

DENEGACIÓN DE LA INSCRIPCIÓN DE LA FILIACIÓN
DETERMINADA POR LA CELEBRACIÓN DE UN CONTRATO
DE GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN. COMENTARIO A LA STS
835/2013, DE 6 DE FEBRERO DE 2014 (RJ 2014, 736)

REFUSAL OF REGISTRATION OF PARENTAGE DETERMINED
BY THE CONCLUSION OF A SURROGATE MOTHERHOOD
CONTRACT. COMMENT ON STS NO. 835/2013, OF 6 FEBRUARY
2014 (RJ 2014, 736)

Rev. boliv. de derecho n° 18, julio 2014, ISSN: 2070-8157, pp. 400-419



Francisco
Javier
JIMÉNEZ
MUÑOZ

ARTÍCULO RECIBIDO: 15 de marzo de 2014

ARTÍCULO APROBADO: 20 de marzo de 2014

RESUMEN: No es admisible el reconocimiento de decisiones extranjeras sobre la filiación a favor de los padres intencionales, derivada de un contrato de gestación por sustitución, por ir en contra del orden público internacional español. La consideración primordial del interés superior del menor debe apreciarse ponderándolo con los demás bienes jurídicos concurrentes.

PALABRAS CLAVE: maternidad subrogada, inscripción de filiación, reconocimiento de resoluciones extranjeras.

ABSTRACT: It is not acceptable the recognition of foreign decisions on parentage for intentional parents, derived from a surrogacy contract, as it is against the Spanish international public order. The primary consideration of the child's higher interests must be assessed weighting with the other legal interests.

KEY WORDS: Surrogate motherhood, registration of filiation, recognition of foreign judgments.

SUMARIO: I. Consideraciones preliminares. La gestación por sustitución.- II. La posición de la DGRN.- III. El reconocimiento de decisiones extranjeras y el orden público internacional español. Contrariedad a dicho orden público de la maternidad por subrogación.- IV. Inexistencia de discriminación por razón de sexo u orientación sexual en la denegación de la inscripción.- V. El interés superior del menor.

SUPUESTO DE HECHO

El litigio tiene su origen en la solicitud en el Registro Civil consular de Los Ángeles (Estados Unidos), por parte de dos varones casados entre sí, de la inscripción de nacimiento de dos hijos, nacidos en mediante gestación por sustitución, presentando certificados de nacimiento expedidos por la autoridad registral de California. El encargado del Registro Civil consular denegó la inscripción solicitada con base en la prohibición de la gestación por sustitución establecida en el art. 10 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida (LTRHA).

Los interesados interpusieron recurso ante la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el que solicitaron la revocación de la decisión del encargado del Registro Civil consular de Los Ángeles y la inscripción de los menores en el Registro Civil español con la filiación determinada en los asientos registrales californianos. La Dirección General dictó resolución estimando el recurso y ordenando se procediera a la inscripción en el Registro Civil del nacimiento de los menores tal como constaba en las certificaciones registrales extranjeras presentadas, en las que ambos recurrentes figuraban como padres de los nacidos, entendiendo que dicha solución no vulneraba el orden público internacional español, evitaba una discriminación por razón de sexo y protegía el interés superior del menor.

El Ministerio Fiscal presentó demanda en la que impugnaba dicha resolución, por cuanto infringía el art. 10 LTRHA, que establece la nulidad de pleno derecho del contrato de gestación por sustitución y que la filiación de los hijos nacidos por gestación por sustitución será determinada por el parto, siendo así aquella contraria al orden público español y que por tanto no procedía la inscripción de la filiación en ella acordada.

La demanda fue estimada en primera instancia, acordándose dejar sin efecto y cancelar la inscripción de nacimiento acordada en la resolución.

• **Francisco Javier Jiménez Muñoz**

Es Profesor Contratado Doctor de Derecho Civil (Acreditado a Titular) en la Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED), en la que se doctoró con Doctorado Europeo, obteniendo el Premio Extraordinario de Doctorado, y Secretario del Instituto de Desarrollo y Análisis del Derecho de Familia en España (IDADFE). Ha escrito múltiples artículos y monografías, así como ha participado en diversas obras colectivas. Ha centrado sus líneas de investigación en la familia, las obligaciones y el Derecho civil europeo.

Los solicitantes recurrieron en apelación esta sentencia, y la Audiencia Provincial desestimó el recurso.

Contra esa sentencia interpusieron recurso de casación, por infracción del art. 14 CE, por vulneración del principio de igualdad, en relación con el derecho a la identidad única de los menores y al interés superior de los menores, consagrado en la Convención de Derechos del Niño. Sostenían que no permitir la inscripción en el Registro Civil español de la filiación por naturaleza de los sujetos nacidos en California a favor de dos varones resulta discriminatorio; que privar de su filiación a los menores vulnera el interés del menor, pues perjudica su posición jurídica y les deja desprotegidos, y los recurrentes, como personas que han manifestado su consentimiento inicial a ser padres son los mejores padres por naturaleza que los menores pueden tener, frente a la mujer que los dio a luz, que asumió su papel de mera parte en un contrato y se limitó a cumplir con las prestaciones asumidas en el mismo, y que el menor tiene derecho a una identidad única que se debe respetar por encima de fronteras estatales; y que el reconocimiento de la filiación determinada en la certificación registral de California no contradice el orden público internacional español, pues éste impide considerar válido y ejecutar en España un contrato de gestación por sustitución pero no el acceso al Registro Civil español de la filiación resultante de tal contrato, que es una consecuencia última y periférica del contrato.

El TS desestimó el recurso de casación.

DOCTRINA JURISPRUDENCIAL

El TS en Pleno sienta doctrina sobre el tratamiento que debe darse al reconocimiento de decisiones extranjeras sobre la filiación derivada de un contrato de gestación por sustitución a favor de los padres intencionales.

Para el reconocimiento de una decisión extranjera es necesario que no sea contraria al orden público internacional español, entendido como el sistema de derechos y libertades individuales garantizados en la Constitución y en los convenios internacionales de derechos humanos ratificados por España, y los valores y principios que estos encarnan.

Por ello, no es admisible cuando produce la infracción de normas, como la prohibición de los contratos de gestación por sustitución, destinadas a evitar que se vulneren la dignidad de la mujer gestante y del niño, mercantilizando la gestación y la filiación, “cosificando” a la mujer gestante y al niño, permitiendo a determinados intermediarios realizar negocio con ellos, posibilitando la explotación del estado de necesidad en que se encuentran mujeres jóvenes en situación de pobreza y creando una especie de “ciudadanía censitaria” en la que sólo quienes disponen de elevados

recursos económicos pueden establecer relaciones paterno-filiales vedadas a la mayoría de la población.

El interés superior del menor es un concepto jurídico indeterminado que en casos como este tiene la consideración de “concepto esencialmente controvertido” al expresar un criterio normativo sobre el que no existe unanimidad social. En cualquier caso, la aplicación de la cláusula general de la consideración primordial del interés superior del menor no permite al juez alcanzar cualquier resultado: la concreción de dicho interés del menor debe hacerse tomando en consideración los valores asumidos por la sociedad como propios, contenidos tanto en las reglas legales como en los principios que inspiran la legislación nacional y las convenciones internacionales, no los personales puntos de vista del juez; sirve para interpretary aplicar la ley y colmar sus lagunas, pero no para contrariar lo expresamente previsto en la misma. Debe ponderarse con los demás bienes jurídicos concurrentes, como son el respeto a la dignidad e integridad moral de la mujer gestante, evitar la explotación del estado de necesidad en que pueden encontrarse mujeres jóvenes en situación de pobreza, o impedir la mercantilización de la gestación y de la filiación. La protección del interés superior de los menores no puede fundarse en la existencia de un contrato de gestación por sustitución y en la filiación a favor de los padres intencionales, sino que habrá de partir, de ser ciertos, de la ruptura de todo vínculo de los menores con la mujer que les dio a luz, la existencia actual de un núcleo familiar formado por los menores y los recurrentes, y la paternidad biológica de alguno de ellos respecto de tales menores.

Aplicando dichos criterios, en el caso enjuiciado, el TS se inclina por confirmar la denegación del reconocimiento de la resolución extranjera, pronunciándose en los términos que iré exponiendo a lo largo de este comentario.

I. CONSIDERACIONES PRELIMINARES. LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN.

La actual legislación española parte de la gestación por sustitución (el problema de las denominadas “madres de alquiler”) como de un hecho conocido, no entrando a definirlo ni a contemplar sus distintos supuestos, sino que únicamente le niega efectos, siendo así una materia especialmente de tratamiento doctrinal.

Se trataría del supuesto por el que una pareja comitente (también denominados *padres intencionales*), que por cualquier motivo no puede o desea tener un hijo por sí misma, realiza un contrato con una madre sustituta o portadora (o *madre subrogada*), a fin de que, previa inseminación de ésta, dé a luz el niño deseado, entregándose a aquellos y siendo considerado el hijo de tal pareja. Este sencillo esquema general es susceptible de diversas modalidades, que veremos enseguida. Por otra parte, es el medio obligado (por obvias razones biológicas), al margen de la adopción, para que las parejas homosexuales masculinas, como en el caso analizado,

e incluso los hombres solos, puedan ser padres, supuestos en los que obviamente el óvulo provendrá de la propia madre sustituta o de una donante.

En concreto, podemos distinguir como modalidades de gestación por sustitución las siguientes:

a) Aportación por la pareja comitente únicamente del semen del varón, mientras que la mujer sustituta aporta su óvulo y llevará a cabo la gestación, en la denominada *maternidad subrogada tradicional, plena o total*, realizada normalmente a través de inseminación artificial (IA). De este modo, la mujer sustituta será madre biológica del nacido, además de ser quien le dará a luz, y el varón de la pareja comitente su padre biológico.

b) Aportación por la pareja comitente de la totalidad del material genético, de modo que la mujer sustituta únicamente llevará a cabo la gestación. Por tanto, los progenitores biológicos del nacido serán los miembros de la pareja comitente.

c) Aportación por la pareja comitente únicamente de los gametos de uno de ellos (sólo el semen o sólo el óvulo), que se combinarán con los gametos de una cuarta persona, normalmente también interviniente en el acuerdo de maternidad sustituta, el donante de ovocitos o semen respectivamente. Nuevamente, la mujer sustituta únicamente llevará a cabo la gestación, sin aportar material genético alguno, siendo padres biológicos el miembro de la pareja comitente que aportó sus gametos y el donante.

d) La pareja comitente no aporta gametos, obteniéndolos de donantes de semen y ovocitos, normalmente intervinientes en el acuerdo de maternidad sustituta. Al igual que en la situación anterior, la mujer sustituta únicamente llevará a cabo la gestación, sin aportar material genético alguno, pero ahora serán padres biológicos del nacido los correspondientes donantes.

Estos tres últimos supuestos serían variantes de la denominada *maternidad subrogada gestacional o parcial*, caracterizada como hemos visto por el hecho de que la gestante no aporta material genético propio, disociándose la maternidad genética y la gestación. Se realiza normalmente a través de fecundación in vitro con transferencia de embriones (FIVTE). Aunque es un procedimiento más complicado y de mayores costes psicofísicos y económicos que el de maternidad subrogada tradicional, actualmente es el de mayor relevancia práctica, porque —salvo en el supuesto que hemos visto como d)— se produce una mayor intervención genética por parte de los comitentes —en especial, cuando el óvulo proviene de la propia mujer comitente en parejas heterosexuales—, lo que hace que tiendan más a una variante que aporta mayor proximidad genética con ellos y, a la inversa, la falta

de vínculos genéticos con la gestante hace que en ocasiones tienda a verse más favorablemente.

En la LTRHA de 2006 se prohíbe de modo expreso en su art. 10 —idéntico al correlativo de la anterior de 1988— la gestación por sustitución, estableciéndose la nulidad de pleno derecho de los contratos por los que se convenga la gestación, con o sin precio (precisión relevante para evitar posibles dudas en cuanto al ámbito de prohibición, pues existen legislaciones que, aunque prohíben la gestación por sustitución retribuida, admiten la gratuita o *altruista*), a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero. Dicha renuncia habrá de ser previa a la gestación, dado que la Ley se refiere a un “*contrato en el que se convenga la gestación, ... [con] renuncia a la filiación materna*”, por lo que si el acuerdo para la entrega del niño al contratante o a un tercero y la “cesión” de la filiación materna se produjera tras el embarazo de la gestante, no se trataría de un supuesto de gestación por sustitución sino de adopción irregular, en fraude de ley a los requisitos que rigen la misma [así, STS Sala 2ª 24 junio 1992 (R) 1992, 587)], siendo aquí ya irrelevante la concurrencia de onerosidad en el contrato.

La nulidad de pleno derecho del contrato implicará su impugnabilidad en todo momento, en la medida en que la acción de nulidad es imprescriptible, así como la inexigibilidad de lo pactado y la irrepetibilidad de lo ya entregado, conforme a los arts. 1305 y 1306.1ª CC (según que la actuación sea delictiva, por haberse consumado o intentado la entrega por precio del nacido o haberse supuesto el parto, o se trate simplemente de un contrato con causa torpe pero impune penalmente). De este modo, la madre gestante que se arrepienta de lo acordado no deberá entregar al nacido ni tolerar la constitución de la filiación a nombre de la comitente, ni tampoco devolver las cantidades que hubiera podido percibir; ni, en el caso inverso, podrá imponer la recepción del niño o la constitución de la referida filiación, ni exigir la entrega de las cantidades acordadas pendientes de pago, no debiéndose tampoco indemnización alguna ni en un caso ni en el otro.

En tales casos, si pese a la prohibición llegaran a emplearse las técnicas de reproducción asistida de este modo, la filiación materna será la determinada por el parto, solución que el art. 10.2 LTRHA comparte con el art. 235-3 del Libro Segundo del CC de Cataluña (“*La filiación por naturaleza, con relación a la madre, resulta del nacimiento ...*”).

Por ello, si de modo fraudulento se consiguiera la inscripción de la maternidad a favor de la comitente, tal inscripción daría publicidad de un hecho falso. Por tanto, al margen de las posibles responsabilidades penales, se podrá impugnar la filiación materna inscrita indebidamente, bien por la mujer gestante que pudiera haberse arrepentido de la entrega del hijo, reclamando al mismo tiempo su propia maternidad, en base al art. 134 (si la impugnada es matrimonial —supuesto no contemplado

específicamente—) o 140 (si no lo es) CC; bien por los comitentes (lo que parece poco probable, dado que es lo que deseaban, además de por las implicaciones penales que supondría para ellos), bien por los herederos forzosos que pudieran resultar afectados por la filiación impugnada de existir posesión de estado (que será lo que generalmente suceda) o, finalmente por el Ministerio Fiscal. Asimismo, también podría impugnar esa filiación materna y reclamar la filiación no matrimonial de la gestante el propio hijo, en virtud de los arts. 134 o 140 (nuevamente, según que su filiación materna fuera matrimonial o no) y 133 CC.

En cuanto al padre, se determinará conforme a las reglas generales sobre la filiación que establece la LTRHA. Ello determina que, si la mujer gestante es casada, su marido (o incluso sus herederos) podrá, en base al art. 136 CC, impugnar la paternidad que se le atribuya conforme a la presunción legal del art. 116 de dicho Código (impugnación que también podrán realizar la gestante *en interés del hijo*, como “madre que ostente la patria potestad”, en virtud del art. 137, y el padre biológico conjuntamente con la acción de reclamación de su paternidad, en base al art. 134 en relación con el 133) y el padre biológico posteriormente reclamarla en base al art. 133 del mismo Código (y para ello podrá contar a su favor con las correspondientes pruebas biológicas de que así es).

El que la maternidad se atribuya a la gestante, y sólo la paternidad sea la que sea atribuible a los comitentes (en concreto, al varón), determina que si éste fuera casado o en pareja de hecho, el papel en este punto de su cónyuge o compañero sea irrelevante: no se determina la filiación en su favor; aunque luego podría acudir a la adopción. Por ello, el que consienta o participe en el recurso a la gestación por sustitución o aun se haya realizado sin su consentimiento no afectará en absoluto a la inexistencia de vínculo filiativo suyo con el nacido.

Si la mujer gestante no fuera casada, no habrá paternidad determinada legalmente mientras que no se proceda por alguna de las vías del art. 120 CC, pudiendo por tanto efectuar el varón comitente un reconocimiento expreso, que le atribuiría la paternidad en tanto no se impugnara, o iniciar un expediente registral en tal sentido.

Por último, la Ley señala que quedará, no obstante la regla de atribución de la maternidad a la gestante, la posibilidad de reclamación de la paternidad frente al padre biológico, conforme a las reglas generales. El inciso final del art. 10.3 de la Ley de 2006 (y ya antes el mismo precepto de la de 1988), al establecer esa posibilidad de reclamación de la paternidad frente al padre biológico, parece estar pensando únicamente en los supuestos en que aquél sea el hombre comitente, pues si fuera un donante esa posibilidad chocaría con el anonimato del mismo y la falta de vínculo de parentesco entre éste y el hijo nacido, establecidos en la propia norma.

Un supuesto de aplicación de este inciso podría darse cuando la madre gestante estuviera casada y se atribuyera la paternidad del nacido a su marido como consecuencia de la presunción legal: éste podría impugnar su paternidad, y asimismo el comitente-padre biológico podría reclamarla; si aquella no estuviera casada pero tuviera compañero sentimental, para atribuirle la paternidad a éste se requeriría una declaración de voluntad por su parte que probablemente no se producirá, pero si se diera, ese reconocimiento podría impugnarse conforme a las reglas generales.

En cualquier caso, y reconociendo que es ésta una cuestión especialmente polémica en la doctrina, lo que a nuestro entender no cabe es que en los casos de gestación por sustitución la madre gestante renunciara a su maternidad y se produjera una adopción por parte de los comitentes, pues con carácter general en todos los supuestos vendría a suponer un fraude de ley [en el mismo sentido, entre otros, De Verda y Beamonte, J. R. “Inscripción de hijos nacidos mediante gestación por sustitución (a propósito de la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 15 de Valencia, de 15 de septiembre de 2010)”. *Diario La Ley* (2010), 7.501, versión electrónica, 5]. Ello aún se complicaría en los casos en que la fecundación se produjera con semen de un donante, si tenemos en cuenta que entonces —al no haberse producido un vínculo filiativo ni siquiera con el hombre comitente— para la adopción “es 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”, según el art. 176.2 CC, y que conforme al art. 1.830. III LEC-1881 “en las adopciones que exijan propuesta previa, en ningún momento se admitirá que el asentimiento de los padres se refiera a adoptantes determinados”. Y la cuestión puede complicarse todavía más si la gestante estuviera casada, pues debería además refutarse la presunción de paternidad matrimonial de su esposo (en caso contrario, debería éste también consentir a la adopción y volvería a requerirse en cualquier caso —ya que, nuevamente, no habría vínculo filiativo con el hombre comitente— propuesta de la entidad pública correspondiente).

No obstante, en el supuesto de que la paternidad se atribuyera *ab initio* al hombre comitente, el único obstáculo que se presentaría a esa adopción (ante la innecesariedad en este caso de propuesta previa de la entidad pública, conforme al art. 176.2.II.2.ªCC) sería el control judicial en la adopción, para evitar la efectividad del fraude de ley antes apuntado. Sin embargo, sí es cierto que en la práctica probablemente será muy difícil que esa evitación llegue a conseguirse, puesto que el juez que conozca de un procedimiento de adopción —dada la dificultad de probar la existencia de un contrato de “alquiler de útero”, y ya que obviamente no entrará en las intimidades sentimentales de los implicados— con toda probabilidad no indagará sobre cuál es el origen —a través de estas técnicas— de ese hijo y la posibilidad de que tal contrato existiera.

El hecho de que haya legislaciones que admiten la posibilidad de acudir a una gestación por sustitución (ya sea con carácter general, ya sólo a título gratuito), plantea el problema de cómo resolver las situaciones en que por parte de parejas (o personas solas) españolas se haya recurrido a esta actuación en uno de esos países, y la posibilidad de que la nulidad del contrato pueda considerarse una cuestión de orden público del Derecho español que excluiría tal legislación en caso de ser contraria a la misma. Es a esta cuestión a la que se enfrentan las diversas instancias que resolvieron el caso en estudio.

II. LA POSICIÓN DE LA DGRN.

En el presente caso, instada la inscripción del nacimiento de sus hijos por un matrimonio de dos varones en San Diego mediante gestación por sustitución, la misma fue denegada por el encargado del Registro Civil Consular en base a la prohibición de la gestación por sustitución en el art. 10.1 LTRHA, que dispone: "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".

La DGRN, en su Resolución de 18 de febrero de 2009, estimó el recurso contra esa denegación y ordenó la inscripción de los nacidos como hijos del matrimonio, en base al art. 81 RRC y al sistema de reconocimiento de los documentos públicos extranjeros del art. 323 LEC, entendiendo que la cuestión de fondo que se ventila no se trataría de un problema de determinación de la filiación de los nacidos sino de la práctica de una inscripción del nacimiento mediante presentación de certificación registral extranjera de nacimiento, de si una filiación ya determinada en virtud de certificación registral extranjera puede acceder al Registro Civil español, no planteándose por tanto una cuestión de Derecho aplicable ni de fondo (la inscripción podría impugnarse ante los tribunales españoles por la vía civil ordinaria, y se establecería entonces la filiación de modo definitivo) sino sólo de reconocimiento en España de una certificación registral extranjera, que no produce efectos de cosa juzgada.

Por ello, se aplicaría dicho art. 81 (de modo que las certificaciones registrales extranjeras deben superar un control de legalidad, pero ello no implica que la autoridad registral extranjera haya debido resolver el caso igual que lo habría hecho la española), mientras que quedarían excluidas las normas españolas de conflicto (en concreto, el art. 9.4 CC) y consecuentemente la ley sustantiva a las que dichas normas de conflicto condujeran, y en especial en este caso la prohibición del art. 10 LTRHA. El control de legalidad se limita a la eficacia probatoria de los certificados de nacimiento, atendiendo en especial al interés superior de los menores como límite del "orden público internacional", recogido en el art. 3.1 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño.

No obstante, cabe objetar que realmente aquí lo determinante no es la certificación registral en sí, sino la decisión judicial que ordena su expedición y determina la filiación de los menores, de la que aquélla trae causa y de la que es inseparable, por lo que realmente el control de legalidad habría de estar sujeto a un previo exequátur conforme al art. 83 RRC, y no —como hace la DGRN— un reconocimiento sobre la base del art. 81 RRC, sin control conflictual ni exigencia previa del exequátur de la sentencia californiana [Quiñones Escámez, A. “Doble filiación paterna de gemelos nacidos en el extranjero mediante maternidad subrogada”. *InDret* (2009). 3/2009, 13-15 y 25-29, y Pérez Monge, M. “Cuestiones actuales de la maternidad subrogada en España: regulación versus realidad”. *Revista de Derecho Privado* (2010), 58], y en cualquier caso, lo que no cabe es hacer un procedimiento de exequátur incidental alternativo, al margen del exigido en los arts. 955 ss. LEC. Ello es aún más claro con la nueva LRC-2011, pues su art. 98.2 establece expresamente que “en el caso de que la certificación constituya mero reflejo registral de una resolución judicial previa, será ésta el título que tenga acceso al Registro. Con tal fin, deberá reconocerse la resolución judicial de acuerdo a alguno de los procedimientos contemplados en el artículo 96 de la presente Ley”, si bien ha de tenerse en cuenta que el art. 96.2 de la nueva Ley no recoge ya como procedimiento exclusivo de reconocimiento de las resoluciones judiciales extranjeras el exequátur, sino que se establece también la posibilidad de instar dicho reconocimiento directamente ante el Encargado del Registro Civil.

Además, para la DGRN la certificación del Registro californiano no sería contraria al orden público internacional, los principios básicos del Derecho español ni los intereses generales y la estructura jurídica básica de nuestro Derecho, sobre la base de cinco argumentos: nuestro Derecho admite la determinación de la filiación en favor de dos varones en los casos de adopción, y la no discriminación entre hijos naturales y adoptados ha de llevar a idéntica solución en el caso de los naturales; también admite en la LTRHA que la filiación conste registralmente en favor de dos mujeres, por lo que no admitir lo mismo respecto de dos varones supondría una inconstitucional discriminación por razón de sexo; el interés superior del menor impondría la inscripción en el Registro Civil español de la misma filiación que figura en el Registro extranjero y la certificación registral, pues en caso contrario los hijos, de nacionalidad española, quedarían privados de una filiación inscrita en el Registro Civil, en contra de la Convención sobre los derechos del niño, y dicho interés superior del menor exigiría también el derecho del mismo a una identidad única por encima de las fronteras estatales (de modo que no podría ser distinta en el país de nacimiento y en el que viven), que se respetaría a través del reconocimiento de la creada en California al amparo de su ordenamiento y la inscripción de la certificación registral californiana en el Registro español; y finalmente en nuestro Derecho la filiación natural puede constar registralmente a favor de dos mujeres, en virtud de la LTRHA, lo que pone de manifiesto la existencia de obstáculos jurídicos

a la inscripción en el Registro Civil de una certificación registral extranjera que haga lo propio en favor de dos varones.

Finalmente, se entiende en la Resolución que los cónyuges no han realizado una actuación en fraude de ley por pretender la inscripción en el Registro de los menores, pues no han recurrido a ninguna norma con el fin de eludir una ley imperativa española. No se ha alterado el punto de conexión de la norma de conflicto española para provocar la aplicación de la ley californiana mediante la creación de una conexión ficticia con California, ni que hubieran situado la determinación de la filiación en manos de las autoridades californianas para eludir una norma imperativa española. La certificación registral californiana no es una sentencia judicial, con efecto de cosa juzgada, que se intente introducir en España para provocar un estado inalterable de filiación oponible *erga omnes*.

Paralelamente a este caso concreto, aunque indudablemente motivado por él, la Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010, sobre el régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución, de un modo muy criticable y aun incompatible con la legislación vigente [como destaca entre otros Vela Sánchez, A. J. "La gestación por sustitución o maternidad subrogada: el derecho a recurrir a las madres de alquiler". Diario *La Ley* (2011), 7.608, versión electrónica,7], trata de fijar los criterios que determinen las condiciones de acceso al Registro Civil español de los nacidos mediante el recurso a estas técnicas en el extranjero , y partiendo nuevamente de la idea del interés superior del niño establece la necesidad para dicho acceso al Registro Civil de una previa resolución judicial, dictada por tribunal competente, en la que se determine la filiación del nacido; resolución que deberá ser firme y los consentimientos prestados irrevocables, y dicha resolución judicial, salvo que resulte aplicable un convenio internacional que establezca otra cosa, deberá ser objeto del procedimiento de exequátur contemplado en la LEC de 1881 (o el procedimiento alternativo incluido por el art. 96.2.2º LRC-2011), de modo que la inscripción del nacimiento en el Registro Civil requerirá la presentación del auto judicial que ponga fin a tal procedimiento, junto a la solicitud de inscripción. No obstante, si la resolución judicial extranjera se hubiera dictado en un procedimiento judicial equiparable al español de jurisdicción voluntaria, el encargado del Registro Civil deberá controlar incidentalmente, antes de su inscripción, si puede ser reconocida en España. En cualquier caso, lo que no se considerará como título apto para la inscripción es una certificación registral extranjera, o una simple declaración acompañada de certificación médica sobre el nacimiento del menor, en la que no conste la identidad de la madre gestante.

Asimismo, sorprendentemente, la Instrucción procede a establecer los requisitos que habrán de concurrir en un contrato nulo, como es el de gestación por sustitución, para poder proceder a reconocer sus efectos en la filiación del nacido

(¿puede hablarse entonces de contratos de maternidad subrogada nulos y “menos nulos?”): deberá constatarse la plena capacidad jurídica y de obrar de la gestante, a la que se aplican analógicamente los requisitos de la LTRHA (con lo que se aplican los requisitos de la Ley a un supuesto prohibido por la propia Ley), debiendo así tener más de 18 años, buen estado de salud psicofísica (cumpliendo a tal efecto las exigencias del protocolo obligatorio de estudio a que se refiere el art. 5.6 LTRHA) y plena capacidad de obrar y siendo su consentimiento libre, consciente, expreso y por escrito. Además, el cumplimiento de estos requisitos deberá certificarse por dos especialistas independientes, aportándose dicha certificación a la persona autorizante del convenio. Si en general el establecimiento de requisitos sanadores de un contrato declarado legalmente nulo por parte de una mera Instrucción puede ser muy criticable, resulta ya totalmente inadmisibles el que además la autoridad administrativa se arrogue el papel de legislador; introduciendo *motu proprio* requisitos, como el del certificado de los dos especialistas, que la legislación aplicable (que, repetimos, considera nulo este contrato) en absoluto contempla ni siquiera para las técnicas autorizadas —el mencionado precepto sólo llega a decir que en el caso de muestras de donantes de otros países los responsables del centro remitido deberán acreditar el cumplimiento de los requisitos—, y no sólo respecto de los intervinientes, sino imponiéndoselos a la persona o entidad extranjera autorizante del convenio (frecuentemente un tribunal o registro civil) en el sentido de que para admitir su homologación del convenio dicha certificación habrá de serle aportada. Si ya la falta de rango normativo de la Instrucción para contradecir la nulidad establecida por la Ley es patente, el que se impongan requisitos procedimentales a autoridades extranjeras, obviamente no dependientes de la Dirección General autora de aquella, es totalmente insostenible.

Observamos así que, además de su insostenibilidad formal, en la práctica, la Instrucción viene a respaldar el fraude de ley derivado del “turismo reproductivo”: bastaría con obtener una resolución judicial extranjera determinando la filiación a favor de un español para que, en base al interés superior del menor, se inscribiera automáticamente dicha filiación, pese a la prohibición de la gestación por sustitución por la LTRHA.

III. EL RECONOCIMIENTO DE DECISIONES EXTRANJERAS Y EL ORDEN PÚBLICO INTERNACIONAL ESPAÑOL. CONTRARIEDAD A DICHO ORDEN PÚBLICO DE LA MATERNIDAD POR SUBROGACIÓN.

La pluralidad de ordenamientos jurídicos en los diversos estados y la libre circulación de las personas hacen que cada vez sean más frecuentes las relaciones jurídicas personales y económicas que se proyectan sobre diversos ordenamientos, pudiendo los ciudadanos y empresas elegir entre respuestas jurídicas diferentes cuando en una relación jurídica existen contactos con diversos ordenamientos,

elección que sin embargo tiene como límites el respeto al orden público entendido básicamente como el sistema de derechos y libertades individuales garantizados en la Constitución y en los convenios internacionales de derechos humanos ratificados por España, de modo que la "legalidad conforme a la Ley española" de los asientos extendidos en Registros extranjeros que exige el art. 23 LRC deba entenderse como respeto a las normas, principios y valores que encarnan el orden público internacional español, y a este aspecto ha de extenderse el control en que consiste el reconocimiento de la certificación registral extranjera. Que dicha certificación registral extranjera no produzca efectos de cosa juzgada y cualquier parte legitimada pueda impugnar ante los tribunales españoles la inscripción en el Registro Civil español de la misma, no elimina la realización por el encargado del Registro Civil español del control de contenido del asiento objeto de dicha certificación, de modo que deniegue su acceso al Registro Civil español cuando sea contrario al orden público internacional español.

Las modernas regulaciones de las relaciones familiares no establecen como fuente exclusiva de la filiación el hecho biológico, de modo que la determinación de una filiación por criterios distintos a los puramente biológicos no constituye en sí una contravención del orden público internacional español, y de estos otros posibles vínculos determinantes de la filiación resulta también que la filiación puede quedar legalmente determinada respecto de dos personas del mismo sexo. Sin embargo, en nuestro ordenamiento jurídico y en el de la mayoría de los países con ordenamientos basados en similares principios y valores, destaca la sentencia que es aceptable que la generalización de la adopción y los avances en las técnicas de reproducción humana asistida vulneren la dignidad de la mujer gestante y del niño, mercantilizando la gestación y la filiación, "cosificando" a la mujer gestante y al niño, permitiendo a determinados intermediarios realizar negocio con ellos, posibilitando la explotación del estado de necesidad en que se encuentran mujeres jóvenes en situación de pobreza y creando una especie de "ciudadanía censitaria" en la que sólo quienes disponen de elevados recursos económicos pueden establecer relaciones paternofiliales vedadas a la mayoría de la población, y así se han elaborado instrumentos legales internacionales que regulan la adopción internacional que establecen que el consentimiento de la madre haya sido prestado libremente, después del nacimiento del niño y no obtenido mediante pago o compensación de clase alguna, y las leyes que en los diversos países regulan las técnicas de reproducción humana asistida, y en concreto la gestación por sustitución.

Por tanto, las normas aplicables a la gestación por sustitución o maternidad subrogada, en concreto el art. 10 LTRHA, integran el orden público internacional español. Es cierto que el orden público internacional español se caracteriza por ser un orden público "atenuado", pero la intensidad de tal atenuación es menor cuanto mayores son los vínculos sustanciales de la situación jurídica con España, y en este

caso —señala la sentencia— los vínculos eran intensos puesto que los recurrentes, nacionales y residentes en España, se desplazaron a California únicamente para concertar el contrato de gestación por sustitución y la consiguiente gestación, parto y entrega de los niños, porque tal actuación estaba prohibida en España, siendo la vinculación de la situación jurídica debatida con el estado extranjero cuya decisión se solicita sea reconocida completamente artificial, fruto de la “huida” de los solicitantes del ordenamiento español que declara radicalmente nulo el contrato de gestación por sustitución, no reconoce la filiación de los padres intencionales o comitentes respecto del niño que nazca como consecuencia de dicha gestación por sustitución (sin perjuicio de la reclamación de paternidad que pueda efectuar el padre biológico), e incluso tipifica ciertos supuestos como delito. La regulación que se contiene en la ley española no es excepcional en los países de la Unión Europea, sino que en un número considerable de ellos la gestación por sustitución no está permitida, siendo prácticamente unánime su prohibición cuando tiene carácter oneroso.

La decisión de la autoridad registral de California al atribuir la condición de padres al matrimonio que contrató la gestación por sustitución con una mujer que dio a luz en dicho estado resultaría así contraria al orden público internacional español por incompatible con normas que regulan aspectos esenciales de las relaciones familiares, en concreto de la filiación, inspiradas en los valores constitucionales de dignidad de la persona, respeto a su integridad moral y protección de la infancia, y la inscripción de la filiación que se pretende no es solamente una consecuencia “periférica” de dicho contrato, puesto que la filiación cuyo acceso al Registro Civil se pretende es justamente la consecuencia directa y principal del contrato de gestación por sustitución, y no puede admitirse esa disociación entre el contrato y la filiación.

De este modo, esa filiación es frontalmente contraria a la prevista en el art.10 LTRHA y, como tal, incompatible con el orden público, lo que impide el reconocimiento de la decisión registral extranjera en lo que respecta a la filiación que en ella se determina.

El voto particular, suscrito por cuatro magistrados, entiende sin embargo que conforme al art. 81 RRC el documento presentado era de los que permiten la inscripción en el Registro Civil sin necesidad de controlar su legalidad conforme a la ley española, al haberse producido conforme a la ley californiana, no resultando aplicable el art. 10 LTRHA al haber sido ya determinada la filiación por una autoridad, con lo que el problema se trasladaría a resolver si esta decisión contraría o no el orden público internacional, y en ese punto, si bien el legislador español considera nulo el contrato de gestación por sustitución, ha de diferenciarse la admisión de estas prácticas en España, que en el momento actual son ilegales, de sus efectos cuando provienen de un Estado en el que se admiten, porque lo que se somete a la autoridad española no es la legalidad del contrato, sino el reconocimiento de una

decisión extranjera válida y legal conforme a su normativa, y el orden público en esta materia no debe valorarse desde la perspectiva de la contrariedad con la normativa interna, sino desde la consideración que merezca la tutela del interés del menor:

Por otra parte, sigue el voto particular; la tendencia en el derecho comparado camina hacia la regularización y la flexibilización de estos supuestos, y así en España la Instrucción de la DGRN sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución, de 5 de octubre de 2010, mencionada anteriormente, con la que se permite la inscripción en el Registro Civil de los hijos nacidos a través de gestación por sustitución en los países cuya normativa lo permita siempre que alguno de los progenitores sea español. Este orden público atenuado, o inexistente en la práctica, es lo que ha permitido reconocer ciertos efectos en nuestro ordenamiento a esta suerte de contratos referidos prestaciones de paternidad o maternidad por parte de los comitentes, e igualmente en el informe preliminar a la Conferencia de Derecho Internacional Privado de la Haya de 10 de marzo de 2012, sobre los problemas derivados de la gestación por sustitución, lejos de rechazarlo trata de uniformar los acuerdos internacionales y de procurar una regulación internacional que dé respuesta a una realidad social evidente.

A esto cabría objetar que, como indica la propia sentencia, el interés del menor no es un valor absoluto que deba preponderar en todo caso y sobre todo bien jurídico, aun en contra de las normas imperativas, y que por otra parte no tiene mucho sentido tomar como argumento a favor de la resolución recurrida una norma, como es la Instrucción indicada, del propio Centro Directivo autor de dicha resolución.

IV. INEXISTENCIA DE DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE SEXO U ORIENTACIÓN SEXUAL EN LA DENEGACIÓN DE LA INSCRIPCIÓN.

La alegación de los solicitantes de que no permitir la inscripción en el Registro Civil español de la filiación por naturaleza de los sujetos nacidos en California a favor de dos varones resulta discriminatorio, porque sí es posible inscribir la filiación a favor de dos mujeres en el caso de que una de ellas se someta a un tratamiento de reproducción asistida y la otra sea su cónyuge (art. 7.3 LTRHA), no es admisible para la sentencia objeto de comentario: la desigualdad sustancial entre los supuestos de hecho excluye en principio la existencia de un trato discriminatorio por el hecho de que la consecuencia legal de uno y otro supuesto sea diferente.

La causa de la denegación de la inscripción de la filiación no es que los solicitantes sean ambos varones, sino que la filiación pretendida trae causa de una gestación por sustitución contratada por ellos en California. Por tanto, la solución habría de ser la misma si los contratantes hubieran constituido un matrimonio homosexual

integrado por mujeres, un matrimonio heterosexual, una pareja de hecho, o una sola persona, hombre o mujer.

V. EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR.

El art. 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño establece que la consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño, lo que también se establece en el art. 24.2 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, tiene anclaje constitucional en el art. 39 CE, se recoge en la legislación interna (regulación de las relaciones paterno-filiales del CC y en la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor), y ha regido la jurisprudencia del TS, del TC y del TEDH (sentencias de 5 de noviembre de 2002, caso Yousef contra Países Bajos, de 10 de enero de 2008, caso Kearns contra Francia, y de 7 de marzo de 2013, caso Raw y otros contra Francia).

El interés superior del niño es un concepto jurídico indeterminado, pero entra en los “conceptos esencialmente controvertidos”, esto es, cláusulas que expresan un criterio normativo sobre el que no existe una unanimidad social porque personas representativas de distintos sectores o sensibilidades sociales pueden estar en desacuerdo acerca del contenido específico de ese criterio, y no puede tomarse como un valor absoluto, pues —indica la sentencia—la aceptación de tales argumentos debería llevar a admitir la determinación de la filiación a favor de personas de países desarrollados, en buena situación económica, que hubieran conseguido les fuera entregado un niño procedente de familias desestructuradas o de entornos problemáticos de zonas depauperadas, cualquiera que hubiera sido el medio por el que lo hubieran conseguido, puesto que el interés superior del menor justificaría su integración en una familia en buena posición y que estuviera interesada en él. La invocación indiscriminada del “interés del menor” serviría de este modo para hacer tabla rasa de cualquier vulneración de los demás bienes jurídicos tomados en consideración por el ordenamiento jurídico nacional e internacional que se hubiera producido para situar al menor en el ámbito de esas personas acomodadas.

La aplicación del principio de la consideración primordial del interés superior del menor ha de hacerse para interpretar y aplicar la ley y colmar sus lagunas, pero no para contrariar lo expresamente previsto en la misma. Además, tal principio no es el único que se ha de tomar en consideración: pueden concurrir otros bienes jurídicos con los que es preciso realizar una ponderación, como el respeto a la dignidad e integridad moral de la mujer gestante, evitar la explotación del estado de necesidad en que pueden encontrarse mujeres jóvenes en situación de pobreza, o impedir la mercantilización de la gestación y de la filiación, principios amparados por los textos constitucionales de nuestro país y de los de su entorno y en convenios internacionales sobre derechos humanos, y otros sectoriales referidos a la infancia y

las relaciones familiares, como es el Convenio relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en materia de Adopción Internacional, hecho en La Haya el 29 de mayo de 1993.

Es cierto que el no reconocimiento de la filiación establecida en la inscripción registral de California puede suponer un perjuicio para la posición jurídica de los menores, pero el establecimiento de una filiación que contradiga los criterios previstos en la ley para su determinación supone también un perjuicio para el menor, y la mercantilización que supone que la filiación de un menor resulte determinada, a favor de quien realiza el encargo, por la celebración de un contrato para su gestación, atenta contra la dignidad del menor al convertirlo en objeto del tráfico mercantil.

El menor tiene derecho a una identidad única que se debe respetar por encima de fronteras estatales, pero en este caso los menores no tienen vinculación efectiva con Estados Unidos, puesto que los recurrentes acudieron a California sólo porque allí era posible concertar un contrato de gestación por sustitución, con la consiguiente determinación de la filiación a su favor, que en España y en los países más cercanos estaba prohibido, no existiendo un riesgo real de vulneración de una identidad única.

Tampoco se vulnera con la denegación de la inscripción el derecho al respeto de la vida privada y familiar reconocido en el art. 8 del CEDH, pues siendo efectivamente una injerencia en ese ámbito de vida familiar, reúne los dos requisitos que la justifican según el TEDH en la sentencia de 28 de junio de 2007, caso *Wagner* y otro contra Luxemburgo: está prevista en la ley, pues esta exige que en el reconocimiento de decisiones de autoridades extranjeras se respete el orden público internacional; y es necesaria en una sociedad democrática, puesto que protege el propio interés del menor, tal como es concebido por el ordenamiento jurídico, y otros bienes jurídicos de trascendencia constitucional como son el respeto a la dignidad e integridad moral de la mujer gestante, evitar la explotación de necesidad en que pueden encontrarse mujeres jóvenes en situación de pobreza, o impedir la mercantilización de la gestación y de la filiación.

Finalmente, respecto de la alegación de la desprotección en que se dejaría a los menores, puede decirse que la protección de los menores no puede lograrse aceptando acríticamente las consecuencias del contrato de gestación por sustitución, tal como fueron aceptadas por las autoridades de California con base en la legislación de dicho estado, que admite el contrato oneroso de gestación por sustitución y que la filiación quede determinada a favor de quienes realizan el encargo. La protección ha de otorgarse a dichos menores partiendo de las previsiones de las leyes y convenios aplicables en España, y de la jurisprudencia que los interpreta y aplica, tomando en consideración su situación actual.

Este recurso no tiene por objeto adoptar una decisión sobre la integración de los menores en la familia constituida por los recurrentes en forma distinta al pretendido reconocimiento de la filiación fijada en el registro de California. Pero si tal núcleo familiar existe actualmente, si los menores tienen relaciones familiares “de facto” con los recurrentes, la solución que ha de buscarse habrá de partir de este dato y permitir el desarrollo y la protección de estos vínculos, y así el propio art. 10 LTRHA permite la reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, por lo que si alguno de los recurrentes lo fuera, podría determinarse la filiación paterna respecto del mismo, además de figuras jurídicas como el acogimiento familiar o la adopción.

El voto particular, en cambio, sí consideró que el interés de los menores queda afectado gravemente, por cuanto a los niños, de nacionalidad española, se les coloca en un limbo jurídico incierto en cuanto a la solución del conflicto. Este interés —se señala— se protege antes y después de la gestación, y aquí se hizo por los tribunales americanos en el primer caso y se ha negado en el segundo: se ignora una nueva realidad y no se procuran las soluciones más beneficiosas para los hijos, y ante la existencia de unos menores en una familia que actúa socialmente como tal y que ha actuado legalmente conforme a la normativa extranjera, aplicar la normativa interna como cuestión de orden público, perjudicaría a los niños que podrían verse abocados a situaciones de desamparo, y se les priva de su identidad y de núcleo familiar contrariando la normativa internacional que exige atender al interés del menor; identidad que habrá de prevalecer sobre otras consideraciones.

