

**Reconocimiento, en
España, de la filiación
derivada de gestación por
sustitución.**



Trabajo de
Fin de Grado



**Universitat Autònoma
de Barcelona**

Cyrielle AGUT

4º Curso en Derecho (2015-2016)
Mención Derecho Internacional y Comunitario

Director: Rafael ARENAS GARCIA
Catedrático de Derecho Internacional Privado

Fecha de entrega: Mayo de 2016

ÍNDICE:

ÍNDICE	1
ABREVIATURAS	3
PRESENTACIÓN DEL TEMA	4
INTRODUCCIÓN AL TEMA	5
PARTE 1: ALCANCE DE LAS CONDICIONES DE RECONOCIMIENTO EN ESPAÑA DE LA FILIACIÓN DE LOS NACIDOS MEDIANTE GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN.....	11
A- Las condiciones de inscripción respectivas a los procedimientos registrales españoles.....	12
B- La inscripción en el registro civil español a través de las normas de Derecho internacional privado	13
PARTE 2: RÉGIMEN JURÍDICO DEL PROCEDIMIENTO DE RECONOCIMIENTO EN ESPAÑA DE LA FILIACIÓN DERIVADA DE GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN.....	17

A- La calificación registral española cuando uno de los progenitores sea de nacionalidad española respecto a la certificación de nacimiento extranjera por procedimiento de exequátur17

B- El reconocimiento a título incidental de la resolución judicial previo a la atribución de filiación derivada de gestación subrogada por procedimiento automático registral25

PARTE 3: EL ORDEN PÚBLICO COMO OBSTÁCULO AL RECONOCIMIENTO DE LA FILIACIÓN DERIVADA DE LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN31

A- El interés del hijo nacido protegido al nombre del orden público31

B- La indisponibilidad del cuerpo humano y estado de las personas: ¿una violación de los derechos de las mujeres?35

C- La implicación del TEDH en cuanto a las discrepancias entre el tema de la maternidad subrogada y un posible derecho a la procreación...38

CONCLUSIONES43

BIBLIOGRAFÍA45

ABREVIATURAS:

- CE: Constitución Española
- DGRN: Dirección General de los Registros y del Notariado
- DIPr: Derecho Internacional Privado
- LCJIMC: Ley de Cooperación Jurídica Internacional en Materia Civil
- LEC: Ley de Enjuiciamiento Civil
- LRC: Ley del Registro Civil
- LTRHA: Ley sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida
- RRC: Reglamento para la aplicación de la Ley del Registro Civil
- TEDH: Tribunal Europeo de Derechos Humanos

PRESENTACIÓN DEL TEMA

En el presente trabajo analizo en qué medida podría ser admitido el reconocimiento, en España, de la filiación derivada de maternidad subrogada realizada en el extranjero. Concretamente, estudiare como puede ser reconocida la resolución extranjera de filiación en el ordenamiento jurídico español, cumpliendo los requisitos legales y conformes con el orden público. ¿En qué medidas las últimas instrucciones de la Dirección General del Registro y del Notariado (en adelante, DGRN) ofrecen una posibilidad de inscripción de los nacidos mediante gestación por sustitución a través de los procedimientos de reconocimiento de las sentencias extranjeras basadas en las reglas del Derecho Internacional Privado? Se comentarán las condiciones establecidas por la Dirección General de los Registros y del Notariado en sus últimas Instrucciones sobre la materia y la influencia del orden público internacional como obstáculo al reconocimiento de la filiación derivada de la gestación por sustitución.

INTRODUCCIÓN

Conforme a la vieja regla establecida por el derecho romano, la maternidad está vinculada al hecho mismo del parto y eso sigue siendo así en muchos ordenamientos jurídicos: quien tiene la calidad de madre es quién da a luz. Por tanto, hoy en día, el principio de “mater semper certa est” conoce una crisis afectando al concepto jurídico de filiación, definido como el estado de familia que deriva de la relación entre dos personas de las cuales una es el hijo y otra el padre o la madre del mismo.

La cuestión de la prueba es indisoluble de la relación jurídica: en cuanto a la filiación, sin prueba de esta, no existe. Sin embargo, esta prueba tiene una naturaleza especial ya que no se puede probar como un contrato: la filiación jurídica es un conjunto de elementos que tienen base no sólo en la procreación o filiación biológica, sino sobre todo en la voluntad, la conciencia humana y en cierto modo de la organización social y jurídica de la paternidad. Con esta filiación, se define la identidad jurídica del hijo: cuando nace, es designado como el hijo de una madre, de un padre o ambos si son conocidos. Pero la aparición de las nuevas técnicas médicas de procreación plantea problemas en cuanto a esta perspectiva de la identidad jurídica inherente a la filiación. ¿Cómo un hijo procreado con gametos de un padre desconocido podría adquirir la filiación del padre cuando sigue aplicándose el principio de “pater is est quem nuptiae”? ¿Cómo se puede probar la existencia del principio de “mater semper certa est” cuando la filiación está derivada de una maternidad subrogada?

En nuestra cultura occidental, el problema de la infertilidad o el acceso a la familia sigue siendo un tema más antiguo de lo que piensan las sociedades modernas. El propio libro bíblico señaló la existencia de casos de maternidad subrogada en el sentido que se recurrieron a mujeres distintas a las que tenían vocación de creación de su propia descendencia. En el Génesis 30, Raquel, mujer de Jacob, no podía darle hijos por lo cual ella declaró: “Ahí tienes a mi sierva Bilha. Únete a ella; que dé a luz sobre mis rodillas y tenga también yo un hijo por ella”. En este sentido, ciertos autores plantean la pregunta de saber por qué Dios

Creador aceptó la maternidad subrogada aunque los sistemas contemporáneos la rechazan en mayoría.

Ante todo, se tiene que preguntar ¿en qué consiste esta técnica de maternidad subrogada? Se trata de un método de procreación asistida por vía médica, generalmente practicada cuando la mujer de la pareja no puede dar a luz, ya sea por ausencia o malformación del útero, o bien en casos de parejas de dos varones. En concreto, la mujer gestante y los padres biológicos forman un contrato de gestación subrogada por lo cual la primera obliga a dar a luz al hijo creado con el material biológico de la otra parte contratante. La gestación subrogada permite distinguir dos tipos de maternidad: una genética, y otra gestacional. En un sistema jurídico como el de España, la regla principal consiste en la “*mater semper certa est*”. Sin embargo, este tema es de gran actualidad en relación al Derecho de muchos países en los que se discute si se tiene que legalizar o prohibir, España incluida, cuyo parlamento legislativo adoptó dos leyes 35/1988 y 14/2006 sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida (en adelante, LTRHA)¹ que declaran en su artículo común 10 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*”.

Respecto al derecho internacional privado, cuando la maternidad subrogada sea ejecutada en un país donde es legal, como puede ser el caso de California, Ucrania o India, las parejas españolas pueden hacer prevalecer las reglas para permitirlas producir efectos en Derecho Internacional Privado (en adelante, DIPr) autónomo. El alquiler de vientre de mujer de sustitución en los países donde está legalizada esta práctica permite igualmente a estas parejas no ser condenadas en virtud del artículo 10 de LTRHA de 2006 y ya estaba considerada como un delito tipificado al artículo 221 de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (Vigente hasta el 28 de Octubre de 2015)².

¹ Referencia LTRHA: BOE-A-2006-9292

² Artículo 221 del Código Penal Español : « 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

Internacionalmente, existen tres tipos de tratamiento legal sobre el tema: algunos países la prohíben (Francia y España) otros la admiten de manera limitada (Holanda), otros la fomentan (Ucrania). Por tanto, es de notar que unos Estados realizan un avance como Francia en su sentencia del 25 de octubre de 2007 de la “Cour d’Appel” que admitió los efectos de un contrato de alquiler de vientre en el propio interés del menor considerando que “*la no transcripción de los actos de nacimiento tendría consecuencias negativas y contrarias al interés superior del menor quién, respeto al derecho francés, sería privado de los actos de Estado Civil indicando su filiación, incluido respeto al padre biológico*”.

El recurso a otros ordenamientos jurídicos que permiten a una pareja convertirse en padres de un niño nacido de una mujer con la que se ha suscrito un contrato de útero de alquiler para pedir posteriormente la inscripción de la filiación en el registro civil español es una técnica para evitar la aplicación de la reglamentación represiva española.

En la práctica, podemos poner de relieve que las cuestiones respecto al tema aparecen cuando se presenta la solicitud de inscripción de los nacidos mediante maternidad subrogada en el Registro Civil español por equivalencia a los demás registros civiles extranjeros en el país de origen.

Desde un punto de vista social, las relaciones familiares y la realidad social están en evolución como lo demuestra la adopción de la ley de matrimonio para todos en varios Estados como España o Francia. Según la asociación “Son nuestros hijos”³, cada año, se firman 800 contratos de “útero de alquiler” entre nacionales españoles y madres gestantes americanas. Es cierto que la regulación de la LTRHA permite evitar un vacío jurídico en la materia, pero éste ¿no aumenta los riesgos del mal uso del turismo reproductivo?

Las legislaciones extranjeras plantean ya la posibilidad de contratar con madres gestantes que se obligan a gestar el niño y a entregarlo a los padres comitentes al contrato de gestación por sustitución. La simple diferencia reside en el hecho de que el contrato es perfectamente válido y legal: en este sentido, los

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”.

³ La Asociación « Son nuestros hijos » defiende la gestación por sustitución en su sitio web <http://sonnuestroshijos.blogspot.com.es/>

derechos y las obligaciones de las partes están reguladas por la ley extranjera. Enseguida, después del parto, el padre comitente, que casi siempre es el padre biológico del niño, puede determinar la filiación con el hijo ante la autoridad extranjera competente según el artículo 10.3 LTRHA⁴. Esta última podrá testificar de la renuncia de la madre gestante, presente durante el establecimiento de la filiación entre el padre y el hijo, de sus derechos de patria potestad sobre el niño.

Para solucionar el conflicto sobre la inscripción de la filiación derivada de maternidad subrogada, la DGRN la admitió en su Resolución de 18 de Febrero de 2009⁵ en la que se inscribieron gemelos nacidos con esta técnica en California. Consideró que el documento extranjero era auténtico y con fuerza en España según el DIPr y tratados internacionales: constituyó en sí mismo un título suficiente para inscribirlos como hijos de dos varones en virtud de los certificados de nacimiento realizados por las autoridades de San Diego en California. La autenticidad del documento tenía su fundamento jurídico en el propio artículo 81 del Reglamento⁶ para la aplicación de la Ley del Registro Civil⁷ (en adelante, RRC). En concreto, se trataba de estudiar y de efectuar un control formal de legalidad de la decisión registral extranjera en forma de certificación registral. Por lo tanto, el Encargado del Registro Civil consular no tenía que entrar a valorar la adecuación de éste con el derecho positivo del ordenamiento jurídico español.

⁴ Artículo 10.3 LTRHA: “Queda a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales”.

⁵ Respecto al controvertido tema de la maternidad subrogada y de la inscripción de los hijos nacidos mediante esta técnica, la DGRN tuvo que revocar la decisión previa del Encargado del Registro Consular que rechazaba la inscripción de la doble paternidad de unos gemelos nacidos mediante dicha técnica en la Resolución de 18 de febrero de 2009. La finalidad de la Instrucción de 5 de octubre de 2010 por la DGRN era el establecimiento de pautas a seguir por los Encargados del Registro Civil, confirmando la posición favorable de la DGRN hacia la inscripción. Por tanto, la Resolución y la Instrucción de la DGRN marcan una evolución de la posición de esta sobre esta materia.

⁶ Referencia RRC: BOE-A-1958-18486

⁷ Artículo 81 del Reglamento del Registro Civil: «El documento auténtico, sea original o testimonio, sea judicial, administrativo o notarial, es título para inscribir el hecho de que da fe. También lo es el documento auténtico extranjero, con fuerza en España con arreglo a las Leyes o a los Tratados internacionales ».

Finalmente, el 7 de octubre de 2010, la DGRN consideró que sólo podían estar inscritos si se cumplían dos condiciones: que se presentase en el momento de la inscripción la resolución judicial extranjera favorable del Tribunal Competente para determinar la filiación del nacido y que no se haya “producido una vulneración del interés superior del menor”⁸. En este sentido, la DGRN especificó que no sería admitida la certificación médica, en la que no está indicada la identidad de la madre gestante, en calidad de certificación registral extranjera.

Por tanto, sobre la base de los artículos 10.1, 15 y 39.2 de la Constitución Española y artículos 1271⁹ y 1275¹⁰ del Código Civil, la Audiencia Provincial de Valencia en su sentencia del 23 de noviembre de 2011 rechazó la inscripción de los gemelos nacidos por maternidad subrogada por ser contrario al orden público en base del artículo 12.3 del Código Civil¹¹. Al contrario, el Tribunal de Luxemburgo dictó sentencias el 26 de junio de 2014¹² declarando que el no reconocimiento de la filiación de niños nacidos mediante la práctica de gestación por sustitución y sus progenitores viola el artículo 8 del Convenio Europeo de los Derechos Humanos en cuanto al interés superior del menor.

Cuando se encuentran en conflicto dos conceptos tan importantes como el de “mater semper certa est” y el del interés superior del menor, se plantean problemáticas vinculadas estrechamente. ¿En qué medida los procedimientos de reconocimiento y ejecución de las resoluciones extranjeras probatorias de la inscripción de la filiación al extranjero podrían permitir o no la inscripción al registro civil español de un nacido por maternidad subrogada? Igualmente, se trata de saber ¿Cuáles serían las condiciones del reconocimiento de un hijo nacido en el marco de un contrato de “útero de alquiler”? ¿Cuáles son las consecuencias

⁸ Directriz 1^a apartado 3 d) de la Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010.

⁹ Artículo 1271 del Código Civil Español: « Pueden ser objeto de contrato todas las cosas que no están fuera del comercio de los hombres, aun las futuras ».

¹⁰ Artículo 1275 del Código Civil Español: « Los contratos sin causa, o con causa ilícita, no producen efecto alguno. Es ilícita la causa cuando se opone a las leyes o a la moral. ».

¹¹ Artículo 12.3 del Código Civil Español: « En ningún caso tendrá aplicación la ley extranjera cuando resulte contraria al orden público ».

¹² Tribunal de Luxemburgo, sentencia del 26 de Junio de 2014, asuntos 65192/11 (Mennesson c/ Francia) y 65941/11 (Labassee c/ Francia).

jurídicas de un contrato de alquiler cuyas partes son los padres y el hijo nacido en el extranjero el objeto de este en cuanto a la aplicación de la cláusula de orden público? Y para acabar, hay que estudiar ¿en qué medidas las últimas instrucciones de la DGRN ofrecen una esperanza para estas parejas de ver a sus hijos reconocidos como tales en el Registro Civil Español?

Para responder a estas preguntas incidentales al tema de la maternidad subrogada y del reconocimiento de la filiación que deriva de ésta, se propone estudiar el ámbito de las condiciones requeridas para que sea reconocida una resolución extranjera probatoria de la filiación derivada de gestación subrogada en el extranjero (Parte I) en cuanto a las condiciones respectivas a los procedimientos registrales españoles (A) pero igualmente a través de las normas de derecho internacional privado (B). Luego, trataríamos de centrarnos en el régimen jurídico del procedimiento de reconocimiento en España de dicha filiación especial (Parte II) a través de los procedimientos de exequáтур (A) y a título incidental (B). Finalmente, analizaremos en qué medidas la maternidad subrogada está limitada en España por las reglas del orden público español (Parte III) respecto a la protección del interés superior del menor (A), al principio de indisponibilidad del cuerpo humano y estado de las personas (B) y veremos cuál es la tendencia actual del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la materia (C).

PARTE 1: Alcance de las condiciones de reconocimiento en España de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución

En una búsqueda de protección jurídica del interés superior del menor, e igualmente de otros intereses vinculados al tema de la maternidad subrogada que veremos a continuación, se establece una serie de criterios para determinar si se puede admitir el acceso al Registro Civil español. Es en este sentido que la Instrucción del 5 de Octubre de 2010 intenta tener en cuenta los diferentes instrumentos necesarios al acceso de la filiación al Registro Civil español, a la condición de que uno de los progenitores sea de nacionalidad española. Además, esta Instrucción delimitaba la posibilidad del cumplimiento de la legalidad de estos supuestos de maternidad subrogada con el fin de evitar un tráfico internacional de menores y el derecho del menor a conocer su origen biológico, según lo dispuesto en el artículo 7.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño¹³ y el artículo 12 de la Ley 54/2007, de Adopción Internacional¹⁴.

¹³ Artículo 7.1 Convención sobre los Derechos del Niño: “El niño será inscripto inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos”.

¹⁴ Artículo 12 de la Ley 54/2007, de Adopción Internacional: “as personas adoptadas, alcanzada la mayoría de edad o durante su minoría de edad a través de sus representantes legales, tendrán derecho a conocer los datos que sobre sus orígenes obren en poder de las Entidades Públicas, sin perjuicio de las limitaciones que pudieran derivarse de la legislación de los países de procedencia de los menores. Este derecho se hará efectivo con el asesoramiento, la ayuda y mediación de los servicios especializados de la Entidad Pública, los organismos acreditados o entidades autorizadas para tal fin.

Las Entidades Públicas competentes asegurarán la conservación de la información de que dispongan relativa a los orígenes del niño, en particular la información respecto a la identidad de sus progenitores, así como la historia médica del niño y de su familia.

Los organismos acreditados que hubieran intermediado en la adopción deberán informar a las Entidades Públicas de los datos de los que dispongan sobre los orígenes del menor”.

A- Las condiciones de inscripción relativas a los procedimientos registrales españolas

El 18 de febrero de 2009, la Dirección General de los Registros y del Notariado ordenó por resolución la inscripción de dos gemelos nacidos mediante maternidad subrogada. Los padres, dos varones casados en 2005, habían presentado ante el encargado del Registro Civil la demanda de inscripción de los menores al registro civil español presentándole los certificados de nacimiento extranjeros de los menores. La DGRN admitió la inscripción con la mención especial de filiación constante en la certificación registral extranjera aportada.

Frente a la multiplicación de los casos de hijos nacidos mediante esta práctica y de demandas de estos últimos, la DGRN tuvo que establecer una lista cerrada de requisitos formales que tienen que cumplir los documentos extranjeros probatorios de la relación de filiación admitida al extranjero, en el caso anterior, en California.

Tal como ya hemos visto, en la Instrucción de 5 de Octubre de 2010, la exigencia de la DGRN en cuanto al documento estableciendo la inscripción en el Registro Civil de la filiación al extranjero, es diferente a la de la Instrucción del 18 de Febrero de 2009. En la última, se requería el certificado registral extranjero de nacimiento mientras la de 2010 exige la presentación de la resolución judicial extranjera.

De conformidad con el artículo 23 de Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil (en adelante, LRC)¹⁵, la inscripción se podrá practicar “*sin necesidad de previo expediente, por certificación de asientos extendidos en Registros extranjeros, siempre que no haya duda de la realidad del hecho inscrito y de su legalidad conforme a la Ley Española*”. Regulado por el RRC, la rectificación de los asientos está sometida a la salvaguarda de los Tribunales y su rectificación sólo es posible si la resolución judicial es firme de conformidad con lo previsto por el artículo 781 bis LEC¹⁶.

¹⁵ Referencia LRC : BOE-A-2011-12628

¹⁶ Artículo 781 bis LEC: “1. La oposición a las resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado en materia de Registro Civil, a excepción de las dictadas en materia de

Volviendo a la resolución que estudiábamos, el Tribunal consideró que se vulneraba el precepto según el cual no tiene que existir duda sobre el hecho inscrito. En este sentido, el encargado del Registro Civil tenía que realizar la verificación que ambos solicitantes eran los padres de los gemelos, no biológicamente ya que resultaba imposible, sino a efectos materiales. Incluido, según el artículo 23 LRC, era necesario examinar si la inscripción solicitada por los varones no vulneraba la Ley Española, no en términos de orden público, sino si la inscripción por el encargado era legal de conformidad a la Ley Española.

En este sentido, opino que la presentación de la resolución judicial dictada por el tribunal competente facilitaría el oficio del encargado del Registro Civil para la inscripción de estos hijos nacidos mediante maternidad subrogada.

Dicha sentencia concluía que esta inscripción no era conforme al artículo 10 LTRHA que considera como nulo el contrato de maternidad subrogada y cualquier efecto vinculado a este contrato, que sea un contrato con o sin precio, por el cual la madre gestante renuncia a la filiación materna a favor del contratante o tercero. En este sentido, como consecuencia de esta nulidad, la madre gestante siempre será considerada como la madre biológica. Además, es de notar la precisión llevada por el apartado de dicho artículo en cuanto al principio de “mater semper certa est”.

Por tanto, la Resolución de la DGRN de 2010 consideró que el acceso de certificaciones registrales al Registro Civil español tenía que estudiarse desde el punto de vista del artículo 81 RRC, ya que no trata de valorar o no la aplicación del derecho español, ni a través de normas de conflicto españolas. Se ha preferido estudiar a través de normas específicas españolas en materia de acceso de las certificaciones registrales extranjeros al Registro Civil español.

nacionalidad por residencia, podrá formularse en el plazo de dos meses desde su notificación, sin que sea necesaria la formulación de reclamación administrativa previa.

2. Quien pretenda oponerse a las resoluciones presentará un escrito inicial en el que sucintamente expresará su pretensión y la resolución a que se opone.
3. El secretario judicial reclamará a la Dirección General de los Registros y del Notariado un testimonio completo del expediente, que deberá ser aportado en el plazo de veinte días.
4. Recibido el testimonio del expediente administrativo, el secretario judicial emplazará al actor por veinte días para que presente la demanda, que se tramitará con arreglo a lo previsto en el artículo 753”.

B- La inscripción en el Registro Civil Español respectiva a las normas de Derecho Internacional Privado

La importancia de la inscripción en el Registro Civil reside meramente en sus consecuencias: la documentación del hijo (DNI, pasaporte), ejercicio de la autoridad parental, etc. Por tanto, de momento, no existe un sistema de correspondencia entre el reconocimiento de la situación y el cumplimiento de la solicitud de inscripción. Al estudiar la Instrucción del 5 de octubre de 2010 de la DGRN que exige como documento válido, para la inscripción en el Registro Civil, la resolución judicial extranjera, se planteaban dos posibilidades: se podrá realizar la inscripción de nacimiento del menor si la resolución judicial es dictada por el Tribunal competente pero se podrá denegar cuando sólo se presente una certificación registral extranjera o mera declaración acompañada de un certificado médico relativo al nacimiento. Sin embargo, estas soluciones fueron rechazadas por el Juzgado de Primera Instancia nº 15 de Valencia en 2010 que ha preferido aplicar el artículo 23 de la Ley de Registro Civil¹⁷. Posteriormente, la Audiencia Provincial de Valencia en base de los artículos 10.1, 15 y 39.2 de la Constitución Española y el Pleno del Tribunal Supremo el 15 de enero de 2014 rechazaron igualmente la posibilidad de inscribir a los nacidos mediante maternidad subrogada al extranjero.

A nivel internacional, en las varias sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH), la tendencia al reconocimiento del estatuto jurídico de estos menores como hijos y los padres comitentes vinculados por el reconocimiento de la filiación, no sólo social, sino jurídico. Se pueden distinguir dos posiciones: en Europa, sería la adopción de una legislación relativa a la maternidad subrogada solidaria, mientras fuera de Europa, ya se trata en varios Estados de un contrato de gestación por sustitución mercantil. ¿Cuál es entonces el punto común a estas dos posiciones? La posibilidad de determinar la

¹⁷ Artículo 23 Ley del Registro Civil: “Las inscripciones podrán practicarse, sin necesidad de previo expediente, por certificación de asientos extendidos en Registros extranjeros, siempre que no haya duda de la realidad del hecho inscrito y de su legalidad conforme a la Ley española”.

filiación a favor de las personas presentando la “voluntad pro creacional”¹⁸. Esta solución incluye los elementos esenciales del respeto al orden público y valores internacionales: salvaguardar el interés superior del niño y su derecho a una identidad única.

Para las certificaciones registrales extranjeras al Registro Civil español, el legislador español se apoyó en el artículo 81 RRC por lo cual la certificación registral extranjera constituye una decisión adoptada por las autoridades extranjeras que consta del nacimiento y de la filiación del nacido por los padres “comitentes” al contrato de maternidad subrogada.

La creciente importancia del elemento extranjero con acceso al Registro Civil implica una regulación específica en cuanto a los procedimientos registrales relativos a normas de DIPr. La complejidad de los actos y de los hechos en cuestión justifica la competencia exclusiva de la Oficina Central del Registro para la inscripción de documentos extranjeros, de naturaleza judicial o no, dándole un peso especial, siendo la autoridad la encargada en materia de cooperación internacional en todas estas materias sometidas a la Ley. En cuanto a criterios formales, se tienen que cumplir los siguientes:

- Presentación de traducción (salvo si al Encargado le constara el contenido),
- Aplicación de la normativa de la Unión Europea y tratados e instrumentos internacionales vigentes en España, un documento acompañado de la correspondiente legalización (excepto si su autenticidad le constara al Encargado o llegada del documento por vía oficial),
- Certificación de asientos extendidos en Registros extranjeros,
- Resoluciones judiciales extranjeras siempre firmes (sino sólo podrá realizarse una anotación registral), y haber superado el trámite del exequátor o instarse ante el Encargado del Registro Civil que se explicita.

¹⁸ Se puede definir como voluntad pro creacional el deseo de ser madre o padre, a parte del aporte genético y/o biológico.

En este supuesto especial, no se trata entonces de estudiar cual sería la “ley aplicable” y las normas de conflicto, sino como se pueden reconocer estas certificaciones registrales para acceder al registro español. La problemática consiste en la “validez extraterritorial de decisiones extranjeras en España”.

Por tanto, el artículo 81 RRC no presenta una lista específica de requisitos que debe reunir el documento registral extranjero en cuestión para practicar la correspondiente inscripción en el Registro Civil, tampoco indica el mecanismo especial correspondiente, sólo que tiene que presentar carácter de fuerza vinculante en España. En este sentido, vino a establecer una serie de requisitos la propia resolución de 2009 de la DGRN, fuera del procedimiento de exequáтур, que supone otros elementos:

“1º- Condiciones formales que garantizan la autenticidad del título registral extranjero artículo 323 LEC.

2º- Equivalencia funcional de las autoridades registrales con las autoridades registrales españolas respeto al artículo 85 RRC.

3º- Ajuste del impacto legal de la decisión extranjera con el orden público internacional español.

4º- Control de competencia de la autoridad registral extranjera.

5º- Control de los derechos de defensa de los implicados en el procedimiento registral llevado a cabo en el Estado de origen”.

En base de dichos criterios, podemos remarcar que de esta manera, se evita un problema esencial: los certificados registrales extranjeros de nacimiento no suelen dar información relativa al contrato de maternidad subrogada implicando que se podría calificar de “certificados inexactos”, mientras que la resolución judicial sí que contiene todos estos datos. En este sentido, la DGRN permitió la inscripción en el Registro Civil de la filiación de hijos nacidos mediante maternidad subrogada cuando los interesados presentaban resolución judicial extranjera después de un procedimiento jurisdiccional voluntario, como fue el caso de los Estados Unidos, y al contrario denegó a solicitudes de casos procedentes de la India en base de certificado registral de nacimiento.

PARTE 2: Régimen jurídico del procedimiento de reconocimiento en España de la filiación derivada de gestación por sustitución

Como hemos visto anteriormente, el contrato de gestación por sustitución es un fenómeno social por el cual “*una mujer, mediante contraprestación o sin ella, se compromete a gestar un bebé para que otra u otras personas puedan ser padres, biológicos o no*”¹⁹. Por tanto, la clave reside en una cuestión decisiva en cuanto a saber, ¿Cómo se puede determinar la relación de filiación? En virtud del orden público español actualmente vigente, el legislador español consideró que lo mejor en el interés del menor sería establecer una filiación biológica. En este sentido, vamos a ver que existen discrepancias en cuanto a los procedimientos de reconocimiento de la resolución judicial extranjera por la cual se establece la filiación de nacidos mediante gestación por sustitución, realizada al extranjero de manera legal.

A- La calificación registral española cuando uno de los progenitores sea de nacionalidad española respecto de la certificación de nacimiento extranjera por procedimiento de exequátor

La Instrucción del 5 de octubre de 2010 introdujo un requisito previo para que se permitiera la inscripción de los menores nacidos mediante gestación por sustitución: se trata de la presentación de una resolución judicial dictada por un órgano jurisdiccional competente. Se tiene que presentar ante el encargado del Registro Civil como previsto en el artículo 88 de la LRC. Se superó lo que disponía la DGRN en su resolución de 2009 en el sentido que la nueva Instrucción

¹⁹ J. VELA SANCHEZ, Antonio, *La gestación por sustitución o maternidad subrogada: el derecho a recurrir a las madres de alquiler: Cuestiones que suscita la Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución*, Diario La Ley, nº 7608, Sección Doctrina, 11 de abril de 2011

tiende a preocuparse por el vínculo existente entre los certificados de nacimiento y la resolución judicial extranjera. Además, exige que sea determinada la filiación de los menores, incluso antes del nacimiento, mientras que la Instrucción de 2009 establecía como base la práctica del asiento correspondiente al nacimiento, además del certificado administrativo expedido por las autoridades administrativas californianas encargadas del Registro Civil en el caso de la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 15 de Valencia, de 15 de septiembre de 2010.

El sistema español para el reconocimiento de sentencias o documentos extranjeros prevé diferentes tipos de reconocimiento según el efecto que se pretende del mismo. Cuando se pretende obtener un efecto probatorio, el reconocimiento de dicha sentencia no es necesario, al contrario de los efectos constitutivos, o de cosa juzgada. En el primero, se trata de crear o destruir la relación de filiación en el ámbito del registro, mientras que para el efecto de cosa juzgada sí que se tiene que solicitar el reconocimiento de la resolución extranjera.

De hecho, se pone de relieve que la Ley de Cooperación Jurídica Internacional en Materia Civil del 31 de Julio de 2015 (en adelante, LCJIMC)²⁰ establece la existencia de dos tipos de procedimiento de reconocimiento a efecto de cosa juzgada.

Por aplicación de los artículos 58 hasta el 61 de la LCJIMC, se establece la posibilidad de ejercer un procedimiento de reconocimiento automático por lo cual la decisión extranjera se presenta a la autoridad ante la que se quiere obtener efectos, pero no el efecto ejecutorio. De hecho, la inscripción al registro de sentencias extranjeras permitiría acudir a la autoridad del registro donde la propia autoridad tiene que verificar si se dan las condiciones para la inscripción de acuerdo con lo establecido en el artículo 59²¹.

²⁰ Referencia de la LCJIMC: BOE-A-2015-8564

²¹ Artículo 59.2 Ley de Cooperación Jurídica Internacional en Material Civil: “Para la inscripción de las resoluciones judiciales extranjeras a que se refiere el apartado anterior, con carácter previo a la calificación del título inscribible, el registrador verificará la regularidad y la autenticidad formal de los documentos presentados y la inexistencia de las causas de denegación de reconocimiento previstas en el capítulo II del presente título, debiendo notificar su decisión, por correo, telegrama o cualquier otro medio técnico que permita dejar constancia de la recepción, de su fecha y del

Al contrario, en el procedimiento de exequáтур reconocido en los artículos 42 y siguientes de la LCJIMC, la previa obtención del exequáтур es esencial para que una sentencia judicial extranjera sea ejecutada en España (artículo 50.1²²). No obstante, la LCJIMC que viene a sustituir la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, tiende a regular de manera más favorable la declaración de ejecutividad, mientras la LEC anteriormente establecía un sistema de condiciones (resolución judicial, auto de exequáтур, de naturaleza constitutiva procesal que atribuía fuerza ejecutiva en España a la resolución judicial extranjera). Esta modificación permite evitar un doble control de las causas de denegación previstas al artículo 46 de la LCJIMC tanto en el reconocimiento como en el exequáтур.

Por tanto, el sistema establecido por la LCJIMC sigue utilizando un filtro doble en cuanto al exequáтур como procedimiento *ad hoc* para obtener una declaración formal de ejecutividad de la sentencia extranjera al contrario del procedimiento automático, pero también el exequáтур permite un control en cuanto a la inexistencia de causas de denegación en la sentencia extranjera. Se ha de poner de relieve que el procedimiento de exequáтур y el proceso de ejecución son distintos, ya que para llevar a cabo el segundo, se necesita de manera previo un auto de exequáтур reconociendo la validez de la resolución extranjera para después integrar el título ejecutivo. El Profesor José Ramón DE VERDA Y BEAMONTE²³, en el caso especial de la maternidad subrogada, está a favor de

contenido de lo comunicado al presentante y a la parte frente a la que se pretende hacer valer la resolución extranjera, en el domicilio que conste en el Registro o en la resolución presentada, quienes en el plazo de veinte días podrán oponerse a tal decisión”.

²² Artículo 50.1 de la LCJIMC: ‘Las resoluciones judiciales extranjeras que tengan fuerza ejecutiva en el Estado de origen serán ejecutables en España una vez se haya obtenido el exequáтур de acuerdo con lo previsto en este título’.

²³ DE VERDA Y BEAMONTE, José Ramón, *Inscripción de hijos nacidos mediante gestación por sustitución (a propósito de la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 15 de Valencia, de 15 de septiembre de 2010*, Diario La Ley, nº 7501, Sección Tribuna, 13417/2010, 3 de noviembre 2010

La Instrucción de la DGRN de 2010 establece que no sería necesario acudir al procedimiento de exequáтур, sino que sería más oportuno de que el encargado del Registro Civil acuda a un mero control incidental. En este sentido, el Pr. DE VERDA Y BEAMONTE declaró que “la solución propuesta por la Instrucción no es correcta, porque, en definitiva, está prestando cobertura administrativa a un “turismo reproductivo”, el cual trata de eludir la aplicación de un precepto legal (artículo 10.1 de la LTRHA)”.

este doble control que implica el procedimiento de reconocimiento por exequatur porque representa en sí misma un medio de evitar el desarrollo del turismo reproductivo dentro del territorio español, por lo menos.

En el caso especial de reconocimiento de la resolución extranjera de filiación que le permitiría tener efectos de cosa juzgada, constitutiva y registral, en la mayoría de los casos de maternidad subrogada, no existen convenios de reconocimiento entre España y el Estado en qué se realizó. De hecho, dicho reconocimiento no estaría permitido. Por tanto, en los convenios bilaterales de exequátrur en qué España firmó, el DIPr autónomo prevé que en principio se necesita seguir y cumplir requisitos para el reconocimiento de resoluciones judiciales y documentos extranjeros que preveía el antiguo artículo 954 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 (en adelante, LEC)²⁴, y previsto ahora por el actual artículo 44 de la LCJIMC²⁵.

De esta forma, se tienen que acumular tres presupuestos previos para entrar en este sistema: que la resolución provenga de una autoridad jurídica extranjera, que dicha resolución sea firme por el país de origen y que la materia entre en el ámbito del derecho privado. Por interpretación del Tribunal Supremo, se destacaron los criterios siguientes:

- El cumplimiento de los criterios formales de la resolución tanto respecto del orden procesal extranjero pero también español, en el ámbito de aplicación previstos por el artículo 54 de la LCJIMC y del artículo 399 de la LEC reformada. En este sentido, están exigidos una serie de

²⁴ Referencia de la LEC : BOE-A-2000-323

²⁵ Artículo 44 LCJIMC: “1. Se reconocerán en España las resoluciones extranjeras que cumplan con los requisitos previstos en las disposiciones de este título.

2. Cuando el reconocimiento de una resolución extranjera se plantea de forma incidental en un procedimiento judicial, el juez que conozca del mismo deberá pronunciarse respecto a dicho reconocimiento en el seno de cada procedimiento judicial según lo dispuesto en las leyes procesales. La eficacia del reconocimiento incidental quedará limitada a lo resuelto en el proceso principal y no impedirá que se solicite el exequátrur de la resolución extranjera.

3. En virtud del reconocimiento la resolución extranjera podrá producir en España los mismos efectos que en el Estado de origen.

4. Si una resolución contiene una medida que es desconocida en el ordenamiento jurídico español, se adaptará a una medida conocida que tenga efectos equivalentes y persiga una finalidad e intereses similares, si bien tal adaptación no tendrá más efectos que los dispuestos en el Derecho del Estado de origen. Cualquiera de las partes podrá impugnar la adaptación de la medida”.

documentos como la traducción con arreglo al artículo 144 de la LEC, que la demanda sea acompañada del original o copia auténtica de la resolución extranjera y los documentos que pueden acreditar de la fuerza ejecutiva y firmeza de la resolución en el país de origen.

- Respecto al artículo 54 de la LCJIMC, se tendrá que acreditar que la resolución extranjera fue dictada en presencia de las partes interesadas. En caso que se dicte en rebeldía, los documentos presentados tendrán que acreditar de la autenticidad de la resolución y de su efecto probatorio, acompañado de “*la entrega o notificación de la cédula de emplazamiento o el documento equivalente*” (artículo 54.4 b) y c) de la LCJIMC).
- La parte que se opone al reconocimiento podría probar que la resolución judicial contradice una resolución ya dictada en el foro o en un procedimiento en trámite lo que implicaría la denegación del exequátor. Como lo subrayó el Tribunal Constitucional²⁶, la prueba presentada como elemento clave del proceso civil internacional tiene que ser practicada a instancia de las partes y excepcionalmente a iniciativa probatoria del órgano jurisdiccional previsto por el artículo 435 de la LEC²⁷, en relación a los artículos 281 y 282 de la LEC. Además, por aplicación del artículo 3 de la LEC, las normas de la prueba serán regidas por la ley del foro, o sea

²⁶ Sentencia del Tribunal Constitucional, número 54/1989, de 23 de febrero de 1989: “Entre las garantías del art. 24 de la CE, sin duda se incluye la de que, las decisiones judiciales que resuelven el fondo del asunto, han de contener los hechos en que se basa la decisión y que esos hechos hayan sido objeto de prueba suficiente”.

²⁷ Artículo 435 de la LEC: “1. Sólo a instancia de parte podrá el tribunal acordar, mediante auto, como diligencias finales, la práctica de actuaciones de prueba, conforme a las siguientes reglas:

1.^a No se practicarán como diligencias finales las pruebas que hubieran podido proponerse en tiempo y forma por las partes, incluidas las que hubieran podido proponerse tras la manifestación del tribunal a que se refiere el apartado 1 del artículo 429.

2.^a Cuando, por causas ajenas a la parte que la hubiese propuesto, no se hubiese practicado alguna de las pruebas admitidas.

3.^a También se admitirán y practicarán las pruebas pertinentes y útiles, que se refieran a hechos nuevos o de nueva noticia, previstos en el artículo 286.

2. Excepcionalmente, el tribunal podrá acordar, de oficio o a instancia de parte, que se practiquen de nuevo pruebas sobre hechos relevantes, oportunamente alegados, si los actos de prueba anteriores no hubieran resultado conducentes a causa de circunstancias ya desaparecidas e independientes de la voluntad y diligencia de las partes, siempre que existan motivos fundados para creer que las nuevas actuaciones permitirán adquirir certeza sobre aquellos hechos.

En este caso, en el auto en que se acuerde la práctica de las diligencias habrán de expresarse detalladamente aquellas circunstancias y motivos”.

de la ley española en caso de oposición al reconocimiento de resolución extranjera en España.

- La resolución extranjera no puede contradecir el orden público español respecto al artículo 46.1 a) de la LCJIMC.
- El Tribunal Supremo establece un último requisito no previsto por la Ley: la autoridad jurídica o tribunal de origen que dictó la resolución en cuestión ha de tener competencia internacional para hacerlo. De esta manera, lo que se pretende es evitar conflictos entre un Tribunal que dictó la resolución mientras existía otro órgano jurisdiccional español con competencia exclusiva o existencia de un foro exorbitante.

De acuerdo con lo previsto por el artículo 83²⁸ del RRC, se tiene que preguntar si se necesita un control de legalidad en un procedimiento previo de exequáтур teniendo en cuenta que dicha sentencia extranjera tiene que tener fuerza en España. En este sentido, el título extranjero, o sea el certificado de nacimiento como prueba de la inscripción del asiento relativo al nacimiento derivado de gestación por sustitución, siempre tiene que ser acompañado de la sentencia que establece la filiación en el Estado de Origen para que el reconocimiento de dicho título sea sujeto a un reconocimiento al nivel de España.

Esta exigencia de resolución judicial en el país en que se realizó la maternidad subrogada tiene una finalidad concreta: el control del cumplimiento de los requisitos exigidos en el marco del contrato de útero de alquiler según la legislación en vigor en el país donde se formalizó permite proteger tanto a los intereses de los menores que de la madre gestante. Además, en cuanto al tema propio del derecho de la contratación, tal mecanismo permitiría asegurarse de la plena capacidad jurídica y de obrar de la mujer gestante, la legalidad de su consentimiento (ni dolo, ni error, ni violencia o lesión). Como lo especifica la DGRN en su Instrucción de 2010 en su apartado 3 d), se tendrá que “*verificar que el consentimiento de esta última (la madre gestante) se ha obtenido de forma libre y voluntaria, sin incurrir en error, dolo o violencia y que tiene capacidad natural*

²⁸ Artículo 83 del Reglamento para la aplicación de la Ley del Registro Civil: “No podrá practicarse inscripción en virtud de sentencia o resolución extranjera que no tenga fuerza en España; si para tenerla requiere exequáтур, deberá ser previamente obtenido [...].”

suficiente”. Además, si nos centramos en los supuestos derivados de LTRHA, se podría requerir por parte de la madre gestante una serie de criterios como tener más de dieciocho años, un buen estado de salud psicofísica y una plena capacidad de obrar. Esta capacidad plena lo establece el artículo 5.6 de la LTRHA²⁹ haciendo que sea un consentimiento libre, consciente, expreso y escrito como lo prevé igualmente el artículo 6.1 de la LTRHA³⁰. Además, como lo precisa Antonio J. VELA SANCHEZ³¹ “*debe tenerse muy en cuenta que la posibilidad de renunciar a la maternidad está ya contemplada en nuestro ordenamiento jurídico, pues conforme al ya mencionado artículo 177.2.2 del Código Civil Español, la madre puede asentir para dar al hijo en adopción, eso sí, este asentimiento «no podrá prestarse hasta que hayan transcurrido treinta días desde el parto»*”. Dichos elementos permiten verificar que no exista simulación en el contrato de gestación subrogada que “encubre” el tráfico de menores y el famoso “turismo reproductivo”³².

²⁹ Artículo 5.6 LTRHA: “Los donantes deberán tener más de 18 años, buen estado de salud psicofísica y plena capacidad de obrar. Su estado psicofísico deberá cumplir las exigencias de un protocolo obligatorio de estudio de los donantes que incluirá sus características fenotípicas y psicológicas, así como las condiciones clínicas y determinaciones analíticas necesarias para demostrar, según el estado de los conocimientos de la ciencia y de la técnica existentes en el momento de su realización, que los donantes no padecen enfermedades genéticas, hereditarias o infecciosas transmisibles a la descendencia. Estas mismas condiciones serán aplicables a las muestras de donantes procedentes de otros países; en este caso, los responsables del centro remisor correspondiente deberán acreditar el cumplimiento de todas aquellas condiciones y pruebas cuya determinación no se pueda practicar en las muestras enviadas a su recepción. En todo caso, los centros autorizados podrán rechazar la donación cuando las condiciones psicofísicas del donante no sean las adecuadas”.

³⁰ Artículo 6.1 LTRHA: “Toda mujer mayor de 18 años y con plena capacidad de obrar podrá ser receptora o usuaria de las técnicas reguladas en esta Ley, siempre que haya prestado su consentimiento escrito a su utilización de manera libre, consciente y expresa. La mujer podrá ser usuaria o receptora de las técnicas reguladas en esta Ley con independencia de su estado civil y orientación sexual”.

³¹ J. VELA SANCHEZ, Antonio, *La gestación por sustitución o maternidad subrogada: el derecho a recurrir a las madres de alquiler: Cuestiones que suscita la Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución*, Diario La Ley, nº 7608, Sección Doctrina, 11 de abril de 2011

³² Esta práctica tiene lugar cuando un individuo o una pareja viaja al extranjero para acceder a las TRA. La expresión “turismo reproductivo” es, en cualquier caso, difícil de armonizar con la idea de “turismo” como viaje de placer, aunque guarda coherencia con la definición cada vez más extendida de turismo como industria, y deviene una manifestación más del fenómeno de la globalización. Guido PENNINGS, «Reproductive tourism as moral pluralism in motion», *Journal of Medical Ethics* 2002, 28: 337-334.

Volviendo al tema del reconocimiento de la resolución que permite determinar la filiación del menor que fue dictada por un órgano jurisdiccional extranjero, la doctrina del Tribunal Supremo es clave en el tema. De acuerdo con esta, estaban de aplicación los antiguos artículos de la LEC de 1881, y ahora de la LCJIMC, que prevé en su artículo 52 que son competentes en materia de solicitudes de exequátur los Juzgados de Primera Instancia. Así como, se impide en esta Instrucción una regla general según la cual: “*Para proceder a la inscripción de nacimiento deberá presentarse ante el Registro Civil Español, la solicitud de la inscripción y el auto judicial que ponga fin al mencionado procedimiento de exequátur*”. Por tanto, en varias ocasiones, el Tribunal Supremo consideró que no era necesario someter la inscripción al requisito del exequátur cuando la resolución judicial proviene de un procedimiento casi idéntico a un procedimiento español de jurisdicción voluntaria³³. Justifica su decisión considerando que sólo basta a efecto de inscripción el reconocimiento incidental de la resolución como requisito previo a esta. En dicho control incidental, la DGRN declara en la Instrucción de 2010 que “*el encargado del Registro Civil controlará incidentalmente, como requisito previo a su inscripción, si tal resolución judicial puede ser reconocida en España*”. Se trataría de constatar una serie de requisitos para que se produzca un reconocimiento automático, en el que constará la competencia de la autoridad judicial o del tribunal del país de origen y demás requisitos procesales, sin que se estudie el fondo del asunto, lo que estudiaremos a continuación.

Sin embargo, es de notar que cuando el encargado del Registro Civil estudia solicitudes de inscripción del nacido en el extranjero mediante maternidad subrogada sin que se presente una resolución determinando a la filiación, reconocible incidentalmente o por exequátur, podrá denegar la inscripción.

Además, en ningún caso se admitirá como título apto para la inscripción de la filiación y del nacimiento del menor, 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.

³³ Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria

En definitiva, tenemos que destacar que no sólo puede ser posible un reconocimiento por exequátur, sino que existe otra posibilidad en cuanto a un reconocimiento a título incidental de la resolución judicial para establecer posteriormente la filiación de los menores nacidos por mecanismo de gestación por sustitución.

B- El reconocimiento a título incidental de la resolución judicial previo a la atribución de filiación derivada de gestación subrogada por procedimiento automático registral

La Instrucción del 5 de octubre de 2010 dictada por la DGRN marcó la jurisprudencia española admitiendo que se podrían inscribir nacidos mediante gestación por sustitución al Registro Civil español cuando tiene como base la existencia de una resolución judicial extranjera en la que se determinó fehacientemente dicha filiación respecto de un progenitor español.

Así como, no se podría admitir un título para la inscripción del nacimiento y filiación del nacido por la mera presentación de una certificación registral extranjera o la simple declaración acompañada de una certificación médica relativa al nacimiento del menor en la que no conste la identidad de la madre gestante.

Dicha Instrucción establece de manera clara este régimen y el ámbito de la atribución de la filiación en cuanto a ciertos criterios que esta acepta de manera bastante amplia. De esta manera, en cuanto a resoluciones adoptadas en procedimientos no análogos a los españoles, lo que puede suponer problemas de interpretación, la Instrucción prevé que se explique el previo procedimiento de exequátur como lo estudiamos anteriormente, y eso cuando no exista convenio internacional disponiendo otra cosa. Por tanto, el propio mecanismo de exequátur excluye un control conflictual, es decir que no existe control de la ley aplicable. Para permitir que se considere esta situación válidamente constituida en un Estado en el cual el contrato de vientre de alquiler es legal, no tiene que ser reconocido

sólo en España, sino en los demás Estados. En la práctica, se tiene que admitir que la resolución extranjera ha cumplido con todas las normas de conflicto que fueron dictadas por los órganos jurisdiccionales competentes, sin que se realice un control de fondo de dicha resolución.

Este rechazo del control conflictual basado en una buena fe entre los órganos jurisdiccionales de los Estados Miembros de la Unión Europea es un fenómeno ya adquirido y admitido por todos. La confianza mutua entre Estados Miembros permitió un reconocimiento mutuo de las resoluciones extranjeras. Sin embargo, este tipo de reconocimiento no podría ser admitido cuando se trata de reconocer una sentencia entre Estados no Miembros de la UE. Como lo veremos a continuación, se trataría en tales supuestos de adoptar las resoluciones dictadas por el Estado de Origen para que sean ejecutadas en España a través de procedimientos análogos a los españoles. En este sentido, no resultaría relevante acudir al procedimiento previo de exequáтур.

Finalmente, el control conflictual no está desarrollado en el Estado de Destino, sino en el propio Estado de Origen. Sin embargo, parece difícil, para no decir imposible, preguntarse sobre la supresión del procedimiento de exequáтур considerando las decisiones de los otros Estados Miembros como decisiones nacionales dentro de un espacio común europeo basado en la existencia de un instrumento jurídico europeo. De hecho, es de notar que en la mayoría de los casos de solicitudes de inscripción al Registro Civil en España de los nacidos mediante gestación por sustitución, no suelen entrar en este procedimiento dos Estados Miembros de la UE, sino España y un Estado no Miembro. Por la mera inexistencia de instrumento jurídico internacional en la materia, se plantea la problemática siguiente: ¿sería más adecuado someter esta materia al reconocimiento mutuo o a un reconocimiento automático?

No parece necesario el previo procedimiento de exequáтур ya que se considera que, por parte de los funcionarios en carga del Registro Civil, cabe su reconocimiento incidental. De hecho, la DGRN en su Instrucción de 2010 no

realiza un control conflictual, sino que declara por aplicación del artículo 83³⁴ del Decreto del 14 de noviembre de 1958, por el que se aprueba el RRC, son inseparables la resolución judicial y la certificación de nacimiento cuando la expedición de esta exige un título que establezca la filiación.

En este sentido, tenemos que hacer hincapié en que el reconocimiento a título incidental supone que el demandante cuestiona la validez y la eficacia de una resolución dictada en otro Estado. Aunque en principio el reconocimiento sería el automático, la parte demandante rechaza el reconocimiento y ejecución de dicha sentencia extranjera por algún motivo que lo impida, que sea por su condición de resolución extranjera, por la concurrencia de esta con el orden público del Derecho internacional privado autónomo, ausencia de un requisito, etc. El Tribunal competente tendrá de hecho la posibilidad de denegar este reconocimiento si lo considera apropiado. Así como, de forma incidental, la decisión de denegación incluye que la resolución extranjera sea rechazada, o por el contrario, le puede otorgar el reconocimiento.

De esta manera, la Instrucción del 5 de Octubre de 2010 estableció una serie de requisitos del control incidental de la resolución judicial extranjera sobre maternidad subrogada, incluyendo así como ciertas obligaciones, límites pero también garantías en el país donde se realizó dicha gestación por sustitución de manera legal según la legislación en vigor en dicho país.

Como dictado por la propia DGRN en su Instrucción, se tienen que cumplir los cinco requisitos siguientes:

- *"Que se hubiesen 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. En especial, deberá verificar que el consentimiento de esta última se ha obtenido de forma libre y voluntaria,*

³⁴ Artículo 83 LRC: “No podrá practicarse inscripción en virtud de sentencia o resolución extranjera que no tenga fuerza en España; si para tenerla requiere exequátur, deberá ser previamente obtenido.

Las sentencias o resoluciones canónicas, para ser inscritas, requieren que su ejecución, en cuanto a efectos civiles, haya sido decretada por el Juez o Tribunal correspondiente”.

sin incurrir en error, dolo o violencia y que tiene capacidad natural suficiente”,

- *“Que el Tribunal de origen hubiera basado su competencia judicial internacional en criterios equivalentes a los contemplados en la legislación española”,*
- *“Que la regularidad y autenticidad formal de la resolución judicial extranjera y de cualesquiera otros documentos que se hubieran presentado”,*
- *“Y 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 esta hubiera transcurrido, sin que quien tenga reconocida facultad de revocación, la hubiera ejercitado”.*

Así pues, se introduce por la vía de esta Instrucción una serie de condiciones que tienen que ser cumplidas y verificadas dentro de la decisión extranjera de inscripción por el encargado del Registro Civil: en estos casos, si se cumplen, sí que se podría ejercer un reconocimiento incidental. Finalmente, se trataba de aplicar los criterios establecidos por la jurisprudencia del Tribunal Supremo en base del antiguo artículo 954 de la LEC de 1881, o sea el actual artículo 44 de la LCJIMC. Es de notar que la DGRN menciona que aunque no está incluida una condición en su Instrucción, sí que puede ser exigida por la mera aplicación del artículo 44 de la LCJIMC, como sería el caso del orden público que estudiaremos posteriormente, a la no vulneración del interés superior del menor y de los derechos de la madre gestante, como el principio de indisponibilidad del cuerpo.

En este sentido, se añadieron otras condiciones casi equivalentes al procedimiento de reconocimiento por exequátur en España de sentencia extranjera. Principalmente, se trataba de incluir elementos relevantes en cuanto al vacío existente sobre cuestiones de filiación:

“1º. En principio, nada impide el reconocimiento en España de una sentencia o resolución extranjera que decida sobre cuestiones relativas a la filiación

mediante la aplicación de una ley distinta a la que, en un mismo supuesto, hubiera aplicado un juez español.

2.º El hecho de que una autoridad extranjera se pronuncie sobre la filiación de un español (el hijo de un español nacido en el extranjero, que lo es en virtud del art. 17 CC), no vulnera ningún foro exclusivo de nuestras normas de competencia judicial internacional autónomas.

3.º Se denegará el reconocimiento de la resolución judicial extranjera si vulnera el orden público internacional español”.³⁵

Por tanto, es de considerar que existe un límite a las situaciones realizadas jurídicamente por autoridades extranjeras cual es el orden público internacional. De hecho, la DGRN en la Instrucción de 2010 ha intentado facilitar el establecimiento de la filiación y la inscripción de los certificados de nacimiento extranjeros y así, asegurar el interés de los menores y de su familia. Aunque se trata de establecer en el caso de la famosa sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Valencia de 15 de septiembre de 2010 una doble filiación paterna (pareja de dos varones), la DGRN tenía como finalidad principal de promover la veracidad y legalidad del proceso de registro civil.

Pues, no se puede olvidar que la clave de dicha Instrucción de 2010 era la de evitar que el menor tenga la calidad de objeto del contrato de útero de alquiler pero igualmente de asegurar a estos menores el reconocimiento de filiación y de identidad propia fuera de las fronteras del Estado en qué se ejerció la maternidad subrogada. La DGRN, de esta manera, formuló como una llamada a una armonización del funcionamiento de los registros civiles tanto al nivel europeo e internacional en virtud de los artículos 7 y 8 del Convenio de Naciones Unidas sobre Derechos del Niño de 1989 que reconoce el derecho fundamental a la identidad de los menores. Por aplicación de estos artículos, se establece una obligación de que el menor tenga una identidad única en el país de nacimiento pero también en el país de residencia. Suponiendo que tal reconocimiento sea

³⁵ MORENO SANCHEZ-MORALEDA, Ana, *Registro de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución y su articulación en el régimen de reconocimiento de resoluciones judiciales en el Derecho Internacional Privado español*, Revista crítica de Derecho Inmobiliario, nº 731

posible, implicaría la competencia del Estado de origen en un papel de establecimiento de la identidad de los menores, permitiendo así como la uniformidad de las soluciones en los Estados requeridos. En este supuesto, no se podría alegar el motivo de vulneración del orden público, ni por fraude de la ley.

El requisito de previa presentación de una resolución judicial extranjera concreta en sí mismo al reconocimiento aplicable. Dicha Instrucción viene a llenar el vacío dejado por la instrucción de la DGRN, del 18 de febrero de 2009, la cual afirmaba inicialmente que “*la certificación registral extranjera constituye una decisión adoptada por las autoridades extranjeras y en cuya virtud se constaba el nacimiento y la filiación del nacido. En consecuencia, y visto que existe una decisión extranjera en forma de certificación registral extranjera, el acceso de la misma al Registro Civil español constituye no una cuestión de “derecho aplicable”, sino una cuestión de “validez extraterritorial de decisiones extranjeras en España” y en este caso, una cuestión de acceso de las certificaciones registrales extranjeras al Registro*”. Al contrario, la Instrucción de 2010 de la DGRN estudia en concreto el mecanismo y el régimen propio del reconocimiento de la resolución judicial extranjera.

En última instancia, es apropiado estudiar si existe o no una incompatibilidad entre las instrucciones de la DGRN y el orden público cuando se trata esencialmente de proteger a los menores, objetivo perseguido por el derecho internacional privado pero también el derecho interno español. De esta manera, se plantea la duda de saber cómo se puede proteger el interés del menor, que está ya incluido en la Constitución Española pero también en múltiples tratados internacionales, frente a la vulneración del orden público causado cuando se realiza contrato de maternidad subrogada al extranjero aprovechando de la posibilidad que ofrece el *forum shopping*³⁶.

³⁶ La expresión de *forum shopping* es un término jurídico del derecho internacional privado, equivalente al foro de conveniencia en castellano, que se puede definir como la posibilidad ofrecida a un demandante varias reglas y competencias internacionales de acogerse al órgano jurisdiccional que pueda emitir la sentencia que le saldría lo más favorable sus intereses propios.

PARTE 3: El orden público como obstáculo al reconocimiento de la filiación derivada de la gestación por sustitución

Desde la entrada en vigor de la discutida LTRHA, la posición del ordenamiento jurídico español es clara ya que se ha establecido en el artículo 10 de dicha ley que cualquier contrato de útero de alquiler será declarado nulo de pleno derecho. Por tanto, surgen problemas como consecuencias de la legalidad de la maternidad subrogada en demás Estados y los ordenamientos jurídicos correspondientes. Con esta legalización al extranjero, se plantea la cuestión de la inscripción del nacimiento de un menor nacido a través de dicho mecanismo como lo hemos estudiado anteriormente. La DGRN resolvió en un sentido el problema al nivel del Derecho internacional privado autónomo, pero queda pendiente el tema de la no vulneración del orden público en varios ámbitos como el interés superior del menor o la protección de la madre gestante. Ahora, tenemos que preguntarnos si la incorporación de unas certificaciones registrales extranjeras al orden jurídico español no podría causar daños a los intereses generales o perjudicar a la organización moral y jurídica general, básica y fundamental de la sociedad española.

A la luz de lo expuesto, a pesar de la nulidad del contrato de gestación establecido por el artículo 10 LTRHA, esta técnica asistida de reproducción es legal en algunos países extranjeros. Nos podemos cuestionar de hecho si el rechazo de reconocer los efectos de la resolución judicial extranjera testificando de la filiación en el país de origen sea la solución al problema. ¿No sería excesivo plantear el artículo 10 LTRHA como una protección del orden público internacional?

A- El interés del hijo nacido protegido al nombre del orden público

Inicialmente, el problema consistía en saber si se podría admitir que una mujer, madre del hijo a quién da a luz, lo puede conceder a un tercero. La cesión

del hijo y la premeditación de este abandono subraya dos cuestiones esenciales en cuanto a la vulneración de los principios de no disponibilidad del cuerpo humano de la madre gestante y esta argumentación puede ser cuestionada: el hijo protegido en nombre del orden público no sería necesariamente abandonado o dejado en cesión. Además, los principios a los cuales se refiere la prohibición establecida por los artículos 10 de las leyes 35/1998 y 14/2006 no sólo tienden a proteger el cuerpo y el estado de las personas, sino también a una cierta concepción de la familia y de la maternidad.

El adagio de “*mater semper certa est*” permite establecer el parto como la única forma de creación de la filiación entre la madre y el nacido. En este sentido, la existencia de casos como puede ser el abandono matiza la regla del “*mater semper certa est*” y nos lleva a preguntarnos si el parto consiste en sí mismo en un medio de creación del vínculo jurídico entre la madre gestante y el nacido. El mero acto de abandono consiste en una violación del interés superior del hijo por no establecer la filiación. En la práctica, se suele recurrir al abandono en el ámbito de estos contratos de “úteros de alquiler” para tener efectos similares a un nacimiento de forma oculta, incluyendo la imposibilidad de establecer la filiación. Hay que poner hincapié que la filiación maternal no sólo es un acto biológico, sino la indicación del nombre y el reconocimiento en el registro civil español como tal: una madre y su nacido. Por tanto, el abandono o el parto secreto pueden revelarse una trampa para que la madre gestante no tenga ningún vínculo jurídico con el menor (que tiene valor de objeto de venta o cesión en el contrato de gestación por sustitución). Finalmente, se trata de un desvió de la institución de adopción. Como lo precisa María del Carmen GETE-ALONSO y CALERA³⁷, “*no podemos reconocer efectos que vulneren los principios fundamentales que en España gobiernan los procedimientos de adopción y que afectan tanto a los adoptados, en cuanto a los derechos y garantías para todos los intervenientes*”.

En esto, la cuestión no trata de saber si el hijo tendrá o no padres, sino lo que implica para los terceros el recurso a esta técnica. Así como, los jueces están de acuerdo y lo condenan porque permitiría la realización de una cesión o venta

³⁷ GETE-ALONSO y CALERA, María del Carmen *Filiación natural y filiación adoptiva: aspectos internacionales*, Tratado de Derecho de la persona física, 2013, p. 452

del hijo. Pero, ¿de qué tipo de cesión hablamos: del hijo o de la filiación? Los jueces hablan de la compra o donación del hijo, pero hay dos problemas: ¿se puede calificar jurídicamente el acto de cesión o venta de un hijo? Varios son los juristas privados que califican el contrato de alquiler de “vientes” como un pacto de contenido inmoral y contrario a las buenas costumbres. Sin embargo, aquí prevalece el propio artículo 1271 del Código Civil Español el cual prevé que “pueden ser objeto de contrato todas las cosas que no están fuera del comercio de los hombres, aun las futuras”, lo que implica necesariamente la nulidad del contrato de “útero” de alquiler. Tampoco se puede hablar de la cesión y venta de la filiación en el sentido de vínculo jurídico existente entre dos personas dónde ya sea por un hecho natural o por un acto jurídico una es descendiente de la otra.

Así pues, a mi parecer, tendría que clasificarse dentro de la categoría del contrato de arrendamiento de servicios previsto al artículo 1544 del Código Civil Español: “En el arrendamiento de obras o servicios, una de las partes se obliga a ejecutar una obra o a prestar a la otra un servicio por precio cierto”. En este sentido, no se trataría de vender o ceder el nacido o el propio derecho de filiación en el ámbito de la maternidad subrogada, sino fundamentar el contrato en el propio alquiler del cuerpo de la madre gestante.

En este sentido, ¿la maternidad subrogada implica necesariamente cesión o venta del hijo? Se distinguen varios casos para responder.

- Cuando ya está establecida la filiación con la madre, calificar el acto de cesión supone que la filiación tiene las características similares al derecho de propiedad. Así pues, para denunciar esta venta, se tiene que establecer antes la propiedad: sin embargo, no hay propietarios ni en el contrato de maternidad subrogada (suponiendo que existe un tal contrato), ni en el derecho de la filiación. Además, el hijo no es un objeto, sino una persona por el simple hecho que ha nacido. Entonces, la cesión o venta es imposible porque no se permite la cesión del hijo, ni del derecho sobre este.
- Cuando la filiación no está establecida, como en un parto secreto, se puede renunciar a reconocer el hijo como suyo. Sólo estaría permitido

que se establezca como madre, es decir reconocer la mera filiación. De hecho, no se podría ceder la filiación ya que sólo existe una posibilidad de ejercerlo.

No obstante, a todo esto, se podría decir que la renuncia en sí misma es el fruto del contrato y que la madre gestante no tiene derecho de vender a su hijo (el contrato teniendo como objeto el propio hijo). La cesión no entra en el ámbito jurídico ya que está prohibida, sino que existe una entrega física del hijo en los hechos.

Sin embargo, hoy en día, los jueces están frente a casos con hijos reales nacidos por maternidad subrogada ejecutadas al extranjero y que necesitan tener padres lo que permite de atenuar los efectos de la prohibición. El interés del menor justificó muchísimas sentencias de adopción: la argumentación se funda esencialmente en el hecho de que el hijo no tiene que sufrir de las decisiones de sus padres. El derecho a tener una familia siempre está pensado como legítimo, y eso que sea en una pareja heterosexual u homosexual. Por tanto, la maternidad subrogada implica actos totalmente diferentes y un poder sobre el cuerpo de un tercero, provocando otro tipo de dificultades. Así como, en ausencia de todo dispositivo penal de sanción, los jueces utilizan el estado civil del hijo, en lugar de condenar penalmente los padres.

Los jueces tienen que tener en cuenta que el interés de estos hijos consiste en tener padres, esto no es negado. Por tanto, puede ser descartado cuando el interés del menor entra en contradicción con otros valores, como el principio de indisponibilidad del cuerpo humano. Muchos autores están en contra de esta posición por el motivo de que las reglas de protección de los cuerpos de las personas tienen que aplicarse de manera transfronteriza.

Por fin, es de notar que en todos los casos, el interés concreto del hijo está descartado ya que admitirlo como principio superior podría ser considerado como “*excluir toda legislación de orden público en derecho de la filiación ya que la llegada del caso del hijo llegaría a descartar todos los efectos de la prohibición, y de la prohibición en sí misma*”³⁸.

³⁸ FABRE-MAGNAN Muriel, *La gestation pour autrui*, p. 67.

La consideración del orden público se enfoca tanto en el propio interés del menor, como sobre los derechos de las mujeres cuando se trata de estudiar los principios de indisponibilidad del cuerpo humano y del estado de las personas.

B- Indisponibilidad del cuerpo humano y estado de las personas: ¿una violación de los derechos de las mujeres?

Hasta ahora, hay que subrayar la existencia de dos grandes principios en los cuales el legislador se apoya para negar la maternidad subrogada, a saber el principio de indisponibilidad del cuerpo humano en cuanto al estado de las personas y en este sentido la garantía de una cierta concepción de la familia.

Desde hace poco, se introdujo el tema no sólo del cuerpo del hijo, sino también de la madre: en nuestro tema, no se trata del cuerpo en su totalidad. Esto se matiza con el hecho que el principio de indisponibilidad aquí sólo se aplica a una parte definida de la madre: su útero. Se puede proclamar este principio en base del ordenamiento establecido por el artículo 10 de la Constitución Española de 1978³⁹ que reivindica un derecho a la dignidad de cada ser humano.

La calidad de ser humano incluye el respeto y protección de la dignidad de cada uno, el Tribunal Constitucional en su sentencia 181/2004 la calificó así como una cualidad implícita a la persona humana y que “*corresponde a todo ser humano con independencia de sus concretas características particulares*”.

Torres Fernández añade a esto que “*el contrato de gestación por sustitución es nulo porque se opone al principio de indisponibilidad del cuerpo humano, ya que recae sobre las facultades reproductivas y de gestación de la madre, haciendo objeto del comercio una función de la mujer, tal elevada, como es la maternidad, la cual no puede ser objeto de tráfico jurídico. Se opone también al principio de indisponibilidad del estado civil, ya que trata de*

³⁹ Artículo 10 Constitución Española 1978: “1. La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social.

2. Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”.

*modificar las normas que determinan la constitución de la relación jurídica paterno-filial y la atribución de la condición jurídica de progenitor e hijo”*⁴⁰.

Además, la práctica de maternidad subrogada se opone también al principio de indisponibilidad del estado civil en el sentido de que se trata de modificar las normas que determinan la realización de una relación legal entre los padres y el hijo y así atribuirles las calidades de progenitor e hijo. Este principio puede ser invocado para defender una cierta forma de la familia pero también de la maternidad. En este caso especial, sí que se podría calificar de contrario al interés superior del menor ya que no se puede definir ni la madre, ni el padre como genitor.

Como estudiaremos a continuación, en casos franceses presentados ante el TEDH los Tribunales Franceses consideraron en virtud del artículo 16 de su Código Civil⁴¹ que los principios de indisponibilidad del cuerpo humano y del estado de las personas estarían vulnerados por el reconocimiento de la gestación por sustitución. La prohibición en sí misma de la realización de contrato de esta naturaleza proviene de los principios éticos y morales que forman el orden público: no se admite que el cuerpo humano tenga como finalidad una transacción comercial en la cual el hijo equivale a ser objeto del contrato.

Que sea un pacto o un contrato con la finalidad de realizar una maternidad subrogada, aunque sea lícita al extranjero, resulta contrario al orden público internacional. Por tanto, el Tribunal Supremo el 6 de febrero de 2014 derogó a la Instrucción de 5 de octubre de 2010 de la Dirección General de los Registros y del Notariado y obligó a que se declare a filiación por el parto en favor de la madre. Por tanto, es importante decir que hoy en día la doctrina y jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos no está en total acuerdo con la decisión del Tribunal Supremo Español. Este último utiliza el orden público, reconocido por la propia CE, para defender la “*férrea defensa de la legalidad española y del*

⁴⁰ TORRES FERNÁNDEZ, M.E., *El tráfico de niños para su adopción ilegal, el delito del artículo 221 del código penal español*”. Ed. Dykinson, S.L., Madrid.2003

⁴¹ Artículo 16 Código Civil Francés: “La loi assure la primauté de la personne, interdit toute atteinte à la dignité de celle-ci et garantit le respect de l'être humain dès le commencement de sa vie”.

*modelo español de filiación considerado en abstracto*⁴². Al contrario, el TEDH no defiende directamente al interés público a través del orden público, sino que se centra en la protección de los derechos individuales: se trata tanto del interés superior del menor, como del derecho a la vida privada y a la identidad personal transfronteriza. Declaró, como lo veremos a continuación, que en los casos en qué se solicite el reconocimiento de las decisiones extranjeras relativas a la filiación de los nacidos mediante maternidad subrogada a efecto registral, se tiene que efectuar una aplicación razonada y proporcionada del orden público.

Sin embargo, sería oportuno que se presentar una posibilidad de reglamentación de la maternidad subrogada en España para el bienestar de estos hijos nacidos mediante gestación por sustitución y que fueran inscritos como cualquier otro hijo en el Registro Civil español. De hecho, podrán desarrollarse los efectos correspondientes como sería el derecho a tener una identidad única. Esta proposición, la comparto con lo que presentó la DGRN. Se podría resumir en tres requisitos:

1. La fecundación de la mujer gestante con la aportación de material genético de, al menos, uno de los padres o madres intervenientes.
2. Que se pruebe que la madre gestante tiene plena capacidad de obrar y que ha dado su consentimiento de manera voluntaria, pero también el consentimiento de las partes intervenientes.
3. Que se fije contractualmente la irrevocabilidad del consentimiento prestado, para ambas partes.

Una legislación de este tipo permitiría que los hijos conocieran su origen biológico, como era la voluntad del legislador cuando se aprobó en septiembre 1999 la obligación para la madre de establecer la filiación (sentencia del Tribunal Supremo), pero también un medio de proteger a la madre gestante.

⁴² CALVO CARAVACA, Alfonso Luis; CARRASCOSA GONZALEZ, Javier, *Gestación por sustitución y Derecho internacional privado. Mas allá del Tribunal Supremo y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Cuaderno de Derecho Transnacional, Octubre 2015, Vol. 7, nº2, pp. 45-113.

Marie-Xavière CATTO⁴³, en su estudio, subraya unos argumentos del movimiento anti maternidad subrogada, los cuales estoy en contra. Básicamente, este movimiento considera que la experiencia íntima de estas madres gestantes las alcanza “*al más profundo de sí mismas*” ya que dicha técnica implicaría una falsificación del consentimiento y las dejaría traumatizadas, alcanzadas “*del síndrome de la bolsa vacía*”⁴⁴. Su argumentación se basa en considerar que las madres gestantes se van amputadas de una parte de su cuerpo. En este sentido, quiero especificar que la elaboración de una reglamentación como lo propone Antonio J. VELA SANCHEZ⁴⁵ permitiría evitar la violación del principio de indisponibilidad del cuerpo ya que el consentimiento de dicha madre gestante sería la clave.

C- La implicación del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en cuanto a las discrepancias entre el tema de la maternidad subrogada y un posible derecho a la procreación

Desde una perspectiva social, sí que son los hijos de estas parejas o madre o padre monoparental, por tanto, en el ámbito jurídico, no están al cuidado de dichas personas. Como declara Santiago ALVAREZ GONZALEZ⁴⁶, “*es una secuencia problemática que tiene a consolidarse al abordar las situaciones privadas internacionales vinculadas a España o a los países de la UE*”.

⁴³ CATTO, Marie-Xavière, *La gestation pour autrui : d'un problème d'ordre public au conflit d'intérêts ?*, Revista de los Derechos Humanos, Centro de Busqueda y de estudios sobre los derechos fundamentales, 2013

⁴⁴ DONTENWILLE, Henri, sentencia de la Corte de « Cassation », civil, del 31 de mayo de 1991

⁴⁵ J. VELA SANCHEZ, Antonio, *La gestación por sustitución o maternidad subrogada: el derecho a recurrir a las madres de alquiler: Cuestiones que suscita la Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución*, Diario La Ley, nº 7608, Sección Doctrina, 11 de abril de 2011
En su artículo, dicho autor propone una modificación legislativa en cuanto a la Ley 14/2006, sobre técnicas de reproducción humana asistida y del propio Código Civil en estos términos:
“sería admisible el convenio de gestación por sustitución en los términos legalmente establecidos.”.

⁴⁶ ALVAREZ GONZALEZ, Santiago, *Reconocimiento de la filiación derivada de gestación por sustitución*, Academia.edu

Como hemos visto antes, la dignidad es un tema clave ya que se encuentra en conflicto con otro derecho individual: el derecho a la procreación que tiene aspectos del derecho a la dignidad en sí mismo y que puede ser atribuido a mujeres como a hombres.

Frente a las discrepancias vinculadas al tema de la gestación por sustitución, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos tuvo que afirmar su doctrina. En varios casos, por aplicación del Convenio Europeo de 1950, reconoció tal derecho y lo aplicó en varias sentencias. En este sentido, el TEDH afirmó en la sentencia del 7 de marzo de 2006 en el caso E. contra el Reino Unido que el derecho a la vida privada incluye “*derecho al respeto a la decisión de tener hijos o de no tenerlos*” y eso incorporando “*aspectos de la identidad física y social del individuo, singularmente el derecho a la autodeterminación, el derecho al desarrollo personal y el derecho a entablar y mantener relaciones con otros seres humanos y con el mundo exterior*”.

La doctrina del TEDH está ya confirmada por dos sentencias claves de 26 de junio de 2014: caso Mennesson contra Francia (nº 65192/11) y Labassee contra Francia (nº 65941/11). En ambos casos, se trató de dos matrimonios de nacionalidad francesa que recurrieron al proceso de maternidad subrogada en California donde era legal por motivo de infertilidad de las esposas de ambas parejas. Los gametos del marido y un ovulo procedente de una donante habían sido introducidas por fecundación in vitro en el útero de otra mujer. Por este medio, nacieron dos hijas gemelas para la pareja Mennesson en 2000 en California y para la pareja Labassee, una hija nacida en 2001 en Minnesota. Pasados los partos en ambos casos, los juzgados de Minnesota y California dictaron sentencias incluyendo el reconocimiento de la relación de parentalidad en los registros civiles correspondientes. Por tanto, volviendo a Francia con las hijas, se han visto rechazados a la inscripción de ésas en el Registro Civil Francés en virtud de los artículos 16.7 y 16.9 del Código Civil Francés por los cuales la procreación por maternidad subrogada es nula y prohibida por ser contraria al orden público.

En principio, el Tribunal de Casación Francés sigue la misma reflexión que los Tribunales Españoles ante los cuales se presentan casos de maternidad

subrogada: rechazan la inscripción de los nacidos a los registros civiles realizados en el extranjero por motivo de hechos efectuados en fraude de ley. En concreto, se vulneran el artículo 8 de la Convención Internacional de Derechos del Niño⁴⁷ y el artículo 8 de la Convención Europea de Derechos Fundamentales⁴⁸ y los principios de interés superior del menor y del respeto de la vida privada y familiar ya que el hecho de comprar a un niño marca de nulidad de orden público el contrato de maternidad subrogada.

Volviendo a nuestros casos, después de haber agotado todas las instancias y recursos internos, los matrimonios presentaron demanda ante el TEDH para obtener que sus hijas fueran inscritas en el Registro Civil Francés como hijas de las parejas. Fundaron su acción en el artículo 8 de la Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos para probar que las autoridades francesas habían cometido una injerencia en el respeto de su vida familiar y privada. Las demandas fueron presentadas ante la misma sección del Tribunal. Ésta dictó sentencias el 26 de Junio de 2014 basándose sobre varios argumentos: se reconoce la vulneración del derecho a la vida familiar, se reconoce que se ha infringido el derecho a la vida privada en sus aspectos de identidad física y aspectos sociales del individuo, por tanto reconoce que en ausencia de consenso entre los Estados Miembros sobre el tema de la gestación por sustitución, los Estados tienen un margen ampliado de apreciación pero siempre teniendo en cuenta el orden público internacional de derecho privado. En España, como en Francia, las disposiciones legales establecen que el contrato de gestación por sustitución será nulo por ser contrario al orden público y tiene como finalidad de disuadir a sus ciudadanos de ejercer esta práctica en el extranjero. Además, es de notar que el Tribunal ejerció

⁴⁷ Artículo 8 Convención sobre los Derechos del Niño: “1. Los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas.

2. Cuando un niño sea privado ilegalmente de algunos de los elementos de su identidad o de todos ellos, los Estados Partes deberán prestar la asistencia y protección apropiadas con miras a restablecer rápidamente su identidad”.

⁴⁸ Artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos: “1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia.

2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o de la protección de los derechos y las libertades de los demás”.

una distinción en cuanto al respeto de la vida privada de los padres y la vida privada de las hijas nacidas en California y Minnesota. Las hijas se encuentran, según el Tribunal, en situación de incertidumbre jurídica ya que la imposibilidad de inscripción en los registros civiles tiene un impacto directo sobre la imposibilidad de afectarles la nacionalidad francesa correspondiente. Igualmente, en casos más recientes como los de Wagner contra Luxemburgo de 28 de junio de 2007 y Negrepontis-Giannis contra Grecia de 3 de mayo de 2011, los Estados fueron condenados por violación del derecho a la no injerencia en la vida personal y familiar como consecuencia de no reconocer la filiación en el país del foro.

Finalmente, el Tribunal admitió que el rechazo de inscripción en el Registro Civil por las autoridades francesas en base de las certificaciones de inscripción ejecutadas en California y Minnesota vulneraba el derecho a la vida privada de las hijas y condenó al Estado Francés a la inscripción de las niñas.

Estos casos marcan la línea jurisprudencial actual del TEDH y tienen una especial importancia ya que sus sentencias se imponen tanto en el Estado Francés y todas sus autoridades, como a los demás miembros del Consejo de Europa que tienen que aplicar y respetar esta línea jurídica, España incluida. Los hijos nacidos por maternidad subrogada tendrán de hecho acceso a su inscripción en el registro civil del Estado de nacionalidad de las personas que piden el reconocimiento de la relación parental, estarán dotados de un acto de nacimiento del Estado correspondiente al registro y la posibilidad de recibir los documentos nacionales de identidad. Es de notar que, en base del derecho a la no discriminación, tales posibilidades estarán ofrecidas a los hijos que provienen de familia heterosexual como homosexual.

También, el Tribunal pone de relieve, en los casos franceses de Mennesson y Labassee, que el rechazo de transcripción de las actas de nacimiento de los hijos estaba injustificado. En estos casos, los hombres que pretendían tener acceso a la relación de parentalidad eran los padres biológicos. Por tanto, es importante subrayar la especialidad del caso de la sentencia del Tribunal Supremo Español en el cual los varones no aportaron sus gametos a la gestación, al contrario de los matrimonios franceses de Mennesson y Labassee.

Volviendo a las inscripciones en el Registro Civil Español, podemos notar que el tema queda pendiente en cuanto a la sentencia del 6 de Febrero de 2014 del Tribunal Supremo que negó la inscripción de hijos gemelos nacidos en California el 24 de octubre de 2008. Sin embargo, gracias al peso de las sentencias estudiadas del TEDH, podemos suponer que la pareja de dos varones padres de los gemelos planteará un recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional o recurrirá en caso de un nuevo rechazo ante el propio TEDH.

Por fin, parece necesario establecer una nueva regulación jurídica que plantearía controles y garantías que parecen indispensables para mantener y proteger la dignidad de las personas, el interés y la protección de los niños que nacerán gracias a estas nuevas técnicas de procreación.

CONCLUSIONES

La situación actual del tema de maternidad subrogada y del reconocimiento de los hijos que derivan de esta técnica se puede resumir en una afirmación de Philippe MALAURIE⁴⁹: “*Plus encore que pour toute autre règle, le droit de la filiation est une technique juridique dépendant d'une idéologie*”.

En España, la única solución para conseguir la eficacia de la gestación por sustitución realizada en el extranjero, es el reconocimiento de una decisión extranjera. Si el padre comitente está soltero podrá seguir viviendo con su hijo, y en cambio, si los padres comitentes son una pareja heterosexual u homosexual casada, el otro consorte podrá elegir la posibilidad de adoptar al bebé (artículo 176.2 del Código Civil Español⁵⁰).

La DGRN admite el reconocimiento de la resolución extranjera que establece la filiación si se aporta una resolución judicial. Por tanto, la vía de exequátor para el reconocimiento en España parece residual frente a la posibilidad de recurrir al reconocimiento incidental. La existencia de dos fases de control de la sentencia extranjera dentro del procedimiento de reconocimiento por exequatur me parece un obstáculo ya que, tal como expuesto, la ejecución de dicha sentencia extranjera depende de un primer control de validez de esta última.

Hay que remarcar la importancia de la presentación de dicha resolución judicial extranjera para llevar a cabo a la inscripción de la filiación en el registro, aunque el TEDH en los casos franceses de *Labassee* y *Menneson* admite la

⁴⁹ MALAURIE, Philippe, *La famille*, Edición Cujas, 6a edición, 1998-1999, nº 450, p. 256

⁵⁰ Artículo 176.2 Código Civil Español: “Para iniciar el expediente de adopción será necesaria la propuesta previa de la Entidad Pública a favor del adoptante o adoptantes que dicha Entidad Pública haya declarado idóneos para el ejercicio de la patria potestad. La declaración de idoneidad deberá ser previa a la propuesta. No obstante, no se requerirá tal propuesta cuando en el adoptando concurra alguna de las circunstancias siguientes:

- 1.^a Ser huérfano y pariente del adoptante en tercer grado por consanguinidad o afinidad.
- 2.^a Ser hijo del cónyuge o de la persona unida al adoptante por análoga relación de afectividad a la conyugal.
- 3.^a Llevar más de un año en guarda con fines de adopción o haber estado bajo tutela del adoptante por el mismo tiempo.
- 4.^a Ser mayor de edad o menor emancipado”.

inscripción de la filiación sobre la base de certificaciones de nacimiento estadounidenses.

Sin embargo, a mi parecer, el hecho de otorgar al Encargado del Registro Civil, para que fueran estos los Encargados de decidir sobre la inscripción, tiene poco sentido desde un punto de vista práctico. Me parece más oportuno crear una comisión o un consejo, dentro de la propia administración del registro civil, fueran los encargados de esto.

La problemática actual depende ahora de la voluntad del legislador de crear otro mecanismo para reconocer cualquier decisión extranjera cuando se cumplen los requisitos previstos por la ley española. Quizás sería oportuno, en 2016, establecer un mecanismo específico de reconocimiento de los acuerdos de maternidad subrogada clasificados como contrato de prestación de servicios y modificar al artículo 10 de la LTRHA que todavía los considera nulo de pleno derecho, en base del orden público español. Como opinión personal, considero que sería la solución más adecuada, para respetar el interés superior del menor, que se determine la filiación y la inscripción en el registro civil, que es la clave de nuestro razonamiento.

Además, aunque los tribunales españoles apoyaron su razonamiento en la vulneración del orden público en el territorio español reconocido por la Constitución Española, quiero subrayar que por aplicación de los artículos 14 y 39 de la CE, está prohibida la discriminación por razón de nacimiento. Dichos artículos prevén una obligación de los poderes públicos a asegurar la protección de los hijos y su igualdad con independencia de su filiación.

BIBLIOGRAFÍA:

Artículos jurídicos en revistas:

- ALVAREZ RODRIGUEZ, A., *Tratamiento legal del contrato de gestación por sustitución en el Derecho internacional privado a la luz de la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014. Dime niño, ¿de quién eres...?*, La Notaria 2/2014, pp. 59-75.
- DE LA IGLESIA MONJE, María Isabel, *Actualidad de la gestación por sustitución en nuestro ordenamiento jurídico, Inscripción de los hijos nacidos en el extranjero mediante dicha técnica*, Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, nº 725, pp. 1611-1797
- DE VERDA Y BEAMONTE, José Ramón, *Inscripción de hijos nacidos mediante gestación por sustitución (a propósito de la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 15 de Valencia, de 15 de septiembre de 2010)*, Diario la Ley, nº 7501, Sección Tribuna, 3 de noviembre de 2010
- GETE ALONSO y CALERA, María del Carmen, *Filiación natural y filiación adoptiva: aspectos internacionales*, Tratado de Derecho de la persona física, 2013, p. 413-468
- HEREDIA CERVANTES, I., *La DGRN ante la gestación por sustitución*, ADC, tomo LXVI, 2013 p. 688-715. *— El Tribunal Supremo y la gestación por sustitución: crónica de un desencuentro*, El Notario del Siglo XXI, nº 54, 9 de abril de 2014.
- *Inscripción de relación de filiación derivada del recurso a gestación por sustitución en el extranjero*, CCJC 96/2004, pp. 177-204
- J. CAMARERO GONZALEZ, Gonzalo, *Nota sobre la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 18 de febrero de 2009, en un caso de gestación por sustitución*, Diario la Ley, nº 7910, Sección Tribuna, Editorial La Ley 7714/2012
- J. VELA SANCHEZ, Antonio, *La gestación por sustitución o maternidad subrogada: el derecho a recurrir a las madres de alquiler*, *Cuestiones que suscita la Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución*, Diario la Ley, nº 7608, Sección Doctrina, 11 de abril de 2011
- LASARTE ALVAREZ, Carlos, *La reproducción asistida y la prohibición legal de maternidad subrogada admitida de hecho por vía reglamentaria*, Diario la Ley, nº 7777, Sección Doctrina, 17 de enero de 2012

- MORENO SANCHEZ-MORALEDA, Ana, *Registro de filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución y su articulación en el régimen de reconocimiento de resoluciones judiciales en el Derecho Internacional Privado Español*, Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, nº 731, 2011
- PARRON CAMBERO, María José, *Vientre de alquiler: mater Semper certa est, pater Semper incertus est*, La Ley nº 8269, 12 de marzo de 2014

Artículos jurídicos en la web:

- ALVAREZ GONZALEZ, Santiago, *Reconocimiento de la filiación derivada de gestación por sustitución*,
http://www.academia.edu/4494552/Reconocimiento_de_la_filiaci%C3%B3n_derivada_de_gestaci%C3%B3n_por_sustituci%C3%B3n
- CATTO, Marie-Xavière, *La gestation pour autrui : d'un problème d'ordre public au conflit d'intérêts ?*, Revista de los Derechos Humanos, 2013,
<https://revdh.revues.org/201>

Manuales:

- GUZMAN ZAPATER, Mónica, *Derecho a la investigación de la paternidad (en el proceso con elemento extranjero)*, S.L. Civitas Ediciones, 1996
- J. GARCIMARTIN ALFEREZ, Francisco, *Derecho internacional privado*, Civitas, 2016

Índice de sentencias y resoluciones analizadas:

- RDGRN de 5 de junio de 2006, La Ley 84038/2006
- RDGRN de 11 de enero de 2007, La Ley 357013/2007
- RDGRN de 18 de febrero de 2009, La Ley 15366/2009
- Instrucción de la DGRN, de 5 de octubre de 2010, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución (BOE de 7 de octubre de 2010)
- Juzgado de Primera Instancia, número 15 de Valencia, sentencia de 15 de septiembre de 2010, proc. 188/2010.
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Caso Mennesson contra Francia, nº 65192/11, 26 de junio de 2014
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Caso Labassee contra Francia, nº 65941/11, 26 de junio de 2014

- Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Caso Wagner contra Luxemburgo, 28 de junio de 2007
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Caso Negrepontis-Giannis contra Grecia, 3 de mayo de 2011

Legislación analizada:

- Real Decreto de 14 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil español.
- Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.
- Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida.
- Ley de 8 de junio de 1957, del Registro Civil (vigente hasta el 30 de junio de 2017).
- Decreto de 14 de noviembre de 1958, por el que se aprueba el Reglamento para la aplicación de la Ley del Registro Civil.
- Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil.
- Código Civil francés, revisado el 16 de marzo de 2016
- Ley francesa número 2004-800, de 6 de agosto de 2004, “Relativa a la bioética”.
- Convención sobre los Derechos del Niño, Asamblea General de Naciones Unidas, 20 de noviembre de 1989.
- Convenio Europeo de Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Roma, 4. XI. 1950