



Roj: **STSJ M 1247/2017 - ECLI: ES:TSJM:2017:1247**

Id Cendoj: **28079330012017100034**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **13/03/2017**

Nº de Recurso: **817/2016**

Nº de Resolución: **209/2017**

Procedimiento: **CONTENCIOSO**

Ponente: **MARIA DEL PILAR GARCIA RUIZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Tribunal Superior de Justicia de Madrid

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Primera

C/ General Castaños, 1, Planta 2 - 28004

33009710

NIG: 28.079.00.3-2016/0011885

Procedimiento Ordinario 817/2016

Demandante: D./Dña. Verónica y D./Dña. Luis Angel

PROCURADOR D./Dña. SUSANA GARCÍA ABASCAL

Demandado: MINISTERIO DE ASUNTOS EXTERIORES Y COOPERACIÓN

Sr. ABOGADO DEL ESTADO

SENTENCIA N° 209/2017

Presidente:

D. Juan Pedro Quintana Carretero

Magistrados/as:

D. Francisco Javier Canabal Conejos

D. José Arturo Fernández García

D. Fausto Garrido González

Dª María Dolores Galindo Gil

Dª María del Pilar García Ruiz

En Madrid, a trece de marzo de dos mil diecisiete.

Vistos por la Sala, constituida por los Sres./as. Magistrados/as relacionados al margen, los autos del presente recurso contencioso-administrativo número 817/2016, interpuesto por la Procuradora de los Tribunales Dª Susana García Abascal, en nombre y representación de D. Luis Angel y Dª Verónica , contra la Resolución de 28 de marzo de 2016, del Consulado General de España en Moscú (Federación de Rusia), por la que se acordó denegar la solicitud de concesión de salvoconducto formulada por el aquí recurrente para el menor Isidoro .

Ha sido parte demandada la Administración del Estado, representada y dirigida por la Abogacía del Estado.

ANTECEDENTES DE HECHO



PRIMERO.- Interpuesto el presente recurso y previos los oportunos trámites, se confirió traslado a la parte actora por plazo de veinte días para formalizar la demanda, lo que verificó por escrito en el que, tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que consideró pertinentes, suplica que se dicte sentencia por la que se estimen sus pretensiones.

SEGUNDO.- La representación procesal de la demandada se opuso a la demanda solicitando el dictado de una sentencia por la que se desestime íntegramente el recurso.

TERCERO.- Propuesta por la parte actora la prueba que estimó necesaria, se resolvió sobre tal trámite en virtud de Auto de fecha 14 de noviembre de 2016 con el resultado que obra en autos y se tiene por reproducido. Dado que no se solicitó por las partes el trámite de vista o conclusiones escritas, se declaró a continuación el pleito concluso para sentencia señalándose para el acto de votación y fallo el día 8 de marzo de 2017, en cuya fecha tuvo lugar.

Siendo Ponente la Magistrada Ilma. Sra. D^a María del Pilar García Ruiz, quien expresa el parecer de la Sala

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se impugna en el presente recurso la Resolución de 28 de marzo de 2016, del Consulado General de España en Moscú (Federación de Rusia), por la que se acordó denegar la solicitud de concesión de salvoconducto formulada por el aquí recurrente D. Luis Angel para el menor Isidoro .

La Resolución impugnada en este recurso se basa en los hechos que a continuación se reproducen, para adoptar la decisión denegatoria que finalmente pronuncia:

"HECHOS

1.- El 14 de enero de 2015, sin cita previa, se persona en este Consulado General el Sr. D. Luis Angel , con DNI n° (...), residente en Palma de Mallorca, a los efectos de solicitar un salvoconducto para un recién nacido en Moscú.

De acuerdo al procedimiento ordinario, se le insta a que presente una solicitud, que procede a redactar en el acto de su puño y letra.

La solicitud iba acompañada de:

a) Partida de nacimiento local rusa del menor, donde consta el nombre Isidoro y el apellido compuestos Laureano .

Lugar de nacimiento: Moscú, el NUM000 de 2014.

Padre: Luis Angel .

Madre: Verónica .

b) Pasaportes españoles del compareciente, D. Luis Angel y su esposa Verónica .

A la vista de la documentación presentada por el interesado, el entonces Cónsul Encargado mantiene una entrevista con el compareciente ese mismo día 14 de enero de 2015.

Fruto de la entrevista y ante la falta de documentación suficiente para probar el parentesco, se le solicita, a la mayor brevedad posible, la siguiente documentación:

Contrato con la Agencia "Rosjurconsulting"

Copia del certificado médico de alumbramiento en el hospital.

Seguimiento e historial del embrión fecundado (Radiografías, pruebas de ADN. etc...)

Renuncia/consentimiento de la madre que dio a luz.

(sic) 3. El 19 de enero de 2015. el Sr. Luis Angel presenta un segundo escrito, donde solicita un salvoconducto para el menor nacido en Moscú en las circunstancias antes señaladas.

4. Con fecha 4 de febrero de 2015. este Consulado plantea una CONSULTA acerca de la posible inscripción en el Registro Civil Consular de este nacimiento a la Dirección General de Registros y del Notariado, lo que determina la paralización provisional del expediente hasta que la DGRN se pronuncie.

5.- El 2 de marzo de 2015. el interesado presenta un tercer escrito solicitando el citado salvoconducto. Se le informa de que hay una consulta a la DGRN pendiente y que se está a la espera de su respuesta.



6.- El 17 de marzo llega al Consulado el dictamen de la DGRN negativo con relación a la inscripción del nacimiento en el Registro Civil Consular lo que se comunica telefónicamente al interesado al día siguiente.

A los hechos anteriores son de aplicación los siguientes

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Visto el artículo 32 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida, la Instrucción de 5 de octubre de 2010 de la DGRN. la respuesta de esta misma DGRN a nuestra Consulta del apartado 4 de los hechos del presente escrito, la Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo Nº 835/2013, de fecha 06/02/2014. la Sentencia Nº 1223/2015 del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, y el Real Decreto 116/2013, de 15 de febrero, por el que se regula la expedición del pasaporte provisional y del salvoconducto, y según la documentación que sirvió de base a la petición de salvoconducto

RESUELVO

Denegar la solicitud pretendida, por el Sr. Luis Angel porque el menor objeto de salvoconducto no es español y tampoco es un extranjero cuya protección internacional haya sido asumida por España en aplicación de la legislación española (artículo 8.2 del Real Decreto 116/2013)"

SEGUNDO.- La parte demandante interesa se dicte una Sentencia estimatoria con la declaración de no ser conforme a Derecho la actuación administrativa impugnada, al tiempo que ejercita una pretensión anulatoria de aquélla y otra tendente al reconocimiento de una situación jurídica individualizada.

En concreto, solicitó en su demanda que se ordene a la Administración demandada curse las instrucciones oportunas al Consulado de España en Moscú a fin de otorgar salvoconducto al menor Isidoro o subsidiariamente documento análogo previsto para extranjeros indocumentados, como el título de viaje contemplado en el artículo 212 del Reglamento de Extranjería, todo ello a fin de que se posibilite la salida de Rusia con destino a España del referido menor de edad. En apoyo de tales pretensiones, la parte actora recuerda en su demanda que el presente recurso tiene como antecedente lo resuelto por esta misma Sala y Sección en anterior Sentencia de 21 de diciembre de 2015, dictada en el Procedimiento Ordinario nº 638/2015, que estimó parcialmente el recurso interpuesto por los mismos recurrentes que en estos autos anulando la resolución también dictada por el Consulado General de España en Moscú, por la que se inadmitió a trámite la solicitud de salvoconducto formulada en relación con el mismo menor más arriba citado, y se ordenó "retrotraer el procedimiento administrativo una vez declarada la capacidad del recurrente para instar la solicitud, y ello con el fin de que por el Consulado se tramite y resuelva la pretensión deducida". Sobre tal base, la parte actora viene a reproducir los hechos relatados en la demanda formalizada en aquel otro recurso, por entender que siguen inalterados y así: reconocen que el menor es fruto de un proceso de maternidad subrogada; que existe "una corriente favorable en toda Europa para dotar de legalidad a estas situaciones" con el fin de salvaguardar el bienestar de los menores nacidos por medio de este procedimiento y que está prevista una modificación en el Proyecto de Ley de Registro Civil que permita acoger este fenómeno social; que, aun cuando no se haya producido todavía tal cambio legislativo, afirma la parte actora que existen en la actualidad elementos suficientes que respaldan jurídica su posición para propiciar la salida del menor del territorio ruso, que, dice, es únicamente lo que aquí se pretende conforme a varios Convenios Internacionales y resoluciones del Tribunal Europeo de Derechos humanos, "sin perjuicio -añade la demanda de que el trámite previsto en la Instrucción de la Dirección General de Registros y Notariado (...) relativo a la aportación de resolución judicial que acredite la filiación no es posible conforme a la legislación rusa". En relación con ello, afirma la parte recurrente que la maternidad subrogada está plenamente implantada en Rusia y que cuenta con una normativa de desarrollo que incluye un trámite administrativo, que no judicial, para acreditar la filiación de los menores nacidos por estos procedimientos de gestación". Para afirmar lo anterior se basa en un documento emitido por la Sección Consular de la Embajada de la Federación de Rusia en Madrid, que adjunta al escrito rector, y en un informe emitido por quien aparece como Director del Bufete Rosjurconsulting, Sr. Gregorio, según el cual, una vez emitida la partida de nacimiento, de modo extrajudicial, no sería posible en territorio ruso emprender ninguna acción judicial relativa al origen del menor pues éste se consideraría establecido siendo una cuestión no susceptible de litigio. Por otro lado, sobre la base de lo exigido por la Instrucción de 5 de octubre de 2010, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, citada en la Resolución impugnada -relativo a la necesidad de garantizar los derechos de la madre gestante, verificando que el consentimiento se ha prestado de modo libre y voluntario, sin incurrir en error, dolo o violencia y garantizando el interés superior del menor- entiende la parte actora que ello ha quedado garantizado con el acta notarial de manifestaciones que aporta, emitida, dice, por la madre gestante en este caso, D^a Andrea, y sostiene que, tras la expiración del visado del que disponían, tuvieron que abandonar el territorio de la Federación de Rusia dejando allí al menor al cuidado de



una niñera, que es quien se ocupa de él. Tras exponer los anteriores hechos, con referencia a los documentos reseñados, la demanda entra a criticar la anterior Sentencia dictada por esta Sala y Sección en fecha 21 de diciembre de 2015, detallando los razonamientos que ahora dice la parte actora, no comparte y oponiendo a los mismos lo expuesto en el informe que aporta emitido por el bufete jurídico Rosjurconsulting para concluir con el mismo que dado que el menor no tiene ni puede adquirir la nacionalidad rusa, "podría ser considerado español aplicando directamente el artículo 8.1º del Real Decreto 116/2013" lo que daría lugar a la concesión del salvoconducto del que aquí se trata. Finalmente, en cuanto a los hechos sobre los que se sustenta la demanda, y a fin de invocar el principio de igualdad, afirman los recurrentes que no pueden ser considerados de peor derecho que otras personas públicamente conocidas de los que se sabe que sus hijos también son "producto" de programas de maternidad subrogada y sin embargo, disfrutaban de los mismos en su propio domicilio en territorio español. Junto a lo anterior, en cuanto a la fundamentación jurídica de sus pretensiones, invocan los recurrentes lo dispuesto en el artículo 281 LEC. en el Real Decreto 116/2013. de 15 de febrero; en el artículo 8 del Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y, en relación con el mismo, el artículo 39.4 de la Constitución Española; en la Sentencia de 26 de junio de 2014 (Asunto Mennesson c. Francia) del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, y la doctrina del Tribunal Constitucional sobre la no discriminación de los hijos por razón de nacimiento o filiación. Finalmente, termina la parte actora exponiendo los argumentos que fundan su pretensión subsidiaria de que se disponga la expedición, por las Autoridades Consulares, de una "documentación análoga a un salvoconducto", lo que entienden los recurrentes posible considerando, en su caso, al menor como un ciudadano extranjero indocumentado, pues no se consideraría ni ruso ni español-, por lo que sostienen, por último, que ello sería posible de acuerdo con el Reglamento de Extranjería (artículo 212), "interpretándolo con cierta flexibilidad".

Por su parte, la Administración demandada, oponiéndose a la demanda, solicita la desestimación del recurso interpuesto por entender que la actuación impugnada es plenamente ajustada a Derecho. Para apoyar lo anterior, la Abogacía del Estado recuerda que la Sentencia dictada en el Procedimiento Ordinario nº 638/2015. que resulta antecedente de este proceso, no es firme puesto que los ahora demandantes interpusieron contra la misma recurso de casación que está aún en tramitación ante el Tribunal Supremo. De igual modo, sostiene la representación procesal de la demandada que en este asunto rige la legislación española y no la normativa extranjera y reproduce, en relación con ello, lo dispuesto en el artículo 10 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre la gestación por sustitución. Recuerda también que el nacimiento del menor se produjo en territorio ruso y que la madre del mismo es conocida, no existiendo ningún vínculo biológico del menor con los aquí demandantes, sin que pueda existir tampoco por cuanto los propios recurrentes así lo asumen al no haber aportado ninguno de ellos material genético para la gestación y sin que se haya dictado resolución alguna por los órganos judiciales rusos que determinase la filiación respecto de los demandantes. Se apoya, por ello, en lo previsto en la Instrucción de 5 de octubre de 2010. de la Dirección General de los Registros y del Notariado, así como en los razonados y resueltos por la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo en Sentencia nº 835/2013. de 6 de febrero (Rec. Cas. 245/2012). que se cita en la propia resolución impugnada en estos autos. Finalmente, niega la Abogacía del Estado la posibilidad de aplicar en este caso lo dispuesto en el artículo 8 del Real Decreto 116/2013.

TERCERO.- La cuestión de fondo sobre la que ha girado el presente debate procesal se centra en la conformidad o no a Derecho de la Resolución dictada por la Embajada de España en Moscú, denegatoria de la solicitud formulada por D. Luis Angel para la expedición de un salvoconducto para el menor Isidoro.

Como se dejó apuntado más arriba, el presente recurso tiene como antecedente el anteriormente tramitado ante esta misma Sala y Sección (PO 638/2015) y resuelto en virtud de Sentencia dictada en fecha 21 de diciembre de 2015, cuyo Fallo era del siguiente tenor literal:

"Que ESTIMAMOS parcialmente el recurso contencioso-administrativo interpuesto por don Luis Angel y doña Verónica contra la resolución de 18 de marzo de 2015 dictada por el Consulado General de España en Moscú que anulamos ordenando retrotraer el procedimiento administrativo, una vez declarada la capacidad del recurrente para instar la solicitud, y ello con el fin de que por el Consulado se tramite y resuelva la pretensión deducida. Sin costas".

Pronunciada tal Sentencia que, según consta a esta Sección, fue recurrida en casación ante el Tribunal Supremo, estando aún pendiente de resolución el citado recurso, la Administración demandada siguió el expediente tal como había sido dispuesto y dictó el acto denegatorio impugnado en estos autos.

A fin de resolver las pretensiones ejercitadas en la demanda, será útil que desde ahora dejemos expuestos los hechos y antecedentes más relevantes, según se derivan del expediente administrativo y de lo actuado en estos autos. Y así:



1.- Según Acta de Nacimiento -que, traducida, obra al folio 4 del expediente- el día NUM000 de 2014 nació en Moscú un niño de nombre Isidoro y apellidos Laureano, que fue inscrito en el Registro de Nacimientos de la Oficina de R.C. Jamovniki, de la Dirección de R.C. de Moscú, el día 31 de diciembre siguiente, con el número NUM001. Aparecen consignados como padres en dicho Acta de nacimiento los aquí demandantes, D. Luis Angel y D^a Verónica, ambos de nacionalidad española.

2.- El día 30 de diciembre de 2014 compareció el ahora demandante Sr. Luis Angel en el Consulado General de España en Moscú pidiendo un certificado sobre la legislación española en materia de consignación de los apellidos para inscribir a un menor en el Registro. Manifestó allí compareciente (folio 1 del expediente) que residía en España y que su esposa y él habían tenido un niño en Rusia "por inseminación artificial" y que querían el certificado para poder inscribir al niño en el Registro Civil Local ruso. De igual modo, preguntado cómo pensaba salir del país con el menor, habría contestado que con un salvoconducto para lo que se le indicó desde el Consulado que fuese pensando en hacer pruebas de ADN. Contestó que no tenía resolución judicial sobre el nacimiento y filiación del menor y aclaró que no procederían a practicar las indicadas pruebas ya que ni su esposa ni él habían aportado material genético para la gestación. Según relata el acta de la que ahora se da cuenta manifestó igualmente que "no hay Sentencia Judicial porque no se trata de vientre de alquiler dado que la que parió es su compañera o esposa".

4.- El día 14 de enero de 2015 el mismo Sr. Luis Angel compareció de nuevo en el Consulado General de España en Moscú y, por escrito de la misma fecha, manifestó que no habiendo obtenido el justificante solicitado el día 30 de diciembre anterior, había procedido "con los apellidos del padre como marca la legislación rusa" y que con tal base, solicitaba el salvoconducto para traer a España al menor nacido el día NUM000 de 2014. Al citado escrito se acompañó el acta de nacimiento a la que se hizo referencia en el apartado 1 anterior así como copia de los pasaportes de ambos demandantes.

5.- En fecha 19 de enero de 2015. D. Luis Angel formula una nueva petición de salvoconducto al Consulado General de España en Moscú.

6.- Tras una entrevista mantenida el día 2 de febrero de 2015 por el Cónsul General con el aquí demandante y D. Romeo, en calidad éste último de Abogado de la Empresa "Rosjurconsulting", el Consulado General de España en Moscú elevó consulta a la Dirección General de los Registros y del Notariado sobre "Inscripción en este Registro Civil Consular de un recién nacido fruto de "técnicas de gestación por sustitución (art. 43 RRC).

7.- Con fecha 2 de marzo de 2015, el demandante Sr. Laureano se dirige por escrito al Consulado General de España en Moscú y expone la situación que él y su esposa mantienen en dicha ciudad y que venciendo próximamente los visados de estancia que les fueron concedidos se verán en la necesidad de dejar al menor en Rusia al cuidado de una niñera. También afirmó haber "enviado una demanda contra el Gobierno Español el día 13 de febrero al Tribunal Europeo de Derechos Humanos" al no tener más opción que "iniciar un pleito".

8.- En fecha 12 de marzo de 2015 se remite la respuesta de la Dirección General de los Registros y del Notariado a la consulta elevada por el Consulado General de España en Moscú resumiendo así en el oficio de remisión sus conclusiones:

"En este Oficio, la DGRM. habida cuenta que se excluye la filiación biológica de ambos promotores y la imposibilidad de aportar una resolución judicial rusa que determine la filiación biológica con respecto a los progenitores, responde que a la cuestión plumeada le es de aplicación la Instrucción de este centro directivo de 5/10/2010 sobre el régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución, y textualmente dice al final de su oficio que "de forma meridianamente clara la directriz segunda de la misma Instrucción aclara que "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".

9.- En fecha 18 de marzo de 2015 el Consulado General de España en Moscú dicta Resolución inadmitiendo a trámite la solicitud de salvoconducto: un acto que fue impugnado en el Procedimiento Ordinario n° 638/2015. seguido ante esta misma Sala y Sección, que dictó Sentencia en fecha 21 de diciembre de 2015 con el Fallo del que se dejó literal constancia más arriba.

10.- En fecha 28 de marzo de 2016. ejecutando la Sentencia de esta Sala, el Consulado General de España en Moscú dicta una nueva resolución denegando el salvoconducto solicitado por el recurrente Sr. Luis Angel para el menor nacido en Moscú el día NUM000 de 2014. Resolución ésta que es la directamente impugnada en este proceso.

CUARTO.- Por ser de relevancia, desde la perspectiva jurídica, para la decisión que pronunciaremos en esta Sentencia, debe recordarse ahora que el artículo 10 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida, establece, respecto a la "Gestación por Sustitución" lo siguiente:



- "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".

En relación con lo que aquí es objeto de debate (el derecho o no de los recurrentes a la expedición del salvoconducto solicitado) también habremos de dejar constancia de que el Real Decreto 116/2013, de 15 de febrero, por el que se regula la Expedición del Pasaporte Provisional y del Salvoconducto, dispone en su artículo 7 que "El salvoconducto es un documento público, personal, individual e intransferible, expedido por las Misiones Diplomáticas u Oficinas Consulares españolas en los supuestos recogidos en el artículo siguiente, con el único fin de permitir a su titular desplazarse a España desde el lugar de expedición".

Por su parte, el artículo 8 del Real Decreto 116/2013 ya citado, regulando el derecho a la obtención del salvoconducto por parte de los ciudadanos españoles y posibilidad de su expedición a ciudadanos extranjeros, dispone lo siguiente:

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

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

Finalmente, y sin perjuicio de otras normas y jurisprudencia a la que se hará eventualmente referencia en los Fundamentos de Derecho siguientes en esta Sentencia, para terminar de delimitar el marco jurídico de nuestra decisión convendrá que dejemos también reproducido el contenido de la Instrucción de 5 de octubre de 2010, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre Régimen Registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución (BOE núm. 243, de 7 de octubre):

"... esta Dirección General, en ejercicio de las competencias que le vienen atribuidas por el artículo 9 de la Ley del Registro Civil, 41 de su Reglamento y 7 del Real Decreto 1125/2008, de 4 de junio, ha acordado establecer y hacer públicas las siguientes directrices:

"Primera.-

1. 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.
2. 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.
3. 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. En dicho control incidental deberá constatar:
 - 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.



Segunda.- 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".

QUINTO.- Aunque, como se ha identificado más arriba, el objeto de enjuiciamiento en el presente recurso contencioso administrativo es muy preciso -y a él nos ceñiremos como corresponde-, no ignora la Sala que el debate procesal aquí suscitado se sitúa en un marco social y sociológico mucho más amplio que afecta directamente a la realidad de los menores nacidos por medio de una gestación subrogada. Sin embargo, ya que claramente no es ésta nuestra función, no entraremos a pronunciarnos sobre la cuestión aquí debatida desde otra perspectiva distinta a la puramente jurídica que nos concierne. Así, para centrarla y dado que la parte adora manifiesta en el escrito rector que "está prevista" una modificación legislativa que "permita acoger este fenómeno social", la Sala ha revisado las iniciativas parlamentarias en trámite y tramitadas al respecto (web oficial del Congreso de los Diputados en <http://www.congreso.es/portal/page/portal/Congreso/Congreso/Iniciativas>) habiendo comprobado que, en la presente legislatura y hasta la fecha de dictado de esta Sentencia, sólo se ha presentado (el 3 de agosto de 2016) y votado una Proposición no de Ley (nº 161/000114) relativa a los contratos de maternidad subrogada. El resultado de la votación en la Comisión de Igualdad del Congreso de los Diputados el día 15 de septiembre de 2016 fue un Acuerdo de aprobación de la Proposición no de Ley con el siguiente texto:

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

Dicho esto, y a la vista de los argumentos vertidos por ambas partes en este recurso, resultará también necesario destacar que, en la propia justificación de la Proposición no de Ley referida, la Comisión de Igualdad justifica la decisión en función de determinados antecedentes jurisprudenciales -cuya cita omitiremos en este punto, ya que serán recogidas en nuestros razonamientos jurídicos más adelante- y normativos que, ilustrando las bases sobre las que, en el momento actual, se apoya el legislador español, será también útil reproducir en este momento. Dice así la iniciativa parlamentaria de la que tratamos:

"Como mencionaba el Alto Tribunal (en referencia al Tribunal Supremo de España, Sala de lo Civil), tampoco en los países de nuestro entorno la maternidad subrogada se permite. La mayoría de los Estados miembros entienden que este fenómeno vulnera multitud de normas y disposiciones de la Unión Europea sobre dignidad humana, adopción, protección de la mujer y del niño y sobre tráfico de personas, de modo que está expresamente prohibida en la mayoría de países europeos, incluyendo a Francia, Italia, Alemania, Suiza, Austria, Suecia y Finlandia.

El Consejo de Europa aprobaba en 2012 una Declaración en la que, entre otras cosas, manifestaba que (da subrogación es incompatible con la dignidad de las mujeres y los niños involucrados y una violación de sus derechos fundamentales".

El día 17 de diciembre de 2015 el Parlamento Europeo aprobó una Resolución relativa al Informe Anual sobre los Derechos Humanos y la Democracia en el Mundo (2014) y la Política de la Unión Europea al respecto, en cuyo punto 114, dentro del apartado "derechos de las mujeres y las niñas" se establece lo siguiente:

"Condena la práctica de la gestación por sustitución, que es contraria a la dignidad humana de la mujer, ya que su cuerpo y sus funciones reproductivas se utilizan como una materia prima; estima que debe prohibirse esta práctica, que implica la explotación de las funciones reproductivas y la utilización del cuerpo con fines financieros o de otro tipo, en particular en el caso de las mujeres vulnerables en los países en desarrollo, y pide que se examine con carácter de urgencia en el marco de los instrumentos de derechos humanos."

En este mismo sentido, el pasado 15 de marzo de 2016 la Comisión de Asuntos Sociales y de la Salud del Consejo de Europa rechazó la propuesta de informe Sutter que apoyaba la gestación subrogada.

SEXTO.- Expuesto lo anterior, entramos ya a examinar las alegaciones vertidas en la demanda para apoyar las pretensiones ejercitadas en su suplico - recordemos, relativas tan sólo a la concesión de un salvoconducto, o subsidiariamente otro documento de viaje, para el menor, nacido en Moscú el NUM000 de 2014 en virtud de un contrato de gestación subrogada celebrado en territorio ruso por los aquí recurrentes con la madre gestante- para ello comenzaremos con aquélla en la que mantiene la parte actora que el único trámite exigible por la legislación rusa para determinar la filiación en estos casos es de tipo administrativo y no judicial.

Pues bien, de entrada ha de recordarse que la normativa extranjera en este caso no resulta de aplicación toda vez que el presupuesto para que el menor pudiera ser provisto de un salvoconducto como el solicitado para él



en este caso es que el mismo, primero, tuviese la nacionalidad española y segundo, que siendo como es menor de edad, se consintiera expresamente por la persona u órgano que tenga atribuido el ejercicio de la patria potestad o la tutela o, en su defecto, por el órgano judicial competente (artículo 8.1 del Real Decreto 116/2013). Rige, por tanto, la Ley española como ley personal del sujeto posiblemente beneficiario del salvoconducto.

Cierto es que en este caso la parte actora aportó en vía administrativa, y forma parte por ello del expediente remitido, un acta de nacimiento del menor que recoge la inscripción practicada al respecto en una Oficina de Registro Civil de Moscú, en la que se identifica como padre y madre a los aquí recurrentes; y cierto es también que, en nuestra Sentencia de 21 de diciembre de 2015 , antecedente de la resolución consular impugnada en este recurso dijimos respecto a tal documento, conforme al artículo 14.2 del Convenio entre el Reino de España y la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas sobre asistencia judicial en materia civil firmado en Madrid el 26 de octubre de 1990, tal certificado debía ser considerado como documento oficial con la misma fuerza probatoria que un documento oficial español. Ahora bien, en la misma Sentencia dejamos claro que la admisión de su eficacia -sin entrar en cuestiones relativas a la filiación pues sólo se debatía en el proceso la capacidad del solicitante del visado para así proceder ante las autoridades consulares- era "asumida por este Tribunal a los meros efectos de acceso a la justicia". Lo que ocurre es que la Administración demandada niega que el menor tenga la nacionalidad española, los recurrentes, por su parte, que el menor tenga la nacionalidad rusa; una cuestión sobre la que tampoco en el ámbito de cognición del presente recurso procede hacer pronunciamiento alguno. Y ello pese a que la parte actora así lo pretenda de modo indirecto pues a tal fin ha incorporado a estos autos un informe, con valor meramente de prueba documental privada, emitido por D. Gregorio , Director General de "Rosjurconsulting, Russian & International Family Law Firm". que a la sazón resulta ser la empresa promotora de la gestación subrogada en torno a la cual gira también este proceso. Todo ello considerando, decíamos, que en el informe que sostiene la posición de los demandantes se concluye que el menor "nacido el NUM000 de 2014, no es ciudadano ruso por nacimiento y no puede adquirir la ciudadanía rusa de ninguna manera puesto que sus dos padres tienen la ciudadanía española y no residen permanentemente en el territorio ruso". Sobre el contenido de tal informe, y en cuanto a lo que se desprende del documento contractual firmado en su día, en Moscú, por los ahora recurrentes, promovido, al parecer (folio 20) por la misma empresa "Rosjurconsulting" que ahora emite el repetido informe, se concluyen algunas contradicciones de las que más adelante trataremos.

Más allá de la cuestión relativa a la nacionalidad del menor pero en relación con la suficiencia o no, según la legislación española, del mero trámite administrativo de inscripción registral para determinar, en estos concretos casos de gestación subrogada, la filiación del nacido, la parte actora se basa en un Certificado (documento 7 adjunto a la demanda) emitido por la Sección Consular de la Embajada de la Federación de Rusia en España en el que, en esencia, se explica que la legislación rusa admite la gestación por sustitución y que, si se cumplen los requisitos que detalla (especialmente la prestación del consentimiento por la madre gestante para el registro de los promotores como padres del menor), la inscripción se producirá en el Registro Civil, un órgano puramente administrativo, sin intervención de ningún órgano judicial. Afirma también el certificado consular así emitido que "el certificado resultante de la inscripción deberá reconocerse sin necesidad de legalización alguna" en virtud del Acuerdo suscrito entre el Gobierno de España y el de la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas hecho en Madrid el 24 de febrero de 1984, sobre Supresión de Legalizaciones y Expedición de Certificados de Registro Civil.

Lo innecesario de la legalización del repetido documento nada tiene que ver, sin embargo, con la eficacia de su contenido a los efectos pretendidos en este recurso; especialmente teniendo en cuenta lo que exige la normativa española en estos casos en que la filiación biológica está excluida respecto a cualquiera de los dos promotores de la gestación subrogada.

Debe en este punto recordarse que la Instrucción de 5 de octubre de 2010, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, que establece el Régimen Registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución -basándose en la norma legal vigente que proscribía, bajo sanción de nulidad 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, y que dispone que la filiación de los hijos así nacidos será determinada por el parto, quedando a salvo la posible acción de reclamación de paternidad respecto del padre biológico- se dicta para dotar de plena protección jurídica el interés superior del menor conteniendo directrices tendentes a valorar también otros intereses en juego; en particular los derechos de la madre gestante y la verificación de que no existe simulación en el contrato de gestación por sustitución que pudiera encubrir el tráfico internacional de menores. Es por ello por lo que la repetida Instrucción exige, para la inscripción de los menores nacidos mediante gestación por sustitución, la presentación ante el Encargado del Registro Civil de una resolución judicial dictada por 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 derivan de la resolución judicial exigida por la repetida Instrucción.

Que ello es así, y que era también conocido de antemano por los recurrentes, lo demuestra el hecho de que el documento contractual -obra su contenido completo en el expediente-, firmado el 7 de marzo de 2012 en Moscú por los recurrentes (el "Cliente" en el contrato) con el Director General (el "Asesor" en el texto del contrato) de la Clínica Vita Nova (MEDINVEST) su Cláusula 4. apartado p) ya preveía lo siguiente:

"La madre sustituta que resulte seleccionada por el Cliente, se comprometerá a firmar los documentos que se le requieran antes de que la parte médica del programa se ponga en marcha, tales, como renuncia a la guarda y custodia y a la patria potestad, de conformidad a la legislación española, que deberá redactar el letrado español del Cliente, y asimismo según la normativa rusa, en documento cuya confección corresponderá al Asesor, incluyendo la firma del marido de aquélla. Caso de negarse a la firma de dicho documento, el Cliente seleccionará a otra madre sin coste alguno. Igualmente, la madre se comprometerá a elevar a público dicho documento, una vez nacido el bebé.

De lo anteriormente expuesto, no cabe sino concluir que el consentimiento tan prematuramente prestado en este caso por la futura madre gestante para la inscripción del nacimiento del menor sólo puede considerarse, cuando menos, anticipado y, cuanto más desprovisto de todas las garantías que persigue la exigencia de una resolución judicial por parte de la Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado a la que venimos haciendo referencia, esto es, la inexistencia de error sobre las consecuencias y alcance de la prestación del consentimiento y sobre todo, el no haber sido sometida eventualmente a engaño, violencia o coacción, así como que se ha respetado la facultad de revocación posterior del consentimiento prestado. Todo ello considerando que no está prevista expresamente tal posibilidad.

Pero, es más. Del propio documento contractual que ahora valoramos tan sólo en cuanto a su contenido resulta extraordinariamente llamativo a esta Sala que en la misma Cláusula 4, apartado p) se dispusiera expresamente lo siguiente:

"Igualmente, después de nacer el bebé, el Asesor se compromete a llevar a cabo todos los trámites necesarios para que el Cliente pueda salir de Rusia con el menor, o para obtener la custodia legal del bebé. Asimismo, si desde los tribunales españoles se requiriese renuncia expresa de la madre gestante en cuanto al menor nacido como consecuencia de este contrato, se compromete tanto a contestar el exhorto remitido por el juez español, compareciendo ante el Cónsul a fin de expresar dicha renuncia al menor y a todos sus derechos como madre, siguiendo las instrucciones que reciba del letrado español del Cliente siempre y cuando correspondan a la vigente legislación de la Federación Rusa"

La madre gestante actuaría, pues, siguiendo las instrucciones marcadas por el Letrado español del "Cliente", esto es los promotores de la gestación subrogada, los aquí demandantes, y añade la repetida Cláusula que

"En el mismo sentido que el párrafo anterior, el Asesor asumirá la representación del Cliente y todos los gastos legales incluidos sus honorarios (...) para el caso de que sea necesario dentro de la jurisdicción de la Federación Rusa un procedimiento judicial de homologación del acuerdo con la madre subrogada conforme a las exigencias de la legalidad española siempre y cuando correspondan a la vigente legislación de la Federación Rusa, incluyendo las directrices sentadas por las circulares de la Dirección General de los Registros y Notariado. La decisión a este respecto corresponderá al Cliente tras asesoramiento de su letrado español y podrá tomarse incluso aunque se consiga la salida del bebé del territorio ruso caso de ser necesario para inscribir el nacimiento en el Registro Civil Central en España, comprometiéndose el letrado español del Cliente a acreditar tales circunstancias al Asesor sin necesidad de requerimiento de éste".

Del contenido de dicho párrafo es imperativo destacar lo siguiente: primero, que los ahora demandantes ya conocían la necesidad de que la renuncia de la madre y, por tanto, concluimos, que la determinación de la filiación del menor respecto de los promotores de nacionalidad española, iba a requerir la existencia de una resolución judicial conforme a lo exigido por la "legalidad española"; y lo que, es más, que dichas exigencias incluían las contempladas en la Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado, pues expresamente se cita en el contenido del contrato celebrado por los recurrentes en Moscú. Añadiendo la cláusula, y no lo pasemos por alto porque es relevante, que la decisión de iniciar los trámites procesales para así obtener una resolución judicial correspondía al "Cliente", los aquí demandantes. Cuando menos puede, pues, afirmarse que éstos conocían de antemano la necesidad de obtener la repetida resolución judicial para determinar la filiación, conforme a lo exigido por la legislación española y que, en contra de lo afirmado en la demanda, la obtención de la resolución judicial rusa no sería imposible sino que, meramente, los recurrentes -así hay que suponerlo por su inacción cuando el contrato se lo permitía- decidieron no instar su dictado.



Y no sólo esto sino que además repara la Sala en lo expresivo de la Cláusula que prevé que tal decisión de incoar el procedimiento judicial correspondiente en Rusia para que las autoridades judiciales diesen carta de naturaleza a la renuncia de la madre, determinando así la filiación del menor nacido en Rusia respecto de dos nacionales españoles, los promotores del contrato de gestación subrogada, tal decisión, decíamos, podría incluso adoptarse "aunque se consiga la salida del bebé del territorio ruso ". Una expresión que, si nos atenemos a la literalidad de los términos, ya indicaba el conocimiento de antemano por parte de los demandantes de que, con la mera inscripción y sin haber obtenido la repetida sentencia de los órganos jurisdiccionales de la Federación de Rusia, quizás la salida del menor de aquel territorio para venir a España no podría conseguirse. Todo ello, unido ello al hecho de que, en su primera comparecencia ante el Consulado General, el recurrente Sr. Luis Angel el día 30 de diciembre de 2014 (un día después del nacimiento del menor) afirmase que necesitaba un salvoconducto para el menor porque su esposa había dado a luz en Moscú y querían regresar a España -una actuación que además se confirmaría con la entrevista publicada en el Diario de Mallorca el 20 de marzo de 2015 (documento 15 adjunto a la demanda)- lleva a la Sala a concluir, siquiera indiciadamente, que la situación en que ahora se encuentran los recurrentes y el menor, lejos de ser sorpresiva, pudo ser prevista e incluso premeditada debiendo, por consiguiente, ser ahora asumida.

SÉPTIMO.- La parte actora trae a colación en su demanda diversos pronunciamientos jurisdiccionales a los que vamos a hacer referencia a continuación y de los que extrae la consecuencia de que el artículo 8 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, que consagra el derecho al respeto a la vida privada y familiar, habría sido vulnerado por la Resolución impugnada en este proceso.

En tal sentido, trae a este proceso el pronunciamiento del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en STEDH de 26 de junio de 2014 (Asunto Mennesson c. Francia, nº 65192/11) dictada por una Sala de siete Jueces, en el que, rechazando la vulneración aducida por los promotores de una gestación subrogada respecto del derecho al respeto de su vida familiar declaró, sin embargo, que se había vulnerado del derecho al respeto de su vida privada respecto de los dos menores que en el caso resuelto, habían nacido también por medio de una gestación subrogada en Estados Unidos y cuya inscripción en el Registro Civil francés había por tal motivo denegado las autoridades de Francia. Y en el mismo sentido y aunque no se menciona en la demanda, el citado Tribunal, también en Sala compuesta de siete Jueces, dictó Sentencia de la misma fecha en el Asunto Labassee c. Francia (n.º 65941/11).

Pues bien, que ni el marco táctico que contemplan ni la doctrina contenida en estas Sentencias del TEDH son extrapolables al ámbito de la normativa y jurisprudencia de españolas se encarga de aclararlo sin lugar a dudas el Tribunal Supremo, Sala de lo Civil en su Auto de 2 de febrero de 2015 (Rec. Cas. 245/2011). dictado en ejecución de su STS de 6 de febrero de (Rec. Cas. 835/2013). En tal asunto, el Alto Tribunal resuelve sobre la ejecución de una Sentencia que en definitiva, había confirmado la denegación de la inscripción en el Registro Civil de unos menores nacidos en Estados Unidos en virtud de una gestación subrogada. Había acordado, en concreto, el Tribunal Supremo "Instar al Ministerio Fiscal a que, de acuerdo con las funciones que le atribuye su Estatuto Orgánico, ejercite las acciones pertinentes para determinar en la medida de lo posible la correcta filiación de los menores y para su protección, lomando en consideración, en su caso, la efectiva integración de los mismos en un núcleo familiar "de facto" Sin embargo, invocadas las referidas Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo razona del modo que ahora reproducimos y hacemos nuestro en lo que a este recurso interesa, respecto de la aducida vulneración del derecho a la vida familiar.

"6.- Partiendo del hecho admitido de que la negativa de las autoridades judiciales francesas a reconocer la relación de filiación constituye una injerencia en el derecho al respeto a la vida privada y familiar de los demandantes, el Tribunal de Estrasburgo constata que tal injerencia está "prevista por la ley" en el sentido del artículo 8 del Convenio. El Tribunal admite también que la injerencia litigiosa afecta a dos de los fines legítimos enunciados por el artículo 8, la "protección de la salud" y la "protección de los derechos y libertades de los demás", al encuadrarse en el propósito de proteger a los niños y a las madres de sustitución, desde la concepción del ordenamiento jurídico francés. Considera que el rechazo de Francia a reconocer el vínculo de filiación entre los niños-nacidos de una gestación por sustitución en el extranjero y las parejas que han recurrido a este método procede de la voluntad de desanimar a sus nacionales a recurrir fuera de Francia a un método de procreación que prohíbe en su territorio con el objetivo, según su percepción del problema, de preservar a los niños y a la madre gestante.

El Tribunal examina a continuación si esta injerencia, prevista en la ley y que responde a fines legítimos, es "necesaria en una sociedad, democrática". En este sentido subraya que consideradas las delicadas cuestiones éticas que suscita este tema y la falta de consenso sobre el mismo en Europa, los Estados deben disponer de un amplio margen de apreciación en sus opciones relativas a la gestación por sustitución. Sin embargo, este margen de apreciación debe limitarse cuando se trata de la filiación, ya que ello afecta a un aspecto



esencial de la identidad de los individuos. Por otra parte, incumbe al Tribunal decidir si se ha alcanzado un justo equilibrio entre los intereses del Estado y los de los individuos directamente afectados, habida cuenta en particular del principio esencial, según el cual, cada vez que está en cuestión la situación de un niño, debe primar el interés superior de éste.

7.- Por lo que se refiere a la injerencia en el derecho al respeto de la vida familiar de los recurrentes, el Tribunal observa que ésta se ve necesariamente afectada por la falta de reconocimiento en el Derecho francés de la relación de filiación entre los hijos y los esposos que contrataron la gestación en el extranjero. Pero constata que los obstáculos con los cuales se han encontrado los demandantes no son insuperables y que los demandantes no se han visto impedidos de disfrutar en Francia del derecho al respeto de su vida familiar. (...)

8.- Sin embargo, por lo que se refiere al respeto de la vida privada de los niños así nacidos, el Tribunal de Estrasburgo aprecia en sus sentencias que estos se encuentran en una situación de incertidumbre jurídica: sin ignorar que los niños han sido identificados en el extranjero como hijos de los recurrentes, Francia les niega esta consideración en su ordenamiento jurídico, porque la gestación por sustitución impide absolutamente el establecimiento del vínculo de filiación con los comitentes, sea mediante la inscripción de las actas de nacimiento expedidas en el extranjero, sea mediante la inscripción del acta de notoriedad de la relación de filiación por constar que los solicitantes crían y educan al niño desde su nacimiento, sea mediante la constatación de la filiación biológica paterna, sea mediante la adopción. El Tribunal considera que tal contradicción atenta al reconocimiento de su identidad en el seno de la sociedad francesa. (...)

De esta manera, añade el Tribunal, los efectos del no reconocimiento en el Derecho francés de la relación de filiación entre los niños nacidos por gestación por sustitución en el extranjero y las parejas que han acudido a este método no se limitan a la situación de estos últimos: afectan también a la de los propios niños, cuyo derecho al respeto a la vida privada, que implica que cada uno pueda establecer la sustancia de su identidad, incluida su filiación, se encuentra significativamente afectada. Con ello se plantea una grave cuestión de compatibilidad entre esta situación y el interés superior de los niños, cuyo respeto ha de guiar cualquier decisión que les afecte. Según el Tribunal de Estrasburgo, este análisis adquiere un relieve especial cuando, como en los casos enjuiciados, uno de los miembros de la pareja es a la vez el que engendró al niño (en ambos casos, el marido era el padre biológico). En consideración a la importancia de la filiación biológica como elemento de la identidad de todo individuo, no cabe pretender que sea conforme con el interés superior del niño el privarle de un vínculo jurídico de esta naturaleza cuando la realidad biológica de dicho vínculo ha sido establecida y el niño y el padre afectados reivindican su pleno reconocimiento. Sin embargo, en los casos enjuiciados, no solo no ha sido admitida por los tribunales franceses la relación entre las niñas y sus respectivos padres biológicos con motivo de las solicitudes de transcripción de sus respectivas actas de nacimiento, sino que incluso su reconocimiento por vía de una demanda de paternidad, de adopción o por efecto de la posesión de estado, chocaría con la jurisprudencia prohibitiva establecida al respecto por el Tribunal de Casación francés. (...)

9.- Criterios rectores de las sentencias del Tribunal de Estrasburgo

(...) lo que lleva al mismo a considerar vulnerado el art. 8 del Convenio, en su aspecto de derecho a la vida privada de los menores, es que el ordenamiento francés, considerando que existe un vicio de origen, no permita el reconocimiento de la filiación entre los matrimonios comitentes y las niñas gestadas por subrogación por ningún medio (transcripción de actas de nacimiento, filiación biológica paterna, adopción, posesión de estado), y especialmente, que no admita el reconocimiento de la filiación paterna biológica lo que merece al Tribunal un especial reproche pues " en faisant ainsi obstacle tant à la reconnaissance qu'à l'établissement en droit interne de leur lien de filiation à l'égard de leur père biologique l'État défendeur est allé au-delà de ce que lui permettait sa marge d'appréciation " ("obstaculizando así tanto el reconocimiento como el establecimiento en Derecho interno de su relación de filiación respecto de su padre biológico, el Estado demandado ha ido más allá de lo que le permitía su margen de apreciación"). (...)

10.- Similitudes y diferencias entre los casos franceses y el caso español

Las similitudes entre la sentencia del Tribunal de Casación francés y la sentencia de esta Sala cuya nulidad se solicita se circunscriben a que ambas deniegan la transcripción al Registro Civil de las actas extranjeras de nacimiento que establecen la filiación de los niños respecto de los padres comitentes en supuestos de contratos de gestación por sustitución

Pero a partir de ahí, las diferencias son importantes.

(i) Mientras que el Tribunal de Casación francés afirma la imposibilidad de que pueda determinarse legalmente en Francia cualquier relación de filiación entre el niño y los padres comitentes, de tal modo que procede incluso anular el reconocimiento o el establecimiento de la paternidad del padre biológico por el carácter



fraudulento del contrato de gestación por sustitución ("fraus omnia corrumpit", el fraude todo lo corrompe, dice el Tribunal de Casación francés en dos sentencias dictadas en el año 2013 sobre esta misma cuestión, citadas por el Tribunal de Estrasburgo en sus sentencias de los casos Labassee y Mennesson), por el contrario, el ordenamiento jurídico español, y así lo afirmó nuestra sentencia, prevé que respecto del padre biológico es posible la determinación de filiación paterna: y, en todo caso, si los comitentes y los niños efectivamente forman un núcleo familiar "de facto", (...)

(iv) En los asuntos franceses, los comitentes hablan solicitado que se determinara la filiación de las niñas no sólo con base en las actas de nacimiento expedidas en Norteamérica (determinadas por la existencia de sendos contratos de gestación por sustitución que, una vez homologados judicialmente sus efectos, dieron lugar a la inscripción del nacimiento en el Registro Civil con determinación de la filiación respecto de los padres comitentes) en ambos casos se pidió, de modo alternativo o subsidiario, que se determinara la filiación paterna biológica respecto del marido, pues constaba que tanto el Sr. Pedro Jesús como el Sr. Carlos Ramón eran los padres biológicos de las respectivas niñas. Y en el caso del matrimonio Pedro Jesús, se solicitó también que se realizara la inscripción de la filiación con base en un acta de notoriedad de posesión de estado civil puesto que constaba que el matrimonio Pedro Jesús había criado y educado a la niña desde su nacimiento. El Tribunal de Estrasburgo hace constar que en ambos casos está constatado que los matrimonios demandantes y las niñas fruto de la gestación por sustitución por ellos controlada formaban sendos núcleos familiares "de facto"

El litigio que dio lugar al recurso resuelto por nuestra sentencia es distinto. Consistió en una impugnación por parte del Ministerio Fiscal de la inscripción en el Registro Civil con base en las actas de nacimiento de California. En este litigio, los demandados han sostenido la regularidad del reconocimiento en el Registro Civil español de la inscripción extranjera, alegando que el hecho de que los niños hayan sido fruto de un contrato de gestación por sustitución no impide que se reconozca en España la relación de filiación reconocida a los comitentes en el ordenamiento de California. No se han introducido adecuadamente en el debate, mediante la correspondiente alegación y prueba, las circunstancias concretas de los menores y de sus relaciones familiares: si alguno de los recurrentes es el padre biológico, si los niños están integrados actualmente en un núcleo familiar con los recurrentes, etc.

En estas circunstancias, impugnada por el Ministerio Fiscal la inscripción registral, defendida su legalidad por los hoy promotores del incidente, planteada la conformidad del contenido de la inscripción registral extranjera con el orden público internacional español, la cuestión relevante consistía en la aptitud de la relación resultante de una gestación por subrogación contratada en el extranjero, una vez que ha sido homologada judicialmente y ha dado lugar a la correspondiente inscripción registral en el Estado donde tuvo lugar la gestación y el nacimiento, para determinar en España la relación de filiación entre los niños así nacidos y los comitentes, esto es, las personas que contrataron la gestación por subrogación con la futura madre gestante y fueron reconocidos como padres, con base en tal relación jurídica, por el ordenamiento extranjero.

Este tribunal decidió que, en tales circunstancias, dicha relación jurídica no podía ser reconocida por nuestro ordenamiento jurídico al resultar contraria a las normas actualmente vigentes que integran el orden público internacional español, como son las que regulan la filiación y las normas esenciales sobre técnicas de reproducción humana asistida.

Ahora bien, para proteger el interés del menor, y dado que era probable que alguno de los recurrentes fuera padre biológico de los niños, y que estos estuvieran integrados en un núcleo familiar "de facto" con los recurrentes, se instó al Ministerio Fiscal a proteger a los menores y a procurar su integración en ese núcleo familiar, en el caso de que efectivamente existiera, puesto que los menores no pueden cargar con las consecuencias negativas derivadas de que los recurrentes hayan acudido al contrato de gestación por subrogación, considerado radicalmente nulo por el ordenamiento jurídico español, que también dispone que la filiación materna es la que resulta del parto y deja a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico. La sentencia de esta Sala no anula la inscripción de la filiación de los niños nacidos de una gestación por sustitución respecto de los comitentes para obligarles a dar un rodeo, "cumplir unas formalidades" y llegar al mismo sitio. La cuestión decisiva es que lo que determina la relación de filiación, esencial para establecer la identidad del menor, según las normas de orden público del ordenamiento español actualmente vigentes porque el legislador ha entendido que es lo más adecuado para proteger el interés del menor, es la filiación biológica (cuyo reconocimiento como determinante de la filiación tiene una especial importancia para el interés del menor, como elemento esencial de su identidad, y así es destacado por las sentencias del Tribunal de Estrasburgo), y el establecimiento de lazos filiales como consecuencia de la existencia de un núcleo familiar de facto en el que estén integrados los menores, el progenitor biológico y su cónyuge, como por ejemplo los derivados de la adopción, en la que el interés del menor se controla y protege por el juez que la constituye (art. 176 del Código Civil). Y esta cuestión no ha sido la planteada en el proceso.



11.- Razones por las que las sentencias del Tribunal de Estrasburgo consideran que se ha vulnerado el derecho a la vida privada de los niños por las autoridades judiciales francesas (...)

No deben descontextualizarse expresiones aisladas de las sentencias del Tribunal de Estrasburgo. Los párrafos ~5 y 78 de la sentencia del caso Labassee y 96 y 99 de la del caso Mennesson no afirman que cualquier afectación a la filiación del menor suponga una vulneración de su derecho a la vida privada, sino que tal afectación existe "en estas condiciones del Derecho positivo [francés]", que consisten, como se ha visto, en la absoluta imposibilidad de que el ordenamiento jurídico francés reconozca cualquier vínculo de filiación entre los comitentes y el niño, no solamente por la imposibilidad de transcribir el acta de nacimiento norteamericana, sino también por la imposibilidad de que se reconozca la filiación biológica paterna (no que el Tribunal de Estrasburgo considera injustificable), la filiación derivada de la posesión de estado, o la filiación por adopción por parte de los comitentes, con lo cual las menores tampoco podrán adquirir la nacionalidad francesa, ni heredar en calidad de hijas, lo que supone una situación de incertidumbre jurídica incompatible con las exigencias del art. 8 del Convenio.

(...) El Tribunal de Estrasburgo, en las sentencias Labassee y Mennesson no afirma que la negativa a transcribir al Registro Civil francés las actas de nacimiento de los niños nacidos en el extranjero por gestación por subrogación infrinja el derecho al respeto de la vida privada de esos menores. Lo que afirma es que a esos niños hay que reconocerles un estatus definido, una identidad cierta en el país en el que normalmente van a vivir. Ese estatus debe ser fijado conforme a las normas esenciales del orden público internacional del Estado en cuestión sobre filiación y estado civil, siempre que sean compatibles con esta exigencia, como lo son en el ordenamiento jurídico español. En el caso de España, ese estatus puede proceder del reconocimiento o establecimiento de la filiación biológica con respecto a quienes hayan proporcionado sus propios gametos para la fecundación, puede proceder de la adopción, y en determinados casos, puede proceder 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".

Pues bien, recordando que en este caso la filiación biológica no podría siquiera ser establecida puesto que, así lo reconocen incluso los recurrentes, no aportaron ninguno de ellos material genético para la gestación subrogada, lo cierto es que el único motivo que aducen para invocar la vulneración del derecho a la vida familiar, se entiende que de ellos pues es en su propio nombre y derecho en el que litigan en este caso, el único argumento que utilizan para apoyar sus pretensiones es la convivencia con el menor desde el nacimiento hasta el momento en que habrían debido abandonar el territorio de la Federación Rusa por expiración de los visados de estancia concedidos. Una situación de convivencia, ha) que añadir, tampoco ha sido objeto de prueba en este proceso.

En cualquier caso, aun cuando tal situación se hubiese podido considerar acreditada tampoco podría haber tenido una influencia decisiva en el proceso ya que la obtención del salvoconducto habría debido pasar necesariamente por la resolución judicial que declarase la filiación a fin de acreditar que la solicitud formulada lo fue en ejercicio de la patria potestad sobre el menor nacido en Rusia, lo que como se ha dicho, tampoco se ha hecho.

Además, la vulneración del derecho aducido llevaría como presupuesto ineludible la existencia de un vínculo biológico con el menor pues, concretando -limitando, podría decirse- la doctrina pronunciada en sus Sentencias de 26 de junio de 2014 en los casos Mennesson y Labassee, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, esta vez por la Gran Sala, ha dictado muy recientemente la Sentencia de 24 de enero de 2017 (asunto Paradiso y Campanelli c. Italia -nº 25358/12 -) que, por sus antecedentes y similitud con el caso que aquí nos concierne, resulta de interés reseñar ahora.

La Gran Sala del TEDH resuelve en esa reciente Sentencia el asunto relativo a la posible vulneración del derecho a la vida y a la intimidad familiar, por la retirada y entrega de un menor, de nueve meses de edad, nacido en Rusia bajo un contrato de gestación subrogada celebrado entre una mujer de nacionalidad rusa y una pareja de nacionalidad italiana, a los Servicios Sociales italianos. El elemento esencial en este caso, que determina la decisión del Tribunal, es que entre los comitentes y el menor así nacido no existía ningún vínculo biológico. Los demandantes ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos recurrieron tanto por la retirada del menor y su entrega a la tutela de las autoridades italianas competentes en materia de protección de menores como por la negativa a reconocer la relación paterno-filial establecida en el extranjero, en Rusia, mediante la inscripción del certificado de nacimiento del niño en Italia.

La Gran Sala, por once votos a seis de sus Magistrados, resolvió que no había producido en la actuación de las autoridades italianas vulneración alguna del artículo 8 del Convenio a la vista de que no existía ningún vínculo biológico entre el menor y los allí demandantes, y teniendo en cuenta no sólo la corta duración de su relación con el menor y la inseguridad de los vínculos legales con el menor, pese al proyecto de familia



y lazos emocionales que adujeron, por lo que concluyeron que no se daba en el caso una verdadera vida familiar. Consideró la Sentencia que las medidas adoptadas lo fueron con la finalidad legítima de prevenir infracciones y de proteger los derechos y libertades de otras personas, así como que las Autoridades italianas actuaron también de modo legítimo al reafirmar su exclusiva competencia para declarar la filiación -y esto sólo cuando existiera un vínculo biológico o por medio de una adopción legal, todo ello en interés de los menores. Finalmente, la Gran Sala aceptó en esta Sentencia que los Tribunales italianos habían actuado dentro de un razonable "margen de apreciación" resolviendo que el menor no sufriría un grave e irreparable daño como consecuencia de la separación al haber realizado una justa ponderación de los intereses en conflicto.

A la vista de lo anterior, otra cosa no puede concluir la Sala en 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.

OCTAVO.- Resuelto ya todo lo anterior, resta sólo por dar respuesta a un argumento impugnatorio más y a la pretensión subsidiaria ejercitada en el escrito rector.

El primero se basa en la infracción del principio de igualdad y no discriminación que invocan los recurrentes en su demanda señalando que otras personas públicamente conocidas de los que se sabe que sus hijos también son "producto" de programas de maternidad subrogada y, sin embargo, disfrutan de los mismos en su propio domicilio en territorio español.

Pues bien, respecto a ello bastará con recordar que la normativa española de aplicación, que prevé la nulidad de pleno derecho de los contratos de gestación por sustitución, no impide, sin embargo, el reconocimiento de los derechos de los menores y de quienes hayan sido establecidos como progenitores a través de los procedimientos legalmente establecidos. De hecho, hay que recordarlo, la imposibilidad de trasladar a España al menor del que aquí se trata, nacido en Rusia, se basa en la inexistencia de una resolución de los órganos judiciales de aquel país que determine la filiación respecto a los promotores de nacionalidad española; resolución cuya eficacia, cumplimentando todos los requisitos exigidos por el ordenamiento jurídico español a tal efecto, podría, en su caso, haber desplegado su eficacia para el traslado del menor al quedar acreditado debidamente el vínculo paterno-filial y que la solicitud de salvoconducto se produjo por quien tenía atribuida legalmente la patria potestad sobre el menor. Sin embargo, como ya se razonó más arriba, tal posibilidad cuya decisión dependía exclusivamente de los ahora recurrentes no se consumó por ellos, por lo que ninguna infracción de principio constitucional alguno, menos aún del de igualdad, puede considerarse ahora. Además, para que la invocación del principio, valor y derecho fundamental citado pudiera haberse considerado tendría que haber ofrecido la parte actora un término de comparación más concreto que no el genéricamente aducido, lo que también determinaría el rechazo del argumento.

Finalmente, la pretensión subsidiaria ejercitada en el suplico de la demanda tampoco puede ser acogida. Pide en ella que se disponga la expedición, por las Autoridades Consulares, de una "documentación análoga a un salvoconducto", lo que entienden los recurrentes posible considerando, en su caso, al menor como un ciudadano extranjero indocumentado, pues no se consideraría ni ruso ni español, por lo que sostienen, por último, que ello sería posible de acuerdo con el Reglamento de Extranjería (artículo 212). "interpretándolo con cierta flexibilidad".

Adelantando que para la resolución del presente recurso, como de cualquier otro, no es criterio jurídico la "flexibilidad" en la interpretación de las disposiciones o reglamentarias vigentes -máxime cuando las normas invocadas para ello ni siquiera se refieren al supuesto aquí contemplado-, sino meramente los criterios a tal efecto establecidos en el artículo 3 del Código Civil como se ha hecho, el precepto reglamentario invocado no podrá ser aplicado en este caso.

Recordemos que el artículo 212 del Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, al regular lo relativo a la expedición de un Título de Viaje para salida de España, dispone que

"1. A los extranjeros que se encuentren en España que acrediten una necesidad excepcional de salir del territorio español y no puedan proveerse de pasaporte propio, por encontrarse en alguno de los casos expresados en el artículo 34.2 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, una vez practicados los trámites regulados en el artículo anterior, la Dirección General de la Policía y de la Guardia Civil les podrá expedir un título de viaje con destino a los países que se especifiquen, previendo el regreso a España.

Si el objeto del título de viaje fuera exclusivamente posibilitar el retomo del solicitante a su país de nacionalidad o residencia, el documento no contendrá autorización de regreso a España.

2. En el título de viaje constarán la vigencia máxima y las limitaciones que en cada caso concreto se determinen para su utilización.



3. El título de viaje se expedirá con arreglo al modelo que se determine por Orden del titular del Ministerio del Interior.

La mera reproducción del enunciado del precepto reglamentario invocado así como el propio contenido de sus disposiciones, impiden su aplicación en este caso puesto que el menor no se encuentra en España sino en territorio de la Federación de Rusia, no estándose tampoco en este caso, según los antecedentes fácticos expuestos, por acreditados en el proceso, ninguno de los supuestos que permitirían siquiera considerarlo como hipótesis para su examen y decisión.

El presente recurso, por lo hasta aquí expuesto y razonado, será desestimado íntegramente.

NOVENO.- De conformidad con lo previsto en el artículo 139.1 de la Ley Reguladora de esta Jurisdicción, procede imponer las costas causadas en este proceso a la parte que ha visto rechazadas todas sus pretensiones, al no apreciarse que el caso presentara serias dudas de hecho o de derecho.

No obstante, a tenor del apartado tercero de dicho artículo 139, la imposición de las costas podrá ser "a la totalidad, a una parte de éstas o hasta una cifra máxima" y la Sala considera procedente, atendida la índole del litigio y la concreta actividad desplegada por las partes, limitar la cantidad que, por los conceptos de honorarios de Abogado y derechos de Procurador, ha de satisfacer a la parte contraria la condenada al pago de las costas, hasta una cifra máxima total de trescientos euros, más la cantidad que en concepto de IVA corresponda a la cuantía reclamada.

Vistos los preceptos citados y demás de general y pertinente aplicación,

FALLO

1.- DESESTIMAR el recurso contencioso-administrativo número 817/2016, interpuesto por la representación procesal de D. Luis Angel y D^a Verónica, contra la Resolución de 28 de marzo de 2016, del Consulado General de España en Moscú (Federación de Rusia), por la que se acordó denegar la solicitud de concesión de salvoconducto formulada por el aquí recurrente para el menor Isidoro.

2.- Con imposición a la parte recurrente de las costas causadas en el presente recurso, en los términos expresados en el Fundamento de Derecho correlativo de esta Sentencia.

La presente sentencia es susceptible de recurso de casación, que deberá prepararse ante esta Sala en el plazo de treinta días, contados desde el siguiente al de su notificación, acreditándose en el escrito de preparación del recurso el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 89.2 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, con justificación del interés casacional objetivo que presente. Ello previa constitución del depósito previsto en la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial, bajo apercibimiento de no tener por preparado el recurso.

Dicho depósito habrá de realizarse mediante el ingreso de su importe en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de esta Sección, cuenta-expediente nº 2414- 0000-93-0817-16 (Banco de Santander, Sucursal c/ Barquillo nº 49), especificando en el campo concepto del documento Resguardo de ingreso que se trata de un "Recurso" 24 Contencioso-Casación (50 euros). Si el ingreso se hace mediante transferencia bancaria, se realizará a la cuenta general nº 0049-3569-92- 0005001274 (IBAN ES55-0049-3569 9200 0500 1274) y se consignará el número de cuenta-expediente 2414-0000-93-0817-16 en el campo "Observo" "Concepto de la transferencia" y a continuación, separados por espacios, los demás datos de interés.

Por esta nuestra Sentencia, de la que se extenderá testimonio para su unión a los autos, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.