”, *Mélanges Lagarde*, 2005, pp. 365 ss; J. HAUSER, “L’enfant supra national: mythe ou réalité”, *Petites affiches*, 3 mai 1995; J.F. MATTÉ, *Enfants d’ici, enfants d’ailleurs, L’adoption sans frontière*, 31 janv. 1995, Rapports officiels, La documentation française; L.F. GANSHOF / C. VAN BUGGENHOUT, “La protection des biens des mineurs dans les relations internationales”, *Revue belge de droit internationale*, 1980, pp. 149-159; Y. LEQUETTE, “Le Droit international privé de la famille à l’épreuve des Conventions internationales”, *RCADI*, 1994-II, pp. 51-99; *Id.*, *Protection familiale et protection étatique des incapables*, Paris, 1976; O. LOPES PEGNA, «L’interesse superiore del minore nel regolamento n.2201/2003», *RDIPP*, 2013, vol. 49, núm. 2, pp. 357-384; C. NEIRINCK, *Le droit de l’enfance. Après la Convention des Nations unies*, 1993, Delmas; K. KÖLBL, *Normenkonkurrenz im internationalen Minderjährigenschutz*, Hamburg, Kovač, 2011; E. PÉREZ VERA, “El Convenio sobre los derechos del niño”, *Garantía internacional de los derechos sociales*, Ministerio de Asuntos sociales, 1990, pp. 169-185; G. RAYMOND, *Droit de l’enfance et de l’adolescence. Le droit française est-il conforme à la Convention internationale des droits de l’enfant?*, 1995, Litec; P. RODRÍGUEZ MATEOS, “La protección jurídica del menor en la Convención sobre los derechos del niño de 20 noviembre 1989”, *REDI*, 1992, vol.XLIV, pp. 465-498; J. RUBELIN-DEVICHY / R. FRANCK [sous la direction de], *L’enfant et les conventions internationales*, 1996, PU Lyon; S. SANZ CABALLERO / M. MOLINA NAVARRO (dirs.), *El interés superior del niño en la jurisprudencia internacional comparada y española*, Aranzadi, 2017; F. SUDRE, *Droit i CH. TODTER, Europäisches Kindschaftsrecht. Nach der Verordnung. 2010; nternational et européen des droits de l’homme*, 3<sup>a</sup> ed., 1997, coll. droit fondamental, PUF; M. VERWILGHEN, *La protection de la personne des mineurs dans les relations internationales*, Louvain, 1978; B. VITANYI, “La protection des mineurs dans le droit international”, *NILR*, 1960, pp. 361-379; P. VOLKEN, “Aktuelle Fragen des Internationalen Kindesrechtes”, *Rev. de l’état civil*, 1980, pp. 9-21; A.E. v. OVERBECK, “L’intérêt de l’enfant et l’évolution de droit international privé de la filiation”, *Liber amicorum A.F.Schnitzer*, Ginebra, 1979, pp. 361-380; *Id.*, “Essai sur la délimitation du domaine des conventions de droit international privé”, en *Ius et Lex. Festgabe Gutzwiller*, Basel, 1959, pp. 325 y ss.

<sup>7</sup> I. OTAEGUI AIZPURUA: *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.) págs. 24 y ss. Donde se recoge una excelente cronología sobre la evolución de la codificación internacional en materia de infancia.

<sup>8</sup> “*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*”.

<sup>9</sup> I. OTAEGUI AIZPURUA: *ibid.* pág. 34

<sup>10</sup> 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*”

<sup>11</sup> J. CASADEVALL: *El Convenio Europeo de Derechos Humanos, el Tribunal de Estrasburgo y su jurisprudencia*. Ed: Tirant lo Blanch, Valencia 2012, pág. 324.

## 2. El artículo 10 de la Ley 14/2006. La nulidad de la gestación por sustitución en España

11. 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<sup>12</sup>. La Ley 14/2006 regula en su artículo 10 los contratos de gestación por sustitución. Como muy bien señala la profesora Pilar Blanco Morales, 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<sup>13</sup>. Esta nulidad es de carácter general sin que se concrete si es de tipo formal o materia<sup>14</sup>.

12. Sin embargo cabe recordar que nulidad no equivale a prohibición<sup>15</sup>. Puesto que, la prohibición en el ordenamiento jurídico español de prácticas como la poligamia, implica que el Encargado de

<sup>12</sup> “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”.

<sup>13</sup> P. BLANCO-MORALES LIMONES: “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>

<sup>14</sup> En este sentido y para corroborar esta afirmación, el profesor Heredia Cervantes defiende que el señalado artículo 10 recoge una mera cláusula de nulidad para este tipo de contratos. I.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.

<sup>15</sup> Los estudios sobre el régimen legal civil en España de la gestación por sustitución y sobre la filiación de los nacidos como consecuencia de dicha práctica son incontables. *Vid., inter alia*, R. BARBER CÁRCAMO, “La legalización administrativa de la gestación por sustitución en España (crónica de una ilegalidad y remedios para combatirla)”, *Revista crítica de Derecho inmobiliario*, núm. 739, septiembre-octubre 2013, pp. 2905-2950; R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, “Hijos made in California”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, 2009, pp. 2117-2119; M.R. DÍAZ ROMERO “La gestación por sustitución en nuestro ordenamiento jurídico”. *Diario La Ley*, Nº 7527, sección Doctrina, 14 diciembre 2010, año XXXI, pp. 1-7; A.S. FERNÁNDEZ-SANCHO TAHOCES, “Eficacia jurídico-registral del contrato de gestación subrogada”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº 6, 2011, pp. 127-146; M.P. FERRER VANRELL, “Comentario al artículo 10”, en E. LLEDÓ YAGÜE (dir.), *Comentarios científico-jurídicos a la Ley sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida*, Madrid, Dykinson, 2007, pp. 159-166; J. FLORES RODRÍGUEZ, “Vientres de alquiler: más cerca de su reconocimiento legal en Europa. Comentario a la STEDH de 26 de junio de 2014”, *Diario La Ley*, Nº 8363, sección Tribuna, 28 julio 2014, año XXXV, pp. 1-4; J. HIERRO HIERRO, “Gestación por sustitución y prestación de maternidad”, *Aranzadi Social*, 2012, n.6, (BIB 2012/2899); T. HUALDE MANSO, “De nuevo sobre la filiación de los nacidos mediante gestación contratada”, *Aranzadi Civil-Mercantil*, 2012, n.10, BIB 2012/132; M.V. JIMÉNEZ MARTÍNEZ, “La inscripción de la filiación derivada de la gestación por sustitución. Problemas actuales”, *Anuario Facultad de Derecho – Universidad de Alcalá*, 2012, pp. 365-381; M. MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ / J.M. MASSIGOGUE BENEGUI, *La maternidad portadora, subrogada o de encargo en el Derecho español*, Dykinson, Madrid, 1994; L.-F. MUÑOZ DE DIOS SÁEZ, “El Registro Civil admite el alquiler de vientres”, *El notario del siglo XXI*, sept. - oct. 2009 n. 27, versión *on line*; L.F. MUÑOZ DE DIOS SÁEZ, “La posesión del estado de padre como fuente de la filiación”, *diario La Ley*, 27 mayo 2015, pp. 1-10; L. MUÑOZ DE DIOS, “¿Se ha legalizado o no el alquiler de vientres?”, en *El Notario del siglo XXI*, noviembre/diciembre de 2010, nº 34, pp. 45-50; M.J. PARRÓN CAMBERO, “Ventre de alquiler: mater semper certa est, pater semper incertus est”, *La Ley*, 1133/2014, 12 marzo 2014, pp. 1-4; M. PÉREZ MONGE, “Cuestiones actuales de la maternidad subrogada en España: regulación versus realidad”, *RDP*, Julio-Agosto, 2010, pp. 41-64; M. PÉREZ MONGE, *La filiación derivada de técnicas de reproducción asistida*, Madrid, Centro de Estudios Registrales, 2002; F. ROSALES, “Vientres de alquiler”, en <http://www.notariofranciscorosales.com/vientres-de-alquiler/> (18 mayo 2015); S. ROURA GÓMEZ, “Gestación subrogada y derechos del menor”, *diario El País*, 14 julio 2014 ([http://elpais.com/elpais/2014/07/10/opinion/1405015314\\_085333.html](http://elpais.com/elpais/2014/07/10/opinion/1405015314_085333.html)); E. RUBIO TORRANO, “Inscripción como hijos de un matrimonio de varones nacidos mediante la gestación por sustitución”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº 9, 2011, pp. 11–14; M. SÁEZ-SANTURÚN PRIETO, “La maternidad subrogada: estado actual de la cuestión a raíz de la STS de 6 de febrero de 2014”, *Diario La Ley*, Nº 8293, sección Doctrina, 15 abril 2014, año XXXV, pp. 16-18; A. SALAS CARCELLER, “El Registro Civil español y la filiación surgida de la gestación por sustitución”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 10/2011, BIB 2012/2946; A. SEIJAS QUINTANA, “Gestación por sustitución: el Tribunal Supremo deniega la inscripción de filiación de dos niños nacidos de una madre de alquiler”, *Diario La Ley*, Nº 8363, sección Comentarios de Jurisprudencia, 28 julio 2014, año XXXV, pp. 8-10; A. SELMA PENALVA, “Vientres de alquiler y prestación por maternidad”, *Aranzadi Social*, enero 2013, núm. 9, pp. 223-244; A.J. VELA SÁNCHEZ, *La maternidad subrogada: Estudio ante un reto normativo*, Granada, 2012; Id., “Gestación por sustitución o maternidad subrogada: el deseo de recurrir a las madres de alquiler”, *Diario La Ley*, n. 7608, Sección Doctrina, 11 de abril de 2011, pp. 1-2.; A.J. VELA SÁNCHEZ, “La gestación por sustitución o maternidad subrogada: el derecho a recurrir a las madres de alquiler. Cuestiones que suscita la Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución”, *Diario La Ley*, nº 7608, de 11 de abril de 2011; A.J. VELA SÁNCHEZ, “De nuevo sobre la regulación de la maternidad subroga-

un registro civil consular no pueda inscribir un segundo matrimonio mientras que no se acredite que haya una efectiva disolución del vínculo matrimonial previo. En cambio la nulidad de los contratos de gestación conlleva que nuestro ordenamiento deba reconocer las filiaciones establecidas mediante gestación subrogada en el extranjero, que pretenden acceder a un registro civil español.

## 2. Reconocimiento en España de decisiones judiciales y documentos públicos extranjeros Resolución DGRN de 18 febrero de 2009 e Instrucción de 5 de octubre de 2010

13. 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<sup>16</sup>. Ese

---

da en España”, *Diario La Ley*, año XXXIII, N. 7815, 9 marzo 2012; A. VELA SÁNCHEZ, *Gestación por encargo: tratamiento judicial y soluciones prácticas. La cuestión jurídica de las madres de alquiler*, 2015; A.J. VELA SÁNCHEZ, “La gestación por encargo desde el análisis económico del Derecho. Medidas anticrisis desde el Derecho de familia”, *Diario La Ley*, N° 8055, sección Doctrina, 4 abril 2013, año XXXIV, pp. 1-11; A.J. VELA SÁNCHEZ, “Los hijos nacidos de convenio de gestación por sustitución no pueden ser inscritos en el Registro Civil español. A propósito de la sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014”, *Diario La Ley*, N° 8279, sección Doctrina, 26 marzo 2014, año XXXV, pp. 1-14; A. J. VELA SÁNCHEZ, “Propuesta de regulación del convenio de gestación por sustitución o de maternidad subrogada en España. El recurso de las madres de alquiler: a propósito de la Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010”. *Diario La Ley*, N° 7621, sección Doctrina, 3 mayo 2011, año XXXII, pp. 1-7; A. J. VELA SÁNCHEZ, “El interés superior del menor como fundamento de la inscripción de la filiación derivada del convenio de gestación por encargo”. *Diario La Ley*, N° 8162, sección Doctrina, 3 octubre 2013, año XXXIV, pp. 1-7; A.J. VELA SÁNCHEZ, “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*, N° 8309, sección Doctrina, 13 mayo 2014, año XXXV, pp. 1-7; A.J. VELA SÁNCHEZ, “Los hijos nacidos de convenio de gestación por sustitución “pueden” ser inscritos en el registro civil español”, *Diario La Ley*, N° 8415, sección Tribuna, 6 noviembre 2014, año XXXV, pp. 9-15; A.J. VELA SÁNCHEZ, “Comentario a la iniciativa legislativa popular para la regulación de la gestación por subrogación en España”, *Diario La Ley*, N° 8457, sección Doctrina, 13 enero 2015, año XXXVI, pp. 9-16; J. R. DE VERDA Y BEAMONTE “Inscripción de hijos nacidos mediante gestación por sustitución (a propósito de la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 15 de Valencia, de 15 de septiembre de 2010). *Diario La Ley*, N° 7527, sección Doctrina, 3 noviembre 2010, año XXXI, pp. 13-15.

<sup>16</sup> Los trabajos doctrinales sobre la gestación por sustitución en Derecho internacional privado español son muy numerosos. *Vid. inter alia*, M. ALBERT MÁRQUEZ, “Los contratos de gestación de sustitución celebrados en el extranjero y la nueva Ley del Registro Civil”, *Diario La Ley*, N° 7863, sección Doctrina, 22 mayo 2012, año XXXIII, pp. 8-13; L. ÁLVAREZ DE TOLEDO, “El futuro de la maternidad subrogada en España: entre el fraude de Ley y el correctivo de orden público internacional”, *CDT*, 2014, pp. 5-49; S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, “Efectos en España de la gestación por sustitución llevada a cabo en el extranjero”, *AEDIPr*, t. X, 2010, pp. 339-377; *Id.*, “Reconocimiento de la filiación derivada de gestación por sustitución”, en J. FORNER DELAYGUA, C. GONZÁLEZ BEILFUSS Y R. VIÑAS FARRÉ (coords.), *Entre Bruselas y La Haya. Estudios sobre la unificación internacional y regional del Derecho internacional privado. Liber amicorum Alegría Borrás*, Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 2013, pp. 77-90; S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, “Nota a la STS 6 febrero 2014”, *REDI*, 2014, pp. 272-277; C. AZCÁRRAGA MONZONÍS, “La gestación por sustitución en el Derecho Internacional Privado español. Un ejemplo más de la controvertida aplicación de conceptos jurídicos indeterminados”, *Anuario español de Derecho internacional privado*, 2017, pp. 673-710; P. BLANCO-MORALES LIMONES, “¿Y tú de quién eres? Problemas actuales del Derecho de familia”, Lección magistral presentada con ocasión del acto de inauguración del Curso académico 2010/2011 en la Universidad de Extremadura, el 27 de septiembre de 2010, pp. 1-32 ([http://dehesa.unex.es:8080/xmlui/bitstream/handle/10662/2030/LIUEX\\_2010-2011.pdf?sequence=1](http://dehesa.unex.es:8080/xmlui/bitstream/handle/10662/2030/LIUEX_2010-2011.pdf?sequence=1)); L. BONILLO GARRIDO “El reconocimiento y ejecución de sentencias de maternidad por sustitución” *Diario La Ley*, N° 8070, sección Doctrina, 25 abril 2013, año XXXIV, pp. 1-2; N. BOUZA VIDAL, “La globalización como factor de cambio del Derecho internacional privado”, en J. MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, *Estados y organizaciones internacionales ante las nuevas crisis globales*, Madrid, 2010, pp. 283-306; A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Gestación por sustitución y Derecho Internacional Privado: consideraciones en torno a la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 18 de febrero de 2009”, *CDT*, 2009-II, pp. 294-319; A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Notas críticas en torno a la Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 5 octubre 2010 sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución”, *CDT*, 2011, pp. 247-262; A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Gestación por sustitución y Derecho internacional privado. Más allá del Tribunal Supremo y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *CDT Cuadernos de Derecho transnacional*, vol. VII, n.2, 2015, pp. 45-113; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Filiación”, en A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (Directores), *Derecho internacional privado*, vol. II, 15ª ed., Granada, Comares, 2014, pp. 299-33, esp. pp. 315-331; G.J. CAMARERO GONZÁLEZ “Notas sobre la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 18 de febrero de 2009, en un caso de gestación por sustitución”. *Diario La Ley*, N° 7910, sección Doctrina, 26 julio 2012, año XXXIII, pp. 9-12; J. CERDÁ SUBIRACHS, “La insostenible legalización de facto de la maternidad subrogada en España. A propósito de la Instrucción de 5 de octubre de 2010 de la DGRN”, *Abogados de Familia*, n° 60, Sección Tribuna Abierta, Segundo trimestre 2011, *Ed. La Ley*; A. DURÁN AYAGO, “El acceso al Registro civil de certificaciones registrales extranjeras a la luz de la ley 20/2011: relevancia para los casos de filiación habida a través de gestación por sustitución”, *Anuario Español de Derecho internacional privado*, 2012, pp. 265-308; J.M. ESPINAR VICENTE, “La Ley 20/2011 de registro civil y la certificación registral extranjera como título de

sector del ordenamiento jurídico busca dar contenido no sólo a los valores materiales recogidos la Constitución española de 27 de diciembre de 1978, sino también y especialmente, al principio de seguridad jurídica, recogido en el art. 9.3 de dicho texto constitucional, y persigue, igualmente, evitar decisiones claudicantes<sup>17</sup>.

14. Tal y como apuntan los profesores Calvo y Carrascosa, para que una decisión extranjera pueda tener efectos jurídicos en España se deben cumplir una serie de requisitos<sup>18</sup>. Que serían los siguientes: que efectivamente nos encontremos ante una decisión, emitida a su vez por una autoridad extranjera y que la misma resuelva cuestiones de derecho privado, respetando el orden público internacional<sup>19</sup>.

---

inscripción”, *AEDIP*, N.º 11, 2011, pp. 485-525; J.M. ESPINAR VICENTE, “Nuevas reflexiones en torno a la heterodoxa doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado: la gestación de sustitución y el amparo a los actos de fraude ante la Ley”, en AA.VV., *Nuevas fronteras del derecho de la Unión Europea: liber amicorum: José Luis Iglesias Buhigues*, coord. por Carlos Esplugues Mota, Guillermo Palao Moreno, Manuel Alejandro Penadés Fons, 2012, pp. 589-604; E. FARNÓS AMORÓS, “Inscripción en España de la filiación derivada del acceso a la maternidad subrogada en California. Cuestiones que plantea la Resolución de la DGRN de 18 de febrero de 2009”, *Indret.com*, enero 2010; A. FERNÁNDEZ-TRESGUERRAS, “Gestación por subrogación: puertas en el campo”, en <http://www.economista.es/interstitial/volver/sghome/legislacion/noticias/5587271/03/14/Gestacion-por-subrogacion-puertas-en-el-campo.html> (3 diciembre 2014); J. FLORES RODRÍGUEZ, “Vientres de alquiler: más cerca de su reconocimiento legal en Europa. Comentario a la STEDH de 26 de junio de 2014”, *Diario La Ley*, N.º 8363, sección Tribuna, 28 julio 2014, año XXXV, pp. 1-4; M. GUZMÁN ZAPATER, “Gestación por sustitución y nacimiento en el extranjero: hacia un modelo de regulación (sobre la Instrucción DGRN de 5 de octubre de 2010)”, *AEDIPr*, t. X, 2010, pp. 731-743; Id., “Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010. El acceso al Registro español de los nacidos en el extranjero mediante gestación por sustitución”, *El Notario del siglo XXI*, n.º 34, 2010, [http://www.elnotario.com/egest/noticia.php?id=2430&seccion\\_ver=0](http://www.elnotario.com/egest/noticia.php?id=2430&seccion_ver=0); A. HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, “Determinación de la filiación de los nacidos en el extranjero mediante gestación por sustitución: ¿hacia una nueva regulación legal en España?”, *CDT*, 2014, pp. 147-174; I. HEREDIA CERVANTES, “El Tribunal Supremo y la gestación por sustitución: crónica de un desencuentro”, *El notario del siglo XXI*, 9 abril 2014, <http://www.elnotario.es/index.php/editorial/3716-el-tribunal-supremo-y-la-gestacion-por-sustitucion-ronica-de-un-desencuentro>; M.L. DE LA IGLESIA MONGE, “Actualidad de la gestación por sustitución en nuestro ordenamiento jurídico. Inscripción de los hijos nacidos en el extranjero mediante dicha técnica”, *RCDI*, núm. 725, 2001, pp. 1611-1797; P. JIMÉNEZ BLANCO, “Nota a la Sentencias TEDH 26 junio 2014”, *REDI*, 2014, pp. 238-241; A. LARA AGUADO, “Comentario al artículo 98”, en J. COBACHO GÓMEZ / A. LECIÑENA IBARRA (dirs.), *Comentarios a la Ley del Registro Civil*, Cizur Menor, Thomson Reuters-Aranzadi, 2012, pp. 1347-1362; C. LASARTE ÁLVAREZ, “La reproducción asistida y la prohibición legal de maternidad subrogada admitida de hecho por vía reglamentaria”, *Diario La Ley*, 17 enero 2012, pp. 1-7; N. MARCHAL ESCALONA, “Comentario al artículo 96”, J. COBACHO GÓMEZ / A. LECIÑENA IBARRA (dirs.), *Comentarios a la Ley del Registro Civil*, Cizur Menor, Thomson Reuters-Aranzadi, 2012, pp. 1311-1329; J.R. MERCADER UGUINA, “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”, *CDT*, 2017, pp. 454-467; A. MORENO SÁNCHEZ-MORALEDA, “Registro de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución y su articulación en el régimen de reconocimiento de resoluciones judiciales en el Derecho Internacional español”, *RCDI*, núm. 731, pp. 1363-1391; P. OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, “Reconocimiento en España de la filiación creada en el extranjero a través de una maternidad de sustitución”, en S. NAVAS NAVARRO (DRA.), S. CAMACHO CLAVIJO Y A. DE LAMA Y AYNÁ (coords.), *Iguales y diferentes ante el Derecho Privado*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012, pp. 465-516; Id., “Inscripción de la filiación conformada en el extranjero a favor de españoles a través de maternidad de sustitución: Nota a la RDGRN de 18 de febrero de 2009”, *AEDIPr*, t. IX, 2009, pp. 1244-1252; Id., “Maternidad de sustitución: Nota a la Sentencia JPI n.º 15 de Valencia, de 15 de octubre de 2010”, *AEDIPr*, t. X, 2010, pp. 1072-1078; Id., “Nota la Instrucción de 5 de octubre de la DGRN sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución”, *REDI*, 2010, pp. 264-266; Id., “Recognition in Spain of parentage created by surrogate motherhood”, *Yearbook of Private International Law*, volume 12, 2010, pp. 619-637; M.A. PRESNO LINERA / P. JIMÉNEZ BLANCO, “Libertad, igualdad, ¿maternidad? La gestación por sustitución y su tratamiento en la jurisprudencia española y europea”, *Revista Española de Derecho Europeo*, n.º 51, 2014, pp. 9-44; A. QUIÑONES ESCÁMEZ, “Doble filiación paterna de gemelos nacidos en el extranjero mediante maternidad subrogada”, *Indret*, julio 2009, versión *on line*; C. RUIZ SUTIL, “Comentario al artículo 97”, en J. COBACHO GÓMEZ / A. LECIÑENA IBARRA (dirs.), *Comentarios a la Ley del Registro Civil*, Cizur Menor, Thomson Reuters-Aranzadi, 2012, pp. 1331-1346; S. SALVADOR GUTIÉRREZ, “Reconocimiento registral de la determinación en el extranjero de doble filiación paterna mediante técnicas de gestación por sustitución”, *Boletín de Derecho de Familia*, núm. 126, septiembre 2012; J.M. DE TORRES PEREA, “Comentario de la STS de 6 de febrero de 2014 sobre maternidad por sustitución desde la perspectiva del interés del menor”, *La Ley*, 28 marzo 2014, pp. 5-11.

<sup>17</sup> A. L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ: *op. cit.*, pág. 555. “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”.

<sup>18</sup> A. L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ: *op. cit.*, pág. 557 y ss.

<sup>19</sup> A. L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ: *op. cit.*, pág. 535. “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”. También BLANCO-MORALES LIMONES, P, *op. cit.*,

15. A resultas de estas consideraciones, la DGRN resolvió un recurso de alzada por resolución de 18 de febrero de 2009<sup>20</sup>. En tal resolución se ordenó la inscripción de la filiación establecida en los Estados Unidos tras una gestación por sustitución<sup>21</sup>. La DGRN utilizó las herramientas del DIPr en el ámbito de reconocimiento de documentos públicos extranjeros, sin entrar a valorar el fondo del asunto y apoyándose en el mecanismo previsto en el artículo 81 del RRC. La decisión favorable se fundamentó en la CDN, el CEDH y el principio del interés superior del menor (fundamento de derecho I) así como en el principio de la tutela judicial efectiva (fundamento de derecho III).

16. En todo caso, esta decisión no pasó en absoluto desapercibida y generó una considerable controversia e incluso una fuerte conmoción en la doctrina y en la sociedad española. De ahí que la propia Dirección General endureciera los requisitos destinados a reconocer este tipo de filiaciones. Para ello, la misma DGRN elaboró la instrucción 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 español.

17. Ahora bien, a pesar de estos extremos, la Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010 también ha sido criticada por otros sectores de la Administración, como por ejemplo, los notarios<sup>22</sup>. En cualquier caso, con estas posiciones maniqueas se vuelve a obviar la existencia de una situación *de facto*, materializada en un recién nacido que, no sólo por el sistema internacional de Derechos Humanos, sino por una moral natural elemental debe gozar de una protección del ordenamiento jurídico y esto es lo que realiza la Instrucción de 2010.

18. Es importante mencionar que dentro de la escala normativa del ordenamiento jurídico español, la instrucción es el eslabón normativo más bajo, sin eficacia erga omnes y dictada 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. Además, la instrucción está destinada exclusivamente a los subordinados administrativos directos, es decir, los encargados de los registros civiles consulares.

### 3. Perspectivas de futuro Ley 20/2011 de Registro Civil

19. La Ley 20/2011 de Registro Civil busca sustituir la anterior LRC 8 junio de 1957<sup>23</sup>. Esta normativa no ha entrado todavía en vigor, habiendo sido pospuesta en reiteradas ocasiones. La última de ellas ha tenido lugar con la Ley 5/2018<sup>24</sup> que 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.

20. Sin embargo, por las implicaciones que conlleva sí merece ser considerada. En este sentido, se menciona en su exposición de motivos la CDN. Lo que conlleva reafirmar la importancia del principio

<sup>20</sup> RJ 2009/1735.

<sup>21</sup> Vid A. L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ: "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. 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.

<sup>22</sup> Para corroborar este extremo cabe destacar la afirmación de Muñoz de Dios a propósito de la Instrucción: "...me resisto a tener por hijos de los comitentes incluso a los inscritos como tales en nuestro RC. No creo en el concepto de la legalización fáctica: no conozco más legalización que la de iure..." MUÑOZ DE DIOS SÁEZ, Luis F: "El notario ante la gestación por sustitución", *El Notario del Siglo XXI*, mayo-junio, 2018, Núm. 79.

<sup>23</sup> Ley 20/2011 de Registro Civil de 21 de julio (BOE nº 175 de 22 de julio de 2011).

<sup>24</sup> 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 (BOE nº142 de 12 de junio de 2018).

del interés superior del menor en materia registral, incorporado 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.

21. Aunque los artículos 44.4 y 8 (en vigor desde el 15 de octubre de 2015) relativos la inscripción de los nacimientos, reafirman la filiación determinada por el hecho biológico del parto<sup>25</sup>. En los puntos 1 y 2 del artículo 96.2 se establece el acceso al registro de las sentencias extranjeras, previo exequatur o control incidental por el Encargado del registro civil<sup>26</sup>. Estas disposiciones se completan con el artículo 98.2<sup>27</sup>.

22. De acuerdo con el profesor I. Heredia Cervantes, 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*”<sup>28</sup>. Afirmación con la que estoy plenamente de acuerdo y que eleva a una norma con rango de ley, la situación vigente a día de hoy.

#### 4. Reacciones jurisprudenciales a nivel internacional y nacional TEDH y TS

23. Nos interesan especialmente tres decisiones del TEDH. Nos estamos refiriendo al “*caso Mennesson contra Francia*” y “*Labassee contra Francia*”, dictadas por la sección quinta del Tribunal el 26 de septiembre de 2014 y al “*caso Paradiso y Campanelli contra Italia*”, dictada por la Gran Sala del TEDH el 24 de enero de 2017<sup>29</sup>.

24. En las dos primeras el TEDH consideró que, el interés superior del menor aconsejaba anular la decisión de Francia, y reconocer la filiación del menor respecto de los padres de intención. Por lo tanto, el principio del interés superior del menor se materializaba en el reconocimiento de la filiación dentro de una unidad familiar *de facto*<sup>30</sup>.

25. En cambio en la decisión de “*Paradiso y Campanelli contra Italia*”, la Gran Sala del TEDH convalidó la decisión de un tribunal de menores italiano de anular la patria potestad de los comitentes, 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 en este caso que el menor fuera separado de su familia de intención y puesto bajo la custodia de los servicios sociales.

---

<sup>25</sup> “*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*”. “*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*”.

<sup>26</sup> La exposición de motivos también recoge lo siguiente: “*...se centra en la inscripción de documentos judiciales extranjeros...la inscripción tras proceder a un reconocimiento incidental*”.

<sup>27</sup> “*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*”.

<sup>28</sup> Heredia Cervantes, I: 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: *Treinta años de Reproducción Asistida en España: una mirada interdisciplinar a un fenómeno global y actual*. Boletín Ministerio de Justicia. Madrid, 2015, pág. 386.

<sup>29</sup> 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.

<sup>30</sup> Como apunta Roca Trías 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*”. Roca Trías, E, en P. BENAVENTE MOREDA y E. FARNÓS AMORÓS: *Treinta años de Reproducción Asistida en España: una mirada interdisciplinar a un fenómeno global y actual*. Boletín Ministerio de Justicia. Madrid, 2015, p. 386 y p. 327.

26. ¿Por qué me parece que es tan significativa esta resolución del TEDH? Porque con este pronunciamiento se asienta la primacía del interés superior del menor sobre los derechos de los padres de intención y se obliga a respetar el cauce marcado por el ordenamiento jurídico para este tipo de inscripciones. Adoptando un nuevo criterio del que se está haciendo eco la jurisprudencia española.

27. Por otro lado la mencionada resolución de la DGRN de 18 de febrero de 2009 fue recurrida por el Ministerio Fiscal. Recurso, que una vez agotadas todas las instancias procesales, terminó en una sentencia del TS con fecha 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<sup>31</sup>. Pudiendo 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 TEDH.

28. No es el objeto de este artículo 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<sup>32</sup> y creo que el TS, con sus decisiones, ha entrado a juzgar la gestación por sustitución en su conjunto.

29. Por otra parte, las normas internacionales sobre Derechos Humanos también forman parte de nuestro orden público y como ya hemos mencionado, 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 conllevarían que nuestro ordenamiento tomara en consideración este tipo de situaciones<sup>33</sup>.

30. Por otro lado, 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 sustitución<sup>34</sup>. 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, el reconocimiento de una prestación*”. Ahora bien, trayendo otra vez a colación el principio del interés superior del menor, es plenamente comprensible estos pronunciamientos.

31. En todo caso y con el fin de disipar las dudas de los registros civiles consulares, la DGRN emitió una nueva circular el 11 de julio de 2014 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

---

<sup>31</sup> 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).

<sup>32</sup> P. BLANCO-MORALES LIMONES: “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>

<sup>33</sup> E. JIMENEZ SOLARES: “Las normas internacionales convencionales de Derechos humanos y su contribución al orden público internacional”. *Revista de Derecho*. UNED. Nº14 (2014), págs. 325-347. Por otro lado resulta 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.

<sup>34</sup> Si se desea ampliar la información a este respecto, se puede consultar el artículo de J. R. MERCADER UGUINA: “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.

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

#### 1. Función consular en materia de registro civil

32. De acuerdo con el profesor M. AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO<sup>35</sup>, 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 1963<sup>36</sup> 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.

33. 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 Hernández<sup>37</sup>: “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”.

34. Por otro lado, la Convención de Viena de 1961<sup>38</sup> sobre Relaciones Diplomáticas, dispone en su artículo 3.d, que una de las funciones de la misión diplomática consiste en informar, por todos 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 2/2014<sup>39</sup> que regula el Servicio Exterior del Estado, establece que las Oficinas Consulares de carrera estarán a cargo de un funcionario de la Carrera Diplomática.

35. 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 y den parte al Estado acreditante, es decir, a España. 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. Dentro del trabajo registral consular, un elemento fundamental es la labor calificadora, que se le encarga única y exclusivamente al Cónsul en su calidad de encargado del Registro civil consular.

36. 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 municipal 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<sup>40</sup>.

37. En otro orden de cosas conviene subrayar que 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*”. Convirtiéndose la nacionalidad de los dos padres de intención, en la fuente que fundamenta la autoridad consular en estos supuestos<sup>41</sup>.

<sup>35</sup> M. AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO: *Intervención Consular en Derecho Internacional Privado*. Ed: Universidad de Sevilla. Sevilla 2005, pág. 14.

<sup>36</sup> Convención de Viena de 24 de abril de 1963 sobre relaciones consulares (BOE nº56 de 6 de marzo de 1970).

<sup>37</sup> J. NÚÑEZ HERNÁNDEZ y X. MARTÍ MARTÍ: *óp. cit.*, pág. 488.

<sup>38</sup> Convención de Viena de 18 de abril 1961 sobre relaciones diplomáticas (BOE nº21 de 24 de enero de 1968).

<sup>39</sup> Ley 2/2014 de 25 de marzo de Acción y del Servicio Exterior del Estado (BOE nº74 de 26 de marzo de 2014).

<sup>40</sup> J. NÚÑEZ HERNÁNDEZ y X. MARTÍ MARTÍ: *óp. cit.*, pág. 497.

<sup>41</sup> “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”. M. AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO: *óp. cit.*, págs. 16 y 17.

38. Por su parte, 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 Civil<sup>42</sup>: “*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.

39. Ahora bien, además de la nacionalidad española del promotor, la legitimidad consular en materia registral también se completa, como indica el profesor Heredia Cervantes, porque en estos supuestos, se aplica analógicamente lo dispuesto para las adopciones internacionales<sup>43</sup>. Puesto que, el hecho inscribible va a tener efectos jurídicos en España y faculta también la intervención de la autoridad consular.

40. Asimismo conviene mencionar que sólo un funcionario consular de carrera puede realizar la función registral<sup>44</sup>. 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 por sustitución, así como del resto de requisitos recogidos por la Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010.

41. 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*”.

42. 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*”<sup>45</sup>.

43. 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.

## **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?**

44. Una vez establecido todo el marco de referencia, vamos a estudiar en este apartado cuales son los pasos concretos que se deberían seguir de acuerdo con esta disposición. El punto 1 de la disposición primera de la Instrucción establece el requisito que la filiación venga determinada por sentencia ju-

<sup>42</sup> Ley del Registro Civil de 8 de junio de 1957 (BOE nº151 de 10 de junio de 1957).

<sup>43</sup> “*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*”. I. HEREDIA CERVANTES, La inscripción de relaciones de filiación constituidas en el extranjero mediante gestación por sustitución: seis años desperdiciados en P. BENAVENTE MOREDA y E. FARNÓS AMORÓS (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.

<sup>44</sup> 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 (BOE nº272 de 13 de noviembre de 2007). El RD 1390/2007 de Agentes consulares Honorarios de España en el extranjero prohíbe expresamente 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.

<sup>45</sup> Este artículo se inscribe en la autonomía que tiene el encargado del registro civil a la hora de tomar sus decisiones, ya que “*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*”. M. AGUILAR BÉNITEZ DE LUGO, *op. cit.*, pág. 14.

dicial. “*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*”.

45. 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 maniobra<sup>46</sup>. En un principio, tenemos una sentencia judicial que se pretende que sea 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.

46. 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 1881. Para proceder a la inscripción de nacimiento deberá presentarse ante el Registro Civil español, la solicitud de la inscripción y el auto judicial que ponga fin al mencionado procedimiento de exequátur*”<sup>47</sup>.

47. 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.

48. El punto 3 de la disposición primera determina exactamente lo siguiente: “*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*”<sup>48</sup>.

49. La teoría del reconocimiento incidental se inscribe en la función del DIPr relativa al reconocimiento de decisiones extranjeras por parte del ordenamiento jurídico español<sup>49</sup>. Su particularidad radica en que la decisión es invocada directamente ante la autoridad española, el Cónsul en el caso que nos ocupa.

50. Es conveniente mencionar que, el artículo 44.2 de la ley de cooperación jurídica civil internacional, establece el reconocimiento incidental de una decisión judicial extranjera por parte de juez español en el marco de un procedimiento civil y el artículo 59.2 recoge idéntica previsión para la inscripción registral en un registro de la propiedad, mercantil o de bienes muebles<sup>50</sup>.

51. 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,

---

<sup>46</sup> 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*”.

<sup>47</sup> El exequátur se encuentra regulado actualmente por la Ley 29/2015 de Cooperación Jurídica civil internacional de 30 de julio (BOE nº182 de 31 de julio de 2015).

<sup>48</sup> 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

<sup>49</sup> F. GASCÓN INCHAUSTI, “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.

<sup>50</sup> Ley 29/2015 de Cooperación Jurídica civil internacional de 30 de julio (BOE nº182 de 31 de julio de 2015).

este tipo de procedimientos, suelen tener también la consideración de procedimientos de jurisdicción voluntaria en los Estados receptores, tal y como señala la Instrucción.

**52.** En cualquier caso, la particularidad de todo este proceso radica en que se pretende inscribir en un registro español una resolución extranjera que determina una filiación respecto de unos padres de intención. Dicha resolución deja de lado a la mujer gestante que, de acuerdo con las premisas de nuestro derecho de familia, sería no sólo la madre biológica sino también la madre legal. La consecuencia jurídica de este tipo de inscripciones es de tal trascendencia que implica que el reconocimiento de las mismas sea un requisito ineludible para su inscripción.

**53.** Para ello, el funcionario consular tiene la obligación de conocer las estructuras básicas del ordenamiento jurídico del Estado receptor, al igual que cómo se articulan las principales instituciones del mismo. En base a dicho conocimiento, debe juzgar si es oportuno o no eximir a dicha resolución del requisito del exequátur.

**54.** 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 concededor del ordenamiento del Estado receptor.

**55.** ¿Qué condiciones debe 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 disposición<sup>51</sup>. 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.

**56.** A mi juicio, la única manera de verificar este extremo es que cuando se promueva la inscripción, los padres de intención aporten junto con la resolución judicial, el contrato suscrito con la madre gestante. A la vista del mismo, 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.

**57.** 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 Datos<sup>52</sup>. 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.

---

<sup>51</sup> a) *La regularidad y autenticidad formal de la resolución judicial extranjera y de cualesquiera otros documentos que se hubieran presentado.*

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

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

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

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

<sup>52</sup> Ley 15/1999 de 13 de diciembre de Protección de Datos de carácter personal (BOE nº 298 de 14 de diciembre de 1999). Esta protección es reforzada todavía más con el nuevo Reglamento europeo de Protección de Datos.

**58.** Una vez comentados los requisitos materiales exigidos por la Instrucción. Debemos comentar un requisito formal, relativo al lugar donde se produzca el hecho registral inscribible. Puesto que dicha localidad se enmarcará en una circunscripción consular que determinará el Registro civil competente<sup>53</sup>.

**59.** 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. En muchas ocasiones suele ocurrir que los padres de intención, no están inscritos en el Registro de Matrícula Consular porque no son residentes en la circunscripción y desconocen los procedimientos consulares de inscripción de actos registrales. Esta circunstancia también viene coadyuvada por la propia regulación en el Estado receptor de los contratos de gestación por sustitución.

**60.** El hecho de no estar inscrito como residente no es óbice para que se puedan realizar trámites consulares, ya que se permiten los mismos 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.

**61.** No podemos olvidar que se desea inscribir una decisión extranjera que afecta a un menor de edad. Los mecanismos proporcionados por el ordenamiento se materializan en una mera instrucción que obliga al funcionario consular a actuar con una prudencia que, en última instancia, debe tener presente el interés superior del menor, a la hora aplicar el margen discrecional recogido en la Instrucción.

**62.** Por ello, sería aconsejable que los comitentes 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 concedan al registro civil consular el tiempo suficiente para realizar la inscripción correctamente<sup>54</sup>.

**63.** Por su parte, la existencia de una resolución judicial que determine la filiación, 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.

**64.** 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 de la Instrucción, con la exigencia de la sentencia judicial se busca evitar el tráfico internacional de menores y en última instancia respetar el interés superior del menor tal y como dispone la CDN<sup>55</sup>.

**65.** Finalmente, por lo que se refiere a la inscripción de 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

---

<sup>53</sup> 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 una decisión proveniente de dicho estado, en cambio sí que se podría inscribir dicha filiación si hubiera sido determinada en el estado de Pensilvania. 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, dándose el caso que un Consulado General pueda o no realizar estos trámites según el estado de procedencia de las resoluciones

<sup>54</sup> 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](http://www.exteriores.gob.es)

<sup>55</sup> Como bien señala parte de la doctrina a propósito de la sentencia, “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”. R. BAZ VICENTE: Aspectos Registrales civiles de la filiación en los supuestos de gestación por sustitución en P. BENAVENTE MOREDA y E. Farnós Amorós (coord.): *Treinta años de Reproducción Asistida en España: una mirada interdisciplinar a un fenómeno global y actual*. Boletín Ministerio de Justicia. Madrid, 2015, pág. 272.

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 mediante gestación por sustitución tal y como lo detalla la resolución judicial.

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

**66.** Ahora bien, el problema de este planteamiento radica en que muchos países que regulan y permiten la gestación por sustitución, determinan la filiación del nacido mediante un documento público de carácter registral o notarial. De ahí que se nos planteen la cuestión de qué opciones proporciona el ordenamiento jurídico español para registrar dicha filiación en los supuestos que no hay sentencia judicial.

**67.** 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<sup>56</sup> de la Ley 14/2006.

**68.** 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.

**69.** Por otro lado, esta afirmación se completa con el apartado 10.3<sup>57</sup> de la misma norma legal. 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 formadas por personas del mismo sexo 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.

**70.** En este sentido figurará como padre, el progenitor que haya aportado el material biológico y como madre, la mujer gestante. El padre deberá reconocer su paternidad ante el Encargado del Registro civil de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 120 de nuestro Código Civil.

**71.** El recién nacido será inscrito como un hijo extramatrimonial. Esta mención constituye un anacronismo absoluto 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. Tanto los hijos matrimoniales como los extramatrimoniales y los adoptivos gozan de los mismos derechos<sup>58</sup>.

**72.** Es importante tener también presente 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 la inscribirá como madre legal porque así lo disponen nuestras normas registrales. Estando la mujer

<sup>56</sup> “La filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto”.

<sup>57</sup> “Queda a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales”.

<sup>58</sup> 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”.

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*”.

73. En estos supuestos, el otro progenitor 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).

#### 4. Recomendaciones Ministerio de Asuntos Exteriores y Cooperación

74. En todo caso y a tenor de lo señalado, se insiste en la conveniencia de que los padres de intención contacten al registro civil consular donde se vaya a inscribir la filiación con el fin de conocer de primera mano qué requisitos solicitan.

75. Un elemento que facilita este contacto y que permite una primera aproximación, son las nuevas tecnologías y en concreto las páginas web que tiene cada Embajada y Consulado General de España. Vamos a señalar por ejemplo la del Consulado General de España en Moscú<sup>59</sup>. Destaca también lo recogido en la página de la Sección Consular de la Embajada de España en Kiev complementa lo dispuesto por el Consulado General en Moscú<sup>60</sup>. Por último destacaremos también la recomendación realizada por la Embajada de España en Astana (Kazajstán)<sup>61</sup>.

76. ¿Por qué se está insistiendo en la conveniencia de seguir las recomendaciones del Ministerio de Asuntos Exteriores y Cooperación así como de entrar en contacto con el Consulado General o Sección Consular de referencia? Con el fin de comprender mejor este extremo, se va a exponer un caso real que tuvo lugar en el Consulado General de España en Moscú y que terminó con una sentencia de la sala de lo contencioso administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid.

77. 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 Moscú<sup>62</sup>.

78. El 28 de marzo de 2016, el Consulado General de España en Moscú deniega la solicitud de concesión de un salvoconducto a un menor nacido en Rusia mediante gestación por sustitución cuyos supuestos de padres de intención son de nacionalidad española. En base a la previsión del artículo 8 del RD 116/2013<sup>63</sup>. A tenor de dicho artículo se puede claramente observar que los supuestos que habilitan

<sup>59</sup> [http://www.exteriores.gob.es/Consulados/MOSCU/es/Consulado/Paginas/Articulos/20150630\\_NOT1.aspx](http://www.exteriores.gob.es/Consulados/MOSCU/es/Consulado/Paginas/Articulos/20150630_NOT1.aspx) (consulta 10.4.2018). “*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*”.

<sup>60</sup> <http://www.exteriores.gob.es/Embajadas/KIEV/es/Embajada/ServiciosConsulares/Servicios%20consulares%20en%20Kiev/Registro/Paginas/Nacimientos.asp> (consulta 10.4.2018). “*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*”.

<sup>61</sup> <http://www.exteriores.gob.es/Embajadas/ASTANA/es/Embajada/ServiciosConsulares/Paginas/Adopciones.aspx> (consulta 10.4.2018). “*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*”

<sup>62</sup> Vid M. P. GARCÍA RUIZ, “Gestación subrogada: estado legal y jurisprudencia de la cuestión”. *Revista de Jurisprudencia*. 1 de diciembre de 2017.

<sup>63</sup> El Real Decreto 116/2013 de 15 de febrero (BOE nº47 de 23 de febrero de 2013) regula la expedición de pasaportes provisionales y salvoconductos y el artículo mencionado dispone 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...2. Las

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.

79. El fundamento de derecho 6º de la sentencia hace referencia a la instrucción de 5 de octubre de 2010 de la DGRN<sup>64</sup>. Recordando la necesidad de una resolución judicial que determine la filiación mediante esta técnica. Finalmente este fundamento de derecho concluye de la siguiente manera: *“la situación en que ahora se encuentran los recurrentes y el menor, lejos de ser sorpresiva, pueden ser prevista e incluso premeditada debiendo, por consiguiente, ser ahora asumida”*.

80. Por otro lado, el TSJ utiliza la reciente jurisprudencia del caso *Paradiso y Campanelli*, al final de su fundamento de derecho 7º<sup>65</sup>. 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”*. Esta observancia escrupulosa del ordenamiento se inscribe también en el principio del interés superior del menor, cuyo bienestar será en última instancia la consideración primordial.

#### IV. Conclusiones

81. A lo largo de estas líneas hemos podido constatar cómo la filiación que debe acreditarse tras una gestación por sustitución se ha convertido en una realidad social en España, a pesar de la previsión del artículo 10 de la Ley 14/2006. Especialmente a raíz de su regulación favorable en múltiples países y la posibilidad de su utilización por *“familias de intención”* extranjeras.

82. Sin embargo, no se debe olvidar que le recién nacido tiene una serie de derechos inherentes a su dignidad humana, los derechos humanos. Que en el caso de los menores se han materializado en la CDN y en el CEDH y configuran el principio del interés superior del menor. Además el TEDH ha dictado varias resoluciones, donde no se vislumbra un criterio jurisprudencial definido, más allá del bienestar del menor como baremo para juzgar la actuación de los poderes públicos.

83. 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. Por todo ello, nuestro ordenamiento, atendiendo al principio del interés superior del menor, ha tenido que hacer frente a las filiaciones mediante gestación por sustitución suscritas en el extranjero, utilizando para ello las herramientas del DIPr.

84. Todas estas reflexiones se han materializado 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. 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 dispensar o no de la exigencia de exequátur y realizar un mero reconocimiento incidental.

---

*Misiones Diplomáticas u Oficinas Consulares españolas... podrán expedir salvoconductos a extranjeros cuya protección internacional haya sido asumida por España.... Asimismo... podrán expedir salvoconductos para promover el traslado del o de los solicitantes de protección internacional a España...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”*.

<sup>64</sup> *“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”*.

<sup>65</sup> *“... 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”*.

**85.** El problema de este planteamiento radica en que toda la responsabilidad del hecho registral recae sobre el encargado del registro y ni la instrucción, ni ningún otro instrumento del ordenamiento proporcionan algún tipo de solución, frente a las múltiples particularidades, supuestos y excepciones que se presentan en la realidad cotidiana del trabajo consular.

**86.** 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 puedan hacer más llevadera la inscripción no sólo para el funcionario consular sino también para los padres de intención.

**87.** En cualquier caso, desearía terminar este trabajo señalando que no se puede estigmatizar a las familias de intención que utilicen la gestación por sustitución. Ahora bien, estas ilusiones no se pueden cumplir a cualquier precio ya que está 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”*.<sup>66</sup>

---

<sup>66</sup> <http://citasmiticas.com/categorias/derecho/3> (consulta 30.5.2018).