



**Máster Interuniversitario en Cultura de Paz,
Conflictos, Educación y Derechos Humanos.
Universidad de Córdoba**

**« LA PROTECCIÓN DE LOS
DERECHOS FUNDAMENTALES
DESDE EL DERECHO
INTERNACIONAL PRIVADO:
EL CASO DE LA MATERNIDAD
SUBROGADA»**

**“THE PROTECTION OF FUNDAMENTAL RIGHTS FROM
PRIVATE INTERNATIONAL LAW: THE CASE OF SURROGATE
MOTHERHOOD”**

**Alumna:
IRENE TORRES ORTEGA**

**Directora:
IRENE BLÁZQUEZ RODRÍGUEZ**

ÍNDICE

1. Abreviaturas	3
2. Resumen (<i>Summary</i>)	4
3. Palabras clave (<i>Keywords</i>)	6
4. Introducción	6
5. Metodología	8
6. Maternidad subrogada	9
6.1. Concepto	9
6.2. Diversidad normativa	11
6.2.1 Derecho comparado	12
6.2.2. El caso de España	16
7. Estado de la cuestión	19
7.1. La internacionalización de situaciones privadas: Fraude de ley y <i>Forum Shopping</i>	19
7.2. La división doctrinal	22
7.3. La <i>jurisprudencia</i> española	24
7.3.1. Resolución DGRN de 18 de febrero de 2009	25
7.3.2 Sentencia del Juzgado de 1ª Instancia, número 15 de Valencia, de 15 de septiembre de 2010	28
7.3.3 Instrucción DGRN de 5 de octubre de 2010	29
7.3.4 Sentencia Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014	30
7.3.5 Sentencia Tribunal Europeo de Derechos Humanos: asunto <i>Menneson c. France</i> y asunto <i>Labassee c. France</i>	32
8. Los valores en juego y la protección de los derechos fundamentales	34
8.1 La autonomía	35
8.2. Los seres humanos como <i>res extra commercium</i>	36
8.3. La no discriminación	38
8.4. La dignidad	39
8.5. El orden público internacional	40
8.6. Seguridad jurídica	43
8.7. Derechos del niño e interés superior del menor	43
9. El acceso al Registro Civil español	46
9.1. Las tesis	48
9.1.1 Tesis de admisión mediante decisión registral	48
9.1.2 Tesis <i>legeforista</i>	50
9.1.3 Tesis de admisión mediante sentencia judicial	51
9.1.4 Tesis de contrariedad con el orden público internacional español	52
9.2. El Registro Civil consular	53
10. Conclusiones	55
11. Bibliografía	57

1. ABREVIATURAS

CC: Código Civil

CE: Constitución Española

CEDH: Convenio Europeo de Derechos Humanos

CNYDN: Convención de Nueva York sobre los Derechos del Niño

DGRN: Dirección General de los Registros y del Notariado

LEC: Ley de Enjuiciamiento Civil

LRC: Ley de Registro Civil de 1957

RDGRN: Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado

RRC: Reglamento del Registro Civil

SAP: Sentencia de la Audiencia Provincial

STS: Sentencia del Tribunal Supremo

TEDH: Tribunal Europeo de Derechos Humanos

TRHA: Técnicas de reproducción humana asistida

TS: Tribunal Supremo

2. RESUMEN (*SUMMARY*)

La maternidad subrogada es una técnica de reproducción humana asistida especial en tanto supone un acuerdo de voluntades en las que la mujer gestante se presta a desarrollar el embarazo para posteriormente entregar a los padres intencionales el niño al que dé a luz. En el Derecho comparado encontramos distintos posicionamientos desde países donde es válido y está regulado a Estados como España que lo prohíben totalmente dándole nulidad de pleno derecho al contrato (art. 10 Ley 14/2006).

Puesto que la filiación es determinada por la legislación que regula la maternidad subrogada, el turismo reproductivo e incluso el fraude a la ley, hace que la doctrina española se divida entre la aceptación y reconocimiento de esa decisión a la consideración de que por su nulidad de pleno derecho no puede surtir ningún efecto en nuestro ordenamiento.

Tanto el contrato como la división doctrinal afectan a la protección de derechos fundamentales de todas las partes como puede ser la dignidad, la igualdad y protección de los hijos, la no discriminación por nacimiento, la identidad única o el derecho a la vida privada y la intimidad familiar.

El contrato de maternidad subrogada pone muchos valores sobre la mesa como puede ser la dignidad de la madre subrogada y del niño que nacerá y su riesgo de mercantilización y cosificación, hasta dónde llega la autonomía de las partes, la no discriminación a la hora de formar una familia, los derechos del niño, la igualdad de los hijos y el interés superior del menor, y, por último, la seguridad jurídica y el orden público internacional.

El Registro Civil español inscribe los hechos relativos a los españoles por lo que se discute si se debe dar reconocimiento a la certificación de nacimiento expedida por un registro extranjero de un español y si la filiación se determina conforme a la legislación española en todo caso o únicamente cuando los tribunales españoles conocen del asunto por primera vez.

Por último, al nacer los menores en el extranjero el Registro Civil consular juega un papel clave al recibir la mayoría de solicitudes de inscripción. El cónsul general, como Encargado, deberá, de momento, realizar un reconocimiento incidental de la decisión extranjera de acuerdo con las instrucciones que reciba de la DGRN.

SUMMARY:

Surrogate motherhood is an especial assisted reproductive technique since it involves an agreement in which a woman compromise to carry on the gestation and later on she will deliver the baby to the intentional parents. In Comparative Law, different stances can be found: from countries where is valid and is regulated to States like Spain that prohibits completely giving the contract automatic nullity (art. 10 Law 14/2006).

Given that filiation is determined by the legislation that regulates surrogacy, Cross-Border Reproductive Care and even Legal Fraud, makes the doctrine be divided between the acceptance and recognition of that decision and the opinion that the contract will cause no effect in our legal order due to its nullity

The contract, as much as the doctrinal division affects the protection of fundamental rights of all parties such as dignity, equality and protection of the children, non-discrimination based on birth, unique identity or the right to private life and family privacy.

Surrogacy contract puts a lot of values on the table like the surrogate mother and the child dignity, the risk of commercialization and reification, the limit of the free will of the parties, non-discrimination in forming a family, child rights, equality of children and best interests of the child, and last, legal security and International Public Order.

The Spanish Civil Registry inscribes the facts relatives to Spaniards. For this reason there is a discussion if it should give recognition to a birth certificate issued

by a foreign registry and if the filiation should be determined according to Spanish legislation in every case or just when Spanish court are seised of the matter for the first time.

In the end, since the children are born abroad, the Civil Registry at the Spanish Consulate plays a key role. It receives most of the birth inscription applications. At the moment the Consul General, as the person in charge, should make an incidental recognition of the foreign decision according to the instructions given by the DGRN.

3. PALABRAS CLAVE (*KEYWORDS*)

MATERNIDAD SUBROGADA – SURROGATE MOTHERHOOD

TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA – ASSISTED REPRODUCTIVE
TECHNIQUE

FILIACIÓN – FILIATION

CONFLICTO DE LEYES – LAW CONFLICT

RECONOCIMIENTO DE DECISIONES EXTRANJERAS – RECOGNITION OF FOREIGN
DECISIONS

CERTIFICACIÓN REGISTRAL DE NACIMIENTO EXTRANJERA- FOREIGN BIRTH
CERTIFICATE

ORDEN PÚBLICO INTERNACIONAL – INTERNATIONAL PUBLIC ORDER

INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR – BEST INTERESTS OF THE CHILD

4. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo pretende un estudio de la maternidad subrogada, en concreto los valores que se ven afectados por esta práctica y su situación legal en España especialmente con el problema que supone darle traslado al Registro Civil español de la situación privada creada en el extranjero.

Son varios los derechos fundamentales afectados tanto por esta práctica en sí como por el posterior reconocimiento o no de la situación. De este modo, se

puede aludir principalmente a la dignidad de la mujer y el niño, la atribución de la nacionalidad española de origen a los nacidos de españoles, la protección de los hijos, su igualdad y no discriminación por razón de nacimiento, el derecho a la vida y a la integridad física y moral, la identidad única, la intimidad personal y la protección de la familia. Así, el análisis de los valores y derechos fundamentales en juego por esta TRHA que suscita tantas cuestiones de actualidad se encuadra en la temática del Máster Interuniversitario en Cultura de Paz, Conflictos, Educación y Derechos Humanos.

Como técnica de reproducción humana asistida, es legislada por cada Estado en función de sus principios. De este modo, se contribuye al turismo reproductivo creando situaciones privadas internacionales que suscitan aspectos legales sobre la determinación de la filiación.

En España, la cuestión se da a conocer sobre todo por el caso de una pareja de varones valencianos que se trasladaron a California para llevar a cabo un contrato de gestación por sustitución. El Registro Civil Consular de España en Los Ángeles se negó a inscribir la certificación de nacimiento expedida por el registro civil extranjero alegando la nulidad del contrato. Por un lado, la DGRN ha llevado una línea hacia el reconocimiento de estas situaciones privadas constituidas en el extranjero. Por el otro, la Audiencia Provincial de Valencia y el Tribunal Supremo han abogado por el orden público internacional español y la protección de los valores sociales y económicos estructurales de la sociedad española y la calidad del art. 10 Ley 14/2006 como norma de policía garante de esos principios. Finalmente, el pronunciamiento del TEDH en dos asuntos similares abre la vía a la consideración de la primacía del interés superior del menor.

El traslado de la decisión extranjera, es decir, la determinación de la filiación, al orden legal de otro Estado que prohíbe la práctica origina problemas por entrar en conflicto con el orden público internacional. Se trata de dilucidar si la decisión podrá causar algunos efectos en el ordenamiento o si la norma material que prohíbe la práctica deberá actuar como norma de policía para preservar ese orden social. El Registro Civil español tendrá aquí un papel muy importante al

actuar como barrera que controla que se dan las garantías para que dicha situación jurídica pueda tener entrada en nuestro ordenamiento.

5. METODOLOGÍA

La metodología empleada para la redacción de este trabajo ha consistido en el dibujo de un esquema con puntos muy concretos ya que era imposible tratar toda la problemática en un solo Trabajo de Fin de Máster. Los puntos elegidos tienen relación principalmente con los valores que se ven afectados por la práctica de la maternidad subrogada en la esfera internacional y la respuesta del Derecho internacional privado.

Para la redacción de las distintas cuestiones me he basado principalmente en la lectura de revistas en formato papel y digital, monografías y manuales a los que he tenido acceso en las distintas bibliotecas de la Universidad de Córdoba como la del Máster de la Cátedra Unesco y la de la Facultad de Derecho, Ciencias Económicas y Empresariales. También he empleado fuentes legales y jurisprudenciales.

Asimismo, he basado mi discurso en la propia experiencia personal como becaria en el departamento de Registro Civil del Consulado General de España en San Francisco. Allí me explicaron el procedimiento de inscripción y tuve acceso a las distintas instrucciones recibidas por la DGRN. Yo misma recogí la documentación requerida y tuve trato con las familias que querían inscribir a sus hijos nacidos mediante gestación por sustitución en la demarcación consular e incluso practiqué sus inscripciones nacimiento que posteriormente firmaba el Cónsul general como Encargado del Registro Civil consular.

6. MATERNIDAD SUBROGADA

6.1. CONCEPTO

La maternidad subrogada es un fenómeno que recibe multitud de denominaciones dependiendo de la postura que se toma en torno a él. Esto nos conduce a la idea de la novedad de esta práctica y, sobre todo, la complejidad para acuñar un término que dé encaje a la multitud de situaciones que pueden darse. El incremento de esta práctica desde que en los años 80 se diera el caso mediático *Baby M*¹, ha hecho que surjan diferentes nombres que escudan la opinión de quien los emplea. Así, el término vientre de alquiler será empleado por los que lo consideran una mercantilización del ser humano o la gestación por sustitución no incluirá referente a la maternidad.

El fenómeno de la maternidad subrogada se encuadra en las técnicas de reproducción humana asistida (TRHA) definidas como “procedimientos médicos que tienen como finalidad ayudar a concebir a las personas con problemas de infertilidad, por medio de la manipulación de las células reproductivas femeninas y masculinas.”² De este modo, dependiendo de la procedencia de los gametos, se podrá hacer una distinción de tipos de maternidad subrogada³:

- Maternidad subrogada tradicional, plena o total (*traditional surrogacy*): en ésta, la madre subrogada es también la madre genética, es ella quién aporta su material genético para llevar a cabo la gestación.
- Maternidad subrogada gestacional o parcial (*gestational surrogacy*): la madre subrogada no aporta material genético, la concepción tiene lugar a

¹ http://elpais.com/diario/1987/01/19/sociedad/538009202_850215.html

² VELARDE D'AMIL, Y.: “Comentario a la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia Núm. 949/2011 826 23-11-2011: No inscripción en el Registro Civil de los menores nacidos mediante gestación por sustitución”, en *Revista sobre la infancia y la adolescencia*, no 3, septiembre de 2012, p. 61

³ HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, A., “Determinación de la filiación de los nacidos en el extranjero mediante gestación por sustitución: ¿hacia una nueva regulación legal en España”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 6, Nº 2, Madrid, octubre 2014, pp. 150.

partir del óvulo u óvulos de una mujer diferente de la madre subrogada, que normalmente es la madre comitente. Al no existir un vínculo genético, generalmente esta práctica es más aceptada.

La revolución tecnológica en el ámbito de la reproducción asistida ha contribuido a infinidad de posibilidades de concepción de un nuevo ser humano y esto viene acompañado de un indudable debate ético, moral y jurídico. Surgen cuestiones acerca del poder de la vinculación genética o personal, hasta dónde puede llegar la autonomía de la voluntad o si se deben reconceptualizar máximas como la romana *mater semper certa est* que atribuye la maternidad a la mujer que da a luz.

En el contrato de maternidad subrogada el objetivo primordial es establecer la filiación del nacido en favor de aquellos que, con vinculación genética en la mayoría de los casos de al menos uno de ellos, tienen la intención de ser sus padres. Por tanto, la maternidad subrogada puede ser entendida como: “la práctica en la cual una mujer, previo acuerdo entre partes, se compromete a llevar adelante un embarazo y entregar al niño o niña fruto de ese proceso, en el momento del nacimiento o a los pocos días, a otra persona o pareja renunciando a sus propios derechos como madre, frecuentemente a cambio de una suma de dinero.”⁴

Para ello, acuden a los países en los que esta TRHA es válida y legal dando lugar al *turismo procreativo internacional* o *Cross-Border Reproductive Care*: “fenómeno que tiene lugar cuando ciudadanos que residen en un Estado se desplazan a otro para acceder a una determinada técnica de reproducción asistida, bien porque el tratamiento en cuestión está prohibido en su país de origen, bien porque el Estado al que se viaja proporciona el mismo con mayor celeridad, garantías e incluso, menor coste, y/o no condiciona su acceso al cumplimiento de determinados requisitos del interesado/a o interesados (edad, estado civil y/u orientación sexual)”⁵

⁴ MARTÍN CAMACHO, J.,, “Maternidad subrogada: una práctica moralmente aceptable. Análisis crítico de las argumentaciones de sus detractores”, 2009, en <http://www.fundacionforo.com/pdfs/maternidadsubrogada.pdf>

⁵ COHEN, J. “Le tourisme procréatif: un pis-aller” en HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, A., “Determinación de la filiación de los nacidos en el extranjero mediante gestación por sustitución: ¿hacia una nueva

Algunos ejemplos del turismo procreativo son:

- Extranjeras que se desplazan a nuestro país para donar material genético a cambio de una *compensación económica*⁶.
- Mujeres que viajan para recibir en su útero embriones fertilizados artificialmente.
- Españoles residentes en España se trasladan a países donde la gestación por sustitución es legal y tras haber nacido el bebé regresan a España.

En España, los dos primeros supuestos no parecen suscitar mayor problema. Sin embargo, debe analizarse este último caso por los valores que pone en juego y su necesidad de una regulación acertada. Se crean situaciones en el extranjero cuyo reconocimiento en nuestro país no se garantiza y cuyas consecuencias pueden ser catastróficas sobre todo para el menor. Junto a ello ha de tenerse en cuenta la indisponibilidad mercantil del cuerpo humano como *res extra commercium* o la dignidad de todos los que acuerdan y en especial la nueva vida que se genera como consecuencia de la maternidad subrogada.

6.2 DIVERSIDAD NORMATIVA

En el mundo globalizado en el que vivimos hoy, la tecnología y el progreso no pueden ser aisladas tras unas fronteras infranqueable. El tráfico internacional tanto de información como de personas fomentan el incremento desmesurado de situaciones internacionales que pretenden surtir efecto en varios Estados. Por supuesto, las TRHA no han sido inmunes a estos desarrollos y se han abierto

regulación legal en España”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 6, Nº 2, Madrid, octubre 2014, p. 148.

⁶ En ningún caso podrá tratarse de un pago por los óvulos por expresa prohibición del art. 5.3.1 Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida: “*La donación nunca tendrá carácter lucrativo o comercial. La compensación económica resarcitoria que se pueda fijar sólo podrá compensar estrictamente las molestias físicas y los gastos de desplazamiento y laborales que se puedan derivar de la donación y no podrá suponer incentivo económico para ésta.*”

puertas para familias con imposibilidad de procrear para poder ver cumplidos sus sueños. La ética y la moral están muy presentes en todo aquello que rodea la esencia del ser humano, y en este caso su origen mediante técnicas que se podrían calificar como *no naturales*. Por ello, es comprensible que aunque esta tecnología para producir vida esté al alcance de muchos países, haya regulaciones dispares dependiendo del tipo de sociedad y valores que se pretenden fomentar. Encontramos así su reflejo en el plano jurídico con una diversidad normativa en el derecho comparado.

6.2.1 DERECHO COMPARADO

Podemos clasificar las legislaciones de los países en torno a la maternidad subrogada en tres grandes grupos⁷ dependiendo de su aceptación o prohibición:

- Admisión amplia:

Ucrania: el art. 123.2 del Código de Familia establece que si un embrión concebido por una pareja a través de TRHA se implanta en el cuerpo de otra mujer, los padres serán esa pareja. Se exige el consentimiento de la madre gestante para que en la certificación de nacimiento consten directamente ellos como padres.

Rusia: en el art. 51.4 del Código de Familia de la Federación de Rusia, igualmente se exige el consentimiento de la madre gestante para que los comitentes puedan constar como padres del nacido/a. También se establecen ciertos requisitos para la madre gestante como su acceso voluntario, edad fértil, tener un hijo y buena salud física y psíquica.

India⁸: existen dos documentos que regulan la maternidad, la “Línea Guía

⁷ LAMM, E., “Gestión por sustitución: realidad y derecho”, *InDret Revista para el análisis del derecho*, Barcelona, julio, 2008, p. 15.

⁸ AMADOR JIMÉNEZ, M., “Biopolíticas y biotecnologías: reflexiones sobre maternidad subrogada en India”, *CS*, nº6, Cali, Colombia, julio-diciembre, 2010, pp. 199-200.

para la Reglamentación de Reproducción Asistida”, publicada por el Ministerio de Salud de India en 2010; y por otro lado, la “Guía ética para la investigación biomédica y la participación de seres humanos”, publicada por el Consejo Indio de Investigación Médica (ICMR) en 2006.

El consentimiento informado se sitúa como la pieza clave para realizar un acuerdo de maternidad subrogada. Se establecen clínicas legales a las que pueden acudir las futuras madres gestantes, aunque aquí suele jugar un papel fundamental el beneficio económico ya que el reclutamiento no se prohíbe en la legislación india. En la certificación de nacimiento constará el nombre del padre que debe haber aportado los gametos y el nombre de la madre gestante o *madre sin estado*.

La legislación de estos países no atribuye la nacionalidad a estos niños nacidos por gestación por sustitución por lo que existe el riesgo de apatridia. Además, de acuerdo con su propia concepción social de la familia, solo aceptan para la realización de esta práctica a parejas heterosexuales.

Estados Unidos⁹: la regulación no es uniforme en todos los Estados por lo que encontramos admisiones, prohibiciones o aceptación de ciertos efectos. Los contratos de maternidad subrogada tienen carácter vinculante por la jurisprudencia generada a partir del caso *Johnson v. Calvert*¹⁰. En California, aunque no haya un reconocimiento explícito de esta figura su eficacia vinculante está expresamente admitida. Sin embargo, cuando la maternidad subrogada es plena -la madre subrogada aporta también material genético-

⁹ FARNÓS AMORÓS, E., “Inscripción en España de la filiación derivada del acceso a la maternidad subrogada en California”, en *In Dret, Revista para el Análisis del Derecho*, N^o 1, enero de 2010, págs. 7-10.

¹⁰ En este caso, el matrimonio Calvert no podía llevar a cabo el embarazo porque la mujer, debido a problemas médicos era incapaz de gestar. Así, acordaron con Anna Johnson la implantación en su útero del embrión conformado con material genético de la pareja. Se estipuló un precio compensatorio y la madre gestante se comprometió a entregar al nacido renunciando a todos sus derechos parentales. Las relaciones se deterioraron y Johnson pidió el adelanto del pago bajo la amenaza de no entregar al bebé. El matrimonio Calvert inició un procedimiento judicial para que se determinara en su favor la filiación del niño que pudiera nacer, y, a su vez, Johnson inició otro procedimiento solicitando la filiación materna. El Código Civil californiano (secciones 7003 y 7015) establece la posibilidad de determinación de la filiación por el hecho del parto o por prueba genética. El TS de California decidió otorgar la filiación en favor de la señora Calvert ya que no sólo era la madre genética, sino también la intencional ya que sin la voluntad de matrimonio el nacimiento no hubiera tenido lugar.

desde el asunto *Baby M* los tribunales son más reticentes en la ejecución de estos contratos.

La escasa regulación y el increíble avance de las TRHA en este país han llevado a una extensión de la práctica en la que muchas agencias intermediarias hacen negocio de esta práctica estableciendo precios muy superiores a lo que podría considerarse una *compensación económica*. En California, el establecimiento de la filiación no es automático, sino que los padres comitentes deben iniciar un procedimiento judicial en el que constará quien aportó el material genético, la renuncia a la filiación de los nacidos de la madre gestante en el periodo que se prevé el parto y en caso de que estuviera casada igualmente la renuncia por parte de su marido, así como la filiación en favor de los padres comitentes o intencionales. La sentencia, que se diferencia de la adopción en que no valora la idoneidad de la pareja, ordenará al hospital en que tenga lugar el parto la inclusión de los nombres de los padres intencionales en la certificación de nacimiento. La citada certificación junto con la sentencia deberá inscribirse en *The California Office of Vital Records* ya que en caso contrario la filiación del nacido se establecería en favor de la madre subrogada y, si está casada, también de su marido.

- Admisión solo cuando es altruista y bajo requisitos y condiciones: dentro de este grupo se puede hacer una subdivisión:

Grecia, Israel, Sudáfrica: antes de proceder al tratamiento médico, las partes deben obtener una pre-aprobación de los acuerdos de un juez, tribunal o comité para que se verifique que cumplen las condiciones. Entre otros requisitos, se establece que los óvulos no pertenezcan a la gestante, la infertilidad de la madre comitente o que la pareja esté conformada por hombre y mujer.

Brasil: la madre comitente debe probar que por problemas médicos no puede llevar a cabo la gestación, pero ella aportará los gametos que serán

transferidos a alguien perteneciente a su familia y siempre sin carácter lucrativo.

Reino Unido: la regulación se encarga del procedimiento para transferir la filiación después del parto. Se prohíbe totalmente la comercialización y publicidad de esta práctica por medio de intermediarios. La filiación se establecerá conforme a la ley personal de la madre. Ella prestará su consentimiento tras seis semanas de reflexión. Los padres intencionales deben solicitar el establecimiento de la filiación en su favor que será dado por el juez si así lo estima mediante una *parental order* que transfiere la filiación de la madre subrogada a los padres comitentes.

- Prohibición: son muchos los ordenamientos jurídicos europeos que prohíben esta práctica y establecen la nulidad del contrato de maternidad subrogada.

Francia: el Comité *Consultatif National d’Ethique* ha declarado en varias opiniones su oposición a esta práctica considerando que puede atentar contra la mujer en el sentido de suponer una explotación de su cuerpo por intereses comerciales. Llega a hablar incluso de su oposición a la dignidad humana y el perjuicio emocional que provoca en los hijos.

Alemania: sanciona con penas privativas de libertad de hasta tres años para quien lleve a cabo estas prácticas transfiriendo óvulos de una mujer a otra o transfiriendo un embrión a una mujer que esté dispuesta a entregar al nacido a terceros.

Suiza: la Constitución Federal recoge que “la donación de embriones y todas las formas de maternidad de sustitución están prohibidas”

6.2.2. EL CASO DE ESPAÑA

La aparición de las TRHA en los años 80 y su novedad en nuestro país motivó el pronunciamiento del Derecho español con la elaboración de una nueva ley que rigiera esta materia. El antecedente inmediato a la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre Técnicas de Reproducción Asistida, fue un Informe a la Comisión Especial de Estudio de la Fecundación in Vitro y la Inseminación Artificial Humana que encargó el Congreso de los Diputados, presidida por el médico y diputado Marcelo Palacios Alonso. En este informe se establecía que “deberá prohibirse la gestación de sustitución en todas sus formas”. Además, se consideraba que debían ser penados “las personas que participen en un contrato de gestación de sustitución, aunque no sea escrito, así como las personas, agencias o instituciones que lo propicien y los equipos médicos que lo realicen”. La legislación española recogió estos planteamientos en la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre técnicas de reproducción humana asistida, derogada por la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción asistida.

En la actualidad en España, la maternidad subrogada como TRHA encuentra su regulación en la ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida. En concreto, el art. 10.1 recoge que *“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.”* Por lo tanto la celebración de un contrato de maternidad subrogada en nuestro país queda totalmente prohibida dándole nulidad de pleno derecho.

Además, el artículo en su apartado segundo continúa estableciendo la máxima romana *mater semper certa est* pues será madre aquella que dé a luz estableciéndose la filiación es su favor: *“La filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto.”*

Finalmente, el último apartado del art. 10 abre un cauce para la reclamación de paternidad¹¹: *“Queda a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad*

¹¹ Surge aquí la duda sobre el término “paternidad” si sólo se refiere al padre donante de gametos y cierra la posibilidad a la mujer comitente o, por el contrario, se entiende como el progenitor

respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales.” El cónyuge, con la aceptación de la madre subrogada, podrá adoptar al hijo del padre biológico¹² que habrá ejercitado las acciones de reclamación de la paternidad. De acuerdo con el art. 176.2.2º Código Civil (CC) no se requerirá la propuesta de idoneidad cuando el adoptando sea *“hijo del cónyuge o de la persona unida al adoptante por análoga relación de afectividad a la conyugal”*. Habrá entonces diferenciación entre los padres por ser uno el biológico y otro el adoptante algo contrario a la figura de la maternidad subrogada cuyo objetivo es establecer la filiación natural en favor de ambos padres comitentes. Afortunadamente, el art. 39.2 de la Constitución Española (CE) establece la igualdad de los hijos ante la ley con independencia de su filiación.

En cuanto a la reclamación de paternidad es interesante el art. 131 CC que reza: *“Cualquier persona con interés legítimo tiene acción para que se declare la filiación manifestada por la constante posesión de estado. Se exceptúa el supuesto en que la filiación que se reclame contradiga otra legalmente determinada.”* En el caso de la maternidad subrogada, puesto que las leyes atribuyen la maternidad por el parto se impediría a los padres comitentes sin vinculación genética, con interés legítimo y posesión de estado iniciar las acciones de reclamación de la paternidad. Por tanto, nuestro Código Civil da valor absoluto a la vinculación genética y natural en la determinación de la filiación dejando la paternidad intencional.

Existen otras normas en el Código Civil que inspiran esta prohibición del contrato de maternidad subrogada: el art. 1255 establece los límites a la autonomía de la voluntad de los contratantes en la contrariedad a las leyes, la moral y el orden público; el art. 1271 impide el contrato sobre cosas que están fuera del comercio como es el ser humano; y, por último, el art. 1275 fija que

genético. Hay que considerar que caben muchas combinaciones genético-intencionales en las TRHA y que la mujer comitente podría haber aportado también sus gametos o incluso haber sido la única en proporcionar material genético por infertilidad de su pareja. Entonces, el apartado no deja claro si ambos progenitores genéticos podrían reclamar la paternidad conjuntamente. Cuando rige el principio de filiación por el parto, ¿podría reclamarse también la maternidad en favor de aquella que lo es genéticamente o solo el padre por no haber sido establecida la filiación en favor de ningún padre? ¿Se sigue entonces manteniendo una concepción de familia donde hay un padre y una madre?

¹² En caso de que interpretásemos que el art. 10.3 Ley 14/2006 establece que solo el padre genético podría reclamar la paternidad y su cónyuge adoptarlo, hay que tener en cuenta también que si su cónyuge es madre biológica el Código Civil establece la prohibición de adoptar a los descendientes (art. 175.3.1º).

cuando la causa es ilícita por ir contra de las leyes o moral no producirán efectos.

Así, el ordenamiento jurídico español prohíbe el contrato de gestación por sustitución por tener por causa la entrega de un niño, *res extra commercium*, y por objeto el establecimiento una filiación contraria a la fijada por las leyes donde prima la máxima *mater certa semper est*. Además, se considera contrario a la moral por la posición en la que deja a la mujer gestante y el nacido.

La sanción que se deriva de esta práctica es la nulidad de pleno derecho del contrato de maternidad subrogada y por tanto el que no pueda desplegar efectos por lo que no habrá determinación de la filiación en favor de los padres comitentes. También podríamos ver como sanción civil la obligación de tener que iniciar acciones para reclamar la paternidad y la posterior adopción. Aunque posteriormente se pudiera llegar al mismo resultado que es la determinación de la filiación en favor de los padres comitentes o intencionales, el legislador trata de disuadir de esta práctica imponiendo todo este entramado procesal.

En cuanto a sanción penal, el art. 221 del Código Penal en sus dos primeros apartados establece que: *“1. Los que, mediando compensación económica, entreguen a otra persona un hijo, descendiente o cualquier menor aunque no concurra relación de filiación o parentesco, eludiendo los procedimientos legales de la guarda, acogimiento o adopción, con la finalidad de establecer una relación análoga a la de filiación, serán castigados con las penas de prisión de uno a cinco años y de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de la patria potestad, tutela, curatela o guarda por tiempo de cuatro a 10 años. 2. Con la misma pena serán castigados la persona que lo reciba y el intermediario, aunque la entrega del menor se hubiese efectuado en país extranjero.”* Se exige un elemento subjetivo que sería la finalidad de alterar o modificar la filiación del hijo, presente en el contrato de maternidad subrogada¹³.

¹³ CARRASCO ANDRINO, M-C., “Protección penal de la filiación”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, Nº 12-06, 2010, pp. 6-7.

7. ESTADO DE LA CUESTIÓN

7.1. LA INTERNACIONALIZACIÓN DE SITUACIONES PRIVADAS: FRAUDE DE LEY Y *FORUM SHOPPING*

Una vez visto el marco jurídico en España, debemos enlazarlo con el punto en que se analizaba el derecho comparado. Encontramos países con diversidad normativa respecto a una práctica que inevitablemente va a originar situaciones internacionales. El turismo reproductivo toma protagonismo atrayendo hacia los países más permisivos o que tienen legalizado el fenómeno de la maternidad subrogada a aquellos que buscan la ampliación de su familia con la salida de su infertilidad.

Por tanto, estando claro que el contrato no se puede realizar en España bajo ningún concepto, se plantea una cuestión trascendental: ¿qué pasa con los acuerdos contraídos en aquellos países que permiten la maternidad subroga, serán reconocidos en España al menos sus efectos?

Algunos países, como India, debido a la problemática que se está produciendo a la hora de reconocer las filiaciones en los países de origen de los padres intencionales, no permiten el acuerdo cuando en el país de los padres comitentes la maternidad subrogada está prohibida. Sin embargo, la mayoría de países que la permiten no establecen como condición la nacionalidad del país donde se lleva a cabo el acuerdo.

De este modo se encuentran casos de parejas de españoles que viajan a otro país para que mediante esta TRHA otra mujer geste a su hijo y así puedan determinar la filiación del nacido en su favor.

Esta situación privada que aparentemente solo tendría relación con el ordenamiento jurídico español ya que se trata del establecimiento de la filiación de

un menor español, a favor de una pareja española y con residencia habitual en España se internacionaliza puesto que las TRHA tendrán lugar en otro país, la madre gestante será extranjera y el menor nacerá en ese otro país, en muchos casos atribuyéndosele la nacionalidad por *ius soli*. Por tanto, se deben estudiar aquí dos figuras de derecho internacional privado:

- El fraude de ley internacional: consiste en “la alteración voluntaria y artificiosa de la circunstancia empleada como punto de conexión de la norma de conflicto, realizada por las partes con el fin de provocar la aplicación de un Derecho estatal al supuesto, distinto de aquel Derecho estatal que sería normalmente aplicable. Las partes crean una conexión fraudulenta”¹⁴
- El *Forum Shopping*: consecuencia de la relatividad del Derecho Internacional Privado. “Es el fenómeno que se verifica cuando las partes plantean la situación privada internacional ante autoridades de un determinado Estado, porque persiguen con ello la aplicación de una Ley, sustantiva y/o procesal, que resulta favorable a la pretensión suscitada” (K.F. JUENGER).¹⁵

Algunos autores (ESPINAR¹⁶) consideran que estos casos de maternidad subrogada se dan ambas figuras porque son situaciones sin conexión con el país en el que nace el menor ya que la pareja española solo viajará a ese lugar para poder sortear la prohibición expresa de las leyes españolas escapando esa situación jurídica completamente que pretenderá integrarse en la sociedad española de la autoridad y justicia de nuestro ordenamiento jurídico. En su opinión la situación ha sido artificialmente sustraída del ámbito de las leyes españolas para que la autoridad extranjera tome la decisión que más les beneficia.

Sin embargo, otros autores (CALVO CARAVACA, CARRASCOSA

¹⁴ CALVO CARAVACA, A-L., CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Derecho Internacional Privado*, Vol. I, Comares, Granada, 2014, p. 430.

¹⁵ CALVO CARAVACA, A-L., CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Derecho Internacional Privado*, ob. Cit., p.19.

¹⁶ En el marco de la asignatura de Derecho Internacional Privado impartida en el Máster Interuniversitario en Diplomacia y Relaciones Internacionales de la Escuela Diplomática, curso 2015/2016.

GONZÁLEZ¹⁷) precisan que existe *Forum Shopping* cuando los particulares acuden al juez extranjero para que resuelva en su favor una cuestión que no presenta una relación sustancial con ese país, es decir, cuando los particulares viajan con el exclusivo fin de litigar. Se podría entonces considerar que no se da esta figura en el caso porque la situación no se extrapola con ese único fin de litigar¹⁸, se extrapola porque la TRHA solo se lleva a cabo allí y además la legislación de ese país les permite que se determine la filiación en su favor. Si todo el proceso de gestación se hubiera llevado a cabo en España y el niño hubiera nacido en nuestro país pero con posterioridad, tras denegarle los jueces españoles la filiación a los padres intencionales por estar expresamente prohibida esa TRHA, los padres hubieran planteado la cuestión ante el juez extranjero para que resolviera determinando la filiación en su favor, entonces hablaríamos de *Bad Forum Shopping*.

Por su parte, el art. 12.4 CC dispone que “*Se considerará como fraude de ley la utilización de una norma de conflicto con el fin de eludir una ley imperativa española.*” Es decir, se exige que el punto de conexión sea manipulando creando una situación ficticia de relación con el país del que se pretende que se aplique la normativa más favorable. En este caso no existe tal acto aparente, sino que realmente se dan vinculaciones con ese país en que se determina la filiación pues es de allí la madre gestante y las TRHA utilizadas y es allí donde tiene lugar el alumbramiento.

¹⁷ CALVO CARAVACA, A-L., CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., “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*, Vol. 1, Nº 2, Madrid, octubre 2009, p. 316

¹⁸ En relación con este tema, el Tribunal Constitucional ya se pronunció estableciendo que no había fraude de ley ni *Bad Forum Shopping* en otros casos parecidos como el de españolas que viajaban a Londres para realizarse abortos cuando la legislación española lo prohibía. Ciertamente la diferencia sustancial que se da en este caso concreto es que la consecuencia de esta práctica es la creación de una nueva persona y los efectos produce en la sociedad trascienden el hecho particular, por ello habrá que valorar mucho más que el acto de los comitentes atendiendo sobre todo al que menos decidió: la ineficacia del acto por estas prácticas, si se consideran realizadas, perjudicará en última instancia a la filiación determinada y en concreto al hijo.

7.2. DIVISIÓN DOCTRINAL

La maternidad subrogada suscita un debate complejo y polémico tanto ético como jurídico. Es por ello que, como todo aquello que afecta a la moral humana, el derecho sea visto a través de un caleidoscopio que toma formas dependiendo de la postura de su intérprete. Como se ha comentado anteriormente, la práctica de esta TRHA en España está tajantemente prohibida y el contrato es nulo de pleno derecho. Sin embargo, cuando la situación se crea en el extranjero por particulares españoles que acuden a esta práctica se debe analizar que consecuencias jurídicas se le atribuirá a lo que es legal en otro país y pretende surtir efectos en el nuestro.

Encontramos una profunda división doctrinal¹⁹ entre los que están en contra y los que están a favor. En el primer grupo, los principales argumentos que se esgrimen son que las personas están fuera del comercio por lo que no pueden ser ni objeto ni causa en un contrato. La entrega del niño supone una mercantilización del ser humano medie compensación económica o no y en todo caso siempre que haya un pago. Estos acuerdos cosifican a la mujer en cuanto mera portadora o gestante, que se pone al servicio de otros para traer vida al mundo y que desnaturaliza la maternidad capitalizándola. Por esto va en contra de la dignidad de la mujer que además puede ser explotada pues el beneficio económico atraerá a aquellas mujeres más pobres o excluidas sociales que pueden ser integradas en verdaderas mafias. La explotación también se produce sobre su cuerpo en el sentido de la multitud de tratamientos a los que se pueden llegar a ver sometidas hasta que quedan embarazadas. También se considera que puede afectar al desarrollo psicológico del menor ya que supone una ruptura del vínculo materno-filial establecido durante la gestación además de la poca aceptación social de esta práctica que puede provocar tanto exclusión de la madre gestante como del menor. Surgen cuestiones sobre las malformaciones y la interrupción del embarazo y quién toma la última decisión si la madre portadora o los padres

¹⁹ LAMM, E., *ob. cit.*, pp. 7-8.

intencionales, si éstos pueden desentenderse si no se ha determinado la violación o qué acciones podría reclamar la madre gestante respecto del nacido.

De otro lado, la doctrina que se posiciona a favor esgrime argumentos como el derecho a procrear de los padres intencionales que está implícito en la libertad y el derecho a formar una familia de acuerdo con sus decisiones. Una vez reconocido el derecho a contraer matrimonio de las parejas homosexuales debería ampliarse la libertad de fundación de una familia más allá de la adopción, opción casi utópica hoy en día hasta para las parejas heterosexuales, pudiendo elegir si desean tener hijos naturales²⁰. Es un acuerdo voluntario y libre en el que generalmente tres adultos harán uso de la autonomía de la voluntad para traer un niño al mundo. En cuanto a la madre gestante podrá autodeterminar si quiere emplear su cuerpo para ayudar a otra pareja otorgándole así libertad para decidir. No tiene porqué ir contra su dignidad el querer contribuir a la creación de otro ser humano ya que no todas las mujeres se comportan en los embarazos del mismo modo y el vínculo gestacional no está probado que vaya afectar al desarrollo de la personalidad de ambos. Y por último, pero primordialmente, se encuentra en interés superior del niño, su derecho a unos padres intencionales, a una familia que lo desea ya su identidad única para el desarrollo de su personalidad.

Entra en juego el Derecho Internacional Privado que trata de establecer, ante situaciones privadas internacionales, el derecho aplicable, la competencia judicial internacional y la validez extraterritorial de las decisiones. La doctrina también se dividirá en torno a la territorialidad o imperatividad de las leyes referentes a las TRHA. Algunos consideran que hay una territorialidad material de las leyes españolas²¹ sobre reproducción asistida ya que se llevan a cabo en centros autorizados por la Administración española y en territorio español, por lo que en caso de que se den en el extranjero entrarán en juego también la territorialidad material de las leyes extranjeras. Las leyes sobre TRHA determinan

²⁰ Acerca de las parejas homosexuales, el art. 7.3 de la Ley 14/2006 establece que *“Cuando la mujer estuviere casada, y no separada legalmente o de hecho, con otra mujer, esta última podrá manifestar conforme a lo dispuesto en la Ley del Registro Civil que consiente en que se determine a su favor la filiación respecto al hijo nacido de su cónyuge.”* Por lo que se abre la vía a la cónyuge que ni si quiera ha aportado material genético a ser madre natural del nacido de su esposa.

²¹ CALVO CARAVACA, A-L., CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Derecho Internacional Privado*, Vol. II, Comares, Granada, 2014, p. 17.

también la filiación del nacido mediante ellas por tanto, según esta opinión doctrinal, no habría que acudir a la norma de conflicto del art. 9.4 CC para averiguar la ley aplicable que determine la filiación, ley nacional del menor, y por ende el art. 10 de la Ley 14/2006 que atribuirá la filiación a la madre gestante sin perjuicio de que el padre genético pudiera iniciar acciones para reclamar la paternidad. Por tanto, el objetivo no será la determinación de la filiación, sino especificar qué efectos surtirá en nuestro país esta situación jurídica válidamente creada en el extranjero. Procedería entonces la aplicación de normas relativas al reconocimiento de resoluciones extranjeras, si ese estado civil que se atribuye por normas de otro Estado podrá surtir efectos de cosa juzgada en el país de origen o si originará una situación claudicante²². Otros consideran que el art. 10 de la Ley 14/2006 es una norma material imperativa²³ que se aplicará en todo caso.

Con este panorama podemos entender las fluctuaciones de opinión que se han ido sucediendo en los últimos años en la *jurisprudencia*²⁴.

7.3. LA JURISPRUDENCIA ESPAÑOLA Y EUROPEA

Los avances técnicos en reproducción y derecho, así como la revolución en las comunicaciones han hecho que países con legislaciones más permisivas en esta materia aparezcan como una opción viable para las parejas con problemas de fertilidad.

²² Resolución pública extranjera que no supera ciertos requisitos y procedimientos para que surta efecto en otro país y éste no admitirá la existencia de esa situación ni sus efectos legales. Daña especialmente la tutela judicial efectiva y la seguridad jurídica de los particulares que realizan actos en la esfera internacional.

²³ Normas de derecho interno especialmente obligatorias que deben aplicarse también a situaciones privadas internacionales sin que pueda aplicarse ninguna norma de conflicto y ningún derecho extranjero (normas de policía, normas de aplicación inmediata). "Disposiciones nacionales cuya observancia se considera crucial para la salvaguarda de la organización política social o económica del Estado hasta el punto de hacerlas obligatorias para toda persona que se encuentre en el territorio nacional o a toda relación jurídica que se localiza en tal Estado (STJCE 23 noviembre 1999, Arblade)

²⁴ Solo hay una resolución del Tribunal Supremo en los que tampoco la doctrina coincide lo que no podemos hablar de una *jurisprudencia* española en sentido estricto.

En nuestro país a este factor hay que añadirle la modificación del art. 44 CC en materia de derecho a contraer matrimonio a través de la Ley 13/2005, de 1 de julio. Con la apertura del matrimonio a las parejas homosexuales, también se efectuaron cambios en materia de adopción y filiación. Aunque tanto las parejas heterosexuales como homosexuales acuden a las TRHA, para estas últimas es la única vía para poder tener hijos naturales. Aunque esté abierto el cauce de la adopción, en la actualidad se les plantea difícil la adquisición del certificado de idoneidad. Además, tampoco parece que sea más exigible a una pareja homosexual que adopte que a una pareja heterosexual que tenga problemas de fertilidad.

En cualquier caso, en España se plantea la cuestión de los efectos de la internacionalización de la maternidad subrogada cuando en 2005 un matrimonio de dos varones españoles homosexuales residentes en Valencia se trasladan a California donde, de acuerdo con las leyes del Estado, llevan a cabo un contrato de gestación por sustitución. Tras someterse a TRHA, la madre portadora gestó dos niños con la aportación genética de ambos cónyuges y el óvulo de una donante anónima (maternidad subrogada gestacional o parcial). Finalmente, en 2008 dio a luz a dos niños en San Diego constando en la certificación de nacimiento el nombre de ambos padres ya que previamente las autoridades judiciales californianas habían declarado que los nacidos debían ser considerados como hijos naturales de los dos varones. Tras esto, la pareja se dirigió al Consulado General de España en Los Ángeles para inscribir a sus hijos en el Registro Civil. Allí, el Encargado denegó la inscripción en Auto de 10 de noviembre de 2008 alegando que, de acuerdo con el art. 10 de la Ley 14/2006, el contrato de gestación por sustitución es nulo de pleno derecho y que la madre de los menores era aquella que había dado a luz. El matrimonio recurrió el Auto a la Dirección General de los Registros y el Notariado (DGRN) que lo estimó.

7.3.1. RESOLUCIÓN DGRN DE 18 DE FEBRERO DE 2009

La DGRN en esta resolución revoca el auto y ordena la inscripción de los menores con la filiación que consta en la certificación de nacimiento expedida por

el Registro civil californiano esgrimiendo varios argumentos. Se parte del Reglamento del Registro Civil (RRC) que establece dos vías de acceso a la inscripción en el Registro Civil: de un lado, la declaración del sujeto (art. 168); de otro, la presentación de una certificación registral extranjera en la que conste el nacimiento y la filiación (art. 81). A continuación, para determinar si ese nacimiento y filiación pueden ser inscritos en el Registro Civil español hay que aplicar el art. 15 RRC que establece que si el nacimiento no ha tenido lugar en España, el nacido debe tener la nacionalidad española. Aunque hubiera duda sobre la determinación legal de la filiación, el art. 17.1. a) CC establece que “*son españoles de origen los nacidos de padre o madre españoles*”. Este artículo no establece que sean españoles *los hijos*, por tanto, de acuerdo con la resolución bastaría la prueba de la generación física por progenitor español –en este caso ambos aportaron material genético por lo que, aunque no se sepa quién es el que realmente está vinculado biológicamente con los menores, éstos son nacidos de español- y la posesión de estado ya que se encuentran bajo custodia del matrimonio por atribución de la filiación en su favor por las leyes californianas. Para la DGRN no hay duda de que los niños son españoles porque hay *indicios racionales de su generación*²⁵ por español y que por tanto la inscripción de su nacimiento debe tener acceso al Registro Civil.

El argumento que llevó al Encargado del Registro civil consular a la denegación de la inscripción fue la aplicación del art. 10 Ley 14/2006 bien por considerarlo norma material imperativa o bien por haber acudido previamente a la norma de conflicto del art. 9.4 CC que remite a dicho art. 10. No estaba reconociendo entonces la filiación determinada por las leyes californianas en la certificación de nacimiento expedida por dicho Estado, sino que estaba aplicando las leyes de determinación de la filiación española. La DGRN, considera que no se trata de decidir el derecho aplicable a la determinación de la filiación puesto que ya está concretada por la autoridad extranjera, se trataría entonces de validez de esa certificación registral extranjera en nuestro país. Por tanto el Encargado del

²⁵ Una de las críticas a esta argumentación es que no bastan los indicios racionales de la generación de los menores, sino que sería una prueba de paternidad posterior la que debería determinar su vinculación genética, que solo es posible con uno de los dos varones. Por ende, la paternidad solo podría ser reclamada por este último sin perjuicio de que después fueran adoptados por el cónyuge.

Registro Civil consular no debería ni aplicar la norma de conflicto (art. 9.4 CC) ni la Ley sustantiva (Ley 14/2006), sino los arts. 81 y 85 RRC que se encargan del acceso de las certificaciones registrales extranjeras al Registro Civil español y las garantías de éstas. La norma de conflicto solo debería entrar en juego cuando es necesario determinar la ley aplicable a la situación privada internacional por primera vez.

Con todo esto la certificación registral como documento auténtico expedido por la autoridad californiana constituiría *“título para inscribir el hecho de que da fe”*, y una vez inscrito los tribunales españoles podrían anularlo o declarar la filiación nula. Eso sí, de acuerdo con la RDGRN deberá superar un control de legalidad²⁶ para que sea inscribible:

- Condiciones formales que garantizan la autenticidad del título registral extranjero de conformidad con el art. 323 LEC.: un documento público autorizado por autoridad extranjera y acompañado en su caso por la correspondiente legalización.
- Equivalencia funcional de las autoridades registrales extranjeras con las autoridades registrales españolas.
- Ajuste del impacto legal de la decisión extranjera en el orden público español. La DGRN no considera que el acceso de la certificación extranjera a nuestro ordenamiento supone una vulneración a los intereses generales del país, ni daña la cohesión moral y jurídica de la sociedad española. Además debe primar el interés superior del menor y su derecho a una identidad única. No se infringe el orden público español ya que nuestro ordenamiento jurídico permite que los hijos adoptados puedan tener dos padres varones (art. 44.2 CC) y la ley no distingue entre hijos adoptados e hijos naturales (ex art. 108.2 CC). Por tanto, los hijos naturales podrían tener así dos padres naturales sin infringir ningún orden moral o jurídico.
- Control de la competencia de la autoridad registral extranjera.

²⁶ CALVO CARAVACA, A-L., CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., “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*, Vol. 1, Nº 2, Madrid, octubre 2009, p. 310.

- Control de los derechos de defensa de los implicados en el procedimiento registral llevado a cabo en el Estado de origen.

Esta resolución acordó que se inscribieran a los nacidos transcribiendo la certificación registral de California donde ambos varones constaban como padres de los menores evitando así la discriminación por razón de sexo y protegiendo el interés superior de los nacidos.

7.3.2. SENTENCIA DEL JUZGADO DE 1ª INSTANCIA, NÚMERO 15 DE VALENCIA, DE 15 DE SEPTIEMBRE DE 2010

El Ministerio Fiscal recurre la resolución ante el Juzgado de 1ª instancia de Valencia que en su sentencia de 15 de septiembre de 2010 declaró que el art. 10 de la Ley 14/2006 era de aplicación por ser la ley nacional de los nacidos y que por tanto su filiación debía determinarse conforme a dicho precepto. De este modo la filiación era determinada por el parto, atribuyéndosele la maternidad a la madre gestante y quedando disponible la acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico.

Es más, el art. 23 de la Ley del Registro Civil de 1957 (LRC) debe primar al ser de rango jerárquico superior a los arts. 81 y 85 RRC. El citado artículo establece que la inscripción por certificación registral extranjera podrá llevarse a cabo por el encargado del Registro Civil español *“siempre que no haya duda de la realidad del hecho inscrito y de su legalidad conforme a la Ley española”*. Así, el encargado deberá llevar a cabo un control formal pero también de la realidad del hecho y su legalidad conforme a la legislación española. En el presente caso se supone una irrealidad del hecho puesto que es imposible que dos varones conciban hijos naturales y, además, tampoco se cumple con la legalidad va en contra de lo expresamente establecido por el art. 10 Ley 14/2006 que es considerada norma material imperativa. Aunque la certificación no determine que el nacimiento de los menores se llevó a cabo mediante gestación por sustitución se presume por la imposibilidad física y puesto que no fue negado por las partes. La sentencia dictó

de este modo la cancelación de la inscripción que había ordenado la DGRN al Registro Civil Consular en Los Ángeles.

7.3.3. INSTRUCCIÓN DGRN DE 5 DE OCTUBRE DE 2010

En esta Instrucción sobre el régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución la DGRN fija unas nuevas directrices para que la certificación extranjera pueda tener acceso al Registro Civil español, entre los que merecen especial mención las siguientes:

- Resolución judicial dictada por juez extranjero en la que se determine la filiación de los nacidos. Esta exigencia tiene “la finalidad de controlar el cumplimiento de perfección y contenido del contrato respecto del marco legal del país donde se ha formalizado, así como la protección de los intereses del menor y de la madre gestante.” Hay una pretensión de comprobar que efectivamente la madre portadora prestó su consentimiento libremente, su capacidad jurídica y de obrar y no haber incurrido en error sobre las consecuencias y alcance de sus actos.
- Exigencia de *exequatur* salvo que resultara aplicable un Convenio internacional. Este requisito implicará una adecuación de la sentencia con el orden público internacional español.
- Control incidental del reconocimiento por parte del encargado del Registro Civil siempre que se hubiera dictado en procedimiento análogo a uno español de jurisdicción voluntaria. De este modo si la resolución tiene su origen en un procedimiento de naturaleza contenciosa se denegará la inscripción al requerirse el correspondiente *exequatur* de la sentencia extranjera.
- “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”.²⁷

De este modo la instrucción de la DGRN se desdice de la anterior resolución al exigir el *exequatur* de la sentencia dictada por juez extranjero. Con esta instrucción se vuelve a abrir la vía para la inscripción de nacidos mediante gestación por sustitución. Primando el interés superior del menor, se endurecen los requisitos. Se pasa de la presentación de una certificación de nacimiento expedida por autoridad extranjera y que se supone es reflejo de una sentencia previa, a la exigencia de la sentencia propiamente legalizada donde consten los datos tanto de la madre gestante y su renuncia, y la de su marido en caso de estar casada, a la filiación de los menores, el origen de los gametos empleados y la TRHA así como la determinación de la filiación de los padres.

El requisito de legalidad es requerido con la exigencia del *exequatur*, sin embargo, la instrucción es criticada por el reconocimiento incidental que puede llevar a cabo el Encargado del Registro Civil que en la práctica dejaría a un lado la adecuación a la ley española.

7.3.4. SENTENCIA TRIBUNAL SUPREMO DE 6 DE FEBRERO DE 2014

El matrimonio recurrió en apelación la sentencia del Juzgado de 1ª Instancia de Valencia que cancelaba la inscripción de los menores, y la Audiencia Provincial de Valencia confirmó la sentencia el 23 de noviembre de 2011. Ante esto, decidieron interponer recurso de casación ante el Tribunal Supremo (TS). El alto tribunal confirmó la cancelación de la inscripción aunque ha de hacerse notar que fue el voto particular de Seijas Quintana el que dirimió el asunto, mostrando una vez más la profunda división en torno a la cuestión que se estudia.

²⁷ De este modo se pretende que el menor tenga acceso en un futuro a conocer sus orígenes biológicos (aunque en la mayoría de los casos la madre gestante no aportará material genético) cumpliendo así con el art. 7.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

En primer lugar el TS reconoce que no se trata de un conflicto de leyes sino de un reconocimiento de una decisión extranjera considera que el art. 23 LRC ha de hacer un control formal y sobre todo sobre el fondo, pero no se puede pretender que toda situación internacional se corresponda con todas las exigencias de nuestra legislación, sino con aquellos que conforman el orden público internacional español²⁸. El art. 10 Ley 14/2006 debe ser concebido como de orden público internacional porque con sus disposiciones precisamente busca la preservación de esos valores: la dignidad, la protección de la familia y la infancia o la integridad física y moral de las personas. El tribunal reconoce que es un orden público internacional atenuado²⁹ aunque dependerá de la mayor vinculación de la situación jurídica con nuestro país. En esta línea el TS determina que “no podrá admitirse la disociación el contrato y la filiación” puesto que la filiación no es un efecto periférico.

El tribunal admite que al no reconocer la filiación que determinó la autoridad californiana podría suponer un perjuicio para la situación jurídica de los menores, pero establecer una filiación contraria a los criterios legales también supondría un perjuicio por atentar a su dignidad por convertirlo en objeto del tráfico mercantil. Para el TS el contenido de la resolución de jurisdicción voluntaria ha de adecuarse a la ley que, de acuerdo con la norma de conflicto del art. 9.4 sea aplicable, es decir, la ley personal del hijo. Esto lleva a la aplicación del art. 10 Ley 14/2006 y, en consecuencia, también a la denegación de la inscripción. La aplicación del interés superior del menor no puede llevar al juez a interpretar a su antojo para llegar a cualquier resultado, el concepto hay que interpretarlo en balanza con el resto de valores que conforman la sociedad española. Sirve para completar las lagunas pero no puede contrariar la ley.

La resolución extranjera no puede contrariar el orden público internacional

²⁸ Es la excepción al normal funcionamiento de la norma de conflicto en cuya virtud se descarta la aplicación de la Ley extranjera que resulta contraria a los principios fundamentales del Derecho del país cuyos tribunales conocen del asunto que garantizan la cohesión jurídica de la sociedad de dicho país (CALVO CARAVACA, CARRASCOSA GONZÁLEZ)

²⁹ Puesto que el impacto de la norma extranjera en la sociedad es débil, se podrán aceptar los efectos jurídicos periféricos puesto que si se admitieran los nucleares dañarían la estructura básica y la cohesión de la sociedad española. La intervención del orden público debe limitarse a ciertos efectos. El impacto, en la sociedad española, de la ley extranjera aplicada al asunto, es débil.

ya que preserva los derechos y libertades individuales que garantiza la Constitución y los Convenios Internacionales ratificados por España. Infringir este orden supone aceptar la violación de estos derechos y libertades en especial cosificando a la mujer y al niño incluyéndolos en el comercio, haciendo transmisible el cuerpo humano y las cuestiones de estado civil. La maternidad subrogada puede mercantilizar y explotar especialmente a mujeres en estados de necesidad. Además crea una “ciudadanía censitaria” permitiendo a las familias con elevados recursos económicos llevar a cabo estas prácticas.

7.3.5 SENTENCIA TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS: ASUNTO *MENNESON C. FRANCE* Y ASUNTO *LABASSE C. FRANCE*

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) también se ha pronunciado sobre la determinación de la filiación en el extranjero de nacidos mediante gestación por sustitución en dos casos, *Menneson*³⁰ y *Labasse*³¹, contra Francia.

³⁰ Un matrimonio francés con residencia en Francia, debido a los problemas de fertilidad de la mujer deciden trasladarse a California para llevar a cabo un contrato de gestación por sustitución. Tras la fecundación del óvulo de una donante anónima con los gametos del marido se procedió a la implantación del embrión en la madre portadora. El Tribunal Supremo de California determinó la filiación de la pareja en el año 2000 con el acuerdo de la madre gestante y su marido. Los padres de las gemelas que nacieron como resultado de esta TRHA acudieron al Consulado francés para que se practicara la inscripción de las niñas transcribiendo la certificación californiana. Los servicios consulares se opusieron a la inscripción porque no aportaron la prueba del parto de la esposa y sospechaban que se trataba de un contrato de gestación por sustitución, prohibido en Francia. El Ministerio Fiscal interpuso acción penal por considerar que habían incurrido en los delitos de simulación de parto y alteración del estado civil lo que fue archivado por el principio de territorialidad de la ley penal. Tras varios pronunciamientos judiciales, finalmente en 2010 la *Cour d'Appel* de París y posteriormente por confirmación en 2011 por la *Cour de Cassation* se declara que la sentencia californiana de 2000 era contraria a la concepción de orden público internacional, por lo que las actas de nacimiento debían de ser anuladas. El contrato de gestación por sustitución es contrario al principio de indisponibilidad del cuerpo humano y el estado civil de las personas, el contrato está viciado de nulidad por haber un fraude a la ley francesa. Dándose este fraude, ni el interés superior del niño ni el respeto a la vida privada y familiar pueden ser invocados.

³¹ El supuesto de hecho a grandes rasgos coincide con el anterior. En este caso, los padres intentan conseguir la inscripción recurriendo a la figura de la posesión de estado. En 2011 la *Cour de Cassation* niega cualquier efecto que pueda derivar de un contrato de gestación por sustitución por ir en contra del orden público internacional francés. El alto tribunal francés considera que no hay violación del interés superior del menor porque éste podrá disfrutar de la filiación atribuida por las leyes estadounidenses y tampoco vulnera el respeto a la vida privada y familiar porque podrá vivir con sus padres de intención en Francia.

De acuerdo con el TEDH³², el derecho a la identidad es parte esencial del derecho a la vida privada que exige que cada individuo pueda establecer los detalles de su identidad como ser humano. Con la negativa de inscripción, las autoridades francesas realizan una injerencia en su derecho al respeto a la vida familiar, la cual estaría justificada por perseguir un fin legítimo como es la protección de la salud y los derechos y libertades de los individuos. El objetivo es evitar que otros ciudadanos recurran a esta TRHA que está totalmente prohibida por la legislación francesa y así proteger al menor y a la madre gestante.

En la gestación por sustitución, puesto que no hay un consenso entre los Estados sobre el interés en juego y la forma de protegerlo, se ha de buscar un equilibrio entre los intereses de los Estados y de los individuos puesto que la filiación es un aspecto especialmente importante de la existencia e identidad del ser humano. En esta balanza tiene un papel clave el interés superior del menor que debe prevalecer. Cuando se aplica la excepción de orden público internacional el juez debe valorar un *justo equilibrio* entre los intereses colectivos y los intereses de los afectados: interés superior del menor y el ejercicio del derecho a la vida privada y familiar.

Al denegar el reconocimiento de la filiación que ha fijado otro Estado, se admite dicha filiación conforme al derecho extranjero y sin embargo, en el país de residencia se admitirán las consecuencias negativas respecto a nacionalidad, o efectos sucesorios lo que atenta contra la identidad de las personas y hace que el Estado haya sobrepasado su margen de apreciación. Invocando el interés superior del menor, el TEDH declara que Francia viola el art. 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH).

Aunque la sentencia no sea vinculante para España, sí ha sentado un precedente para la Unión Europea. Y así, el Ministerio de Justicia ordenó a todos los Consulados Generales la inscripción de los menores nacidos mediante

³² HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, A., *ob. cit.*, pp. 169-173.

gestación por sustitución a través de una instrucción cuyo contenido es muy similar a la de la instrucción del DGRN de 5 de octubre de 2010.³³

De este modo, el TEDH y la instrucción de la DGRN amparan los derechos fundamentales que podrían verse profundamente afectados de no reconocerse el establecimiento de la filiación dando primacía a los derechos del niño, su igualdad y la protección de su identidad y el desarrollo de su personalidad en el seno de la privacidad familiar. Se le reconoce la dignidad a la madre gestante en la prestación de su consentimiento libre y al nacido por reconocerle jurídicamente las relaciones familiares que ya venía desarrollando de facto. Se entiende bien que el no reconocimiento de estos vínculos provocaría un perjuicio tal a los derechos fundamentales y intereses superiores del niño no compensable con los supuestos valores sociales y de orden público que se pretenden salvaguardar.

8. LOS VALORES EN JUEGO Y LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

La familia es una de las instituciones más importantes y pilar de la sociedad. La definición varía en el espacio y en el tiempo. Así, hemos asistido a un gran cambio en su conceptualización al mismo tiempo que han evolucionado también los valores sociales. La revolución en las TRHA que han posibilitado a multitud de parejas con problemas de fertilidad tener hijos naturales, así como las reformas legislativas que abrieron la posibilidad de contraer matrimonio y determinar la filiación en favor de parejas homosexuales han contribuido a que el origen y la noción de familia sean hoy completamente diferentes. Por supuesto, estas transformaciones no vienen exentas de polémica y las visiones de un mundo más tradicional, de unos valores inmutables o de unos derechos especialmente protegibles hacen que se plantee la cuestión de qué es aceptable para el buen desarrollo de nuestra sociedad y en especial los individuos que la componen.

³³ BAYARRI MARTI, M-L, "Maternidad por subrogación. Su reconocimiento en España", en <http://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/10338-maternidad-por-subrogacion-su-reconocimiento-en-espana/>

En primer lugar, la gestación por sustitución se define como una TRHA pues mediante ella se manipulan células para ayudar a concebir a personas con problemas de fertilidad, implantándose después el embrión en la madre portadora. Sin embargo, también se trata de un contrato en el que las partes acuerdan que la madre gestante renunciará a la filiación del nacido de ella en favor de los padres comitentes, que pueden estar o no vinculados genéticamente, y a cambio o no de una suma de dinero. Aquí surgen las primeras preguntas tanto éticas como jurídicas: ¿se puede mercantilizar así la vida de un menor y el cuerpo de una mujer? ¿hasta dónde permitir la autonomía de la voluntad de los individuos cuando se trata de traer a alguien al mundo y de establecer su filiación? ¿qué pasa cuando un ordenamiento lo prohíbe pero otro le da cobertura, habrá reconocimiento de esas situaciones privadas internacionales?

8.1. LA AUTONOMÍA

Ante los problemas de infertilidad, si se quieren tener hijos se puede recurrir a la vía de la adopción o tratar de buscar una TRHA que ayude en la causa. Una de las principales críticas a la gestación por sustitución es que ya existen suficientes niños en el mundo como para tener que utilizar estos medios para que nazcan más. El sistema de adopciones actual ciertamente impide que se decanten por la primera vía para formar una familia. Es cierto que hay muchos niños sin hogar que podría ser integrados en estas familias, sin embargo el sistema no lo favorece y generalmente el proceso se demora durante años cuando la adopción nacional es casi imposible y la internacional muy compleja. Si a esto añadimos el requisito de idoneidad muchas familias no tradicionales, homosexuales o monoparentales, se quedan fuera. Tampoco parece que la decisión de no adoptar y apostar por las TRHA sea más recriminable a las parejas homosexuales que a las heterosexuales infértiles. Además, los derechos reproductivos no pueden entrañar discriminación de género.

La autonomía reproductiva podríamos atribuirla a ambas partes del acuerdo en tanto que los padres intencionales pueden decidir cómo tener hijos, cuándo y con quién, y la madre gestante podrá igualmente decidir con una plena autodeterminación de su cuerpo sin que ello conlleve una disponibilidad del cuerpo humano en general.

La visión tradicional de la concepción y el nacimiento como algo natural se ha visto truncada por las TRHA. En concreto la gestación por sustitución es vista por algunos como algo desnaturalizador de un bien jurídico esencial: la filiación. De hecho, desde el derecho romano la maternidad se atribuía a aquella que daba a luz con la máxima *mater semper certa est* y respecto al padre había una presunción (precisamente el modelo que acoge el art. 10 Ley 14/2006). Lo natural se visualiza así como más beneficioso para la filiación. Sin embargo, la tecnología y los avances médicos no nacen, en principio, con vocación perniciososa, y las TRHA no parece que estén dañando a la especie (con sus límites a la clonación o selección genética que claramente van en perjuicio de la humanidad). No se entiende que siempre lo natural sea mejor que lo intencional cuando, por ejemplo, vemos que hay madres que abandonan a sus hijos incluso recién nacidos. Esta autonomía reproductiva hace que seres humanos se complementen y ayuden en el nacimiento de nuevos seres humanos en el seno de familias que, por su intención, contribuirán a su desarrollo en el mejor ambiente posible. Si existen mujeres que naturalmente pueden tener hijos sin desearlo y por ello los entregan en adopción, ¿por qué no aceptar que otras mujeres decidan libremente gestar un niño para entregarlo a una familia que tiene la intención de serlo?

8.2. LOS SERES HUMANOS COMO *RES EXTRA COMMERCIIUM*

Este acuerdo entre las partes puede caer algo que sí es pernicioso para la humanidad y los valores universales que se defienden: la mercantilización de los seres humanos.

La gestación por sustitución puede concebirse como una acción altruista en

el que la mujer no recibirá un precio por la criatura que traiga al mundo. Este gesto tendría un grandioso valor, sin embargo es poco habitual y tal como se concibe este acuerdo, al menos habrá una compensación económica por los gastos que se deriven para la madre portadora. Para algunos críticos cualquier prestación sea de la naturaleza que sea contribuye a la mercantilización de la vida humana y es absolutamente inaceptable. Otros, piensan que la compensación sí que es aceptable si consideramos que hasta por una donación de gametos, por la que tampoco puede fijarse un precio, se dan sumas de dinero en concepto de resarcimiento de las molestias que pueda ocasionar³⁴. La Ley 14/2006 en su art. 3 proclama el carácter voluntario y altruista de la donación de células sin que pueda haber una remuneración, pero reconoce una compensación que tenga por objetivo cubrir gastos e inconvenientes derivados de la obtención de los gametos. En el caso de la gestación por sustitución podríamos entender que esos *inconvenientes* serán mucho mayores, con una carga de responsabilidad que afectará física y psicológicamente en un período prolongado de tiempo.

Conforme la práctica se ha hecho más popular ha habido una proliferación de empresas, por ejemplo en EE.UU e India³⁵, que garantizan el proceso de obtención del bebé sin demasiados quebraderos de cabeza. Esta industrialización de la práctica desprestigia sin duda la práctica, provoca discriminación ya que solo las personas con los medios disponibles podrán acceder y por supuesto pone precio a las personas algo que es inadmisibles. Ya no se habla de compensación, sino de la intromisión de una tercera parte que saca beneficio económico y cuyo objetivo no tiene nada que ver con la ayuda al establecimiento de una filiación para aquellos que no podrían sin este medio. Este incremento de empresas dedicadas a un negocio que no debería ser concebido como tal hace necesario un reforzamiento de la legislación para impedir lo que podría llegar a ser un verdadero tráfico de menores y explotación de la mujer.

En cuanto a la explotación del estado de necesidad de la mujer que presta su vientre habría que analizar si ese precio o contraprestación podría salvarla de la situación de necesidad o de vender su cuerpo de otra forma. Generalmente

³⁴ http://elpais.com/diario/2006/07/11/salud/1152568801_850215.html

³⁵ <http://modelgovernance.com/the-baby-bazaar-proliferation-of-ivf-clinics-in-india/>

perciben sumas altas que al mismo tiempo que la mercantilizan podrían ayudarla a salir de su situación incluso mantenerle unas necesidades básicas durante años. Siempre es requisito indispensable el consentimiento libre de la mujer, aunque todo esto tiene el peligro de la creación de redes de explotación como se comentaba anteriormente.

No se trata tampoco de acudir a esta TRHA sin acreditar problemas para concebir, porque se tergiversaría el fin de esta práctica. De hecho hay diferencias entre países a la hora de exigir requisitos tanto a los padres intencionales como a las mujeres gestantes. En países como EE.UU, se comprueba que la mujer gestante no esté en un estado de necesidad que le lleve a prestar su cuerpo a esta práctica. Incluso se le requiere que ya tenga hijos o que esté casada para cerciorar que conoce las implicaciones de dar a luz un bebé y las implicaciones emocionales de tal acto. Incluso puede seleccionar a la familia a la que ayudará en la gestación del menor, siendo una elección mutua con los padres intencionales.

8.3. LA NO DISCRIMINACIÓN

La maternidad subrogada cuando se acude a otro país que la permite comporta unos gastos que no están al alcance de todos los ciudadanos. Así, se produciría una discriminación por motivos económicos en los que solo las parejas con un alto poder adquisitivo podrían acceder a esta técnica. Evidentemente la Seguridad Social no podría ayudar a las familias con menos recursos porque la práctica está prohibida en nuestro ordenamiento. Hay que recordar que la adopción también exige unos medios económicos suficientes para que el adoptante sea idóneo por lo que se podría decir que la infertilidad en la mayoría de los casos lleva aparejado un elitismo para poder crear una familia.

Se alude también a la discriminación por razón de sexo que hace el art. 7. 3 pues abre la posibilidad de que cuando una mujer está casada con otra mujer se podrá determinar la filiación en favor del cónyuge. En este punto se pronunció el

TS en la STS de 6 de febrero de 2014 diciendo que no existe tal discriminación porque por razones físicas evidentes el supuesto de hecho de dos varones es sustancialmente diferente.

Por su parte, el art. 10.3 Ley 14/2006 abre la vía, para el caso de parejas de dos varones, al padre biológico para reclamar la paternidad y con posterioridad que su cónyuge lo adopte. Sin embargo en este punto, se debe considerar que el apartado hace una discriminación en caso de parejas heterosexuales si ambos aportaron material genético, porque solo establece el poder de acción para el padre y no para la madre. El art. 131 CC permite que *“cualquier persona con un interés legítimo tiene acción para que se declare la filiación manifestada por la constante posesión de estado”*, sin embargo, añade *“Se exceptúa el supuesto en que la filiación que se reclame contradiga otra legalmente determinada.”* Legalmente la filiación está establecida en favor de la mujer que dio a luz y, en su caso, su marido, y según la ley solo el padre biológico podrá reclamar la paternidad, por tanto la mujer relacionada biológicamente con el nacido quedaría fuera del establecimiento de la filiación natural respecto al menor.

8.4. LA DIGNIDAD

La mercantilización del cuerpo de la mujer y de los menores atenta contra la dignidad de ambos pues los cosifica y permite que intermediarios exploten la situación de necesidad de mujeres jóvenes sin recursos y de las familias que entregarían cualquier cosa por ver realizado su sueño de ser padres. La dignidad y el respeto al ser humano se opone a esa comercialización mediante contrato.

Sin embargo, también puede considerarse como un acto digno el que una mujer con capacidad de procreación decida prestar su consentimiento libremente para ayudar a otra familia a concebir, sobre todo en los casos en los que no hay una remuneración. Su libertad para decidir y su capacitación para decidir si quiere hacerlo también podrían entrar en ese concepto de dignidad. Tampoco se ve que

sea indigno que una pareja infértil solicite libre y voluntariamente esta forma de procreación si no coaccionan a nadie para hacerlo. Y, en cuanto al nacido, se le está proporcionando una familia que tiene la intención de serlo además de que quizá no existiría si quiera sin el acuerdo de estas personas que no acuerdan la maternidad subrogada con el fin de hacerlo indigno, sino con el fin de traerlo al mundo en el seno de una familia que lo quiere.

8.5. EL ORDEN PÚBLICO INTERNACIONAL

El orden público internacional español se concibe como la excepción al normal funcionamiento de la norma de conflicto ya que se excluye la aplicación de la Ley extranjera por ser contraria al conjunto de principios fundamentales de la sociedad con el fin de proteger la organización y cohesión moral, jurídica y económica de la sociedad española. Se trata de proteger los intereses generales y el funcionamiento de nuestra sociedad como estructura supraindividual. Para la DGRN el orden público internacional salvaguardar las estructuras generales y que la inclusión en nuestro ordenamiento jurídico de, en este caso, la certificación registral expedida por un registro civil extranjero, no provoque daños en la sociedad.

En el caso de la maternidad subrogada estamos ante una figura legalmente admitida en algunos ordenamientos extranjeros pero tajantemente prohibida en el nuestro. Sin embargo, se ha creado una situación privada en el extranjero y se pretende que cause efectos en el ordenamiento jurídico español, no se trata de trasladar enteramente el contrato a España, sino de valorar qué efectos podrá surtir en nuestro territorio. Estaríamos ante la figura del orden público internacional atenuado cuya característica esencial es que excluye la aplicación de la institución de derecho extranjero en lo esencial y nuclear, admitiendo efectos marginales en nuestro país. Así se permite preservar la seguridad en el tráfico jurídico internacional.

Se trata entonces de dilucidar si la certificación registral tiene encaje en

nuestro ordenamiento jurídico. En el caso que se comentó previamente de la pareja valenciana, se obtiene una certificación registral californiana y la DGRN³⁶ utiliza diversos argumentos para justificar que no la admisión de sus efectos no va en contra del orden público internacional español y que encaja perfectamente en nuestra sociedad: se puede establecer la filiación en favor de personas del mismo sexo desde que se abriera la adopción a las parejas homosexuales. Incluso con la Ley 14/2006 se reconoce el establecimiento de la filiación en favor de dos mujeres. En nuestro derecho se presume la paternidad del cónyuge por lo que para el establecimiento de la filiación el componente biológico no es absolutamente indispensable. Además el art. 29 CE, uno de los principios rectores de la política social y económica, asegura la igualdad de los hijos independientemente de su filiación y establece a los poderes públicos como garantes de la protección de la familia.

Puesto que la filiación ya se ha establecido conforme a la ley del lugar de celebración del contrato, y para el derecho californiano el nacido será hijo de los padres comitentes, aunque se haya establecido en el margo de un negocio nulo para el derecho español, el acceso al Registro Civil español podría considerarse como una consecuencia no nuclear. El orden público intervendría de forma distinta ante la celebración en España de dicho contrato. Como en el supuesto de los matrimonios polígamos, prohibidos en España, sí se reconocen ciertos efectos en nuestro país cuando se ha celebrado válidamente en un país que lo permite. En nuestro país se reconocerán ciertos efectos, por ejemplo para la pensión de alimentos, sin que se considere válido el segundo matrimonio polígamo. El contrato de maternidad subrogada no se ha celebrado ni ejecutado en España y lo que se pretende es el reconocimiento de la decisión extranjera en nuestro país de la filiación previamente determinada. Surgen cuestiones acerca de si la determinación de la filiación no es en realidad lo nuclear del contrato y por tanto no debería ser admitida pero en cualquier caso debe primar el interés superior del menor y su derecho a una identidad única y una vida privada y familiar. Esos derechos fundamentales no se pueden relativizar en el espacio y el orden público internacional debe ser entonces restrictivo y proporcionado en sus fines. La

³⁶ RDGRN 18 de febrero de 2009

dignidad de ese niño se vería afectada si se atribuye la patria potestad a quien no la desea y a quien, según su ley personal, la del Estado de California, no se le atribuye ninguna responsabilidad como padre o madre ya que esa responsabilidad ha sido determinada con la filiación a los padres de intención.

La opinión mayoritaria de la doctrina muy crítica con la RDGRN de 2009 considera que la determinación de la filiación no puede verse como un mero efecto periférico, sino que es el objetivo nuclear de una institución prohibida por nuestro derecho precisamente porque se considera que atenta contra los principios y derechos fundamentales de nuestro ordenamiento jurídico. Estos principios que son ambiguos por tratarse de un concepto jurídico indeterminado que sirve para protegerlos y colmar lagunas podrían ser principalmente los siguientes: derecho al libre desarrollo de la personalidad, entendido como la autonomía de la persona para elegir libre y responsablemente, entre las diversas opciones vitales, la que sea más acorde con sus preferencias (art. 10.1 de la Constitución), derecho a contraer matrimonio (art. 32), derecho a la intimidad familiar (art. 18.1), protección de la familia, protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación, y de las madres, cualquiera que sea su estado civil (art. 39). También forma parte de este orden público la protección de la infancia, que ha de gozar de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos (art. 39.4 de la Constitución). Asimismo, el derecho a la integridad física y moral de las personas tiene reconocimiento constitucional (art. 15), y el respeto a su dignidad constituye uno de los fundamentos constitucionales del orden político y de la paz social (art. 10.1 de la Constitución). Por tanto, todos estos derechos fundamentales y principios constitucionales recogidos en el Título I de la CE integran ese orden público que actúa como límite al reconocimiento de decisiones de autoridades extranjeras y, en definitiva, a la posibilidad de que los ciudadanos opten por las respuestas jurídicas diferentes que los diversos ordenamientos jurídicos dan a una misma cuestión.³⁷

³⁷ STS 6 febrero 2014

8.6. LA SEGURIDAD JURÍDICA

La seguridad jurídica se ve gravemente afectada por la incertidumbre en este tráfico jurídico internacional. Siendo verdad que los padres comitentes conocen la prohibición en el Derecho español en principio éste no se podría extender a otros ordenamientos que aceptan y legalizan la práctica. Si estos ordenamientos extranjeros permiten la maternidad subrogada a no nacionales y atribuyen la filiación en favor de estos, aunque pueda considerarse que hay un fraude a la ley, no se trata de meras situaciones jurídicas que involucran a los comitentes, sino que de esa relación se deriva una tercera persona que además como nacido de españoles debe ser protegido por el ordenamiento jurídico español. Este menor, cuyo interés debe primar de acuerdo con la Convención de Nueva York sobre los Derechos del Niño (CNYDN) ratificada por España, se verá con distintas filiaciones al cruzar la frontera y todo lo que se deriva de ello. Será el mayor perjudicado por una acción en la que no intervino.

Además, con el recurrido *jurisprudencial* que se comentaba en el punto anterior los cambios de criterio en la doctrina hacen que el acceso al Registro Civil de sus certificaciones de nacimiento sea coyuntural. La seguridad jurídica reclama un marco legal específico que haga previsible para las familias las consecuencias de la celebración de este contrato en el extranjero.

8.7. LOS DERECHOS DEL NIÑO Y EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR

El niño que nazca en primer lugar tendrá derecho a la determinación de una filiación que le reconocerá el ordenamiento jurídico donde se practique la TRHA. De acuerdo con el TEDH³⁸ la filiación con la que se inscribe cada individuo forma parte del derecho a la identidad de todo ser humano y el respeto a la vida privada

³⁸ STEDH de 26 de junio de 2014, Asunto *Menesson c. France*, y Asunto *Labassee c. France*.

(art. 8 CEDH). Este respeto a la vida privada exigirá que cada persona pueda establecer los detalles de su identidad como ser humano por lo que el margen de apreciación de los Estados se restringe. Existe una relación directa entre la vida privada de los niños nacidos mediante gestación por sustitución y la determinación jurídica de su filiación.

Los niños tienen derecho a una identidad única que no se modifique al cruzar la frontera teniendo padres diferentes conforme a cada ordenamiento jurídico. Si se le deniegan efectos a la certificación de nacimiento producto de una sentencia extranjera, se está admitiendo esa filiación pero no trasladando al estado donde los menores desarrollarán su vida familiar y admitiendo así solo las consecuencias negativas de la filiación establecida en el extranjero. Producirá para los nacidos más obstáculos que beneficios por ejemplo a efectos patria potestad, responsabilidad parental o sucesiones.

El nacido también tendrá derecho a una nacionalidad. Algunos países como Estados Unidos sí atribuyen la nacionalidad al nacido pero otros como la India no. Si no hay un reconocimiento de la filiación³⁹ por parte de España podríamos encontrarnos el problema del doble espejo⁴⁰. De acuerdo con la norma de conflicto del art. 9.4 CC es necesario saber la nacionalidad del nacido para poder establecer su filiación. Si el menor no se considera hijo de los padres comitentes españoles estamos ante la paradoja de que habría que aplicar la ley nacional que sí tiene reconocida, por ejemplo, en este caso la estadounidense que justamente atribuye la filiación a los padres españoles. De acuerdo con el Derecho español serán españoles los nacidos de padre o madre españoles (art. 17 CC) por lo que este artículo no exige la determinación de la filiación sino que haya indicios racionales de la generación por progenitor español. Por ello, los menores tendrían que tener acceso al Registro Civil por ser nacidos de español. De hecho, el art. 7.1 CNYDN establece que *“El niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y*

³⁹ Podría ocurrir que el material genético es aportado por el miembro de la pareja que no es español por lo que, de acuerdo con la norma de conflicto, al nacido se le aplicaría la Ley personal de otro Estado. Entonces, cabría que dos Estados atribuyan la filiación al padre o madre intencional español y la legislación española siga negando su inscripción en el Registro Civil todo en base a no estar relacionado genéticamente con el menor.

⁴⁰ CALVO CARAVACA, A-L., CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Derecho Internacional Privado*, Vol. II, pp. 302-303.

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.”

En esta línea el art. 8.10 de la Carta Europea de los derechos del niño declara que *“Todo niño tiene derecho a la protección de su identidad, y, en su caso, deberá poder conocer ciertas circunstancias relativas a sus orígenes biológicos”*. En cuanto a los orígenes biológicos, la Instrucción DGRN de 2010 exigió la presentación de la sentencia en los que constaran los datos de la madre gestante ya que la certificación registral californiana únicamente incluía a los padres determinados por esa legislación. La transcripción de la sentencia en el Registro Civil hace que el menor pueda conocer en un futuro el nombre de la mujer que le dio a luz.⁴¹

De acuerdo con la Instrucción DGRN de 2010 para proteger plenamente el interés del menor concebido mediante gestación por sustitución hay que determinar condiciones de acceso al Registro Civil español:

- Establecer una vía de reconocimiento del nacimiento a efectos registrales cuando uno de los progenitores sea español.
- La inscripción en ningún caso puede suponer una apariencia de legalidad de supuestos de tráfico internacional de menores.
- Que no exista vulneración del derecho del menor a conocer su origen biológico.

El TS en la sentencia de 6 de febrero de 2014 dio prioridad al orden público internacional. Sin embargo, debe primar el principio del interés superior del menor de acuerdo con el principio de jerarquía normativa coloca por encima de la legalidad ordinaria los tratados internacionales ratificados por España y muy en particular la CNYDN. Se puede tomar como ejemplo el art. 25 de la Ley 54/2007 de

⁴¹ La Sentencia de la Sala Primera del TS de 21 de septiembre de 1999 derogó por inconstitucionalidad sobrevenida las normas de la regulación registral que posibilitaban la ocultación de la identidad de la madre biológica por su propia voluntad. Se establecía que el sistema de regulación diseñado por el art. 47 de la Ley de Registro Civil de 1957 y los arts. 167, 182 y concordantes del RRC, por los que se posibilitaba el desconocimiento de la maternidad extramatrimonial “pugnan con el principio de libre investigación de la paternidad y con el de igualdad además de erosionar gravemente el art. 10 CE al afectar a la dignidad de madre e hijo”.

Adopción Internacional que en lo relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional el Convenio de La Haya de 29 de mayo de 1993 prevalecerá en todo caso sobre las leyes contenidas en esa ley. Como el propio TS reconoce “de acuerdo con la jurisprudencia de este Tribunal y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, si tal núcleo familiar existe actualmente, si los menores tienen relaciones familiares "de facto" con los recurrentes, la solución que haya de buscarse tanto por los recurrentes como por las autoridades públicas que intervengan, habría de partir de este dato y permitir el desarrollo y la protección de estos vínculos.”⁴²

9. EL ACCESO AL REGISTRO CIVIL ESPAÑOL

Hemos de partir de lo establecido en el art. 15 LRC: “*En el Registro constarán los hechos inscribibles que afectan a los españoles y los acaecidos en territorio español, aunque afecten a extranjeros.* Por tanto, considerando que al menos uno de los progenitores sea español, la inscripción del menor nacido de éste deberá tener acceso al Registro Civil español.

La discusión doctrinal en cuanto al acceso al Registro Civil de una certificación extranjera en la que se determina la filiación del nacido mediante gestación por sustitución se centra en torno a la consideración de la tutela por declaración y la tutela por reconocimiento⁴³.

- Tutela por declaración o proceso de cognición directo: en el caso de que las autoridades extranjeras no hayan determinado la filiación nacido mediante gestación por sustitución, se instará la determinación ante autoridades

⁴² STS 6 de febrero de 2014

⁴³ CALVO CARAVACA, A-L., CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., “Notas críticas en torno a la Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 5 octubre 2010 sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 3, Nº 1, Madrid, marzo 2011, pp. 250– 351

españolas, registrales o judiciales, solicitando una *tutela por declaración* para que ellas declaren la filiación del menor. El niño ha nacido en el extranjero y de acuerdo con una TRHA legalizada en ese país por lo que estamos ante un supuesto internacional. Las autoridades españolas comenzarán aplicando una norma de Derecho internacional para determinar la ley sustantiva que debe regular el asunto. La norma de conflicto en este caso es el art. 9.4 CC que remite a la Ley nacional del hijo, esa disposición material indicará los criterios que el ordenamiento acoge para la atribución de la filiación en casos de gestación por sustitución. Solo si el nacido es español⁴⁴ se aplicará nuestro derecho y en consecuencia el art. 10 Ley 14/2006 que establece el criterio del parto para la determinación de la filiación. la del art. 10 de la misma. En principio, la Ley 14/2006 no tiene vocación imperialista de modo que todos los casos de filiación derivados de la maternidad subrogada tengan que ajustarse a la Ley sustantiva española, sino solo aquellos en los que el hijo ostente la nacionalidad española y su filiación deba determinarse.

- Tutela por reconocimiento: la autoridad pública extranjera ya ha determinado la filiación mediante una *decisión*, ha encontrado y aplicado una concreta ley estatal al fondo del asunto. Hay que concretar qué efectos jurídicos podrá desplegar en España. Se atiende a una cuestión de reconocimiento de las certificaciones registrales extranjeras. Por tanto, el procedimiento no puede ser igual que en anterior supuesto: norma de conflicto, ley sustantiva. De hecho, el art. 10 Ley 14/2006 recoge que “La filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución *será determinada* por el parto”, por lo tanto se entiende que la filiación todavía no ha sido determinada. Se debe entonces dilucidar si la filiación ya determinada en una decisión pública extranjera puede ser introducida en el orden jurídico español y surtir sus efectos legales en nuestro país. Se puede considerar que no hay una marginación de la ley de conflicto porque cuando la autoridad extranjera determina la filiación debe aplicar en todo caso una Ley estatal que regula la filiación. En efecto, sólo es posible fijar la filiación de los

nacidos si una Ley estatal que se localiza con arreglo a las normas de conflicto propias del estado que determina la filiación y donde surge por vez primera la cuestión sobre la filiación de los nacidos.

9.1 LAS TESIS

Debido a la prohibición de la gestación por sustitución en España, son numerosas las parejas que se trasladan a otros Estados donde está legalizado para realizar el acuerdo. Será allí donde la madre gestante dé a luz y se establezca la filiación del menor reflejándose dicha determinación en la certificación de nacimiento o en una sentencia. Cuando se intenta trasladar esta situación jurídica al Derecho español surge la cuestión de la determinación de la filiación de ese menor para nuestro ordenamiento jurídico. Para ello se han sostenido cuatro tesis⁴⁵.

9.1.1. TESIS DE ADMISIÓN MEDIANTE DECISIÓN REGISTRAL

La tesis de la admisión en España de la filiación extranjera determinada en el extranjero mediante decisión registral mantiene que se podría trasladar al Registro Civil español la certificación registral extranjera en virtud de los arts. 81 y 85 RRC con control y respeto al orden público internacional. Esta interpretación fue la seguida por la RDGRN 18 febrero 2009.

Se pretende que la filiación que consta en un Registro extranjero se traslade al Registro civil español para que haya la misma constancia. El legislador contempla en el RRC la posibilidad de practicar la inscripción en el Registro civil español a partir de un documento público extranjero y de actas registrales extranjeros, se acepta así que la decisión registral extranjera pueda surtir efectos en el Registro Civil español. La certificación registral extranjera de nacimiento se

⁴⁵ CALVO CARAVACA, A-L., CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Derecho Internacional Privado*, Vol. II, pp. 318-320.

considera un documento público y como tal debe cumplir los siguientes requisitos⁴⁶ de conformidad con la legislación que se le aplica⁴⁷:

- El documento extranjero ha de ser “público”: debe haber sido autorizado por una autoridad extranjera y en cuya confección se hayan observado los requisitos que se exijan en el país donde se hayan otorgado.
- Haber sido intervenido por autoridad pública extranjera que desempeñe funciones equivalentes a las desarrolladas por autoridad española en la materia.
- El documento público extranjero debe venir acompañado de legalización (art. 88 RRC) y de traducción (art. 86 RRC).
- El acto o *negotium* contenido en el documento ha de ser válido. Al Registro solo acceden documentos en los que constan actos válidos. Este control de legalidad del acto contenido en el documento, se deduce del art. 23 LRC y art. 81 RRC. El art. 23 LRC alude claramente a la ley española.

La RDGRN de 2009⁴⁸ consideró que el Consulado en Los Ángeles erró en su negativa de inscripción de los menores porque aplicó la ley sustantiva española (art. 10 Ley 14/2006) que determina la filiación. Sin embargo, considera, se trataría de un reconocimiento de una decisión pública extranjera lo que llevaría a la aplicación de las normas específicas de Derecho internacional privado español que regulan su acceso al Registro civil español y la validez extraterritorial de esas decisiones (art. 81 RRC). Considera la DGRN que tendrá que haber un control de legalidad pero que “no consiste en exigir que la autoridad registral extranjera haya resuelto el caso de modo idéntico a como lo habría resuelto la autoridad registral española”. Si hubiese sido de este modo, el artículo habría hecho referencia a que la certificación extranjera tendría que

⁴⁶ HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, A., “Determinación de la filiación de los nacidos en el extranjero mediante gestación por sustitución: ¿hacia una nueva regulación legal en España”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 6, Nº 2, Madrid, octubre 2014, pp. 155-156.

⁴⁷ Son aplicables: el art. 23 LRC, art. 81 RRC, art. 85 RRC, art. 86 RRC, art. 88 RRC y art. 323 LEC.

⁴⁸ RDGRN 18 de febrero de 2009: “Una correcta perspectiva metodológica conduce a afirmar que el acceso de las certificaciones registrales extranjeras al Registro Civil español debe valorarse no a través de la aplicación del Derecho sustantivo español ni a través de las normas de conflicto españolas, sino a través de las normas específicas que en Derecho español disciplinan el acceso de las certificaciones registrales extranjeras al Registro Civil español. Perspectiva metodológica que ha asumido nuestro legislador. En efecto, para estos supuestos, el legislador ha previsto un mecanismo técnico específico que se encuentra recogido en el art. 81 del Reglamento del Registro Civil.”

respetar la Ley determinada por la norma de conflicto española, es decir, la ley nacional del menor. El art. 10 Ley 14/2006 se debe aplicar cuando se trate de determinar la filiación por primera vez por los tribunales españoles. En todo caso hay que recordar que si el citado artículo condujera a una solución que vulnera el interés superior del niño, los tribunales españoles deben optar por una respuesta jurídica que vaya en sintonía con ese principio.

De acuerdo con esta tesis, se dinamiza la vida de los particulares en la esfera internacional dando valor a las situaciones legales creadas en otro estado que son cada vez más frecuentes.

9.1.2. TESIS *LEGEFORISTA*

Tesis legeforista: Consistente en aplicar directamente el Derecho material español, el art. 10 Ley 14/2006 que atribuye la maternidad a la mujer que dé a luz. Esta tesis se basa en la aplicación del art. 23 LRC y su exigencia de la legalidad del hecho conforme a la Ley española. Algunos autores opinan que debe descartarse porque implica un desconocimiento pleno no sólo de la especificidad de las situaciones privadas internacionales en particular, sino del Derecho internacional privado en su conjunto. Según esta postura, la certificación extranjera no es considerada una decisión, para acceder al Registro Civil español el encargado deberá comprobar la realidad del hecho inscribible y la legalidad del mismo. Será una cuestión de derecho aplicable y no de reconocimiento de decisión registral extranjera. Se entiende que el art. 10 Ley 14/2006 es una norma material imperativa que se aplicará en todo caso. Se considera que hay un fraude de ley general ya que el objetivo de estos españoles que se trasladan a un Estado donde la gestación por sustitución es legal es conseguir que se determine la filiación a su favor por estar prohibido por la legislación española. Es la tesis apoyada por la SAP Valencia, Sección 10ª, de 23 de noviembre 2011, que anula la RDGRN 18 febrero 2009. La Audiencia de Valencia consideró que el art. 10 Ley 14/2006 tiene la condición de norma de policía, es decir, “una previsión normativa cuya observancia se considera por el Estado 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.⁴⁹

9.1.3. TESIS DE ADMISIÓN MEDIANTE SENTENCIA JUDICIAL

La tesis de la admisión en España de la filiación extranjera determinada en el extranjero mediante sentencia judicial considera que sería posible trasladar al Registro Civil español la filiación de los nacidos en el extranjero mediante gestación por sustitución si se presenta ante la autoridad española la sentencia o resolución judicial extranjera en la que conste la filiación, la renuncia con libre consentimiento a la patria potestad por parte de la mujer gestante y que el menor no fue objeto de comercio.

La Instrucción habla de *exequatur* de la sentencia, pero algunos autores consideran que puesto que éste sólo se requiere si la resolución extranjera contiene pronunciamientos de ejecución únicamente sería necesario un *reconocimiento* que puede solicitarse ante el juez de primera instancia competente. Incluso podrá pedirse ante el encargado del Registro Civil si el reconocimiento surte efectos incidentales.

Si la resolución judicial hubiese sido dictada como consecuencia de un procedimiento de jurisdicción voluntaria, no resulta necesario el *exequatur*. El Encargado del Registro Civil podrá efectuar el reconocimiento incidental controlando:

- La regularidad y autenticidad formal de la resolución judicial extranjera y de cualquier otro documento que se hubiere presentado.
- Que el Tribunal de origen hubiera basado su competencia en judicial

⁴⁹ ÁLVAREZ DE TOLEDO QUINTANA, L., "El futuro de la maternidad subrogada en España: entre el fraude de ley y el correctivo de orden público internacional", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 6, Nº 2, Madrid, octubre 2014, pp. 14.

internacional en criterios equivalentes a los contemplados en la legislación española.

- Que se hubieren garantizado los derechos procesales de las partes, en particular, de la madre gestante.
- Que no se ha producido una vulneración del interés superior del menor y de los derechos de la madre gestante.
- Que la resolución judicial es firme y que los consentimientos prestados son irrevocables, o bien, si estuvieran sujetos a un plazo de revocabilidad conforme a la legislación extranjera aplicable, que éste hubiera transcurrido, sin que quién tenga reconocida facultad de revocación, la hubiere ejercitado.

Esta es la tesis de la Instrucción DGRN de 5 octubre 2010 y cuyas líneas generales siguen los Registros Civiles españoles de momento y hasta un pronunciamiento o legislación.

9.1.4. TESIS DE LA CONTRARIEDAD CON EL ORDEN PÚBLICO INTERNACIONAL ESPAÑOL

Según la tesis de la contrariedad de la resolución registral extranjera con el orden público internacional español, la decisión extranjera que contradiga el orden público internacional español no podrá inscribirse en el Registro Civil español.

En la STS se vuelve a reiterar, como en la SAP de Valencia, que el art. 10 Ley 14/2006 debe ser considerado como norma material imperativa o de policía y se aplica obligatoriamente a todo supuesto, nacional o internacional, que conozcan las autoridades españolas como es el caso de la determinación de la filiación cuando se presenta ante el Encargado del Registro Civil para la transcripción de la certificación de nacimiento. Este artículo declara nulo de pleno derecho los contratos de gestación por sustitución y privan de eficacia la renuncia pactada de la filiación materna a favor de los padres comitentes, determinándola por el parto. Además se está en presencia de un fraude de ley ya que los españoles se trasladan

al extranjero con el objetivo de evitar la aplicación del mencionado artículo.

Por el contrario, hay quien considera⁵⁰ que el art. 10 Ley 14/2006 no es una norma internacionalmente imperativa porque el legislador debería haber establecido un ámbito de aplicación en el espacio. Incluso si el mandato del legislador fuera implícito por considerarse norma de policía su observancia debería ser considerada como esencial para la salvaguarda de la organización política, social o económica del Estado, circunstancias que no se dan en esta norma.

En cuanto al orden público internacional, actúa como concepto jurídico indeterminado que trata de evitar que se produzca un efecto negativo por aplicación de una ley extranjera, en concreto para proteger la organización moral y económica de la sociedad española. Estos conceptos tan indeterminados han llevado dos corrientes de pensamiento sobre como concretarlos. Por un lado, ciertos especialistas consideran que habría que establecer un listado de supuestos específicos en los que se determine en qué casos un Derecho extranjero o los efectos de una resolución extranjera vulnerarían el orden público internacional español para reforzar la seguridad jurídica. Las críticas a esta propuesta se basan en que la lista nunca podría estar completa ya que la realidad superaría la previsión del legislador, por eso se mantiene una lista abierta con la cláusula general de orden público internacional.

El TS tomó esta postura en la STS 6 febrero 2014, considerando la maternidad subrogada llevada a cabo en California como una infracción del orden público internacional español.

9.2. EL REGISTRO CIVIL CONSULAR

Cuando los nacimientos de españoles tienen lugar en el extranjero pueden ser inscritos en el Registro Civil de la demarcación consular, siendo el Encargado del mismo el Cónsul general (art. 50 y ss RRC). De acuerdo con el art. 5 Convención de Viena de 24 de abril de 1963 sobre relaciones consulares una de las

⁵⁰ HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, A., *ob. cit.*, pp. 159-160.

funciones del cónsul es “actuar en calidad de Notario, en la de funcionario de registro civil y en funciones similares y ejercitar otras de carácter administrativo, siempre que no se opongan las leyes reglamentos del Estado receptor”, “velar, dentro de los límites que impongan las leyes y reglamentos del Estado receptor, por los intereses de los menores”.

Desde que se planteara el caso de la inscripción de los hijos de la pareja de valencianos, las resoluciones de la DGRN resolvieron el problema que se planteaba sobre la competencia de los Cónsules reconociendo la competencia al Registro Civil consular para la inscripción del nacimiento y filiación de los menores. El Cónsul, como Encargado, deberá llevar un control incidental de la resolución judicial extranjera como requisito previo a la inscripción siempre y cuando sea equiparable a un procedimiento español de jurisdicción voluntaria. Controlará su regularidad y autenticidad, que el tribunal extranjero hubiera basado su competencia en criterios equivalentes a los contemplados en la legislación española, que se garantizan los derechos procesales de las partes, que no hay vulneración del interés superior del menor y de los derechos de la madre gestante y que la resolución judicial es firme. Encontramos que el Encargado no realizará ningún control sobre la conformidad con la legalidad española convirtiéndose en un control formal. Ha de hacerse notar también que en los Registros Civiles consulares es el Canciller el que ejerce las funciones de Ministerio Fiscal lo que facilita que no se interpongan demandas como ocurre cuando las familias intentan inscribir en el Registro Civil Central (donde les correspondería en primer término por residir en España y no en la demarcación consular). El Registro Civil consular se plantea como la vía rápida para la inscripción de estos menores ya que el Central suele solicitar el *exequatur* de la sentencia lo que hace que se demore incluso años o ni si quiera se consiga contribuyendo a la inseguridad jurídica y desprotección de los menores.

10. CONCLUSIONES

1. La institución de la familia ha cambiado notablemente en los últimos años, sobre todo con la apertura del matrimonio a las parejas homosexuales o la total aceptación de familias monoparentales. La dinámica de la sociedad actual ha llevado también a retrasar el momento de tener hijos lo que ha provocado una necesidad mayor de TRHA. Esto, unido a los avances en las tecnología, hacen posibles modos de concepción inimaginables. Esto hace que se pongan en duda principios que recoge nuestro derecho en el que la maternidad se determina por el parto. La intencionalidad rivaliza con el componente biológico.
2. La maternidad subrogada, prohibida por el Derecho español, es accesible si se acude a otros ordenamientos jurídicos que sí la regularizan y la validan. Esto provoca la problemática de la aceptación de esas resoluciones extranjeras en nuestro ordenamiento donde se determina una filiación contraria a la que correspondería en nuestro país. En cualquier caso, la cantidad de casos que la DGRN ha tenido que resolver pone de manifiesto una necesidad de regularización de la materia.
3. La división doctrinal en España provoca una gran inseguridad jurídica por haber una prohibición legal y una admisión de *facto* donde los particulares no pueden prever lo que sucederá.
4. La maternidad subrogada pone en juego muchos valores fundamentales que pueden verse en riesgo de desprotección si no hay una legislación definida que dé cabida a las situaciones que se crean en el extranjero. Como recoge la Instrucción DGRN de 5 de octubre de 2010 deben protegerse los intereses del menor y de la madre gestante controlando los requisitos de perfección y contenido del contrato.
5. La prohibición de celebración del contrato en España que recoge el art. 10 Ley 14/2006 es coherente con los valores de nuestro ordenamiento, sin

embargo cuando este contrato es celebrado en otro Estado conforme a su legislación no se puede pretender una universalidad de este precepto aplicándolo a los contratos extranjeros. En palabras de LAMM “el Estado no debe hacer cumplir un conjunto de valores a quienes no comparten esos valores y, en ausencia de daño demostrable para los niños u otras personas involucradas, debería permanecer neutral.”⁵¹

6. Como declaró el TEDH y recoge la CNYDN, el interés superior del menor debe primar. El nacido tiene derecho a una identidad y una nacionalidad, en definitiva un estado civil único desde su nacimiento que no cambie cada vez que traspase la frontera. El marco de la Unión Europea de libre circulación de personas se vería profundamente afectado también por estos cambios de identidad del individuo lo que iría en contra de otro principio asumido por España.
7. La globalización y la mayor movilidad de las personas implica una coherencia internacional en el reconocimiento del estatus personal de los individuos. Cada vez como más frecuencia se dará la constitución de situaciones privadas internacionales que necesitarán reconocimiento en todos los Estados donde el sujeto desenvuelva su vida.
8. Las soluciones que recoge el art. 10.3 de la Ley 14/2006 suponen una discriminación para la mujer que no gesta pero que aporta material genético, además atribuye la maternidad a quien nunca quiso serlo llegando a la paradoja de poder exigírsele responsabilidad parental a alguien cuyo ordenamiento jurídico exime por haber renunciado a la filiación en favor de unos padres intencionales no reconocidos por España. La reclamación de paternidad por el padre y la posterior adopción por el cónyuge llevarían a una demora en la determinación de la filiación que perjudicaría al menor durante todo ese tiempo además de ir contra el Derecho Internacional Privado que intenta economizar procesos y dar garantía a la situación privada de los particulares al cambiar de país.

⁵¹ LAMM, E., *ob. cit.*, p. 8.

9. El Registro Civil inscribe los hechos relativos a los españoles y estos nacidos de progenitor español deben tener acceso a él. Su certificación de nacimiento es transcrita por lo que el inscribir una filiación distinta a la que recoge esa certificación por aplicar el Derecho español no sería veraz.
10. Existe una necesidad imperiosa de regular la materia tomando en cuenta el Derecho comparado y la jurisprudencia de estos últimos años, pero sobre todo de la demanda social siempre protegiendo los derechos de fundamentales de la persona y un orden público internacional que puede evolucionar en la dirección que lo hace la sociedad.

11. BIBLIOGRAFÍA

- ÁLVAREZ DE TOLEDO QUINTANA, L., “El futuro de la maternidad subrogada en España: entre el fraude de ley y el correctivo de orden público internacional”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 6, Nº 2, Madrid, octubre 2014, pp. 5-49.
- AMADOR JIMÉNEZ, M., “Biopolíticas y biotecnologías: reflexiones sobre maternidad subrogada en India”, *CS*, nº 6, Cali-Colombia, julio-diciembre, 2010, pp. 193-217.
- BAYARRI MARTÍ, M-L, “Maternidad por subrogación. Su reconocimiento en España”, en:
<http://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/10338-maternidad-por-subrogacion-su-reconocimiento-en-espana/>
- CALVO CARAVACA, A-L., CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Derecho Internacional Privado*, Vol. I, Comares, Granada, 2014.
- CALVO CARAVACA, A-L., CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Derecho Internacional Privado*, Vol. II, Comares, Granada, 2014.
- CALVO CARAVACA, A-L., CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., “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*, Vol. 1, Nº 2, Madrid, octubre 2009, pp. 294- 319.
- CALVO CARAVACA, A-L., CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., “Notas críticas en torno a la Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 5 octubre 2010 sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 3, Nº 1, Madrid, marzo 2011, pp. 247- 362.

- CARRASCO ANDRINO, M-C., "Protección penal de la filiación", *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, Nº 12-06, 2010, pp. 1-30.

- FARNÓS AMORÓS, E., "Inscripción en España de la filiación derivada del acceso a la maternidad subrogada en California", en *In Dret, Revista para el Análisis del Derecho*, no 1, enero de 2010, págs. 1-25.

- HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, A., "Determinación de la filiación de los nacidos en el extranjero mediante gestación por sustitución: ¿hacia una nueva regulación legal en España", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 6, Nº 2, Madrid, octubre 2014, pp. 147-174.

- JIMÉNEZ MARTÍNEZ, M-V., "La inscripción de la filiación derivada de la gestación por sustitución. Problemas actuales", *Anuario Facultad de Derecho*, ISSN 1888-3214, no 5, Servicio de Publicaciones de la Biblioteca Digital de la Universidad de Alcalá, Madrid, 2012, p. 379.

- LAMM, E. "Gestación por sustitución: realidad y derecho", *InDret Revista para el análisis del derecho*, Barcelona, julio 2008.

- MARTÍN CAMACHO, J., "Maternidad subrogada: una práctica moralmente aceptable. Análisis crítico de las argumentaciones de sus detractores", 2009, en <http://www.fundacionforo.com/pdfs/maternidadsubrogada.pdf>

-VELARDE D'AMIL, Y.: "Comentario a la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia Núm. 949/2011 826 23-11-2011: No inscripción en el Registro Civil de los menores nacidos mediante gestación por sustitución", en *Revista sobre la infancia y la adolescencia*, no 3, septiembre de 2012, pp. 61-70.

- Noticias y otra documentación de interés:

- http://elpais.com/diario/2006/07/11/salud/1152568801_850215.html

-http://www.elderecho.com/tribuna/civil/reconocimiento-determinacion-extranjero-gestacion-sustitucion_11_455680009.html

- Comunicación del Poder Judicial, 13 julio de 2014:

http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder_Judicial/Noticias_Judiciales/El_Supremo_deniega_la_inscripcion_de_la_filiacion_de_dos_ninos_gestados_en_California_a_traves_de_un_contrato_de_alquiler

- Resolución de 18 de febrero de 2009, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en:

<http://portaljuridico.lexnova.es/doctrinaadministrativa/JURIDICO/50165/resolucion-dgrn-de-18-de-febrero-de-2009-inscripcion-de-nacimiento-acaecido-en-california-por-m>

- Instrucción de 5 de octubre de 2010, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre el régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución. (BOE Jueves 7 de octubre de 2010)

-Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª Pleno) 247/2014 de 6 de febrero de 2014, en:

http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder_Judicial/Noticias_Judiciales/El_Supremo_deniega_la_inscripcion_de_la_filiacion_de_dos_ninos_gestados_en_California_a_traves_de_un_contrato_de_alquiler