

UNA NUEVA VUELTA DE TUERCA EN LA INSCRIPCIÓN DE
MENORES NACIDOS MEDIANTE GESTACIÓN SUBROGADA EN EL
EXTRANJERO: LA INSTRUCCIÓN DE LA DGRN DE 18 DE FEBRERO
DE 2019

*A NEW TURN OF THE SCREW FOR THE REGISTRATION OF CHILDRENS
BORN THROUGH INTERNATIONAL SURROGATE: THE INSTRUCTION
OF THE GENERAL DEPARTMENT FOR REGISTRIES AND NOTARIES ON
FEBRUARY 18, 2019*

Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 10 bis, junio 2019, ISSN: 2386-4567, pp. 64-85

M^a Belén
ANDREU
MARTÍNEZ

ARTÍCULO RECIBIDO: 15 de marzo de 2019

ARTÍCULO APROBADO: 1 de abril de 2019

RESUMEN: La Dirección General de los Registros y del Notariado ha dictado el 14 de febrero de 2019 una Instrucción para actualizar el régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución, que ha sido sustituido por otra solo 4 días después. En este trabajo se analizarán los criterios que se pretendían implantar y los argumentos en que se sustentaban para determinar en qué medida suponían o no una verdadera innovación respecto a los criterios sentados en la previa Instrucción de 5 de octubre de 2010 y en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, y si la actual Instrucción de 18 de febrero de 2019 va a implicar mayores restricciones para la inscripción de los menores nacidos mediante gestación subrogada en el extranjero.

PALABRAS CLAVE: Maternidad subrogada; filiación; Registro civil; Dirección General de los Registros y del Notariado.

ABSTRACT: *The General Department for Registries and Notaries has issued an Instruction on February 14, 2019 to update the regime of the filiation in the civil registration of those born through surrogate motherhood, which has been replaced by another only 4 days later. This paper will analyze the criteria that are intended to be implemented and the arguments on which they are substantiated in order to evaluate if it is or is not an authentic novelty in relation to those in the previous instruction of October 5, 2010 and in the jurisprudence of the Supreme Court. Also we'll assess if current Instruction of February 18, 2019 will involve greater restrictions for the registration of minors born through international surrogate.*

KEY WORDS: *Surrogate motherhood; filiation; civil registry; General Department for Registries and Notaries.*

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN.- II. LA INSTRUCCIÓN DE 14 DE FEBRERO DE 2019: LA PLASMACIÓN DE LO QUE YA SE VENÍA HACIENDO...Y ALGO MÁS.- I. ¿Por qué una nueva Instrucción? - 2. Los criterios que se pretendían implantar para la inscripción de la filiación de menores nacidos mediante GS.- III. LA INSTRUCCIÓN DE 18 DE FEBRERO DE 2019 O LA VOLUNTAD DE DESALENTAR LA GS INTERNACIONAL.- I. ¿A qué menores se aplica?- 2. Nuevos criterios (o no tanto).- IV. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN

La regulación de la maternidad subrogada y la necesidad o no de su admisión en nuestro ordenamiento ha hecho correr ríos de tinta en los últimos años y ha provocado un intensísimo debate a nivel político, social, jurídico y ético, así como el pronunciamiento en sentidos diversos de diferentes instancias (Dirección General de los Registros y del Notariado, en adelante, DGRN; jurisprudencia del Tribunal Supremo, en adelante, TS; jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en adelante, TEDH; Comité de Bioética de España, en adelante, CBE...). La solución dista mucho de ser pacífica y la respuesta que se está dando en la práctica es de lo más dispar y produce una gran inseguridad jurídica. Así, frente a la negativa del TS de un reconocimiento directo de la filiación derivada de gestación subrogada realizado en el extranjero y la necesidad de acudir a las vías que concede nuestro ordenamiento (ejercicio de la correspondiente acción de filiación; adopción...); y frente a la necesidad de una resolución judicial dictada por tribunal competente prevista en la Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010, en la práctica, en los Registros Civiles (en adelante, RC) consulares (por ej. en el caso de Ucrania) se venía inscribiendo la filiación paterna mediante la acreditación de la paternidad por prueba de ADN. La necesidad, entre otros, de dotar de marco jurídico a esta práctica motivó que la DGRN dictara una nueva resolución el 14 de febrero de 2019, para actualizar la previa de 2010.

No obstante, la DGRN, mediante Instrucción de 18 de febrero de 2019, sobre actualización del régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución (en adelante, GS), ha dejando sin efecto su previa Instrucción de 14 de febrero de 2019 (del mismo título), esto es, de solo 4 días antes. Se trata de algo insólito en el ámbito de la DGRN, aunque en materia de GS los conflictos entre posiciones muy encontradas es algo habitual, en particular como sabemos, entre la propia DGRN y el TS español. De hecho podríamos considerar que este es "otro episodio más" en el tortuoso camino de la GS en nuestro país. La Instrucción de

• **M^a Belén Andreu Martínez**

Profesora Titular de Derecho civil de la Universidad de Murcia. Correo electrónico: beland@um.es

14 de febrero no ha llegado a ser publicada en el BOE, sí lo ha sido la de 18 de febrero (BOE de 21 de febrero de 2019). La razón de este cambio ha saltado a los medios de comunicación y ha sido el fuerte rechazo del Gobierno de la Nación a la maternidad subrogada y, por tanto, a una Instrucción que pudiera “facilitar” la inscripción en los RC consulares de los menores nacidos mediante esta técnica en el extranjero¹.

Las distintas cuestiones que plantea la maternidad subrogada en nuestro ordenamiento y en el ámbito internacional han sido objeto de una profusa atención por la doctrina en los últimos años². Por ello, y partiendo de las bases ahí sentadas, vamos a centrarnos en este trabajo en las últimas directrices dictadas por la DGRN en esta materia; directrices que, por otra parte, deben marcar las líneas de actuación de los RC consulares a partir de ahora y que, por lo tanto, tiene una gran trascendencia práctica. Para ello, vamos a analizar en primer lugar la efímera Instrucción de 14 de febrero de 2019, para conocer qué criterios querían implantarse para la inscripción de los nacidos en el extranjero por esta técnica y con base en qué argumentos. Ello nos permitirá comprobar en qué medida esta Instrucción suponía o no una verdadera innovación respecto a los criterios sentados en la previa Instrucción de 5 de octubre de 2010, en la jurisprudencia del TS y del TEDH y a lo que se venía aplicando en la práctica, así como su comparación con la Instrucción dictada 4 días después. En relación con esta última (Instrucción de 18 de febrero 2019), analizaremos cuáles son las directrices que sienta y en qué medida éstas pueden implicar mayores restricciones para la inscripción de los menores nacidos de GS en el extranjero.

II. LA INSTRUCCIÓN DE 14 DE FEBRERO DE 2019: LA PLASMACIÓN DE LO QUE YA SE VENÍA HACIENDO...Y ALGO MÁS

La prolija Instrucción de la DGRN de 14 de febrero de 2019, sobre actualización del régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución

- ¹ Vid. la nota de prensa del Ministerio de Justicia: <http://www.lamoncloa.gob.es/serviciosdeprensa/notasprensa/justicia/Paginas/2019/160219gestacion-subrogada.aspx>. No hay que olvidar que la DGRN se incardina dentro de este Ministerio (cfr. art. 9 Ley 8 de junio de 1957 sobre el Registro Civil, en adelante LRC 1957; art. 2 Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil, en adelante LRC 2011; y arts. 41 y 42 Decreto de 14 de noviembre de 1958 por el que se aprueba el Reglamento de la Ley del Registro Civil, en adelante RRC 1958). No obstante, dado el carácter tan técnico de las cuestiones que habitualmente resuelve, no es habitual una injerencia directa del Ministro de Justicia en dichas cuestiones, tal y como salió en los medios.
- ² Sin ánimo de ser exhaustivo, pueden consultarse, entre otros, FARNÓS AMORÓS, E.: “Paradiso y Campanelli c. Italia (II): los casos difíciles crean mal derecho”, *Revista Bioética y Derecho*, núm. 40, 2017, pp. 231-242; GONZÁLEZ CARRASCO, M.C.: “Gestación por sustitución: ¿Regular o prohibir?”, *Revista CESCO de Derecho de consumo*, núm. 22, 2017, pp. 117-131; DE VERDA Y BEAMONTE, J.R.: “Notas sobre la gestación por sustitución en el derecho español”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 4, febrero 2016, pp. 349-357; CERVILLA GARZÓN, M.D.: “Gestación subrogada y dignidad de la mujer”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 9, agosto 2018, pp. 10-43; VILAR GONZÁLEZ, S.: *La gestación subrogada en España y en el derecho comparado*, La Ley-Wolters kluwer; Madrid, 2018; VELA SÁNCHEZ, A. J.: *Gestación por encargo: tratamiento judicial y soluciones prácticas*, Reus, Madrid, 2015; y doctrina en ellos citada.

(de 20 páginas), contiene en su preámbulo XVI antecedentes en los que se justifican las cuatro nuevas directrices a seguir en esta materia por los Registros consulares³. Vamos a centrarnos primero en el preámbulo, para conocer las razones que para la DGRN justificaban una nueva Instrucción, y nos adentraremos posteriormente en los nuevos criterios que se querían implantar en esta materia.

I. ¿Por qué una nueva Instrucción?

En los antecedentes I a IX la DRGN realiza un detallado análisis del tratamiento y evolución que en nuestro país ha tenido la inscripción registral de la filiación de los nacidos mediante GS. Ello permite al lector situarse y comprender más fácilmente la complicada situación y las distintas soluciones que se han ido dando a la GS internacional en España (aunque, evidentemente, se destacan aquellos aspectos más relevantes para justificar las directrices que luego se adoptan).

Entre ellos, recuerda la DGRN, por ejemplo, que su Instrucción de 5 de octubre de 2010 se justificaba por la anulación judicial de su Resolución de 8 de febrero de 2009 (en la que se admitía la inscripción de la filiación de menor nacido en California mediante contrato de GS y en virtud de certificación registral extranjera). De ahí que en dicha Instrucción se requiriera resolución judicial dictada por tribunal competente, entendiendo que de esta manera se dotaba de suficientes garantías al procedimiento y se protegían los intereses concurrentes (interés superior del menor y el de las madres gestantes)⁴. Con base en esto también recalca la DGRN la distinción que ha venido haciendo entre tutela de reconocimiento (para los casos en que se aporte como título inscribible la citada resolución judicial) y tutela declarativa (para otros supuestos). Y señala que esta distinción (en cuanto al distinto reconocimiento jurídico a efectos registrales entre certificaciones registrales y documentos públicos extranjeros y resoluciones judiciales extranjeras) ha cobrado carta de naturaleza con la nueva LRC 2011 (arts. 96.2 y 98), en la Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional (arts. 2, 59, 60, DA 1ª) y en la Ley 15/2015, de 2 de julio, de jurisdicción voluntaria (arts. 11 y 12)⁵.

Tras analizar la doctrina sentada en la STS 6 febrero 2014⁶, también recuerda que mediante Resolución de 11 de julio de 2014 se mantuvo la vigencia de la Instrucción de 5 de octubre de 2010; y ello al no ser extrapolable directamente la doctrina sentada en dicha STS a los casos en que la solicitud de inscripción de filiación se sustenta en una sentencia judicial firme extranjera⁷. La DGRN se

3 En la directriz quinta únicamente se deroga y sustituye la previa Instrucción de 5 de octubre de 2010.

4 Cfr. antecedente II.

5 Cfr. antecedente IV.

6 STS 6 febrero 2014 (RAJ 2014, 833).

7 Cfr. antecedentes V y VI.

detiene igualmente en la doctrina sentada por el TEDH destacando, entre otros, la importancia del vínculo biológico con alguno de los progenitores conforme a la última sentencia dictada en el caso Paradiso y Campanelli contra Italia (STEDH 24 enero 2017)⁸.

Pero es realmente en los antecedentes X a XVI en donde la DGRN incide en los nuevos elementos que quiere incorporar a sus directrices y con los que pretende actualizarlas y adaptarlas a las novedades legislativas y jurisprudenciales de los últimos años. Así, partiendo de la STEDH del caso Paradiso y Campanelli de 24 enero 2017 que acabamos de mencionar y de la relevancia que ésta otorga a la infracción de las leyes y convenios internacionales en materia de protección de menores y adopción internacional, la DGRN introduce como un criterio fundamental a tener en cuenta el contar con el consentimiento libre y post-natal de la madre gestante. Para ello, acude a la jurisprudencia de las AP tanto en el ámbito de la gestación subrogada como en el de las adopciones internacionales, a la necesidad de que en nuestro derecho en toda inscripción de filiación figure la materna o a la doctrina del TC sobre la garantía de los derechos de los progenitores a participar en los procesos de desamparo, acogimiento y adopción, entre otros⁹. En relación con esto, también incide la DGRN en el derecho del menor a conocer sus orígenes biológicos, conforme al artículo 7.1 Convención de los Derechos del Niño de 1989, el artículo 12 de la Ley 54/2007, de 28 de diciembre de adopción internacional y en la STS 21 septiembre 1999. Y ello tanto respecto de la maternidad (puesto que no se puede renunciar en nuestro derecho a la maternidad, debiendo quedar determinada en toda inscripción de nacimiento la madre del nacido, que será la que ha dado a luz), como respecto de la paternidad¹⁰.

Como se puede comprobar, la DGRN pone el acento en dos elementos cruciales que plantea la GS y que están en el debate no solo de esta materia, sino en general de las técnicas de reproducción asistida (como es el anonimato y el derecho a conocer los orígenes)¹¹. De hecho, aunque la Instrucción no haga referencia a ella, se trata de dos cuestiones que el TC portugués ha tenido en cuenta en su sentencia de 24 de abril de 2018 para declarar la inconstitucionalidad de determinados aspectos de la regulación portuguesa en materia de reproducción asistida y GS (revocabilidad del consentimiento de la gestante –o necesidad de consentimiento post-parto-; y anonimato de la gestante y donantes y la importancia

8 STEDH 24 enero 2017 (JUR 2017, 25806). Cfr. antecedente IX.

9 Cfr. antecedentes X a XII.

10 Cfr. antecedentes XIV y XV.

11 Sobre la necesidad de poner límites al anonimato del donante en técnicas de reproducción asistida en derecho español, puede verse, entre otros, ALKORTA IDIAKEZ, I., FARNÓS AMORÓS, E.: "Anonimato del donante y derecho a conocer: un difícil equilibrio", *Oñati Socio-legal Series (Online)*, V. 7, núm. 1, 2017, p. 148-178. El Informe del Comité de Bioética de España sobre los aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada, de mayo de 2017, también se plantean las dos cuestiones señaladas sobre el anonimato de la gestante y la revocabilidad de su consentimiento.

creciente que se atribuye al conocimiento de los orígenes)¹². Pues bien, la DGRN pretende introducirlos en nuestro derecho vía Instrucción, y para ello se basa en los derechos reconocidos en la Convención de los Derechos del Niño de 1989, en los principios sentados en la normativa sobre protección de menores y, especialmente, en materia de adopción y en la jurisprudencia del TEDH y patria.

Pero el elemento más novedoso lo incluye la DGRN en el antecedente XVI, en el que abre la puerta a la aplicación analógica de lo previsto en el artículo 10.3 Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida (en adelante LTRHA), esto es, el ejercicio de la acción de reclamación de la filiación, para determinar la filiación materna a favor de la mujer que presente vínculo genético con el nacido/a por haber aportado el óvulo para la fecundación, y ello cuando conforme a la ley extranjera aplicable la filiación quedara determinada a favor de mujer distinta de la que ha gestado. En estos casos considera la DGRN que se produce un conflicto entre dos principios de orden público español: la interdicción y nulidad de los contratos de GS y el del interés superior del menor (que, conforme al art. 2 LOPJM, debe ser prevalente). Por ello, abre esta vía ante la posibilidad de que el menor pudiera quedar desamparado en el país en el que se ha producido la gestación. La inclusión de esta posibilidad se hace, no obstante, de una manera un tanto confusa y plantea múltiples cuestiones, que analizaremos en el siguiente apartado.

I. Los criterios que se pretendían implantar para la inscripción de la filiación de menores nacidos mediante GS

A la vista de todo lo anterior, la DGRN dicta en la Instrucción de 14 de febrero de 2019 unas nuevas directrices, con la idea de que sustituyan (o, más bien, actualicen) las establecidas en la previa Instrucción de 5 de octubre de 2010¹³; por

12 Acórdão n° 225/2018, de 24 de abril. Al TC portugués se le someten aspectos relacionados no solo con la GS, sino también respecto del anonimato del donante y otras cuestiones de reproducción asistida reguladas en la Ley 32/2006 de procreación médicamente asistida. De hecho, declara la inconstitucionalidad del anonimato (para gestantes y donantes en general en las técnicas de reproducción asistida), al entender que imponen una restricción innecesaria a los derechos de identidad personal y desarrollo de la personalidad del nacido mediante estas técnicas. Por otra parte, considera que el hecho de que se limite la posibilidad de revocar el consentimiento de la gestante una vez iniciado el procedimiento es contrario a la libertad y libre voluntad, que es el fundamento del contrato. Sobre este tema puede consultarse, entre otros, GUIMARÃES, M.R.: "As particularidades do regime do contrato de gestação de substituição no direito português e o Acórdão do Tribunal Constitucional n° 225/2018", *Revista de Bioética y Derecho*, núm. 44, 2018, pp. 179-200; VELA SÁNCHEZ, A.J.: "Y el sueño se convirtió en pesadilla: el Tribunal Constitucional Portugués declara la inconstitucionalidad de la legislación sobre gestación por sustitución", *Diario La Ley*, núm. 9237, 12 de Julio de 2018 (LA LEY 6873/2018).

13 Señala la DGRN que esta necesidad de actualización resulta necesaria a la vista de las disposiciones, jurisprudencia y doctrina señaladas en los antecedentes y de los que se desprende la necesidad de primer el interés superior del menor, el derecho de éste a preservar su identidad, incluida la nacionalidad, nombre y relaciones familiares conforme a la ley, y la necesidad de conjugar estos derechos con otros principios y bienes dignos de protección, como el respeto a la dignidad e integridad de la gestante y la prevención de la mercantilización de la filiación, evitando que la inscripción registral permita dotar de apariencia de legalidad supuestos de tráfico internacional de menores.

lo que, como veremos inmediatamente, recupera parte de su contenido. En estas directrices se distinguen varios supuestos, que vamos a analizar a continuación.

En primer lugar, cuando la solicitud de inscripción se acompañe de resolución judicial dictada por tribunal competente en la que se determine la filiación del nacido (directriz primera). En estos casos, en general, se considera válido lo establecido en la Instrucción de 5 de octubre de 2010 (con algunas especificaciones adicionales). Y, tal y como se disponía en dicha Instrucción, la resolución judicial en la que se establezca la filiación del nacido mediante GS debe ser objeto de exequátur o bien, si tiene su origen en un procedimiento análogo al español de jurisdicción voluntaria, puede practicarse la inscripción previo reconocimiento incidental por parte del encargado del RC (sin que sea precisa la obtención de dicho exequátur). Y es aquí, a propósito de las condiciones a constatar en este control incidental, donde la DGRN incorpora algunos de los elementos antes señalados. Así, por ejemplo, para asegurar la participación de la gestante en el procedimiento (y como garantía de sus derechos procesales), se dispone que no se aceptará resolución dictada en rebeldía de la madre gestante. También se establece ahora la constatación de que no se vulnera el orden público, lo que se identifica particularmente con el interés superior del menor y los derechos de la madre gestante (a los que ya se hacía referencia en la Instrucción de 2010), y, además, se especifica que el encargado del RC deberá verificar ahora que el consentimiento de la madre gestante ha sido confirmado en un momento posterior al nacimiento, que se garantiza el derecho del niño a conocer sus orígenes y, por último, que no concurren motivos graves de falta de idoneidad respecto de los padres comitentes (por razón de edad, estado de salud u otras). Llama la atención la inclusión de estos elementos a través del control incidental que debe hacer el encargado del RC y, especialmente el último de los requisitos señalados, con el que la DGRN crea una suerte de control de idoneidad, similar al que se requiere para la adopción, pero a cargo del encargado del RC¹⁴. Tal y como hemos señalado anteriormente, es clara la voluntad de incorporar al ámbito de la GS criterios y elementos de protección que ya están presentes en la adopción (como vía para evitar el tráfico de menores), hasta el punto de introducir incluso un este nuevo control de idoneidad; lo que ocurre es que esto se ha intentado hacer a través de una Instrucción de la DGRN, que no parece el medio más idóneo para ello.

14 Realiza un análisis crítico de las condiciones que debe constatar el encargado del RC en el control incidental conforme a la Instrucción de 5 octubre de 2010, ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S.: "Efectos en España de la gestación por sustitución llevada a cabo en el extranjero", *Anuario Español De Derecho Internacional Privado*, núm. 10, 2010, pp. 359-360. Señala este autor que estas sí son novedad, porque están concebidas específicamente para los supuestos de GS, pero que vendrían a contradecir la jurisprudencia del TS, que supedita la eficacia del acto extranjero de jurisdicción voluntaria, no al cumplimiento de una serie de requisitos como los enumerados en la Instrucción, sino a su adecuación a la ley aplicable conforme a la norma de conflicto española. Y mientras que la Instrucción es "posibilista" del reconocimiento, supeditarle a la ley aplicable a la filiación conllevaría un rechazo de efectos conforme a la LTRHA.

Por lo demás, también regula la Instrucción de 14 de febrero el procedimiento que el cónsul encargado del RC debe seguir en estos casos en que la inscripción se realiza mediante exequátur o control incidental (directriz cuarta). Se trata de un procedimiento en el que se garantiza la confidencialidad de la primera inscripción de nacimiento a favor de la madre gestante, pero que permite al nacido el acceso a sus orígenes cuando sea mayor de edad (de modo similar, por otra parte, a lo que ocurre en materia de adopción).

En segundo lugar, y al igual que ocurría en la Instrucción de 5 de octubre de 2010, tampoco se admite aquí como título apto para la inscripción una certificación registral extranjera o la simple declaración, acompañada de certificación médica de nacimiento del menor en la que no conste la identidad de la gestante (directriz segunda). Ahora bien, la Instrucción de 14 de febrero de 2019 va más allá de la previa de 2010, y sí detalla qué hacer en estos supuestos en los que no se dispone de resolución judicial extranjera que determine la filiación.

Y así distingue, por un lado, aquellos casos en que, en la certificación registral extranjera o en la declaración y certificación médica del nacimiento del menor, sí conste la identidad de la gestante. Para la DGRN, podría en estos casos procederse a la inscripción haciendo constar la filiación materna resultante del parto si se acredita la filiación paterna de progenitor español. Y, para ello, la Instrucción señala dos vías: determinación de la filiación paterna mediante sentencia (la acción judicial de filiación prevista en el art. 10.3 LTRHA); o bien el reconocimiento en las formas y con los requisitos establecidos en la legislación civil.

Ahora bien, por mucho que el reconocimiento paterno sea un mecanismo tradicional en nuestro derecho para la determinación de la filiación no matrimonial, su aplicación en el ámbito de la GS plantea dificultades adicionales, tal y como la propia DGRN también reconoce (antecedente XV). Conforme al artículo 124 CC, para la eficacia del reconocimiento de un menor es necesario el consentimiento expreso de su representante legal o la aprobación judicial con audiencia del Ministerio Fiscal y del progenitor legalmente conocido (vid. también art. 44.7 LRC 2011). El artículo 124.2 CC prevé, además, que no será necesario el consentimiento o la aprobación si el reconocimiento se hubiere efectuado en testamento o dentro del plazo establecido para practicar la inscripción del nacimiento (aunque la inscripción podría suspenderse entonces a petición de la madre durante el año siguiente al nacimiento). Por lo tanto, con el consentimiento de la gestante, en principio, podría inscribirse al menor con la filiación materna suya y paterna del comitente. Esto requeriría, no obstante, tal y como señala la propia DGRN en la Instrucción, que estuviera acreditada, con las debidas garantías, la filiación materna. Otro escollo importante a la utilización del reconocimiento como vía para la determinación de la paternidad en estos casos es que éste no requiere

prueba alguna de la paternidad, cosa especialmente problemática en los supuestos GS. La propia DGRN lo reconoce y de ahí que considere "imprescindible contar con una prueba de paternidad más sólida que el mero reconocimiento del padre", prueba que podría ser un informe genético¹⁵.

Y a la vista de esto establece, en la directriz tercera, que, en el caso de reconocimiento ante el encargado del RC, se requerirá el consentimiento de la madre o del representante legal (conforme al art. 44.7 LRC 2011), además de los requisitos de validez o eficacia de la legislación civil; e incluso señala que si la gestante estuviera casada y fuera aplicable la presunción de paternidad, se exigirá el consentimiento del marido "o cualesquiera otros requisitos impuestos, en su caso, por la legislación civil aplicable". Innova aquí también la Instrucción al permitir la destrucción de la presunción de paternidad mediante simple consentimiento del marido¹⁶. Adicionalmente, y con el fin de garantizar el derecho del nacido al conocimiento de sus orígenes e identidad biológica y de prevenir el tráfico internacional de menores, se establece que el reconocimiento deberá complementarse con otros medios de prueba suficientes que acrediten de forma indubitada la filiación paterna. Y señala como medio preferente, aunque no exclusivo, la prueba de ADN, que deberá contar con las debidas garantías médicas y jurídicas, en particular en el aseguramiento de la cadena de custodia¹⁷.

Tal y como acabamos de ver, la DGRN admite, además de la acción de reclamación de la filiación, el reconocimiento como vía de determinación de la filiación paterna del comitente español. Y ello a pesar de que el artículo 10.3 LTRHA solo hace referencia a la vía judicial para el padre biológico. La DGRN justifica esta posibilidad con base en la doctrina del TEDH; de manera que, en aquellos casos en que no exista duda sobre la realidad de la filiación paterna, si se acredita inequívocamente dicha filiación, aportando junto al reconocimiento pruebas adicionales al cónsul encargado del RC, sería posible la inscripción directa de la filiación paterna sin necesidad de una previa sentencia obtenida en procedimiento judicial de reclamación de filiación. Queda clara la voluntad de la DGRN de facilitar la determinación de la filiación respecto del progenitor biológico español, abriendo la posibilidad a mecanismos extrajudiciales no previstos en el artículo 10.3 LTRHA. Ahora bien, sería deseable una argumentación más detenida que la remisión sin más a la doctrina sentada por el TEDH, sobre todo cuando se están modificando

15 Cfr. antecedente XV.

16 Para un supuesto similar, el artículo 44.4.IV LRC 2011 prevé como solución la inscripción de nacimiento de forma inmediata sólo con la filiación materna y que se proceda a la apertura de un expediente registral para la determinación de la filiación paterna. Lo que ocurre es que en estos casos de GS no puede procederse a la inscripción del menor en el RC español solo con filiación materna, cuando todavía no se ha determinado vínculo con progenitor español.

17 Para ello, se considera que dichas pruebas deben llevarse a cabo "en los laboratorios designados por la Comisión Nacional de Uso Forense del ADN, con arreglo a los procedimientos y garantías que se especifiquen en las correspondientes Instrucciones de Servicio de la Dirección General de Españoles en el Exterior y de Asuntos Consulares y Migratorios" (antecedente XV).

los propios mecanismos internos de determinación extrajudicial de la filiación (estableciendo requisitos adicionales para su aplicación a la GS, como es el caso de la prueba de paternidad junto al reconocimiento)¹⁸. Y se podría plantear, además, la posibilidad de acudir a otros mecanismos extrajudiciales de determinación de la filiación distintos del reconocimiento. Sobre esta última cuestión volveremos a propósito de la Instrucción de 18 de febrero de 2019.

Una vez fijada la filiación del nacido mediante GS por los mecanismos anteriores (materna para la gestante y paterna para el comitente padre biológico por alguna de las dos vías señaladas), para que se pueda determinar la filiación a favor del otro comitente (cónyuge o pareja del padre biológico) deberá acudir a un procedimiento de adopción, tramitado en España. La Instrucción precisa, además, que el encargado del RC consular deberá informar a los comitentes sobre los requisitos para la constitución de la adopción y, en particular, del asentimiento de la madre gestante, el cual deberá otorgarse “libremente, en la forma legal requerida y por escrito, previa información de sus consecuencias de forma clara y suficiente para que el mismo pueda considerarse un asentimiento válido, y una vez hayan transcurrido seis semanas desde el parto”. Con ello, la DGRN quiere garantizar el cumplimiento de la legislación en materia de adopción y los derechos de las distintas partes implicadas en el procedimiento, en particular, los de la gestante (“progenitora”, respecto a la necesidad de su asentimiento conforme al art. 172.2.2º CC), y establece además una obligación de información adicional a cargo de los encargados de RC consulares. Es importante esta precisión, puesto que en la actualidad, la práctica forense en los procedimientos de adopción que se están llevando a cabo en procesos de GS es dispar¹⁹.

18 Su compatibilidad con la doctrina del TS tampoco está clara. La STS 6 febrero 2014 (RJ 2014, 833) remite al art. 10.3 LTRHA para el padre biológico, y al acogimiento o a la adopción para la formalización jurídica de la integración real del menor en el núcleo familiar de facto que se hubiera creado (FJ quinto, apdo. 11). El Auto del TS 2 febrero de 2015 (RJ 2015, 141) señala, en cambio, de manera más genérica que la identidad o estatus definido que debe reconocérsele al menor conforme a la doctrina sentada por el TEDH en sus sentencias de 26 junio de 2014 (casos *Mennesson* y *Labassee*) puede proceder del reconocimiento o establecimiento de la filiación biológica con respecto a quienes hayan proporcionado sus propios gametos para la fecundación, de la adopción y, en determinados casos, de la posesión de estado civil, “que son los criterios de determinación de la filiación que nuestro ordenamiento jurídico vigente ha considerado idóneos para proteger el interés del menor”.

19 Cita la propia Instrucción (antecedentes X y XI), entre otros, el Auto AP Barcelona de 16 octubre 2018 (JUR 2018, 290468), en el que se afirma que no se puede validar un consentimiento “prenatal” renunciándose a la filiación del concepturus o nasciturus, compromiso que se pacta en el contrato de GS; y que la renuncia previa de la madre gestante es contraria a nuestro ordenamiento jurídico y nula de pleno derecho, por lo que carece de eficacia alguna en la posible adopción posterior. El Auto hace un completo análisis de la normativa y jurisprudencia en la materia y entiende que “dado el estado actual de la materia, ante la necesidad de primar el interés del menor, debemos analizar cada uno de los supuestos que se vayan presentando con los instrumentos con que contamos, la norma, doctrina y jurisprudencia hasta aquí expuestas, teniendo muy presente el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas”. Considera el auto que no se han cumplido con los requisitos establecidos en la normativa que regula la adopción, entre ellos, la citación para el asentimiento de la madre, conforme al art. 37 Ley jurisdicción voluntaria. Por su parte, la SAP Murcia 31 enero 2019 (JUR 2019, 71777) revoca la sentencia del Juzgado de Primera Instancia, que no permitía la adopción por la esposa del padre biológico, al carecer de legitimación activa por tratarse de su propio descendiente (art. 175.3.1º CC, ya que en el RC de Ucrania constaba como madre la mujer comitente española). La AP Murcia considera que sí se dan los requisitos para que prospere el

El TEDH acaba, además, de pronunciarse sobre la cuestión relativa a la determinación de la filiación respecto de la madre comitente en su Opinión (consultiva) de 10 de abril de 2019²⁰. Ésta ha sido dictada a petición de la Corte de Casación francesa, a propósito del Caso Mennensson; de ahí que la opinión parta de las circunstancias planteadas en este caso (menor nacido en el extranjero mediante GS de gametos del padre comitente y de una tercera donante, cuando la filiación entre el niño/-a y el padre comitente ha sido reconocida en derecho interno). Y establece la necesidad de que el derecho interno ofrezca alguna vía para que pueda reconocerse el vínculo de filiación entre el menor y la madre comitente designada en la certificación extranjera de nacimiento como "madre legal". Ahora bien, considera que esto no necesariamente implica que deba transcribirse en el RC lo establecido en la certificación registral de nacimiento, sino que podrían valer otras vías, como la adopción. Por lo tanto, la posibilidad que en la práctica se ha venido utilizando en nuestro país de acudir a la adopción por parte de la madre comitente (no sin problemas como acabamos de ver), sería conforme con lo señalado ahora por el TEDH. Y la petición de las parejas comitentes de que se reconozca directamente a la madre de intención, sin necesidad de acudir a un procedimiento de adopción, no tendría sustento en la Opinión emitida por el TEDH, que considera que entra dentro del margen de apreciación de los Estados la determinación de las vías para el reconocimiento de la filiación de la madre comitente²¹. Lo que sí señala es que estas vías deben garantizar la efectividad y la celeridad de su puesta en marcha, de acuerdo a las exigencias del interés superior del menor.

Por otro lado, estarían aquellos supuestos en los que la ley extranjera aplicable determine la maternidad únicamente a favor de persona distinta de la mujer gestante (por sí sola o estando unida a otra mujer en matrimonio o pareja de hecho²²), y para los que la DGRN entiende que no se puede aplicar la solución anterior (directriz tercera). No obstante, abre una vía nueva, que es la posibilidad de aplicar analógicamente el artículo 10.3 LTRHA y permitir a la mujer comitente,

expediente de adopción, entre ellos, la legitimación, y que se cuenta con el consentimiento de quien, según la legislación española es la madre biológica, prestado en documento fehaciente (ante el cónsul español en Kiev) después de las seis semanas del parto, no habiendo transcurrido seis meses desde su comparecencia ante el consulado español y la presentación de la solicitud, de conformidad con el art. 37.I Ley jurisdicción voluntaria. Considera la AP que no es necesario, por tanto, citar a la madre biológica para asentir de nuevo a la adopción. Analiza también la AP, de forma favorable, tanto la idoneidad de la adoptante como la protección del interés superior del menor.

- 20 Avis consultatif relatif à la reconnaissance en droit interne d'un lien de filiation entre un enfant né d'une gestation pour autrui pratiquée à l'étranger et la mère d'intention (Demande n° P16-2018-001).
- 21 Sí que es cierto, como alegan las asociaciones de personas que han acudido a la GS, que se corre el riesgo de que, en caso de divorcio de la pareja, no pueda la madre comitente acceder a la adopción (arts. 175.4, 176.2, 178.2 CC). En estos casos, la declaración que realizar el TEDH sobre el reconocimiento del vínculo de filiación con la madre comitente podría verse comprometida en la práctica.
- 22 Se regula de una manera un tanto confusa el ámbito de aplicación de este supuesto, ya que lo restringe la Instrucción a los casos en que la filiación venga determinada a favor de mujer distinta de la que gesta, por sí sola o cuando está unida a otra mujer en matrimonio o pareja de hecho (no cuando esté casada o en pareja con un hombre).

si es madre biológica por haber aportado el óvulo, que ejercite acción de reclamación de la filiación. La DGRN lo justifica en la necesidad de protección del menor; ante una eventual situación de abandono e institucionalización en alguna entidad de protección del país donde ha nacido, y siempre que se acredite la negativa de la madre a hacerse cargo del menor (lo que debe hacerse mediante su declaración, pero que puede deducirse de los términos del propio contrato de GS) y la inscripción de la filiación en el Registro del país de que se trate respecto de la madre comitente.

El impacto que esta posibilidad supondría en las reglas de determinación de la filiación en nuestro derecho es evidente. En principio, con ella parece dejarse sin efecto en cierta medida el principio hasta ahora intocable de que la maternidad viene determinada por el parto (entre otras, en el art. 10.2 LTRHA)²³. No obstante, la DGRN no parece renunciar plenamente a esta regla, cuya aplicación en nuestro derecho e importancia (por ejemplo, a efectos de conocimiento de los orígenes) defiende en el preámbulo de la Instrucción. Y en este sentido señala la aplicación de lo dispuesto en el artículo 44.4.2 LRC 2011²⁴, respecto al procedimiento para la práctica de la inscripción en estos casos (lo que implica la determinación de la filiación materna, con acceso restringido cuando la madre lo solicite y renuncie a ejercer los derechos derivados de la filiación). En realidad, en la Instrucción lo que se hace más bien es dar por primera vez relevancia a la maternidad genética, cosa que hasta ahora no se había hecho en el ámbito de la reproducción asistida, en la que seguía rigiendo la regla de maternidad por gestación. Y es que el problema, que no es exclusivo de la GS, viene determinado por la posibilidad que han abierto las TRHA de diferenciar entre la mujer que gesta y la que aporta el óvulo (e incluso entre la pura maternidad de intención)²⁵. Esta posibilidad supondría, en cierta medida, llevar a sus últimas consecuencias la relevancia concedida al vínculo biológico en relación con el derecho a la identidad del menor en la doctrina TEDH. No obstante, el propio TEDH no ha llegado a afirmar esto. De hecho, en la Opinión de 10 de abril de 2019, a la que se ha hecho referencia anteriormente, la Corte de Casación francesa pregunta expresamente si, a la hora de reconocer la filiación con la madre comitente, podría diferenciarse según ésta hubiera o no aportado gametos. El TEDH no entra, sin embargo, en esta cuestión, afirmando

23 Los mecanismos extrajudiciales de determinación de la filiación se basan también en la maternidad por el parto (cfr. entre otros, arts. 120 CC, 44 LRC 2011).

24 Aunque literalmente se refiere al art. 44.2.2 LRC 2011.

25 En este sentido, FARNÓS AMORÓS, E.: "La filiación derivada de reproducción asistida: voluntad y biología", *Anuario de Derecho Civil*, vol. 18, núm. 1, 2015, p. 9 y ss., 28, 53 y ss., quien señala que las TRHA permiten disociar la maternidad en tres elementos (genético, gestacional y volitivo), siendo irrelevante desde el punto de vista legislativo a los efectos de determinar la filiación la mujer que tan solo aporta el óvulo (arts. 5.5, 8.3 y 10.2 LTRHA); si bien, este extremo, como apunta la autora, es problemático cuando la mujer no puede ser considerada como una mera donante. Y se refiere a los casos de doble maternidad, apuntando la idea de un consentimiento tácito, cuando se aportó de forma voluntaria y no anónima el material genético propio en el marco de un proyecto parental común; dato que debería ser un criterio concluyente para los tribunales, por ejemplo, para impedir la impugnación de la filiación cuando se acudió a la técnica ROPA.

únicamente la necesidad de que existan mecanismos para reconocer la filiación con la madre comitente en los términos antes señalados (y en particular en el supuesto que se le planteaba, en el que existía una donante de óvulos)²⁶.

En cualquier caso, la relevancia práctica de la posibilidad que abría la Instrucción para la madre comitente que aporta el óvulo era más bien escasa. En la medida en que proponía la aplicación analógica del artículo 10.3 LTRHA, ésta podía ser obviada por los tribunales cuando se ejercitara la correspondiente acción de reclamación de la filiación por la mujer comitente.

En definitiva, y a la vista de lo analizado hasta ahora, podemos afirmar que en la Instrucción de 14 de febrero de 2019 se pretendía actualizar la previa de 2010, dando entrada a lo que venía siendo la práctica habitual en algunos RC consulares en relación con la GS cuando no se disponía de resolución judicial extranjera que determinara la filiación (esto es, permitir su fijación a través de mecanismos extrajudiciales, como el reconocimiento junto a una prueba de ADN de paternidad). No obstante, la DGRN también aprovechó la Instrucción para incidir en el respeto a determinados principios que se consideran básicos en la materia y a los que se les está prestando especial atención en los últimos años en este ámbito (como son el derecho al conocimiento de los orígenes y la protección de la gestante asegurando un consentimiento post-parto), y acercando en gran medida el tratamiento de la GS al previsto en el ámbito de la adopción. Pero, sobre todo, y con una de las más importantes novedades, permite en ciertos casos a la mujer que aporta el óvulo reclamar su maternidad mediante el ejercicio de una acción de filiación. Como hemos señalado, esto sí que supondría un salto importante en los mecanismos de determinación de la filiación en nuestro derecho, y quizá el exceso más importante en el que incurre la Instrucción, pues se hace sin soporte legal y con escaso aparato argumental, además de exceder con mucho su competencia (y posibilidades de aplicación práctica).

III. LA INSTRUCCIÓN DE 18 DE FEBRERO DE 2019 O LA VOLUNTAD DE DESALENTAR LA GS INTERNACIONAL

La Instrucción de la DGRN de 18 de febrero de 2019, en contraste con la previa de 14 de febrero, consta apenas de una página, lo cual es hasta cierto punto lógico, dada la premura con la que se hizo (en poco más de 24 h.) y que se deja sentir en su texto. En él y, en particular, en su breve preámbulo, se ponen de

²⁶ Esto suscita, no obstante, múltiples interrogantes, ya que para la madre comitente no parece que se le haya querido dar relevancia al elemento genético; mientras que, cuando la cuestión se ha planteado con el padre, hasta ahora ha venido jugando un papel importante el vínculo biológico. Como destaca, en relación con el caso del TEDH *Paradiso y Campanelli c. Italia* de 24 enero 2017, FARNÓS AMORÓS, E.: “Paradiso y Campanelli”, cit., pp. 234-235, hay circunstancias que impiden extrapolar la doctrina de este caso a cualquier GS internacional. No obstante, sienta algunos criterios sobre la vida familiar *de facto* y el vínculo genético, entre otros, que es importante tener en cuenta para casos futuros.

manifiesto determinados aspectos que también están presentes en el Informe del CBE sobre los aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada²⁷. Se señala, así, que la GS produce una grave vulneración de los derechos de los menores y de las madres gestantes, postura que de forma mayoritaria también había adoptado el mencionado Comité en dicho informe. También se hace referencia a dos cuestiones que aparecen en el Informe del CBE: la actividad de las agencias mediadoras, que no puede considerarse ajustada a derecho (el informe propone sancionar a estas agencias); y la necesidad de una actuación coordinada a nivel internacional, para que las medidas que se adopten sean eficaces. No obstante, y en tanto no se disponga de ese marco internacional, la DGRN apuesta por adoptar en esta Instrucción medidas más contundentes para atajar esta práctica en España. Y para ello propone un tratamiento individualizado de cada caso, a la vista de las circunstancias concurrentes y con pruebas válidas y suficientes de los hechos.

Una cuestión que también destaca el CBE en su informe es la necesidad de una “transición segura”²⁸, es decir, que el tránsito a una regulación más efectiva no produzca una desprotección en los niños que están naciendo de estos procesos en el momento actual. Y para ello señala que debe garantizarse que “su filiación en el extranjero se realice conforme a la doctrina establecida por el TS”. Vamos a ver cómo afronta esta cuestión, que es uno de los principales problemas en la práctica, la Instrucción de 18 de febrero de 2019.

La Instrucción regula principalmente dos cuestiones, que vamos a analizar por separado: por un lado, la “derogación” de la Instrucción de 14 de febrero y su eficacia temporal; y, por otro, los “nuevos” criterios que se establecen para la inscripción de menores nacidos mediante esta técnica.

I. ¿A qué menores se aplica?

La primera cuestión que plantea la Instrucción de 18 de febrero de 2019 es la de su eficacia temporal. ¿Desde cuándo es aplicable y a qué menores afecta? Se trata, por lo demás, y como ya se ha puesto de relieve, de un aspecto de enorme relevancia práctica, por cuanto existían ya un buen número de menores nacidos mediante GS de comitentes españoles que esperaban su inscripción en el RC consular, sobre todo en ciertos países como Ucrania²⁹.

27 De mayo de 2017, accesible en: <http://www.comitedebioetica.es/>.

28 Cfr. la última de sus conclusiones, página 87 del Informe.

29 En los últimos meses han salido a la luz diversas noticias relacionadas con los problemas de inscripción en el consulado de Kiev y los diferentes criterios que se han ido aplicando acerca de aceptar o no la prueba de ADN como medio para inscripción de la paternidad del comitente español (puede verse, por ej.: https://elpais.com/politica/2018/08/28/actualidad/1535480893_309878.html).

Pues bien, en su apartado 2 la Instrucción comienza delimitando su ámbito temporal de aplicación, haciendo referencia a las solicitudes de inscripción de la filiación de menores nacidos con posterioridad a la publicación de la Instrucción, esto es, al 21 de febrero de 2019. Por tanto, los nuevos criterios que se establecen en dicho apartado, y a los que haremos referencia posteriormente, no serán aplicables a los bebés nacidos con anterioridad (independientemente de cuándo se haga la solicitud de inscripción). En consonancia con esto, en el apartado 1 se deja sin efecto la Instrucción de 14 de febrero de 2019 para “los niños nacidos con posterioridad” a la publicación en el BOE de la nueva Instrucción de 18 de febrero. Por tanto, la Instrucción de 18 de febrero de 2019 se aplica a los menores nacidos mediante GS (y a las correspondientes solicitudes de inscripción en el RC) con posterioridad al 21 de febrero de 2019.

Para los anteriores, la situación no es tan clara. Podrían aplicarse los criterios que “en la práctica” se venían utilizando para dicha inscripción y que habían sido recogidos en la Instrucción de 14 de febrero. De hecho, como hemos señalado, el apartado 1 de la Instrucción de 18 de febrero deja sin efecto la previa de 14 de febrero, para “los niños que hayan nacido mediante este procedimiento con posterioridad a la fecha de la publicación en el «Boletín Oficial del Estado» de la presente Instrucción”, por lo que habrá que entender que aquella se podría aplicar a los ya nacidos anteriormente. La redacción utilizada es imprecisa y reiterativa (se dice que “queda sin efecto”, “a todos los efectos, incluso derogatorios”) y parece claro que se quiere resaltar en ese apartado primero la pérdida de eficacia de la Instrucción de 14 de febrero, pero se establece la irretroactividad de la Instrucción de 18 de febrero³⁰.

2. Nuevos criterios (o no tanto)

Entrando ya en las cuestiones más de fondo, en su apartado 2 la Instrucción distingue entre dos situaciones. Por un lado, aquéllas en las que la filiación con el o los comitentes viene establecida mediante sentencia dictada por las autoridades judiciales del país en que se ha llevado a cabo la técnica. En estos casos, la solicitud de inscripción en el RC consular podrá ser estimada, si se trata de sentencia firme dotada de exequátur u objeto del debido control incidental cuando proceda, de conformidad con la Instrucción de 5 de octubre de 2010. Como se puede comprobar, se trata de volver a los criterios de la Instrucción de 2010 y que, efectivamente, estos se apliquen, puesto que como ya hemos ido viendo en los apartados anteriores, en la práctica dicha Instrucción había sido superada,

30 En las noticias que han salido a la luz sobre el tema se pone de manifiesto que se ha procedido a la inscripción “de forma excepcional” para los menores que ya habían nacido, pero cuya inscripción estaba paralizada. No obstante, se aplica la nueva Instrucción a aquellas parejas que ya habían iniciado el procedimiento cuando se publicó la Instrucción de 18 de febrero de 2019 (<https://www.lavanguardia.com/vida/20190321/461157552739/protestas-familias-gestacion-subrogada-embajada-kiev-ucraina.html>).

admitiendo otros mecanismos extrajudiciales de determinación de la filiación cuando ésta no se hubiera fijado mediante sentencia judicial extranjera.

Ahora bien, esto no supone un gran avance. La Instrucción de 5 de octubre de 2010 también había sido objeto de una importante crítica. Primero, por limitar la posibilidad de inscripción de nacimiento en casos de GS a los supuestos en los que estuviera determinada por resolución judicial dictada por tribunal competente, excluyendo las certificaciones registrales extranjeras³¹. De hecho, como acabamos de señalar, en la práctica tampoco se cumplía la Instrucción. Pero, además, por mucho que la DGRN justificara su compatibilidad (en la Resolución de 11 de julio de 2014) con la doctrina establecida en la STS 6 febrero 2014, no hay que olvidar que en esta sentencia se partía de una denegación de la inscripción, sin perjuicio de que se pudiera acudir a otros medios existentes en nuestro ordenamiento para la determinación de la filiación o para la protección de la situación familiar de facto (acción de filiación, adopción...). Es más, a esta doctrina parece que se quieren reconducir ahora los casos en que no exista sentencia judicial extranjera en la que se determine la filiación, como vamos a ver inmediatamente. Por lo demás, la admisión de la inscripción vía Instrucción en ciertos casos (cuando exista resolución judicial extranjera que determine la filiación) puede tener como uno de sus efectos reconducir la demanda hacia aquellos mercados que cumplan con los requisitos en ella establecidos (y, eso sí, para aquellos que puedan permitírselo).

Cuando no se haya establecido la filiación con el o los comitentes españoles en la correspondiente resolución judicial extranjera, señala la Instrucción que deberá suspenderse la inscripción, “con base en la ausencia de prueba susceptible de apreciación dentro del procedimiento consular”. Como hemos dicho anteriormente, la Instrucción parte de un tratamiento individualizado de cada caso, para valorar las circunstancias y pruebas concurrentes, y considera que esto no puede hacerse dentro del procedimiento consular de inscripción de nacimiento. La DGRN parece dudar de que la vía consular pueda ofrecer las garantías adecuadas. Y remite a la iniciación del correspondiente procedimiento en España, “para asegurar que se cumplen todas las garantías con el necesario rigor probatorio”. Por tanto, la DGRN quiere acabar con la práctica de la inscripción de la paternidad en los RC consulares (inscripción que se realizaba mediante prueba de ADN que la determinara y que, por lo demás, ya se venía haciendo con determinadas garantías, tal y como se recogía en la Instrucción de 14 de febrero de 2019). También se dispone la notificación de la suspensión por parte del encargado del RC consular al Ministerio Fiscal, conforme a lo dispuesto en el artículo 124 RRC 1958.

31 Se le ha llegado a calificar de manifiestamente ilegal. Vid. un exhaustivo análisis de estas cuestiones en ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S.: “Efectos en España”, cit., pp. 356 y ss., 377.

Por tanto, en los casos en que la GS se lleve a cabo en un país en donde la filiación respecto del o los comitentes no queda establecida en sentencia judicial, no puede estimarse la solicitud de inscripción en el RC consular español. La Instrucción prevé que el solicitante obtenga, en su caso, pasaporte y permisos para viajar a España con el o la menor, a fin de que la determinación de la filiación se realice en nuestro país “con todas las garantías”. Se señalan dos vías para ello. El inicio del correspondiente expediente para la inscripción de la filiación, con intervención del Ministerio Fiscal, o la interposición de acción judicial de reclamación de la filiación.

Como ya hemos señalado, la maternidad queda determinada por el parto (art. 10.2 LTRHA), por lo que la mujer comitente no podrá constar, al menos en un primer momento, como madre. Respecto de la paternidad del padre biológico, el artículo 10.3 LTRHA remite a la acción de reclamación de la paternidad, conforme a las reglas generales (arts. 131 y ss. CC, 764 y ss. LEC). En cambio, la Instrucción en principio va más allá, admitiendo otras posibles vías en el caso de que exista vínculo biológico del hombre comitente (o de uno de ellos, en el caso de parejas homosexuales). De los mecanismos previstos para la determinación de la filiación no matrimonial en el artículo 120 CC, la Instrucción parece recoger los previstos en los números 3º y 4º, esto es, la resolución recaída en expediente tramitado con arreglo a la legislación del Registro Civil y la sentencia firme. En relación con el primero, entendemos que habrá que estar a lo dispuesto en las reglas que regulan dicho expediente, señalando la Instrucción la necesaria intervención del Ministerio Fiscal. En concreto, prevé el artículo 44.7.II LRC 2011 que podrá inscribirse la filiación mediante expediente aprobado por el Encargado del RC, siempre que no haya oposición del Ministerio Fiscal o de parte interesada notificada personal y obligatoriamente, y si concurre alguna de las siguientes circunstancias previstas en dicho precepto (entre otros, escrito indubitado del padre en el que reconozca la filiación o posesión de estado del hijo). Ahora bien, la Instrucción precisamente incide en la necesidad de que la filiación quede determinada en un proceso garantista con las correspondientes pruebas. Entendemos así que en este expediente se debería aportar la documentación y pruebas (entre ellas, la de ADN del padre biológico) que hasta ahora se venían adjuntando a las solicitudes de inscripción en el RC consular correspondiente, junto con las oportunas declaraciones de los interesados. Si esto es así, no queda claro cuáles serían esas mayores garantías que aportaría un procedimiento registral en España. Lo que sí hay que tener en cuenta es que la intervención del Fiscal (en cuya participación insiste la Instrucción), si se opone, conllevaría que la inscripción solo pudiera obtenerse mediante sentencia judicial (art. 44.7.3 LRC 2011), oposición que podría ser frecuente en estos casos³².

32 Hay que tener en cuenta que la Fiscalía General del Estado ha reiterado (en sus Memorias anuales desde el año 2016) su oposición a dichas inscripciones (y, por tanto, su voluntad de impugnarlas), conforme al criterio del TS, al ser el contrato de GS contrario al orden público internacional español.

Ello podría abocar a que la determinación de la paternidad del comitente biológico acabe estableciéndose en muchos casos en procedimiento judicial de filiación.

Como se puede comprobar, no hace referencia la Instrucción de 18 de febrero 2019 (a diferencia de la anterior) al reconocimiento como vía para la inscripción de la filiación paterna no matrimonial (art. 120.2° CC). Ya señalamos en el epígrafe anterior las dificultades que plateaba la admisión del reconocimiento en materia de GS y que, de hecho, habían llevado a la DGRN a requerir en la Instrucción de 14 de febrero que éste fuera acompañado de prueba que acreditara la paternidad. En esta tesitura, podría considerarse más correcta la remisión al expediente registral que realiza la Instrucción de 18 de febrero.

No se hace referencia tampoco en la Instrucción (pues ésta se ciñe a los aspectos relativos a la inscripción de la filiación en el RC), a otras posibles vías mencionadas por el TS, en su sentencia de 6 febrero 2014, para proteger el interés superior del menor y la vida familiar que se pueda haber creado entre el o los comitentes españoles y el menor nacido de GS. La notificación al Fiscal prevista ahora en la Instrucción podría servir a estos fines. En cualquier caso, una vez determinada la paternidad por alguna de las vías anteriormente señaladas, entendemos que podría procederse a la adopción por su cónyuge o pareja (también comitente), tal y como hasta ahora se ha venido haciendo. Esto, además, vendría confirmado por la Opinión del TEDH de 10 de abril de 2019, a la que se ha hecho referencia en el epígrafe precedente.

IV. CONCLUSIONES

A la vista de lo anterior, podemos sintetizar la situación instaurada por la Instrucción de 18 de febrero de 2018 de la siguiente manera: se recupera lo dispuesto en la Instrucción de 5 de octubre de 2010, que pretende que se aplique ahora de manera estricta; y se remite, fuera de los casos contemplados en ella (esto es, cuando no exista resolución judicial que determine la filiación del nacido mediante GS) a un procedimiento de determinación de la filiación en España, que *a priori* podría ser judicial o extrajudicial. Podríamos preguntarnos en qué medida esto supone una restricción o un endurecimiento de las vías para la inscripción de la filiación de los menores nacidos mediante GS en el extranjero.

Pues bien, si la comparamos con la previa Instrucción de 14 de febrero de 2019 las diferencias son evidentes. Esta Instrucción se enmarcaba dentro de la postura “posibilista” que ha venido caracterizando hasta ahora a la DGRN en materia de GS. Y, en esta línea, la Instrucción de 14 de febrero pretendía dar carta de naturaleza a lo que venía siendo la práctica habitual en algunos RC consulares en relación con la GS cuando no se disponía de resolución judicial extranjera que

determinara la filiación (permitiendo la inscripción cuando se probara el vínculo biológico paterno, entre otros, mediante prueba de ADN; y, de paso, intentando dar entrada a un supuesto más que polémico, como es el de la “maternidad genética”). E, igualmente, también se pretendían establecer garantías adicionales para la protección de los derechos de la gestante y el interés superior del menor.

No obstante, en la práctica, la posibilidad de determinar la filiación de los nacidos mediante GS va a seguir existiendo y por vías muy similares a las que ya se venían utilizando (resolución judicial dictada por tribunal competente extranjero; o, si no se dispone de ésta, determinación judicial o extrajudicial de la filiación paterna, junto con una posterior adopción, en su caso, del otro comitente cónyuge o pareja de hecho de aquél). Qué cambia, por tanto, la nueva Instrucción. Por lo pronto, lo que hace es remitir la determinación de la filiación (en los casos en que no se haga mediante resolución judicial extranjera) a un procedimiento en España, con base en “la ausencia de medios de prueba susceptibles de apreciación dentro del procedimiento consular”. Ello supone el reconocimiento de limitaciones (y una cierta desconfianza) hacia los procedimientos de inscripción que se llevan a cabo en los RC consulares, si bien la Instrucción tampoco acaba de especificar las mayores garantías que aporta el procedimiento en España. Por otra parte, la posible oposición del Ministerio Fiscal en los expedientes registrales de inscripción, podría conllevar que la principal vía para la determinación de la filiación paterna acabara siendo el proceso judicial de reclamación de la filiación. Por el camino, además, lo que sí puede suponer (e incluso es el deseo expresado por el Ministerio) es una desincentivación del recurso a la GS en el extranjero por parte de ciudadanos españoles, al menos en países en los que en el procedimiento no intervenga una autoridad judicial. Y, como siempre, surge la cuestión de que en qué medida en todo este galimatías quedan protegidos los derechos del menor (que deberá viajar ahora a España con documentación obtenida en su país de nacimiento y sin vínculo jurídico con el o los comitentes españoles) y su interés superior.

Puede considerarse legítima la voluntad de un Estado de evitar que sus ciudadanos “defrauden” normas que consideran de orden público mediante el acceso en el extranjero a técnicas prohibidas en el país como la GS, pero ello siempre que no se vulnere el derecho a la vida privada del menor conforme a los criterios sentados por el TEDH. Este Tribunal nos acaba, además, de recordar la necesidad de contar con procedimientos efectivos y ágiles para la determinación de la filiación en estos casos. De ahí que haya de ponerse especial cautela en la aplicación de la nueva Instrucción DGRN de 18 de febrero de 2019 para evitar que en la práctica se alargue innecesariamente la incertidumbre del menor en cuanto a la determinación de su filiación. Y es que encontrar la vía para dar primacía al interés superior del menor y proteger los diferentes derechos y principios en juego ni ha sido, ni tampoco se va a facilitar con la nueva Instrucción.

BIBLIOGRAFÍA

ALKORTA IDIAKEZ, I. y FARNÓS AMORÓS, E.: "Anonimato del donante y derecho a conocer: un difícil equilibrio", *Oñati Socio-legal Series (Online)*, vol. 7, núm. 1, 2017.

ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S.: "Efectos en España de la gestación por sustitución llevada a cabo en el extranjero", *Anuario Español De Derecho Internacional Privado*, núm. 10, 2010.

CERVILLA GARZÓN, M.D.: "Gestación subrogada y dignidad de la mujer", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 9, agosto 2018.

DE VERDA Y BEAMONTE, J.R.: "Notas sobre la gestación por sustitución en el derecho español", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 4, febrero 2016.

FARNÓS AMORÓS, E.: "La filiación derivada de reproducción asistida: voluntad y biología", *Anuario de Derecho Civil*, vol. 18, núm. 1, 2015.

FARNÓS AMORÓS, E.: "Paradiso y Campanelli c. Italia (II): Los casos difíciles crean mal derecho", *Revista Bioética y Derecho*, núm. 40, 2017.

GUIMARÃES, M.R.: "As particularidades do regime do contrato de gestação de substituição no direito português e o Acórdão do Tribunal Constitucional núm. 225/2018", *Revista de Bioética y Derecho*, núm. 44, 2018.

GONZÁLEZ CARRASCO, M.C.: "Gestación por sustitución: ¿Regular o prohibir?", *Revista CESCO de Derecho de consumo*, núm. 22, 2017.

VELA SÁNCHEZ, A. J.: *Gestación por encargo: tratamiento judicial y soluciones prácticas*, Reus, Madrid, 2015.

VELA SÁNCHEZ, A. J.: "Y el sueño se convirtió en pesadilla: el Tribunal Constitucional Portugués declara la inconstitucionalidad de la legislación sobre gestación por sustitución", *Diario La Ley*, núm. 9237, 12 de Julio de 2018 (LA LEY 6873/2018).

VILAR GONZÁLEZ, S.: *La gestación subrogada en España y en el derecho comparado*, La Ley-Wolters Kluwer, Madrid, 2018.

