

RECONOCIMIENTO EN ESPAÑA

DE LA

GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN

RESUMEN: El presente trabajo estudia la situación en España de la gestación por sustitución, tras un reciente caso protagonizado por una pareja homosexual que pretendió inscribir a sus hijos nacidos en California por un acuerdo de gestación por sustitución. La postura que optó la Dirección General de Registro y Notariado admitiendo la inscripción en el Registro Civil español, su revocación por los tribunales españoles, y la posterior aprobación de la Instrucción por parte del Órgano Directivo, pone de manifiesto las contradicciones existentes y complejidad del tema, que se debate ante la prohibición existente en nuestra Ley de Técnicas Reproductivas Humanas Asistidas y la reciente admisión de acceso al Registro que proclama la cuestionada Instrucción.

En este contexto, donde el interés superior del menor y orden público internacional están presentes, interaccionando e incluso contraponiéndose, considero necesario un cambio en la Ley sustantiva española permitiendo este tipo de modalidad reproductiva, con las condiciones y requisitos que salvaguarden los derechos implicados.

PALABRAS CLAVE: GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN - INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR
ORDEN PÚBLICO INTERNACIONAL - DETERMINACIÓN DE LA FILIACIÓN - LEY APLICABLE
CONFLICTO DE LEYES - CONTROL DE FONDO DEL ASUNTO - FRAUDE A LA LEY
RECONOCIMIENTO VS. EXECUÁTUR

Presentado por:
Begoña Vidal Molina

Tutores:
Dra. Pilar Jiménez Blanco
Dr. Ángel Espiniella Menéndez

**Máster en Protección Jurídica de las Personas y de los Grupos Vulnerables. Curso
2011/2012**

RECONOCIMIENTO EN ESPAÑA DE LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN

| | |
|-------------------|---|
| INTRODUCCIÓN..... | 1 |
|-------------------|---|

CAPÍTULO I.- CONCEPTO Y CONTEXTO NORMATIVO DE LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN

I. Maternidad y gestación por sustitución

| | |
|---|----|
| 1. <i>La maternidad y la coexistencia de maternidades. Las técnicas de reproducción asistida.</i> | |
| A) Definición de maternidad..... | 3 |
| B) El presupuesto determinante de la maternidad..... | 4 |
| C) La paternidad..... | 6 |
| 2. <i>Evolución de la familia</i> | 7 |
| 3. <i>Caracterización de la gestación por sustitución</i> | |
| A) Concepto y modalidades..... | 9 |
| B) Origen y causas..... | 11 |

II. Contexto normativo

| | |
|--|----|
| 1. <i>Principios y derechos en presencia</i> | |
| A) Perspectiva general..... | 13 |
| B) “El derecho al hijo”..... | 14 |
| a) Contenido del derecho a procrear..... | 16 |
| b) Fundamentos del derecho a procrear..... | 17 |
| 1.- Como derecho a la salud..... | 17 |
| 2.- Como derecho a la libertad y a la autodeterminación personal..... | 18 |
| 3.- Como derecho a fundar una familia..... | 18 |
| c) Límites del derecho a procrear..... | 19 |
| C) El interés superior del menor..... | 20 |
| a) Derecho a una identidad única y a la continuidad de la filiación..... | 22 |
| b) Derecho a conocer el origen biológico..... | 24 |
| 2. <i>Soluciones y planteamientos en el Derecho Convencional. Conferencia de La Haya</i> | 26 |
| 3. <i>Posiciones en el Derecho comparado</i> | |
| A) Introducción..... | 28 |
| B) California..... | 28 |
| C) Grecia..... | 30 |
| D) Reino Unido..... | 30 |

| | |
|-----------------|----|
| F) India..... | 32 |
| G) Ucrania..... | 33 |

4. Regulación en el Derecho español

| | |
|--|----|
| A) Marco constitucional..... | 33 |
| B) Derecho material español. La ley 14/2006 de, 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida | |
| a) Consideraciones ético jurídicas..... | 36 |
| b) Análisis artículo 10 LTRHA..... | 41 |

CAPÍTULO II.- DETERMINACIÓN DE LA FILIACIÓN EN SITUACIONES PRIVADAS INTERNACIONALES

I. Introducción.....44

II. La determinación de la filiación en el Derecho internacional privado español. La Ley aplicable.....44

III. La filiación en España de las técnicas de reproducción asistida: la gestación por sustitución.

| | |
|--|----|
| 1. Planteamiento..... | 48 |
| 2. Clases y títulos de determinación..... | 49 |
| 3. La filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida..... | 51 |
| 4. Diferencia con la filiación por naturaleza y adoptiva..... | 53 |
| 5. La filiación del menor en virtud de la gestación por sustitución | |
| A) Ley aplicable al contrato de gestación por sustitución..... | 54 |
| B) Incidencia del orden público. El artículo 10 LTRHA como norma de policía..... | 61 |
| C) La función del Interés Superior del Menor en la aplicación del Orden Público..... | 66 |

CAPÍTULO III.- ACCESO AL REGISTRO DE LOS NACIMIENTOS DE GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN OCURRIDOS EN EL EXTRANJERO

I. Supuestos y formas de acceso al Registro.....69

II. El “reconocimiento” de la certificación registral extranjera

| | |
|--|----|
| 1. “Método de Reconocimiento” versus “Método conflictual”. El artículo 81 del Reglamento del Registro Civil..... | 75 |
|--|----|

| | |
|--|-----|
| 2. <i>El problema de la revisión de fondo del asunto y del control de ley aplicada</i> | |
| A) Introducción..... | 80 |
| B) El control de la competencia judicial y el fraude de ley..... | 83 |
| C) El fraude al “conflicto de calificaciones”..... | 84 |
| D) El problema del artículo 23 de la Ley del Registro Civil..... | 86 |
| E) Posición de los Tribunales españoles..... | 88 |
| 3. <i>La Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010</i> | |
| A) Planteamiento..... | 92 |
| B) Sobre la aplicación de la LTRHA..... | 93 |
| C) La distinción entre reconocimiento incidental y execuátur..... | 96 |
| D) El olvido del “orden público internacional”..... | 102 |
| E) El denominado “imperialismo” utilizado por la Instrucción..... | 103 |
| F) Alcance de la competencia del Encargado del Registro Civil..... | 105 |
| 4. <i>La incidencia de la libre circulación de los ciudadanos de la Unión.....</i> | 107 |
| 5. <i>Efectos del acceso al Registro.....</i> | 111 |
| III. La nueva situación generada por la Ley 20/2011 de Registro Civil..... | 113 |
| IV. Ponderación de intereses y posibles alternativas..... | 115 |
| CONCLUSIONES..... | 118 |
| BIBLIOGRAFIA CONSULTADA..... | 123 |

INTRODUCCIÓN

El anhelo de convertirse en padres, en muchas ocasiones, rompe con cualquier principio moral ético y jurídico. Las técnicas de reproducción asistida fueron concebidas y desarrolladas para dar solución a problemas de esterilidad que afectan hoy en día a numerosas parejas en edad reproductiva.

Estos avances en la reproducción humana han incidido en los fundamentos y la estructura tradicional de la paternidad, creando para solucionar un problema médico, otro jurídico. En efecto, en la actualidad nos enfrentamos con dilemas que hasta hace un par de generaciones serían impensables, donde los antiguos principios éticos y las formas básicas de razonar ahora se muestran insuficientes. Por lo general, las normas positivas de Derecho no alcanzan a contemplar los fenómenos que sobrevienen a raíz de los avances de la ciencia con la inmediatez que la sociedad lo requiere. Esto se pone de manifiesto con la denominada gestación por sustitución, o comúnmente llamada “alquiler de vientres”, entendido en sentido amplio, como aquel acuerdo en que una mujer gesta el hijo de otra persona, renunciado a todos los derechos de maternidad a favor de ésta. Mediante el planteamiento de esta situación, se pretende analizar este tipo de técnica reproductiva, tratando de dar solución a un problema jurídico derivado de su prohibición en nuestro país.

Tratándose de un tema dónde se abarca al ser humano desde su esencia, no sólo el que está por nacer, sino de la mujer que lo lleva en su seno, además de las personas que se asumirán la paternidad del menor, en el marco de la temática del máster de “Protección Jurídica de las Personas y Grupos Vulnerables”, analizaré los derechos e intereses implicados, tomando como referencia un reciente caso en España protagonizado por una pareja homosexual, y analizando la normativa legal que prohíbe estas prácticas en nuestro país, y la posterior práctica permisiva a efectos de inscripción Registral de la Dirección General del Registro y del Notariado, donde se pone de manifiesto la contradictoria y compleja situación del tema, expresaré mi opinión acerca esta técnica reproductiva, donde el principal perjudicado es el menor.

Para ello, el trabajo se estructura en tres capítulos. El primero, más teórico, se dedicará a ofrecer un concepto amplio de este tipo de técnicas, los derechos y principios que se ven involucrados, los problemas éticos y morales que ocasiona, así como su consideración dentro de nuestro marco legal y en el derecho comparado. En los dos Capítulos siguientes, me centraré en analizar los principales problemas jurídicos que

ocasiona la gestación por sustitución: la determinación de la filiación y el acceso en el Registro civil español de los nacimientos de españoles, ocurridos en países que admiten esta modalidad reproductiva.

CAPÍTULO I.- CONCEPTO Y CONTEXTO NORMATIVO DE LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN

I. Maternidad y gestación por sustitución. 1. La maternidad y la coexistencia de maternidades. Las técnicas de reproducción asistida. A) Definición de maternidad. B) El presupuesto determinante de la maternidad. C) La paternidad. 2. Evolución de la familia. 3. Caracterización de la gestación por sustitución. A) Concepto y modalidades. B) Origen y Causas. II. Contexto normativo. 1. Principios y derechos en presencia. A) Perspectiva general. B) El “derecho al hijo”. C) El interés superior del menor. 2. Soluciones y planteamientos en el Derecho Convencional (Conferencia de la Haya). 3. Posiciones en el Derecho Comparado. A) Introducción. B) California. C) Grecia. D) Reino Unido. D) India. E) Ucrania. 4. Regulación en el derecho Español. A) Marco Constitucional. B) Derecho Material español: La ley 14/2006 de, 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida

I. Maternidad y gestación por sustitución

1. La maternidad y la coexistencia de maternidades. Las técnicas de reproducción asistida.

A) Definición de maternidad

En los últimos años, los adelantos en la ciencia médica, y concretamente en la ingeniería genética, han llevado a cabo importantísimos avances en el campo de la reproducción humana, causando cambios en algunas figuras jurídicas, como es el caso de la maternidad.

La maternidad puede ser entendida desde cuatro perspectivas, primero, atendiendo a su significado etimológico, en segundo lugar por su significado gramatical, en tercer lugar desde su perspectiva biológica, y por último atendiendo a su significado jurídico, tanto desde el punto de vista de la ley como de la doctrina.¹

Etimológicamente, la palabra madre procede del latín "mater/matris", la cual a su vez deriva del griego "matér/matrós". En su origen, la idea de maternidad no se asociaba a esta palabra, pues el título de mater fue conferido a Minerva, Diana y Vesta, tres diosas vírgenes. Este término sirvió para denominar a la mujer que vivía honestamente y conforme a las buenas costumbres, independientemente de si era soltera, casada o viuda, nacida libre o liberta. Posteriormente, en Roma se denominó con el término “materfamilias” a la esposa del “paterfamilias”, pero no con el objeto de conferirle el mismo status dentro del núcleo familiar, sino como indicativo de ser la cónyuge de aquél.

¹ A. Arámbula Reyes, *Maternidad subrogada*, México, Centro de investigación, documentación y análisis, 2008, pp. 10 y ss.

Atendiendo a su significado gramatical, la real Academia de la Lengua Española, lo define como: "el estado o cualidad de madre", mientras el vocablo madre tiene las siguientes acepciones: "Hembra que ha parido", "Hembra respecto de su hijo o hijos", "Mujer casada o viuda, cabeza de su casa". Con ello se hace referencia a la relación existente entre la madre y/o los hijos, pues por madre se entiende *"la mujer que es responsable de los hijos, de su cuidado y educación, la encargada de buscar una buena escuela, de vestirlos, bañarlos, alimentarlos etc..."*². Así, una madre no sólo es aquella mujer que da a luz al bebé, sino también la que lo educa, cuida y alimenta.

Biológicamente, la maternidad antecede a la paternidad, tanto desde el punto de vista biológico como jurídico, ya que la paternidad en estas dos perspectivas debe fundarse en una maternidad cierta, la cual se presenta por el hecho del parto y la identidad del descendiente. En la actualidad por los adelantos tecnológicos, el descendiente es producto de una decisión libre y voluntaria, provocando con ello que el vínculo paterno no sea predominantemente biológico, sino también social y cultural.

Así, la maternidad se configura como un vínculo dogmático, pues es un principio innegable en toda relación de filiación. Este carácter dogmático de la maternidad no sólo se sustenta en su certeza, sino en la intensa relación emotiva y biológica entre la madre y el menor.

Por último, desde el punto de vista jurídico, la maternidad forma parte de la institución jurídica de la filiación, es decir, del vínculo natural y/o jurídico que une a los descendientes con sus progenitores, pudiendo derivar dicha relación de la naturaleza o de la ficción de la ley mediante la adopción.

B) El presupuesto determinante de la maternidad

El fenómeno de las técnicas de reproducción asistida, y en concreto la gestación por sustitución, ha dado lugar a la aparición de formas de maternidad compartida, que la doctrina ha clasificado según los grados de intervención de cada una de las mujeres en la procreación. Con ello, se han llegado a identificar las siguientes modalidades con relación a la maternidad³:

² Vid. en A. Arámbula Reyes *op. cit.* pág.10

³ *Ibidem* pp. 13 y 14.

- a.) *Maternidad plena*: es la que une la relación biológica (tanto genética como gestativa), con el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de los deberes que implican la maternidad.
- b.) *Maternidad genética*: la quien dona sus óvulos.
- c.) *Maternidad gestativa*: aquella en la que mujer lleva adelante la gestación de un embrión a partir de un óvulo donado.
- d.) *Maternidad legal*: la de quien asume frente al hijo los derechos y obligaciones inherentes a la maternidad sin necesidad de que existan entre ellos vínculos biológicos.

Ante este panorama el interrogante principal que se formula es el de ¿quién es la madre? Su respuesta que hasta hace relativamente poco tiempo parecía ser clara e unívoca, en relación a dar una mayor importancia al hecho del parto, en los últimos tiempos ha sufrido un cambio de orientación hacia la posible admisión de otros criterios que se consideran igualmente relevantes para determinar la maternidad.

En nuestro sistema, la doctrina civil sostiene que en la determinación de la maternidad, el presupuesto o elemento biológico de la gestación y el parto, es y debe ser el criterio fundamental para designar legalmente a la madre, “*mater semper certa est*”. En este sentido, se afirma que la labor de la mujer gestante no es una labor para terceros, sino que está destinada a la formación y el desarrollo del propio hijo. Así, la responsabilidad surgida en esta relación “madre-hijo”, debe ser enteramente asumida por la mujer que da a luz, frente a la sociedad y al nacido. Se considera por tanto, que la maternidad es una figura que no puede ser desdoblada.

Sin embargo, existen posiciones contrarias que defienden la posibilidad de una maternidad meramente social. Esta visión propone la modificación del hecho del parto, para sustituirlo por el de la responsabilidad y libertad en la procreación.⁴ Siguiendo esta teoría, en los supuestos de maternidad subrogada se deberá reconocer como madre a la mujer que colaboró con el nacimiento del nacido, es decir, a quien desea ser la madre legal. Así, dando eficacia a la manifestación de voluntad de la mujer, se reconoce la

⁴ En este sentido, A. Gorassini, *Procreazione artificiale eterologa e rapporti parentali primari, (Diritto di famiglia e delle persone)*, Italia, 1987 pág. 964 afirma “*la existencia del principio de la procreación libre y responsable y de la voluntad a la procreación como acto dual del varón y la mujer jurídicamente relevante, constituye un criterio válido para designar a la madre*”, por lo que “*se debe determinar la maternidad de la mujer sin cuya acción conjuntamente con la de su compañero, no se hubiese efectuado el proceso biológico que da origen a un nuevo ser humano*”. Vid. A. Arámbula Reyes *op. cit* pág. 14

importancia a los actos que en todas las técnicas de fecundación artificial originan el nacimiento, es decir, la responsabilidad por la procreación.⁵

En conclusión, esta teoría separa la maternidad del presupuesto biológico, defendiendo la existencia de una clase de maternidad basada en el acuerdo o en la voluntad.

C) Paternidad

Si realizamos un recorrido histórico, es en el Derecho Romano donde va a tener su inicio la regla “*Pater veri is est, quem nuptiaae demostran*”, es decir, “padre es aquel a quien señalan las justas nupcias”. Es por tanto el acto de voluntad del padre a través del cual se admite por anticipado los hijos que su mujer traiga al mundo, después del matrimonio.⁶

El nacimiento constituye en Roma la forma más normal de las tres posibles de entrar a formar parte de la familia, pero no siempre, la vinculación por la sangre era la base de la paternidad jurídica. Así, se hace miembro familiar el procreado en *iustae nuptiae* por el varón de la familia sea *pater* o *filius*, pero también podían formar parte de la misma los adoptados, o por *conventio in manu* (por la que entra la mujer en la familia del marido), distinguiéndose así tres tipos de parentesco: agnación, que es el vínculo jurídico que une a los parientes por línea masculina que se encuentren bajo la potestad del mismo *pater familia* con independencia de sus vínculos sanguíneos⁷; cognación, es el vínculo de sangre que une a las personas descendientes de un tronco común en línea masculina y femenina. Se distingue en naturales o civiles si se fundamenta en vínculos de sangre o en la adopción⁸ y afinidad.

Con esto, se demuestra que ni siempre ha existido un mismo tipo de familia, ni tampoco se han entendido de la misma forma paternidad y maternidad en todos los tiempos.

Así pues, aunque a partir del Derecho Romano, tanto los países de influencia latina como los anglosajones, fueron definiendo el vínculo parental que se configuró por

⁵ La aplicación de este criterio, podría evitar además una injusta disparidad de trato entre el varón y la mujer, en el sentido de que si el marido o compañero se convierte en padre porque dio su consentimiento a una fecundación heteróloga, la misma regla deberá aplicarse en la determinación de la maternidad.

⁶ Según el Derecho Canónico, sería el efecto directo del matrimonio mismo, establecida en interés de los hijos, F. Rivero Hernández: *La presunción de paternidad legítima*, Madrid, Tecnos, 1971 pp 164 y ss.

⁷ Gayo, 1, 156, “*agnati sunt per viriles sexos personas cognatione iuncti quasi a patri cognate*”.

⁸ Gayo, 3. 10 llama “*cognatio legitima*” al parentesco establecido en línea de varón, es decir la “*agnatio*”.

las circunstancias sociales y por las exigencias y las reglas morales que se implantaban en cada etnia, los lazos de sangre fueron instaurándose como criterio prioritario y la adopción sólo era una solución subsidiaria y ficticia jurídicamente para los matrimonios sin hijos, con un contenido más social o interesado según los diferentes momentos y sus correspondientes legislaciones.

El hijo deja de significar una propiedad del *pater* y se le considera una persona con derechos propios, vinculado al padre biológica y jurídicamente, como regla general. De esa relación el Derecho deduce una serie de consecuencias, derechos y deberes, que han configurado las relaciones paterno-filiales.

Se puede decir, pues, que ni en la antigüedad, ni en tiempos más cercanos, la biología lo fue todo en la relación paterno-filial. La prueba están las distintas codificaciones realizadas a partir de la promulgación del Código Napoleón e incluso en normas anteriores donde se establecía la paternidad jurídica en base a presunciones legales o actos de voluntad, o favoreciendo, y a veces prohibiendo, la investigación de la paternidad. Pensar que la paternidad legal debe ser a todo caso biológica, o todo lo contrario, es olvidar multitud de factores que en forma compleja se entrelazan en el mundo de las relaciones humanas, por lo que pensar que lo legal debe tratar de coincidir con lo real siempre que sea posible es una idea muy acertada que se ha defendido hasta hoy con frecuencia. Y esto sucede cuando el punto de mira se centra en las relaciones de paternidad concebidas con ayuda de la ciencia, donde esa teoría que no tiene en cuenta todos los factores existentes en las relaciones humanas, no sólo se derrumba sino que se niega apostando por la importancia de la autonomía de la voluntad, del deseo, de la responsabilización, tomados como elementos irrefutables del concepto de paternidad, prevaleciendo a cualquier vínculo de sangre. En realidad, la voluntad había tenido ya un importante papel creador durante años. Poco después en nuestro Código Civil, desde 1981, se pretendía que el nacimiento fuera el título de atribución de la filiación, dejando la voluntad el papel acreditador del vínculo jurídico.⁹

2. *Evolución de la familia*

La familia, dentro del entorno social, político y jurídico de un país determinado, se encuentra inmersa en el ordenamiento jurídico del mismo, y notará su influencia,

⁹ Vid. A. Arámbula Reyes *op. cit* pp 19-25

aunque no se le aplique directamente.¹⁰ Pero, ¿cuándo se ha planteado el hombre el problema de la paternidad? o ¿cuándo ha comenzado a pensarse en la madre como cierta en todo caso? ¿No han existido otras concepciones de maternidad?

El hombre en los primeros estadios de su historia no relacionó el acto sexual con el nacimiento, principalmente por motivos religiosos e ignoró el papel del padre en la fecundación, algo que se ensalzaría después. Sin embargo, la maternidad ha estado siempre más definida, aunque su contenido se ha ido enriqueciendo o empobreciendo dependiendo del país, incluso en aquellos momentos históricos en los que la madre no sólo lo era de sus hijos biológicos, sino de los de sus hermanas que convivían en la colectividad familiar. Y en este contexto, el hecho del parto era una prueba física y comprobable a la par que irrefutable y sencilla.

El siglo XXI acusa el notable cambio de la concepción de “familia”, que imperó hasta aproximadamente mediados del siglo pasado, incidiendo el conjunto de transformaciones que se dan en los campos social, político, económico y cultural en el contexto jurídico, por lo que ya sea desde el punto de vista como institución jurídica, o como institución natural o cultural, es indiscutible que, históricamente, la familia no se ha configurado de la misma manera. Por este motivo, pese a constituir una situación sociológica vinculada a la historia de la persona, la familia ha reflejado siempre cambios.¹¹

El término familia se ha aplicado indistintamente a dos unidades sociales básicamente diferentes en su composición y en sus posibilidades funcionales. Esto es, el grupo compuesto por los cónyuges y los descendientes, o bien un grupo difuso y poco organizado de parientes consanguíneos. Por ello, la alteración que las técnicas de fecundación asistida causan a la familia debemos entenderla como un tipo concreto de ésta, que se ha consolidado en los últimos tiempos.

Esta evolución de modelos familiares que podemos encontrar en la actualidad en nuestra sociedad se concreta principalmente en el paso de familias nucleares tradicionales constituidas por una pareja conyugal y sus hijos e hijas, a las que se conocen como familias “posnucleares”, siendo cada vez menos excepcionales las uniones no matrimoniales, las parejas sin descendencia, las familias “reconstituidas”

¹⁰ L. Díez Picazo, *Familia y Derecho*, Madrid, Cívitas, 1985, pág 27

¹¹P. Monroy Alzate, “¿Nuevo sistema de parentesco y de familia para el siglo XXI?” www.formatolegal.com

precedentes de uniones anteriores, las familias monoparentales y las familias *homoparentales*, donde niños y niñas viven con progenitores gays o lesbianas.

Las parejas homosexuales pasan por un proceso muy complejo de toma de decisión al momento de ser padres/madres. El sistema social en el que están inmersos hace que su decisión sea tomada con mucha cautela. Se da un rechazo generalizado a este tipo de familias, sin embargo, es necesario tener en cuenta que la Convención Europea de Derechos Humanos informa de el derecho de las mujeres solas o las parejas de lesbianas a la maternidad, así como el de la pareja homosexual a la paternidad.¹²

Con todo, la paternidad y la maternidad tienen tanta fuerza en la sociedad que quien se ve imposibilitado a tener hijos, encuentran en las técnicas de reproducción asistida una respuesta.

Sin embargo, se dice que estas técnicas deshumanizan, que pervierten la concepción de la paternidad y maternidad como símbolos de relaciones humanas de amor. A pesar de ello, quienes llevan a cabo estas prácticas explican que aquellos que se someten a las muchas veces “torturas” de estos tratamientos ponen mucho amor en la búsqueda del hijo, aliviando así cualquier sensación de mecanización que pueda tenerse.

El panorama así presentado, pone de manifiesto la necesidad jurídica, en su vertiente de fenómeno social, de protección a fin de asegurar su estabilidad frente a la cantidad y variedad de ordenamientos existentes. Sobre todo, porque son muchas las hipótesis en que las regulaciones se muestran insuficientes o incompletas para atender las nuevas figuras.

3. Caracterización de la gestación por sustitución

A) Concepto y modalidades

La terminología utilizada para referirse a este tipo de técnica reproductiva presenta numerosas variantes, siendo las más usuales: “maternidad subrogada”, “gestación por sustitución” o, comúnmente, “alquiler de vientre”. Aunque mayoritariamente se ha optado por el término “maternidad subrogada”, éste no está exento de críticas, aparte de ser considerado como una denominación poco precisa, para muchos autores está lleno de connotaciones periodísticas. Además este término, resulta

¹² P. Monroy Alzate, *loc.cit*

inadecuado para incluir los supuestos en los que hay aportación genética de la madre portadora. El vocablo “maternidad” engloba una realidad mucho más extensa que la referida a la gestación.¹³

Así, la denominación más correcta según muchos autores, es la de “gestación por sustitución”, la utilizada por la Comisión especial de estudio de la Fecundación in vitro y la Inseminación Artificial Humanas (denominada “Comisión Palacios”)¹⁴. Sin embargo, podrían plantearse también algunas críticas en el caso de que la mujer que va a llevar a cabo la gestación aporte su material genético, ya que en este caso la mujer gestante asume también la maternidad biológica.

Por otra parte, también se plantean también dudas acerca la propia noción de “gestación de sustitución”. Se ha definido la gestación de sustitución como *la práctica mediante la cual una mujer gesta a un niño a través un pacto o compromiso por el cual debe ceder todos los derechos sobre el recién nacido a favor de otra persona o personas que asumirán la paternidad o maternidad del mismo.*¹⁵

Aunque el caso más frecuente de gestación de sustitución es aquel en el que el embrión de una pareja es implantado en el útero de una mujer que llevará a cabo la gestación, es posible encontrar otras variantes, como por ejemplo que la madre portadora aporte también su óvulo que será fecundado con el semen del varón de la pareja, que tiene la intención de asumir la patria potestad, o que la pareja que tiene intención de asumir la patria potestad del hijo gestado por sustitución no aporte su material genético, o que al tratarse de una pareja homosexual sólo uno lo aporte, o que no se trate de una pareja sino de un hombre o una mujer que quieren asumir la paternidad o maternidad en solitario.¹⁶

Así, dada la diversidad de modalidades que podemos encontrar en la práctica, una de las definiciones más acertadas me parece la propuesta por Pérez Monge: *“podría definirse el contrato de maternidad subrogada, en sentido amplio, como aquel contrato*

¹³ B. Souto Galván, “Dilemas Éticos sobre la reproducción humana La gestación de sustitución.” *Feminismo/s*, 8 diciembre 2006, pp. 181-195

¹⁴ Esta noción es la utilizada también por Y. Gómez Sánchez, aunque la autora reduce el sujeto receptor de los derechos sobre el recién nacido a la madre que asumirá la maternidad legal del mismo “*El Derecho a la Reproducción Humana*”, Madrid, Marcial Pons, 1994, pág. 136, *vid.* la referencia en B. Souto Galván *loc. cit.* pág. 182

¹⁵ B. Souto Galván, *loc.cit.* pág. 182

¹⁶ Otros autores, no obstante, reducen el concepto de gestación por sustitución al supuesto de la mujer que *“acuerda ser inseminada artificialmente con el semen de un hombre casado, que no es su esposo, y procrear un hijo. Una vez que el hijo ha nacido, la madre cede la custodia a favor del padre y, además, renuncia a sus derechos materno filiales sobre el hijo, de manera tal que la esposa del padre pueda adoptarlo”* J. Vidal Martínez, *Las nuevas formas de reproducción humana*, 1ª ed., Madrid, Civitas, 1988, p. 180 *vid.* referencia en B. Souto Galván, *loc. cit.* pág 183.

oneroso o gratuito, por el cual una mujer aporta únicamente la gestación, o también su óvulo, comprometiéndose a entregar el nacido a los comitentes –una persona o pareja, casada o no –, que podrán aportar o no sus gametos”¹⁷

Por tanto, tradicionalmente, desde el punto de vista de la mujer que gesta se distingue entre¹⁸:

- La subrogación tradicional o también denominada parcial, donde la madre portadora es inseminada artificialmente para gestar un bebé con su propio óvulo.
- La subrogación gestacional, o plena, donde la madre portadora se limita a gestar el embarazo al ser inseminada artificialmente en un óvulo que no es suyo (ya sea de la madre comitente o que provenga de una donación anónima)

B) Origen y causas

Desde los tiempos más remotos, el hombre siempre ha querido tener hijos y, pese a la infertilidad incurable en aquellos tiempos, ha procurado por todos los medios conseguir un heredero.

Si bien el precedente de estas técnicas le atribuyen un origen nada menos que bíblico¹⁹, el comienzo de este debate se puede encontrar con el nacimiento de la primera niña probeta, venida al mundo a través de técnicas de fecundación in vitro, Louise Joy Brown en 1978, planteándose desde entonces dilemas no sólo jurídicos, sino médicos, éticos y religiosos en torno a la reproducción asistida.

En lo que se refiere a la maternidad subrogada, este término fue acuñado por Noel Keane, un abogado de Michigan, que en 1976 abrió la primera agencia de alquiler de vientres, donde el antecedente desde el punto de vista jurídico tiene lugar en 1986 con el nacimiento de Melissa Stern.²⁰

¹⁷ M. Pérez Mongue, *La filiación derivada de técnicas de reproducción asistida*, Madrid, Centro de Estudios Registrales, 2002 *vid.* referencia en B. Souto Galván *loc. cit.* pág. 183.

¹⁸ J. M. Martínez-Pereda y J. M. Massigoge, “*La maternidad portadora, subrogada o de encargo en el Derecho Español*”, Dykinson 1994 pp 166 y ss.

¹⁹ Capítulo 16 libro de Génesis

²⁰ Los señores Stern contrataron a Mary Beth Whitehead para que engendrara un hijo con el espermatozoide de él, pero cuando nació la pequeña, su madre biológica se negó a entregarles la niña, y el asunto acabó en los tribunales de Nueva Jersey (EEUU). Aunque el órgano judicial declaró que aquel contrato de maternidad subrogada era nulo, valoró cuál era la mejor opción para los intereses de la niña basándose en

En cuanto a las causas que conllevan a la realización de estas prácticas se pueden citar:

Problemas de esterilidad e infertilidad:

- Cuando una mujer es estéril, pero su óvulo es apto para realizar la fecundación;
- Cuando una mujer es infértil, por lo que no puede gestar, pero su óvulo sirve para la fecundación;
- Cuando el óvulo de la mujer no es apto para la fecundación y por medio de una donadora de óvulo, solicita a otra mujer, o a la donadora, que gaste para que de a luz un bebé;

Parejas homosexuales, o solteras:

- Cuando una pareja de homosexuales, o un solo hombre, hace que se insemine artificialmente a una mujer con espermatozoides de uno de los hombres de la pareja o del hombre solo.

Otros motivos:

- Cuando una mujer simplemente no quiere quedarse embarazada, pero sí tener un hijo propio
- Cuando la mujer ha muerto y, antes de morir deja un embrión congelado, producto de unir su óvulo y el espermatozoides de su marido mediante una fecundación in Vitro.

De las causas que se dan con mayor frecuencia son las relacionadas a la esterilidad y la infertilidad. En todo caso, se ven involucradas la vida y bienestar de un menor, por lo que se deben tener bien definidas las causas en que se puede permitir que surja la maternidad subrogada.

la teoría del interés superior del menor y otorgó su custodia a los Stern por razones económicas, pero reconociendo a Mary Beth el derecho a fijar un régimen de visitas.

II. Contexto normativo

1. Principios y derechos en presencia

A) Perspectiva general

Para estudiar cuales serían los principios generales afectados en la materia que nos ocupa debemos qué valor, principio o derecho se intenta hacer valer con el reconocimiento, o en este caso, prohibición de la gestación por sustitución, como puede ser el determinar si existe un derecho subjetivo al hijo, o qué papel juega el interés superior del menor en estos casos.

En estos casos, desempeñan un papel importante los derechos humanos que permiten establecer y ampliar una barrera que actúe como límite a los regímenes nacionales.

Los textos internacionales de derechos humanos en especial la Declaración Universal de los DDHH de 1948, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de la ONU de 1966 y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales consideran que: *“La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado”*.²¹

Así, los fundamentos principales para la defensa del perfil de la familia postmoderna se encuentran en el Derecho internacional de los DDHH, al establecer la protección que la sociedad y el estado ofrecen a la familia como su núcleo natural. Además estos instrumentos reconocen el derecho a la intimidad o privacidad, a la igualdad ante las leyes y el principio de no discriminación, consagrándose así una suerte de principio de alcance general que se concreta en el respeto a la dignidad de la persona y al libre desarrollo de la personalidad como base de la organización social.²²

En lo que respecta a la gestación por sustitución, las Declaraciones internacionales sobre derechos humanos no se pronuncian generalmente sobre el tema. Sin embargo, es importante destacar, en el ámbito de la Unión Europea, la Resolución

²¹ En tanto que se contempla el *jus connubii* al expresar: *“1. Los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia, y disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio”* Declaración de Derechos Humanos de 1948 (art. 16); Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 (art. 23)

²² A. Dreyzin de Klor, “El Derecho Internacional de Familia en la postmodernidad” *EJC*, Costa Rica, 2012 pp. 11-19

que el Parlamento Europeo aprobó el 16 de marzo de 1989, donde mantuvo que toda forma de maternidad bajo comisión fuese prohibida y se declarase punible la mediación comercial, además de la prohibición de los impresos anunciadores de tal actividad y el comercio de embriones o gametos. Por otra parte, la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea aunque no la rechaza expresamente, prohíbe que el cuerpo humano o partes del mismo en cuanto tales se conviertan en objeto de lucro en su artículo 3. También es interesante destacar la solución adoptada en torno a esta materia en la Declaración de la Asociación Médica Mundial sobre la Fecundación In Vitro y el Trasplante de Embriones *“En el caso de una mujer adulta que no tiene útero, el recurso al método de maternidad substituta es posible mientras este método no esté prohibido por las leyes vigentes o las normas éticas de la asociación médica nacional, o de otros organismos médicos apropiados. Se debe obtener el consentimiento libre y claro de las partes que participan de cualquier forma en este método de maternidad substituta. El uso de este método presenta repercusiones legales, éticas y morales, y el médico debe conocerlas y tenerlas en cuenta en toda decisión de recurrir a dicho método. El párrafo anterior no pretende apoyar el llamado acuerdo de los padres substitutos, mediante el cual una mujer acepta, por una determinada cantidad de dinero, ser inseminada artificialmente con el semen de un hombre con el fin de concebir una criatura que será adoptada por tal hombre y su esposa”*

B) “El derecho al hijo”

La procreación entendida como hecho natural y humano no sólo permite la perpetuación de la especie. Esta inclinación natural puede frustrarse cuando uno o ambos miembros de la pareja carecen de la capacidad natural de procrear.²³

Para la antigua cultura latina y el Derecho Romano, la función materna en la concepción se limitaba a la aportación del útero para llevar a cabo la gestación, y el semen era el único principio portador del "sanguis", es por ello que la madre “porta, pero no aporta”. En la actualidad, por el contrario, esta situación ha cambiado y se reconoce la aportación genética de las mujeres. De ello deriva el hecho de no considerar como función primordial femenina la gestación y, por lo tanto, se admite en algunos países el derecho de poder gestar hijos fuera de su vientre.

²³ M.E. Cano, “Breve aproximación en torno a la problemática de la maternidad subrogada”, Madrid, pp. 14 y ss. www.revistapersona.com.ar/cano.htm

En este sentido, respecto al denominado "derecho al hijo" invocado como justificación para acceder a las técnicas de procreación asistida, Rabinovich-Berkman afirma que: *"... el argumento principal que sostiene "el derecho de los padres a la fecundación" es fundamentalmente genético: no se trata del derecho "a tener un hijo" en sentido amplio, jurídico y/o psicológico (que podría satisfacerse mediante la adopción), sino de un hijo "propio", entendiéndose por tal al que posea los cromosomas de sus padres, o al menos de uno de ellos".*²⁴

Con el desarrollo de las técnicas de procreación artificial ha permitido que estas personas puedan llegar a convertirse en progenitores o padres sociales mediante el empleo de su propio material genético o el de terceras personas.

La aspiración de todo ser humano a la paternidad y las posibilidades ofrecidas por las técnicas de fecundación artificial han llevado a defender la existencia del "derecho a procrear" o "derecho a la procreación humana" y, como una de sus manifestaciones la facultad de la persona para elegir el medio a través del cual desea procrear: la unión sexual o la utilización de la fecundación artificial. Quienes afirman la existencia de un derecho a procrear le asignan una connotación negativa, como un límite a la injerencia de los terceros y del Estado en la capacidad de procrear. A su vez, los que defienden la existencia del derecho al hijo o del derecho a ser padres²⁵ resaltan su aspecto positivo, como un derecho a la paternidad o maternidad por medio de la fecundación natural o mediante técnicas artificiales.

Este nuevo planteamiento ha ampliado el debate en torno a las cuestiones jurídicas relacionadas con el recurso a medios de fecundación artificial, pues la discusión ya no se centra únicamente en el problema de la licitud o ilicitud de la utilización de las técnicas, sino que también se extiende a la cuestión relacionada con el de los sujetos legitimados para recurrir a esta clase de tratamiento.

Así, se plantea si existe o no un derecho a procrear, y si de ser así quienes son sus titulares.

²⁴ Vid. referencia en M. L Cano *op. cit.* pág 7

²⁵ Y. Gómez Sánchez, "El derecho a la reproducción humana" Madrid, Universidad Complutense de Madrid, 1994, pág. 37, habla de la existencia de un paralelismo entre reproducción humana y reproducción artificial.

a) Contenido del derecho a procrear

La doctrina encuentra numerosas discrepancias a la hora de determinar las facultades que conforman el derecho a la reproducción. Y, concretamente, si éste comprende el derecho a exigir que se proporcionen los medios necesarios para procrear, entre ellos, el recurso a las técnicas de fecundación artificial.

Una primera posición afirma que la libertad personal, la autonomía y la intimidad en las decisiones familiares, consideradas como valores de rango superior, permiten afirmar la existencia del derecho a procrear, sea naturalmente o por reproducción artificial. Desde esta perspectiva, la libertad del sujeto es la regla, mientras que cualquier limitación de la misma debe ser considerada como una excepción. Por este motivo, el ejercicio de la libertad personal no sólo permite elegir cuándo y con quién sino también cómo hacerla.

Los defensores de esta posición sostienen que reconocer el derecho a procrear supone proteger la fecundación natural, pero también la reproducción artificial ya que no existen diferencias sustanciales entre una y otra forma de procreación que justifiquen una diferenciación legal. Ambos modos de procrear suponen la generación de los hijos, la constitución y el mantenimiento de una familia, por lo que, negar el acceso a las técnicas de reproducción asistida sería establecer una forma de discriminación no amparada por los textos internacionales y constitucionales.

Sin embargo, existen posturas en contra, como es el caso de Moran de Vicenci²⁶, quien considera que estos no son argumentos suficientes para afirmar un supuesto derecho al recurso a las técnicas artificiales. En su opinión, sí existen diferencias sustanciales entre ambos modos de procreación, ya que la procreación asistida supone la manipulación del proceso de fecundación.

La misma Moran opina que el derecho a procrear, como expresión de la libertad personal, no se puede equiparar con el derecho a tener relaciones sexuales o el derecho a recurrir a las técnicas de reproducción asistida. Es simplemente el ejercicio de la libertad personal en relación con la función procreativa y, en este sentido, se puede afirmar que este hecho tutela la capacidad natural de procrear y no los actos tendentes a la procreación. Esta postura concuerda con la que afirma que la tutela del derecho a la reproducción se restringe a la capacidad natural del sujeto, puesto que ya el mismo

²⁶ Vid. referencia en A. Arámbula Reyes *op. cit.* pág 89

término procrear hace referencia al hecho que una persona conciba un hijo con sus propios gametos, por medio de la realización del acto sexual, el niño será hijo de este hombre o esta mujer y no de quien simplemente lo deseó.

b) Fundamentos del derecho a procrear

En nuestro sistema jurídico, a diferencia de lo que sucede en los Estados Unidos, la doctrina no reconoce la existencia de un derecho a procrear y, en el caso de llegar a una respuesta afirmativa, las opiniones sobre cuál es el fundamento de este derecho suelen ser divergentes.

Algunos autores como Vidal García²⁷ niega la existencia de un derecho humano a la reproducción o de un derecho a procrear en sentido estricto. Esta afirmación, corroborada por la ausencia de una norma que reconozca de manera expresa un verdadero y propio derecho a procrear, se fundamenta en la propia naturaleza de la procreación y en la función filosófico-ética-jurídica del concepto de derecho humano. Es por ello que se suele fundamentar la existencia de este derecho en otro u otros derechos ya reconocidos en textos internacionales o constitucionales.

Sin embargo, esta manera indirecta de fundamentar la existencia del derecho a procrear no está exenta de críticas por la poca objetividad que se puede existir tras cada una de las opciones elegidas. Así, en función del contenido que se pretenda reconocer al derecho a procrear, se elegirá el derecho que le sirve como fundamento y, por lo tanto, ello determinará las consecuencias que se derivan de este derecho sobre a su contenido y límites, así como en orden a la solución de los posibles conflictos con otros derechos. A continuación expondremos algunos derechos en lo que se suele fundamentar la existencia del “derecho al hijo”.

1º Como derecho a la salud. En opinión de quienes fundamentan el derecho a la reproducción en el derecho a la salud, como es el caso de Roca Trías²⁸, la esterilidad y la ausencia de hijos, y la posibilidad de transmitir enfermedades genéticas constituyen patologías de tipo físico y psicológico que pueden ser tratadas mediante las técnicas de fecundación artificial. Esto, posibilita el reclamo al Estado de los recursos sanitarios

²⁷Vid. en A. Arámbula Reyes *op. cit.* pág. 92

²⁸*Ibidem.* pág. 92

públicos necesarios para llevar a cabo estas técnicas, además, de solucionar los eventuales problemas relacionados con la responsabilidad de los terceros intervinientes en la procreación.

Sin embargo, este encuadramiento puede resultar cuestionable, ya que ni la esterilidad ni la falta de hijos afectan la integridad psicosomática o la salud de la persona, ni la fecundación artificial constituye una terapia en sentido estricto.

2º *Como derecho a la libertad o autodeterminación personal.* El derecho a la procreación también es considerado como una manifestación del derecho a la libertad o a la autodeterminación personal. Para sus defensores, el derecho a procrear se traduce en un derecho a la elección reproductiva, que garantiza la libre decisión del sujeto de procrear o no, en la que se incluyen otros aspectos relacionados con la procreación, como el acceso a tratamientos contra la infertilidad, el control de la calidad de la descendencia, la planificación familiar, etc.

3º *Como derecho de fundar una familia.* El derecho a procrear también ha sido encuadrado dentro del derecho a fundar una familia, que aunque no está expresamente reconocido en la Constitución Española sí aparece como tal en el artículo 12 de la Convención Europea de Derechos Humanos e 1948. No obstante, la doctrina siguen teorías dispares en determinar a qué modelo de familia alcanza la protección de este derecho.

Siguiendo una interpretación amplia, este derecho a fundar una familia permite proteger los intereses que tienen todas las personas en la vida familiar, incluyendo su derecho a tener y educar hijos. Si uno de los miembros de la pareja es infértil o no puede procrear, puede invocar su derecho a la reproducción cuando carece de tal capacidad natural, pero sí alegar su derecho e interés en constituir una familia. De igual manera, si ambos miembros de la pareja son estériles y recurren a gametos o a un embrión donado o a la gestación por sustitución, no están ejerciendo su derecho a la reproducción pero sí demuestran su interés en mantener una vida de familia.

En cambio, otro sector²⁹ afirma que el derecho a fundar una familia incluye implícitamente, aunque no de manera imprescindible, la función procreativa. Éste es

²⁹ Es el caso de Mantovani que opina que el fundamento constitucional del derecho a la procreación se encuentra comprendido en los artículos de la constitución italiana que reconocen los derechos de la familia, los derechos de los padres respecto a los hijos, la maternidad y la salud. *Vid* en A. Arámbula Reyes, *op.cit.* pág 94

uno de los derechos inherentes de la personalidad que, como tal, participa de la dignidad.

c) Límites a la libertad de procrear

Todos los derechos están sujetos a ciertos límites, así el Tribunal Constitucional ha establecido de manera expresa que los derechos fundamentales no pueden ser ejercidos de manera ilimitada, como se puede ver en la STC 22/1984 de 17 de febrero, donde se estableció que existen fines sociales que deben considerarse de rango superior a algunos derechos individuales, pero ha de tratarse de fines sociales que constituyan en sí mismos valores constitucionalmente reconocidos y la prioridad ha de resultar de la propia Constitución. Asimismo, en la STC 91/1983 del 7 de noviembre, señaló que un derecho sólo puede limitarse, sin perjuicio de otras precisiones, en aras de otro derecho o libertad constitucionalmente protegido, y, aún existiendo el derecho a la reproducción humana no constituye una excepción. Así, los límites de los derechos fundamentales están determinados por su propio contenido esencial y, en consecuencia, a éste habrá que remitirse tratándose del derecho a procrear.

Para algunos autores³⁰, los límites del derecho a la reproducción se encuentran en el propio texto constitucional y se derivan del ejercicio de la propia libertad de los demás, del ejercicio de los propios derechos y del respeto de los derechos de los otros. La autora recalca que, en todo caso, ha de tenerse en cuenta que en un Estado democrático la libertad es la regla y sus restricciones la excepción. Se considera, por tanto, que el derecho a la procreación no tiene carácter absoluto e ilimitado, sino que, como a todo derecho, le es correlativo un deber.

Otros consideran que los límites de la libertad de procrear tienen su origen en la propia naturaleza humana, la dignidad y los derechos fundamentales de la persona, con especial consideración a los derechos del hijo. En este sentido, como en el acto de procrear están implicadas varias personas, el legislador debe tutelar la dignidad y los derechos de cada una de ellas, lo que significa que ninguna persona puede quedar sometida a otra para hacer efectivo su derecho a procrear.

³⁰ Y. Gómez Sánchez, “Algunas reflexiones jurídico-constitucionales sobre el derecho a la reproducción humana y las nuevas técnicas de reproducción asistida”, *Revista de Derecho Político*, núm. 26, 1988, págs. 85-113.

Así, se puede afirmar la existencia del derecho a procrear entendido como la libertad de la persona de decidir y llevar a cabo la procreación con su participación biológica y/o genética. Desde esta perspectiva, quedan excluidas del ámbito de este derecho el recurso a procedimientos que puedan implicar la instrumentalización de las demás personas o que puedan vulnerar la dignidad o los derechos del hijo.

C) El interés superior del menor

Es difícil definir el papel que juega el niño en las técnicas de reproducción asistida y, concretamente, en la gestación por sustitución, puesto que, por una parte, constituyen el objetivo perseguido en dichas técnicas, pero, por otra, se piensa que el niño puede ser considerado como un “producto”.

En la aplicación de las técnicas de reproducción asistida, podemos distinguir claramente los intereses fundamentales de las personas que participan: el interés de la mujer de ser madre y el del hombre de ser padre; si interviene un tercero ajeno a la pareja, como es el caso de la gestación por sustitución, existirá un nuevo interés en juego, postergándose muchas veces la protección del menor, privilegiando los intereses de los padres y de los terceros, olvidándose de que es justamente el niño el que mayor protección requiere por su incapacidad de defender sus derechos por sí mismo.

El concepto de “interés superior del menor” es uno de los más problemáticos dentro del Derecho, en el sentido de que genera la duda acerca de si es posible encontrar algún núcleo compartido entre todos los estudiosos, para que pueda ser un realmente un concepto operativo en el campo del Derecho. La doctrina coincide que estamos ante un concepto jurídico indeterminado, que han de ser perfilados en el momento de su aplicación. Es decir, son empleados para hacer referencia a una multitud de situaciones, de tal modo que a priori no se puede precisar el modo de operar en cada una de ellas, sino que ofrece un criterio para valorar y tomar decisiones conforme al mismo, de tal manera que aplicado a una situación concreta, se llegue a una solución que excluya las demás posibles.

Si este análisis resulta complejo en el Derecho interno, lo es más aún en el ámbito del Derecho internacional privado como ocurre con la gestación por sustitución, donde todos los problemas tienen el coste añadido de su internacionalidad. De todas

maneras el concepto se encuentra muy asentado en los Derechos internos de la mayoría de los países del mundo y en los textos internacionales.³¹

Su formulación y significado actual parte de un texto fundamental, la Convención Internacional de los Derecho del Niño de 1989 (CDN) que establece el principio de interés superior del niño en su artículo 3, como principio rector de todas las medidas tomadas por parte de las instituciones públicas y privadas.

Por su parte, el Derecho español el artículo 39.4 de la Constitución Española consagra que los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos, desarrollado, posteriormente, en la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor, cuyo artículo 2 dice expresamente que *“en la aplicación de la presente ley primará en el interés superior de los menores sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir”* y su artículo 3 dispone que *“los menores gozaran de los derechos que les reconoce la Constitución y los Tratados Internacionales de los que España sea parte, especialmente la mencionada Convención de los Derechos del Niño de Naciones Unidas y los demás derechos garantizados en el ordenamiento jurídico”*.

Además, el Código Civil recoge en varios artículos la expresión, “interés del menor”, para darle relevancia y preferencia en cualquier ocasión en que viene a regular derechos de los menores³².

El cometido principal de este principio consiste en orientar y limitar todas las decisiones según los derechos de los niños. Además como señala la Convención, el interés superior del niño será una consideración primordial para la toma de decisiones que le afecten; sin embargo, cuando los derechos de los niños puedan entrar en conflicto con el interés social, aquéllos deben ponderarse de manera prioritaria. Es decir, todas decisiones acerca de los derechos de los niños deben primar sobre otros intereses de terceros, y en caso de conflicto entre los derechos del niño y los derechos de otras personas, los derechos del niño deberán tener una primacía aunque no excluyente de los derechos de los terceros.

³¹ F. Rivero Hernández, *El interés del menor*, Madrid, Dykinson, 2000, pág. 23.

³² En este sentido, en el artículo 103.1 establece las medidas provisionales a adoptar, en caso de falta de acuerdo, por demanda de nulidad, separación o divorcio, primando el interés de los hijos para acordar lo necesario en cuanto a la guarda y custodia; artículo 137 para permitir a la madre, en interés del hijo menor o incapacitado, el ejercicio de la acción de filiación; el artículo 149 para limitar la elección del que tiene obligación de prestar alimentos, cuando se perjudique el interés del alimentista menor de edad.

En la gestación por sustitución se ven involucrados una serie de derechos que afectan al menor, y principalmente son los siguientes:

a) Derecho a una identidad única y a la continuidad de la filiación

La identidad desde una perspectiva psicológica es una cuestión difícil de definir con numerosas dimensiones, significados y funciones.

Erik Erikson, psicólogo psicoanalista, propuso en los años sesenta una teoría sobre el desarrollo evolutivo de la identidad, desarrollando un papel un importante en el estudio y la popularización de este concepto. Este autor lo define como “*la habilidad para experimentarse a uno mismo como algo que tiene continuidad y consonancia y de actuar en consecuencia*”³³. Según esta teoría, desarrollar una identidad personal implica ser consciente de uno mismo como alguien separado y distinto de los demás desde una perspectiva de continuidad con el pasado, un presente con sentido y con perspectivas de futuro a pesar de los cambios físicos, psíquicos y contextuales que se puedan dar con el paso del tiempo.

Una de las cuestiones que caracteriza el derecho a la identidad es su falta de positivación como un derecho autónomo con sustantividad propia, tanto en el plano internacional como en el interno. Su protección autónoma es relativamente reciente, dado que tradicionalmente se regulaban aspectos que formaban parte de lo que denominamos “identidad personal”, como son el nombre, apellidos, y especialmente la filiación.³⁴

A continuación analizaré el reconocimiento del derecho a la identidad que se realiza en convenios y normas internacionales.³⁵

El texto que contiene el primer reconocimiento expreso del derecho a la identidad personal es la Convención de las Naciones Unidas sobre Derechos del Niño.³⁶

³³ Vid. referencia en B. Gómez Bengoechea *Derecho a la identidad y filiación. Búsqueda de orígenes en adopción internacional y en otros supuestos de filiación transfronteriza*, Madrid, Colección Monografías de Derecho Civil, Dykinson, 2007, pág.29

³⁴ B. Gómez Bengoechea *op. cit.* pág 49

³⁵ El análisis de este derecho en el marco de la Constitución española, lo dedicaré al apartado de este Capítulo denominado “Marco Constitucional de la Gestación por Sustitución”.

³⁶ En su artículo 8 se pronuncia en los siguientes términos: “1. *Los Estados Partes se comprometen a respetar 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. 2. Cuando un niño sea privado ilegalmente de algunos de los elementos de su identidad o de todos ellos, los Estados Partes deberán prestar la asistencia y protección apropiadas con miras a restablecer rápidamente su identidad.*”

Por otra parte, el artículo 7 de la CDN reconoce a todo niño el derecho a ser inscrito inmediatamente después de su nacimiento por el Estado bajo cuya jurisdicción el niño ha nacido³⁷.

Sin embargo, con frecuencia, y a pesar de la existencia de un acta registral extranjera en la que consta la filiación de los nacidos en el extranjero a través de estas técnicas, las autoridades españolas aplican directamente la Ley material española a la determinación de la filiación de tales sujetos. Este acto de ignorar la presencia de elementos internacionales en el caso, resulta especialmente grave en los casos en los que se dispone de un documento expedido por el Registro Civil extranjero y también en los casos en los que el nacido pudiera no ser español, pues esta situación, da lugar a problemas para documentar al nacido como sujeto de “nacionalidad española”.

Así, la práctica seguida por numerosas autoridades registrales españolas, que rechazan que los nacidos en el extranjero mediante gestación por sustitución sean españoles, comporta para tales menores la imposibilidad de obtener la documentación oficial que le acredita como nacional español. Ello complicará su salida del país extranjero con destino a España, en particular, si las autoridades del país de su nacimiento consideran que tal sujeto es nacido de español y no le otorgan su nacionalidad por el hecho de haber nacido en tal país, lo que conllevaría la apatridia del menor.

Esta es la postura que adopta la DGRN en la Instrucción de 5 octubre 2010 sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución, que más adelante analizaremos, al establecer que con ellos se persigue “*dotar de plena protección jurídica el interés superior del menor*”.

En este aspecto, el interés superior del menor se traduce en el derecho a mantener la identidad y filiación establecida en un Estado fuera de las fronteras del mismo.

³⁷ Artículo 7: “1. El niño será inscripto inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos. 2. Los Estados Partes velarán por la aplicación de estos derechos de conformidad con su legislación nacional y las obligaciones que hayan contraído en virtud de los instrumentos internacionales pertinentes en esta esfera, sobre todo cuando el niño resultara de otro modo apátrida.”

b) Derecho a conocer el origen biológico

El problema de admitir o no la posibilidad de conocer el propio origen biológico cobra especial importancia en relación con la aplicación de las nuevas técnicas de reproducción asistida, y en concreto en las prácticas de gestación por sustitución, en las cuales pueden llegar a distinguirse una paternidad social y otra biológica.

El origen del derecho a conocer la propia identidad biológica está relacionado con el tratamiento jurídico de la filiación que se produjo en Alemania por el influjo de la ideología nacionalsocialista, que sentía como necesario el poder distinguir a los sujetos de raza aria de los que no lo eran. Por ello, la doctrina alemana fundamentó que el derecho a conocer la propia identidad es un derecho de la personalidad.

En España, encuentra al respecto un fundamento parecido, ya que encuadra este derecho dentro de los llamados “derechos de la personalidad”, considerados no como simples derechos subjetivos, sino como situaciones o posiciones jurídicas subjetivas que llevan consigo un poder o derecho subjetivo, con deberes y restricciones acerca de su ejercicio. Así, se considera que el derecho a conocer el propio origen biológico es encasillable dentro de la categoría de los derechos de la personalidad, debiendo incluso ocupar un lugar destacado entre ellos, regulado en el artículo 10.1 de nuestro texto constitucional Y en este sentido, Quesada González³⁸ considera que *“el derecho al conocimiento de la verdadera filiación entraña la realización de principios constitucionales fundamentales, puesto que dignifica a la persona y contribuye a lograr el libre desarrollo de la personalidad, normalmente desde una doble perspectiva: material y espiritual”*. Y en el mismo sentido Rivero³⁹ señala que *“esta es una cuestión que habría que llevar incluso al terreno de los derechos de la personalidad, y tener una protección y tratamiento a ese nivel”*. Agrega el citado autor que *“el conceder a todo nacido el buscar y poder encontrar jurídicamente a sus padres es un derecho que a nadie le puede ser negado, es o debe ser un auténtico derecho de la personalidad”*

Por otra parte, en España, en el ya derogado art. 47 párrafo 1º Ley Registro Civil regulaba lo que se denomina desconocimiento de la maternidad extramatrimonial. Con ello permitía que existiese un verdadero derecho u opción de la mujer no casada a desconocer su maternidad, dentro del plazo de 15 días siguientes a la notificación del

³⁸ M^a C. Quesada González, “El derecho (¿constitucional?) a conocer el propio origen biológico.” *Anuario de Derecho Civil*, 1994 Abril- Junio, pp. 246-248

³⁹ F. Rivero Hernández, “La filiación en Cataluña en el momento actual”, *Quaderns de ciencies socials*, núm. 6, 1984 pág. 143

asiento registral de inscripción de nacimiento. Así, el sistema español se configuraba como un sistema principalmente voluntarista que otorgaba a toda madre la posibilidad de que no conste su nombre en el parte médico, impidiendo con ello el acceso al Registro del nacimiento, lo que permitía a la mujer no casada desconocer a un hijo que ha sido previamente inscrito en el Registro.

Sin embargo, estas normas de la legislación registral fueron derogadas por inconstitucionalidad sobrevenida a través de la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de Septiembre de 1999.⁴⁰ En su fundamento jurídico quinto, establece claramente que el sistema diseñado en los artículos 167 y 182 y concordantes del RRC y el artículo 47 párrafo 1º Ley Registro Civil, que posibilitan la ocultación de la identidad de la madre biológica, por su propia decisión *“pugnan con el principio de libre investigación de la paternidad y con el de igualdad además de erosionar gravemente el artículo 10 al afectar a la dignidad de madre e hijo”* En esta Sentencia, se opta por la preferencia de la verdad material es decir la biológica, frente a la formal, anteponiendo por tanto el derecho de los hijos a conocer sus antecedentes biológicos frente al derecho de la madre a ocultar su maternidad e identidad.⁴¹

En lo que respecta a la gestación por sustitución, la Exposición de Motivos de la Instrucción de 5 de octubre de 2010, establece que el convenio de gestación por sustitución debe cumplir *“la exigencia de que no se haya vulnerado el derecho del menor a conocer su origen biológico, según se expresa en el art. 7, núm. 1, de la Convención sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989, art. 12 de la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción Internacional, así como en Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de septiembre de 1999”*.

⁴⁰ Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 21 de septiembre de 1999, RGD 1999, nº 663 pág. 14225

⁴¹ Es muy ilustrativa, en orden a lo expuesto, la Resolución de la Dirección General de los Registros y el Notariado 2/2001 de 8 de noviembre de 2001, en la que se declara que: *“Conforme a la STS de 21 de septiembre de 1999, hay que estimar inconstitucionales las normas registrales que permitían a la madre ocultar su identidad en el parto, de modo que, identificada la madre en el expediente por parte médico, la filiación materna ha quedado determinada y debe inscribirse”* y añade: *“la maternidad queda determinada en nuestro Derecho por el hecho del parto, conforme al principio tradicional de mater semper certa est”*

2. Soluciones y planteamientos en el Derecho convencional. Conferencia de La Haya

Es globalmente reconocida la labor que despliega este foro de codificación y su metodología para elaborar instrumentos jurídicos que coadyuven a la cooperación entre los Estados, en aras a avanzar en la unificación progresiva de las normas de Derecho Internacional Privado. Uno de los primeros antecedentes en esta materia, datan del 2001, donde se realizó un proceso de consultas informales sugiriendo como posible tema de trabajo de la Conferencia las *“cuestiones de derecho internacional privado relativas al estatus de los niños y en particular el reconocimiento de la filiación”*. A pesar de ello, en ese entonces, no hubo Miembros interesados en incorporar este tema como una línea de trabajo.

En 2009-2010, varios Estados expresaron su preocupación por el aumento de acuerdos de maternidad subrogada que eran presentados ante las autoridades de sus Estados y la complejidad jurídica de esos casos.

En el Consejo de Asuntos Generales y Política de la Conferencia de La Haya, en abril de 2010, la Oficina Permanente fue invitada a ocuparse del tema y a *“brindar una breve nota preliminar al Consejo de 2011 sobre cuestiones de derecho internacional privado relativas al estatus de los niños (excepto la adopción) y en particular sobre el reconocimiento de la filiación”*. Además, por lo que se refiere a la maternidad subrogada, el Consejo *“tomó nota de la complejidad de las cuestiones de derecho internacional privado derivadas del aumento de acuerdos transfronterizos de maternidad subrogada”*.

Por otra parte, destacó que el impacto de los casos de subrogación internacional en el funcionamiento práctico del Convenio de 29 de mayo de 1993 relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en Materia de Adopción Internacional sería incluido en la agenda preliminar de la Comisión Especial en la reunión de junio de 2010. Por otra parte, el Consejo acordó que las preguntas de Derecho internacional privado relativas a acuerdos de maternidad subrogada debían seguir siendo revisadas por la Oficina Permanente.

En la reunión de la Comisión Especial de junio de 2010 se discutió la interacción entre los acuerdos de maternidad subrogada en el ámbito internacional y el Convenio de 1993. Las Conclusiones de la Comisión Especial remarcaron que la utilización del Convenio de 1993 en casos de maternidad subrogada en el ámbito internacional era inapropiada y recomendó que la Conferencia de La Haya llevara a cabo un estudio sobre

los aspectos jurídicos, especialmente aquellos de Derecho internacional privado, que rodean a la maternidad subrogada en el ámbito internacional⁴².

Así, en virtud de este mandato, la Oficina Permanente preparó una breve nota sobre las cuestiones de derecho internacional privado relativas al estatus del niño para el Consejo de Asuntos Generales y Política de 2011.⁴³ Se centró por tanto, en los problemas prácticos que se estaban presentando en los Estados como resultado de los acuerdos de maternidad subrogada en el ámbito internacional.

Haciéndose eco de las necesidades de regulación jurídica del tema a nivel internacional, se decidió intensificar el trabajo que ya venía desarrollando un equipo de investigadores a efectos de sentar las bases de un futuro convenio. El proyecto que incorpora la Conferencia presenta un amplio catálogo de asuntos derivados de los Convenios internacionales de maternidad subrogada. Entre los aspectos incluidos destaca la necesidad de abordar el establecimiento o reconocimiento de la filiación legal de los nacidos mediante estas técnicas, así como las consecuencias jurídicas que derivan de tal situación: nacionalidad, patria potestad, alimentos, etc.

De la misma manera, se reconoció que la maternidad subrogada es un negocio global y en expansión del que derivan variados problemas, particularmente cuando los convenios se acuerdan entre personas situadas en países distintos abarcando en la práctica los lugares más distantes del mundo.

Cabe señalar que este último mandato, si bien pone énfasis en las dificultades que se derivan de los acuerdos de maternidad subrogada en el ámbito internacional, es todavía más amplio en su enfoque general.

Con todo, el Consejo de la Conferencia de La Haya emitió un mandato a la Oficina Permanente en el sentido de que proceda en el 2012 a recopilar datos entorno las necesidades prácticas, los desarrollos comparados, tanto en Derecho interno como en

⁴² El Documento Preliminar del 11 de marzo de 2011 sobre Cuestiones de Derecho Internacional Privado relativas al estatus del niño, incluidos los asuntos derivados de los acuerdos de maternidad subrogada en el ámbito internacional incluye un breve resumen de por qué utilizar el Convenio de 1993 es inapropiado en este contexto. www.hcch.net

⁴³ Conclusiones y recomendaciones del Consejo de Asuntos Generales y Política de la Conferencia de La Haya (5-7 de abril de 2011), pp. 17 a 20 *“intensificar ... el trabajo en el área, con énfasis en la amplitud de aspectos que surgen de los acuerdos de maternidad subrogada en el ámbito internacional. Durante el próximo año, la Oficina Permanente debería continuar reuniendo información sobre las necesidades prácticas en esta materia, desarrollos comparados en derecho interno e internacional privado y las perspectivas de llegar a un consenso para una aproximación global. La Oficina Permanente debería consultar también a juristas, profesionales de la salud y otros profesionales relevantes acerca de la naturaleza e incidencia de los problemas que están ocurriendo en esta área.”*

Derecho Internacional privado, en aras de lograr consensos para abordar los asuntos relativos a la Maternidad Subrogada transfronteriza.

El trabajo a efectuar gira en torno a los aspectos de Derecho internacional privado, que deben regularse en tales acuerdos, hecho que deviene del avance en las investigaciones en el campo de la medicina reproductiva. El planteamiento integra el nuevo Derecho internacional de familia, desde que este tipo de acuerdos se producen con frecuencia dando lugar al denominado “turismo procreativo”, constatando que el núcleo de la cuestión radica en las amplias diferencias existentes entre las leyes nacionales que rigen la materia o en la carencia de leyes que la regulen.

3. Posiciones en el Derecho comparado

A) Introducción

Por lo que respecta a la posición que en nuestro entorno mantienen a cerca de la gestación por sustitución, la mayoría de países europeos establecen su prohibición, como es el caso de Alemania, Austria, Francia, Italia y Suiza. Otros países en cambio no la regulan, como en Suecia y Noruega y otros la toleran Bélgica y Holanda.

Entre los países que si la permiten, estableciendo una serie de límites son Grecia, Reino Unido con unas características especiales y algunos estados de EEUU, el más conocido es el caso de California.

B) California

Desde los años noventa, los tribunales californianos han otorgado carácter vinculante a los acuerdos de maternidad subrogada gestacional o parcial y, en caso de conflicto de intereses entre la pareja comitente y la madre subrogada, han declarado la filiación del nacido a favor de los miembros de la pareja comitente. Sin embargo, en los Estados Unidos también podemos encontrar Estados con legislación prohibitiva o que otorga ciertos efectos a los acuerdos de maternidad subrogada, de los que unos diez permiten el acceso a la maternidad subrogada, siempre sujeta a regulación.

Por lo que se refiere al acceso de estas técnicas por parejas homosexuales, está admitido en nueve Estados, entre los cuales se encuentra California.⁴⁴ Sin embargo, estos acuerdos no encuentran un reconocimiento legal explícito, sino que su eficacia vinculante está expresamente admitida desde el caso *Johnson v. Calvert*.⁴⁵

Por otra parte, el reconocimiento de la filiación que pueda resultar estas prácticas realizadas en California no es automático, sino que requiere que una vez celebrado, la parte interesada inste el procedimiento judicial⁴⁶. Este procedimiento requiere la existencia de una sentencia judicial que declare la filiación de los padres intencionales para así confirmar sus derechos parentales, además de extinguir la filiación que se pueda establecer respecto de la madre subrogada y de su marido si está casada.⁴⁷

La sentencia recaída ordena al hospital que justo después del parto incluya los nombres de la pareja comitente en el certificado original de nacimiento. Con ello, se evita tener que recurrir a la adopción y el nacido ve reconocida legalmente su filiación desde este mismo momento. Dicho certificado debe inscribirse en la Oficina estatal de los registros vitales (*The California Office of Vital Records*) durante los diez días siguientes al nacimiento, junto con la sentencia que declara la filiación del nacido

⁴⁴ Entre los Estados restrictivos destacan los casos de Kentucky donde se ofrecen “legalizar” los acuerdos de maternidad subrogada a través de la adopción, y Nueva York que consideran los acuerdos de maternidad subrogada contrarios al interés público del Estado y, por lo tanto, nulos. Este fue el caso de “*McDonald v. McDonald*”, donde el Tribunal Supremo de Nueva York declaró la filiación materna respecto de la madre subrogada, que ni tan sólo era la madre genética. *Vid.* en E. Farnós Amorós, “Inscripción en España de la filiación derivada del acceso de la maternidad subrogada en California. Cuestiones que plantea la Resolución de la DGRN de 18 de febrero de 2009.” Barcelona, *Indret 1/2010* pág. 8

⁴⁵ En el caso, el matrimonio Mark y Crispina Calvert concertaron un acuerdo de maternidad subrogada gestacional con Anna Johnson, Anna aceptó que le fuesen implantados los embriones creados a partir del material genético de Mark y Crispina, a quienes se comprometió a entregar el niño después del parto renunciando a todos sus derechos parentales en favor del matrimonio. Sin embargo, las relaciones entre la pareja y la madre subrogada empezaron a deteriorarse cuando al confirmarse el embarazo, Anna reclamó a la pareja el pago de las cantidades pendientes, (habían acordado pagar los gastos a plazos, y los últimos seis meses después del parto) bajo la amenaza de no entregarles el niño. Entonces, la pareja inició un procedimiento judicial dirigido a determinar a su favor la filiación del niño que pudiese nacer. Por su parte, la madre subrogada inició otro procedimiento solicitando que la filiación materna se estableciera a su favor, negándose así tras el parto de entregar al menor. El Código civil californiano aplicable en ese caso, establece que la maternidad podía determinarse bien por el hecho del parto o bien según las normas para la determinación de la paternidad, por el elemento genético. Así, aunque, en el caso la filiación materna podía establecerse tanto a favor de la madre subrogada (la que dio a luz), como de la madre comitente (la que aportó los óvulos), el TS de California estableció la maternidad respecto de esta última, ya que fue ella y no la subrogada quien decidió tener el niño, asumiendo todas las consecuencias. Véase en E. Farnós Amorós, *loc. cit.*, pág. 8

⁴⁶ Regulado en la Sección 7630, apartado f, del *California Family Code*.

⁴⁷ En relación a la sentencia que determina la filiación incluso antes de haber nacido el menor, cabe añadir que el art.7 del citado Convenio de Naciones Unidas sobre Derechos del Niño de 1989, y el artículo 24 del Pacto Internacional de derechos civiles y políticos, adoptado por Naciones Unidas de 1996 y en relación con los derechos registrales del niño establece que: “*Todo niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento...*”.

respeto de la pareja comitente. De lo contrario, la filiación del nacido se establecerá a favor de la madre subrogada y, si está casada, también a favor de su marido.

C) Grecia

Grecia admite la gestación por sustitución⁴⁸. Para ello se exige una decisión judicial que se establezca la filiación, y prohíbe que se remunere a la subrogada, si bien deja a salvo la posibilidad de que haya una indemnización razonable por la pérdida de salarios de la madre subrogada y por los gastos que suponen la gestación y el parto. Por otra parte, exige que la madre gestante no sea la madre biológica, sino la portadora de un embrión de los padres intencionales.

Con ello, el establecimiento de la filiación materna supone una ruptura con el principio de *mater semper certa est*, donde en este caso son los genes y no el parto el presupuesto determinante de la maternidad.

Sin embargo, se establece un límite importante, consistente en la existencia de vínculos con Grecia, es decir, para que la gestación por sustitución tenga ante los tribunales las consecuencias previstas en la ley griega, la madre intencional y la subrogada deben tener su domicilio en Grecia⁴⁹

D) Reino Unido

El Reino Unido, mantiene una actitud prohibitiva en relación a la práctica comercial de la maternidad subrogada⁵⁰, donde la nueva ley viene a seguir los mismos principios prohibiendo y penalizando la actividad comercial. Sin embargo, admite la maternidad subrogada por justificación médica, debiendo hacerse a título gratuito, si

⁴⁸ En virtud de las Leyes 3089/2002 y 3305/2005, y el artículo 1458 vigente de su CC establece: “*The transfer of fertilized ova to another woman and pregnancy by her is allowed by a court authorization issued before the transfer, given that there is a written and, without any financial benefit, agreement between the involved parties, meaning the persons wishing to have a child and the surrogate mother and in case that the latter is married of her spouse, as well. The court authorization is issued following an application of the woman who wants to have a child, provided that evidence is adduced not only in regard with the fact that she is medically unable to conceive but also with the fact that the surrogate mother is in good health condition and able to conceive.*” Citado en A, Quiñones Escámez: “Doble filiación paterna de gemelos nacidos en el extranjero mediante maternidad subrogada En torno a la RDGRN de 18 de febrero de 2009” *Indret* 3/2009, pág. 31

⁴⁹ Así lo indica el artículo 8 de la Ley 3089/2002 de 19 de diciembre de 2002.

⁵⁰ *Subrogacy Arrangements Act*, de 18 de julio de 1985, modificada por Ley de 1 de noviembre de 1990.

bien, admite –como en el caso de Grecia- el pago a la mujer gestante de los gastos razonables que puedan derivarse.

Otra característica es que la determinación de la filiación se realiza respecto a la madre que da a luz. Para que pueda transferirse a los padres intencionales es necesario su solicitud ante los tribunales. No se considera ejecutable el contrato de maternidad subrogada ni es posible modificar la filiación materna en contra de la voluntad de la madre que trae el niño al mundo. Ahora bien, la ley inglesa permite, bajo las citadas condiciones y con el acuerdo de ésta, que los tribunales establezcan la transferencia de la filiación de los menores a favor de los padres intencionales.

En estos casos, el juez puede establecer la filiación del niño respecto los padres intencionales mediante una *parental order* que transfiere la filiación inicialmente establecida con respecto a la madre gestante a los mismos. Así, existen dos certificados de nacimiento. Uno en el que consta, que la madre que da a luz es considerada como tal y se establece un plazo para retractarse. Si da su consentimiento se establece una nueva acta de nacimiento, esta vez, en favor de los padres intencionales.⁵¹

Por otra parte, conviene destacar que la ley inglesa, al igual que sucede con el caso anterior, exige vínculos con el territorio del Reino Unido para que sus jueces dicten una *parental order* que establezca la filiación con respecto a los padres intencionales. Además se requiere igualmente cuando la maternidad subrogada ha tenido lugar en el extranjero.⁵² Además se exige que los padres intencionales hayan actuado de “buena fe” con la madre subrogada y con las autoridades (es decir, sin fraude a la ley competente). Esto quiere decir, que es necesario que se respete tanto las condiciones exigidas por la ley inglesa y, en el caso de la realización de estas prácticas fuera del territorio, las de la ley extranjera.

Por otra parte, a estas condiciones materiales se unen las condiciones conflictuales o de reconocimiento. Por tanto, no se produce un reconocimiento automático de la filiación tanto si la maternidad subrogada tiene lugar en el territorio como en el extranjero. Este requisito funciona como una condición de competencia

⁵¹ De tales requisitos se hacían eco las leyes de 1985 y la reformada de 1990 al igual que la práctica de los tribunales. Esta regulación se ha visto reforzada, desde el pasado 1 de abril de 2009, con la entrada en vigor la Ley sobre Embriología y fertilización Humana (*Human Fertilisation and Embryology Act*, 2008) que flexibiliza algunas condiciones.

⁵² Así, conforme al artículo 54.4 b) de la HFEA del 2008, para que los tribunales del Reino Unido, declaren en favor de los padres intencionales la filiación legal del menor nacido de una maternidad subrogada uno o ambos deben estar domiciliados en el Reino Unido o en las Islas del Canal o en la Isla de Man.

judicial y de ley aplicable, permitiendo limitar los casos en los que la filiación del menor se verá establecida de acuerdo con la ley inglesa, permitiendo a su vez establecer unas condiciones de reconocimiento.⁵³

E) India

Este país es muy conocido en esta materia debido a que los costes de estas técnicas en la India son bastante bajos comparados a los países europeos que lo permiten o los de los Estados Unidos.

En la India se parte de la idea de que la infertilidad es un problema muy grande a nivel mundial y que la capacidad tecnológica y profesional del sector salud en este país está dispuesta a generar soluciones y tecnologías innovadoras para resolver este problema

De acuerdo con la legislación india, el consentimiento informado entre las partes es un requisito fundamental para la realización de este tipo de acuerdos. Las partes firman un acuerdo de subrogación donde se comprometen a cumplir voluntariamente los términos del contrato de acuerdo con la ley india.

Una de las características de la ley india, que por otra parte es una práctica muy usada por parejas homosexuales, es que se prohíbe el uso de dos espermias distintos en la fecundación in vitro para producir un embrión. A pesar de ello, se conocen casos donde este requisito no se exigió.

Otras peculiaridades de la regulación en este país deriva de la subordinación de la mujer al hombre, que se manifiesta en las regulaciones y normas cotidianas que quitan autonomía, independencia y criterio a las mujeres en la toma de decisiones. Así,

⁵³ La sentencia de la *High Court of Justice* de Londres, de 9 de diciembre de 2008 que afecta a gemelos nacidos a partir del recurso a la maternidad subrogada en Ucrania, fue un caso muy conocido en el Reino Unido.

Aquí, los padres intencionales eran un matrimonio inglés que residía habitualmente en Reino Unido. Éstos realizaron un acuerdo de maternidad subrogada con una mujer ucraniana a la que se le implantaron dos embriones concebidos con los óvulos de una donante y con el espermia del marido de la pareja. Para ello, se previó una indemnización por la pérdida de salarios y por los gastos necesarios para el parto. Conforme a la legislación de Ucrania, en el certificado de nacimiento de los menores figuraban como padres los intencionales, omitiéndose a la madre que dio a luz. Sin embargo la legislación de Ucrania no permitió a los menores obtener ni la nacionalidad ni la residencia en su país. Así, a tenor de la legislación inglesa, los menores serían apátridas de no establecerse la filiación a favor de los padres intencionales o, en su caso respecto al padre, que realmente es el padre biológico, a fin de que no se les privara de la nacionalidad inglesa y del derecho de entrada en Reino Unido. Un test de ADN permitió probar la filiación respecto al padre de los menores por lo que fueron autorizados a entrar en el territorio para permitir a los padres intencionales solicitar ante los tribunales ingleses la *parental order*, que estableciera en su favor la filiación de los mismos. Véase A, Quiñones Escámez. *loc.cit.* pp. 33-34

en estos casos, el consentimiento del esposo es un paso fundamental para iniciar la intervención. Y es que para las mujeres, que entregan su cuerpo para someterse a estas prácticas, existe un profundo vacío legal y carencia de responsabilidad del Estado.

F) Ucrania

Hasta ahora la legislación de Ucrania es una de las legislaciones más liberales en el mundo permitiendo las técnicas de gestación por sustitución para todos los ciudadanos del mundo. Está regulada por el Código de Familia vigente y otras normas legales.⁵⁴

Sin embargo, el 23 de marzo de 2011 se presentó al Parlamento Ucraniano, un Proyecto de Ley que propone una prohibición completa de las técnicas de reproducción asistida, incluyendo la gestación subrogada, para los extranjeros. Así, de ser aprobada la ley, sólo podrán recurrir a las técnicas de reproducción asistida los ucranianos mayores de 21 años con problemas de fertilidad.⁵⁵

4. Regulación en el Derecho español

A) Marco Constitucional

Antes de la promulgación de la Constitución, autores como De Castro⁵⁶ defendía la función inspiradora y fundamentadora de los principios generales del Derecho.

A partir de la Constitución de 1978 cambian los principios básicos sobre los que se asienta la familia, que serán los de libertad e igualdad en las relaciones interpersonales. Además se declara la igualdad entre los hombres y las mujeres en todos

⁵⁴ El artículo 123.2 del Código de Familia ucraniano establece la filiación del niño nacido mediante aplicación de las técnicas de fecundación artificial y consigna explícitamente que los padres de todo niño nacido de una “madre de alquiler” son el matrimonio que aportó a tal efecto sus gametos y recurrió a los servicios de la madre sustituta.

⁵⁵ Ello se produjo principalmente por una serie de escándalos, como fue el caso de una pareja norteamericana Jeanette Runyon y Michael Woolslayer, que había encargado un programa de gestación por sustitución en el centro de FIV más conocido de Kiev. Al nacer su “subrogada” hija Victoria, Jeanette fue detenida en Ucrania acusada de que ella estaba implicada en la “venta de niños”. Aunque dicha acusación fue falsa, y todos los documentos estaban en regla, la norteamericana fue privada de su recién nacida niña, atribuyéndose la custodia de la menor a una pareja ucraniana.

⁵⁶ Vid. en J.E. Bustos Pueche *El Derecho Civil ante el reto de la Nueva Genética*, Madrid, Dykinson, 1996, pág 68

los ámbitos de la vida social, lo que produce una transformación de las relaciones familiares.

Otra innovación histórica es la igualdad de los hijos respecto de sus padres. Los derechos de los hijos son los mismos estén o no casados sus progenitores. Así, con la Constitución del año 1978 se acaba con la injusta discriminación de los hijos no matrimoniales, a los que hasta entonces se los llamaba ilegítimos. Además, se establece la posibilidad legal de la investigación de la paternidad que permita a todos los ciudadanos tener un padre reconocido. Con todo ello se facilitan nuevas formas de convivencia y una mayor pluralidad de modelos familiares.

Por otra parte, en nuestra Carta Magna se protege a las madres, pero no recoge el derecho a serlo. La respuesta a por qué no está recogido como un derecho como tal, a pesar de la existencia de las técnicas de reproducción asistida, puede encontrarse en que el reconocimiento de un derecho al hijo que puede ser muy loable, pero no perseguible a toda costa. Es decir, desde una perspectiva ética, es necesario que se cumplan unos mínimos compartidos por la generalidad, en otras palabras: no todo lo que puede ser posible debe realizarse, pues de no ser así, el poder hablar de un derecho absoluto al hijo, posibilitaría utilizar la figura del mismo para satisfacer necesidades propias.

En este marco, la pregunta que nos deberíamos hacer es si existe algún precepto constitucional que permita la justificación del reconocimiento en España de la gestación por sustitución. Como hemos visto en apartados anteriores, si bien podría reconducirse como una modalidad del derecho a la salud, a la libertad y a la autodeterminación personal podemos encontrarnos en la situación de que aún incluyéndolo en estos tipos de derechos, la cuestión es si realmente una persona puede ser objeto de derecho cuando siempre son sujetos.

Por otra parte, tenemos los valores constitucionales que permiten pensar en la justificación de la prohibición de la gestación por sustitución. Tal es el caso de la “dignidad” de la mujer que gesta al menor. Ahora bien, determinar cuando se vulnera este principio es complicado. En mi opinión, que una mujer mayor de edad y plenamente capacitada consienta para “alquilar” su útero no vulnera su dignidad.

Nos encontramos además con el “interés superior del menor”. ¿Existe en nuestra Constitución algún precepto que fundamente la admisibilidad o la prohibición de estas técnicas desde el punto de vista del interés superior del menor? Nuestra Constitución recoge en el artículo 39, entre los principios rectores de la política social y económica, principio más importante en materia de filiación de nuestro ordenamiento. Hace

referencia a la protección de la familia, y más concretamente a la protección de los hijos con independencia de su filiación.

En cuanto al derecho a la identidad al que me refería anteriormente, la Constitución no menciona expresamente este derecho, aunque sí hace referencia a algunos de sus elementos como es el caso de la investigación de la paternidad. La citada Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de Septiembre de 1999, en sus Fundamentos de Derecho, analiza la regulación normativa registral anterior a la Constitución, que permitía la ocultación de la identidad de la madre biológica por su propia decisión. Esta Sentencia cuestiona dicha solución aludiendo a las graves razones de interés público existentes en la determinación del vínculo de la filiación, que se oponían a esta ocultación, determinando la derogación de esta limitación tras la vigencia de la Constitución de 1978⁵⁷.

Así, aplicado a nuestra materia estos principios no justificarían la admisión de la gestación por sustitución en España, por lo menos de la misma manera que se regulan en otros países, donde la madre gestante no consta en el certificado médico donde da a luz y la filiación se determina en un contrato antes de que el menor nazca.

Diferente sería reconocer filiaciones ya determinadas en el extranjero en virtud de estas técnicas. En estos casos, el interés superior del menor sí podría dar cabida a este reconocimiento, si bien es cierto que la existencia de otras formas sí reguladas en nuestra legislación como es el caso de la adopción, como veremos a en el último

⁵⁷ Exposición de Motivos Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de Septiembre de 1999: "... con el principio de libre investigación de la paternidad (artículo 39.2 de la Constitución española), y con el de igualdad (artículo 14), además de erosionar gravemente el artículo 10 de la Constitución Española, al afectar a la misma dignidad de madre e hijo, a sus derechos inviolables inherentes a ella, y al libre desarrollo de su personalidad y al mismo artículo 24.1 en cuanto resulta proscriptivo de la indefensión. La coincidencia entre filiación legal y paternidad y maternidad biológica deben ser totales. Esta es la base desde la que decae la regulación reglamentaria permisiva de tal ocultación. Y desde ella deben ser contrastados sus elementos restrictivos. En líneas generales la regulación reglamentaria del Registro Civil supone una contradicción con el principio constitucional de igualdad e investigación libre de la paternidad, al situar a la madre biológica en situación relevante frente al padre, e incluso frente al mismo hijo, ya que al padre se le puede imponer coactivamente la paternidad, en tanto que la madre, que puede determinar libremente si va a continuar la gestación o cortar por completo sus relaciones con la persona nacida, tiene el camino despejado para eludir sus obligaciones. El hijo biológico, además, pierde por completo el nexo que le permitiría, en su momento, conocer su verdadera filiación, debido a un acto voluntario de la madre, expresivo de su no asunción de la maternidad y sus responsabilidades inherentes. Por último, el sistema encierra graves discordancias, no sólo con relación a los mismos padre e hijo biológicos, sino también frente a la unión matrimonial, en la que la madre no puede renunciar a su maternidad ni negar al hijo el hecho de su filiación, ni el padre deshacer por sí solo la presunción de su paternidad, lo que no resulta constitucionalmente congruente máxime, cuando las investigaciones científicas tienden, en la actualidad, a poner de relieve las interrelaciones biológicas que se desprenden de los antecedentes genéticos y su influencia, de manera, que cabe hablar del derecho de las personas a conocer su herencia genética".

capítulo de este trabajo, haría posible que dicho interés no se viera vulnerado sin la necesidad de regular o permitir el reconocimiento de la inscripción de los menores nacidos por gestación por sustitución.

En mi opinión creo, por lo tanto, que mientras no se regule este modo de filiación como fue regulado en su momento la adopción, nuestro marco constitucional tiene mecanismos suficientes para permitir que el interés del menor, en función de su nacimiento en un país que permiten estas técnicas, no se vea vulnerado debido a la existencia de la figura de la adopción. Ahora bien, también creo que si en un futuro se legalizara la maternidad subrogada o, como ya se ha hecho mediante, la Instrucción de 5 de octubre de 2010, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución, se permite su acceso al Registro si reúnen ciertos requisitos, no se vulneraría ningún principio constitucional. Es más, creo que habría más argumentos a favor de su admisión que en contra, dado que el mencionado interés superior del menor, y valores como la dignidad de la mujer, o que el menor no pueda ser “objeto de un contrato” también subyacen en la figura de la adopción. Son, por tanto, principios que si bien han de ser respetados no deberían utilizarse para impedir con carácter absoluto el reconocimiento de la gestación por sustitución.

B) Derecho material: La Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida.

a) Contexto ético-jurídico

La maternidad por sustitución se encuentra prohibida en nuestra regulación desde la Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida de 22 de noviembre de 1988, y ha seguido manteniéndose en sus reformas posteriores (fue modificada por la ley 45/2003), hasta integrarse sin ningún cambio y sin mediar propuestas de enmienda en aras de una posible legalización de estas prácticas, en la actual Ley de técnicas de reproducción humana asistida de 2006.⁵⁸

Así, debido a que la actual regulación no ha modificado lo dispuesto en su antecesora en esta materia, es necesario hacer una referencia a la regulación anterior.

⁵⁸ Ley 14/2006 de sobre técnicas de reproducción humana asistida de 2006, publicada en el Boletín Oficial del Estado, núm. 126 de 27 de mayo de 2006, páginas 19947 a 19956.

Antes de analizar el contexto por el cual se dedicó a proceder a la regulación de la gestación por sustitución tal como aparece en nuestro artículo 10 de la LTRHA, indicaré cuáles son los principales argumentos que se esgrimen en defensa de su prohibición, basados en las siguientes objeciones morales:

1. Estas técnicas desnaturalizan un proceso natural como es la maternidad, lo que es moralmente inaceptable.

Este es uno de los argumentos más frecuente por quienes sostienen posturas conservadoras. Sin embargo, este argumento es muy débil, ya que se cae por sí mismo, lo natural no puede ser homologable con lo moralmente bueno. Hace ya siglos que la maternidad es un proceso complejo que involucra muchas otras variables: económicas, sociales, psicológicas o políticas, pues ¿qué ocurre con las adopciones?

2. Utilizar el cuerpo de la mujer como medio para obtener un hijo es inmoral, es una forma de explotación de la mujer.

Este argumento quizás sea un poco más difícil de defender puesto que en muchas ocasiones, sobre todo en los países menos desarrollados, puede resultar verdadera. Esta crítica, que constituye el principal argumento en contra de la gestación por sustitución esgrimido por las corrientes feministas, puede contrargumentarse, apelando a la libertad de las mujeres que deciden ser madres subrogadas pudiendo elegir y asumiendo la responsabilidad de sus actos libremente.

Sin embargo debemos resaltar la importancia la posibilidad de abuso por su condición de mujer y especialmente por las situaciones socioeconómicas que pueden atravesar, pues, en ese caso la decisión no sería libre. Así, ocurre que en casos pobreza y de extrema vulnerabilidad, algunas mujeres pueden ser explotadas aprovechándose de sus difíciles situaciones. Este problema no es ajeno a otros problemas similares, en donde mujeres en situaciones de dificultad económica deben trabajar utilizando su cuerpo para sobrevivir. Es por ello que considero que en estos casos sí debería estar prohibido, y aunque comportaría una tarea difícil la de discernir cuándo estaríamos ante este tipo de casos y cuándo no, no dista tanto de las mafias de prostitución por ejemplo.

3. *El intercambio de dinero en la gestación por sustitución mercantiliza a los seres humanos.*

El problema de esta crítica está en lo que se entiende por gestación por sustitución, pues, si bien es cierto que hay un intercambio de dinero en la mayoría de estos casos no mencionar todos los otros aspectos es simplificar el proceso y la práctica, pues, ese hijo no es creado para obtener dinero y por lo tanto no es un medio para otra cosa. Ese menor, al igual que ocurre con las adopciones son igual o a veces más deseados que los tenidos de manera natural. Por otra parte, es obvio que, para la mujer gestante el dinero podría ser una motivación legítima y es esperable que obtenga un beneficio económico por la carga emocional que comporta gestar un niño.

En este marco, para la aprobación de la anterior Ley, se recurrió a la creación de una “*Comisión Especial de Estudio a la Fecundación In Vitro y a la Inseminación Artificial Humanas*”, denominada *Comisión Palacios*, integrada por biólogos, ginecólogos, juristas, filósofos y moralistas, donde se adoptaron una serie de recomendaciones con el fin de asesorar al cuerpo legislativo sobre los problemas que podrían plantear la reproducción asistida, y entre otros, se centraron en el conflicto sobre la posibilidad o no de admisión en nuestro ordenamiento de la denominada gestación por sustitución.

Para la elaboración de este informe, se contó con numerosa documentación, si bien destaca por las semejanzas con las conclusiones finales de nuestro informe, el *Informe Warnock*, elaborado en el Reino Unido en 1984. En él se contiene algunos argumentos a favor y otros en contra⁵⁹.

Como argumentos a favor podemos citar los siguientes:

- Las madres gestantes tienen derecho a servirse de sus propios cuerpos.
- La subrogación supondría una opción destinada a aliviar la carga de la esterilidad
- Si el acuerdo es voluntario, no cabría hablar de explotación.

Respecto a la cuestión del vínculo con el hijo, se sostiene que no deben exagerarse las pretensiones en ese terreno. Es más, la ruptura de ese vínculo no se interpreta como un argumento decisivo contra la entrega de un niño para su adopción cuando ésa es la voluntad de la madre.

Como argumentos en contra podemos encontrar:

⁵⁹ Recomendaciones contenidas en el “Informe de la Comisión de Investigación sobre fecundación y embriología humana” Londres, julio 1984.

- Atenta con la dignidad humana que una mujer explote el útero con fines de lucro y que lo emplee de “incubadora” de un niño que no va a ser suyo.
- Atentaría también contra la dignidad del niño, que podría ser considerado como “objeto” de comercio.
- La introducción de un tercero en el proceso de la procreación constituye un ataque contra los valores y fundamentos del matrimonio.

Estos criterios, determinantes en la regulación de la gestación por sustitución de la anterior Ley derogada, reflexionan acerca el valor biológico de dos elementos claves en la gestación pro subrogación: la gestación y los aspectos genéticos de la maternidad. En este punto consideran que: *“ni por razones biológica, ni por razones humanas tiene el mismo valor, y que de ambos es más importante el componente de gestación que el genético, pues la gestante lleva en su vientre al fruto durante nueve meses y lo protege fisiológica y psicológicamente, lo cuál irá siempre a favor de mujer portadora y en contra de la gestación por sustitución a favor de otros. Por este motivo, no se recomienda que se admita la preponderancia biológica de la maternidad de gestación sobre la genética y que la madre legal lo sea siempre la madre gestante, aunque en el origen del hijo hayan intervenido donantes”*.

Sin embargo, esta solución legal a la situación creada por la práctica de la gestación de sustitución ha sido criticada por diversos autores, que entienden que debía haberse atribuido mayor relevancia al componente genético, no contemplada por nuestro ordenamiento al determinar la filiación por el parto, sobre todo cuando la voluntad de que el hijo venga al mundo sea de una persona distinta a la que da a luz. En este sentido, Peña Bernardo De Quirós⁶⁰ cuando afirma que la *“solución legal (madre es la que pare) no es siempre, a nuestro entender, la que mejor decide el conflicto de intereses. Ciertamente la gestación y parto es un hecho importante. Pero no debe olvidarse que muy frecuentemente es otra la mujer de quien procede la voluntad de que el hijo venga al mundo, que de ésta otra es de quien procede, también, el óvulo y que, además, ésta otra está casada con el padre. ¿Por qué imponer rígidamente que madre legalmente es la que pare incluso en el caso de que, después del parto, sea otra la voluntad de las personas implicadas?”*

⁶⁰ Vid. referencia en Souto Galván, *loc. cit.* pág 188

También contó con el informe elaborado por el Instituto de la mujer en 1985⁶¹, partiendo de una valoración positiva acerca de las nuevas técnicas de reproducción asistida en relación a la disgregación entre reproducción y sexualidad, pero sin incluir el supuesto de gestación por sustitución, afirmando que debe utilizarse en casos muy limitados, sólo para problemas de infertilidad, donde se podría admitir la existencia de acuerdos entre los padres genéticos y la madre portadora siempre basándose en la gratuidad y, aunque en principio prevalezca la voluntad de la persona o pareja que aportan los gametos, la madre portadora podrá impugnar lo acordado.

El informe de la *Comisión Palacios*, finalmente rechazó la gestación por sustitución pues consideran que hay *“razones éticas al considerarse que hay unidad de valor en la maternidad que en ella no se respeta, y que crea una distorsión deshumanizadora. También porque puede constituirse en una nueva forma de manipulación del cuerpo femenino (a la que la situación desfavorable de la mujer en el mercado del trabajo puede contribuir), inadmisibles en una sociedad democrática y justa, que posiblemente desencadenaría un abuso y una comercialización, a todas luces condenables y punibles, peor no por ello de larvada realización”*.

Con todo ello, en coherencia con las anteriores argumentaciones la *Comisión Palacios* adopta las siguientes Recomendaciones⁶², en cuanto a la gestación de sustitución:

- a) Deberá prohibirse la gestación de sustitución en cualquier circunstancia.
- b) Deberán ser objeto de sanción penal o del tipo que procediera, las personas que participen en un contrato de gestación de sustitución, aunque no sea escrito, así como las personas, agencias o instituciones que la propicien, y los equipos médicos que las realicen.
- c) Deberán ser objeto de sanción los centros sanitarios o servicios en los que se realizaran las técnicas para la gestación de sustitución.

En la redacción del actual artículo 10 de la LTRHA estas recomendaciones fueron asumidas casi en su totalidad al establecer: *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*

⁶¹ Opinión del Instituto de la Mujer sobre la utilización, desarrollo y regulación de las diversas técnicas de gametización instrumental, Madrid, 10 de mayo de 1985

⁶² Recomendaciones de la Comisión Palacios. Informe de la Comisión Especial de Estudio de la Fecundación “in Vitro” y la inseminación artificial humana. Aprobado en el Pleno del Congreso de los Diputados en su sesión el día 10 de abril de 1986.

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.

A pesar de lo expuesto, el legislador de 1988, que fue el que inicialmente trató la materia estudiada, ya advirtió en la Exposición de Motivos⁶³ que los parámetros normativos tradicionales han sido profundamente alterados y que los “Códigos han de actualizarse sobre cuestiones determinadas que no contemplan”.

b) Análisis artículo 10.

Como hemos visto, en la citada Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de Septiembre de 1999 además de potenciar el principio de libre investigación de la paternidad y con el de igualdad, en el mismo fundamento jurídico quinto, pretende “*la coincidencia entre filiación legal y paternidad y maternidad biológica deben ser totales.*”

Sin embargo, la posición que tomó el legislador, desde 1988 con la aparición de la Ley de técnicas de reproducción asistida, no se encamina precisamente a identificar la paternidad o maternidad legal con la biológica. Y así lo ha puesto de manifiesto la exposición de motivos de la Ley de Técnicas de Reproducción Asistida de 22 de noviembre 1988, precedente de la actual: “*Pueden la maternidad y la paternidad biológicas, serlo también legales, educacionales o de deseo, y en tal sentido, es importante valorar cuál es la más valorizada, la más profunda en relación con el hijo, pues habida cuenta las posibilidades y combinaciones que pueden darse... los códigos han de actualizarse sobre cuestiones determinadas que no contemplan*”.

⁶³ Exposición de Motivos (punto II) de la Ley 35/1988: “*Desde una perspectiva biológica, la maternidad puede ser plena o no plena, y ello es importante en relación con las técnicas que aquí referimos; en la maternidad biológica plena, la madre ha gestado al hijo con su propio óvulo; en la no plena o parcial, la mujer sólo aporta la gestación (maternidad de gestación), o su/s óvulo/s (maternidad genética), pero no ambos; son matices de gran interés que no siempre están claros, y que conviene establecer sin equívocos. Por su parte, la paternidad sólo es genética, por razones obvias de imposibilidad de embarazo en el varón. Finalmente, pueden la maternidad y la paternidad biológicas serlo también legales, educacionales o de deseo, y en tal sentido, es importante valorar cuál es la más humanizada, la más profunda en relación con el hijo, pues habida cuenta de las posibilidades y combinaciones que puedan darse, especialmente cuando en la gestación intervienen donantes de gametos u óvulos fecundados, los Códigos han de actualizarse sobre cuestiones determinadas que no contemplan. En cualquier caso, y sin cuestionar el alcance de las otras variantes, se atribuye a la maternidad de gestación el mayor rango, por la estrecha relación psicofísica con el futuro descendiente durante los nueve meses de embarazo*”

Por otra parte, esta maternidad social o de deseo que contempla tanto la Ley anterior de Técnicas Reproductivas, como la actual del 2006, desde el análisis del artículo 10 puede verse que no tiene el mismo valor en la gestación por sustitución, donde además podría resultar aún más difícil de entender cuando la maternidad de deseo coincide con la genética, es decir, la madre comitente aporta sus óvulos y se los implanta a una mujer cuya misión será gestarlo. Las razones que indujeron al Legislador a decantarse por esta opción se encuentran en la Exposición de Motivos de la Ley de 1988: “*en cualquier caso, y sin cuestionar el alcance de otras variantes, se atribuye la maternidad de gestación mayor rango, por la estrecha relación psicofísica con el futuro descendiente durante los nueve meses del embarazo*”. Así por tanto se desconoce lo que ya afirmaba la citada sentencia del TS de 1999 respecto a la coincidencia entre la filiación legal y biológica, en parte porque se fundamenta que ambas maternidad son biológicas.

El artículo 10 de la LTRHA declara en su párrafo primero nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna en favor del contratante o de un tercero. Ahora bien, como la operación realizada no puede volverse atrás, la ley tiene que determinar quién es la madre, cuestión que la ley resuelve en su artículo 10.2 al establecer que la filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto. Por tanto, la primera consecuencia que podemos extraer es que como se decreta la nulidad de pleno derecho del contrato (art.10.1), no existe vínculo, derecho ni obligación que pueda derivar de tal acuerdo.⁶⁴

A continuación, el apartado tercero, establece que “*queda a salvo la acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales*”. Este precepto, que ha sido calificado como confuso, ha sido objeto de varias interpretaciones.

Montes Penadés considera que las “reglas generales” a las que hace referencia el precepto han de ser tanto las del Código Civil como las del propio art. 8 de LTRHA en los casos en que sea de aplicación. Y la frase del Art. 10.3 ha de significar que quien aportó semen para la fecundación puede reclamar la paternidad, pero también que, si fuera conocido, cabría la acción contra él.⁶⁵

⁶⁴ V.L Montes Penadés *La reproducción humana asistida en la experiencia jurídica española*. 2003. www.tirantonline.com

⁶⁵ V.L Montes Penadés *loc. cit*

Para otros autores como Pérez Mongue⁶⁶, corresponde la siguiente interpretación del Art.10.3 LTRHA: si el gameto masculino procede del marido de la comitente, se permite la acción de reclamación de la paternidad; sin embargo, si el gameto masculino proviene de donante, se prohíbe dicha acción de reclamación de paternidad respecto del donante, ya que la identidad de este no se relaciona con la filiación (art. 8.3 LTRHA). El comitente podrá reclamar la paternidad con fundamento, en su caso, en el escrito de consentimiento a procreación heteróloga en mujer determinada.

Además, si la mujer gestante está casada, la presunción del Art. 116 Cc. puede determinar que se inscriba al hijo como del marido. Este podrá impugnarla, pero también podrá reclamarla el varón de la pareja comitente.

Por otra parte, si la gestante no es casada, no habrá paternidad legalmente determinada hasta que, por aplicación de los Art. 49 Ley Registro Civil y 8.2 LTRHA se produzca reconocimiento, expediente registral o sentencia consiguiente al ejercicio de la acción de reclamación.

Tanto en la LTRHA de 1988 como en la actual se aprecia una notable incoherencia en los fundamentos jurídicos sobre los que se quiere sostener las instituciones a las que afecta, pues en algunos casos se argumenta a favor de la aplicación de nuevos criterios en materia de paternidad y maternidad familia y filiación⁶⁷, mientras que en otros, como es el caso de la gestación por sustitución se impone el tradicional criterio de que la maternidad se atribuye por el hecho del parto. Además hay que recordar que el artículo 10 de la LTRHA, no hace distinción sobre la existencia del vinculo genético de los comitentes, y en estos casos hay que recordar la relevancia que el ordenamiento da a este vinculo, por ejemplo con la reforma del Código Civil en materia de filiación del 13 de mayo de 1981, que vino originada por un intento de acomodar a los preceptos constitucionales (artículos 10, 14 y 39) la regulación que sobre esta materia recogía el Código Civil, concluyendo con una protección integral de los hijos, considerados iguales ante la ley con independencia de su filiación y terminando con las diferencias que por razón de su filiación, pretendiendo además, que la filiación legal se identificase con la natural posibilitando para ellos las pruebas de paternidad o biológicas.

⁶⁶ Vid. referencia en E. Lamm, *“El elemento volitivo como determinante de la filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida”* Barcelona, Programa *“El Derecho en una Sociedad Globalizada”* Octubre 2008. Pág. 128

⁶⁷ Capítulo III del *Informe Palacios* publicado por el Gabinete de publicaciones del Congreso de los Diputados, 1986 pp. 41 y ss

CAPÍTULO II.- DETERMINACIÓN DE LA FILIACIÓN EN SITUACIONES PRIVADAS INTERNACIONALES

I. Introducción. II. La determinación de la filiación en el Derecho internacional privado español. La Ley aplicable. III. La filiación en España de las técnicas de reproducción asistida: la gestación por sustitución. 1. Planteamiento. 2. Clases y títulos de determinación. 3. La filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida. 4. Diferencia con la filiación por naturaleza y adoptiva. 5. La filiación del menor en virtud de la gestación por sustitución. A) Ley aplicable al contrato de gestación por sustitución. B) Incidencia del orden público. El artículo 10 LTRHA como norma de policía. C) La función del Interés Superior del Menor en la aplicación del Orden Público.

I. Introducción

Como hemos podido ver en el anterior capítulo, los contratos de gestación por sustitución se declaran nulos en nuestro país. Sin embargo, antes de adentrarnos en el estudio de la parte de más actualidad de esta materia, como son los casos de españoles que viajan a países que permiten estas técnicas para tener un hijo y pretenden posteriormente su acceso al Registro Civil español, dedicaré este capítulo para ofrecer una visión mas completa de este problema, analizando cómo se determina la filiación en presencia de elementos extranjeros, así cómo cuando estamos ante un caso de gestación por sustitución.

II. La determinación de la filiación en el Derecho internacional privado español. La Ley aplicable.

Dada la prohibición que impera en nuestro país respecto la gestación por sustitución, es común encontrarse, al estudiar estos casos, la presencia de elementos extranjeros.

Nuestro ordenamiento jurídico concreta el principio de igualdad establecido en el artículo 14 de la Constitución de una forma concreta para los hijos. En el 39.2 del mismo Texto se consagra como principio rector del sistema la unidad en el tratamiento legal de todos ellos, “*con independencia de su filiación*”. Así, el legislador construye el artículo 108 del Código Civil disponiendo que “*La filiación puede tener lugar por naturaleza y por adopción. La filiación por naturaleza puede ser matrimonial y no matrimonial. Es matrimonial cuando el padre y la madre están casados entre sí.*” Y en su segundo párrafo añade: “*La filiación matrimonial y la no matrimonial, así como la adoptiva, surten los mismos efectos, conforme a las disposiciones de este Código*”. Esto

parece sencillo de entender; sólo hay dos vías de acceso a la filiación: la que establece la naturaleza y la que consagra el Derecho mediante la adopción quedando sometidas a la misma regulación. Esta estructura tendría una consecuencia importante en el Derecho Internacional Privado: todas las normas relativas a la filiación conllevarían un núcleo de orden público, traduciéndose en el impedimento de aceptar un posible tratamiento diferente que la *lex causae* pudiera prever para los distintos tipos que distinguiese.⁶⁸

La reglamentación jurídica de la filiación en los casos internacionales es compleja⁶⁹. Esta dificultad deriva principalmente de dos factores: 1) los conflictos de civilizaciones; 2) la intervención de los poderes públicos en la materia. Los distintos Derechos nacionales ordenan jurídicamente la filiación de modos muy diferentes. Tales modos corresponden a los distintos modos de entender las estructuras del derecho de Familia en el mundo. Por ello a la hora de decidir, en los casos internacionales, tanto la competencia judicial internacional como la ley aplicable a la filiación, el Derecho Internacional Privado, no sólo resuelve un conflicto de jurisdicciones y un conflicto de leyes, resuelve también un verdadero conflicto de civilizaciones.

Aplicar a la filiación una ley extranjera puede suponer aceptar una organización de esta institución con base en criterios culturales y sociales muy distintos a los aceptados en el Estado donde se quiere hacer valer. En estos casos, ¿cómo es posible ofrecer una solución satisfactoria a estos conflictos de civilizaciones?

En primer lugar, existen razones para aplicar en España las leyes de estos países: el derecho de los individuos al libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la diversidad personal y social, la potenciación de la convivencia en la sociedad, la salvaguardia de la identidad cultural de la persona etc. Ello haría posible la existencia de un derecho Internacional Privado multicultural.

Sin embargo, en ocasiones existen circunstancias que aconsejan la no aplicación de la ley extranjera que regula la filiación. Es el caso cuando dicha ley no respeta los principios y derechos en materia de filiación recogidos en nuestro caso en la Constitución Española y en los Convenios Internacionales en vigor para España: igualdad de los hijos ante la ley, derecho de los hijos a relacionarse con sus padres, de ellos a relacionarse con sus hijos etc. Por ello, ante estas situaciones se acude a los

⁶⁸ A. Luis Calvo Caravaca, J. Carrascosa González, E. Castellanos Ruiz; *Derecho de familia Internacional*, 4ª Edición, Madrid, COLEX 2008 pág 135 y ss.

⁶⁹ Por métodos de reglamentación en el Derecho Internacional Privado, debe entenderse la manera en que la norma jurídica concreta su consecuencia. Es el modo en que la norma determina la ordenación adecuada del hecho o relación social y fija los efectos jurídicos que produce. A.L Calvo Caravaca y J Carrascosa González, *Derecho Internacional Privado* Volumen I, Comares 1999, pág 137.

clásicos “Escape Devices” del Derecho Internacional Privado: como es el reenvío, fraude de ley, privilegio de la nacionalidad y, sobre todo al orden público internacional.⁷⁰

Existen varias normas que han ajustado el Derecho Internacional Privado a la Constitución Española en materia de filiación. Hablamos de la Ley 21/1987 de 1 de noviembre, Ley 11/1990 de 15 de octubre y LO 1/1996 de 4 de enero de protección jurídica del menor, con el objetivo, de garantizar lo establecido en el artículo 39.1 CE: la protección integral de los hijos, la igualdad de los mismos ante la ley, y la investigación de la paternidad.

Por otra parte, como hemos visto en el Capítulo anterior, al margen de las normas de producción interna, existe una reglamentación convencional, de alcance dispar que se ocupa de distintos aspectos de la filiación. Entre tales instrumentos destaca sin duda la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos del niño, hecha en Nueva York el 20 de noviembre de 1989, sintonizando con los artículos 39 y 14 de la CE. Pese a la importancia de este Convenio, sus normas no son self-executing, es decir, los particulares no pueden alegarlas directamente ante los tribunales.⁷¹

A pesar de ello el artículo 3 de la Ley Orgánica de Protección de Menores afirma que lo recogido en la misma se interpretará de conformidad con los Tratados Internacionales de los que España sea parte y, especialmente, de acuerdo con la Convención de los Derechos del Niño⁷².

Respecto a la ley aplicable, el anterior art. 9.4 del CC fruto de la reforma del título preliminar del Código Civil, fijaba un punto de conexión claramente inconstitucional. Recurría en primer término a la ley nacional del padre, y en defecto de

⁷⁰ A.L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa Gonzalez *op. cit.* pág 140

⁷¹ Véanse la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 17 de junio de 1997 y auto de la Audiencia provincial de Barcelona de 11 de febrero de 1997.

⁷² Artículo 3 Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor: “*Los menores gozarán de los derechos que les reconocela y los Tratados Internacionales de los que España sea parte, especialmente la Convención de Derechos del Niño de Naciones Unidas y los demás derechos garantizados en el ordenamiento jurídico, sin discriminación alguna por razón de nacimiento, nacionalidad, raza, sexo, deficiencia o enfermedad, religión, lengua, cultura, opinión o cualquier otra circunstancia personal, familiar o social. La presente Ley, sus normas de desarrollo y demás disposiciones legales relativas a las personas menores de edad, se interpretarán de conformidad con los Tratados Internacionales de los que España sea parte y, especialmente, de acuerdo con la Convención de los Derechos del Niño de Naciones Unidas de 20 de noviembre de 1989. Los poderes públicos garantizarán el respeto de los derechos de los menores y adecuarán sus actuaciones a la presente Ley y a la mencionada normativa internacional.*”

este, o si solo hubiera sido declarada o reconocido la maternidad, remitía la regulación de la filiación a la ley nacional de la madre.⁷³

La preferencia por la ley nacional del padre, era lógica en el contexto de un Derecho de familia presidido por el criterio de unidad jurídica de familia y por el privilegio dado a la familia legítima, construida sobre el matrimonio católico y sobre el varón como cabeza de familia. Estas normas de Derecho Internacional Privado que apuntaban a la ley nacional del padre eran inconstitucionales, por discriminatorias, y por eso fueron reformadas en 1987.⁷⁴

El actual artículo 9.4 del Código Civil⁷⁵ sin embargo no está exento de problemas. Su lectura nos plantea algunos problemas interpretativos. Cuando el legislador utiliza el término *carácter* de la filiación parece obvio que se refiere a la condición matrimonial, extramatrimonial o adoptiva del hijo y que cuando emplea la expresión *contenido* lo hace al estado filial que se deriva de tal situación. Es decir, puede interpretarse que admite la existencia de distintos tipos de filiación de los que se puedan derivarse tratamientos jurídicos diferentes. En este punto, el orden público actuará rechazado cualquier aminoración del estatuto filial que pudiese establecer la *lex causae* en atención al origen del sujeto.⁷⁶

En la materia objeto de nuestro estudio el problema es aún más grave. Aquí se plantea la existencia de un tipo de filiación que no está reconocida en España. ¿Cómo actuaría en estos casos el orden público? ¿Es la Ley 14/2006 que establece la prohibición de este tipo de contratos, una Ley de Policía y por lo tanto de aplicación inmediata y necesaria? O planteémonos esta situación: imaginemos una pareja californiana, que tiene un hijo mediante un acuerdo de gestación por sustitución en nuestro país, ¿en estos casos se aplicaría la ley del menor californiana permisiva?

Por ello es necesario estudiar hasta dónde llega la prohibición de la gestación por sustitución en España, pero antes analizaré la filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida y concretamente de la gestación por sustitución.

⁷³ RDGRN 9 de enero de 1930, RDGRN 13 de julio de 1956.

⁷⁴ En otros países fue el TC correspondiente el que declaró la inconstitucionalidad de las normas similares: Stc 10 de diciembre 1987 de la Corte Costituzionale italiana. Actualmente, la norma central del Derecho Internacional Privado español en materia de filiación es el 9.4 reformado en 1996. *Vid.* en A.L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa Gonzalez, *op. cit.* pág 142

⁷⁵ El artículo 9.4 Cc establece que “*El carácter y contenido de la filiación, incluida la adoptiva y las relaciones paterno-filiales se regirán por la ley personal del hijo y si no pudiera determinarse ésta se estará a la de la residencia habitual del hijo*”.

⁷⁶ JM^a Espinar Vicente, *Tratado Elemental de Derecho Internacional Privado*, Madrid 2007-2008 pág. 345 y ss

III. La filiación en las técnicas de reproducción asistida: la gestación por sustitución.

1. Planteamiento

La determinación de la filiación de las personas nacidas por el empleo de estas técnicas es, según algunos autores⁷⁷, la cuestión más importante que plantea su uso, y paradójicamente donde las normas vigentes muestran una regulación más deficiente.

Es posible encontrarnos en la doctrina diferentes conceptos de filiación. Así, Zannoni la define como “*el vínculo jurídico, determinado por la procreación, entre los progenitores y sus hijos*”.⁷⁸ Para Rivero Hernández, es “*la relación jurídica que se da entre padres e hijos*”⁷⁹, y considera la relación jurídica de filiación como “*la existente entre generantes y generados, padres e hijos, con el conjunto de derechos, deberes, funciones y, en general, relaciones, que los vincula en una de las más ricas y complejas instituciones jurídicas y humanas que el Derecho contempla*”.

Con ello, es posible distinguir dos aspectos en esta materia:

a) la filiación como hecho natural, que hace referencia a ser engendrado por un padre y nacer de una madre;

b) la filiación como situación jurídica, que referencia a la posición que una persona ocupa dentro de la familia en su calidad de hijo (de la que deriva un conjunto de derechos y obligaciones).

Así, en principio, la filiación es una relación o situación, derivada de la generación y, por lo tanto, un mero hecho biológico o natural.

En el plano estrictamente jurídico es, por tanto, una situación jurídica en cuya virtud se considera que una persona es hijo de otras u otras. El hijo goza así del llamado *status filii*. Desde este plano, la filiación presenta una importancia de primer orden. Dos datos lo confirman: 1) El hijo y sus padres son titulares de derechos y obligaciones

⁷⁷ E. Serrano Alonso “Aspectos de la fecundación artificial”. *Actualidad Civil*. Núm. 107. 1999. pág 387. *Vid.* referencia en E. Lamm, “El elemento volitivo como determinante de la filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida” Barcelona, *Programa “El Derecho en una Sociedad Globalizada”* Octubre 2008. pág 13.

⁷⁸ E. Zannoni, G Bossert. “Manual de Derecho de Familia”. Editorial Astrea.1989. *Vid.* referencia en E. Lamm, *El elemento volitivo como determinante de la filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida*. Barcelona, Programa “El Derecho en una Sociedad Globalizada” Octubre 2008. pág 13-24

⁷⁹ F. Rivero Hernández, *Elementos de Derecho Civil*. Tomo IV. Familia. Dykinson. 2008 *vid.* referencia en E. Lamm, *loc.cit.* pp. 13-24

específicas que derivan de la filiación: patria potestad derecho a relacionarse mutuamente; 2) Acreditada la filiación, ésta influye decisivamente en otras instituciones jurídicas: sucesión hereditaria, alimentos, nacionalidad, nombre y apellidos, etc.

Normalmente, la relación jurídica de filiación se basa en un hecho natural o biológico, el cual, al derivar de él determinadas consecuencias jurídicas, se configura como hecho jurídico. Pero esto no tiene que ser así necesariamente. Es decir, aunque el legislador generalmente toma el hecho biológico como base para determinar la relación jurídica de filiación, no obvia otros criterios para determinar y atribuir una relación jurídica de este tipo. Las técnicas de reproducción asistida, es un ejemplo de ello.

Estas técnicas han introducido cambios importantes que inciden directamente sobre la regulación de la filiación actualmente vigente.

Cabe preguntarse si todo esto nos lleva a replantearnos el concepto de filiación. Los conceptos “clásicos” de filiación parecen haberse tornado insuficientes para definirla, ya que no logran abarcar todos los supuestos que pueden plantearse hoy en día. Podemos afirmar que la filiación, hoy en día, ya no sólo se determina por la procreación. De igual modo, tampoco es conveniente hablar sólo de “progenitores”, pues en la sociedad actual no siempre el “progenitor” es quien concluye ejerciendo el rol de “padre”.

2. Clases y títulos de determinación

Como consecuencia de lo expuesto en el apartado anterior, la doctrina distingue:

- a) Filiación por naturaleza.
- b) Filiaciones civiles, que incluyen la filiación adoptiva y la derivada de las técnicas de reproducción asistida con intervención de terceros

Para determinar la relación jurídica de filiación y establecer así el conjunto de efectos que comporta (patria potestad, obligaciones de vela y custodia, alimentos, apellidos, derechos sucesorios), el Derecho elige unos concretos hechos y actos, denominados “títulos” a los que atribuye tal función. Estos títulos que vienen a responder a la pregunta: “¿quién debe ser el padre/madre de un niño?”, incorpora dos realidades: una, la relación biológica de filiación y la jurídica que no siempre coinciden; y la segunda, ante el hecho anterior, debe decidir el legislador entre un sistema jurídico de filiación que tienda a la coincidencia entre la realidad fáctica y la jurídica, u otro que asuma, la separación entre las mismas. Sin embargo, el legislador para su elección, no

tiene una plena libertad, sino que se encuentra limitado por las previsiones constitucionales pertinentes. En concreto, la Constitución española de 1978 contiene las siguientes normas en relación con el régimen de la filiación:

a) El principio de no discriminación por razón de nacimiento: art. 14 CE, es decir, la igualdad en el tratamiento jurídico de los hijos con independencia del origen matrimonial o extramatrimonial de su nacimiento).

b) La protección de la familia, obligación de todos los poderes públicos (art. 39.1 CE).

c) La protección de los hijos y de las madres con independencia de su estado civil (art. 39.2 CE).

d) La investigación de la paternidad, (art. 39.2 CE)⁸⁰.

El régimen vigente en vigor antes de la aprobación de la CE, apenas alterado desde la aprobación de la redacción original del Código Civil, era incompatible con estas premisas constitucionales, por lo que se hizo necesaria su reforma conseguida con la Ley 11/1981, de 13 de mayo. Esta reforma reguló la filiación por naturaleza, es decir, la que une a personas que descienden unas de otras. Para ello, optó por un sistema de determinación de la filiación basado en la verdad biológica, por el cual se entiende que quien es madre o padre biológico, sea tenido por el legal.

Respecto la filiación adoptiva, su adecuación a los principios constitucionales mencionados, se consiguió a través de la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, que establece la total equiparación de efectos entre esta clase de filiación y la biológica o natural. Se opta por una constitución de la filiación adoptiva judicial; es decir, se requiere de una resolución judicial en la que se constate el cumplimiento de todos los requisitos legales y la mayor adecuación de los padres adoptantes al interés del menor.

Con esto, nos queda plantearnos qué sucede con la reproducción asistida. La decisión tomada por nuestro legislador, primero en la Ley de Reproducción Humana Asistida, 35/1988, de 22 de noviembre, y después en Ley 14/2006, de 26 de mayo, partió de la base de que la filiación nacida tras el sometimiento de los progenitores a técnicas de reproducción humana asistida no debe alterar la clasificación jurídica de la filiación, por lo que se trata sin ninguna duda filiación natural. Sin embargo, la mayoría de la doctrina y la propia realidad ha demostrando la insuficiencia e inadecuación de tal

⁸⁰ Esta posibilidad de investigación de la paternidad supuso la abolición histórica de la defensa del varón frente a la asunción de la propia responsabilidad como progenitor, que los Códigos civiles del siglo XIX habían heredado del de Napoleón.

decisión. Así como a continuación analizaré, el art. 7.1 LTRHA, bajo el título “*Filiación de los hijos nacidos con las técnicas de reproducción asistida*”, reconduce su regulación a “*las Leyes civiles, a salvo de las especificaciones establecidas en los tres siguientes artículos*” (artículos 8, 9 y 10 LTRHA, este último referido a la gestación por sustitución).

3. La filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida

Una de las consecuencias y repercusiones más importantes de las técnicas de reproducción asistida en el ámbito civil es nuevo encaje que debe hacerse de los conceptos de maternidad, paternidad o filiación. Hoy en día dentro de la maternidad biológica podemos distinguir entre maternidad genética y gestacional, que puede disociarse y recaer en personas distintas.

Mientras que en la filiación por naturaleza la determinación de la filiación tiende a asegurar la identidad personal en referencia a la realidad biológica, es decir, responde al derecho de toda persona a obtener el emplazamiento en el estado de familia que de acuerdo con su origen biológico le corresponde, en la filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida esto no es siempre así. Esto se debe a que en este tipo de filiación no siempre coincide la paternidad/maternidad genética o biológica con la formal.

La verdad biológica está basada en la generación humana donde a partir de la misma se produce la filiación natural y los efectos jurídicos correspondientes. Para este principio, es madre quien da a luz, y es padre quien ha fecundado a la mujer a través del coito. Así, tanto la paternidad como la maternidad se concretan por la sangre y la genética, coincidiendo así realidad fisiológica de ser progenitor con la realidad jurídica.

Por tanto, la institución jurídica de la maternidad y paternidad tiene su base y fundamento en la tradición establecida en el derecho de familia en la identidad padre genético y padre legal, y que, a partir del momento en que esta identidad se rompe, la institución queda totalmente desnaturalizada.

A pesar de ello, la doctrina habla de un “acercamiento a la verdad biológica” entendiendo que este acercamiento no supone que el principio de veracidad sea el prevalente, sino que existen otros principios que pueden hacerlo ceder.

Las técnicas de reproducción asistida demuestran que la filiación es, cada vez más, un concepto social y cultural, más que biológico. Tal es el caso del concepto de la

posesión de estado, donde la realidad biológica pasa a un segundo plano, siendo lo decisivo la voluntad de tener un hijo como tal. Asimismo, como veremos, la primacía del interés del menor afecta también a la materia de filiación.

Por otra parte, existen distintas situaciones que demuestran que la verdad biológica no es el único dato a tener en cuenta para determinar la filiación. El ejemplo más simple es la filiación por adopción. Además existen otras situaciones que lo demuestran, como la presunción de matrimonialidad que permite que aquellos hijos que no son biológicamente del marido aparezcan como tales si no se interpone la correspondiente acción; también la consolidación y estabilidad de la relación familiar constantemente mantenida, es decir, por la propia posesión de estado que acredita la filiación.⁸¹

En cuanto al principio de verdad formal el elemento volitivo se constituye como principal. Así lo determina, entre otros, F. Rivero Hernández⁸², quien entiende que el elemento más importante para la determinación de la filiación, del niño traído al mundo por fecundación artificial es el de la voluntad de sus progenitores, como causa última e infungible, tanto que los elementos biológicos pueden ser sustituidos. Ello es así porque el hijo nace precisamente por su exclusiva decisión de que nazca, causa por lo tanto más relevante, ya que sin ella ese hijo no hubiera nacido. Por el contrario, la aportación, aunque también imprescindible de todos los demás elementos, entiende el autor, que no es causa verdaderamente eficiente del nacimiento en cuestión.

Por tanto, en estos casos no deberá tenerse como padre, ni el que demuestra su matrimonio con la madre del nacido ("*pater est quem nuptiae demonstrant*"), ni el que demuestra que es padre biológico por la sangre ("*pater is quem sanguinis demonstrat*"), sino el que voluntariamente ha asumido esa paternidad.

Así, las cosas, ¿sería posible entonces aplicar este principio para el caso de la maternidad? Es decir, ¿se consideraría madre a aquella mujer cuya voluntad es tener un hijo, pero al no poder gestarlo por problemas de fertilidad, acude a la gestación por sustitución? ¿Y si además es la que aporta el material genético?

⁸¹ En este sentido, "*quien actúa constantemente como padre no es a la sazón simultáneamente progenitor, luego, la manera de reforzar la figura social del padre es a través del concepto jurídico de la posesión de estado, que no predica por excelencia una coincidencia entre la realidad genética y la realidad legal o registral, sino que, por el contrario, potencia, ampara y protege el grupo, o unión familiar, en la que la relación paterno y materno-filial comparte este comportamiento ininterrumpido para con el hijo de carácter permanente*" F. Lledó Yagüe: "*Fecundación artificial y derecho*". Madrid, Tecnos, 1988. pág. 117

⁸² Vid. referencia en E. Lamm, *loc.cit.* pp. 13-24

4. Diferencia con la filiación por naturaleza y la adoptiva

La filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida, se diferencia de la filiación por naturaleza en primer lugar porque la misma no deriva de la procreación.⁸³

En segundo lugar, porque en la filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida (TRA) no siempre (en los casos de TRA heterólogas)⁸⁴ el elemento genético es aportado por la misma persona que aporta el elemento volitivo. Así, mientras en la filiación por naturaleza el vínculo se funda en el elemento biológico, pues puede que el hombre no haya deseado tener un niño e independientemente de su falta de voluntad (la paternidad se le atribuye en virtud de haber aportado el material biológico), en la filiación derivada de las TRA el vínculo se funda en el elemento volitivo.

Esto comporta que tanto su determinación como el régimen de impugnación sean diferentes, pues mientras que en la filiación por naturaleza la impugnación se funda en la falta de vínculo biológico, en la filiación derivada de las TRA no es la falta de vínculo biológico lo que habilita la impugnación, sino la falta del elemento volitivo. Ello significa que, independientemente del vínculo biológico y/o genético, el que consintió no puede impugnar, o sólo puede impugnar quien no consintió.

Por otra parte, la filiación derivada de las TRA se diferencia de la filiación por adopción porque, en esta última, siempre falta el vínculo genético entre los padres y el niño, algo que no siempre se da en las TRA (es el caso de las homólogas). En ambos supuestos el vínculo se determina por el elemento volitivo, pero se diferencian porque esa voluntad, en la filiación derivada de las TRA, debe prestarse, a través de los consentimientos requeridos legalmente, con carácter previo al nacimiento. Consecuentemente, mientras en la filiación derivada de las TRA el elemento volitivo está presente desde el mismo origen de la persona, es decir, el niño nace y existe como consecuencia de esa voluntad, en el caso de la filiación por adopción el vínculo surge con posterioridad al nacimiento del niño.

Además, mientras que en la adopción el vínculo anterior (es decir, entre adoptado y la familia de origen) es biológico, cuando se recurre a las TRA heterólogas el vínculo entre el nacido y el donante puede ser solamente genético. Por lo tanto, en la

⁸³ A. Luis Calvo Caravaca; J. Carrascosa González; E. Castellanos Ruiz *op.cit.* pp 231 y ss

⁸⁴ Se distingue entre TRA heterólogas cuando se utiliza material genético de un tercero distinto de la pareja o persona que recurre a las TRA y de TRA homólogas cuando se utiliza el material genético de quienes acuden a las TRA.

adopción el vínculo anterior es más fuerte y, por ello, en la filiación por adopción se trata de conocer el origen biológico, mientras en la filiación derivada de las TRA el derecho a conocer se refiere al origen genético, a los datos del donante como aportante de material genético. Sin embargo, la situación cambia cuando estamos ante las técnicas de la maternidad subrogada, puesto que en las mismas también hay una parte que aporta el elemento biológico, y que es necesario conocer sus orígenes porque hace a su persona, a su dignidad y a su identidad.

De todo ello se deriva que, las situaciones nuevas creadas por la aparición de estas técnicas origina un tercer tipo de filiación que demanda su regulación en el Código Civil. Se deben buscar y prever nuevas soluciones, acordes a las nuevas realidades y problemáticas que hoy existen y a las que en el futuro se presenten, pues esta falta de regulación y especificidad conlleva muchas veces aplicar las normas de la filiación por naturaleza o por adopción, dando lugar a soluciones injustas o poco claras.

5. La filiación del menor en virtud de la gestación por sustitución.

A) Ley aplicable al contrato de gestación por sustitución

En nuestro país, ya hemos visto que el contrato de gestación por sustitución sería nulo, no sólo porque así lo establezca la Ley sobre técnicas de reproducción asistida, sino que también en virtud de las normas civiles (artículos 1271 y 1275 del Código Civil) se encuentran apoyos para defender su nulidad.

Sin embargo, en aquellos países donde se permiten estas prácticas, las condiciones, obligaciones, derechos y demás efectos se establecen en contratos privados, pero ¿cómo los configuramos desde el punto de vista de nuestro ordenamiento?

En primer lugar, la determinación del objeto del contrato es complicada. ¿Se trata de un contrato de hacer, de no hacer o de dar? Por otra parte, la validez del contrato también sería cuestionable si consideramos como veremos que el cuerpo humano no puede ser objeto de un contrato.

Así, aunque, como vimos, el texto legal decreta la nulidad del contrato de gestación por sustitución, debemos preguntarnos por la naturaleza contractual de este tipo de acuerdos. Esto es así, porque, si bien la nulidad puede determinar que carezca el negocio jurídico de los efectos pretendidos por las partes en su acuerdo, el resultado del

mismo, el menor hay que tenerlo en cuenta con todas sus consecuencias. En la doctrina encontramos diferentes posturas.

Una parte de la doctrina considera que, si hubiera que encasillar esta figura contractual de la gestación por sustitución entre las figuras contractuales conocidas, habría que ubicarla dentro de las de arrendamiento de obra o de servicio.⁸⁵

Otros consideran a la subrogación materna como un servicio, donde se arrienda el útero materno, situando tal figura jurídica entre los contratos que tienen como objeto la prestación de un hecho positivo y no entre aquellos otros que transmiten el uso o el dominio de una cosa. Así se trata de evitar que se emplee la expresión que el servicio o el hecho “no está en el comercio”, pues tal expresión sólo se aplica a las cosas, debiendo decirse más bien que el servicio “no es posible” o “no es lícito”⁸⁶.

Por lo tanto, es necesario hacer un análisis de este tipo de contratos para determinar su viabilidad jurídica como un contrato reconocido en ordenamientos como el californiano para establecer las características que tendría esta práctica en materia contractual.

Así, según las características de estos contratos podemos definirlo a la luz permisiva de dichos ordenamientos como:

Bilateral: Pues ambas partes contratantes se obligan recíprocamente; la madre portadora tiene la obligación de gestar el feto, tener el debido cuidado y diligencia, y entregar el niño; y para la pareja solicitante, surge la obligación de pagar un precio, equivalente en dinero, al aporte que la otra parte ha hecho.

Oneroso: Si bien en la mayoría de los países donde se permiten, se enmascara esta onerosidad estableciendo lo que se denomina el pago de un “precio razonable” que suplan los gastos derivados del embarazo, aún en este caso, el contrato tiene por objeto la utilidad de ambos contratantes, gravándose cada uno a beneficio del otro; la utilidad de los padres consiste en tener un hijo con su carga genética; y la utilidad de la portadora yace en la remuneración económica que esta recibe por haber dado su vientre, aunque sean esos “gastos razonables”

Intuitu Personae: El contrato se lleva a cabo con una persona determinada, atendiendo a los requisitos que las leyes que permiten estas técnicas establecen, de tal manera que no se puede delegar en otra persona, o si se llegare a perder uno de esos requisitos, no será apta para contratar

⁸⁵ F. Lledó Yagüe. *op.cit.* pág.149

⁸⁶ *Vid* referencia en E. Lamm, *loc. cit* pág.116

De Tracto Sucesivo: Aquellos que generan obligaciones de cumplimiento intermitente o continuo, cuya propia naturaleza impide que puedan ser satisfechas de manera instantánea; la obligación de la portadora de gestar cautelosamente el feto, se extiende en el tiempo que por naturaleza dura el embarazo, sin que exista la posibilidad de que se satisfaga de manera instantánea. Aquella obligación se limita hasta el momento en que finaliza el embarazo y el niño es entregado a sus padres. Entonces en este contrato no se habla de resolución sino de terminación. El contrato se extinguirá, dejara de producir efectos para el futuro, pero quedaran subsistentes los producidos anteriormente

En cuanto su objeto, sin obviar la cosificación del cuerpo humano, en atención a los tratados de los Derechos Humanos ratificados por España, podemos responder a la pregunta diciendo que es el útero de la mujer. En consecuencia, si se analiza cada una de las condiciones para validar el objeto, dentro de este tenemos: a) El objeto debe existir: los exámenes médicos pertinentes deben acreditar que la mujer tiene un útero capacitado para gestar al hijo de la pareja solicitante; b) El objeto debe estar determinado: en el mismo examen los especialistas en fertilidad determinaran las calidades del útero; c) el objeto debe ser posible: el trámite de implantación del ovulo es absolutamente posible por lo dicho anteriormente; d) varios instrumentos internacionales abren este campo en aras de desarrollar las libertades plenas de los individuos, permitiendo establecer que el útero de la mujer no representa un objeto ilícito en la figura contractual bajo estudio. Sin embargo, las normas de nuestro ordenamiento son claras ante esta figura.

En primer lugar, por inexistencia o ilicitud de la causa, siendo “ilícita la causa cuando se opone a las leyes o a la moral” (artículo 1275 CC). También por razón del objeto, pues no sólo la capacidad de gestar es indisponible, intransferible y personalísima, constituyendo una *res extra commercium* (art. 1271 CC), sino también el cuerpo humano en sí, por lo que sería un contrato nulo al carecer de objeto (artículo 1261.2 CC), o por contradecir las buenas costumbres, la moral y el orden público (artículo 1255 CC). Además, no puede olvidarse que las normas reguladoras de la filiación y del estado civil de las personas son imperativas y de orden público, por lo que son indisponibles.

En segundo lugar, hay quien considera que un contrato de este tipo, como hemos visto en el Capítulo primero, sería incompatible con la dignidad humana de la madre y con la del hijo, que se convertiría en objeto de un contrato, pues supondría una

vulneración de sus fundamentales derechos y libertades constitucionales. El argumento de que este convenio es contrario a la dignidad de la persona que va a nacer toma en consideración precisamente el destinatario u objeto de la intervención. El valor de la dignidad de la persona está recogido en el ordenamiento jurídico español en el artículo 10.1 de nuestra Constitución y, además, como “fundamento del orden político y de la paz social”, por lo que es un principio superior e inviolable del ordenamiento jurídico. Dignidad de la persona significa lo que se debe a la persona por su calidad de tal y lo que es “adecuado” a la naturaleza misma del ser humano. El respeto de esa dignidad es la base del Derecho, y un Estado de Derecho significa no sólo que los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico, sino que este ordenamiento jurídico debe realizar lo que es adecuado para que toda persona tenga su plena dignidad.

A nivel internacional, el Convenio Europeo sobre los derechos humanos y la biomedicina de Oviedo en 1997, vigente en España desde el 1 de enero de 2002, contiene una prohibición general de lucro en la utilización del cuerpo humano y sus partes (artículo 21). Por otra parte, en España, el artículo 2 de la vigente Ley 30/1979, de 27 de octubre, sobre extracción y trasplante de órganos⁸⁷ establece que “*No se podrá percibir compensación alguna por la donación de órganos. (...)*”, y en la parte final reitera: “*En ningún caso existirá compensación económica alguna para el donante, ni se exigirá al receptor precio alguno por el órgano transplantado.*”.

Por lo tanto, se produciría la nulidad del negocio jurídico y no se derivarían obligaciones para las partes. Aplicando los principios generales de las obligaciones, la gestante no tiene, en absoluto, la obligación de hacer lo pactado, es decir, entregar al hijo.

En lo que se refiere a la perspectiva penal, como he mencionado brevemente en el capítulo primero, el Código Penal español no tipifica como delito la maternidad por sustitución, aunque podrían dar lugar a la comisión de dos de los delitos tipificados en el artículo 220 del CP (suposición de parto, la madre de deseo que se atribuye el hijo cuando legalmente, lo es de la mujer gestante, y ocultación o entrega del hijo, es decir la mujer gestante que lo entrega a la madre de deseo) o uno del artículo 221 del CP si mediara contraprestación económica (compraventa de niños que se aplicaría a ambas madres) .

⁸⁷ BOE n° 266, 6.11.1979

Por lo tanto, la trascendencia penal de la gestación por sustitución, tendrá lugar por la realización de algún comportamiento subsumible en alguno de esos tipos penales y no por el hecho en sí de realizar el contrato de gestación por sustitución.

En definitiva, la maternidad por sustitución es penalmente irrelevante, de manera que sólo plantearía su trascendencia criminal cuando, una vez nacido el niño, se altera su filiación adscribiéndolo a una familia que no le corresponde legalmente.

De esta manera, la regulación de este tipo de técnicas en nuestro país se centra no en la prohibición o punición de este tipo de actividades, sino en la privación de efectos jurídicos al contrato y establecer la relación de filiación con respecto a la madre gestante. Así, aun en el caso de que se produjesen este tipo de contratos en nuestro país, existen dos mecanismos para impedir que se cumplan los objetivos buscados por quienes los realizan. En primer lugar, el contrato es jurídicamente nulo y como tal no puede ser alegado ante los tribunales. Por tanto, como ya he mencionado, en caso de incumplimiento por parte de una madre gestante de sustitución que se negase a entregar al hijo, el contrato no tendría ningún valor y la otra parte contratante no podría exigirle la entrega. Y en segundo lugar, en el caso de que la madre gestante cumpla con lo establecido la filiación materna quedaría determinada por el parto, lo que quiere decir que aun en caso de que las pruebas biológicas pudiesen demostrar una relación genética con la mujer que hubiese aportado los óvulos, eso no tendría significado jurídico.

Sin embargo, no podemos obviar que estas prácticas existen, por lo que ¿qué pasaría con los efectos producidos? Desde luego no podemos pensar en una destrucción retroactiva.

Además, como ya sabemos existen países donde si se permiten estas técnicas y el contrato es válido, por lo que en estos casos, puede plantearse lo que se denomina una “cuestión previa”.

Este problema se plantea cuando, en presencia de una relación jurídica internacional, en estos casos un contrato de gestación por sustitución, debe resolverse una cuestión principal de la determinación de la filiación. O un tema sucesorio, implica resolver previamente la cuestión preliminar, en estos casos, la validez de ese contrato de gestación. Esto conlleva determinar cuál es el Derecho aplicable a la misma, pues de la resolución de ésta depende como se resuelve la cuestión principal, por la conexidad que existe entre ambas.

Es decir, en estos casos, lo que se plantea previamente es la validez del contrato de gestación por sustitución que atribuye la paternidad a los padres comitentes.

Ante estas situaciones la doctrina considera dos soluciones posibles. Una sería aplicar las normas de conflicto del foro, por lo que se conseguiría una armonía interna de las soluciones (conexión independiente). Otra, sería aplicar las normas de conflicto del ordenamiento extranjero que resolverá la cuestión principal, haciendo depender de la solución de la cuestión previa, del ordenamiento extranjero que deba solucionar la cuestión principal (conexión dependiente).

La elección de la ley aplicable es un aspecto imprescindible en todos los contratos que guardan relación con diversos ordenamientos jurídicos. Es necesario contar con un ordenamiento al que puedan referirse las partes, puesto que la mera voluntad de éstas difícilmente podrá resolver todos los problemas que surjan en la realidad, máxime una vez que el contrato ya existe y se está ejecutando.

Dos son las fuentes principales que regulan el Derecho aplicable a los contratos con conexiones internacionales:

a) De orden interno: el art. 10.5º Cc. ha regulado tradicionalmente esta cuestión en nuestro ordenamiento.

b) El Reglamento (CE) nº 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I) que desplaza al artículo 10.5 Cc en su ámbito de aplicación. Este Reglamento unifica las normas de conflicto de los Estados miembros de la UE en materia de obligaciones contractuales, estableciendo un mismo régimen jurídico internacional cuando el litigio verse sobre alguno de los contratos contemplados en su ámbito de aplicación. El Reglamento de Roma es de aplicación a las obligaciones contractuales, en las situaciones que impliquen un conflicto de leyes, aunque la ley que resulte aplicable pertenezca a un Estado no contratante del Reglamento.

Este carácter universal convierte al Reglamento de Roma en una norma uniforme de Derecho Internacional Privado, que se aplica con preferencia a las normas internas de cada uno de los Estados Contratantes sin perjuicio de lo establecido en otros convenios internacionales de los que sea o pase a ser parte cualesquiera de esos Estados Contratantes, y de la aplicación de las disposiciones que, en materias específicas, regulen los conflictos de leyes en materia de obligaciones contractuales y que estén o estarán contenidas en los actos derivados de las instituciones de la Unión Europea o en las legislaciones nacionales armonizadas en ejecución de estos actos. Sin embargo, contiene una serie de excepciones de aplicación entre las que se encuentran los derechos y deberes derivados de relaciones de familia, de parentesco, de matrimonio o de

afinidad, incluidas las obligaciones de dar alimentos respecto a los hijos no matrimoniales.

Así es donde el citado artículo 10.5º Código Civil actúa ante las modalidades contractuales no previstas por el Reglamento de Roma, a los contratos celebrados antes de su entrada en vigor (1993) además de la regulación de los *conflictos internos* derivados del carácter plurilegislativo del Estado español.

El artículo 10.5 CC regula la Ley aplicable a las obligaciones contractuales y dicta que *“se aplicará a las obligaciones contractuales la ley a que las partes se hayan sometido expresamente, siempre que tenga alguna conexión con el negocio de que se trate; en su defecto, la ley nacional común a las partes; a falta de ella, la de la residencia habitual común, y en último término, la ley del lugar de celebración del contrato”*.

Así por tanto podemos encontrarnos con dos posibles soluciones: aplicación de la ley extranjera que sí permiten estas técnicas y que establece que el menor es hijo de los padres comitentes, o la aplicación de la ley española que no lo permite y establece que el menor es hijo de la madre gestante.

Si analizamos el artículo anterior, podemos observar que en primer lugar establece que se aplicará *“la ley a que las partes se hayan sometido expresamente, siempre que tenga alguna conexión con el negocio”*, ¿es posible por tanto la aplicación de la ley extranjera permisiva?

Supongamos que una pareja americana acude a una clínica privada española para la práctica de un contrato de gestación por sustitución, hipótesis que, aunque improbable, podrían darse en empresas con sede social Barcelona que se ofrecen de intermediarias para llevar a cabo estas prácticas en el extranjero. Ante este panorama, ¿por aplicación de este último artículo se podría conducir el caso a la ley nacional común del matrimonio norteamericano que sí admite la gestación por sustitución? La cuestión que se plantea es si la LTRHA se aplicaría en todo caso como norma de policía, o por el contrario, se aplicaría la norma a la que conduciría la norma de conflicto, es decir la ley californiana. A continuación lo estudiaremos.

B) Incidencia del orden público. El artículo 10 LTRHA como Norma de Policía

Este término constituye un “concepto jurídico indeterminado”, como se admite generalmente por la doctrina, por lo que las dificultades para el intérprete empiezan al tratar de delimitar en qué consiste el orden público.⁸⁸

Cuando estamos ante casos con elementos extranjeros, la decisión del Juez sobre las pretensiones de las partes no siempre se fundamenta en lo establecido por las normas sustantivas del propio ordenamiento. Sin embargo, puede suceder que la ley extranjera designada por la norma de conflicto contenga disposiciones que, aplicadas al caso, lesionen las concepciones sociales y jurídicas del foro hasta un punto inaceptable. Entonces creemos que el Juez conserva la posibilidad de descartar la aplicación de esa ley extranjera al caso concreto sometido a su resolución para defender los valores materiales que sustentan la propia concepción de justicia, hoy cada vez más interrelacionada, más internacionalmente coincidente

El Derecho de familia es uno de los ámbitos por excelencia de la intervención del orden público, en la medida de que las normas que regulan las instituciones reposan sobre concepciones a la vez sociales, morales y religiosas, sensibles frente a las leyes de países que pertenecen a civilizaciones diferentes.⁸⁹ Y concretamente, en la materia que nos ocupa, ya hemos visto que los contratos de gestación por sustitución carecen de validez porque aquellos negocios jurídicos relativos al Derecho de familia quedan sustraídos a la autonomía de la voluntad de las partes, por el interés público, los imperativos éticos y la función social que los preside. Este límite a la capacidad de disposición de las partes deriva de la prohibición de transgredir principios constitucionales y libertades públicas como son los de la igualdad, la dignidad de la persona, la libertad, la intimidad personal y familiar, la protección de los menores e incapaces y la protección de la familia.

⁸⁸ Tarea que, para algún autor, resulta imposible, pues nos encontramos ante un verdadero “enigma jurídico”. Y esta misma actitud para destacar en el Auto del T. S. Saña 1ª de 24 octubre 1979 cuando afirma que el “orden público” es una noción “... *en extremo sutil, imprecisa e indeterminada*” y que “*escapa a toda definición*”.

⁸⁹ En el ámbito de las normas civiles, en general, tres preceptos del Código civil al margen del art. 12, 3.º, incluyen una referencia al “orden público”. En el artículo 1, 3.º, I, esta noción opera como límite o reserva legal frente a la costumbre; en el artículo 6, 2.º, también como límite o reserva legal frente a “la exclusión de la ley aplicable y la renuncia en los derechos en ella reconocidos”, junto al “interés público”. Y por último, en el artículo 1.255, es la misma función de límite o reserva legal la que opera en la contratación, en relación con la autonomía privada y la libertad contractual.

En nuestro ordenamiento este límite o excepción, se encuentra recogido en el artículo 12.3 CC, que opera con carácter general, cualquiera que sea la norma de conflicto multilateral que haya determinado la remisión al ordenamiento extranjero y el sistema jurídico de otro Estado que era aplicable al caso. Límite o excepción, de otra parte, que el legislador formula con un carácter absoluto –como evidencia la expresión inicial del precepto, “en ningún caso” y que se concreta en un resultado negativo: la no aplicación de “ley extranjera” por el Juez o autoridad española “cuando resulte contraria al orden público”

No obstante, es necesario precisar que esta función no se proyecta frente a la remisión a otro ordenamiento establecida por la norma de conflicto española, pues ésta ya ha tenido lugar y se ha determinado el ordenamiento extranjero aplicable al supuesto, sino frente al resultado concreto de esa remisión. Esto es, las concretas normas materiales del ordenamiento extranjero que, de no operar el orden público, debían servir al Juez español como fundamento jurídico de su decisión en el caso planteado.

Así, en aras a la protección de los valores jurídicos fundamentales del ordenamiento español, se procede a la “depuración” del Derecho extranjero que atente contra los mismos. Sin embargo, este artículo 12.3 guarda silencio respecto la determinación del ordenamiento que debe ser aplicado por el Juez en defecto del que se ha excluido. Este silencio nos obliga a indagar en la práctica de nuestros Tribunales para observar si en algún caso aplicaron otras disposiciones del ordenamiento extranjero reclamado que no atentaran contra el orden público del foro, como sucede en Suiza o Alemania, y aunque la respuesta es negativa, podemos mencionar como precedente más favorable a la adopción de posturas más flexibles el asunto “Seslavine c. Locatelli” que juzgó un supuesto de imposibilidad material, pues la norma de conflicto española remitía al Derecho zarista. Ante esta situación el TS si bien tomó como punto de partida la *lex fori*, aplicó por analogía una institución del Derecho material español similar a la que sería aplicable de existir el Derecho extranjero.⁹⁰

Por otra parte, cabe preguntarse cuáles son las relaciones de la cláusula general de “orden público” del artículo 12, 3º con otras normas del sistema español que, por estar destinadas también a la protección de valores fundamentales del propio ordenamiento, son imperativamente aplicables a dichas situaciones por el Juez español, cualquiera que sea la ley rectora del acto o contrato de los particulares. Son las llamadas

⁹⁰ JM^a Espinar Vicente *op.cit* pág. 345 y ss.

“normas de aplicación necesaria”, “normas de aplicación inmediata” o “normas materiales imperativas”.

En este punto hay que decir que mientras que el artículo 12, 3.º sólo opera una vez que se ha efectuado la remisión al Derecho extranjero de conformidad con lo dispuesto por una norma de conflicto española, las normas materiales imperativas para las situaciones de tráfico externo del sistema español de Derecho internacional privado deberán ser directamente aplicadas por el Juez español, cualquiera que sea el ordenamiento que rijan la situación y, por tanto, con independencia de la ley designada por una norma de conflicto multilateral.

La aplicación de las normas imperativas de la ley del foro conduce habitualmente a un concurso de normas. Así, el régimen jurídico de la situación privada determinado en su conjunto por la *lex causae*, se verá afectada por la aplicación de las normas de intervención de la *lex fori*, puesto que estas últimas prevalecen.

Por tanto, el contenido de la prohibición resultante de la norma de intervención, y su alcance sobre la eficacia del negocio jurídico tiene que ser determinados conforme a la *lex fori*.

Por otra parte, en cuanto a la distinción entre normas materiales imperativas y leyes de policía, si bien no es otra cosa que un reflejo de la propia diferenciación entre orden público y leyes de policía⁹¹, nuestra jurisprudencia hace uso complementario de ambas técnicas normativas, lo que pone de manifiesto la escasa funcionalidad de su distinción. El intervencionismo del Estado en materias tradicionalmente sujetas al Derecho privado por su vinculación con la protección de los intereses individuales ha dado lugar a una extensión funcional del ámbito de aplicación de las leyes de policía, circunstancia que ha contribuido a difuminar los perfiles de la distinción entre leyes de policía, normas materiales imperativas y orden público en sentido genérico. Así, la noción de orden público se ha involucrado frecuentemente con las normas penales, de policía y seguridad pública que figuran en el artículo 8, 1.º, del Código civil, según el cual, “*Las Leyes penales, las de policía y de seguridad pública obligan a todos los que se hallen en territorio español*”.

En este punto cabe preguntarnos, ¿es nuestra LTRHA una Ley de Policía y por lo tanto de aplicación al caso estudiado?

⁹¹ En tanto que las normas materiales imperativas obedecen al carácter imperativo que en el orden internacional tienen determinados sectores normativos del Derecho privado, las *leyes de policía* suelen estar referidas al carácter propiamente imperativo y territorial de las normas del Derecho público.

En todos los casos que se pueden plantear al Derecho, y más aún cuando existen elementos internacionales, se pueden observar la existencia tanto de intereses privados como públicos. La protección de estos últimos es mayor cuando existe mayor disparidad jurídica entre los Estados y en presencia de normas de carácter imperativo, donde la atención a los intereses estatales o al llamado “orden público” cobra mayor protagonismo, y se manifiesta, para aspectos concretos, a través del método de las denominadas leyes de policía.

Las leyes de policía responden a la necesidad de un tratamiento uniforme tanto de las situaciones internas como internacionales conectadas con el territorio del foro. La imperatividad de estas normas se sustenta, en un plano funcional, en la satisfacción de intereses colectivos que explican el carácter de Derecho público de las disposiciones calificadas como tales.

La gestación por sustitución es, una de esas materias, pues donde está regulada suele estar prohibida con carácter imperativo o incluso a veces penalizada y donde se admite o se tolera, la regulación o bien es escasa o bien se reglamenta de manera estricta.

Es necesario por tanto examinar si el artículo 10 de la LTRHA tiene tal naturaleza.

Una noción de ley de policía podemos encontrarla en el artículo 9.1 del Reglamento nº 593/2008 *sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales* (“Roma I”) a cuyo tenor: *“Una ley de policía es una disposición cuya observancia un país considera esencial para la salvaguardia de sus intereses públicos, tales como su organización política, social o económica, hasta el punto de exigir su aplicación a toda situación comprendida dentro de su ámbito de aplicación, cualquiera que fuese la ley aplicable al contrato según el presente Reglamento.”*⁹²

La DGRN parece que no descarta esta idea, para las cuestiones relativas al contrato o a la filiación, cuando afirma que: *“... es indudable que los contratos de gestación por sustitución están expresamente prohibidos por las Leyes españolas”* y, que: *“Es indudable también que “la filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto”*. Sin embargo ello no quiere que a juicio de la misma estemos ante tal tipo de ley. Sin embargo, aún así, podemos entender que puede coadyuvar a fundamentar los motivos que nutren el obstáculo relativo al “orden

⁹² En este mismo sentido, la definición que da el TJCE C-369/96, 23.11.99, en el asunto *Arblad*. Citado en A, Quiñones Escámez, *loc.cit.* pág.17

público internacional” en el marco del reconocimiento. Ahora bien, ¿cual sería su ámbito de aplicación? El art. 10 de la LTRHA no contiene un criterio delimitador de su aplicación espacial, es decir, no indica, por ejemplo, que se aplicará “a los extranjeros y/o españoles”, “a los nacidos fuera de España”, etc, por lo tanto, puede ser sólo una norma de orden público interno o territorial en el sentido que ofrece el mencionado artículo 8.1 del CC por lo se aplicaría a los españoles y a los extranjeros residentes que llevan a cabo una maternidad subrogada en territorio español. Sin embargo de la lectura de la LTRHA se desprende la territorialidad material de las normas de reproducción asistida, dónde su justificación se halla en que dichas prácticas se llevan a cabo en centros médicos autorizados por la Administración española y sitios en España, por lo que siempre están sujetos a la Ley sustantiva española.⁹³

Por tanto, si se trata de una ley de orden público interno o territorial, estaríamos, en una situación similar a la del matrimonio poligámico que no puede celebrarse en España (ni entre españoles ni entre nacionales de un estatuto personal permisivo), pero sí sería posible el reconocer determinados efectos a los matrimonios poligámicos celebrados en el extranjero cuando no existieran vínculos o estuviere alejada del foro, por ejemplo el extranjero que tiene más de una esposa antes de entrar para residir en nuestro territorio o en nuestra materia, una pareja hispano-norteamericana que se instala en España con un niño nacido por maternidad subrogada en California.

En este caso, se trataría de una ley de policía contractual, por lo que entrañaría la nulidad del contrato. Ahora bien, ¿sería posible dissociar los efectos de la nulidad del contrato sobre los efectos de la filiación de los menores? En otras palabras, podemos pensar, que aunque estemos ante un fraude de ley (imperativa), que el fraude no todo lo corrompe (*fraus omnia corrumpit*), y que la propia Ley 14/2006, establece la posibilidad de reconocer por vía judicial la paternidad del padre biológico. E incluso, en algunos casos, cabría pensar en establecer (siendo imposible el determinar la madre gestante) la filiación biológica de la madre de intención cuando es la genética, y si no fuera así, cabría abrir la adopción del hijo biológico por parte del cónyuge o su

⁹³ Art.4 y Cap.V de la Ley 14/2006, de 26 de mayo 2006; Disp. Ad. Única del real Decreto 412/1996, de 1 de marzo, sobre protocolos obligatorios de estudio de donantes y usuarios y Registro Nacional de Donantes de Gametos y Preembriones; Art. 2 del RD 120/2003, de 31 de enero 2003 (requisitos para la realización de experiencias de fecundación de ovocitos congelados); RD 413/1996, de 1 de marzo 1996 (requisitos para la autorización de centros sanitarios relacionados con las técnicas de reproducción asistida). Todos ellos se refiere exclusivamente a los centros situados en España.

paternidad/maternidad social tras cierta “posesión de estado”. Todo ello, a no ser que la madre gestante lo reclamara, pero siempre que ello fuera, en el interés del menor.⁹⁴

Con todo lo dicho, respecto al supuesto planteado con anterioridad (pareja americana que acude a una clínica privada española para la práctica de estas técnicas), en un principio se podría pensar respecto al caso de la pareja californiana, que en virtud del artículo 9.4, y en su caso del artículo 10.5 Cc, se llegaría a la ley nacional del menor, y por tanto a la ley permisiva americana de estas técnicas, pudiendo establecerse la filiación a favor de los padres comitentes. Sin embargo, la invocación del artículo 10 de la LTRHA como una ley de policía permitiría asegurar el respeto a una determinada política legislativa, en este caso prohibitiva de la maternidad subrogada. Y es que en estos casos la aplicación de la ley americana no sólo podría ser descartada en virtud de la excepción de orden público internacional del artículo 12.3 del CC⁹⁵, sino que si estamos ante una ley de policía, la misma técnica conflictual, toda ella en bloque, ha de ser descartada al considerarse el artículo 10 de la LTRHA es una norma de aplicación necesaria (de orden público) e inmediata (sin necesidad del reclamo o la intermediación de la norma de conflicto) al ámbito internacional.

Sin embargo, debemos suponer que estamos ante una ley de policía contractual y que la nulidad del contrato, ya sea total o parcial, y los efectos de la filiación son disociables. De hecho, el propio artículo 10 LTRHA al permitir el establecimiento la filiación biológica paterna, aunque ello requiera el acudir a los tribunales, reconoce esta disociación.

C) La función del interés del menor en la aplicación del orden público

Por otra parte, no hay que olvidar que en nuestra materia como hemos podido observar en el Capítulo I, está siempre presente el “interés superior del menor”. Es por ello que resulta necesario analizar su contenido respecto este principio.

En primer lugar, hay que tener en cuenta que la excepción de orden público, dependiendo del momento en el que entre en funcionamiento, puede despegar sus efectos en dos sentidos distintos: son los denominados efecto indirecto y directo.

⁹⁴ *Ibidem.* pág. 9 y ss

⁹⁵ Artículo 12.3 Cc: “*En ningún caso tendrá aplicación la ley extranjera cuando resulte contraria al orden público*”

El efecto directo del orden público opera en función del contenido del Derecho reclamado, donde los valores del ordenamiento interno se ven contradichos por los de un ordenamiento extranjero. Es decir, una vez aplicada la norma de conflicto y obtenido un resultado material es considerado incompatible con el orden público del foro.

Por su parte, el efecto indirecto del orden público, opera en el ámbito del reconocimiento de decisiones dictadas en el extranjero.

Ante estas situaciones, los convenios que tratan de la unificación de normas de conflicto se inclinan por la reducción del empleo de la excepción de orden público. Una buena muestra de ello se encuentra en los Convenios de la Conferencia de la Haya, donde el orden público y el interés del menor están presentes de manera constante. Así se estima necesario⁹⁶:

En primer lugar, es necesario ubicar temporalmente tanto la noción de orden público como de interés del menor. Ambos, que por su propia naturaleza se presentan flexibles y variables, su definición en un momento concreto es necesaria para una correcta interpretación. Esta cuestión es importante, pues el valor del interés superior del menor se refleja respecto a otros, y la primacía que le otorga el artículo 3 de la Convención de los Derechos del Niño es clara.

Otro dato que hay que tener en cuenta a la hora de limitar el funcionamiento del orden público es la vinculación necesaria de la relación con el foro, para que la norma material extranjera llamada pueda ser excepcionada. En este sentido existen pronunciamientos jurisprudenciales como es el caso de la sentencia del BGH de 14 de octubre de 1992 en la que se estima que el orden público alemán no debe intervenir para excepcionar el reconocimiento de una relación de autoridad nacida de pleno derecho de la ley del menor, en este caso iraní, en aplicación del artículo 3 del Convenio sobre protección de menores de 1961, contraria al principio de igualdad de sexos, ya que todas las partes eran nacionales iraníes subrayando que aunque una de las partes fuera nacional alemana o la residencia de la familia en Alemania, esto no constituía un lazo suficiente para excepcionar la aplicación de la ley material extranjera. Esta misma línea ha seguido el Tribunal supremo español en sentencia de 22 de marzo de 2000, en la que se excepciona la aplicación de la ley material francesa referente a la reclamación de la paternidad no matrimonial demandada por una nacional francesa en nombre de su hija

⁹⁶ M. Herranz Ballesteros *El interés del menor en los Convenios de la Conferencia de la Haya de derecho Internacional Privado* Valladolid, Editorial Lex Nova 2004, pág. 178 y ss.

también francesa, respecto a un nacional español. En este caso, la nacionalidad española del demandado además de servir de fuero de competencia para que los tribunales españoles pudieran conocer, fue también relevante para la aplicación de la excepción de orden público. Así, se hace hincapié en la proximidad de la relación ya que si tal vinculación fuera inexistente, podría cuestionarse el rechazo a la aplicación de la norma extranjera, pues la escasa repercusión en el foro de los efectos que se produzcan evitaría la aplicación de la excepción de orden público.

En tercer lugar, es necesario analizar es necesario analizar la norma de aplicación extranjera en cada caso en concreto, con el fin de comprobar que sus efectos pueden atentar con los principios fundamentales del foro. Es decir, en relación con el interés del menor, puede suceder que una norma en abstracto se exceptúe por ser contraria con este principio, pero tras su aplicación en concreto se observa que sus efectos no contradicen el interés del menor.

Por lo tanto, la incorporación del interés superior del menor como principio esencial en la Convención de los Derechos del Niño de 1989, aunque no exenta de dificultades respecto a su interpretación, supuso la imposición de un estándar jurídico de carácter fundamental y cuyo respeto pone en funcionamiento la cláusula de orden público, que obliga a que ésta a su vez se interprete teniendo presente dicho principio. Nos encontramos así con dos vertientes de orden público: como protección de una norma de policía, imperativa y como protección de un principio fundamental como es el “interés superior del menor”. En mi opinión, este interés se vería vulnerado si se aplicase el artículo 10 LTRHA, pues supondría atribuir a una mujer la filiación de un menor que no desea tenerlo, pero mientras no se proceda a su modificación, estamos ante una norma imperativa, cuya transgresión supondría un quebrantamiento del orden público.

A continuación, en el Capítulo III, entenderemos como estos problemas se ven reflejados en la práctica, cuando se pretende inscribir en el Registro Civil español unos menores nacidos mediante gestación por sustitución en el extranjero.

CAPÍTULO III.- EL ACCESO AL REGISTRO DE LOS NACIMIENTOS DE GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN OCURRIDOS EN EL EXTRANJERO

I. Supuestos y formas de acceso al Registro. II. El “reconocimiento” de la certificación registral extranjera. 1. “Método de Reconocimiento” vs. “Método conflictual”. El artículo 81 del Reglamento del Registro Civil. 2. El problema de la revisión de fondo del asunto y del control de ley aplicada. A) Introducción. B) El control de la competencia judicial y el fraude de ley. C) El fraude al “conflicto de calificaciones”. D) El problema del artículo 23 de la Ley del Registro Civil. E) Posición de los Tribunales españoles. 3. La Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010. A) Planteamiento. B) Sobre la aplicación de la LTRHA. C) La distinción entre reconocimiento incidental y *exequatur*. D) El olvido del “orden público internacional”. E) El denominado “imperialismo” utilizado por la Instrucción. F) Alcance de la competencia del Encargado del Registro Civil. 4. La incidencia de la libre circulación de los ciudadanos de la Unión. 5. Efectos del acceso al Registro. III. La nueva situación generada por la Ley 20/2011 de Registro Civil. IV. Ponderación de intereses y posibles alternativas

I. Supuestos y formas de acceso al Registro.

Para el estudio de este capítulo partiré del análisis del reciente caso más reciente y primero en España protagonizado por una pareja homosexual, de gestación por sustitución que dio lugar a la Resolución de la DGRN de 18 de febrero de 2009, donde se estima el recurso interpuesto por dos hombres españoles casados en Valencia en 2005, contra la negativa del Encargado del Registro Civil consular español en Los Ángeles en base en la prohibición mencionada del art. 10.1 LTRHA, a inscribir los certificados de nacimiento que declaraban hijos suyos los mellizos nacidos en octubre de 2008 en San Diego, a través de gestación por sustitución.

Al nacer los menores, las autoridades locales emitieron los correspondientes certificados de nacimiento en el que ambos varones figuran como padres. En estos casos, los certificados no mencionan nada acerca de la madre gestante ni, en su caso, la madre biológica⁹⁷.

Hay que recordar también, que la gestación por sustitución en California, requiere la existencia de una decisión judicial californiana, que es la que confirma los derechos de los padres y extingue los derechos de la madre gestante y los de su cónyuge⁹⁸, para homologar el contrato de maternidad subrogada. El procedimiento se suele iniciar durante el segundo trimestre de gestación y, una vez recaída la sentencia, ordena al hospital que justo después del parto incluya los nombres de la pareja

97 Como se pudo ver en el Capítulo I, la maternidad en este tipo de técnicas suele estar disociada. En algunos casos, la madre intencional es, también, la genética siendo la madre sustituta la que gesta y da a luz al hijo, peor en este caso, al ser una pareja homosexual, es la mujer que gesta la que aporta también el óvulo.

98 Para evitar el juego de la presunción de paternidad matrimonial contenida en el artículo 7611 del California Family Code

comitente en el certificado original de nacimiento. Con ello, se pretende conseguir que el nacido vea reconocida legalmente su filiación desde este mismo momento.

A continuación el certificado debe inscribirse en la Oficina estatal de los registros vitales (*The California Office of Vital Records*) durante los diez días siguientes al nacimiento, junto con la sentencia que declara la filiación del nacido respecto de la pareja comitente. De lo contrario, la filiación del nacido se establecerá a favor de la madre subrogada y, si está casada, también a favor de su marido⁹⁹.

Así, cumpliendo con el artículo 86 del Reglamento de Registro Civil, el matrimonio presentó la solicitud de inscripción ante el consulado español en cuya demarcación se había producido el nacimiento. Sin embargo, el cónsul y responsable del registro resolvió denegando la solicitud con el argumento de que los acuerdos de gestación por subrogación son nulos según la ley de reproducción asistida y, por lo tanto, se les denegó también la expedición de un pasaporte español que permitiera a los niños viajar a España.

En esta situación, el matrimonio presentó un recurso ante la Dirección General de los Registros y del Notariado a través del consulado de los Ángeles. Además, solicitaron al Departamento de Estado americano los pasaportes para sus hijos, que les fueron concedidos.

A finales del 2008, la familia regresó a España. Una vez aquí, solicitaron a la Delegación del Gobierno en Valencia un permiso de residencia para sus hijos, sea como hijos de españoles o, en su defecto, en concepto de reunificación familiar, sin embargo nunca recibieron respuesta.

El Consulado General de España en Los Ángeles les informó en abril de 2008 que la DGRN había resuelto a su favor y recibieron las partidas de nacimiento de sus hijos y el Libro de Familia con su respectivo asiento.

Sin embargo, en enero de 2010 la Fiscal Jefe de Valencia informó al matrimonio que iba a demandar tanto a ellos como a la DGRN por “duda de legalidad” contra la resolución de la DGRN que permitió la inscripción de sus hijos en el Registro Civil solicitando la nulidad de la resolución y la anulación de la inscripción registral de

⁹⁹ Las normas a las que atienden los tribunales son el *California Family Code*, Sections 7630.3 (f) y 7650 (a). El primero de los artículos se refiere a los padres: “Una parte en un acuerdo de reproducción asistida puede interponer una acción en cualquier momento para establecer la relación de filiación existente entre padres e hijos en consonancia con la intención expresada en el acuerdo de reproducción asistida.”. El segundo, trata de la posible acción por la que se determina la existencia o no-existencia de la filiación materna.

los menores con la retirada implícita de la nacionalidad española. Así fue, y a pesar de recurrir ante la Audiencia Provincial, ésta volvió a pronunciarse en el mismo sentido basándose en la prohibición de la gestación por sustitución en nuestro país.

En todo esto, la DGRN en la Instrucción DGRN de 5 octubre 2010, antes de que la Audiencia Provincial se pronunciase, establece un régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución.

No se conoce si la pareja ha recurrido ante el Tribunal Supremo, pero de ser así, verdaderamente la Instrucción citada permitiría la inscripción de los menores en el Registro? ¿De lo contrario, en qué situación se quedarían? Antes de entrar de lleno en el análisis del caso, es necesario determinar unas cuestiones previas.

Para empezar, es importante clarificar si los menores nacidos en California ostentan la nacionalidad española y si, por ello, el nacimiento y la filiación de los mismos debe ser inscrita en el Registro Civil español, pues el art. 15 Ley de Registro Civil (LRC) establece que para que dicho acceso sea posible, el nacimiento tendría que haber tenido lugar en España o que el nacido ostente la nacionalidad española¹⁰⁰.

A lo largo de la historia, nuestro ordenamiento jurídico ha ido derivando paulatinamente de la utilización del *ius soli* al *ius sanguinis* como principio esencial. En nuestro ordenamiento jurídico actual la generación y el nacimiento son los dos instrumentos que sirven de vehículos para desarrollar las tres directrices claves de nuestro sistema de atribución: la de proteger de forma integral a los menores nacidos en España o cuyo primer lugar conocido de estancia fuese territorio español; la de evitar la perpetuación de generaciones de extranjeros nacidos y arraigados en nuestro país; y la de agrupar en torno a la nacionalidad española a los descendientes de españoles, con independencia de donde se hallen y de donde nazcan sus hijos.

En este caso, los menores nacieron en California, así que habrá que analizar su adecuación con el segundo párrafo del art. 15 LRC. Con ello, se nos plantea el interrogante de si estos menores son españoles. El art. 17.1.a) CC nos da la respuesta. Este primer inciso del artículo 17.1 del Código Civil abre el catálogo de los nacionales originarios refiriéndose a “*los nacidos de padre o madre españoles*”. Esta referencia preferente al *ius sanguinis* se encuentra consagrada en nuestro sistema desde hace más

¹⁰⁰ Art. 15 de la Ley del Registro civil de 8 junio 1957 “1. En el Registro constarán los hechos inscribibles que afectan a los españoles y los acaecidos en territorio españoles, aunque afecten a extranjeros. 2. En todo caso se inscribirán los hechos ocurridos fuera de España, cuando las correspondientes inscripciones deban servir de base a inscripciones exigidas por el derecho español”.

de un siglo, dirigida al cumplimiento de una doble finalidad: la de evitar que los hijos de los nacionales de un país con alta tasa de emigración quedasen desvinculados de sus raíces y la de agrupar en torno a la ciudadanía española a toda la unidad familiar creada por un español¹⁰¹. Esta referencia a los “nacidos” introducida en el precepto por la Ley 18/1990 de 17 diciembre 1990 sobre reforma del Código Civil en materia de nacionalidad, dejado un amplio espacio al juego de la libre decisión de sus componentes. Son españoles los nacidos de padre o madre españoles, con independencia de su filiación.

Esto, según grandes internacionalistas como González Campos¹⁰², responde a un objetivo concreto. La mención de “hijos” de padre o madre españoles, en lugar de “nacidos” puede dar lugar al problema del llamado “*circulus inextricabilis*”, “doble espejo” o “problema circular”. Este problema surge cuando la determinación de la “nacionalidad” se vincula a la cuestión de la filiación y viceversa. La diferencia entre el término “hijo” que se empleaba en la antigua redacción del Código y el concepto “nacido” de la actual estriba en que el vocablo “nacido” hace referencia a un dato fáctico del que se hacen derivar dos consecuencias distintas: la nacionalidad y la filiación; es decir, ambos estados nacen de forma paralela y no correlativa. No es preciso que se reconozca previamente la filiación (ser hijo de) porque ambos estados tienen mecanismos diferentes de acceso.¹⁰³ Es decir, para concretar la filiación es necesario conocer cual es su nacionalidad (pues así lo exige el art. 9.4 CC: la filiación se rige por la Ley nacional del sujeto), pero para determinar la nacionalidad del sujeto, es preciso conocer antes su (ya que así lo exige el art.17.1.a) CC, pues son españoles aquellos sujetos cuyo padre o cuya madre son españoles). Este círculo se elimina con la expresión “nacidos” de padre o madre españoles, pues así, puede afirmarse que no es exigible que haya quedado determinada legalmente la filiación del sujeto respecto de un padre o de una madre de nacionalidad española, sino que es suficiente con que se acredite el “hecho físico de la generación” del menor. En palabras de la DGRN debe considerarse que un sujeto es “nacido” de padre o madres españoles si resulta posible recabar “*indicios racionales de la generación física del nacido por un progenitor español*” (RDGRN 28 octubre 1986): por ejemplo, por posesión de estado o inscripción

¹⁰¹ Véase F. De Castro y Bravo, *Derecho Civil de España* Madrid, Instituto de Estudios Jurídicos T. II. 1952 págs. 422 y ss

¹⁰² J.D González Campos “Art. 17 CC”, en *Comentarios a las reformas de Nacionalidad y Tutela*, Madrid, Tecnos, 1986, pp. 17-53.

¹⁰³ Véanse entre otras las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de fechas 4-II-1966 y 19-I-1976.

en el Registro Civil, español o extranjero o por el hecho, acreditado, de que el nacido ha sido generado a partir de material genético de un ciudadano español como suele suceder con extrema frecuencia en la realidad práctica¹⁰⁴.

Así lo consideró la DGRN en la famosa Resolución de 18 febrero 2009, donde acepta que concurren datos que demuestran el hecho físico de la generación de los menores, por parte de progenitores españoles, pues cabe recordar que los menores habían sido generados a partir del material genético de los varones y así se constató en la decisión judicial californiana que homologó el contrato de subrogación.¹⁰⁵ Más problemas surgirían si se diera el caso en que la madre gestante californiana aportase también el óvulo y el padre fuese donante anónimo por tratarse de una mujer soltera quien accediera a éstas técnicas.

Con todo ello, se considera que los nacidos en este caso, ostentan nacionalidad española, al ser nacidos de españoles, de modo que el art. 15 de la ley de Registro Civil es aplicable, y por tanto, el nacimiento de dichos sujetos puede y debe acceder al Registro Civil español.

Una vez, clarificado este punto, veamos que formas existen de proceder a la inscripción de un menor español nacido en el extranjero.¹⁰⁶ Hay que distinguir entre dos procedimientos distintos conforme al artículo 168 del Reglamento del Registro Civil¹⁰⁷, para proceder a la inscripción en el Registro Civil español de un nacimiento ocurrido en el extranjero: a través de la declaración del sujeto o por medio de la presentación de un certificado registral extranjero en el cual consta el nacimiento y la filiación del nacido.

La *Tutela por declaración o proceso de cognición directo*. En estos casos, la filiación de un sujeto nacido tras gestación por sustitución no ha quedado determinada por autoridades extranjeras en una “decisión extranjera”, por lo que deberá instarse por

¹⁰⁴ J. Carrascosa González, “Filiación”, en A.-L. Calvo Caravaca /J. Carrascosa González *Derecho internacional privado*, vol. II, 11ª edición, Granada, Comares, 2010, pp. 193-212, esp. pp. 194-199.

¹⁰⁵ En esta misma línea la DGRN también lo consideró así en la Consulta de 20 diciembre 2006 respecto a un español nacido en India.

¹⁰⁶ M. Virgós Soriano / F.J. Garcimantín Alférez, *Derecho procesal civil internacional. Litigación internacional*, 2ª ed., Madrid, Civitas, 2007, pp. 38-40.

¹⁰⁷ Decreto de 14 de noviembre de 1958 por el que se aprueba el Reglamento de la Ley del Registro Civil. Artículo 168: “Encargado, antes de inscribir, exigirá el parte adecuado, y no obteniéndolo o siendo contradictorio a la información del declarante, comprobará el hecho por medio del Médico del Registro Civil o su sustituto, que ratificará o suplirá el parte exigido.

El Médico del Registro Civil o sustituto más cercano que resida en población situada a más de dos kilómetros podrá excusar su asistencia y la comprobación se diligenciará en acta separada, en virtud de la información de dos personas capaces que hayan asistido al parto o tengan noticia de él.

En los Registros Consulares, en defecto de parte adecuado del Médico de cabecera, se acudirá a la información supletoria a que se refiere el párrafo anterior.”

vez primera la determinación de la misma ante autoridades españolas, ya sean registrales o judiciales. Al tratarse de un supuesto internacional, las autoridades españolas deberán aplicar una norma de Derecho internacional privado con el objetivo de precisar el Derecho estatal regulador de la filiación, es decir, el art. 9.4 CC, que ordena dar aplicación a la Ley personal del hijo (que es la Ley nacional del hijo: art. 9.1 CC). A continuación, las autoridades españolas aplicarán las disposiciones materiales de la Ley nacional del hijo y, en consecuencia, los criterios sustanciales que hayan sido acogidos por tal ordenamiento jurídico para atribuir la filiación al nacido tras una gestación por sustitución (criterio del parto). Así, sólo si el nacido es español, se aplicará el Derecho español, y, en consecuencia, la LTRHA.

Por otra parte, tenemos la *Tutela por reconocimiento*. Aquí, ya se ha acudido a autoridades públicas extranjeras, que han declarado cuál es la filiación del nacido tras una gestación por sustitución. Se trata, ahora, de concretar qué efectos jurídicos puede surtir en España esa decisión pública extranjera, que puede ser una sentencia extranjera, acta registral extranjera, etc.

En estos casos, el acceso de estas actas registrales extranjeras al Registro Civil español no plantea una cuestión de “Ley aplicable” a la filiación, sino una cuestión de “reconocimiento”, en España, de actas registrales extranjeras. Por ello, el art. 9.4 CC en principio, es inaplicable en estos casos, al igual que el art. 10 LTRHA. Este precepto sólo debe aplicarse si se trata de fijar por vez primera en España la filiación de estos nacidos. Y no es aplicable si de lo que se trata es de determinar si una filiación ya determinada en virtud de una decisión pública extranjera (sentencia extranjera, acta registral extranjera, etc.) puede producir efectos jurídicos en España. El mismo párrafo segundo del art. 10 LTRHA precisa que “*La filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto*”. Es decir, el precepto indica que aún la filiación no ha sido determinada y, por ello, es preciso determinarla.

En conclusión, el art. 10 LTRHA sólo es aplicable cuando la cuestión jurídica suscitada constituye una cuestión de “tutela por declaración”, es decir, cuando se trata de una controversia relativa al Derecho aplicable a la filiación que debe decidirse por las autoridades españolas en el marco de un “proceso de cognición directo” y la Ley aplicable a la filiación es, por mandato de las normas de conflicto españolas, la Ley sustantiva española.

II. El “reconocimiento” de la certificación registral extranjera

1. “Método de Reconocimiento” versus “Método conflictual”. El artículo 81 del Reglamento Registro Civil.

En el siglo XXI, siglo de gran movilidad internacional de los particulares, la estabilidad legal de las situaciones jurídicas constituye el eje de todo sistema de Derecho Internacional Privado.

El método conflictual, construido en el S. XIX por Savigny¹⁰⁸, tiene por objetivo coordinar los ordenamientos jurídicos estatales a fin de salvaguardar la continuidad en el espacio y en el tiempo de las relaciones y situaciones privadas internacionales. Trataba de construir un "puente" entre la situación y un ordenamiento jurídico. Savigny establece que para resolver un conflicto de leyes en el espacio es preciso aplicar el ordenamiento en el que la relación jurídica tiene su sede y para determinar cual es la sede partía de la naturaleza de la relación jurídica de dicha relación y así localizarla en un ordenamiento determinado.

Esta idea de reconocer las situaciones privadas creadas válidamente al amparo de otro ordenamiento se ha visto renovada, en nuestros días, con el llamado método del reconocimiento. Aquí la cuestión ya no es determinar la ley que nos diga si una determinada situación jurídica es válida en el Estado donde se pretende hacer valer, si no que lo que se pretende es determinar bajo qué condiciones se admite y recibe una situación ya consolidada al amparo de un Derecho extranjero. Se trata en definitiva de un conflicto de sistemas resuelto a favor de las normas de conflicto del Estado de origen. La norma de reconocimiento parte de una situación jurídica legalmente creada, válida y existente. La autoridad del Estado miembro de origen ya conoce la situación, le aplica la normativa pertinente y la dota de los efectos propios derivados de la misma. Por tanto, la autoridad del Estado miembro de destino no debe controlar la ley que aplicara la autoridad del Estado miembro de origen ni debe concederle efectos distintos de los que adquirió únicamente debe limitarse a reconocer la situación jurídica creada. Este método, que en el ámbito comunitario se ha visto reforzado por el reconocimiento

¹⁰⁸ Vid. en A. Quiñones Escámez *op. cit.* pág 16

automático, como más adelante veremos, supone la consolidación del principio de confianza.

¿En este caso, como se justificaría el procedimiento de “reconocimiento”? Para analizar este apartado es necesario estudiar el artículo 81 del Reglamento de Registro Civil (RRC)¹⁰⁹. Este artículo refleja, de modo claro, diversas ideas que pueden resumirse en las que siguen:

1) Cuando se dispone de un documento auténtico ya sea original o testimonio expedido por autoridades extranjeras judiciales, administrativas o notariales, no es necesario, para practicar una inscripción en el Registro civil español, instar *de nuevo* dicha inscripción.

2) Dicho documento que puede ser judicial, administrativo o notarial extranjero, constituye el “*título para inscribir el hecho de que da fe*”.

3) Sin embargo, para que el título acceda al Registro Civil español, no es suficiente su mera presentación sino que es necesario superar un “control de legalidad”, pues sólo superado dicho “control de legalidad”, el documento extranjero tendrá “*fuerza en España*”.

4) Existen dos modos de lograr la superación de este control de legalidad. En primer lugar, si resulta aplicable un instrumento legal internacional, se atenderá a lo que disponga en el mismo. A falta de tal instrumento legal internacional, se regirá mediante los procedimientos recogidos en las Leyes españolas.

Sin embargo, el art. 81 RRC, no establece un conjunto de requisitos que debe satisfacer el documento registral extranjero para proceder a su inscripción en el Registro civil español. Lo que sí resulta importante destacar, como indica la RDGRN 18 febrero 2009, es que este artículo 81 RRC no requiere¹¹⁰ que la solución dada por las autoridades extranjeras sea igual a la solución que ofrecen las normas jurídicas españolas, pues “*pudiendo haberlo exigido en tal sentido, no lo ha hecho en modo alguno, sino todo lo contrario*”. En el caso que nos ocupa, el Consulado español en Los Ángeles procedió a la denegación de la inscripción del acta registral californiana en España, argumentándose en la prohibición de la Ley sustantiva española.

¹⁰⁹ El art. 81 RRC indica: “*El documento auténtico, sea original o testimonio, sea judicial, administrativo o notarial, es título para inscribir el hecho de que da fe. También lo es el documento auténtico extranjero, con fuerza en España con arreglo a las leyes o a los tratados internacionales*”

¹¹⁰ Como si lo hace, por ejemplo, el artículo 36 Reglamento Hipotecario “*Los documentos otorgados en territorio extranjero podrán ser inscritos si reúnen los requisitos exigidos por las normas de Derecho Internacional Privado, siempre que contengan la legalización y demás requisitos necesarios para su autenticidad en España*”

Ahora bien, en este caso, ¿la cuestión controvertida suscita un problema de “Derecho aplicable a la filiación”, o una cuestión de “efectos jurídicos en España de una decisión extranjera”? Todo hace pensar que estamos ante un caso de “validez extraterritorial de decisiones extranjeras”, pues la filiación ya ha sido determinada y, por lo tanto, las autoridades registrales españolas encargadas del registro no deben aplicar las normas de conflicto españolas ni la Ley sustantiva designada por tales normas de conflicto, sino que deben proceder a la aplicación de las normas de Derecho internacional privado españolas que regulan el acceso de las certificaciones registrales extranjeras al Registro Civil español (en concreto el art. 81 RRC). Esta es la postura que toma la RDGRN 18 febrero 2009. Considera que el art. 81 RRC no exige que se lleve a cabo una aplicación de las normas de conflicto españolas y de la Ley española o extranjera a la que puedan conducir tales normas de conflicto españolas. El art. 81 Reglamento del Registro Civil no exige que la solución jurídica contenida en la certificación registral extranjera sea "idéntica" a la solución jurídica que habría alcanzado una autoridad registral española mediante la aplicación de las normas legales españolas, como tampoco se exige que la Ley extranjera designada por nuestras normas de conflicto presente un contenido "idéntico" al de las Leyes españolas (*vid.* art. 9.4 CC). Lo que exige el art. 81 Reglamento del Registro Civil es que la certificación registral extranjera cumpla con determinadas exigencias imperativas ineludibles para que pueda tener "fuerza en España" y acceder, de ese modo, al Registro Civil español. Aparte la exigencia de la competencia de la autoridad registral extranjera y del respeto, en su caso, de los derechos de defensa de los interesados, extremos de los que no cabe dudar en el presente caso, se exige, como no puede ser de otro modo, que la certificación registral extranjera no produzca efectos contrarios al orden público internacional español.¹¹¹

El argumento jurídico empleado por el Consulado español en Los Ángeles para proceder a la denegación de la inscripción del certificado de nacimiento californiano en España se basaba en que la filiación que constaba en la misma no se ajustaba a la Ley sustantiva española, que declara nulos los contratos de gestación pro sustitución. Sin embargo, la DGRN indica que, en este caso, la cuestión que se plantea, que podría concretarse en quiénes son los padres de los menores no suscita un problema de “Derecho aplicable a la filiación”, sino una cuestión de “efectos jurídicos en España de

¹¹¹ RDGRN de 18 febrero 2009, FD II, III y IV

una decisión pública extranjera”.¹¹² Es decir, en este caso la filiación ya ha sido determinada al amparo de una ley extranjera y lo que se pretende es hacer valer lo que constata la certificación en otro Estado, no se trata de determinar de nuevo la filiación.

La aplicación del método del reconocimiento resulta fácilmente entendible y clara en presencia de decisiones judiciales extranjeras. Son decisiones que producen efectos de “cosa juzgada material” y en las que la autoridad judicial “decide” sobre los derechos y obligaciones de los particulares y “declara”, de modo definitivo, el estado jurídico de la cuestión debatida. Sin embargo, no resulta tan claro el método a elegir (reconocimiento vs. método conflictual) cuando estamos ante resoluciones dictadas por autoridades estatales no judiciales, como las autoridades administrativas, que suelen dictar “pronunciamientos” en los que no resuelven conflictos legales entre los particulares, sino que se limitan a constatar la existencia y validez de situaciones jurídicas.¹¹³

¿Son, por tanto, estas resoluciones verdaderas “decisiones”? Para poder responder afirmativamente debemos observar el carácter y grado de la intervención de la autoridad californiana en la respuesta jurídica contenida en la certificación registral.

La intervención de las autoridades californianas no se limita a constatar las manifestaciones de voluntad de los particulares, sino que se trata de una intervención de fondo que lleva a cabo un control del ajuste del acto al ordenamiento jurídico. Por ello, la certificación registral californiana presenta una clara “intensidad decisional”¹¹⁴, constituye así una declaración oficial, por parte de una autoridad pública de un Estado, sobre la legalidad y la validez legal de una situación jurídica determinada, en este caso la filiación de unos menores.¹¹⁵

¹¹² RDGRN de 18 febrero 2009, FD II *in fine*: “Las normas de conflicto españolas y las normas sustantivas designadas por tales normas de conflicto son solo aplicables a los supuestos que surgen ante las autoridades españolas sin que haya sido dictada una “decisión” por autoridad pública extranjera. Por consiguiente, son aplicables en el presente caso las normas jurídicas españolas que regulan el acceso al Registro Civil español de las certificaciones registrales extranjeras, esto es, el art. 81 del Reglamento del Registro Civil y no las normas de conflicto españolas y tampoco las normas sustantivas españolas que determinan la filiación”.

¹¹³ Sobre este debate *vid.* A.L Calvo Caravaca, J. Carrascosa González: “Gestación por Sustitución y Derecho Internacional privado: Consideraciones en torno a la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 18 de febrero de 2009.” *Cuadernos de Derecho Transnacional* Octubre 2009, Vol. 1, Nº 2, pág 301

¹¹⁴ A.L Calvo Caravaca, J. Carrascosa González, *loc.cit.* pág 301

¹¹⁵ En este sentido, se ajusta a la tendencia observada en ciertos instrumentos legales, en la jurisprudencia y en la postura seguida por buena parte de la doctrina en favor de un concepto amplio de “decisión”. Así el TJUE ha calificado como “decisión” un acta registral en la que consta el nombre de un menor empleando así el método de reconocimiento y no el conflictual (STJUE 14 octubre 2008, as. C- 353/06, *Grunkin-Paul*, que después analizaremos).

Sin embargo, el hecho de considerar la certificación registral californiana como una “decisión” no supone equipararla a una sentencia judicial extranjera. Sólo éstas producen efectos de cosa juzgada y establecen un estado definitivo en Derecho de las posiciones jurídicas de los particulares.

Lo declarado en la sentencia se tiene por verdadero en Derecho pero no es el caso de la certificación registral. Una vez que dicho documento público extranjero supera en España, en su caso, el método del reconocimiento, no sería tratado como una “sentencia judicial” sino como lo que realmente es, es decir, como un “título apto para la inscripción en el Registro Civil” (art. 81 RRC) que, una vez inscrito en dicho Registro, surte los efectos propios del mismo (art. 2 LRC). Por lo tanto, si acceden al Registro español, su contenido, es decir, la filiación de los menores puede ser planteada ante los tribunales, pudiendo éstos anular la inscripción y declarar la filiación de los menores en un sentido distinto del proclamado por la certificación registral californiana. Es decir, mientras que las decisiones de los jueces publican veracidad legal, el Registro Civil español publica presunciones de veracidad.

Por otra parte, como hemos visto, el art. 81 RRC requiere que las certificaciones registrales superen un control de legalidad, y como considera la DGRN “*dicho control de legalidad no consiste en exigir que la autoridad registral extranjera haya resuelto el caso de modo idéntico a como lo habría resuelto una autoridad registral española*”.

Las razones que apunta la DGRN para considerar que no debe exigirse esa identidad de soluciones descansan en que las autoridades registrales extranjeras aplican sus propias normas de conflicto para determinar la Ley reguladora de la filiación de los nacidos en California, y pretender lo contrario es querer imponer el sistema español de normas de conflicto al mundo entero.

La DGRN destaca el carácter claudicante de la certificación californiana de nacimiento. Ello vulnera la seguridad jurídica en el contexto internacional. El Derecho internacional privado tiene los métodos oportunos para evitar que se hagan inestables las “posiciones jurídicas de los particulares”. Así, al posibilitar el reconocimiento en España de las decisiones públicas extranjeras, se logra que las situaciones jurídicas de los particulares no cambien de Estado a Estado¹¹⁶. Subraya igualmente la DGRN el fundamento constitucional de la seguridad jurídica que proporciona el Derecho Internacional Privado (art. 9 CE). La seguridad jurídica en el contexto internacional es

¹¹⁶ Como después veremos en la STJUE 2 octubre 2003, as. C 148/02, *García Avello*, y la STJUE 14 octubre 2008, asunto C 353/06, *Grunkin-Pau.l*

necesaria para cumplir de modo satisfactorio con el principio de la “tutela judicial efectiva” y con el derecho a un “proceso equitativo”, puesto que una situación que cambia al cruzar de frontera no es una solución ajustada a la Constitución¹¹⁷

Por otra parte, la razón que ofrece la DGRN descansa en la idea de reducir los “*costes de transacción conflictuales*”¹¹⁸. Es decir, las autoridades registrales californianas, al aplicar normas jurídicas sustantivas distintas a las que habría aplicado la autoridad registral española, conduciría a que los nacidos en California tendrían una determinada filiación en California, pero dicha solución resultaría inefectiva en España, de modo que los interesados tendrían que volver a plantear de nuevo la inscripción de los menores en el Registro Civil español. Ello vulneraría la más elemental economía procesal además de elevar los costes de litigación para los particulares en el contexto internacional pues supondría llevar a cabo dos procedimientos uno por país, donde además los perjudicados no sólo serían los particulares, sino también los Estados implicados obligados a abrir “nuevos procesos” con coste para los aparatos registrales estatales y para el erario público español, cuando, realmente, el proceso registral ya tuvo lugar en el extranjero.

2. *El problema de la revisión de fondo del asunto y del control de ley aplicada*

A) Introducción

Como hemos visto, el método que utilizada la DGRN se centra en la determinación de la “*validez extraterritorial de decisiones*”. El método del *reconocimiento de las situaciones creadas en el extranjero* excluye el control conflictual, al considerar que una situación que ha sido válidamente constituida en el Estado de origen (con el concurso de las autoridades y su propio control conflictual) debe ser reconocida en los otros Estados. El método implica, sin embargo, considerar que tal Derecho es el ordenamiento competente o de referencia, cuyas autoridades han dictado una sentencia justa aplicando sus normas de conflicto. En definitiva, el control conflictual se realiza en el Estado de origen y no en el Estado de reconocimiento

¹¹⁷ Art. 24 CE 1978 y art. 6 del Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales hecho en Roma el 4 noviembre 1950. También, STEDH 19 marzo 1997, caso *Hornsby vs. Grecia*.

¹¹⁸ A.L Calvo Caravaca, J.Carrascosa González, *loc. cit.* pág. 307.

El exequátur de la sentencia californiana que establece la doble filiación paterna de los menores no supone una revisión del fondo del asunto, salvo en la medida que fuera indispensable para asegurar el respeto a los principios esenciales de nuestro ordenamiento a través del límite del orden público internacional, criterio éste consagrado tanto en la teoría general del DIP como por el Tribunal Constitucional¹¹⁹. Tampoco supone, en nuestra jurisprudencia, un control relativo a la ley aplicable (a través de las normas de conflicto del foro o de la equivalencia de soluciones).

Por otra parte, aunque el reconocimiento puede reforzarse con las normas supranacionales (artículo 3 del Convenio de los derechos del Niño). Si bien, en este caso, exigen no sólo el respeto al interés del menor *in casu* sino al interés superior del niño en general, el reconocimiento de las decisiones relativas a la filiación está sujeto en principio a las condiciones del régimen común esto es, artículos 954 y siguientes de la LEC.

Ahora bien, una cuestión que nos parece importante, pero que no está clarificada, es la relación existente entre los certificados de nacimiento y la decisión judicial, que ordena su expedición y que determina la filiación de los menores incluso antes de su nacimiento. En estos casos, existe una relación de causa-efecto, que hace a la sentencia inseparable de los documentos administrativos. Sin embargo el título que, conforme al artículo 81 RCC, sirve de base para practicar el asiento correspondiente al nacimiento, de gran importancia al ser el inicial, es, en este caso, el certificado administrativo expedido por las autoridades administrativas californianas encargadas del Registro civil. Pero, ¿el certificado de nacimiento es inseparable de la sentencia californiana que establece la filiación y ordena su expedición? Es decir, ¿de haberse tenido en cuenta la sentencia extranjera, el control de legalidad hubiera estado sujeto a un previo exequátur conforme al artículo 83 RCC.? La DGRN en la Resolución citada, alude a la “competencia internacional” de las autoridades norteamericanas y al límite del orden público internacional dentro de lo que podríamos llamar un “control incidental” de la sentencia extranjera, que va más allá del marco que ofrece el artículo 323 LEC y del artículo 81RRC.

Sin embargo, la DGRN, al ordenar la inscripción de las certificaciones de nacimiento no resuelve las cuestiones de fondo en relación a la licitud del contrato de gestación por sustitución, ni la relativa a filiación de las menores (conforme a la ley

¹¹⁹ STC, 2ª, 54/1989, de 23 febrero.

designada por el artículo 9.4 del CC) ni, tampoco, el eventual reconocimiento en España de la sentencia californiana (conforme a los artículos 951 y siguientes de la LEC). Por ello, aunque la DGRN siga el procedimiento previsto en el artículo 81 RRC para que los certificados de nacimiento surtan una eficacia probatoria registral en España, ¿sería necesario el reconocimiento previo de la sentencia para pasar el control de legalidad, dada la relación de causa-efecto existente entre ambas? Este interrogante es resuelto por la nueva Ley de Registro Civil, como después veremos.

Por otra parte, hay que diferenciar entre la eficacia del acto declarado en la certificación registral y del documento en sí. Como hemos visto, la DGRN deja claro que el control de legalidad que procede sigue el método del reconocimiento en base en el artículo 81 RRC. Para fundamentarlo considera que el encargado del Registro no prejuzga las cuestiones de fondo ni las relativas a la filiación ni las relativas a la eficacia de cosa juzgada de la sentencia californiana. Centra su labor sólo en el control de la eficacia probatoria de los certificados extranjeros de nacimiento y su posible transcripción en el Registro civil español. Lo anterior queda a disposición de los tribunales españoles una vez que ya haya accedido al Registro español.¹²⁰ En definitiva, la transcripción sólo establece una presunción *iuris tantum* respecto al contenido, ya que su función propia es la de dar publicidad registral a los hechos, actos o circunstancias personales, que han tenido lugar incluso con independencia de su inscripción. En este punto, hay que recordar que las inscripciones de filiación son de carácter declarativo. Las inscripciones registrales con carácter constitutivo son excepcionales, y se limitan a los casos en los que el acto jurídico implica una modificación de las circunstancias de la persona, de tal forma que sin la inscripción dicho acto no produciría efectos.¹²¹

Así, por tanto, si bien es verdad que para la eficacia de la función que cumple el Registro Civil como medio para constituir pruebas exige que los hechos que acceden al Registro sean previamente objeto de valoración jurídica por parte del Registrador, en aras de garantizar que sólo se inscriban los hechos y actos jurídicos veraces y legales, la DGRN como hemos visto lo justifica mediante el control de la competencia del juez californiano y del orden público internacional.

¹²⁰ Con base en el artículo 3 LRC, la transcripción puede ser impugnada ante la autoridad judicial solicitando la nulidad o la rectificación correspondiente.

¹²¹ Ejemplos de inscripciones de carácter constitutivo son el cambio de nombre y apellidos (artículo 62 LRC) o de la adquisición derivativa de la nacionalidad española (artículo 23 del CC, 63 y ss. LRC y 220 y ss. RRC) y de las declaraciones de conservación, recuperación de la nacionalidad española y de vecindad civil (artículo 15 y 26 del CC y 225 y ss. RRC).

B) El control de la competencia judicial internacional y el fraude de ley.

El método del reconocimiento de aquellas situaciones creadas en el extranjero al amparo de una autoridad y de un ordenamiento debe presuponer un cierto alejamiento de la situación con el país al que se solicita el reconocimiento, es decir, la ausencia de fraude. Si tal fuera el caso, no estaríamos ante una suerte de derechos “validamente” adquiridos ni ante la necesidad de respetar las “legítimas”, “ciertas” o “fundadas” expectativas de las partes.¹²²

La competencia judicial internacional de la autoridad californiana se basa en el contrato de maternidad subrogada o en el lugar de nacimiento de menores. Sin embargo aquí está claro que se trata de una conexión débil a pesar de que la RDGRN no la pone en duda, pues afecta a una familia de españoles residentes en España. Por lo tanto, se considera necesario establecer un acuerdo sobre normas de competencia y de reconocimiento haciendo posible encontrar algún motivo para no pensar en la existencia del denominado *forum shopping* o en este caso “turismo reproductivo”. Es decir, encontrar una proximidad entre los particulares y el foro de origen de la situación como sucede en el Reino Unido, por ejemplo, al exigir que al menos uno de los padres intencionales sea nacional o residente.

Sin embargo, para la DGRN no existe en este caso tal fraude¹²³. La DGRN acota tal fraude a los conflictos de leyes, es decir al Derecho aplicable. La citada Resolución considera que tampoco se puede estimar que los interesados hayan incurrido en el conocido como “*forum shopping*” pues la certificación registral californiana no es una sentencia judicial que causa estado de cosa juzgada y que se intenta introducir en España para provocar un estado inalterable de filiación oponible *erga omnes*.

En nuestro ordenamiento, la incompleta redacción del artículo 12.4 del CC¹²⁴ que se limita a ofrecer una definición de la figura ya que omite la referencia al fraude a la ley extranjera, sin indicar expresamente cual es la consecuencia jurídica de los actos

¹²² A. Quiñones Escámez, *loc. cit.* pág 27.

¹²³ Fundamento Jurídico V. apartado 6º Resolución 18 febrero de 2009: “... no cabe afirmar que los interesados han llevado a cabo un fraude de Ley, fenómeno al que aluden el artículo 12.4 del CC para los casos internacionales y, en general, el artículo 6.4 del CC. Los interesados no han utilizado una “norma de conflicto” ni tampoco cualquier otra norma con el fin de eludir una ley imperativa española. No se ha alterado el punto de conexión de la norma de conflicto española, mediante, por ejemplo, un cambio artificioso de la nacionalidad de los nacidos para provocar la aplicación de la Ley de California mediante la creación de una conexión existente pero ficticia y vacía de contenido con el Estado de California.”

¹²⁴ Artículo 12.4 Cc: “Se considerará como fraude de ley la utilización de una norma de conflicto con el fin de eludir una ley imperativa española.”

cometidos a su amparo¹²⁵, suele extenderse con la previsión genérica del artículo 6.4 del Cc¹²⁶ que a su vez, se reconduce a través del límite o excepción del orden público internacional¹²⁷. Además, hay que tener en cuenta que en la gestación por sustitución, no sólo se puede percibir un posible fraude a la competencia y a la ley como hemos visto, sino también al denominado conflicto de calificaciones.

C) El fraude al “conflicto de calificaciones”

Por extensión, autores como Quiñones Escámez consideran que, además de lo anterior, existe además un “fraude al conflicto de calificaciones”.¹²⁸

Calificar en subsumir la situación de hecho que se nos plantea en el supuesto de hecho que describe la norma. Cuando la norma que hay que aplicar es una norma de conflicto el proceso se divide:

En primer lugar, hay que buscar la norma de Derecho internacional privado del foro en la que se describen los hechos que deban regularse. Para realizar esta operación el artículo 12.1 del Código Civil nos indica que “*La calificación para determinar la norma de conflicto aplicable se hará siempre de acuerdo con la ley española*”. Por lo tanto, antes de acudir a la norma de conflicto será preciso traducir los hechos a términos jurídicos con base en los parámetros del Derecho interno español. Así pues, el precepto de atribución se escoge partiendo de la base de que el supuesto constituye una relación jurídica del tipo que determina nuestro propio Ordenamiento; (matrimonio, filiación, contrato, gestión de negocios, etcétera). Pues bien, una vez que el precepto de atribución nos haya llevado a un Ordenamiento extranjero, puede suceder que los hechos que, a la luz de la *lex fori*, se encuadraban en un determinado instituto jurídico, sean conceptuados de un modo diferente a la luz de la *lex causae*. En ese caso se producirá un *conflicto de calificaciones*¹²⁹; es decir, surgirá la duda de si se deben aplicar las normas que la *lex causae* prevé para regular la cuestión suscitada, (tal como se haría en

¹²⁵ J.C. Fernández Rozas, “El Capítulo IV del Título Preliminar del Código Civil, (Normas de derecho internacional privado): Veinticinco años después”; *Colegio de Abogados de Madrid*, 2001, pp. 2411-2447.

¹²⁶ Artículo 6.4 Cc: “*Los actos realizados al amparo del texto de una norma que persigan un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, o contrario a él, se considerarán ejecutados en fraude de ley y no impedirán la debida aplicación de la norma que se hubiere tratado de eludir*”.

¹²⁷ Artículo 12.3 Cc: “*En ningún caso tendrá aplicación la ley extranjera cuando resulte contraria al orden público*”

¹²⁸ A. Quiñones Escámez, *loc.cit.* pág. 35

¹²⁹ *Vid.* en A Quiñones Escámez, *loc.cit.* pág 35

aquel sistema en relación con los hechos de los que trae causa el supuesto en análisis); o si, por el contrario, han de aplicarse aquéllas otras que, en el Derecho extranjero, regulan la institución en la que tales acontecimientos deben encuadrarse según los criterios de la Ley del foro.

Para solucionarlo, en nuestro Sistema se consagra formalmente la *calificación ex lege fori* y se recurre a la *calificación autónoma* en algunas materias.

La *calificación ex lege fori* consiste en ignorar la llamada de aplicación del ordenamiento reclamado y resolver la cuestión planteada aplicando las normas que regulen en la *lex causae* la institución jurídica predeterminada por la *lex fori*.

Por su parte, la *calificación autónoma* consiste en eludir esta posible colisión recurriendo a fórmulas meramente descriptivas de los problemas que se enuncian en las normas de conflicto.¹³⁰

Sin embargo, se cree que la *calificación ex lege causae* queda descartada en virtud de el artículo 12.1 del Código Civil¹³¹ pues lo que se subsume en la norma de conflicto son hechos y comportamientos previamente traducidos a situaciones y relaciones jurídicas formales en términos de nuestro sistema.

Con esto, respecto a la maternidad subrogada, como ya sabemos nuestro Ordenamiento no admite tal contrato. Por existir intereses estatales contrapuestos, la solución *lege fori* es la más lógica. Si en el país de reconocimiento se prohíbe el contrato, no sería adecuado ni una calificación contractual de la pretensión ni, tampoco, que el contrato pudiera absorber u ocultar la cuestión de la filiación a la hora de calificar para decidir la competencia y el Derecho aplicable. Así, parece lógico que no pueda admitirse, tampoco, ni el que un juez extranjero pueda pronunciarse, en virtud de su ley que si reconoce esta técnica sobre la filiación de hijos de españoles residentes, además cuando su competencia está basada en la voluntad de las partes, por la realización de dicho contrato de gestación, siendo la filiación y el estado civil una materia indisponible por las partes. Por lo tanto, autores como Quiñones Escámez considera que en estos casos existe un fraude al conflicto de calificaciones.

¹³⁰ JM^a Espinar Vicente, *Tratado Elemental de Derecho Internacional Privado* Madrid 2007-2008 pág. 156 y ss.

¹³¹ Esta solución ha sido criticada en la doctrina por su riguroso nacionalismo y la conveniencia de una interpretación jurisprudencial flexible, que reconozca un cierto papel a la calificación extranjera. Véase a Carrillo Salcedo, *Derecho internacional privado. Introducción a sus problemas fundamentales*, Madrid, Tecnos, 1983, pp 233-235. Igualmente, “Artículo 12.1”, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, T. I, Jaén, 1978, pág. 432.

La calificación de la pretensión como “contrato” o como “filiación” hacen derivar una competencia y unas normas conflicto distintas (que son aplicables de oficio por el juez) y la aplicación de unas normas distintas (que en España, en el caso de la filiación, no es de la libre disposición de las partes).

Es decir, en la gestación por sustitución, el contrato oculta la pretensión de la filiación, internacionalizando la situación jurídica para atraer la competencia de los tribunales y el Derecho aplicable al país donde se celebra el contrato. Por lo tanto, cabe dudar que competa al juez y a la ley californiana desde el punto de vista del reconocimiento por las autoridades españolas, el establecer la filiación de los nacidos de españoles residentes, cuando dicho contrato en nuestro país está prohibido. Así, estos contratos crean un “fraude al conflicto de calificaciones” y, por extensión, a la norma de conflicto.

D) El problema del artículo 23 de la Ley de Registro Civil

Al hilo de esta cuestión no plantea menos problemas el artículo 23 de la Ley del Registro Civil¹³² (LRC).

Un punto importante en este caso es la exigencia del artículo 23 de que no haya dudas sobre la realidad del hecho que se inscribe conforme a la legalidad de la normativa española, artículo que obvia la Resolución de la DGRN y que, tanto el Tribunal de Primera Instancia de Valencia como la Audiencia Provincial consideran de obligada aplicación por recogerse en una norma de mayor rango que el artículo 81 del RRC, sí aplicado.

En primer lugar, el artículo 27 LRC impone a la autoridad registral española la obligación de calificar los hechos cuya inscripción se pretende tomando como base la documentación que se presenta. Se plantea, por lo tanto, un problema de reconocimiento de documento extranjero. Por otra parte, la transcripción se efectúa siempre que ofrezca garantías análogas a las exigidas para la inscripción por la ley española (art. 85.1 RRC). Estas garantías se refieren tanto a las condiciones de eficacia intrínseca del documento (art. 323.2.1º) LEC como a la regularidad extrínseca o autenticidad de la certificación californiana (art. 323.2.2ª LEC).

¹³² Ley de 8 de junio de 1957, sobre el Registro Civil. Boletín Oficial del Estado, núm. 151 de 10 de junio de 1957

Asimismo se requiere que el Registro Civil extranjero sea “regular y autentico de modo que el asiento que se certifica, en cuanto a los hechos que da fe, tenga garantías análogas a las exigidas para la inscripción por la Ley española” (art. 23.2 LRG y 85 RRC)¹³³.

Los importantes efectos jurídicos que desencadena la inscripción de certificaciones extranjeras en el Registro Civil Español, como se puede ver en la Exposición de motivos de la Ley de Registro civil de 8 de julio de 1957 y que después analizaremos, justifica que el Encargado deba realizar una calificación sobre la equivalencia de los requisitos y garantías a las que se sometió en el Registro extranjero con el fin de cerciorarse de la realidad del hecho inscrito y su conformidad con la legalidad de la ley española.¹³⁴

En cualquier caso sería recomendable la búsqueda de un equilibrio entre el principio general de presunción de validez de los documentos extranjeros, el interés general que representa la fiabilidad de los datos en ellos consignados y los derechos fundamentales del interesado.¹³⁵

La Instrucción de 20 de marzo de 2006 sobre prevención de fraude documental en materia de estado civil, en su apartado V tampoco aclara cómo se debe vigilar, si bien si establece que cuando afecte a españoles la ley española se debe aplicar para valorar la legalidad del acto.

Por otra parte, hay que entender que ese ajuste a la Ley española debe hacerse respecto el ordenamiento en su conjunto, con sus normas de conflicto incluidas, que podría llevarnos a una ley extranjera en caso de estar ante menores extranjeros.

Por tanto, el mecanismo recogido en los artículos 23 LRC y 81 RRC lleva a aplicar la normativa aplicable a la filiación para el control de la filiación contenida en los certificados, lo que implicaría rechazar los efectos del acto extranjero si los resultados alcanzados en el extranjero no se corresponden con los que se alcanzarían en España, aplicando la ley española.

¹³³ E. Rodríguez Gayan “La simulación en España de nacimientos acaecidos en el extranjero: una cuestión de prueba” *Derecho registral internacional. Homenaje a la memoria del profesor Rafael Arroyo Montero*, Madrid, Iprolex, 2003 pp. 188- 194

¹³⁴ En la Resolución de la DGRN de 23 de abril de 1993 se expone que “el hecho de que los artículos 23 LRC y 85 RRC permitan practicar inscripciones mediante la certificación de los asientos extendidos en Registros extranjeros sin necesidad de expediente, ello no implica que el Encargado haya de asumir una actitud pasiva ante la presentación de tales certificaciones y limitar su actuación a la transcripción automática de los datos en ella consignados”

¹³⁵ Véase “Recomendaciones de la Instrucción de 20 de marzo de 2006 de la DGRN sobre prevención de fraude documental en materia de estado civil”

Una línea doctrinal española considera la necesidad de realizar una interpretación flexible de los dos artículos anteriores mencionados, entendiendo que la legalidad conforme a la realidad española debe limitarse a la observación del orden público internacional español¹³⁶. Sin embargo, controlar la legalidad de la certificación con base en la única limitación del orden público puede suponer que determinadas situaciones fraudulentas puedan escapar de su vigilancia.

La falta de proximidad entre la situación con la autoridad extranjera obliga a realizar una reformulación del sistema propuesto para controlar la legalidad del acto contenido en el documento extranjero. De hecho, la nueva ley de adopción internacional establece un método de reconocimiento material para las adopciones simples constituidas en el extranjero mediante la utilización del 9.4 Cc. Con ello se evita prescindir de forma absoluta de un control sin verificar la ley aplicada a la situación jurídica que se trate. Así la reinterpretación del sistema del 9.4 de conformidad con los postulados del ordenamiento jurídico competente resulta eficaz para el cumplimiento de dos objetivos: 1) permitir cierta flexibilidad en la localización del ordenamiento jurídico competente para facilitar el reconocimiento de la situación creada al amparo de dicho ordenamiento; 2) evitar un foro abusivo en la búsqueda de un foro conveniente para eludir la aplicación de una norma imperativa española.

Así, las conexiones vigentes en la norma de conflicto sobre filiación podría servir para la búsqueda del ordenamiento jurídico competente y dar validez a lo que provenga de dicho ordenamiento confirmado que la autoridad extranjera esté conectada con la situación de filiación, como puede ser la nacionalidad o la residencia habitual del hijo.

E) Posición de los Tribunales españoles

Volviendo al caso que nos atañe, la Resolución de 18 febrero 2009 fue recurrida por el Ministerio fiscal, y la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 15 de Valencia, de 15 de septiembre de 2010 rechazó la solución establecida por la DGRN basándose en la nulidad en nuestro ordenamiento jurídico del contrato de gestación por sustitución. En lo que respecta al interés superior del menor, concluía que el *“fin no justifica los medios, el ordenamiento jurídico español tiene medios e instrumentos*

¹³⁶ Solución aportada por A. Lara Aguado “El caso Niebüll o el derecho al reconocimiento de las decisiones registrales extranjeras” *La Ley*, 2006, num. 6560 pp. 1-6

suficientes para conseguir esa concordancia y que los hijos consten a nombre de sus padres (...), pero la consecución de ese fin no legitima actuaciones contrarias a ese propio ordenamiento jurídico, sino que el resultado debe conseguirse a través de las vías que el Derecho español establece". En la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 15 de Valencia, de 15 de septiembre de 2010 se declara que no es definitivo el criterio deducido de los arts. 81 y 85 RRC, sino el que deriva del art. 23 LRC, con más rango normativo, de manera que la inscripción de la filiación en el Registro Civil español exige *"que no haya duda de la realidad del hecho inscrito y de su legalidad conforme a la Ley española"*.

La sentencia también afirmó *"la no procedencia de la inscripción no nace de que los solicitantes sean varones, sino de que los bebés nacidos lo son como consecuencia de un contrato de gestación por sustitución"*. Desmontó así la teoría de la discriminación que se había invocado, añadiendo que la misma valoración sería aplicable en el mismo supuesto tanto a una pareja de varones, como de mujeres, como a un hombre o mujer sola o a una pareja heterosexual, pues la ley no distingue en función del sexo sino de la forma de alumbramiento.

Por otro lado, en lo relativo a la protección del interés superior del menor, recordó el Juzgado que la propia LTRHA salva en estos supuestos la posibilidad de que el varón que hubiera aportado el gameto reclame la paternidad como padre biológico e, incluso, que luego, con consentimiento de la mujer gestante, pueda plantearse la adopción por el otro miembro de la pareja.

En cuanto a la vulneración o no del orden público internacional español, se declara que cuando el Encargado del registro debe examinar *"si la inscripción que se pretende es conforme con la Ley española, el legislador no utiliza aquí expresiones genéricas como el orden público, ni siquiera un término un poco más concreto como legislación u ordenamiento jurídico español, expresamente se refiere a que el deber del Encargado del registro es examinar si la certificación que se presenta es legal conforme a la Ley española, es decir que caso (sic) de que el hecho hubiera ocurrido en España se consideraría legal, es en este contexto y no en el genérico y abstracto del orden público internacional español donde debe examinarse si resulta o no de aplicación la Ley 14/2006"*.

El matrimonio recurrió la sentencia anterior alegando que el interés superior del menor aconseja la inscripción en el Registro Civil español de la filiación que consta en el Registro extranjero pues, en caso contrario, los menores podrían quedar privados de

filiación inscrita en el Registro Civil y estos tienen derecho a una identidad única. Sin embargo la Audiencia Provincial de Valencia, en Sentencia de de 23 de noviembre de 2011 niega que el principio fundamental de protección del interés superior del menor pueda servir de coartada para dar cabida, en nuestro ordenamiento jurídico, a una filiación derivada de un convenio de gestación por sustitución que es nulo por aplicación directa del art. 10 LTRHA. Y, en términos parecidos, a los de la Sentencia precedente concluye que *“cierto que toda resolución que afecte a los menores de edad debe tener como guía el principio del interés del menor tanto por aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1959, que proclama este principio en su art. 3, como por aplicación del art. 39 CE o de las disposiciones de la LO 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, así como de las normas concordantes del Código Civil, pero la satisfacción de dicho interés no puede conseguirse infringiendo la Ley, máxime cuando la propia Ley española ofrece cauces para la inscripción de la filiación de los menores a favor de los demandados (art. 10 de la Ley 14/2006 y artículos 175 y ss. CC)”*. Con ello hacía referencia a la posibilidad que establece el art. 10.3 LTRHA de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico y a la institución jurídica de la adopción regulada en los artículos 175 y ss. CC. Además, como sigue afirmando *“también podría defenderse que la prohibición de la gestación por sustitución persigue, al menos en abstracto, la defensa del interés de los menores, pues, como se ha dicho, pretende impedir que la vida humana sea objeto.*

El Fundamento Segundo se refiere al obstáculo del orden público como impedimento a la práctica de la inscripción. Se apoya en el “contrato” y en la calificación del artículo 10 de la LTRHA como Ley de Policía en los términos del Reglamento Roma I antes analizado. Si bien existen opiniones que objetan su posible adecuación en este caso, por razón de la materia (artículo 1.2 Reglamento de Roma) más criticable es la mala distinción que realiza la Audiencia Provincial en cuanto a que son los efectos de la determinada situación jurídica que pueda producir en el foro, lo que deba ser contrastado con el orden público, y no sus causas legales¹³⁷.

La Sentencia fundamenta la vulneración del orden público en los artículos 10.1 14 y 39 de la Constitución Española. Si bien en este punto, expertos como Patricia

¹³⁷ S. Álvarez González, “Comentario Sentencia de la audiencia Provincial de Valencia de 23 de noviembre de 2011.” Revista Española de Derecho Internacional volumen LXIV, 2012. pp. 214- 215

Orejudo Prieto de los Mozos¹³⁸ coinciden con la sentencia, en mi opinión, la realización de estas técnicas por sí mismas no implica directamente la vulneración de los mismos. Como considera Álvarez González en un proceso de adopción, también se ven involucrados los mismos derechos, la dignidad de la madre, el derecho a ser oídos, una posible “comercialización” del menor y, sin embargo, existe un procedimiento para comprobar que estos derechos no se infringen.

El Fundamento 3 de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, se centra en la existencia de fraude a la ley española considerando que la ausencia de conexión con el estado Californiano es un factor importante tal como establece “ *La entidad de los obstáculos al reconocimiento de la decisión registral extranjera en España es más relevante en un supuesto como el presente en el que la conexión previa de los demandantes con Estado de origen que ha dictado la decisión es inexistente, porque los dos son ciudadanos españoles que buscaron la jurisdicción extranjera mediante la suscripción de un contrato de gestación por sustitución que permitió a las autoridades de California determinar la filiación de los menores nacidos allí aplicando sus propias normas de conflicto, huyendo tanto de la aplicación de la norma de conflicto española, como de los más exigentes requisitos que establecen otras legislaciones que admiten el contrato de gestación por maternidad subrogada*”

Respecto a la posible discriminación que alegaba la DGRN, considera la Audiencia, en su Fundamento 4, que tal discriminación no existe, al no entender que exista en el hecho de que a parejas formadas por mujeres sí se les permitan el acceso al registro y no en el caso de parejas de hombres, pues lo que se prohíbe en estos casos no es que el menor tenga o no dos padres del mismo sexo, sino el acceso del menor que ha nacido a través de estas técnicas de subrogación por estar prohibidas, y en el caso de las mujeres biológicamente no tienen la necesidad de acudir a las mismas.

Sin embargo, cabe plantearse que si bien el argumento que utiliza la Audiencia Provincial tiene todo su sentido, qué ocurre con aquellas parejas heterosexuales que acuden a estas técnicas: por el mero hecho de estar formadas por un hombre y una mujer, cuando presentan el certificado expedido por el Registro Californiano al Registro Consular español, no se les investiga acerca el método utilizado, puesto que como vimos en el certificado no hace mención acerca la madre subrogada. En mi opinión si creo que en estos casos habría discriminación, puesto que si las técnicas están

¹³⁸ P. Orejudo Prieto de los Mozos: “Recognition in Spain of Parentage Created by Subrogate Motherhood” *YPIL*, 2010, num 12, pp 619-637

prohibidas, lo están para todos, y el Encargado tiene la obligación de recabar cualquier información para constatar la legalidad a cerca de la situación que se le presenta.

3. La Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010

A) Planteamiento

Una vez conocida la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 15 de Valencia, el Ministerio de Justicia, a través de la reiterada Dirección General de los Registros y del Notariado, dictó 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 sustitución¹³⁹ que establece los criterios que determinan las condiciones de acceso al Registro Civil español de los nacidos en el extranjero mediante esta técnica de reproducción asistida cuyo argumento jurídico más sustancial consiste en dotar de plena protección jurídica el interés superior del menor, sin olvidar otros intereses presentes en los supuestos de gestación por sustitución.

Para garantizar estos intereses, esta Instrucción exige que al menos uno de los solicitantes de la inscripción en el Registro sea español y, además, exige la presentación ante el Encargado del Registro Civil de una resolución judicial dictada por el Tribunal competente en el país de origen como condición sin la cual la inscripción no puede llevarse a cabo. Con ello se pretende controlar el cumplimiento de los requisitos de perfección y contenido del contrato en relación con el marco legal del país de formalización e, igualmente, la protección de los intereses de la madre gestante y del menor al constar la plena capacidad jurídica y de obrar de la mujer gestante, la eficacia legal del consentimiento prestado al no haber incurrido en error sobre las circunstancias y alcance del mismo ni haber sido sometida a engaño, violencia o coacción o la eventual previsión y/o posterior respeto a la facultad de revocación del consentimiento o cualesquiera otros requisitos previstos en el ordenamiento jurídico de ese Estado. Asimismo, este requisito permitirá verificar la inexistencia de simulación en el contrato de gestación por sustitución que encubra el tráfico internacional de menores.

La Instrucción fundamenta esta exigencia en el artículo 10.3 de la LTRHA, que establece que la determinación de la filiación paterna de los nacidos mediante gestación

¹³⁹ BOE núm. 243 de 7 octubre 2010

por sustitución se realice mediante el ejercicio de acciones procesales y consecuente resolución judicial. La continuidad transfronteriza de una relación de filiación declarada por Tribunal extranjero será posible siempre y cuando esa resolución sea reconocida en España. Para ello, será necesario instar el exequátur de la decisión ante los Juzgados de Primera Instancia (arts. 954 y ss. LEC 1881). Sin embargo, en aquellos casos en que la resolución judicial derive de un procedimiento equiparable a un procedimiento español de jurisdicción voluntaria, la inscripción no quedará sometida al requisito del exequátur sino que bastará el reconocimiento incidental de la resolución como requisito previo a su inscripción.

Ahora bien, según parte de la doctrina, este procedimiento no impide que el ciudadano pueda intentar la inscripción por los medios ordinarios previstos en el apartado 3 del artículo 10 de la Ley 14/2006. Así, en el caso de dos varones, cabría la posibilidad de que uno de ellos, si fuese el padre genético, reclamase la paternidad y, posteriormente y previo consentimiento de la madre gestante, el otro adoptase a los hijos sin necesidad de la declaración de idoneidad del artículo 176 CC. Se trata de una solución posible de conformidad con la Ley española, según De Verda Beamonte, aunque un tanto absurda puesto que “suspende la utilización de la adopción para conseguir los efectos perseguidos con el contrato de gestación por sustitución”¹⁴⁰.

Esta Instrucción tan esperada, al contrario de lo que pueda parecer, según muchos expertos ha dejado más desconciertos y polémicas que esperanzas para los afectados, pues se cree ésta no satisface las necesidades sociales existentes además de mostrar unas carencias jurídicas importantes en el ámbito del Derecho Internacional Privado y del Derecho Civil.

Analicemos las principales críticas que los expertos¹⁴¹ estiman en esta Instrucción.

B) Sobre la aplicación de la LTRHA

Como hemos visto, la DGRN exige que haya recaído una resolución judicial en el extranjero en la que se haya acreditado la filiación de un menor nacido tras una

¹⁴⁰ J. R. De Verda Beamonte: “Inscripción de hijos nacidos mediante gestación por sustitución a propósito de la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 15 de Valencia, de 15 de septiembre de 2010”, *La Ley*, num.7501, 2010, pp. 14 y 15

¹⁴¹ A. L Calvo Caravaca, J Carrascosa González, “Notas críticas en torno a la Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010 sobre régimen registral de los nacidos mediante gestación por sustitución” *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Marzo 2011, Vol. 3, Nº 1, pp. 247-262.

gestación por sustitución en relación con el padre biológico. Los interesados deberán presentar, junto a la solicitud de inscripción de nacimiento, dicha resolución judicial dictada por Tribunal competente extranjero en la que se determine la filiación del nacido. En consecuencia, y como indica la misma Instrucción, 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.

La DGRN trata de justificar la exigencia de una previa resolución judicial extranjera en la que conste la filiación del nacido tras técnicas de gestación por sustitución para poder inscribir en el Registro Civil español el nacimiento de dicho nacido, en el art. 10.3 de la LTRHA: *“Queda a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales”*

Sin embargo Calvo Caravaca y Carrascosa González creen que es contrario a la ley por varios motivos:

- El art. 10 Ley 14/2006 sólo puede resultar aplicable, lógicamente, cuando la entera Ley 14/2006 sea, a su vez, aplicable. Y dicha Ley 14/2006 no debe aplicarse cuando se solicita ante un encargado del Registro Civil español la inscripción de nacimiento de una persona mediante la presentación, como título inscribible, de un acta registral extranjera en la que ya está determinada la filiación del menor.

- Los artículos 81 y 85 RRC permiten la inscripción en el Registro Civil español de un nacimiento acaecido en país extranjero mediante la presentación de un acta registral extranjera, operando como “título válido” para la inscripción en España. Estos artículos, no exigen, a los efectos de la inscripción del hecho en el Registro Civil español, que los funcionarios del Registro Civil extranjero hayan aplicado el Derecho sustantivo español ni tampoco que se haya dictado una resolución judicial relativa a la gestación por sustitución. Y en este sentido, una Instrucción de la DGRN no puede vulnerar un Reglamento contenido en un Decreto aprobado por el Consejo de Ministros (Decreto de 14 noviembre 1958 por el que se aprueba el Reglamento de la Ley del Registro Civil). Por lo tanto, podría objetarse que esta Instrucción de la DGRN, que exige condiciones no requeridas por el art. 81 y 85 RRC para la inscripción en el Registro Civil español de un nacimiento que ya consta en un acta registral extranjera, carecería de validez.

Sin embargo, en mi opinión, el artículo 23 de la Ley de Registro Civil que establece que “también podrán practicarse, sin necesidad de previo expediente, por certificación de asientos extendidos en Registros extranjeros, siempre que no haya duda de la realidad del hecho inscrito y de su legalidad conforme a la Ley española”, podría servir de apoyo a esta exigencia.

- Esto provocaría eximir de sus responsabilidades legales a los encargados del Registro, pues no tendrían que calificar e inscribir actas registrales extranjeras de nacimiento en casos de gestación por sustitución salvo que los jueces españoles previamente les haya otorgado un “reconocimiento” a la resolución judicial extranjera. Y esto resulta contrario a la función primordial del Registro Civil, que no es otra que proporcionar certeza legal y seguridad jurídica en torno al estado civil de las personas sin tener que acudir a la jurisdicción ordinaria cada vez que haya que probar un hecho relativo al estado civil de aquéllas (artículos 2 y 92 LRC).

- Por otra parte, ¿qué ocurriría con los Estados en los que no existen sentencia previa? Esta exigencia resultaría de imposible aplicación cuando en el Estado extranjero en cuestión no existen procedimientos judiciales para acreditar la filiación de los menores nacidos mediante gestación por sustitución, y la misma se acredite exclusivamente por actas del Registro Civil extranjero del lugar del nacimiento que se extienden a la vista del certificado médico de nacimiento, en el que, con frecuencia, no constan los datos de la mujer que da a luz para salvaguardar su privacidad.

Todo ello se debe a que la DGRN no distingue bien que, en los supuestos internacionales, la determinación, en Derecho español, de la filiación de un sujeto nacido como consecuencia de una gestación por sustitución puede llevarse a cabo a través de dos mecanismos legales diferentes. Estos son a través de una “tutela por declaración” o mediante una “tutela por reconocimiento”, ya analizados, donde como hemos visto, ante la existencia de una certificación registral extranjera en la que ya ha sido determinada la filiación de los menores, no es necesario aplicar la ley sustantiva que nos conduciría la norma de conflicto.

Por otra parte, también se ha criticado el hecho de exigir una sentencia judicial que establezca si son españoles o no los hijos nacidos en el extranjero en virtud de técnicas de gestación por sustitución. Ya hemos visto que el art. 17.1 CC acoge el criterio de la atribución de la nacionalidad española mediante *jus sanguinis* y precisando que son españoles los “nacidos de padre o madre españoles”. No los “hijos de españoles”, que es algo muy diferente. El art. 17.1.a) CC no exige que haya quedado

determinada legalmente la filiación, es decir, no exige ninguna sentencia judicial que acredite la filiación del nacido. Es suficiente que quede acreditado el “hecho físico de la generación”. Por ello, para considerar “nacido” de español a un individuo, basta que consten “indicios racionales de su generación física por progenitor español”. Por ejemplo, por posesión de estado o inscripción en el Registro Civil, español o extranjero o por el hecho, acreditado, de que el nacido ha sido generado a partir de material genético de un ciudadano español.

La distinción entre sujetos “hijos de españoles” y sujetos “nacidos de españoles” es clave, con consecuencias muy relevantes. Si existen tales “indicios racionales de la generación del menor por parte de un ciudadano español”, el menor nacido en el extranjero a través de técnicas de gestación por sustitución debe ser considerado español (art. 17.1.a CC). Debe ser, por tanto, inscrito en el Registro Civil español como sujeto de nacionalidad española y documentado como ciudadano español. Si, posteriormente, se impugna su filiación tal y como aparece inscrita en el Registro Civil español, se impugna entonces la filiación de un sujeto español, de modo que la cuestión de la impugnación de dicha filiación se regirá por el Derecho español, de acuerdo con el art. 9.4 CC. La DGRN sin embargo, en su Instrucción ignora esta distinción.

Sin embargo, en mi opinión, creo que la exigencia que realiza la Instrucción, respecto de la existencia de una resolución judicial previa no es tanto para determinar la filiación que consta en los certificados sino, para “homologar” el contrato de gestación por sustitución y comprobar así que hay cumplido con todas las garantías y exigencias requeridas.

Por lo tanto, creo que el requisito de la resolución judicial, si bien no puede fundamentarse en el artículo 10.3 como deriva de la Instrucción, creo que si es necesaria para comprobar que todo se lleva a cabo conforme la legalidad. Ello no comportaría ningún tipo de discriminación, pues existen diferencias con la filiación natural y, aunque los resultados sean los mismos, el medio para conseguirlos no es idéntico y cada proceso requiere su procedimiento, al igual que ocurre con la adopción.

C) La distinción entre reconocimiento incidental o automático y ejecutivo

A pesar de que en muchas ocasiones se confunden, se trata de conceptos muy distintos con funciones diferentes.

La DGRN exige un execuátur de la resolución judicial extranjera, ante juez de primera instancia español, en el caso de que la resolución judicial extranjera se haya dictado a consecuencia de un procedimiento contencioso¹⁴². En cambio exige un reconocimiento (incidental o automático) ante el Registro civil español, en el caso de que la resolución judicial extranjera *“tuviera su origen en un procedimiento análogo a uno español de jurisdicción voluntaria”*¹⁴³.

Tanto en la doctrina como en los textos legales se distinguen entre reconocer, declarar ejecutiva y ejecutar una decisión extranjera. Reconocer es un término genérico que implica dar efectos en el foro a una decisión extranjera. Declarar ejecutiva es un término específico que implica el reconocimiento en el foro de uno de los posibles efectos procesales que puede llevar aparejado una decisión extranjera: el efecto ejecutivo. Mediante la declaración de ejecutividad se declara o se le reconoce ese efecto a la decisión extranjera y, por lo consiguiente, ésta se convierte en título ejecutivo para las autoridades nacionales. Por último ejecutar implica llevar a cabo el procedimiento de ejecución coactiva de dicha decisión extranjera. Esto permite entender la afirmación de que *“puede haber reconocimiento sin ejecución, pero no puede haber ejecución sin reconocimiento”*.

Por lo tanto, si lo único que se pretende es reconocer una sentencia declarativa, en este caso, la determinación de filiación establecida en la sentencia extranjera, nos dirigiremos al juez de primera instancia, solicitando que, sencillamente, reconozca esa declaración de filiación. Si, por el contrario, lo que pretendemos es algo más, que se haga ejecutar alguna pretensión, entonces, tras reconocerse la sentencia, habrá que pedir también la ejecución de la misma, es decir, que se haga cumplir en España la condena que conste en el fallo.

Lo que los interesados persiguen en los supuestos que estamos analizando es que la resolución extranjera despliegue en España su “efecto constitutivo” y, en su caso, de “cosa juzgada”. Para ello, es preciso, exclusivamente, un “reconocimiento”, que puede solicitarse ante el juez de primera instancia competente tratándose de un reconocimiento con efectos *erga omnes*, o ante el mismo encargado del Registro civil, dónde únicamente surtirá efectos incidentales, limitados al procedimiento del que se trate.

¹⁴² Regla Primera, número 2, de la Instrucción 5 octubre 2010.

¹⁴³ Regla Primera, número 3 de la Instrucción DGRN 5 octubre 2010.

Esta distinción es establecida por los artículos 85.5 LOPJ y 955 LEC 1881, que hacen referencia, por separado, a las solicitudes de “reconocimiento” por un lado, y de “ejecución”, por otro lado, tanto de sentencias como demás resoluciones judiciales y arbitrales extranjeras. Por tanto, hoy día es perfectamente posible solicitar bien el “reconocimiento”, o bien el executur de una resolución judicial extranjera, por separado.¹⁴⁴

Ocurre que, en este caso, la DGRN mantiene la regla general de nuestro sistema, excluyendo un reconocimiento automático o incidental para procedimientos dictados en procedimientos contenciosos y permitiéndolo para decisiones dictadas en el ámbito de jurisdicción voluntaria.

Sin embargo, el executur sólo se requiere en el caso de que la resolución extranjera contenga “pronunciamientos de ejecución” y, en este tipo de casos el executur es innecesario, aunque se esté ante un procedimiento contencioso.

Por otra parte, la Instrucción exige como hemos visto, un reconocimiento incidental, ante el Registro civil español, en el caso de que la resolución judicial extranjera “*tuviera su origen en un procedimiento análogo a uno español de jurisdicción voluntaria*”. Por lo tanto, es necesario analizar en que consisten los actos de jurisdicción voluntaria y cuando serían análogos a uno español.

Los actos de jurisdicción voluntaria se caracterizan porque implican la intervención de una autoridad sin que exista contienda o litigio entre las partes. Lo resuelto en un expediente de jurisdicción voluntaria, en principio, no tiene efectos de cosa juzgada material y, por lo tanto, no impide el planteamiento posterior de un juicio declarativo en el que se confirme modifique o se deje sin efecto la resolución dictada en ese expediente.¹⁴⁵

En el Derecho español, hay actos de jurisdicción voluntaria cuya competencia esta atribuida a jueces o tribunales y actos cuya competencia esta atribuida a otras autoridades principalmente notarios (artículos 979 LEC y 209 bis RN). En el caso de los órganos judiciales hay reglas de competencia judicial internacional especiales para determinados actos que típicamente son de jurisdicción voluntaria, como es el caso de la filiación. Estas reglas determinan en principio la competencia internacional de los

¹⁴⁴ A.L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González, *Derecho internacional privado*, vol. I, 11ª edición, Granada, Comares, 2010, pp. 391-398

¹⁴⁵ P.A De Miguel Asensio. *Eficacia de las resoluciones extranjeras de jurisdicción voluntaria*, Madrid, Eurolex, 1997. pág 18

tribunales españoles tanto para conocer del expediente de jurisdicción voluntaria como para conocer del posible contencioso posterior.

Sin embargo, ninguna regla de Derecho español aborda con alcance general el reconocimiento en España de actos de jurisdicción voluntaria extranjeros sólo existen reglas especiales para supuestos concretos. Hay pues una laguna de regla general en el sistema español. A la hora de colmar interpretativamente esta laguna hay que tener en cuenta que los actos de jurisdicción voluntaria son muy variados y no deben ser objeto de una consideración unitaria. Hay actos en los que el juez desarrolla una función jurisdiccional, en otros una actividad meramente homologadora, probatoria, cautelar o incluso ejecutiva. En cada caso el tratamiento a efectos de Derecho procesal internacional debe resolverse según de la naturaleza y función del procedimiento

Una buena parte de nuestra doctrina apoyada en algunos autos del TS¹⁴⁶ piensa que las resoluciones de jurisdicción voluntaria extranjeras se reconocen por la vía de la norma de conflicto que designa la ley aplicable a una relación, de modo que si la resolución procede del estado cuya ley es declarada aplicable, se reconocerían automáticamente en España (reconocimiento conflictual), siempre que cumplan además de las condiciones del artículo 323 LEC. Sin embargo, otra parte, considera que, al no haber norma expresa y partiendo de la afirmación de que las decisiones de jurisdicción voluntaria se hallan al margen del procedimiento del *execuátur*, el régimen de este reconocimiento debe ser desarrollado judicialmente por analogía del régimen general, pero con las necesarias adaptaciones a la especial naturaleza de estas resoluciones, en el que se obtienen principalmente dos consecuencias: la posibilidad de reconocimiento automático (incidental y registral) y la aplicación de un régimen específico en cuanto a los requisitos que esas decisiones deben reunir para su eficacia en España¹⁴⁷:

Las condiciones de reconocimiento, deben orientarse en el sentido de las condiciones contenidas en el artículo 954 LEC 1881. Así deben reunir las siguientes condiciones para ser reconocidas en España: i) autenticidad; ii) eficacia y carácter definitivo (por oposición a meramente provisional) de la resolución extranjera en su estado de origen; iii) competencia judicial internacional de la autoridad extranjera; iv) no contradicción con el orden público.

El reconocimiento no precisa de *execuátur*. El control de la resolución en estos casos se produce incidentalmente: si la cuestión de reconocimiento se plantea en el

¹⁴⁶ Véanse ATS 29 de septiembre de 1998 y de 1 de diciembre de 1998.

¹⁴⁷ M. Fenech y J. Carreras, *Estudios de Derecho procesal*, Barcelona, Bosch, 1962, pp. 661-684

marco de un proceso abierto en España, debe ser objeto de un control por el juez que conoce del mismo; el trámite será el previsto para los incidentes. Aunque no es necesario debería ser posible solicitar el reconocimiento a título principal por vía de execuátur cuando ello sea necesario para satisfacer un interés legítimo de la parte que lo solicita, y puesto que este procedimiento no modifica los efectos de la resolución extranjera ni le atribuye efectos que no tiene no debería haber ninguna objeción a ello. Sin embargo es necesario conocer que la jurisprudencia del TS viene negando la vía del execuátur a estos actos de manera constante¹⁴⁸.

Por otra parte, la operatividad del reconocimiento automático e incidental debe ser afirmada respecto a aquellas decisiones de jurisdicción voluntaria que presentan una eficacia próxima a la constitutiva (es decir, aquéllos que versan sobre la creación modificación o extinción de situaciones jurídicas), puesto que satisface de una manera más sencilla las pretensiones de hacerlas valer en España. Ahora bien, estas declaraciones tienen una finalidad, pese a haber sido dictadas en el marco de un expediente de jurisdicción voluntaria, diferente a aquellas meramente homologadoras o autenticadoras, que aconseja que se halle también abierta la vía del execuátur. Ello debería ser así porque el execuátur es la única vía prevista en el sistema de fuente interna para obtener una declaración general de reconocimiento y, en ocasiones, tal tipo de declaración puede ser presupuesto imprescindible para quien quiera hacer valer en España sus legítimos intereses.

Una vez que ya sabemos qué son los actos de jurisdicción voluntaria, analicemos cómo opera la Instrucción ante este tipo de actos.

Como había adelantado, la Instrucción establece una serie de extremos a controlar para el reconocimiento incidental¹⁴⁹, sólo cuando estamos ante un acto de jurisdicción voluntaria análogo a uno español:

1. La regularidad y autenticidad formal de la resolución judicial extranjera y de cualesquiera otros documentos que se hubieran presentado;
2. Que el Tribunal de origen hubiera basado su competencia judicial internacional en criterios equivalentes a los contemplados en la legislación española;
3. Que se hubiesen garantizado los derechos procesales de las partes, en particular, de la madre gestante;

¹⁴⁸ Véase el ATS de 18 de julio de 2000.

¹⁴⁹ Directriz Primera punto 3º de la Instrucción.

4. Que no se haya 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;

5. Que la resolución judicial sea firme y que los consentimientos prestados sean 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. Estas exigencias persiguen constatar: a) La plena capacidad jurídica y de obrar de la mujer gestante, b) la eficacia legal del consentimiento prestado por no haber incurrido en error sobre las consecuencias y alcance del mismo, ni haber sido sometida a engaño, violencia o coacción o la eventual previsión y/o posterior respeto a la facultad de revocación del consentimiento o cualesquiera otros requisitos previstos en la normativa legal del país de origen; c) Que no existe simulación en el contrato de gestación por sustitución que encubra el tráfico internacional de menores; d) Una correcta protección del interés del menor y la continuidad transfronteriza de una relación de filiación declarada por tribunal extranjero, siempre que tal resolución sea reconocida en España.

La cuestión estriba en que si la DGRN tiene facultades para establecer unos criterios propios para el reconocimiento de estas certificaciones.

El Centro Directivo dicta unas directrices que vinculan a los Encargados del registro Civil, donde lo novedoso es que considera necesaria la existencia de una sentencia previa como presupuesto ineludible y, aunque ya en los artículos 82 y 83 RRC reconoce la inscripción en función de sentencia extranjera reconocida en España conforme a convenio internacional o de no existir el procedimiento de *execuátur*, lo interesante radica cuando dice que “sólo podrá realizarse”. Por otra parte establece unas condiciones de reconocimiento incidental.

Respecto a la primera cuestión, varios autores¹⁵⁰ creen que la DGRN no tiene competencia para modificar el régimen de inscripción en el Registro Civil de estos casos ni tampoco la tiene para instaurar nuevas vías. De este modo, si se cumplen las exigencias de los artículos 23 LRC y 85 RRC, puede procederse a la inscripción aportando únicamente certificación registral.

¹⁵⁰ A. L Calvo Caravaca, J. Carrascosa González, y P.A. de Miguel Asensio, lo cuestionan y lo consideran ilegal, vid, en S. Álvarez González, *loc cit.* pág. 357.

Supongamos un caso, en el que un matrimonio ucraniano (donde no hay sentencia que homologue el contrato) que tuvieron un hijo mediante gestación por sustitución, viene a España por motivos de trabajo y adquirieron la nacionalidad española durante la minoría de edad del menor. En ese momento deciden instar en el registro Civil un expediente de inscripción de nacimiento y nacionalidad española del menor aportando únicamente certificación registral. Si recordamos la interpretación de la exigencia que realiza el artículo 23 de la LRC respecto “*la legalidad a la Ley española*” en el sentido al ordenamiento español en su conjunto, no tendríamos que aplicar necesariamente la LTRHA, sino que el artículo 9.4 nos conllevaría a la ley ucraniana del menor.

D) El olvido del “orden público internacional”

La DGRN no menciona el “orden público internacional” como motivo de rechazo del “reconocimiento incidental” en España de la resolución extranjera que establece una filiación en casos de gestación por sustitución. La instrucción establece una lista de criterios que debe controlar el encargado del Registro Civil, que se muestra incompleta, además de contener requisitos que para opinión de estos dos autores están desfasados.

Respecto el “orden público internacional”, podrá pensarse que los ha diseccionado y concretado en los diferentes motivos que expone¹⁵¹. Sin embargo, esto lleva consigo problemas jurídicos a muy importantes. Existen dos corrientes de pensamiento que durante siglos han debatido acerca el problema de cómo saber los casos en los que la aplicación de un Derecho extranjero vulnera el orden público internacional. Para algunos autores, debería elaborarse una lista cerrada de supuestos concretos en los que se considera que la aplicación de un Derecho extranjero o los efectos de una resolución judicial extranjera vulnera el orden público internacional del Estado del foro, reforzando así la seguridad jurídica. Es lo que se denomina “método enumerativo”¹⁵². Sin embargo esta lista sería una lista incompleta, con lagunas, pues la realidad internacional no se puede clasificar en cápsulas cerradas, ya que la vida produce siempre más casos que el legislador pueda prever.

¹⁵¹ Recogidos en la Regla primera, número 3 de la Instrucción.

¹⁵² *Vid.* referencia en A. L Calvo Caravaca, J. Carrascosa González *loc.cit.* pág. 254

Por ello, otros expertos consideraron que era preferible que el sistema legal contase con una cláusula general de orden público internacional (denominado sistema de la lista abierta¹⁵³). Así, en 1893 el gran jurista T.M.C. Asser sostuvo que el orden público internacional sólo puede expresarse mediante “cláusulas generales”. Esta idea, cristalizó en casi todos los sistemas nacionales y en los Convenios internacionales de Derecho internacional privado.

En el ámbito de los conflictos de leyes, el art. 12.3 CC acepta esta perspectiva, y en el contexto del reconocimiento de resoluciones extranjeras, el art. 954 LEC 1881 también la sigue.

E) El denominado “imperialismo” utilizado por la Instrucción.

Por otra parte, la exigencia que establece la DGRN para el reconocimiento incidental de la resolución extranjera en que “*el Tribunal de origen hubiera basado su competencia judicial internacional en criterios equivalentes a los contemplados en la legislación española*” para Carrascos González y Calvo Caravaca es algo que no puede ni debe exigirse.

Los tribunales de un Estado se declaran competentes cuando concurren los foros de competencia internacional establecidos en *su propio Derecho*. Las normas de competencia judicial internacional que son de producción interna de un Estado presentan, determinan la competencia de los tribunales del Estado al que pertenece el tribunal en cuestión. Por ello, las normas de competencia judicial internacional españolas no pueden precisar los casos en que los órganos jurisdiccionales de otro Estados pueden conocer o no litigios internacionales. Así lo ha indicado el Tribunal Constitucional en su STC 61/2000 de 13 marzo 2000 donde establece que cada Estado es exclusivamente competente para fijar los casos en los que los órganos de “su Poder Judicial” deben conocer.

Por ello, exigir, como hace la DGRN en su Instrucción de 5 octubre 2010, que los tribunales extranjeros se hayan declarado competentes mediante de la aplicación de foros “equivalentes” a los recogidos en la legislación española no sería adecuado.¹⁵⁴

¹⁵³ *Ibidem*. pág 254

¹⁵⁴ Resulta oportuno recordar que durante años y en el marco del art. 954 LEC, el TS aplicó, con algunas inflexiones, este llamado “sistema bilateralista”. El TS estimaba que un tribunal extranjero resultaba “internacionalmente competente” cuando un tribunal español lo hubiera sido en un caso semejante. Es decir, el juez extranjero debía haber empleado, para declararse internacionalmente competente, los foros

El sistema que persigue “imponer” al resto de Estados los criterios de competencia internacional de los tribunales españoles fue cambiado, en 1998, por el TS cambió al adoptar el “nuevo modelo francés” de control de la competencia judicial internacional del juez que dicta la resolución que pretende ser reconocida en España¹⁵⁵. Se trata del denominado “sistema de los contactos razonables”. Este nuevo sistema consiste en lo siguiente: el tribunal extranjero que dictó la sentencia debe considerarse como “internacionalmente competente” si el litigio en cuestión presenta “contactos razonables” con el país donde se desarrolló el proceso¹⁵⁶

Cabe, en este sentido, matizar el carácter aparentemente “imperialista” de la instrucción: emplea el término “equivalentes” y no “iguales” para referirse a los foros empleados por las autoridades judiciales extranjeras.

De este modo, si los foros de competencia recogidos en la legislación española se inspiran en el “principio de proximidad razonable”, ya que así lo requiere la tutela judicial efectiva¹⁵⁷, ello significa que se exigirá que los foros empleados por la autoridad extranjera reflejen, también, una vinculación razonable del supuesto con la jurisdicción extranjera. Por lo tanto, si se interpreta de este modo, se salva el carácter imperialista de la misma.

Sin embargo, la cuestión no resulta tan sencilla como parece, dado que los foros empleados por la legislación española en materia de filiación presentan un carácter casi exorbitante.¹⁵⁸ Así, la mera nacionalidad española del demandante otorga competencia internacional a los jueces españoles. Por la misma razón, si un foro de competencia recogido la legislación californiana otorga competencia a un juez californiano por la mera nacionalidad del demandante, la decisión dictada por el tribunal californiano debería ser reconocida en España, a pesar de que el caso muestra una vinculación débil con California. Es decir, exigir una “equivalencia” entre los foros de competencia

de competencia judicial previstos en la legislación española (véase entre otros: ATS 21 octubre 1982, ATS 3 febrero 1986, ATS 15 diciembre 1987, ATS 23 junio 1989).

¹⁵⁵ Sent. Cour Cass.Civ.I, 6 febrero 1985, *Simitch*: «existence d'un lien caractérisé entre le pays dont le juge a été saisi et le litige». Vid. en A. L Calvo Caravaca, J. Carrascosa González *loc.cit.* pág 255

¹⁵⁶ Seguido por los ATS 24 diciembre 1996, ATS 10 febrero 1998, ATS 20 enero 1998, entre otros. También la Ley 54/2007 de 28 de diciembre, de adopción internacional, sigue línea del TS, a la hora de controlar los requisitos que debe satisfacer una resolución extranjera de adopción para lograr su reconocimiento en España (art. 26.1.1º de la Ley de adopción internacional)

¹⁵⁷ Artículo 24 CE 1978 y artículo 6 CEDH 1950

¹⁵⁸ Con arreglo a los arts. 21 y 22 LOPJ, los tribunales españoles son competentes para conocer de los supuestos internacionales relativos a la filiación natural y a las relaciones paternofiliales cuando concurra uno de estos foros: (a) Residencia habitual del hijo en España al tiempo de la demanda; b) Nacionalidad española del demandante; (c) Residencia habitual del demandante en España; (d) Domicilio del demandado en España.

extranjeros y los foros de competencia españoles, precisamente en materia de filiación, no es una buena solución. Hubiera sido mucho más sencillo y efectivo exigir, simplemente, que el Estado al que pertenece el tribunal extranjero que dicta la sentencia presentara vínculos razonables con el supuesto y que el tribunal hubiera aplicado correctamente sus foros de competencia internacional y así evitar dar efectos en España a decisiones nulas o ilegales en el país de origen.

F) Alcance de la competencia del Encargado del Registro.

Otra de las críticas a esta Instrucción radica en el papel que adjudica al Encargado del Registro Civil. Como hemos visto, éste debe decidir si estamos ante una resolución análoga de jurisdicción voluntaria o no, para proceder a su reconocimiento incidental o no. Sin embargo, ¿cuáles son las verdaderas funciones de los Encargados del Registro Civil?

El Registro Civil en España cumple una función jurídica legitimadora, tal como ha reiterado la Dirección General de los Registros y del Notariado. Todo ello hace muy discutible que se trate de un modelo meramente administrativo¹⁵⁹. Más bien parece corresponderse con una función que corresponde al Estado, esto es, la de registro y publicidad de datos, en este caso, con una evidente afectación de derechos fundamentales de la persona. La función calificadora constituye una actividad de carácter eminentemente jurídico, ya que consiste en un juicio de valor, en una apreciación de las circunstancias fácticas, realizada con la finalidad de adoptar la decisión de inscribir, no inscribir o suspender la inscripción. Se trata de que sólo accedan al Registro hechos ciertos y comprobados, y actos jurídicos válidos y eficaces.

Respecto a la situación del Encargado con la entrada en vigor de la nueva Ley del Registro civil, ésta transforma la concepción tradicional del Registro Civil como Registro que regula la administración del Derecho privado convirtiéndolo en un Registro administrativo, pero no tiene en cuenta que la actividad registral se contempla en nuestro ordenamiento jurídico como función jurídica legitimadora, que recae sobre cuestiones de Derecho privado, sobre los derechos inherentes a la persona reconocidos por los Tratados Internacionales y por la Constitución Española, que requieren

¹⁵⁹ Véase, a este respecto, la Instrucción de 7 de febrero de 2007, de la DGRN, que explicó que los expedientes del Registro Civil no tienen naturaleza administrativa, por ser su contenido y objeto materia de Derecho privado.

numerosas garantías para su reconocimiento y ejercicio a través de la regulación del procedimiento registral.¹⁶⁰

En cuanto el control de los documentos, en los artículos 30, 31 y 32 establece las funciones de los encargados respecto el Control de legalidad de los documentos. Éste alcanzará a la legalidad de las formas extrínsecas y la validez de los actos y hechos en ellos contenidos. Este control va mucho más allá que el previsto en el artículo 27 de la legislación vigente, que lo limita a la competencia y clase de procedimiento a seguir, formalidades extrínsecas de los documentos presentados y asientos del propio Registro.¹⁶¹

Nada dice de la capacidad acerca del Encargado del registro para valorar cuando se está ante una resolución análoga a las de jurisdicción voluntaria españolas, por lo la crítica puede encontrar su fundamento teniendo en cuenta el listado de sus funciones. En mi opinión dicha crítica no sería tan trascendente como las anteriores, incluso considero que aun no estar entre una de sus funciones, si tienen capacidad para distinguir, teniendo en cuenta los requisitos necesarios para catalogar a una resolución como análoga a las de jurisdicción voluntaria, entre éstas y una de jurisdicción contenciosa.

¹⁶⁰ Sin embargo, en cuanto a las funciones del Encargado del registro, son muy similares a las actuales: 1.^a) Inscribir los hechos y actos relativos a españoles acaecidos en su circunscripción consular, así como los documentos extranjeros y certificaciones que sirvan de título para practicar la inscripción 2.^a) Expedir certificaciones de los asientos registrales. 3.^a) Recibir y documentar declaraciones de conocimiento y de voluntad. 4.^a) Instruir el expediente previo de matrimonio, y expedir los certificados de capacidad 5.^a) Comunicar a la DGRN la legislación extranjera vigente en materia vinculada al estado civil.

¹⁶¹ En concreto establece las siguientes funciones:

- El Encargado de la Oficina del Registro Civil ante el que se solicita la inscripción deberá controlar la legalidad de las formas extrínsecas del documento, la validez de los actos y la realidad de los hechos contenidos en éste.
- La calificación de las sentencias y resoluciones judiciales recaerá sobre la competencia y clase del procedimiento seguido, formalidades extrínsecas de los documentos presentados y asientos del propio Registro.
- En caso de tener dudas sobre la legalidad de los documentos, sobre la veracidad de los hechos o sobre la exactitud de las declaraciones, en el plazo de diez días realizará las comprobaciones oportunas.
- Si observa una contradicción esencial entre el Registro y la realidad, lo pondrá en conocimiento del Ministerio Fiscal y lo advertirá a los interesados.
- En el examen de las solicitudes y de las declaraciones que se formulen, la Oficina Consular o General verificará la identidad y capacidad de los solicitantes o declarantes y, en su caso, la autenticidad de la firma.

Si un funcionario competente ya se ha pronunciado, no cabe solicitar nuevo pronunciamiento en otra Oficina.

4. La incidencia de la libre circulación de los ciudadanos de la Unión

La exclusión del control conflictual que analizamos en apartados anteriores, donde se desplaza el control al país de origen en el marco de la confianza mutua entre Estados Miembros y del reconocimiento mutuo, es más entendible dentro de un marco comunitario, donde los criterios de competencia son uniformes, y donde se tiende a suprimir el exequátur al considerar las decisiones de los otros Estados Miembros como nacionales dentro de un espacio común integrado.

Cada Estado miembro se reserva la posibilidad de no reconocer una situación jurídica legalmente creada en el Estado miembro de origen, en caso de que la existencia y validez de dicha situación jurídica en el Estado miembro de destino resulte contraria al orden público internacional.

Como regla general, el no reconocimiento por parte de la autoridad de un Estado miembro respecto a una situación jurídica legalmente creada, válida y existente en otro Estado miembro puede comportar un obstáculo al ejercicio fundamental del derecho a la libre circulación y residencia del ciudadano de la Unión.

Por ello, con el fin de suprimir los obstáculos a la libre circulación y residencia del ciudadano comunitario en base en el artículo 21 TFUE 8 (antiguo artículo 18 TCE), el TJUE recurre “regla general de reconocimiento de situaciones jurídicas”. Esta regla del Derecho Internacional privado significa lo siguiente: toda situación jurídica legalmente creada en un Estado miembro, debe ser considerada válida y existente en los demás Estados miembros, con independencia de la “ley estatal” que la autoridad del Estado miembro de origen aplicó para crear la situación jurídica.

Esto permite que la existencia de distintos Derechos sustantivos en cada Estado miembro, y de sistemas de Derecho Internacional Privado diferentes en cada Estado miembro, no opere como obstáculo a la libre circulación de personas.

Ello implica una exigencia de coherencia internacional, es decir, de continuidad en el espacio, de seguridad jurídica, en las situaciones jurídicas privadas. Como han subrayado A.L Calvo Caravaca y J. Carrascosa González, el reconocimiento mutuo se basa en la idea de “confianza comunitaria”. Se aceptan en un Estado miembro las situaciones jurídicas creadas por autoridades de otros Estados miembros porque se confía plenamente en la Justicia impartida en el Estado miembro de origen.

Esta regla es antigua en Derecho Internacional privado, y fue utilizada por el TJUE para agilizar la libre circulación de mercancías en su célebre jurisprudencia

*Cassis de Dijon*¹⁶², pero también en otras cuestiones como fue el asunto “*Dafeki*” mencionado por P. Lagarde,¹⁶³ del que se desprende, que “*las autoridades administrativas y judiciales de un Estado miembro estiman la posibilidad de respetar los certificados y los actos análogos relativos al estado de las personas, que emanen de autoridades competentes de otros Estados miembros, a menos que su exactitud fuere seriamente quebrantada en virtud de indicios o motivos concretos, propios o característicos de un caso individual*”.

Un caso muy famoso que pone de manifiesto la importancia de esta regla en el caso *Grunkin-Paul*. En él, el Encargado del Registro civil alemán deniega el reconocimiento de la certificación registral en la que consta el apellido del niño Leonhard Matthias tal como había sido determinado e inscrito en Dinamarca, donde nació y reside el menor porque la ley nacional alemana (art. 10 BGB) es incompatible con la ley del domicilio danesa. Sólo se aplicará la ley nacional de un Estado miembro si respeta el Derecho de la Unión.

El actual Derecho comunitario no regula la materia “apellido” de una persona, por lo que la competencia para establecer la norma que debe regirlo es de cada Estado miembro. Ello genera una disparidad de legislaciones nacionales respecto a una misma materia. En este caso, el no reconocimiento de dicha certificación registral, por parte del Encargado del Registro civil alemán, comporta un obstáculo no justificado al derecho fundamental a la libre circulación y residencia del ciudadano de la Unión (art.21 TFUE).

El Tribunal alemán observa que no es posible ordenar al Registro Civil alemán que inscriba un apellido no permitido según el Derecho alemán. Sin embargo, ante la duda acerca de la compatibilidad con el Derecho europeo en el sentido en que un ciudadano de la Unión se ve obligado a utilizar distinto apellido dependiendo del Estado miembro en que se halle (Alemania o Dinamarca), remite el asunto al TJUE.

La STJUE de 14 octubre 2008, *Grunkin-Paul*, establece que si la Ley de un Estado miembro otorga un nombre y apellidos a un ciudadano comunitario, dicha persona tiene derecho a utilizarlo en los demás Estados miembros, con total

¹⁶² La STJCE 20 febrero 1979 venía a establecer que la mercancía legalmente fabricada en un Estado miembro puede ser introducida en otro Estado miembro y comercializada en el mismo, porque el Estado miembro de destino “reconoce” como suficiente el ajuste de la mercancía a las condiciones de fabricación exigidas por la Ley del Estado miembro de origen. Citada en M.D Ortiz Vidal, “El caso Grunkin-Paul : Notas a la STJUE de 14 de octubre de 2008” *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Marzo 2009 , Vol. 1, Nº 1, pág. 146.

¹⁶³ Asunto de 2 de diciembre 1997, C-336/94. *Vid.* en M.D Ortiz Vidal, *loc.cit.* pág 146.

independencia de los puntos de conexión de las normas de conflicto del “Estado miembro de destino”. Solución ya presente en la jurisprudencia del TJUE¹⁶⁴ Con esta interpretación del TJUE permitirá no sólo que casos similares en relación al apellido, puedan resolverse en esta línea dando prioridad a la libre circulación y residencia del ciudadano comunitario como derecho fundamental frente a la aplicación de la ley nacional de un Estado miembro si ésta no respeta el Derecho de la Unión, sino que se extienda a todas aquellas situaciones jurídicas legalmente creadas en un Estado miembro, situaciones que en caso de implicar un “cruce de frontera”, no se consideren válidas y existentes en los demás Estados miembros, ocasionando un perjuicio al derecho a la libre circulación y residencia del ciudadano comunitario.

En nuestra materia, supongamos un caso de una mujer española, que contrae matrimonio con un nacional inglés y tiene un hijo por gestación por sustitución en Inglaterra que, como hemos visto, están permitidas reuniendo una serie de requisitos. Después deciden volver a España e inscribir a su hijo en el registro español. A la luz de la ley española, el menor es inglés, no es hijo ni de madre ni padre español, pero con la aplicación del 9.4 se conduciría a la ley inglesa, que considera al menor hijo de española, por lo que puede inscribirse en el registro español.

Así, siguiendo la línea del TJUE se rechazaría la interpretación de la vulneración de orden público internacional por la aplicación de la libre circulación de todo ciudadano comunitario en la UE. Sin embargo esto no es absoluto, es necesario analizar caso por caso. Así lo dispone el artículo 45.3 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea¹⁶⁵. Y de nuevo entramos en motivos de orden público para valorar el acceso o no de la filiación determinada en virtud de un contrato de gestación por sustitución. Este fue el caso del Asunto C- 208/09 de 22 de diciembre de 2010 acerca la interpretación de la ley constitucional de un Estado miembro que tiene por objeto la abolición de la nobleza en dicho Estado y que prohíbe a sus nacionales el uso de títulos de nobleza extranjeros. En el supuesto, se cuestionó la denegación de las autoridades de

¹⁶⁴ STJCE 30 marzo 1993, *Konstantinidis*, STJCE 2 octubre 2003, *García Avello*. Citada en M.D Ortiz Vidal, *loc.cit.* pág 151, véase también [http:// curia.eu](http://curia.eu)

¹⁶⁵ Artículo 45.3 TFUE: “*Sin perjuicio de las limitaciones justificadas por razones de orden público, seguridad y salud públicas, la libre circulación de los trabajadores implicará el derecho:*

- a. *de responder a ofertas efectivas de trabajo;*
- b. *de desplazarse libremente para este fin en el territorio de los Estados miembros;*
- c. *de residir en uno de los Estados miembros con objeto de ejercer en él un empleo, de conformidad con las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas aplicables al empleo de los trabajadores nacionales;*
- d. *de permanecer en el territorio de un Estado miembro después de haber ejercido en él un empleo, en las condiciones previstas en los reglamentos establecidos por la Comisión.”*

dicho Estado miembro de inscribir en el registro de nacimientos un título nobiliario que forma parte de un apellido que una persona mayor de edad, nacional de dicho Estado, obtuvo en otro Estado miembro, en el que reside, como consecuencia de su adopción por un nacional de este último Estado. En este asunto, el TJUE falló estimando que *“el artículo 21 TFUE debe interpretarse en el sentido de que no se opone a que las autoridades de un Estado miembro, en circunstancias como las del litigio principal, puedan negarse a reconocer en todos sus elementos el apellido de un nacional de dicho Estado, tal como ha sido determinado en un segundo Estado miembro, en el que reside el citado nacional, en el momento de su adopción en edad adulta por un nacional de ese segundo Estado miembro, porque dicho apellido incluye un título nobiliario no permitido en el primer Estado miembro con arreglo a su Derecho constitucional, siempre que las medidas adoptadas por dichas autoridades en este contexto estén justificadas por motivos de orden público, es decir, que sean necesarias para la protección de los intereses que pretenden garantizar y proporcionadas al objetivo legítimamente perseguido”*.

Por tanto, siempre hay que valorar caso por caso la difícil tarea de determinar si se vulnera o no el orden público. En mi opinión, estoy de acuerdo con la opción que también apuntó la Resolución de la DGRN de 18 de febrero de 2009, en que el interés superior del menor primaría en estos casos y que no existe vulneración del orden público¹⁶⁶. No obstante, el orden público, considero que éste no se vulnera no por la razón esgrimida por la DGRN (por el hecho de que se permita la inscripción de un

¹⁶⁶ FJ V Resolución DGRN 18 Febrero 2009: *“...En cuarto lugar, debe recordarse que el "interés superior del menor" al que alude el antes citado art. 3 Convención sobre los Derechos del Niño, hecha en Nueva York el 20 de noviembre de 1989, se traduce en el derecho de dicho menor a una "identidad única", como ha destacado recientemente el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (SSTJUE de 2 de octubre de 2003, caso García Avello, y 14 de octubre de 2008, caso Grunkin-Paul). Este derecho de los menores a una identidad única se traduce en el derecho de tales menores a disponer de una filiación única válida en varios países, y no de una filiación en un país y de otra filiación distinta en otro país, de modo que sus padres sean distintos cada vez que cruzan una frontera. La inscripción de la certificación registral californiana en el Registro Civil español es el modo más efectivo para dar cumplimiento a este derecho de los menores a su identidad única por encima de las fronteras estatales. Esta jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea presenta un valor supracomunitario, ya que no se trata, meramente, de subrayar el derecho a la identidad única de los ciudadanos comunitarios, sino que se trata de una jurisprudencia que destaca el derecho a una identidad única referido a los menores. Ello encaja con el interés superior del menor recogido en el art. 3 Convención sobre los Derechos del Niño, hecha en Nueva York el 20 de noviembre de 1989”*

“...En segundo término, la inscripción en el Registro Civil español del nacimiento y de la filiación de los nacidos en California en favor de dos sujetos varones no vulnera el orden público internacional español, ya que en Derecho español se permite que la filiación de un hijo conste en el Registro Civil a favor de dos mujeres, personas del mismo sexo (art. 7.3 L 14/2006). Por esta razón, no permitir que la filiación de los nacidos conste en favor de dos varones resultaría discriminatorio por una razón de sexo, lo que está radicalmente prohibido por el art. 14 CE.”

menor a favor de dos mujeres), sino porque, en mi opinión, la incorporación de esta certificación registral extranjera a nuestro ordenamiento no altera los valores fundamentales del mismo, es decir, no alteraría el correcto y pacífico funcionamiento de la sociedad española.

5. Efectos del acceso al registro.

Aunque la inscripción en el Registro Civil español de las menciones contenidas en las certificaciones registrales extranjeras o, en estos casos, las sentencias que establecen la filiación a favor de los padres comitentes, no es imprescindible para que tales documentos extranjeros constituyan un medio de prueba, una vez que acceden al Registro Civil español devienen un medio de prueba cualificado o privilegiado. El preámbulo de la Ley de 8 de junio de 1957 de Registro Civil, destaca la importancia de los efectos que produce las inscripciones en el Registro, como prueba de lo que en ello se certifica.¹⁶⁷

Por otra parte, la importante función jurídica legitimadora del Registro Civil en España ha sido reconocida también por el legislador en el Preámbulo de la Ley 1/2009, de 25 de marzo, de reforma de la Ley de 8 de junio de 1957, sobre el Registro Civil, en materia de incapacitaciones, cargos tutelares y administradores de patrimonios protegidos, y de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, sobre protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la normativa tributaria con esta finalidad, que en su preámbulo proclama que "*... El Registro Civil es un Registro de carácter jurídico cuyo fin es la constatación y publicidad de los hechos y actos jurídicos referidos al estado civil de las personas. Aunque la inscripción en el Registro Civil tiene carácter declarativo y no constitutivo, su utilidad es evidente ya que despliega importantes*

¹⁶⁷ Preámbulo de la Ley de 8 de junio de 1957 de Registro Civil "*II. ...concebido como instrumento para la constancia oficial de la existencia, estado civil y condición de las personas. En relación a la Ley que se deroga, el nuevo sistema dará al Registro un carácter más amplio al recoger el contenido de los Registros de Tutelas y el de Ausentes, que carecían de razón suficiente para su existencia dispersa, y al llevar a su seno determinadas representaciones legales, pues es de interés general que de ellas haya una constancia pública. En orden a la eficacia de la inscripción, la presente Ley se basa en los principios hoy vigentes; por consiguiente, la inscripción sigue constituyendo la prueba de los hechos inscritos, con todo su intrínseco valor -no meramente procesal- que encierra la expresión; pero la eficacia del Registro queda fortalecida al establecer que aquella prueba sólo puede discutirse en los procedimientos rectificatorios establecidos en la Ley. Las consecuencias de tan poderosa revalorización se atenúan con la admisión de cuestiones prejudiciales de tal modo reguladas que es de esperar no constituyan motivo de demora o de abusos procesales"*

efectos, que consisten en la articulación de un medio de prueba del estado civil rápido y simple y constituye título de legitimación del ejercicio de los derechos que resultan de cada condición o estado civil concreto de la persona en la forma que reflejan los propios asientos del Registro (artículos 327 del Código Civil y 2 de la Ley de 8 de junio de 1957, sobre el Registro Civil)"

En congruencia con este principio, las inscripciones del Registro Civil son obligatorias, pero de carácter meramente declarativo, en el sentido de que vienen a constatar, declarar y publicar un hecho o acto de estado civil ocurrido, sin embargo aunque podemos encontrar casos excepcionales en los que la inscripción, además de aquél valor probatorio y legitimador, tiene un valor constitutivo (adquisición de nacionalidad española, declaraciones voluntarias de vecindad civil, o cambio de nombres y apellidos)

Lo verdaderamente característico de las inscripciones del Registro Civil no es ya el valor probatorio que les corresponde, sino que los hechos inscribibles sólo pueden ser probados a través del Registro Civil, constituyendo así una verdad oficial de lo que refleja, que sólo se puede suplir en los limitados casos que prevé la Ley. Por tanto, el Registro Civil goza del privilegio legal de exclusividad probatoria del estado civil, de forma tal que sólo en los casos excepcionales que cita el artículo 2.3 de la Ley cabe acudir a otros medios probatorios extrarregistrales.

Un caso muy reciente, es el de una mujer que acudió a los Ángeles para la realización de un contrato de gestación por sustitución. Gracias a la citada Instrucción de la DGRN, al reunir los requisitos exigidos, el menor pudo acceder al Registro español. Sin embargo, al solicitar en su trabajo para el Servicio de Salud del Principado la pertinente baja maternal, se le fue denegada al no estar contemplado su caso en ninguno de los supuestos previstos por el Estatuto de los Trabajadores: parto, acogimiento y adopción

El Juzgado de lo social de Oviedo reconoció, el derecho a disfrutar de la prestación por maternidad partiendo de la base de que el *“hecho de equiparar la maternidad subrogada a las demás situaciones de hecho protegidas, la denegación de sus efectos cuando responde a la misma causa, supone una vulneración del principio de igualdad porque la diferente naturaleza de las instituciones no justifica la denegación del subsidio”* y que *“si bien inicialmente el subsidio tenía la doble finalidad de, por un lado, atender la salud de la mujer trabajadora en la fase de embarazo, parto y puerperio y, a la vez, atender los primeros cuidados del recién nacido, la ampliación a*

supuestos en los que no hay alumbramiento da preponderancia a la atención del menor”

Por lo tanto, lo inscrito en el Registro Civil produce todos sus efectos, concretamente se produce la presunción de la veracidad y legalidad de lo inscrito, desde que la misma ha tenido lugar, tal como establece el artículo 2 de la LRC, sin perjuicio de que pueda ser impugnado y la autoridad competente ordene su cancelación. Pero mientras ello no ocurra, lo que accede al Registro, en este caso como filiación determinada, debe producir los mismos efectos para el resto de los casos, aunque la naturaleza de la institución no sea la misma, por el principio de igualdad y de no discriminación.

III. La nueva situación generada por la Ley 20/2011 de Registro Civil

El 21 de julio de 2011 se sancionó la Ley 20/2011, del Registro Civil para adaptarla a la realidad actual social española¹⁶⁸. A pesar de la amplitud del cambio planteado por la nueva Ley, nada dice, expresamente, respecto de la inscripción de los nacidos mediante técnicas de reproducción asistida. Lo que sí realiza es la eliminación de toda referencia a la filiación no matrimonial, equiparándola así a la matrimonial. Por lo tanto el sistema planteado por la LTRHA, que sí distingue entre filiación matrimonial y no matrimonial, debería ser reformado.

Hay que tener presente que la Instrucción de la DGRN fue publicada durante la tramitación de la nueva Ley. Con ello, el posible respaldo que pudiera esperarse de la presente Ley a dicha Instrucción confirmaría la idea asentada por varios expertos como es el caso de Vela Sánchez¹⁶⁹, al considerar que el contenido de la Instrucción podría sentar las bases de una futura regulación en España de la gestación por sustitución.

Sin embargo, como ya he avanzado la nueva Ley no menciona en ningún caso este tipo de filiación, cuyo tratamiento quedará integrado en las normas sobre Derecho internacional privado que la propia Ley contempla.

En primer lugar, el artículo 98, se refiere a los asientos extendidos en registros extranjeros. Para su inscripción en España es necesario:

¹⁶⁸ Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil BOE núm. 175, de 22 de julio de 2011

¹⁶⁹ A.J. Vela Sánchez, “La gestación de sustitución o maternidad subrogada: el derecho a recurrir a las madres de alquiler”, *Diario La Ley* nº 7608, Sección Doctrina, 11 de abril de 2011, pág.6

Que la certificación ha sido expedida por autoridad extranjera competente conforme a la legislación de su Estado.

Que el Registro extranjero de procedencia tenga, en cuanto a los hechos de que da fe, análogas garantías a las exigidas para la inscripción por la Ley española.

Que el hecho o acto contenido en la certificación registral extranjera sea válido conforme al ordenamiento designado por las normas españolas de Derecho internacional privado.

Que la inscripción de la certificación registral extranjera no resulta manifiestamente incompatible con el orden público español.

La primera cuestión que se nos plantea ante este artículo, es que la exigencia de la Instrucción respecto a la necesidad de presentar la resolución judicial para proceder a la inscripción, se viene abajo ante la posibilidad de realizar sin la misma siempre que se cumpla los requisitos en el artículo prescritos. De este modo se posibilitaría el acceso de los hijos nacidos mediante gestación por sustitución en países donde es legal, peor en los que no existe homologación judicial del acuerdo.

Una cuestión importante que plantea este artículo es la exigencia de “análogas garantías”. Su interpretación siempre será muy relativa.

Por otra parte, el apartado segundo del artículo 98, si exige que cuando la certificación registral sea un mero reflejo de una sentencia judicial previa, como sucede en el caso californiano, sea ésta la que acceda al Registro. Para ello, nos remite al artículo 96 que regula los procedimientos de acceso de las sentencias judiciales extranjeras.¹⁷⁰

En mi opinión las consecuencias de la entrada en vigor de esta Ley no distan demasiado de las ya aplicadas en la Instrucción; incluso podría decir que se mejora la

¹⁷⁰ Este artículo 96 establece: “1. Sólo procederá la inscripción en el Registro Civil español de las sentencias y demás resoluciones judiciales extranjeras que hayan adquirido firmeza. Tratándose de resoluciones de jurisdicción voluntaria, éstas deberán ser definitivas. En el caso de que la resolución carezca de firmeza o de carácter definitivo, únicamente procederá su anotación registral...”

2. La inscripción de las resoluciones judiciales extranjeras se podrá instar:

1. Previa superación del trámite del exequátur contemplado en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881...
2. Ante el Encargado del Registro Civil, quien procederá a realizarla siempre que verifique:
 - a. La regularidad y autenticidad formal de los documentos presentados.
 - b. Que el Tribunal de origen hubiera basado su competencia judicial internacional en criterios equivalentes a los contemplados en la legislación española.
 - c. Que todas las partes fueron debidamente notificadas y con tiempo suficiente para preparar el procedimiento.

Que la inscripción de la resolución no resulta manifiestamente incompatible con el orden público español”

situación para los afectados en estos casos al establecer la posibilidad del acceso al Registro sin la existencia de resolución judicial.

Sin embargo, siempre nos encontraremos con las barreras que apuntamos a los largo de este trabajo, en concreto el orden público internacional, (apartado d) del artículo 96), entendido desde la perspectiva de la prohibición de gestación por sustitución en España. Así, esta Ley reforzaría la legalización de este tipo de técnicas llevadas a cabo en el extranjero, iniciada por la Instrucción de la DGRN.

Pero además, según Albert Márquez¹⁷¹, esta regulación podría significar además un primer paso hacia la admisión de estos contratos en nuestro país. Para justificarlo apunta varias razones: de equidad, debido al coste que tienen estas técnicas en el extranjero, por coherencia con los casos ya planteados (especialmente el citado en este trabajo, por razones de no discriminación a las parejas homosexuales que no tiene la posibilidad de tener hijos biológicos) y, por último, por la garantía del derecho a la intimidad familiar que protegería a la pareja de varones y al menor nacido mediante estas técnicas. Aunque, en mi opinión, este último argumento estaría reñido con el derecho a conocer el origen biológico del menor, que si bien, si considero adecuado que en el Registro no aparezca mención de la mujer gestante, si considero necesario la mención de la mujer en la resolución que homologa el contrato, tal como sucede en la actualidad.

IV. Ponderación de intereses y posibles alternativas

Con todo lo expuesto, existen muchas más opiniones que consideran más acertada la anterior Resolución de la DGRN de 18 febrero 2009, al emplear el “método del reconocimiento de decisiones” tratando como una auténtica “decisión” a la certificación registral extranjera de nacimiento y filiación de los menores que la citada Instrucción, que burocratizaría de manera innecesaria el acceso al registro de estos menores, además de emplear, como algunos autores han indicado, de manera errónea los instrumentos que nos ofrece el Derecho Internacional Privado

Sin embargo, aunque se considera que el método de reconocimiento seguido por la Resolución citada de la DGRN (que, por otra parte, es seguido también por Derechos

¹⁷¹ M. Albert Márquez, “Los contratos de gestación de sustitución celebrados en el extranjero y la nueva Ley del Registro Civil”, Universidad Rey Juan Carlos de Madrid, *Diario La Ley*, Nº 7863, Sección Doctrina, 22 de Mayo 2012, pág 6

de nuestro entorno como es el francés y belga), como la mejor aproximación de cara a la valoración de los efectos de la gestación por sustitución llevaba a cabo en el extranjero, la discusión de esos efectos sólo se cierra con una decisión judicial con efectos de cosa juzgada. Por ello, para que logren esa continuidad y coherencia de la filiación establecida a través de las fronteras jurídicas es necesario que exista una comunicación entre el ámbito y las condiciones de reconocimiento y el ámbito de la determinación de la ley aplicable en aquellos supuestos en los que el reconocimiento no se fundamente en una decisión de cosa juzgada. Es decir, es necesario que lo que se establezca mediante reconocimiento no se deshaga mediante ley aplicable y la ley efectivamente aplicada.¹⁷² Pero, ¿cómo se conseguiría esa coordinación?

Una posibilidad sería admitir que estas situaciones creadas en el extranjero llevarían su régimen jurídico “a costas”, es decir, los problemas que pudieran plantearse se solventarían a la luz del derecho que les vio nacer (es decir, aplicando la ley extranjera). Sin embargo esta solución es incompatible con nuestro sistema jurídico donde la aplicación de las normas de conflicto es imperativa.

Otra opción podría llevarnos a considerar una posible modificación de la norma de conflicto, que en nuestro caso sería el artículo 9.4, que nos llevaría aplicar la ley nacional del menor, para flexibilizarla y que no supusiese una condición de reconocimiento enmascarada, o proponiendo una norma de conflicto específica en este tipo de casos. Sin embargo, aunque en nuestro sistema se tiende a una solución única para todos los tipos de filiación, encontramos el caso de la adopción, que en base en el principio constitucional de igualdad de todos los hijos, se justifica un tratamiento diferente para este tipo de casos.

Por otra parte, la solución que proponen los Tribunales españoles, como hemos observado en las sentencias estudiadas, consiste en la adopción por parte del cónyuge regulada en el artículo 178 del Código Civil, al establecer el artículo 10.3 de la LTRHA la posibilidad de establecer la filiación respecto el padre biológico, para así respetar el “interés superior del menor” y garantizar la continuidad de la filiación en el espacio.

Sin embargo, creo que no podemos dejar de tener en cuenta que el contrato de gestación por sustitución es nulo en nuestra legislación, por lo que los padres comitentes no estarían protegidos, por muchas alternativas que haya para proteger el “interés del

¹⁷² M. Guzmán Zapater “Gestación por Sustitución y nacimiento en el extranjero: hacia un modelo de regulación (Sobre la Instrucción DGRN de 5 de Octubre de 2010)” *Anuario Español de Derecho Internacional privado* 2010, pp. 369-376

menor” ante los cambios de parecer de la mujer gestante o cualquier otro problema que pueda surgir.

En consecuencia, una solución del problema nos llevaría a replantearnos una modificación de la Ley 14/2006, permitiendo la gestación subrogada y regulándola detalladamente, que en cierto modo, se cree que es lo que indirectamente pide la Instrucción de la DGRN al establecer las condiciones de reconocimiento, que sin embargo considero insuficiente e incluso discriminatoria, de mantenerse la prohibición legal, pues permitiendo el acceso al Registro de los nacimientos ocurridos en el extranjero da un tratamiento “elitista” a estas prácticas que sólo podrían acceder a ellas quien pudiera permitirse viajar al extranjero.

CONCLUSIONES

1. Los adelantos de la ingeniería genética han supuesto importantísimos avances en el campo de la reproducción humana, provocando cambios en algunas figuras jurídicas, como es el caso de la maternidad. Una de estas técnicas es la denominada gestación por sustitución o comúnmente alquiler de vientres. La gestación por sustitución se puede definir en sentido amplio como el acuerdo, oneroso o gratuito, por el cual una mujer, denominada portadora, permite que se le implante en su útero un embrión, aportando o no su óvulo y el material genético de la pareja a favor de la cual va a renunciar los derechos sobre ese niño, denominados comitentes, o bien el material genético de terceros extraños. Las causas por las que se acceden a estas técnicas son diversas. Si bien en un principio se basaban por causas de infertilidad, en la actualidad paulatinamente se va ampliando a otros motivos, como es el caso de las parejas solteras u homosexuales.
2. Aparece regulada en la Ley 14/2006 de 26 de mayo de Técnicas de Reproducción Asistida Humana, que sustituye sin ninguna modificación a la de 1988, que declara la nulidad del acuerdo y establece la filiación del menor a favor de la madre gestante, quedando a salvo la reclamación de la paternidad biológica conforme a las reglas generales establecidas en el Código Civil. Estos acuerdos devienen nulos por razón de su objeto, a tenor del artículo 1271 Cc y, por su causa, según dispone el artículo 1275 Cc.
3. El “derecho al hijo”, que sirve de argumento para fundamentar la existencia tanto de la gestación por sustitución como en general cualquier técnica de reproducción asistida, no existe como tal, ya que no se debe tener la visión de menor como un medio para obtener los intereses personales sino como un sujeto, un fin en sí mismo. En nuestra Constitución, no existe ningún precepto que lo ampare tal derecho, si bien se podría reconducir al derecho a la libertad y a la autodeterminación, como “derecho a fundar una familia” o como “derecho a la salud”. Sin embargo, ninguno de estos derechos son derechos absolutos, sino que tienen los límites derivados del ejercicio de la libertad tanto propia como ajena.
4. El problema se origina cuando españoles acuden a realizar en países que admiten estas técnicas y después desean inscribir a su hijo en el Registro Civil español.

En estas situaciones debe considerarse nuestra LTRHA como una Ley de Policía (de aplicación inmediata y necesaria) de carácter imperativo, que limitaría el establecimiento de la filiación a favor de los padres comitentes.

5. La presencia en estos casos de conceptos jurídicos indeterminados como son “el interés superior del menor” y el “orden público” complican aún más la situación. Respecto el “interés superior del menor” el mismo principio puede conducir a una solución opuesta en este ámbito de la gestación por sustitución, pues el interés del menor, exige proteger a la persona humana de la mercantilización de la práctica médica y el contrato de gestación por sustitución. Sin embargo el “interés superior del menor” ha de conjugarse con el “interés del menor en el caso concreto”, que se vería vulnerado al no reconocerse la filiación a favor de la madre comitente, pues la fórmula de determinación de la maternidad por el parto en este caso, conllevaría, que el menor generaría el cumplimiento de las obligaciones en relación una mujer que no ha tenido intención de ser madre.
6. El orden público, puede verse desde dos perspectivas: como protección del interés superior del menor y como aplicación de una norma imperativa. Sin embargo, este conflicto entre “interés superior del menor” y orden público se solucionaría con la admisión de esta figura en España modificando tanto la LTRHA como el Código Civil en materia de filiación. No se vulnera ningún principio fundamental de nuestro sistema, (ni la dignidad de la mujer y/o del niño, ni la prohibición de la “mercantilización” del menor+) de permitirse la gestación por sustitución en nuestro país, siempre que se estableciese para ello unas condiciones y requisitos para acceder a ellas (causas de infertilidad, problemas graves de salud, parejas homosexuales, solteras, etc).
7. En nuestro país la Resolución de la DGRN de 18 de febrero de 2009 ha constituido un importante avance en relación con esta problemática. En la misma se resuelve en torno la inscripción de dos menores nacidos a través de estas técnicas en California, mediante la aportación de certificados registrales donde se declara la paternidad de un matrimonio homosexual español y residente en España. Ante la denegación del Registro Consular con base en la prohibición del artículo 10 de LTRHA, la inscripción se efectúa al no proceder a prejuzgar las cuestiones de fondo relativas a la validez del contrato, la filiación y el efecto de cosa juzgada de la decisión judicial extranjera, que establece la doble paternidad de los menores antes de su nacimiento. Por ello, en estos casos no hay que

aplicar el artículo 10 LTRHA, pues la filiación ya ha sido determinada y únicamente se ordena la inscripción de la misma, excluyendo por tanto la revisión del fondo del asunto y quedando a disposición de los tribunales españoles la posibilidad de cuestionarlo o no, estableciendo de modo definitivo la filiación de los nacidos. Por tanto, se aplica el reconocimiento de decisiones creadas en el extranjero al amparo de otra autoridad y su ordenamiento, que goza de gran aceptación, sobre todo en el ámbito comunitario por el denominado “reconocimiento mutuo”, basado en la confianza comunitaria y concretamente en la libertad de circulación a través de la Unión. Sin embargo, no pueden desligarse completamente la decisión extranjera que establece la filiación de los menores a favor del matrimonio homosexual de la certificación de nacimiento, por lo que sería necesario controlar la legalidad de la misma. De hecho la propia DGRN analiza la competencia judicial internacional lo que se considera un tipo de control incidental de la sentencia californiana. Además la posición que adopta respecto a la existencia de “fraude de ley” es discutible, al considerar que este caso no existe tal cuando para considerar que no existe tal fraude se debe presuponer un alejamiento inicial de la situación con el país al que se le solicita el reconocimiento, por lo que no ocurre en este caso.

8. La Sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 15 de Valencia, de 15 de septiembre de 2010 y en la misma línea la Sentencia de la Audiencia Provincial de 23 de noviembre de 2011 que se pronuncia sobre el recurso interpuesto a la anterior, estima la demanda formulada por el Ministerio Fiscal contra la citada resolución de la DGRN. Considera que es de aplicación el artículo 23 de la Ley del Registro Civil de mayor valor normativo, que los empleados por la Resolución (artículos 81 y 85 de la RRC) de manera que la inscripción exige *“que no haya duda de la realidad del hecho inscrito y de su legalidad conforme a la Ley española”*. Por lo tanto aún siguiendo el procedimiento de tutela por reconocimiento y no realizar un control de fondo del asunto, es necesario aplicar el artículo 23 de la LRC por ser de mayor rango normativo, por lo que aún haciendo una interpretación amplia del término *“Ley española”* (LTRHA, normas de conflicto o en definitiva el ordenamiento en su conjunto), al ser los menores españoles nos conduciría a la aplicación de la LTRHA. Asimismo considera que no se ve vulnerado el interés superior del menor al existir en nuestro ordenamiento medios, como es la adopción por parte del cónyuge, para

garantizar esa continuidad de filiación en el espacio. Esta postura se contradice con la posición que se adopta respecto a la gestación por sustitución en nuestra legislación, pues alegando la existencia de la adopción del cónyuge para salvaguardar el “interés superior del menor” están reafirmando la primacía de éste y la inexistencia en nuestro ordenamiento de un principio fundamental que se viese quebrantado de permitirse la práctica de gestación por sustitución, llegando en definitiva a la misma solución que pretenden los defensores de esta figura: la determinación de la filiación a favor de los padres comitentes.

9. Al hilo de esta situación, y para confirmar la posición fijada por su Resolución de 18 de febrero de 2009, la DGRN, mediante la Instrucción de 5 de octubre de 2010, admite la inscripción en el Registro Civil español de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución, basándose en la existencia de una resolución judicial extranjera en la que se determine de manera fehaciente dicha filiación respecto de un progenitor español. Para ello establece una serie de condiciones que pueden considerarse criticables en la medida que cabe dudar de la competencia de la DGRN de establecer una serie de condiciones nuevas para regular este tipo de casos y, en definitiva, al considerar que trata de favorecer el fraude de ley, ya que está prestando cobertura administrativa a una situación que trata de eludir la aplicación de un precepto legal (el art. 10 LTRHA), que, claramente, establece la nulidad del contrato de gestación por sustitución. En todo caso, hasta que no se produzca una modificación legal, es el instrumento que tenemos en nuestro país para proceder a la inscripción de estos menores en el Registro español.
10. La aplicación de la Instrucción lleva consigo la eficacia de la inscripción del menor en el registro y todo lo que ello comporta, como es la presunción de veracidad y legalidad de lo que refleja, generando los derechos y obligaciones correspondientes respecto a los padres inscritos, como ocurre con la filiación natural o adoptiva.
11. La nueva Ley de Registro Civil establece un título dedicado a las normas de Derecho Internacional Privado. Una novedad respecto a la Instrucción citada es que no exige sentencia judicial previa; sin embargo, si la certificación es reflejo de una sentencia previa, será ésta que le ha de acceder al Registro, previendo para ello dos procedimientos, el execuátur o un reconocimiento incidental ante el Encargado del Registro. Sin embargo de nuevo aparece como límite a la hora de

proceder al reconocimiento el “orden público”, por lo que dependiendo de su interpretación podría llevarnos a soluciones totalmente distintas.

12. Conforme todo lo expuesto, la prohibición del artículo 10 de la LTRHA es ajena a la verdad biológica y a la verdad social e incluso, en un contexto internacional, a una verdad jurídica, y de no poder conseguir que los Estados que admiten la gestación por sustitución limiten el acceso a la misma a los extranjeros no residentes (como ocurre en Grecia o Reino Unido) la mejor opción sería admitir y regularizarlos acuerdos de gestación por sustitución en España, aunque no con carácter general, sino como figura excepcional, para determinados supuestos, y siempre que se cumplan determinados requisitos (como supuestos de infertilidad o casos de parejas homosexuales).

BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA

ALBERT MÁRQUEZ, M. “Los contratos de gestación de sustitución celebrados en el extranjero y la nueva Ley del Registro Civil”, Universidad Rey Juan Carlos de Madrid, *Diario La Ley*, N° 7863, Sección Doctrina, 22 de Mayo 2012

ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S: “Comentario Sentencia de la audiencia Provincial de Valencia de 23 de noviembre de 2011.” *Revista Española de Derecho Internacional* vol LXIV, 2012

ARÁMBULA REYES, A: *Maternidad subrogada*, México, Centro de investigación, documentación y análisis, 2008

BRENA, I: “La maternidad subrogada, ¿es suficiente la legislación civil vigente?”, *Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM*, México,

BUSTOS PUECHE, J.E: *El Derecho Civil ante el reto de la Nueva Genética*, Madrid, Dykinson, 1996

CALVO CARAVACA, A.L ; CARRASCOSA GONZÁLEZ, J; CASTELLANOS RUIZ, E.; *Derecho de familia Internacional*, 4ª Edición, Madrid, COLEX 2008

CARRASCOSA GONZÁLEZ, J: “Filiación”, en CALVO CARAVACA, A.L y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J: *Derecho internacional privado*, vol. II, 11ª edición, Granada, Comares, 2010

CALVO CARAVACA, A.L y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J: “Gestación por Sustitución y Derecho Internacional privado: Consideraciones en torno a la Resolución de la Dirección General de los Registro y del Notariado de 18 de febrero de 2009.” *Cuadernos de Derecho Transnacional* Octubre 2009, Vol. 1, N°2

CALVO CARAVACA, A.L y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J: “Notas críticas en torno a la Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010 sobre régimen registral de los nacidos mediante gestación por sustitución” *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Marzo 2011, Vol. 3, N° 1

CANO, M. L: “Breve aproximación en torno a la problemática de la maternidad subrogada”, Madrid www.revistapersona.com.ar/cano.htm

COBACHO GÓMEZ, J.A e INIESTA DELGADO, I.I: *Comentarios a la ley 14/2006 de 26 de mayo sobre técnicas de reproducción humana asistida*, Navarra, Thomson Aranzadi, 2007. Especialmente: GARCÍA PEREZ, C.L: *Comentarios al artículo 10*. pp. 353-394

DE CASTRO Y BRAVO, F: *Derecho Civil de España* Madrid, Instituto de Estudios Jurídicos T. II. 1952

DE MIGUEL ASENSIO, P.A: *Eficacia de las resoluciones extranjeras de jurisdicción voluntaria*, Madrid, Eurolex, 1997

DE ROSAS, P.E: “Orden público internacional. Tendencias contemporáneas. Orden público en el ordenamiento de Mercosur” *Boletín de la facultad de Derecho de la UNED*, núm. 22, 2003.

DE VERDA BEAMONTE, J. R.: “Inscripción de hijos nacidos mediante gestación por sustitución a propósito de la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 15 de Valencia, de 15 de septiembre de 2010”, *La Ley*, num.7501, 2010

DIEZ PICAZO, L: *Familia y Derecho*, Madrid, Cívitas, 1985

DREYZIN DE KLOR, A: “El Derecho Internacional de Familia en la postmodernidad” *EJC*, Costa Rica, 2012.

ESPINAR VICENTE, JMª: *Tratado Elemental de Derecho Internacional Privado* Madrid 2007-2008

FARNÓS AMORÓS, E: “Inscripción en España de la filiación derivada del acceso de la maternidad subrogada en California. Cuestiones que plantea la Resolución de la DGRN de 18 de febrero de 2009.” Barcelona, *Indret 1/2010*

FENECH M y CARRERAS, J: *Estudios de Derecho procesal*, Barcelona, Bosch, 1962

FERNÁNDEZ ROZAS, J.C. “El Capítulo IV del Título Preliminar del Código Civil, (Normas de derecho internacional privado): Veinticinco años después”; *Colegio de Abogados de Madrid*, 2001

GONZÁLEZ CAMPOS, J.D: “Art. 17 CC”, en *Comentarios a las reformas de Nacionalidad y Tutela*, Madrid, Tecnos, 1986

GÓMEZ BENGOCHEA, B: *Derecho a la identidad y filiación. Búsqueda de orígenes en adopción internacional y en otros supuestos de filiación transfronteriza*, Madrid, Colección Monografías de Derecho Civil, Dykinson, 2007

GÓMEZ SÁNCHEZ, Y: Algunas reflexiones jurídico-constitucionales sobre el derecho a la reproducción humana y las nuevas técnicas de reproducción asistida”, *Revista de Derecho Político*, núm. 26, 1988,

- - : “El derecho a la reproducción humana” Madrid, Universidad Complutense de Madrid, 1994

GUZMÁN ZAPATER, M: “Gestación por Sustitución y nacimiento en el extranjero: hacia un modelo de regulación (Sobre la Instrucción DGRN de 5 de Octubre de 2010)” *Anuario Español de Derecho Internacional privado* 2010

HERRANZ BALLESTEROS, M: *El interés del menor en los Convenios de la Conferencia de la Haya de derecho Internacional Privado* Valladolid, Editorial Lex Nova 2004

LAMN, E: “El elemento volitivo como determinante de la filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida” Barcelona, Programa “El Derecho en una Sociedad Globalizada” Octubre 2008.

LARA AGUADO, A: “El caso Niebüll o el derecho al reconocimiento de las decisiones registrales extranjeras” *La Ley*, 2006, num. 6560

LLEDÓ YAGÜE, F: “Fecundación artificial y derecho”. Madrid, Tecnos, 1988

MARTINEZ-PEREDA J. M. y MASSIGOGE, J. M. “La maternidad portadora, subrogada o de encargo en el Derecho Español”, Dykinson 1994

MONROY ALZATE, P: “¿Nuevo sistema de parentesco y de familia para el siglo XXI?” www.formatolegal.com

MONTES PENADÉS, V.L; *La reproducción humana asistida en la experiencia jurídica española*. 2003 www.tirantonline.com

OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, P: “Recongnition in Spain of Parentage Created by Subrógate Motherhood” *YPIL*, 2010, num 12

ORTIZ VIDAL, M.D: “El caso Grunkin-Paul : Notas a la STJUE de 14 de octubre de 2008” *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Marzo 2009 , Vol. 1, Nº 1

QUIÑONES ESCÁMEZ, A: “Doble filiación paterna de gemelos nacidos en el extranjero mediante maternidad subrogada En torno a la RDGRN de 18 de febrero de 2009” *Indret 3/2009*

QUESADA GONZÁLEZ, Mª C: “El derecho (¿constitucional?) a conocer el propio origen biológico.” *Anuario de Derecho Civil*, 1994 Abril- Junio

RIVERO HERNÁNDEZ, F: *El interés del menor*, Madrid, Dykinson, 2000

- - : “La filiación en Cataluña en el momento actual”, *Quaderns de ciencies socials*, núm. 6, 1984

- - : *La presunción de paternidad legítima*, Madrid, Tecnos, 1971

RODRIGUEZ GAYÁN E: “La simulación en España de nacimientos acaecidos en el extranjero: una cuestión de prueba” *Derecho registral internacional. Homenaje a la memoria del profesor Rafael Arroyo Montero*, Madrid, Iprolex, 2003

SOUTO GALVÁN, B: “Dilemas Éticos sobre la reproducción humana La gestación de sustitución.” *Feminismo/s*, 8 diciembre 2006

VELA SÁNCHEZ, A.J: “La gestación de sustitución o maternidad subrogada: el derecho a recurrir a las madres de alquiler”, *Diario La Ley* nº 7608, Sección Doctrina, 11 de abril de 2011

VIRGÓS SORIANO, M/ GARCIMARTÍN ALFÉREZ F.J: “*Derecho procesal civil internacional. Litigación internacional*”, 2ª ed., Madrid, Civitas, 2007