

# La inscripción de relaciones de filiación constituidas en el extranjero mediante gestación por sustitución: seis años desperdiciados

IVÁN HEREDIA CERVANTES

*Profesor Titular de Derecho Internacional Privado (UAM)*

## **Resumen**

*El acceso al Registro Civil español de los nacimientos de niños nacidos en el extranjero a través del recurso a la gestación por sustitución es una cuestión especialmente controvertida como consecuencia del tenor literal del artículo 10.1 de la Ley 14/2006 sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida. La Dirección General de los Registros y del Notariado (DGRN), un órgano administrativo dependiente del Ministerio de Justicia, y diversas resoluciones judiciales se mostraban favorables a esta posibilidad. Sin embargo, el Tribunal Supremo, en una sentencia muy discutible, cerró la puerta a esta posibilidad al considerar que plantea una vulneración del orden público español. Seis años después de la primera resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado sobre esta materia, su tratamiento en el ordenamiento español resulta más incierto que nunca.*

## **Abstract**

*Access to the Spanish Civil Registry of children born abroad through the technique of assisted reproduction is a very controversial topic because of the wording of Article 10.1 of the Spanish Act 14/2006 on Assisted Reproduction Techniques, which states the nullity of surrogacy agreements. The Directorate General of Registries and Notaries (DGRN), an administrative body of the Ministry of Justice, and several judicial decisions were in favour of the registration of affiliation in these cases. However, a very debatable judgment of the Spanish Supreme Court objected to this solution alleging that it implied an infringement of the Spanish public policy.*

*Six years after the first decision of the DGRN on this topic, the Spanish regulation on foreign surrogacy is more uncertain than ever.*

### **Palabras clave**

*Gestación por sustitución internacional, reconocimiento, orden público, interés superior del menor.*

### **Key words**

*Foreign surrogacy, recognition, public police, best interest of the child.*

### **Sumario**

1. Introducción y precisiones previas: ¿a qué cuestiones se han enfrentado nuestras autoridades hasta la fecha?
2. ¿Qué sucedió hasta la STS de 6 de febrero de 2014?
  - 2.1 El comienzo de todo: la Resolución de la DGRN de 18 de febrero de 2009.
  - 2.2 La Instrucción de 5 de octubre de 2010 y su aplicación por la DGRN.
  - 2.3 La posición de la jurisprudencia.
3. La STS de 6 de febrero de 2014.
  - 3.1 Los argumentos del Tribunal Supremo.
  - 3.2 Valoración crítica de la Sentencia.
    - 3.2.1 La supuesta irrelevancia de la naturaleza del título inscribible.
    - 3.2.2 La incorrecta configuración de la cláusula de orden público.
4. El ATS de 2 de febrero de 2015 y la interpretación de la jurisprudencia del TEDH.
  - 4.1 Las Sentencias del TEDH Menesson y Labassee.
  - 4.2 Los argumentos del Auto del Tribunal Supremo de 2 de febrero de 2015.
  - 4.3 La valoración del Auto.
5. La Ley del Registro Civil de 2011 y la gestación por sustitución.
6. Conclusiones
7. Bibliografía.

## **1. INTRODUCCIÓN Y PRECISIONES PREVIAS: ¿A QUÉ CUESTIONES SE HAN ENFRENTADO NUESTRAS AUTORIDADES HASTA LA FECHA?**

1. Cuando el 6 de febrero de 2014 el Tribunal Supremo dictó su primera resolución sobre la inscripción de relaciones de filiación declaradas en el extranjero a través del recurso a la gestación por sustitución, cualquier persona mínimamente conocedora de la materia podía intuir que, lejos de poner punto y final a una de las cuestiones más controvertidas a las que se han enfrentado nuestros tribunales en los últimos años, nos encontrábamos ante una resolución que iba a suponer, tanto por la solución que alcanza como por la argumentación que emplea, un aumento exponencial de la polémica que rodea esta materia. A fecha de hoy, transcurridos más de seis años desde la primera resolución de la DGRN sobre esta materia (18 de febrero de 2009), no creo que resulte exagerado afirmar que las dudas que plantea esta cuestión en nuestro país, no solo han desaparecido sino que han aumentado sustancialmente.

2. Pese a todo, es justo reconocer en descargo de nuestras autoridades que su tarea no resulta en absoluto sencilla. España no es el único país en el que la figura de la gestación por sustitución y, más en concreto, el reconocimiento de supuestos de gestación por sustitución constituidos en el extranjero, resulta una cuestión conflictiva y las heterogéneas posturas mantenidas por nuestra doctrina y nuestras autoridades judiciales y extrajudiciales, dan clara muestra de ello. Posiblemente pocas figuras susciten hoy en día mayor polémica que la gestación por sustitución, es decir, la renuncia de una mujer (la madre gestante), antes o después del parto, a la maternidad del niño o niños que dé a luz a favor de otra u otras personas (los comitentes). La controversia que rodea a esta figura se aprecia también en la división existente en el Derecho comparado a la hora de afrontar su regulación. En un gran número de Estados, o bien se encuentra prohibida o bien se declara la nulidad de los contratos en los que se estipula la renuncia a la filiación de la madre gestante (y en su caso del cónyuge) a favor del padre o los padres comitentes. Es más, en ciertos sistemas legales se establecen sanciones penales para los sujetos que participen o puedan mediar en su celebración. Entre estos Estados se incluye Alemania, un estado en el que dicha prohibición no ha impedido sin embargo la inscripción de relaciones de filiación constituidas en el

extranjero a partir de esta técnica por parte del Bundesgerichtshof (BGH)<sup>1</sup>. Sobre esta resolución nos centraremos con detalle a lo largo del trabajo. Finalmente en otros ordenamientos la gestación por sustitución está admitida, generalmente bajo la condición de que no tenga fines comerciales y simplemente se compense a la madre gestante por los perjuicios o molestias que pudiera suponerle el embarazo<sup>2</sup>.

En cuanto a España, la regulación de la gestación por sustitución se limita a los tres apartados del artículo 10 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida. El artículo 10.1, es una norma de contenido similar al artículo 16-7 del Código Civil francés, cuyo tenor literal simplemente declara la nulidad de pleno derecho de los

---

<sup>1</sup> Sentencia del BGH de 10 de diciembre de 2014 (la resolución puede consultarse en la siguiente dirección: <http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=pm&Datum=2014&Sort=3&anz=193&pos=1&nr=69759&linked=bes&Blank=1&file=dokument.pdf>)

<sup>2</sup> Con relación al tratamiento de la gestación por sustitución en el Derecho comparado pueden consultarse los trabajos de: ÁLVAREZ DE TOLEDO QUINTANA, L. «El futuro de la maternidad subrogada en España: entre el fraude de ley y el correctivo del orden público internacional»; *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Octubre 2014), Vol. 6, N.º 2, pp. 5-49, pp. 40-42 (<http://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT>); LAMM, E., «Gestación por sustitución», *InDret*, 3/2012, pp. 11-17; MONÉGER, F., «La gestation pour autrui», *Revue Internationale de Droit Comparé*, n.º 2, 2010, pp. 233-244; TRIMMINGS, K.; BEAUMONT, P., «International surrogacy arrangements: An urgent need for legal regulation at the international level», en *Journal of Private International Law*, n.º 7, 2011, págs. 627-647; de los mismos autores, «General Report on Surrogacy», *International Surrogacy Arrangements: Legal Regulations at the International Level*, Oxford, 2013, pp. 439-550; OREJUDO, P., «Reconocimiento en España de la filiación creada en el extranjero a través de la gestación por sustitución», en NAVAS NAVARRO, S. (Dir.), *Iguales y diferentes ante el Derecho privado*, Valencia, 2012, pp. 465-516, pp. 471-472, y la bibliografía allí citada; QUIÑONES, A., «Doble filiación paterna de gemelos nacidos en el extranjero mediante maternidad subrogada. En torno a la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 18 de febrero de 2009», *InDret*, 3/2009, pp. 9-12; SCOTTI, L.B., «El reconocimiento extraterritorial de la "maternidad subrogada": una realidad colmada de Interrogantes sin respuestas jurídicas», *Pensar en Derecho*, pp. 267-289, esp. pp. 280-283, <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/pensar-en-derecho/revistas/1/el-reconocimiento-extraterritorial-de-la-maternidad-subrogada-una-realidad-colmada-de-interrogantes-sin-respuestas-juridicas.pdf>; Struycken, A.V.M., «Surrogacy, a new way to be a mother? A new Pii Issue?» *Convergence and divergence in Private International Law*, Liber Amicorum Kurt Siehr, La Haya y Zurich, 2010, pp. 357-372. En cuanto a la regulación contemplada en los diferentes Estados de EE.UU. y, en especial, en California, puede consultarse FARNÓS AMORÓS, E., «Inscripción en España de la filiación derivada del acceso a la maternidad subrogada en California: Cuestiones que plantea la Resolución de la DGRN de 18 de febrero de 2009», *InDret*, 1/2010, pp. 7-12. Junto a los trabajos señalados, resulta esencial la consulta del Informe Preliminar de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado sobre las cuestiones derivadas de los acuerdos de gestación por sustitución, de 10 de marzo de 2012.

contratos de gestación por sustitución, si bien, existe una diferencia de especial relevancia entre ambas, ya que al contrario de lo que acontece con la norma española, el artículo 16.7 es considerado expresamente como una norma de orden público (artículo 16.9 *Code Civil*)<sup>3</sup>. El artículo 10.2 de la Ley 14/2006 es una regla de atribución de la maternidad a la madre gestante. Y finalmente el artículo 10.3 parece disociar los aspectos contractuales de los relativos a la filiación y deja a salvo la posibilidad de ejercer la acción de paternidad respecto del padre biológico conforme a las reglas generales.

3. Las grandes diferencias existentes a la hora de regular la gestación por sustitución han supuesto un sustancial incentivo para el desarrollo del llamado «turismo reproductivo», al animar a nacionales de los países en los que esta figura se encuentra prohibida o sometida a grandes restricciones a acudir a Estados que la admiten y a contratar los servicios de mujeres nacionales o residentes en estos Estados con el objetivo de que, una vez nacido el niño y declarada la relación de filiación por las autoridades extranjeras, esta pueda ser reconocida en el Estado de la nacionalidad o la residencia de los padres comitentes.

Entre los «destinos» preferidos en el mundo se encuentra California y, precisamente, en el supuesto que dio origen a la STS de 6 de febrero de 2014 los padres comitentes optaron por desplazarse a este Estado de EE.UU. Los motivos que subyacen tras el «éxito» de California como polo de atracción de sujetos que desean recurrir a la gestación por sustitución posiblemente no sólo residan en el amplio marco de seguridad jurídica de que goza esta figura, y en la existencia de una desarrollada «industria» dedicada a la promoción de esta práctica, sino también en el hecho de que, a diferencia de otros Estados que también admiten la gestación por sustitución y que exigen la residencia habitual o el domicilio del padre o los padres comitentes en su territorio, la legislación californiana únicamente requiere que sea la madre gestante quien resida en dicho Estado.

En la mencionada sentencia de 6 de febrero de 2014 el TS desestimó el recurso de casación interpuesto contra la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 23 de noviembre de 2011, que a su vez desestimaba el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia del Juzgado de Instrucción n.º 15 de Valencia, de 15 de septiembre de 2010. El supuesto tenía su origen en la impugnación por parte del Ministerio

---

<sup>3</sup> Esta diferencia entre el ordenamiento español y el francés resulta por cierto de especial importancia y, como se verá a continuación, debería haber sido tenida en cuenta por nuestro Tribunal Supremo en su auto de 2 de febrero de 2015.

Fiscal de la Resolución de la DGRN de 18 de febrero de 2009 en la que se acordó, en contra de la decisión del Encargado del Registro Consular, la inscripción del nacimiento de unos menores mediante la aportación de las certificaciones de las inscripciones ya practicadas por la autoridad registral californiana, y donde constaban como padres de los menores los recurrentes.

Tanto la Sentencia de 6 de febrero de 2014, como el posterior auto de 2 de febrero de 2015 en el que el propio Tribunal Supremo resuelve en sentido negativo el incidente de nulidad de actuaciones promovido por los recurrentes en casación, cuentan con sendos votos particulares firmados por cuatro magistrados, lo que da prueba del grado de división existente en el seno del Tribunal. Por mi parte, adelanto desde ahora mi desacuerdo con gran parte de los postulados empleados por el TS en ambas resoluciones, en particular en la sentencia. A mi juicio, no ha estado acertado el TS en sus planteamientos, alejados, por cierto, de los empleados tanto por la jurisdicción social, como por algunas resoluciones de la propia jurisdicción civil. Todo lo contrario hay que decir de los votos particulares que acompañan a ambas decisiones, cuya «fineza jurídica», especialmente en el caso de la Sentencia, debo señalar respetuosamente que a mi juicio resulta superior al parecer mayoritario de los magistrados.

4. Para concluir esta introducción, ha de quedar claro que el trabajo que ahora comienza no pretende hacer ni una valoración moral de la gestación por sustitución<sup>4</sup>, ni un estudio general de *lege lata* o *de lege ferenda* sobre la regulación de esta figura en España. Ni siquiera se tiene intención de

---

<sup>4</sup> A tal efecto, y sin ánimo de exhaustividad, pueden consultarse: BAUGHMAN, M. H., «In Search of Common Ground: One Pragmatist Perspective on the Debate Over Contract Surrogacy», *Columbia Journal of Gender and Law*, 2001, pp. 263 y ss; BROWNE-BARBOUR, V. S., «Bartering for babies: are preconception agreements in the best interests of children?», *Whittier Law Review*, 2004, pp. 429-486; DRABIAK, K., WEGNER, C. FREDLAND, V, HELFT, P. R., «Ethics, Law and Commercial Surrogacy: A Call for Uniformity», *Journal of Law, Medicine & Ethics*, 2007, pp. 300-309; IGAREDA GONZÁLEZ, N., «La gestación por sustitución necesita un cambio legislativo en España. A propósito de la sentencia del Tribunal Supremo español n.º 835/2013 sobre la gestación por sustitución», *Revista de Derecho del Genoma Humano*, n.º 40, 2014, pp. 171-191; LANDAU, R. , «Israel: Every Person has the Right to Have Children», en BLYTH, E., LANDAU, R., (Ed.), *Third Party Assisted Conception Across Cultures. Social, Legal and Ethical Perspectives*, Londres, Nueva York, 2004, pp. 129-147; RADIN, M., «Market-Inalienability», *Harvard Law Review*, 1987, pp. 1849 y ss.; *vid.* también, de la misma autora, «Reflections on objectification (Symposium on biomedical technology and health care: social and conceptual transformations)», *Southern California Law Review*, 1991, p. 341 y ss; SHALEV, C., GOOLDIN, S., «The uses and misuses of in vitro fertilization in Israel: some sociological and ethical considerations», *Nashim: A Journal of Jewish Women's Studies and Gender Issues*, 2006, pp. 151-176: <http://muse.jhu.edu/journals/nashim/v012/12.1shalev.html>.

analizar con carácter global la problemática que para nuestro ordenamiento plantean los supuestos de gestación por sustitución vinculados con más de un Estado, una tarea que, por cierto, ha sido ya ampliamente acometida por nuestra doctrina<sup>5</sup>. Por el contrario, lo único que se pretende es analizar los principales problemas que plantea el reconocimiento en España de relaciones de filiación constituidas en el extranjero mediante el recurso a las técnicas de gestación por sustitución a través del estudio crítico de la posición que han mantenido nuestras autoridades judiciales y extrajudiciales hasta la fecha sobre esa cuestión.

La acotación del tema del trabajo dentro de estos límites responde a un motivo muy sencillo: hasta la fecha las autoridades españolas no han tenido que enfrentarse a supuestos en los que los padres comitentes o intencionales ejercitasen ante ellas una acción de filiación o acudieran ante nuestras autoridades registrales para solicitar la inscripción del nacimiento del menor por declaración. Tampoco se ha planteado ninguna cuestión relativa al propio acuerdo de gestación por sustitución (v.gr., la exigencia del cumplimiento de las obligaciones contempladas en el acuerdo). Por el contrario, nuestras autoridades únicamente han debido

---

<sup>5</sup> Al margen de los ya señalados, pueden consultarse, entre otros: ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., «Efectos en España de la gestación por sustitución llevada a cabo en el extranjero», *Anuario Español de Derecho internacional privado*, 2010, pp. 339-377; ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, A. CARRIZO AGUADO, D., Tratamiento legal del contrato de gestación por sustitución en el Derecho Internacional Privado española la luz de la STS de 6 de febrero de 2014. Dime niño, ¿de quién eres...?, *La Notaría*, núm. 2, 2014, pp. 59-75; CALVO CARAVACA, A., CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., «Gestación por sustitución y Derecho internacional privado. Consideraciones en torno a la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 18 de febrero de 2009»; GUZMÁN ZAPATER, M., «Gestación por sustitución y nacimiento en el extranjero. Hacia un modelo de regulación (sobre la Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010)»; de la misma autora, «Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2011: «El acceso al Registro español de los nacidos en el extranjero mediante gestación por sustitución», *El Notario del Siglo XXI*, núm. 34, pp. 51-55; HEREDIA CERVANTES, «La Dirección General de los Registros y del Notariado ante la Gestación por sustitución», *ADC*, T.LXVI, 2013, fasc. 2, pp. 687-715, pp. 693-695; MUÑOZ DE DIOS SÁEZ, L.M., «La gestación por sustitución: un fraude a la adopción (tras la sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014)», *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, 2014, pp. 289-329.

Asimismo, fuera de la doctrina española, un exhaustivo estudio sobre los principales problemas que plantean las nuevas técnicas de reproducción asistida a las soluciones «clásicas» del Derecho internacional privado puede encontrarse en GREEN, S. B., «Interstate Intercourse: How modern assisted reproductive Technologies challenge the traditional realm of conflict of laws» (disponible en [http://works.bepress.com/sonia\\_green/1](http://works.bepress.com/sonia_green/1)); TONNOLO, S., La trascrizione degli atti di nascita derivanti da maternità surrogata: ordine pubblico e interesse del minore, *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, Vol. 50, N.º 1, 2014, pp. 81-104; TRIMMINGS, K., BEAUMONT, P., «International surrogacy agreements: and urgent need for legal regulation at the international level», *Journal of Private International Law*, 7. 2011, pp. 627-647.

enfrentarse a situaciones en las que se pretendía el reconocimiento en España de las relaciones de filiación derivadas del empleo de técnicas de gestación por sustitución establecidas previamente ante una autoridad extranjera, bien para obtener algún tipo de beneficio social, bien, tal y como acontecía en el supuesto que dio origen a la resolución de la DGRN posteriormente anulada por el TS, para lograr su inscripción registral.

5. Esta precisión resulta especialmente importante ya que, sin que proceda ahora detenerse en glosar las diferencias entre el método conflictual y el método del reconocimiento a la hora de dar efecto en un Estado a las situaciones establecidas previamente en otro<sup>6</sup>, es necesario tener presente que en todos aquellos casos en los que se pretenda la inscripción en España de relaciones de filiación derivadas del empleo de técnicas de gestación por sustitución establecidas ya ante una autoridad extranjera, las autoridades del Estado de origen previamente habrán aplicado un determinado ordenamiento jurídico para constatar si realmente se verificaron en su momento todas las condiciones necesarias para atribuir la paternidad a los comitentes. Ello supone que «lo único» que deberán hacer nuestras autoridades registrales es determinar si se permite que esta despliegue o no efectos en España, es decir, reconocerla u oponerse a su reconocimiento mediante la aplicación de las normas que regulan la eficacia registral de dichos títulos en nuestro país, contenidas básicamente en el artículo 23 de la vigente Ley del Registro Civil de 1957 (en adelante, LRC 1957) y en los artículos 81 y 83-85 de su Reglamento (en adelante, RRC)<sup>7</sup>. Por el contrario, el recurso a la normativa conflictual solo debe ser posible cuando lo que se persiga de nuestras autoridades registrales no sea la obtención de una «tutela por reconocimiento» sino una «tutela declarativa» y se pretenda la inscripción del nacimiento mediante declaración, a través del ejercicio de la acción de filiación o mediante la notoriedad de la posesión de Estado. En tales casos, al contrario que en los anteriores, no se trata de decidir si se permite la

---

<sup>6</sup> Para tal cometido puede consultarse: MAYER, P., «Les méthodes de la reconnaissance en droit international privé», *Le Droit international privé: esprit et méthodes. Mélanges en l'honneur de P. Lagarde*, Dalloz, París, 2005, pp. 547-573; PAMBOUKIS, Ch., «La renaissance-métamorphose de la méthode de reconnaissance», *Rev. crit. dr. int. priv.*, 2008, pp. 513-560.

<sup>7</sup> Vid. en este sentido: ÁLVAREZ GONZÁLEZ S., Efectos en España de la gestación por sustitución llevada a cabo en el extranjero», *Anuario Español de Derecho internacional privado*, 2010, pp. 339-377, pp. 366-367; CALVO CARAVACA, A., CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., «Gestación por sustitución ...», *op. cit.*, pp. 299-307; CUNIBERTI, G., «Nota a la Sentencia de la Corte de Apelación de París de 25 de octubre de 2007, *JDI Clunet*, 2008, pp. 145-153; GUZMÁN ZAPATER, M., Gestación por sustitución ...», *op. cit.*, pp. 734-735; HEREDIA CERVANTES, «La Dirección General ...» *op. cit.*, pp. 693-695; OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, P., «Reconocimiento ...», *op.cit.*, pp. 476-480.

continuidad en España de una relación de filiación establecida en el extranjero sino de determinar si realmente existe tal relación, por lo que el Encargado del Registro Civil sí deberá acudir a un determinado ordenamiento nacional, previo paso por la norma de conflicto, para constatar tal circunstancia. Cuestión distinta, como se verá a continuación, es que el artículo 10.1 de la Ley 14/2006 de Técnicas de Reproducción Humana Asistida pueda ser invocado de forma indirecta al aplicar las reglas sobre reconocimiento e inscripción de documentos extranjeros por considerar que es una norma que junto a otras integra el contenido del orden público español en este ámbito.

En el caso concreto de la inscripción a partir de certificaciones registrales extranjeras, que es el supuesto que se planteó ante el TS, las normas a tener en cuenta se contemplan todavía hoy, debido a la polémica ampliación de la *vacatio legis* de la nueva Ley del Registro Civil de 2011 (desde ahora, LRC 2011), en el artículo 23 de la LRC 1957 y en los artículos 81 y 85 RRC. Como consecuencia del juego combinado de ambos preceptos, la inscripción en España de estos títulos se somete a un triple requisito: a) que exista total certeza sobre la realidad del hecho inscrito; b) que este sea regular y auténtico, de modo que el asiento de que se certifica, en cuanto a los hechos de que da fe, tenga garantías análogas a las exigidas para la inscripción por la Ley española; y c) que no exista duda de la legalidad del hecho inscrito conforme a la ley española. Este último imperativo además, y esto también lo señala de forma acertada el TS en su Sentencia de 6 de febrero de 2014, no puede entenderse como una absoluta conformidad con todas y cada una de las exigencias de nuestra legislación sino como una ausencia de contradicción con el orden público internacional español.

## **2. ¿QUÉ SUCEDIÓ HASTA LA STS DE 6 DE FEBRERO DE 2014?**

### **2.1 El comienzo de todo: la Resolución de la DGRN de 18 de febrero de 2009**

6. La resolución de la DGRN de 18 de febrero de 2009 que posteriormente anuló el TS tiene su origen en el recurso planteado por una pareja de dos hombres de nacionalidad española ante el Registro Consular de Los Ángeles. El encargado del Registro denegó la inscripción de los certificados de nacimiento estadounidenses en los que constaba la paternidad a favor de los recurrentes de dos niños mellizos nacidos de una madre subrogada en California a partir de material genético de uno de los recurrentes y de óvulos de donante anónima. El principal argumento

en el que se fundamentó la denegación fue el ya mencionado artículo 10 de la Ley 14/2006 de Técnicas de Reproducción Humana Asistida y, más en concreto, su apartado 1.º, en el que se declara la nulidad de los acuerdos de gestación por sustitución.

La DGRN, sin embargo, estimó el recurso interpuesto frente a la resolución del Encargado del Registro consular y procedió a la inscripción del certificado de nacimiento. La argumentación del Centro Directivo partía de un presupuesto al que se acaba de hacer referencia: la inscripción de un título extranjero que acredite una relación de filiación derivada de una gestación por sustitución no plantea un problema de determinación del Derecho aplicable a la filiación (por lo que la aplicación del artículo 10 de la Ley 14/2006 por remisión del artículo 10.4 CC debería ser descartada), sino un problema de «validez extraterritorial de decisiones». Asumida esta idea, la DGRN identificó el título extranjero cuya inscripción se pretendía –una certificación registral californiana– y tras considerar que constituía título suficiente para el acceso al Registro español y que con su inscripción no se produciría una vulneración del orden público español, admitió su inscripción.

7. La Resolución de 18 de febrero de 2009 se enfrentó a un rechazo prácticamente unánime de la doctrina<sup>8</sup>, a salvo de una única y apasionada excepción<sup>9</sup>. Y lo cierto es que existían motivos para oponerse a sus postulados, aunque, tal y como veremos a continuación, dichos motivos no son los que empleó el Tribunal Supremo. El principal, sobre el que ya me he centrado con profusión en otro lugar<sup>10</sup>, exige una breve descripción de la regulación californiana sobre gestación por sustitución, una regulación que se encuentra diseminada a lo largo de diversas disposiciones del Código de Familia de este Estado («California Family Code»), que ha sido recientemente actualizada mediante una reforma que

---

<sup>8</sup> Vid entre otros muchos: ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., «Efectos...», *op. cit.*, pp. 347-354; BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO, R., «Hijos made in California», *AC*, núm. 3, 2009, *Westlaw Aranzadi*, BIB 2009/411; ESPINAR VICENTE, J. M.<sup>º</sup>, «Nuevas reflexiones en torno a la heterodoxa doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado. La gestación por sustitución y el amparo a los actos en fraude de ley», en *Nuevas fronteras al Derecho de la Unión Europea, Liber Amicorum José Luis Iglesias Buhigues*, Valencia, 2012, pp. 589-604, esp., pp. 589-599; OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, P., «Reconocimiento ...», *op. cit.*, *passim*. e id., «Nota a la Resolución de la DGRN de 18 de febrero de 2009», *REDI*, vol. LXI, 2009, pp. 215-217.

<sup>9</sup> CALVO CARAVACA, A., CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Gestación por sustitución ...*, *op.cit. passim*.

<sup>10</sup> HEREDIA CERVANTES, I., «La Dirección General ...», *op. cit.*, pp. 703-705

entró en vigor el 1 de enero de 2013, y que inicialmente fue impulsada de forma decisiva por la jurisprudencia. El procedimiento para obtener la paternidad de un niño a través de un contrato de gestación por sustitución encuentra su paso necesariamente por la obtención de una decisión judicial, previa al nacimiento, que tiene su origen en un procedimiento destinado a destruir la presunción de maternidad de la madre gestante. En dicho procedimiento se homologa el contrato de maternidad subrogada previamente preparado por un tercero, tercero que generalmente será una agencia privada que pondrá a disposición de los padres solicitantes los medios jurídicos y médicos que resulten necesarios para ejecutar el acuerdo de gestación por sustitución, y se constata el libre consentimiento de la madre gestante y el perfecto conocimiento por parte de esta del alcance de sus actos. El procedimiento judicial concluye con una decisión por medio de la cual se declaran extintos los derechos de la madre gestante y, en su caso, de su marido, y se atribuye la paternidad al padre o a los padres intencionales («pre-birth judgment», art. 7633 del «California Family Code»). Asimismo, es esta decisión judicial la que ordena la expedición del certificado de nacimiento, donde ya no consta referencia alguna a la madre gestante, y la que impone que en el acta de nacimiento del hospital no se haga mención alguna a esta y sí al padre o padres intencionales.

Como puede comprobarse, cuando la Resolución de 18 de febrero de 2009 admitió la inscripción a partir de la certificación californiana, ignoró por completo que es la resolución judicial la que convalida y atribuye efectos al contrato de gestación por sustitución, la que establece la relación de filiación a favor de los nacionales españoles y excluye la de la madre gestante (y en su caso, la de su cónyuge) y la que acredita que esta emitió libremente su consentimiento y era plenamente consciente de las consecuencias de sus actos. Y se ignoró también que la certificación constituye un mero reflejo distorsionado de la decisión judicial, ya que el Derecho de California impide que en ella se recoja referencia alguna ni a la previa celebración de un contrato de gestación por sustitución ni a la identidad de la madre gestante o biológica. De hecho, la única información que se contiene en la certificación es la filiación a favor de los padres comitentes. Como puede comprobarse, resulta difícil acomodar esta circunstancia al requisito de que no existan dudas sobre la realidad de los datos y circunstancias recogidos en la certificación registral extranjera o al control del orden público que exige la regulación registral<sup>11</sup>.

---

<sup>11</sup> Una cuestión que podía plantear ciertas dudas es la posible incompetencia del Registro Consular de Los Ángeles para proceder a la inscripción de los mellizos a la luz de lo señalado en el artículo 68.2 RRC, precepto según el cual, «Cuando sea competente un Registro

## 2.2 La Instrucción de 5 de octubre de 2010 y su aplicación por la DGRN

8. Pocos días después de la anulación de la Resolución de 18 de febrero de 2009 por la Sentencia del Juzgado de primera instancia n.º 15 de Valencia de 15 de septiembre de 2010, la DGRN modificó su posición inicial a través de la Instrucción 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), una Instrucción que, pese a su título omnicompreensivo, limita su ámbito de aplicación únicamente a aquellos supuestos en los que se pretenda la inscripción en España de una relación de filiación derivada de gestación por sustitución previamente establecida por una autoridad extranjera.

---

Consular, si el promotor estuviere domiciliado en España, deberá practicar antes la inscripción en el Registro Civil Central y después, por traslado, en el Consular correspondiente» 34. En el supuesto que dio origen a la Resolución de 18 de febrero de 2009, los padres comitentes estaban domiciliados en España, motivo por el cual podría sostenerse la necesidad de realizar la inscripción inicialmente en el Registro Civil Central 35. Sin embargo, tal y como ha señalado la propia DGRN con relación a la inscripción de adopciones internacionales constituidas ante autoridad extranjera –un supuesto que presenta evidentes analogías con el problema que estamos analizando–, a la hora de interpretar la regla contenida en el párrafo segundo del artículo 68 del Reglamento del Registro Civil es necesario partir de un *concepto amplio de la figura del promotor de la inscripción* que va más allá del padre o de la madre comitente.

Es cierto que en los casos de adopciones internacionales constituidas por adoptante/s español/es a favor de menores extranjeros y ante autoridades extranjeras se había entendido tradicionalmente que el promotor de la inscripción no es el adoptando sino los padres adoptantes, que generalmente estarán domiciliados en España, lo que en aplicación del párrafo segundo del artículo 68 del Reglamento del Registro Civil podría dar a entender que la competencia corresponde al Registro Civil Central, y no al Consular. Sin embargo, el Centro Directivo, a partir del concepto amplio y flexible de «promotor» por el que apuesta el artículo 24 de la Ley del Registro Civil y que incluye en el mismo no solo a las personas especialmente designadas por la Ley en cada caso como obligados a promover la inscripción (en el caso del nacimiento todos los mencionados en el art. 43 LRC), sino también a «aquellos a quienes se refiere el hecho inscribible» (n.º 2), esto es, en el caso del nacimiento y de la adopción, el nacido y el adoptando– ha afirmado en la respuesta a la Consulta de 29 de abril de 1999 que el promotor, al solicitar las inscripciones de nacimiento y de adopción actúa no tanto en su nombre propio, sino como representante legal del adoptado. Ello supone que, en realidad, el adoptando no deja de ser promotor de las inscripciones, aunque por su menor edad no pueda actuar por sí mismo. A la luz de esta argumentación la DGRN consideró que no se infringe el párrafo 2.º del artículo 68 del Reglamento del Registro Civil cuando estando el adoptando domiciliado en el extranjero se practican las inscripciones de nacimiento y de adopción en el Registro Consular correspondiente. Este criterio hermenéutico fue confirmado por la Resolución-Circular de 15 de julio de 2006 (sobre reconocimiento e inscripción en el Registro Civil español de las adopciones internacionales), y no debe existir problema alguno para extenderlo a la gestación por sustitución.

La DGRN estableció en primer lugar, como requisito previo para la inscripción de los nacidos mediante gestación por sustitución en el extranjero, la presentación ante el Encargado del Registro Civil de una resolución judicial dictada por un tribunal competente de acuerdo a criterios equivalentes a los contemplados en nuestras reglas de competencia judicial internacional, en la que se determinase la filiación del recién nacido<sup>12</sup>.

9. La posición adoptada por la DGRN suscitó una serie de críticas doctrinales al entender que la Instrucción vulneraría normas de rango superior como los artículos 23 LRC y 81 y 85 RRC. Se entendía que, dado que estos preceptos permiten la inscripción de los nacimientos acaecidos en el extranjero a través de la presentación de una certificación registral extranjera, si la DGRN mediante una instrucción impidiese tal posibilidad estaría modificando *de facto* dichos preceptos sin, lógicamente, tener competencia para ello<sup>13</sup>.

---

<sup>12</sup> En contra de este requisito se ha señalado que con él «se pretende imponer al resto del mundo los criterios de competencia de los tribunales españoles» y que «arranca del presupuesto falso y equivocado, de que todos los tribunales de todos los Estados del mundo deben comportarse como los tribunales españoles y que deben aplicar, para declararse competentes, en los casos internacionales, la legislación española» (CALVO CARAVACA, A., CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., «Notas ...», *op. cit.*, pp. 254-256). La crítica resulta, no obstante, cuando menos desconcertante. La Instrucción únicamente refleja la posición unánimemente seguida por nuestra jurisprudencia (*vid.*, por todos, ATS de 25 de marzo de 2003) y la doctrina más autorizada (VIRGÓS SORIANO, M., GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J., *Derecho procesal civil internacional*, 2.ª Ed. Madrid, 2007, pp. 620-621), que incluso ha sido recogida en la redacción del artículo 96.2 de la nueva Ley del Registro Civil. Evidentemente no se trata de imponer al Estado de origen que base su competencia en foros idénticos a los españoles. Por el contrario, lo que señala la Instrucción es que el tribunal de origen hubiera basado su competencia en reglas *equivalentes* a las nuestras. Lo único que se pretende con este requisito es garantizar que, dado que en nuestro ordenamiento los foros de competencia judicial internacional responden al principio de *proximidad razonable* –único modo de garantizar en sede de reconocimiento el respeto al art. 24 de la CE– la atribución de competencia realizada en el Estado de origen responda al mismo presupuesto, evitando de este modo el reconocimiento de resoluciones extranjeras dictadas bajo la cobertura de foros exorbitantes o, incluso, la vulneración de nuestros foros exclusivos (*vid.* para este ámbito ÁLVAREZ GONZÁLEZ S., «Gestación ...», *op. cit.*, p. 363; OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, P., Reconocimiento ...», *op. cit.*, núm. 17). De hecho la crítica se entiende todavía menos cuando estos mismos autores en el mismo trabajo reconocen que la DGRN al utilizar la expresión «criterios equivalentes, no estaría exigiendo que los criterios de competencia utilizados por la autoridad extranjera fueran idénticos a los españoles sino simplemente que se basen en el principio de proximidad razonable (p. 256).

<sup>13</sup> ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., «Efectos...», *op. cit.*, p. 358-359; CALVO CARAVACA, A., CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., «Notas críticas en torno a la Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 5 de octubre de 2010 sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución», *Cuadernos de Derecho Transnacional*,

10. Tales críticas, sin embargo, parecen difícilmente aceptables. Basta con recordar que *lo que establece en realidad el juego combinado de los artículos 23 LRC y 81 y 85 RRC es que las certificaciones registrales extranjeras son un título válido para practicar una inscripción en el Registro Civil español, no que todas las certificaciones registrales extranjeras sean título válido para practicar la inscripción*. Como se acaba de ver, nuestro ordenamiento somete la inscripción en virtud de certificaciones extranjeras a un elenco de requisitos, requisitos que la DGRN, dentro de las competencias de ordenación y dirección que ostenta en virtud del artículo 9 LRC 1956 y 41 RRC, estaba perfectamente legitimada para identificar a través de una instrucción y siempre *en interpretación de la realidad vigente y con vistas únicamente a establecer las pautas de actuación de los Encargados del Registro Civil en esta materia*, en qué supuestos concretos no procedía considerar como título inscribible una certificación extranjera<sup>14</sup>.

Y realmente existían motivos de peso para que la DGRN considerase que en los supuestos en los que no existiese una previa resolución judicial, la filiación establecida ante autoridades extranjeras y que derivase del recurso a la gestación por sustitución no debería tener acceso a nuestro Registro. Por lo pronto no debe olvidarse que una de las condiciones a las que someten la inscripción de una certificación registral extranjera tanto los artículos 23 LRC 1956 y 85 RRC en la actualidad como los artículos 30.2 y 98.3 de la LRC 2011 cuando entre en vigor la nueva Ley, someten la inscripción de una certificación registral extranjera es que no existan dudas sobre la realidad de los datos y circunstancias recogidos en ella. Sin embargo, lo cierto es que en las certificaciones registrales extranjeras presentadas hasta la fecha ante la DGRN y emitidas tanto en Estados en los que existe una previa resolución judicial –el caso ya mencionado de California es el mejor ejemplo de ello–, como en los que tal resolución no existe, p.ej. Rusia, India, Ucrania, ni siquiera dan cuenta del hecho de que la relación de filiación tenga su origen en un supuesto de gestación por

---

núm. 1, 2011, pp. 247-262, esp. pp. 251-252; FERNÁNDEZ-SANCHO TAHOCES, A.: «Eficacia jurídico registral del contrato de gestación subrogada», en *Revista Aranzadi Doctrinal* n.º 6/2011, 9 de septiembre., pp. 15-15; JIMÉNEZ MARTÍNEZ, M.º V. «La inscripción de la filiación derivada de gestación por sustitución», *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Alcalá*, V (2012), pp. 365-368, p. 376-377; LASARTE ÁLVAREZ, C.: «La reproducción asistida y la prohibición legal de maternidad subrogada admitida de hecho por vía reglamentaria», en *Diario La Ley*, (Sección Doctrina), n.º 7777, enero de 2012 (La Ley 22179/2011), p. 12 VELA SÁNCHEZ, A.J.: «De nuevo sobre la regulación del convenio de gestación por sustitución o de maternidad subrogada en España». A propósito de la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 23 de noviembre de 2011. en *Diario La ley* (Sección Doctrina), n.º 7815, marzo de 2012 (La Ley 2208/2012), p. 1.

<sup>14</sup> En similares términos, GUZMÁN ZAPATER, M., «Gestación ...», *op. cit.*, pp. 740-741.

sustitución, algo que, además, constituye un serio menoscabo del derecho de los hijos a conocer su origen biológico (artículo 39.2 CE)<sup>15</sup> y que impide constatar si realmente se respetaron los derechos de la madre gestante (p.ej., si su maternidad realmente respondió a una decisión libremente aceptada) o, incluso, si los consentimientos prestados son revocables. De hecho, la única información que se contiene en la certificación es la filiación a favor de los padres comitentes. Parece evidente que a la luz de este panorama cualquier atisbo de realidad de los datos recogidos en la certificación registral extranjera resulta una mera entelequia<sup>16</sup>.

Por supuesto, la realidad es muy variada y siempre se podrá decir que en el futuro podría encontrarse un modelo de certificación registral adoptado en uno de los países que hoy en día admiten la gestación por sustitución que cumpla todos los requisitos antes apuntados. Ahora bien, no creo que ello sirviera para deslegitimar la solución seguida por la DGRN, en especial si se tiene en cuenta la peculiar naturaleza jurídica de una instrucción interna como la que estamos analizando. Al margen de que se trata de una mera regla de servicio de contenido general que el superior jerárquico dicta dentro del marco de su potestad organizativa con efectos *ad intra* y que, por tanto, ni posee eficacia constitutiva directa sobre los

---

<sup>15</sup> Vid.: QUESADA GONZÁLEZ, M.C., «El derecho (¿constitucional?) a conocer el propio origen biológico» *Anuario de Derecho Civil*, 1994, Vol. II, pp. 237-304; GARRIGA GORINA, M., «El conocimiento de los orígenes genéticos en la filiación por reproducción asistida con gametos donados por un tercero», *Derecho privado y Constitución*, 2007, núm. 21, pp.167-228.

<sup>16</sup> Además, de la inexistencia de dudas sobre la *realidad* del hecho inscrito, el artículo 23 LRC exige que tampoco haya dudas sobre su *legalidad* conforme al Derecho español. Nuestros tribunales han concebido este precepto como una remisión al ordenamiento material español y ello les ha llevado a negar la posibilidad de inscribir una certificación registral extranjera que acredite una relación de filiación derivada de gestación por sustitución al entender que el artículo 10.1 de la Ley 14/2006 prohíbe esta práctica en España (*vid.* las ya citadas sentencias del JPI núm. 15 de Valencia, de 15 de septiembre de 2010 y de la AP de Valencia, de 23 de noviembre de 2011, que confirma la anterior). En principio esta interpretación constituiría un nuevo argumento a favor de la postura seguida por la DGRN en la Instrucción, es decir a favor de excluir la certificación registral como título inscribible. Sin embargo, y para ser sincero, el razonamiento seguido tanto por el Juzgado de Primera Instancia como por la Audiencia Provincial me parecen muy discutibles. Al margen de que la remisión del artículo 23 LRC debe entenderse, no como una remisión al ordenamiento sustantivo español sino a *todo* nuestro ordenamiento, incluyendo la normativa conflictual, el mencionado precepto no es en realidad una norma prohibitiva sino una regla de contenido meramente obligacional que se limita a señalar la nulidad de los contratos de gestación por sustitución (*vid.* con más detalle *infra* núm. 19). En realidad, la única consecuencia que se atribuye a la gestación por sustitución en el artículo 10 (apartado 2.º) es que la filiación de los hijos nacidos será determinada por el parto (en similares términos, ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., «Efectos ...», *op. cit.*, p. 356).

terceros (no obligan ni son oponibles a terceros), ni es habilitante (no crea potestades que incidan sobre la esfera jurídica de los terceros), el único objetivo de una instrucción consiste en condicionar la actividad de los dependientes jerárquicos aportando criterios generales claros y precisos de acuerdo a los cuales interpretar una determinada norma o afrontar una determinada cuestión a la luz de la problemática existente en el momento de dictar la Instrucción.

Es cierto que esa vocación de generalidad y esa «actualidad» que subyace bajo una instrucción de alguna manera la «petrifica», de suerte que podría suceder que en el futuro llegaran a suscitarse situaciones específicas a las que la Instrucción no otorgase una respuesta adecuada. Ahora bien, en el improbable caso de que se presentara ante nuestras autoridades registrales una certificación registral extranjera dictada en un determinado Estado en la que la información en ella recogida reflejara la existencia previa de un supuesto de gestación por sustitución, la identidad de la madre biológica, la ausencia de coacción en el consentimiento, la irrevocabilidad de los consentimientos, etc., el sistema es lo suficientemente flexible como para posibilitar finalmente la inscripción (p.ej., a través de las consultas que el Encargado del Registro pudiera dirigir a la DGRN sobre el supuesto particular, mediante una modificación de la Instrucción que permitiera inscribir las certificaciones provenientes de ese Estado concreto o, en último extremo, mediante el recurso ante la propia DGRN<sup>17</sup>).

11. La Instrucción perseguía dos objetivos esenciales. El primero era lograr la plena protección jurídica del interés superior del menor, y para ello recurrió a tres instrumentos. De un lado, se pretendió habilitar los medios necesarios para que la filiación tuviera acceso al Registro Civil español cuando uno de los progenitores fuera de nacionalidad española, como vía de reconocimiento a efectos registrales de su nacimiento. En segundo lugar se intentaba evitar que con la inscripción registral se dotase de apariencia de legalidad a supuestos de tráfico internacional de menores. Finalmente, se trataba de garantizar el derecho del menor a conocer su origen biológico, tal y como contempla el artículo 7, número 1, de la Convención sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989,

---

<sup>17</sup> A menos que prospere la ya mencionada reforma de los registros públicos contemplada en el Anteproyecto de Ley de Reforma Integral de los Registros Públicos, que excluye de forma absolutamente injustificada cualquier tipo de recurso administrativo frente a las decisiones del Encargado del Registro Civil (también frente a las calificaciones de los registradores de la propiedad, mercantiles y de bienes inmuebles) y obliga a acudir directamente a la vía judicial.

artículo 12 de la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción Internacional y la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de septiembre de 1999.

Junto al «interés superior del menor», el segundo objetivo que perseguía la Instrucción era asegurar la protección de las mujeres que se prestan a dicha técnica de reproducción y renuncian a sus derechos como madres, garantizando, tal y como se verá a continuación, que otorgaron su consentimiento con total libertad y que tras el supuesto no se encubre ningún caso de explotación de mujeres (*Vid.* Exposición de Motivos).

12. La DGRN, coherentemente con la postura seguida hasta la fecha por nuestro TS, diferenció además en atención a la naturaleza del procedimiento que hubiera dado lugar a la resolución judicial extranjera. En el caso de que esta tuviera su origen en un procedimiento de naturaleza contenciosa debería acudir al reconocimiento a título principal de la resolución extranjera, mientras que si el procedimiento extranjero fuera equiparable a uno español de jurisdicción voluntaria, la inscripción no quedaría sometida a dicho requisito, bastando a tales efectos con el reconocimiento incidental de la resolución como requisito previo a su inscripción, tal y como ha proclamado el Tribunal Supremo en numerosas ocasiones. La Instrucción, no obstante, se separa de la posición tradicional del TS<sup>18</sup>, una posición fuertemente criticada por la doctrina<sup>19</sup>, y en lugar de exigir que el Encargado del Registro realice un reconocimiento conflictual de la resolución extranjera de jurisdicción voluntaria<sup>20</sup>, apuesta por un reconocimiento de naturaleza procesal, independiente de las normas de conflicto, tal y como sucede con el resto de resoluciones judiciales<sup>21</sup>.

A la hora de realizar este reconocimiento incidental, y ante la inexistencia de norma expresa al respecto, la DGRN consideró que la solución más razonable consistía en aplicar analógicamente, dentro de las limitaciones

---

<sup>18</sup> *Vid.*, entre otras, AATS (Sala de lo Civil) de 30 de noviembre de 1999 (*RJ* 9912), 18 de julio de 2000 (*RJ* 7140), 4 de septiembre de 2002 (*RJ* 238646) y 31 de julio de 2003 (*RJ* 6266).

<sup>19</sup> *Vid. v.gr.* VIRGÓS SORIANO, M., GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J., *Derecho procesal civil internacional*, 2.ª Ed. Madrid, 2007, pp. 712-713.

<sup>20</sup> La apuesta por un reconocimiento conflictual significa que solo se van a reconocer las resoluciones extranjeras que hubieran sido dictadas por el Estado cuya ley fuese aplicable por nuestras normas de conflicto (siempre que, además, se verifiquen los requisitos contemplados en el art. 323 LEC). Con más detalle, *vid.* VIRGÓS SORIANO, M., GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J., *Derecho*, *op. cit.*, pp. 542-544.

<sup>21</sup> Parecen mostrarse favorable a esta opción, DE MIGUEL ASENSIO, P., «La Instrucción de la DGRN de 10 de octubre de 2011» (<http://pedrodemiguelasensio.blogspot.com.es>) y ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., «Efectos ...», *op. cit.*, pp. 360-361.

del procedimiento registral, las condiciones a las que se somete el reconocimiento a título principal contempladas en la LEC 1881, ajustando tales condiciones a la naturaleza de este tipo de resoluciones. Ello supuso el control de cuatro circunstancias: autenticidad de la resolución, eficacia y carácter definitivo de esta, competencia judicial internacional de la autoridad de origen y, finalmente, no contrariedad con el orden público español. La DGRN hizo suyos estos imperativos y señaló que solo cabrá el reconocimiento incidental de la resolución extranjera como exigencia previa a la inscripción cuando el Encargado del Registro constata: a) la regularidad y autenticidad formal de la resolución judicial extranjera y de cualesquiera otros documentos que se hubieran presentado; b) 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 este hubiera transcurrido, sin que quien tenga reconocida facultad de revocación, la hubiera ejercitado; c) que el Tribunal de origen basó su competencia judicial internacional en criterios equivalentes a los contemplados en la legislación española.

13. En cuanto al cuarto requisito al que nuestra normativa interna somete el reconocimiento de resoluciones judiciales extranjeras: la ausencia de contradicción con el orden público español, la DGRN lo adaptó al ámbito de la gestación por sustitución. O, para ser más exactos, identificó los elementos esenciales que integrarían la cláusula de orden público en este ámbito, a fin de que los Encargados del Registro los tuvieran presentes en su tarea y los valorasen *in casu* ante cada supuesto que pudiera plantearseles. La Instrucción concretó en primer lugar el orden público procesal al exigir que se constate el respeto a los derechos procesales de los sujetos involucrados y, en particular, de la madre gestante, y a continuación enumeró los elementos esenciales que integran el orden público material en este ámbito, al demandar del Encargado del Registro que constata que no se haya producido una vulneración del interés superior del menor –fundamentalmente mediante la comprobación de que la resolución judicial es firme y que los consentimientos prestados no son revocables– y de los derechos de la madre gestante, lo que pasa necesariamente por verificar que tenía capacidad natural suficiente y que su consentimiento se obtuvo de forma libre y voluntaria, sin incurrir en error, dolo o violencia.

Tras la aprobación de la Instrucción de 5 de octubre de 2010 y hasta que el TS dictó su primera sentencia sobre esta materia, se han inscrito multitud de resoluciones judiciales extranjeras y la DGRN ha resuelto un elevado número de recursos frente a la negativa del Encargado del

Registro Consular o incluso del Registro Civil Central aplicando las directrices contempladas en la propia Instrucción. La mayor parte de los recursos fueron estimados y todos tienen su origen en supuestos de gestación por sustitución provenientes de EE.UU y en su mayoría de California. Por el contrario, la DGRN también ha desestimado algunos recursos frente a resoluciones denegatorias en supuestos de gestación por sustitución llevados a cabo en otros Estados como la India, basándose en la inexistencia de una resolución judicial previa en la que se acredite la homologación por parte de un juez del contrato de gestación por sustitución y se determine la filiación a favor del padre o padres comitentes, así como la ruptura de cualquier vínculo con la madre gestante y, en su caso, con su cónyuge.

### **2.3 La posición de la Jurisprudencia**

14. Hasta la STS de 6 de febrero de 2014 nuestros tribunales habían mostrado, con carácter general, una posición favorable hacia las relaciones de filiación constituidas en el extranjero a partir del recurso a la gestación por sustitución.

En el caso concreto de la jurisdicción laboral, los órganos jurisdiccionales españoles están reconociendo beneficios sociales a los padres comitentes al amparo del artículo 133 bis de la Ley General de la Seguridad Social. De este modo, el TSJ de Asturias ha reconocido un permiso de maternidad para la madre intencional<sup>22</sup>, y el TSJ de Madrid ha concedido una pensión de maternidad a uno de los cónyuges de un matrimonio homosexual que previamente habían inscrito en nuestro Registro Civil la filiación de un menor tras recurrir a una madre subrogada en California<sup>23</sup>. Para conceder dicha prestación el TSJ de Madrid consideró que el supuesto era parangonable a uno de acogimiento familiar o de adopción. Similar criterio ha acogido también el TSJ de Cataluña<sup>24</sup>.

Nuestras autoridades judiciales también se han enfrentado a supuestos en los que se solicitaba, no ya la inscripción de una certificación registral como sucedió en el supuesto resuelto por el TS, sino el reconocimiento a título principal de resoluciones judiciales extranjeras en las que se

---

<sup>22</sup> Vid. STSJ de Asturias, de 20 de septiembre de 2012, Diario La Ley, núm 7963, Sección La Sentencia del día, 13 Nov. 2012, que confirma a su vez la Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 2 de Oviedo, de 9 de abril de 2012.

<sup>23</sup> STSJ de Madrid, Sala de lo Social, Secc. 4.ª, de 18 de octubre de 2012.

<sup>24</sup> STSJC Cataluña, Sala de lo Social, Sección 1.ª, en su sentencia de 23 de noviembre de 2012.

constituía una relación de filiación a favor de los padres comitentes. En este caso las decisiones llegan a conclusiones diferentes, si bien coinciden en su endeble armazón argumental. Por un lado, a través de un auto cuyos fundamentos se limitan en realidad a reproducir literalmente la Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010, el Juzgado de 1.ª Instancia e Instrucción de Pozuelo de Alarcón (Madrid) en un Auto de 25 de junio de 2012, ha concedido el reconocimiento a una resolución judicial californiana por la que se declaraba la maternidad de una mujer española que recurrió a la gestación por sustitución en California. Más decepcionante todavía es otro auto de 3 de diciembre de 2012, en este caso de la A.P. de Madrid, en el que se desestima el recurso interpuesto frente al juzgador de instancia, que a su vez había denegado el reconocimiento de la resolución estadounidense. En este caso, el único argumento que se invoca para justificar la denegación es la prohibición de los contratos de gestación por sustitución por el artículo 10 LTRHA y la afirmación en términos absolutamente genéricos de la supuesta vulneración del orden público español que ello supondría.

### 3. LA STS DE 6 DE FEBRERO DE 2014

#### 3.1 Los argumentos del Tribunal Supremo

15. Como ya se ha avanzado, no comulgo ni con la mayor parte de los argumentos ni con el resultado alcanzado por el TS en su sentencia de 6 de febrero de 2014. No obstante, debe reconocerse que esta resolución tiene el gran mérito de identificar perfectamente el problema al que se enfrentaba y asumir –al contrario que la Audiencia Provincial de Valencia– y de algún sector doctrinal que analizó en su momento la Resolución de la DGRN impugnada<sup>25</sup>, que en este caso el juego de la normativa conflictual y con ello la aplicación «directa» del artículo 10 de la Ley 14/2006 debía quedar descartada. La Sentencia deja esto claro desde el principio al señalar, por un lado que *«no estamos ante un 'hecho' que haya de ser objeto por primera vez de una decisión de autoridad en España (...) y que deba ser resuelto conforme a la ley sustantiva a la que remita la norma de*

---

<sup>25</sup> Vid. v. gr.: CAMARERO GONZÁLEZ, G. J., «Notas 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*, n.º 7910, Sección Tribuna; LASARTE ÁLVAREZ, C., «La reproducción asistida y la prohibición legal de maternidad subrogada admitida de hecho por vía reglamentaria», *Diario La Ley* núm. 7777, Sección Doctrina, 17 de enero de 2012; SALVADOR GUTIÉRREZ, S., «Reconocimiento registral de la determinación en el extranjero de doble filiación paterna mediante técnicas de gestación por sustitución», *El Derecho, Boletín de Derecho de Familia*, 1 de septiembre de 2012.

*conflicto», y por otro, que «La técnica aplicada no es la del conflicto de leyes sino la del reconocimiento. Existe ya una decisión de autoridad, la adoptada por la autoridad administrativa del Registro Civil de California al inscribir el nacimiento de los niños y determinar una filiación acorde con las leyes californianas».*

16. Una vez aislado el ámbito en el que debe ser resuelto el supuesto, el TS identifica la normativa a la que debe acudir cuando se pretenda la inscripción en España de certificaciones registrales extranjeras: los artículos 81 y 85 del Reglamento del Registro Civil y el artículo 23 de la vigente Ley del Registro Civil, el precepto que ignoró la resolución impugnada. De entre todos estos requisitos es en el orden público donde la sentencia centra toda su batería de argumentos para oponerse a la inscripción de la certificación estadounidense. Para el TS, como no podía ser de otro modo, el orden público debe entenderse, básicamente, 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»*. Cita de este modo la STC de 23 de febrero de 1989<sup>26</sup>, así como diversos preceptos constitucionales que regularían los aspectos esenciales del Derecho de familia como el derecho al libre desarrollo de la personalidad (artículo 10.1), el derecho a contraer matrimonio (artículo 32), el derecho a la intimidad familiar (artículo 18.1), el derecho a la integridad física y moral de las personas (artículo 15) y a su dignidad, así como la obligación de los poderes públicos de garantizar la protección de la familia, la protección integral de los hijos, la igualdad de estos con independencia de su filiación y de las madres cualquiera que sea su estado civil (artículo 39) y la protección de la infancia de acuerdo a los convenios internacionales en vigor en España.

17. Tras exponer el amplio elenco normativo en el que se cimentaría el orden público español, el TS da un paso más y considera que *«las normas aplicables a la gestación por sustitución o maternidad subrogada, en concreto el artículo 10 de la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida, integran el orden público internacional español»*. En la sentencia se utiliza la palabra «integra», pero lo cierto es que de la lectura de la sentencia parece claro que para el Tribunal el artículo 10 LTRHA no es un elemento integrador más de la cláusula de orden público sino *el único* elemento integrador. Dicho de otro modo, el artículo 10 LTRHA sería el precepto en el que cristalizaría el elenco de derechos fundamentales y

---

<sup>26</sup> STC 54/89.

principios que se proyectan sobre este ámbito y el que realizaría la ponderación correcta entre todos ellos. La Sentencia deja clara esta circunstancia al señalar que *«La filiación cuyo acceso al Registro Civil se pretende es frontalmente contraria a la prevista en el artículo 10 de la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida, y como tal, contraria al orden público, lo que impide el reconocimiento de la decisión registral extranjera en lo que respecta a la filiación que en ella se determina»*<sup>27</sup>.

El TS, no obstante, acepta que en algunos casos pueda realizarse una atenuación del orden público español pero sin embargo considera que en el supuesto objeto del recurso, además de existir una estrechísima vinculación con España (el domicilio de los padres comitentes), las conexiones con EE.UU. eran absolutamente artificiales, motivo por el cual no resultaría posible aceptar dicha atenuación.

18. Los recurrentes consideraban que era posible establecer una disociación entre los aspectos meramente obligacionales y los relativos a la filiación, tal y como solicitaban los recurrentes, de tal modo que las consecuencias derivadas de la aplicación del artículo 10.1 LTRHA solo se proyectarían sobre los primeros pero no sobre los segundos. Ello supondría que, incluso asumiendo que el mencionado artículo 10 integra (o monopoliza) el juego de la cláusula de orden público en este ámbito, este solo se proyectaría sobre los aspectos contractuales, pero no sobre la inscripción de la certificación extranjera en el Registro. Sin embargo el TS rechazó este argumento al entender que lo que pretenden precisamente los recurrentes es la consecuencia del contrato de gestación por sustitución, por lo que rechazan la posible disociación.

19. En cuanto a uno de los argumentos de más peso esgrimido por los padres comitentes: el atentado contra el interés superior de los menores que supondría privar a estos del acceso al Registro de su filiación, el TS enumera diversos textos en los que aparece recogido este principio (el artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, el artículo 24.2 de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE, el artículo 39.2 de la Constitución española y un amplio elenco de sentencias tanto del Tribunal Constitucional como del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. No obstante, para el Tribunal, el interés superior del menor debe ser ponderado en pie de igualdad con otros bienes jurídicos como el respeto a la dignidad e integridad moral de la mujer gestante o la prohibición de la mercantilización de la gestación y la filiación. Y considera además que la

---

<sup>27</sup> Fto. Tercero 11.

aplicación de este principio ha de hacerse «*para aplicar e interpretar la ley y colmar sus lagunas, pero no para contrariar lo expresamente previsto en la misma*». Añade el Tribunal que «*No hacerlo así podría llevar a la desvinculación del juez respecto del sistema de fuentes, que es contraria al principio de sujeción al imperio de la ley que establece el artículo 117.1 de la Constitución. Hay cambios en el ordenamiento jurídico que, de ser precedentes, debe realizar el parlamento como depositario de la soberanía nacional, con un adecuado debate legal y legislativo, sin que el juez pueda ni deba suplirlo*».

Es más, la Sentencia identifica el contenido que un concepto jurídico indeterminado como este debería tener en este tipo de supuestos. De este modo aunque reconoce que la privación de la filiación a los menores podría suponerles inconvenientes, entiende que por encima de los perjuicios que estos pudieran sufrir<sup>28</sup>, se encuentra su dignidad, que se vería menoscabada si se convirtiera en objeto del tráfico mercantil<sup>29</sup>.

20. El Tribunal Supremo, no obstante, parece atenuar sus postulados en los últimos párrafos de la sentencia y además de limitar la denegación de la inscripción de la certificación registral extranjera «*a la filiación en ella determinada, pero no al resto de su contenido*» (sic), considera además que en el caso de que uno de los padres comitentes sea también el padre biológico, podrá reclamar la paternidad en aplicación del artículo 10 LTRHA, al margen de la posibilidad de acudir al acogimiento familiar o a la adopción para formalizar la integración real de los niños en el núcleo familiar<sup>30</sup>. Es más, insta al Ministerio Fiscal a que «*ejercite las acciones pertinentes para determinar en la medida de lo posible la correcta filiación de los menores y para su protección, tomando en consideración, en su caso, la efectiva integración de los mismos en un núcleo familiar de facto*».

### 3.2 Valoración crítica de la Sentencia

#### 3.2.1 La supuesta irrelevancia de la naturaleza del título inscribible

21. Se ha señalado que la STS de 6 de febrero de 2014 resulta tremendamente discutible por muy diversos motivos, tal y como ya

---

<sup>28</sup> Fto. Quinto 11.

<sup>29</sup> Fto. Quinto 8.

<sup>30</sup> Fto. Sexto 11.

señalado en trabajos anteriores<sup>31</sup>. En primer lugar, no es posible compartir una de sus afirmaciones iniciales<sup>32</sup>, según la cual, resulta irrelevante para resolver el supuesto si el título extranjero que debe ser inscrito es la certificación registral o la resolución judicial previamente dictada que homologó el contrato de gestación por sustitución y de la que deriva la propia certificación. Al realizar esta afirmación el Alto Tribunal parece ignorar que es la resolución judicial la que convalida y atribuye efectos al contrato de gestación por sustitución, la que establece la relación de filiación a favor de los nacionales españoles y excluye la de la madre gestante (y en su caso, la de su cónyuge) y la que acredita que esta emitió libremente su consentimiento y era plenamente consciente de las consecuencias de sus actos. Y se ignora también, y esto resulta especialmente grave, que la certificación constituye un mero reflejo distorsionado de la decisión judicial, ya que el Derecho de California impide que en ella se recoja referencia alguna ni a la previa celebración de un contrato de gestación por sustitución ni a la identidad de la madre gestante o biológica. De hecho, la única información que se contiene en la certificación es la filiación a favor de los padres comitentes.

Sorprende, por tanto, que el TS no ponga ningún reparo a la posibilidad de que este tipo de certificaciones registrales puedan acceder al Registro Civil español. De hecho, el argumento más evidente –y seguramente también el único– para denegar la inscripción de la certificación registral extranjera es la imposibilidad de considerar la certificación extranjera como un título inscribible válido en los supuestos de gestación por sustitución, tal y como consideró la DGRN en la Instrucción de 5 de octubre de 2010.

Al proclamar la irrelevancia de que el título que se pretenda inscribir sea la certificación registral extranjera o la resolución de la que esta trae causa, se ignora que es la resolución judicial la que convalida y atribuye efectos al contrato de gestación por sustitución, la que establece la relación de filiación a favor de los nacionales españoles y excluye la de la madre gestante (y en su caso, la de su cónyuge) y la que acredita que esta emitió libremente su consentimiento y era plenamente consciente de las consecuencias de sus actos. Y se ignora también, y esto resulta

---

<sup>31</sup> «Inscripción de relación de filiación derivada del recurso a gestación por sustitución en el extranjero», *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, n.º 96, 2014, pp. 177-214; «El Tribunal Supremo y la gestación por sustitución: crónica de un desencuentro (a propósito de la STS de 6 de febrero de 2014)», *Notario del Siglo XXI*, n.º 54.

<sup>32</sup> Fto. Tercero 2.

especialmente grave, que tal y como ya se ha indicado, la certificación constituye un mero reflejo distorsionado de la decisión judicial, ya que el Derecho de California impide que en ella se recoja referencia alguna ni a la previa celebración de un contrato de gestación por sustitución ni a la identidad de la madre gestante o biológica<sup>33</sup>. De hecho, la única información que se contiene en la certificación es la filiación a favor de los padres comitentes. Como puede comprobarse, resulta difícil acomodar esta circunstancia al requisito de que no existan dudas sobre la realidad de los datos y circunstancias recogidos en la certificación registral extranjera.

En definitiva, para rechazar la inscripción de la certificación extranjera al TS le habría bastado con alegar la exigencia que se deriva de los artículos 23 LRC y 85 RRC de que dicha certificación dé prueba de la realidad del hecho inscrito para haber tenido un argumento decisivo (y correcto) en contra de la denegación de la inscripción).

### 3.2.2 *La incorrecta configuración de la cláusula de orden público*

22. Con independencia de las críticas que ello merezca, lo cierto es que el TS asumió (o ni siquiera se planteó) que la certificación registral extranjera no ofrecía dudas sobre la realidad del hecho inscrito, y centró sus esfuerzos en demostrar que la certificación no cumplía la otra exigencia contemplada en el artículo 23 de la vigente Ley del Registro Civil: la legalidad conforme al derecho español del hecho inscrito, un requisito que, como ya se ha apuntado, lo que impone en realidad es el control de que la inscripción de la certificación extranjera no suponga una violación del orden público español.

23. A la hora de valorar la postura de nuestro TS sobre esta cuestión resultará de especial importancia tener presente la ya mencionada sentencia del BGH alemán de 10 de diciembre de 2014, en la que dio la razón a una pareja registrada homosexual de dos nacionales alemanes y permitió el reconocimiento y subsiguiente inscripción en el Registro Civil, no de una certificación extranjera, como acontecía en el supuesto

---

<sup>33</sup> Así lo entendió la Sentencia de la *Corte di Appello* de Bari, en su sentencia de 13 de febrero de 2009 (citada en Campiglio, C., «Lo stato di figlio nato da contratto internazionale di maternità», *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2009, pp. 589-604, p. 594). En similares términos OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, P., «Reconocimiento ...», p. 485-486; QUIÑONES ESCÁMEZ, A., «Doble filiación ...», *op. cit.*, pp. 14-15. Esta solución se recoge también de forma expresa en el artículo 98.2 de la nueva Ley del Registro Civil (*vid. infra* nota núm. 38). Una opinión contraria sostiene, no obstante, G. CUNIBERTI, «Nota ...», *op. cit.*, p. 150.

planteado ante el TS, sino de una resolución judicial californiana en la que se convalidaba un contrato de gestación por sustitución<sup>34</sup>. Lo más destacado de esta resolución es que el BGH no entendió que la inscripción de la resolución californiana fuera contraria al orden público alemán pese a que, como ya se ha señalado, en este Estado se establecen sanciones penales, no para los padres comitentes o la madre gestante, pero sí para cualquier tercero que intervenga o medie la celebración del contrato de gestación por sustitución o promueva la celebración de estos contratos mediante la puesta en contacto con posibles madres gestantes. Además el §1591 del Código Civil (BGB) considera también a la madre gestante como la única madre del niño, excluyendo la de cualquier otra mujer aunque sea la madre genética.

Junto a la postura del BGG alemán, también resultará especialmente útil conocer los postulados adoptados por el Tribunal Constitucional austriaco (VfGH) en sendas resoluciones de 14 de diciembre de 2011 y 11 de octubre de 2012. Las sentencias austríacas tienen su origen en el nacimiento de tres niños a través del recurso a la gestación por sustitución, dos en el Estado de Georgia (EE.UU.) y uno en Ucrania. En ambos casos los padres comitentes eran matrimonios heterosexuales y habían aportado el material genético. El VfGH declaró en el primer supuesto que el niño era el hijo de los padres comitentes y no de la madre gestante, mientras que en el segundo admitió la inscripción en Austria de la certificación ucraniana de nacimiento de los gemelos, sin entender que con ello se vulnerara el orden público austriaco. Las sentencias tienen también especial interés para nosotros porque pese a que la Ley sobre Reproducción Médica Asistida austriaca («Fortplanzungsmedizingesetz») no prohíbe expresamente la gestación por sustitución, exige que los óvulos solo sean implantados en el cuerpo de aquella mujer de la que fueron extraídos, con lo que *de facto* la excluye. Además, al igual que acontece en nuestro país, según el §137 b) del Código Civil austríaco, la maternidad siempre se atribuye a la madre gestante, aunque no sea la madre biológica<sup>35</sup>. Los pronunciamientos del VfGH han supuesto también una reforma de la normativa austriaca sobre adquisición de la nacionalidad.

---

<sup>34</sup> Con relación a esta resolución, *vid.* los comentarios de: *Helms, FamRZ*, n.º 3, 2015, pp.245 y ss y *Zwißler, NZFam*, n.º 3, 2015, pp. 118 y ss.

<sup>35</sup> Sobre estas sentencias puede consultarse Lurger, B, «Das österreichische IPR bei Leihmutterschaft im Ausland – das Kindeswohl zwischen Anerkennung, europäischen Grundrechten und inländischem Leihmutterschaftsverbot, *IPRax*, vol .3, 2013, pp. 282-288.

**a) La necesidad de adaptar la cláusula de orden público al caso concreto.**

24. La primera gran crítica que cabe hacer al TS al concretar la cláusula de orden público es que olvida, al contrario que el voto particular (Fundamento Segundo) o que el BHG alemán y el VfGH austríaco, que el control del orden público, tal y como el propio TS ha proclamado en otras ocasiones<sup>36</sup>, no se realiza respecto de una determinada institución (en este caso, la gestación por sustitución), sino respecto de los efectos que supondrá la inscripción del documento extranjero (en este caso la certificación californiana) en España. La Sentencia señala en alguna ocasión que el objeto del test de orden público debe ser la propia inscripción de la certificación extranjera, pero una lectura medianamente atenta de la resolución pone de manifiesto que dichas afirmaciones son en realidad huecas declaraciones de intenciones en absoluto ejecutadas, y que lo que se hace en realidad es un juicio general a la gestación por sustitución.

El control del orden público cuando se trata de determinar si se da o no eficacia a documentos públicos extranjeros no consiste en hacer un juicio en abstracto de la compatibilidad de una determinada figura o institución con nuestro orden público sino en determinar si *en cada caso concreto*, permitir que dicho documento despliegue o no efectos en nuestro Estado supone una violación flagrante de principios, derechos y valores esenciales de nuestro ordenamiento. Y es precisamente esta tarea la que no realizó el TS. En la sentencia de 6 de febrero de 2014 se citan numerosas normas constitucionales y convencionales que sustentarían el juego de la cláusula de orden público en este ámbito e incluso, con mayor o menor acierto, se intentan identificar los intereses concretos que se verían afectados en los supuestos de gestación. Sin embargo, tras estas grandilocuentes afirmaciones, el TS olvida descender al supuesto objeto del recurso y determinar por qué a la luz de las circunstancias específicas que se verifican *en ese caso concreto* la inscripción supondría una vulneración de nuestro orden público. Como se señala con especial acierto en el voto particular, la Sentencia «*tutela la excepción del orden público de una forma preventiva, más allá de lo que resulta del supuesto sometido a la consideración de la Sala mediante el recurso de casación*».

Es cierto que el TS cita como uno de los elementos configuradores de la cláusula de orden público en estos supuestos el respeto a la integridad física y moral de las personas y a su dignidad. Ahora bien, con eso no

---

<sup>36</sup> Vid. v.gr., ATS de 21 de abril de 1998, RJ 3563.

basta. Hay que identificar tanto quiénes son esas personas como el modo en que podría verse afectada su integridad física y moral como consecuencia de la inscripción. El TS cumple el primer requisito e identifica dichos sujetos: la mujer gestante y los menores. Ahora bien, no se puede decir lo mismo del segundo porque el Alto Tribunal se limita a realizar un «juicio sumarísimo» a la gestación por sustitución con afirmaciones como que con ella se vulnera la dignidad de la madre gestante y del menor *«mercantilizando la gestación y la filiación, ‘cosificando’ a la mujer gestante y al niño, permitiendo a determinados intermediarios realizar negocios 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 solo quienes disponen de elevados recursos económicos pueden establecer relaciones paterno-filiales vedadas a la mayoría»*.

La última afirmación cae por su propio peso. Ciertamente recurrir a la gestación por sustitución no es barato, especialmente en ciertos Estados que suelen ser los que más garantías ofrecen, ahora bien, si el TS utiliza este argumento debería tener en cuenta que también resulta extrapolable, por ejemplo, a la adopción internacional. Adoptar fuera de España también sale caro y no está al alcance de todo el mundo, ahora bien, no por ello parece que alguien tenga en mente empezar a denegar el reconocimiento de adopciones constituidas en el extranjero por este motivo.

25. En cuanto al resto de aseveraciones, resulta difícil no compartirlas. Sin embargo, al TS se le escapa un pequeño detalle: no explica por qué la inscripción en *este caso concreto* podría suponer una aceptación del estado de necesidad y de la «cosificación» de una mujer en estado de pobreza (y si sobre todo, por qué considera que realmente hubo tal estado de necesidad o que la madre estaba en situación de pobreza). Tampoco justifica el motivo de que considere que en el supuesto que tuvo que resolver se había producido una mercantilización de la madre gestante o un atentado contra su dignidad, cuando ni siquiera se planteó si la mujer recibió una retribución o simplemente una compensación por los perjuicios sufridos como consecuencia el embarazo y el parto o si fue coaccionada para quedarse embarazada<sup>37</sup>. Ahora bien, para ser sinceros, este proceder

---

<sup>37</sup> En contraste con los postulados del TS, el BGH consideró que la gestación por sustitución no constituye una violación de la dignidad de la madre gestante, siempre que el procedimiento seguido en el Estado de origen garantice que prestó su consentimiento voluntariamente. Asimismo, el BGH señaló que, dado que la madre gestante renunció ante las autoridades judiciales a asumir cualquier tipo de responsabilidad parental respecto del menor, su situación resultaría equiparable a la de las madres que entregan su hijo en adopción.

hasta cierto punto resulta lógico si se tiene en cuenta, una vez más hay que decirlo, que el TS no tiene en sus manos la resolución judicial californiana sino una mera certificación registral cuyo único contenido, como ya sabemos, es la afirmación de que los menores son hijos de los padres comitentes. Difícilmente podrá controlar el TS el respeto por parte de las autoridades estadounidenses del amplio espectro de valores que enuncia, a la luz de la información contemplada en el título extranjero que debe valorar.

26. Una vez más, el voto particular pone de manifiesto con especial nitidez y acierto las carencias de la sentencia. Sirvan como ejemplo las siguientes líneas contempladas en su Fundamento 3, que suscribo en su totalidad:

*«Finalmente, la vulneración del orden público internacional solo puede comprobarse caso por caso. Son los tribunales españoles los que deben decidir la cuestión de si los efectos que produce una resolución extranjera en España contrarían los principios constitucionales, no los que emanan de una ley que anula el contrato, pero que no elimina sus consecuencias una vez producidas, y es evidente que más allá de una afirmación genérica sobre esta cuestión, nada se concreta: a) no se indica cómo queda afectada la dignidad de quien solicita libre y voluntariamente esta forma de procreación, como tampoco de la mujer que acepta esa petición, en el seno de un procedimiento judicial regulado en la sección 7630 del California Family Code dirigido a determinar la filiación conforme a la voluntad de las partes expresada en el acuerdo; b) tampoco se colige de qué forma se ve afectada la dignidad de los nacidos a los que se les procura una familia; c) no ha sido objeto de contradicción ni prueba el hecho de que puedan existir beneficios económicos indebidos o la participación de posibles intermediarios, y d) es la propia DGRN la que valora especialmente en resoluciones como la impugnada "que se ha respetado el interés superior de la menor, de acuerdo a lo exigido por el artículo 3 de la Convención de 20 de noviembre de 1989 sobre los derechos del niño" y que "la ruptura absoluta del vínculo de la menor con la madre gestante, quien en adelante no ostentará la patria potestad, garantizan el derecho del menor a disponer de una filiación única, válida para todos los países" (RDGRN 30 de noviembre; 22 de diciembre de 2011, entre otras)».*

**b) La incorrecta delimitación del orden público y del papel del artículo 10 LTRHA.**

27. Otro de los aspectos más discutibles de la Sentencia es el modo en que el TS interpreta el contenido del artículo 10 LTRHA. O, por ser más

precisos, el modo en que traslada el contenido de este artículo a la cláusula de orden público.

28. Por lo pronto, resulta muy discutible inferir de su apartado 1.º que la práctica de la gestación por sustitución deba ser considerada como una conducta prohibida en España y esta circunstancia debería haber sido tomada en cuenta necesariamente por el TS antes de utilizarla como frontispicio de la cláusula de orden público. El hecho de que una norma establezca la nulidad de los contratos de gestación por sustitución no equivale necesariamente a que la celebración de tales contratos constituya una práctica prohibida. Para que la gestación por sustitución realmente estuviera prohibida en nuestro ordenamiento sería necesario que contáramos (dentro de la Ley 14/2006 o en otro lugar) con una norma que la calificase de forma categórica como una conducta prohibida, ilícita o que al menos estableciera algún tipo de sanción para este tipo de prácticas<sup>38</sup>, algo que, a diferencia de otros ordenamientos como el alemán<sup>39</sup> o el suizo<sup>40</sup>, no se contempla no ya en el artículo 26 de la propia Ley, precepto en el que se recogen los comportamientos sancionables, sino en ninguna otra norma de nuestro Derecho<sup>41</sup>. De hecho, en la

---

<sup>38</sup> Vid. con más detalle: ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., «Surrogacy: balance de cuatro años de práctica judicial y administrativa», en PELLISÉ, C., *La unificación convencional y regional del Derecho internacional privado*, Madrid, 2014, pp. 61-74, pp. 64-65; ATIENZA RODRÍGUEZ, M., «Sobre la nueva Ley de Reproducción Humana Asistida», *Revista de Bioética y Derecho*, núm. 14, 2008, pp. 4-9, p. 6 (del mismo autor y en similares términos, vid. asimismo «De nuevo sobre las madres de alquiler», *Notario del Siglo XXI*, núm. 27, septiembre-octubre. 2009, pp. 52-56, pp. 55-56; DELGADO ECHEVARRÍA, J., «El concepto de validez de los actos jurídicos de Derecho privado, Notas de teoría y de dogmática», *ADC*, 2005, pp. 9-74, p. 55; FARNÓS AMORÓS, E., «Inscripción ...», *op. cit.*, nota núm. 22. Similar opinión mantiene con relación al art. 10 de la antigua Ley 35/1988, de 22 de noviembre sobre técnicas de reproducción asistida, cuyo contenido era idéntico al actual; HEREDIA CERVANTES, I., «La Dirección ...», *op.cit.*, pp. 708-712)

<sup>39</sup> § 1(1) No. 7 Embryonenschutzgesetz, EschG) y § 14b Gesetz über die Vermittlung der Annahme als Kind und über das Verbot der Vermittlung von Ersatzmüttern (Adoptionsvermittlungsgesetz – AdVerMiG). Las sanciones están limitadas a los actos cometidos dentro del territorio alemán en aplicación del §7 del Código Penal alemán (Strafgesetzbuch, StGB).

<sup>40</sup> Art. 119.2 letra d) de la Constitución Federal y art. 4 de la Ley Federal sobre procreación medicamente asistida de 1998, reformada en 2006.

<sup>41</sup> De hecho, la lectura de las Recomendaciones de la Comisión Palacios (Informe de la Comisión Especial de Estudio de la Fecundación in Vitro y la Inseminación Artificial Humana, aprobado en el Pleno del Congreso de los Diputados en su sesión del día 10 de abril de 1986), una comisión cuya opinión el propio TS afirma haber tenido como referente directo, pone de manifiesto que las reticencias de dicha Comisión a la gestación por sustitución no se sustentaban tanto en motivos morales sino en las dificultades legales que supondría la

Disposición Adicional segunda de la Proposición de Ley que dio origen a la primera Ley de Reproducción Asistida (Ley 35/1998, de 22 de noviembre) y cuyo artículo 10 era idéntico al actual artículo 10 de la Ley 14/2006, si se contenía una prohibición formal de la figura y se hacía una llamada al establecimiento de sanciones que posteriormente fue eliminada de la redacción definitiva.

29. Hay que recordar además que la propia Ley 14/2006 en su artículo 10.3 contempla la posibilidad de que se ejerciten por o frente al padre biológico las acciones de reclamación de la paternidad contempladas en nuestro ordenamiento y de hecho el propio TS anima a los padres comitentes a acudir a esta vía en el caso de que uno de ellos sea el padre biológico. Dado que existen muchas posibilidades de que el padre biológico sea también el comitente, es decir, quien contrató con la madre gestante, resultaría ciertamente extraño que el partícipe en un comportamiento prohibido pudiera recibir el «premio» de ver reconocida su relación de paternidad. Basta para darse cuenta de la paradoja con acudir al ordenamiento francés en donde, como se ha señalado, la prohibición de los contratos de gestación por sustitución y su expresa consideración como contrarios al orden público francés tiene como sanción la negación de la filiación a los padres comitentes, incluidos los biológicos. Y por si todo ello no fuera suficiente, debe tenerse presente que las entidades que prestan sus servicios en este ámbito publicitan sus servicios, realizan reuniones y captan clientes en España sin ningún tipo de cortapisa. En definitiva, si la gestación por sustitución está prohibida en España, lo cierto es que se trata de una prohibición cuando menos peculiar.

De hecho, incluso si se asume la tesis del TS y se acepta una supuesta prohibición de la gestación por sustitución en nuestro país, deducir que de tal prohibición podría derivarse la contrariedad de esta figura con nuestro orden público se antoja un salto demasiado grande. Citando a M. Atienza<sup>42</sup>, la gestación por sustitución no parece contradecir los grandes principios que inspiran la bioética y que nuestra Constitución recoge (principio de dignidad y de daño, es decir, no causar un daño injustificado, de autonomía y de igualdad). De hecho, no parece contradecir el orden público de ninguno de los ordenamientos pertenecientes al constitucionalismo

---

regulación de los contratos entre los comitentes y la madre gestante y de los eventuales conflictos de intereses que pudieran producirse entre la madre subrogada y la pareja comitente.

<sup>42</sup> ATIENZA RODRIGUEZ, M., «De nuevo ...», *op.cit.*, p. 56.

contemporáneo y prueba de ello es que diversos países de nuestro entorno, con un elenco de valores y principios compartidos con el nuestro, reconocen esta figura. Y como prueba de lo señalado basta recordar la situación de un país como Alemania que contempla sanciones penales para los intermediarios o promotores de esta práctica, pero en el que sin embargo el BGH no considera que la inscripción de relaciones de filiación constituidas en California mediante gestación por sustitución suponga una vulneración de su orden público<sup>43</sup>.

30. También resulta criticable el hecho de que el TS considere el artículo 10 LTRHA como la norma que refleja de modo exclusivo el contenido del orden público en el ámbito del reconocimiento en nuestro país de relaciones de filiación constituidas en el extranjero mediante gestación por sustitución, es decir, como una suerte de crisol en el que aparecerían reflejados «los valores constitucionales de dignidad de la persona, respeto a la integridad moral y protección de la infancia» vigentes en este ámbito.

Por mucho que se empeñe el TS, el mencionado precepto es una mera norma sustantiva –por cierto, una norma *«que anula el contrato, pero que no elimina sus consecuencias una vez producidas»*, por utilizar las palabras del voto particular– y que solo debe ser aplicada por nuestras autoridades cuando se enfrenten a un supuesto en el que deban realizar una tutela por declaración de una cuestión relacionada con la gestación por sustitución. Sin embargo, cuando nuestras autoridades se enfrentan a un supuesto de tutela por reconocimiento, es decir, cuando está en juego dar eficacia en España a una relación de filiación constituida en el extranjero y tengan que decidir si aplican o no la cláusula de orden público, lo que deben realizar es una adecuada ponderación de los principios y derechos de rango convencional y constitucional que resultan aplicables al supuesto. Ciertamente cabe entender que el artículo 10 refleja algunos de estos principios y derechos, pero desde luego eso no significa que sean los únicos que entren en juego en un supuesto en el que lo que se pretende es el reconocimiento de una relación de filiación ya constituida en otro Estado, ni que la ponderación que se realice entre ellos sea la adecuada para estos supuestos. Por decirlo en otros términos, en la medida en que se trata de determinar si se inscribe en el registro español una relación de filiación constituida fuera de España que es válida para la ley del Estado de origen, y que tiene su origen en una práctica que además no está prohibida en España, la mera alegación del tenor literal del artículo

---

<sup>43</sup> En las sentencias del VfGH austriaco sobre esta cuestión, se consideró que las normas contempladas en la Ley sobre reproducción médica asistida austriaca ni integran el orden público austriaco ni protegen derechos fundamentales ni poseen rango constitucional.

10 de la Ley 14/2006 no es suficiente para justificar una presunta vulneración de nuestro orden público.

El BHG alemán puso de manifiesto en su sentencia de 10 de diciembre de 2014 las ideas que se acaban de apuntar. Para el BGH no era posible aplicar sin matiz alguno las diversas normas que prohíben en el Derecho alemán la gestación por sustitución o las normas sobre filiación del BGB porque dichas normas desempeñan una finalidad «preventiva», mientras que en el caso al que se tuvieron que enfrentar las autoridades alemanas tenían que dar respuesta a una relación de filiación que ya fue válidamente constituida en otro Estado y, por tanto, resultaba necesario tener presentes otras circunstancias, como por ejemplo, el bienestar del niño como sujeto con plenos derechos. Es más, el BGH dejó claro que el niño de ningún modo puede ser responsable de las circunstancias de su concepción y por tanto no podía sufrir las consecuencias derivadas de la prohibición en Alemania de la gestación por sustitución.

Un ejemplo claro del proceder del BGH lo encontramos en el modo en que trata de acomodar a los imperativos del Derecho alemán la atribución de la filiación a los padres comitentes mediante la resolución californiana que convalida el contrato de gestación por sustitución. En el supuesto quedó acreditado que uno de los padres comitentes era el padre biológico y el BGH diferenció entre uno y otro. En el caso del padre biológico consideró que, dado que la madre gestante era soltera y que el padre biológico había reconocido su paternidad ante un juez estadounidense, el ordenamiento sustantivo alemán [(§§1592 No. 2, 1594(2))] también le atribuiría la paternidad, por lo que era imposible considerar que el reconocimiento de dicha filiación pudiera producir una violación del orden público de este Estado. En cuanto a la pareja del padre biológico, el Tribunal consideró que, si bien es cierto que en aplicación del ordenamiento alemán no se habría establecido frente a él la filiación del menor, ello no suponía que su inscripción supusiera una violación del orden público alemán desde el momento en que el otro padre era el padre biológico del menor. En apoyo de esta interpretación el BGH invoca además la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre las «adopciones sucesivas», en virtud de la cual se permite a uno de los miembros de una pareja registrada del mismo sexo adoptar a un niño previamente adoptado por su compañero.

31. Como puede constatarse, existen sustanciales diferencias entre el modo de obrar de los dos tribunales. El TS, al igual que el BGH, admite que en el caso de que uno de los padres de los menores fuera el padre biológico podría reclamar la paternidad en aplicación del artículo 10.3

LTRHA. Es más, permite que el otro padre comitente pueda recurrir a la adopción. Sin embargo, en lugar de adoptar una postura flexible y reconocer directamente la filiación como hace el BGH, obliga tanto a los padres comitentes como a los menores a someterse a nuevos trámites y dilaciones.

Evidentemente, el hecho de que *per se* la inscripción de relaciones de filiación constituidas en el extranjero mediante el recurso a la gestación por sustitución no suponga una vulneración nuestro orden público no impide que en determinados casos sí pueda darse tal vulneración. Baste con pensar en supuestos en los que se hubiera empleado violencia contra la mujer o cualquier otro medio para forzar su voluntad. Tal y como se ha señalado desde nuestra doctrina<sup>44</sup>, la clave de la defensa de los intereses en juego en los supuestos de gestación por sustitución está en establecer una regulación que impida su conculcación. Y esta era precisamente la finalidad de los requisitos contemplados en la Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010.

### **c) La ponderación del interés superior del menor.**

32. Tanto los recurrentes como el TS acuden al «interés superior del menor» en apoyo de sus posiciones con interpretaciones de este concepto diametralmente opuestas, algo que no puede sorprender si se tiene en cuenta que pocos conceptos son más socorridos y a la vez difíciles de acotar que este. No obstante, y asumiendo esta circunstancia, el modo en que la Sentencia de 6 de febrero de 2014 lo utiliza, resulta, cuando menos, sorprendente.

33. En primer lugar el TS trata el principio del interés superior del menor como un elemento ajeno a la cláusula de orden público y que incluso parecería entrar en conflicto con aquel. Como se acaba de señalar, para el TS el artículo 10 LTRHA es el único elemento que conforma el orden público en este ámbito y ni siquiera el respeto al interés superior del menor (que tal y como parece dar a conocer el tribunal, sería ajeno a este precepto) sería suficiente para excluir o atenuar su aplicación. El TS lo deja bien claro, por un lado, cuando analiza el juego de la cláusula de orden público y el contenido del interés superior del menor en fundamentos jurídicos diferentes (Tercero y Quinto, respectivamente); y por otro, al señalar que «La aplicación del principio de la consideración primordial del interés superior del menor ha de hacerse para interpretar y aplicar la ley y

---

<sup>44</sup> ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S. «Efectos ...», *op. cit.*, pp. 361-362.

colmar sus lagunas, pero no para contrariar lo expresamente previsto en la misma. No hacerlo así podría llevar a la desvinculación del juez respecto del sistema de fuentes, que es contraria al principio de sujeción al imperio de la ley que establece el artículo 117.1 de la Constitución. Hay cambios en el ordenamiento jurídico que, de ser procedentes, debe realizar el Parlamento como depositario de la soberanía nacional, con un adecuado debate social y legislativo, sin que el juez pueda ni deba suplirlo».

Pues bien, al contrario de lo que parece dar a entender el TS, el interés superior necesariamente debe ser un elemento integrador del orden público en este ámbito. Más aún, tal y como acertadamente señala el BGH alemán o el VfGH austriaco, el interés superior del menor es precisamente eso: *superior* y no puede ser interpretado ni ponderado en el mismo plano que el resto de valores o derechos que concurren en el supuesto. El artículo 3.1 de la Convención de Naciones Unidas sobre derechos del niño lo deja claro al estipular que «*En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño*». Y en similares términos se expresa el artículo 24.2 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, según el cual, «*En todos los actos relativos a los menores llevados a cabo por autoridades públicas o instituciones privadas, el interés superior del menor constituirá una consideración primordial*». Como una vez más señala con acierto el voto particular a la sentencia del TS, retomando una cita ajena, «*no hay orden público si en el caso se contraría el interés de un niño, una persona de carne y huesos perfectamente individualizada*». En definitiva, al contrario de lo que señala el TS, no es que la defensa del interés superior del menor no pueda contrariar lo señalado en el artículo 10 LTRHA, sino precisamente lo contrario: la invocación del artículo 19 de ningún modo puede significar la vulneración de dicho principio.

34. No menos pintoresco resulta el modo en que la Sentencia concreta el contenido del principio del interés superior del menor. Y es que, pese a que el TS reconoce que la privación de la filiación a los menores podría suponerles inconvenientes, entiende que por encima de los perjuicios que estos pudieran sufrir, debe garantizarse el respeto a su dignidad, dignidad que se vería menoscabada si se convirtiera en objeto del tráfico mercantil. Es decir, el Tribunal antepone «la dignidad del menor» (sin que nos explique en qué consiste realmente dicha dignidad) al reconocimiento de su filiación por parte de nuestras autoridades registrales y, por tanto, a su posible desamparo. Resulta difícil negar la sorpresa ante esta forma de defender los intereses del menor, máxime cuando, tal y como ha señalado

con acierto S. Álvarez González<sup>45</sup>, «*la dignidad del nacido no se ve ni puede verse afectada por el hecho de haber sido concebido para ser querido y educado por quien no lo gestó y, en supuestos ordinarios, no le causa ningún daño*».

35. Y también resulta muy discutible la manera en que el TS dio carpetazo a los postulados del TEDH, en el Asunto Wagner y J.M.W.L. c. Luxemburgo, al interpretar el 8 de la CEDH. En la mencionada Sentencia, cuyo origen se encuentra en el no reconocimiento en Luxemburgo de una adopción plena constituida en Perú y cuyos postulados fueron mantenidos posteriormente en la sentencia Negreponitis-Giannisis c. Grecia, el TEDH realizó una serie de afirmaciones, perfectamente extrapolables a este supuesto. En concreto proclamó que existe una obligación de dar continuidad a las relaciones de filiación constituidas en el extranjero, obligación que perfectamente podría ser también afirmada cuando esa filiación se hubiera establecido a través de una maternidad de sustitución. Por otro lado el TEDH también señaló que los jueces luxemburgueses no podían dejar de reconocer un estatuto jurídico creado en el extranjero, en la medida en que se corresponde con la vida familiar que protege el artículo 8 CEDH, porque el interés superior del niño debe prevalecer. Y finalmente se señaló que la invocación del orden público internacional luxemburgués no resultaba «suficiente» para justificar la injerencia en la vida familiar y privada que, a juicio del TEDH, supuso la negativa al reconocimiento de la adopción. Como puede comprobarse, se trata de afirmaciones que parecen chocar frontalmente contra los postulados del TS y que merecían, cuando menos, una mínima atención por parte de la sentencia, máxime cuando, tal y como se verá a continuación, el propio TEDH ha recurrido también al artículo 8 CEDH en diferentes recientes sentencias sobre esta materia.

#### **4. EL ATS DE 2 DE FEBRERO DE 2015 Y LA INTERPRETACIÓN DE LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS**

36. Los padres comitentes interpusieron recurso de nulidad de actuaciones contra la STS de 6 de febrero de 2014. Alegaban en concreto la violación de tres derechos fundamentales: en primer lugar, del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del artículo 24 de la Constitución, al considerar que el TS habría resuelto el recurso a partir de una serie de hechos y circunstancias cuya existencia no está probada, y habría desviado el debate desde una cuestión registral civil a otra distinta, sobre las

---

<sup>45</sup> «Efectos ...», *op. cit.*, p. 362.

consecuencias de la ilicitud en España de la gestación por sustitución. En segundo lugar se alegaba la vulneración del derecho a la igualdad sin discriminación, tanto de los menores, en cuanto a la no discriminación por razón de nacimiento, como de los padres, en cuanto a la no discriminación por razón de su orientación sexual. Por último, los recurrentes justificaban el recurso en la supuesta vulneración del derecho a la intimidad familiar, en cuanto al derecho de la pareja a la procreación médicamente asistida.

Los argumentos empleados por los recurrentes fueron rechazados uno a uno por el TS. Sin embargo, durante la resolución del recurso, en concreto el 26 de junio de 2014, el TEDH dictó dos sentencias (Sentencias MENNESSON c FRANCE<sup>46</sup>, y LABASSEE c FRANCE<sup>47</sup>) en las que se condenó a Francia por la denegación de la inscripción en el Registro Civil de sendas certificaciones registrales estadounidenses –en concreto, una de California y otra de Minnesota–, con la alegación de que dicha inscripción suponía vulneración del orden público francés. Ante la similitud de los hechos planteados en ambas resoluciones con los que dieron origen a la STS de 6 de febrero de 2014, el propio TS acordó dar traslado a las partes para que alegaran lo que considerasen oportuno en relación con los pronunciamientos de las referidas sentencias. Merece la pena dedicar por tanto unas líneas a recordar el contenido de estas resoluciones.

#### 4.1 Las Sentencias del TEDH Mennesson y Labassee

37. Como se acaba de señalar, en los asuntos Mennesson y Labassee el TEDH tuvo que determinar si la denegación por parte de las autoridades francesas de la inscripción de la filiación de unos menores nacidos en EE.UU. mediante gestación por sustitución a partir de la supuesta vulneración del ya mencionado artículo 16-7 del *Code Civil* francés y con ello, del orden público de este Estado (recuérdese que el artículo 16-9 del *Code Civil* declara este precepto como de orden público), constituye una vulneración del artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, en el que se proclama el derecho al respeto a la vida privada y familiar<sup>48</sup>.

---

<sup>46</sup> Recurso 65192/11.

<sup>47</sup> Recurso 65941/11.

<sup>48</sup> Art. 8: Derecho al respeto a la vida privada y familiar:

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*

38. El TEDH aplicó a ambos supuestos el test habitual. De este modo, tras considerar, al igual que las partes enfrentadas, que el comportamiento de las autoridades francesas supuso una injerencia en la vida privada y familiar de los recurrentes, entró a valorar si se cumplen los requisitos que justificarían dicha injerencia, esto es: a) que esté prevista por la ley; b) que persiga alguno de los fines legítimos contemplados en el apartado 2.º del artículo 8 y c), que resulte necesaria en una sociedad democrática.

Para el TEDH, los dos primeros requisitos se verificarían. Por un lado, el ordenamiento francés, a través del juego conjunto de los artículos 16-7 y 16-9 del Código Civil francés, no solo proclama la nulidad de los contratos de gestación por sustitución sino también que dicha prohibición forma parte del orden público francés. Por otro lado, entiende que se trata de una injerencia que responde a fines contemplados en el artículo 8.2. En concreto considera que lo que pretenden las autoridades francesas es desincentivar a sus nacionales a recurrir a técnicas de reproducción admitidas en otros Estados pero prohibidas en Francia, lo que supondría que la injerencia que en el derecho a la vida privada y familiar perseguiría dos fines legítimos amparados por el artículo 8.2: la «protección de la salud» y la protección de los «derechos y libertades de los otros».

Finalmente, el TEDH se planteó el cumplimiento del tercer requisito: si la denegación de la inscripción de las certificaciones estadounidenses supuso una injerencia «necesaria en una sociedad democrática», es decir, si responde a una exigencia social imperiosa y si es proporcional con relación a los fines legítimos perseguidos. El Tribunal señala además que aunque en principio los Estados disponen de un amplio margen de apreciación para determinar qué es «necesario» «en una sociedad democrática», en especial en aquellos supuestos en los que el asunto plantea cuestiones morales o éticas delicadas, dicho margen queda sustancialmente reducido cuando está en juego, tal y como acontecía en los asuntos *Menesson y Labassee*, la existencia o la identidad de un individuo. El TEDH indicó asimismo que, al margen de la mayor o menor amplitud del margen de apreciación de los Estados, este siempre puede ser controlado por el propio Tribunal para revisar los argumentos empleados por las autoridades nacionales y determinar si existe un justo equilibrio entre los intereses estatales y los de los individuos directamente

---

*bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás.*

afectados<sup>49</sup>. Y además el Tribunal deja claro, en línea con lo señalado en decisiones anteriores como *WAGNER Y J.M.W.L C. LUXEMBURGO*<sup>50</sup>, que sea cual sea la amplitud del margen de apreciación de las autoridades nacionales, este siempre queda sometido a un imperativo: la necesidad de primar el interés superior de los menores cuando estos puedan verse afectados por la injerencia estatal.

39. A la hora de determinar si la actuación de las autoridades francesas responde a una necesidad social imperiosa y su carácter proporcional, el TEDH diferencia entre las dos vertientes del artículo 8: el derecho a la vida familiar y el derecho a la vida privada. En el caso del primero, el Tribunal entiende que ambos requisitos se cumplieron al considerar que los obstáculos a los que se debieron enfrentar los recurrentes no eran insalvables y que la falta de determinación de la filiación de los menores no había privado a estos y a los padres comitentes de disfrutar del derecho a la vida familiar. El Tribunal estima, en concreto, que todos ellos se han podido establecer en Francia y viven en una situación equiparable a la de otras familias, y además no existe el riesgo de que las autoridades decidan separarlas como consecuencia de su situación con respecto al ordenamiento francés.

40. Por el contrario, en el caso del derecho al respeto a la vida privada de los menores, las sentencias *Menesson* y *Labassee* llegan al resultado contrario. Para el TEDH este derecho exige que cada individuo pueda establecer los detalles de su identidad, entre los que evidentemente se incluye su filiación. Pues bien, las autoridades francesas pese a ser conocedoras de que para el ordenamiento californiano o de Minnesota los menores son considerados como hijos de los padres comitentes, les niega sin embargo esta circunstancia en su ordenamiento jurídico. Esta incertidumbre, según el TEDH, puede atentar contra su identidad en el seno de la sociedad francesa. A ello hay que añadir que aunque el artículo 8 del CEDH no garantiza el derecho a adquirir una nacionalidad determinada, no es menos cierto que la nacionalidad constituye un elemento de identidad de las personas, por lo que las dudas sobre la nacionalidad de que podrían ostentar los menores para el ordenamiento francés también podría afectar negativamente la definición de la identidad de los menores. Por otro lado, considera el Tribunal que las dudas sobre la filiación de los hijos pueden afectar también a sus derechos sucesorios ya que, si se niega la existencia de una relación de filiación, a efectos

---

<sup>49</sup> Fto. 81 del Asunto *Menesson* y 60 del Asunto *Labassee*.

<sup>50</sup> Sentencia del TEDH de 28 de junio de 2007 (Recurso 76240/01).

sucesorios los menores serían tratados como terceros y por tanto, tendrían una situación peor que si se reconociera su carácter de hijos.

Según el TEDH, puede ser aceptable que Francia pretenda desanimar a sus nacionales para que recurran a técnicas de gestación por sustitución en el extranjero. Sin embargo, los efectos que se derivan de la actuación de las autoridades francesas no se limitan a los padres sino que por el contrario afectan también a los menores, cuyo derecho al respeto de la vida privada, que supone, entre otras manifestaciones, el derecho a que cada uno pueda establecer la naturaleza de su propia identidad, incluyendo su filiación, queda sustancialmente afectada<sup>51</sup>. Ello implica un serio riesgo de incompatibilidad de esta situación con el interés superior del menor que, una vez más hay que recordarlo, debe guiar cualquier tipo de actuación en este ámbito.

El TEDH pone de manifiesto además que el análisis expuesto adquiere una especial dimensión en aquellos casos en los que, tal y como acontecía en los asuntos *Menesson y Labasse*, los menores eran hijos biológicos de uno de los padres comitentes. A la luz de la importancia que el propio TEDH ha atribuido a la filiación biológica a lo largo de su jurisprudencia, considera que no se respeta el interés superior del menor cuando las autoridades francesas privan a los menores de una relación de filiación de esta naturaleza desconociendo que las autoridades estadounidenses han establecido previamente la existencia de la realidad biológica. El TEDH pone además de manifiesto que no se trata solo de que no se reconozca en Francia la relación de filiación declarada en EE.UU. sino que además el propio ordenamiento francés se opone al establecimiento de dicha filiación mediante cualquier vía (reconocimiento de la paternidad, adopción o posesión de estado). Por tanto, y a la luz de todas las circunstancias apuntadas, el TEDH llega a la conclusión en ambos supuestos de que el hecho de prohibir tanto la inscripción de la certificación californiana como el establecimiento de la relación de filiación de los menores en Francia rebasó los límites tolerables de su margen de apreciación a la hora de apreciar el carácter «necesario» en «una sociedad democrática» de la injerencia en el derecho al respeto de la vida privada de los menores<sup>52</sup>.

---

<sup>51</sup> Fto. 99 del Asunto *Menesson* y 79 del Asunto *Labasse*.

<sup>52</sup> Recientemente el TEDH ha dictado una nueva sentencia en un supuesto relativo a una gestación por sustitución. Se trata de la Sentencia *Paradiso and Campanelli v. Italy*, de 27 de enero de 2015, cuyo origen se encuentra en la denegación de la inscripción en el Registro Civil italiano de una certificación de nacimiento rusa en el que se establecía la filiación del menor a favor de los padres comitentes. Sin embargo, el recurso ante el TEDH no tiene su origen en la denegación de la inscripción sino en el comportamiento posterior de las

## 4.2 Los argumentos del Auto del Tribunal Supremo de 2 de febrero de 2015

41. El TS entendió en el Auto de 2 de febrero de 2015 que los supuestos que dieron origen a las Sentencias Mennesson y Labassee presentaban sustanciales diferencias con el que tuvo que resolver en la Sentencia de 6 de febrero y desestimó el recurso de nulidad frente a esta resolución. Para el TS los motivos que llevaron al TEDH a considerar que las soluciones alcanzadas por la Corte de Casación francesa vulneraban el artículo 8 del CEDH no podían apreciarse en el asunto resuelto en su sentencia.

42. La línea argumental que siguió el TS se centró casi de forma exclusiva en el supuesto peor trato que atribuye el ordenamiento francés a los menores, al cerrar por completo cualquier posibilidad de reconocer o establecer la relación de filiación y permitir el juego de los derechos asociados a esta. Recuerda el TS que aunque el TEDH considera que la injerencia en el derecho a la vida privada de los menores por parte de las autoridades francesas está prevista en la ley francesa y responde a una finalidad legítima, en cambio no supera la exigencia de ser necesaria en una sociedad democrática, debido a las consecuencias extremadamente graves que supone el hecho de que los menores hayan nacido a través del recurso a la gestación por sustitución. En concreto, se niega cualquier posibilidad de establecer lazos paterno filiales entre los comitentes y los niños y por tanto se rechaza también la posibilidad de que los menores adquieran la nacionalidad francesa o tengan derechos sucesorios en calidad de hijos, motivos todos ellos que implican un desequilibrio injustificado entre los fines legítimos buscados por el Estado y el respeto a la identidad de los menores<sup>53</sup>.

A diferencia de lo que acontece en el Derecho francés, el TS recuerda que el ordenamiento español *«prevé que respecto del padre biológico sea posible la determinación de la filiación paterna, y, en todo caso, si los comitentes y los niños efectivamente forman un núcleo familiar de facto»*. A ello añade el TS que mientras que en Francia los menores no podrían

---

autoridades italianas, de poner al menor bajo la custodia de una entidad pública italiana con el argumento de que no existía una relación genética entre el menor y los padres comitentes y de que estos habían violado la normativa italiana que prohíbe la gestación por sustitución. Por otro lado, aunque el TEDH consideró que las autoridades habían violado el artículo 8 del CEDH, a diferencia de lo que acontece en Mennesson y Labassee, la vertiente de este precepto que se considera vulnerada no es el derecho al respeto a la vida privada sino el derecho al respeto a la vida familiar.

<sup>53</sup> Fto. 11.

adquirir la nacionalidad francesa ni heredar a los comitentes en calidad de hijos, en España el propio TS únicamente acordó en la sentencia recurrida que se anulara la mención a la filiación de los menores hasta que se determinara la filiación biológica paterna y también, en su caso, la filiación que fuera acorde con la situación familiar *de facto* (por ejemplo, mediante la adopción), de modo que una vez quede determinada la filiación biológica respecto del padre biológico y la filiación por criterios no biológicos respecto del otro cónyuge (o respecto de ambos, si ninguno fuera el padre biológico), tendrán la nacionalidad española y podrán heredar como hijos».

En esta misma línea argumental el Alto Tribunal indica que mientras que la Corte de Casación francesa consideró que ante la existencia de fraude no cabía invocar el interés superior del menor ni el derecho a la vida privada del mismo, en la Sentencia de 6 de febrero de 2014 se afirma que «debe tenerse en cuenta el interés superior del menor, tal y como es protegido en el ordenamiento jurídico español (artículo 10 de la Ley de Técnicas de Reproducción Asistida)».

El TS insiste además en las bondades de su solución y recuerda que, a diferencia de lo que acontecía en los supuestos resueltos por la Corte de Casación francesa, donde los padres comitentes habían acreditado que los matrimonios demandantes y los menores formaban sendos núcleos familiares *de facto*, en el litigio que dio origen a la sentencia de 6 de febrero de 2014 no se acreditó dicha circunstancia y, pese a ello, «*para proteger el interés superior del menor, y dado que era probable que alguno de los recurrentes fuera padre biológico de los niños y que estos estuvieran integrados en un núcleo familiar de facto con los recurrentes, se instó al Ministerio Fiscal a proteger a los menores y a procurar su integración en ese núcleo familiar, en el caso de que efectivamente existiera, puesto que los menores no pueden cargar con las consecuencias negativas derivadas de que los recurrentes hayan acudido al contrato de gestación por sustitución, considerado radicalmente nulo por el ordenamiento español*».

43. Asumidas las diferencias entre los supuestos planteados ante la Corte de Casación francesa y el resuelto en su Sentencia de 6 de febrero de 2014, el TS pone de manifiesto que el TEDH en las sentencias Labassee y Menesson no consideró que la negativa a que constara en el Registro Civil francés la relación de filiación entre los menores y los padres comitentes supusiera *per se* una vulneración del derecho al respeto de la vida privada de los menores. Por el contrario, según el TS, lo que afirmó el TEDH en esas resoluciones fue la necesidad de reconocer a los menores «*un estatus definido, una identidad cierta en el país en el que normalmente van a vivir*». Pues bien, según el TS, ese *estatus* debe ser fijado conforme

a las normas esenciales del orden público de aquel Estado en el que se pretenda la inscripción, lo que implica, en el caso de ordenamiento español, que dicho estatus podría proceder del reconocimiento o establecimiento de la filiación biológica, de la adopción o incluso de la posesión de estado civil, dado que estos serían los criterios de determinación de la filiación que nuestro ordenamiento consideraría idóneos para proteger el interés del menor.

El TS vuelve a reconocer, al igual que hizo en la Sentencia de 6 de febrero de 2015, que la necesidad de que los padres comitentes recurran a alguna de estas posibilidades puede suponerles molestias e inconvenientes a ellos e incluso a los menores (aunque entiende que estos, por su corta edad, apenas serían conscientes de ello), pero considera que, dada su baja entidad, no son suficientes para entender que puedan producir una vulneración de su derecho al respeto de la vida privada<sup>54</sup>. Es más, considera que los recurrentes, pese a que realizan una invocación en abstracto del derecho a la vida privada de los menores, no alegaron el obstáculo concreto que supondría para el goce de dicho derecho el cumplimiento de las medidas que el propio Tribunal identificó para su protección en la sentencia recurrida (es decir, el ejercicio de las acciones de filiación, la adopción o el reconocimiento de la posesión de estado).

### 4.3 La valoración del Auto

44. Es de agradecer que el TS haya integrado en su Auto de 2 de febrero de 2015 la valoración de la posición del TEDH en las sentencias *Mennesson* y *Labassee*, pese a que ambas resoluciones se dictaron con posterioridad a que se promoviera el incidente de nulidad de actuaciones. Ciertamente la relevancia de estas resoluciones y su innegable relación con el supuesto resuelto por la STS de 6 de febrero de 2015 obligaban a tenerlas presentes en la resolución del recurso.

Cuestión distinta es el modo en que el TS interpreta estas sentencias y las consecuencias que asocia a las (indiscutibles) diferencias entre las sentencias de la Corte de Casación que dieron origen a las sentencias del TEDH y su Sentencia de 6 de febrero de 2014. En contra de lo señalado por el TS, y al margen de las críticas generales a la sentencia que ya han sido apuntadas, lo cierto es que sí que parece que existan argumentos de peso para considerar contraria dicha resolución al artículo 8 CEDH.

---

<sup>54</sup> Fto. 11.

### a) ¿Injerencia prevista por la ley?

45. En primer lugar, y asumiendo como asume el TS que la denegación de la inscripción de las certificaciones de nacimiento californianas en el Registro Civil español supone una injerencia en la vida privada de los menores, es ciertamente dudoso que se trate de una injerencia «prevista por la ley», tal y como demanda el propio artículo 8. Como señaló el propio TEDH en las sentencias *Menesson* y *Labasse* citando argumentos ya expuestos en anteriores resoluciones, solo se puede considerar como «ley» en el sentido del artículo 8 del CEDH una norma expresada con la precisión suficiente para que el ciudadano pueda acomodar a ella su conducta; y pueda ser capaz, en su caso, recabando asesoramientos autorizados, de prever, en la razonable medida que permitan las circunstancias, las consecuencias que pueda producir un acto determinado.

46. En los asuntos *Menesson* y *Labassee*, el TEDH consideró que se cumplía este requisito por dos motivos fundamentales. Por un lado, el ordenamiento francés no solo considera nulos los contratos de maternidad subrogada en el artículo 16-7 del Code Civil, sino que además, el artículo 16-9 *expresamente* considera esta prohibición como de orden público. Por otro lado, existía ya jurisprudencia de la propia Corte de Casación (Sentencias de 31 de mayo de 1991 y 29 de junio de 1994), en la que se declaraba que el principio de inalienabilidad del cuerpo humano y del estado civil eran también materias de orden público. Es cierto que se trataba de sentencias que abordaban supuestos no exactamente iguales a los que dieron origen a la Sentencia del TEDH porque en realidad, negaban la validez de adopciones realizadas tras recurrir los padres adoptantes a técnicas de gestación por sustitución en el extranjero, pero lo relevante es que en ellas claramente se señalaba que los acuerdos de este tipo contravenían el orden público francés incluso en la «versión atenuada» del orden público internacional. A partir de ambas circunstancias el TEDH consideró que, aunque no existiera una norma en la que expresamente se denegara la inscripción de relaciones de filiación constituidas en el extranjero al amparo de las técnicas de gestación por sustitución, los padres comitentes no podían ignorar el carácter de norma de orden público que poseía, incluso en el ámbito internacional, la prohibición de los contratos de gestación por sustitución y, por tanto, el serio riesgo de que los certificados de nacimiento estadounidenses de los menores no pudieran acceder al Registro de Nacimiento y Defunciones francés.

47. ¿Cabe extender esta argumentación al ordenamiento español? A mi juicio no. En primer lugar, tal y como ya se ha indicado, a diferencia de lo

que acontece en Francia, en nuestro Derecho no hay ninguna norma en la que expresamente se declare el carácter de orden público del artículo 10.1 de la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida. Es más, se señaló también, no solo que no es posible considerar que la celebración de estos contratos constituya una conducta prohibida en España, sino también las dudas que planteó la tramitación parlamentaria del artículo 10 y el modo en que tales dudas se reflejaron en su redacción final.

Por otro lado, también al contrario de lo que acontecía en Francia, en España tampoco existía jurisprudencia que declarase, no ya el carácter de norma de orden público internacional del artículo 10.1, sino ni siquiera de norma de orden público meramente interno. Es más, como también se ha tenido oportunidad de constatar, muchos de los pronunciamientos jurisprudenciales dictados hasta la fecha tanto en la jurisdicción civil y la laboral, así como la doctrina de la DGRN rechazan —a diferencia del TS— que *per se* la inscripción de relaciones de filiación constituidas en el extranjero mediante el recurso a la gestación por sustitución suponga una violación del orden público español.

Y desde luego, el TS en absoluto acredita en la sentencia de 6 de febrero de 2014 que el reconocimiento en España de relaciones de gestación por sustitución constituidas en el extranjero vulnera el orden público español. Por el contrario se limita a señalar simplemente que la ley española estipula que «*en el reconocimiento de decisiones extranjeras se respete el orden público internacional*». Al margen de que el TS hace referencia incorrectamente al «reconocimiento de decisiones extranjeras» pese a que en el asunto que tuvo que resolver lo que estaba en juego era el acceso al registro de una certificación extranjera, parece evidente que cuando la injerencia en el derecho al respeto a la vida privada de los menores se basa en exclusiva en la conculcación de una cláusula general de un contenido tan abierto y ajustado al caso concreto, no basta para considerar cumplido el requisito que estamos analizando con señalar en términos genéricos que el ordenamiento español exige el respeto a nuestro orden público.

En definitiva, el elevadísimo nivel de incertidumbre existente en nuestro ordenamiento tanto sobre la naturaleza y contenido del artículo 10 de la LTRHA como sobre el tratamiento registral que debe darse a la inscripción de las relaciones de filiación constituidas en el extranjero mediante gestación por sustitución impiden considerar que la denegación de la inscripción sea una solución «accesible» y «previsible» para las personas afectadas.

## b) ¿Injerencia justificada?

48. En cuanto a la cuestión esencial sobre la que se centra el auto, la posible justificación de la injerencia en el derecho a la vida privada de los menores, el TS pasa de puntillas sobre una afirmación realizada por el TEDH en las sentencias *Mennesson*<sup>55</sup> y *Labbasse*<sup>56</sup>, según la cual, la invocación del orden público solo resultaría una injerencia tolerable para el artículo 8 CEDH cuando los órganos jurisdiccionales nacionales que invoquen esta cláusula general realicen una justa ponderación entre los intereses generales, garantizando que sus miembros respetan las decisiones adoptadas democráticamente en su seno, y el interés de los recurrentes, teniendo siempre presente el interés de los menores de disfrutar plenamente de su derecho al respeto a la vida privada y familiar. Con ello el TEDH deja claro a los jueces nacionales que no tienen total libertad para construir la cláusula de orden público sino que, por el contrario, a la hora de construir dicha cláusula deben respetarse determinados requisitos y además el propio TEDH puede controlar su cumplimiento.

49. En el caso concreto de las sentencias *Mennesson* y *Labbasse* lo que se exige al juez nacional es que integre en la cláusula de orden público, y además como elemento absolutamente esencial, la defensa del interés superior del menor. Dicho en otros términos, no se trata de que el interés superior del menor pueda ser invocado para atenuar o modificar el juego de la cláusula de orden público. Lo que en realidad nos viene a decir el TEDH es que en estos supuestos el interés superior del menor es un elemento que forma parte de la propia cláusula de orden público, y además no es un elemento más, sino el de mayor relevancia.

Sin embargo, si se analiza la Sentencia del TS de 6 de febrero de 2014 resulta evidente que el TS apunta en una dirección contraria y, no solo no integra el interés superior del menor en la cláusula de orden público como elemento esencial, sino que *de facto* lo considera como un elemento ajeno, que incluso parece entrar en conflicto con aquel. Como se señaló en páginas anteriores, para el TS el artículo 10 LTRHA parece ser prácticamente el único elemento que conforma el orden público en este ámbito y ni siquiera el respeto al interés superior del menor sería suficiente para atenuar su aplicación. El TS lo deja bien claro, por un lado, cuando analiza el juego de la cláusula de orden público y el contenido del interés

---

<sup>55</sup> Fto. 84.

<sup>56</sup> Fto. 64

superior del menor en fundamentos jurídicos diferentes (Tercero y Quinto, respectivamente) y por otro, al señalar que *«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. No hacerlo así podría llevar a la desvinculación del juez respecto del sistema de fuentes, que es contraria al principio de sujeción al imperio de la ley que establece el artículo 117.1 de la Constitución. Hay cambios en el ordenamiento jurídico que, de ser procedentes, debe realizar el parlamento como depositario de la soberanía nacional, con un adecuado debate social y legislativo, sin que el juez pueda ni deba suplirlo»*.

## 5. LA LEY DEL REGISTRO CIVIL DE 2011 Y LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN

50. Antes de finalizar el trabajo, resulta necesario conocer qué aporta la LRC 2011 al problema que estamos analizando. La mencionada Ley, cuya fecha de entrada en vigor continúa siendo un enigma, incorpora en el Título X y en diversas normas dispersas a lo largo de todo su articulado, un amplio elenco de reglas que resultan aplicables a los supuestos internacionales<sup>57</sup>. En el caso concreto del acceso al registro de títulos extranjeros, la regulación esencial se contempla en los artículos 96

---

<sup>57</sup> Dentro del Título X se contienen reglas sobre acceso al Registro Civil español de los diversos títulos extranjeros (resoluciones judiciales, documentos públicos extrajudiciales, certificaciones registrales), así como de los hechos y actos que afecten al estado civil y que accedan al Registro mediante declaración de conocimiento o voluntad (artículo 99). A ello hay que unir la introducción de una regla específica sobre el régimen del Derecho extranjero en el ámbito del Registro Civil (artículo 100) y otra en la que se recogen los requisitos formales (traducción y legalización) que han de reunir los documentos extranjeros en sede registral (artículo 95).

Fuera del Título X, otros preceptos que inciden en la actividad internacional del Registro Civil son: el artículo 9, en el que se contemplan las reglas sobre competencia registral internacional; los artículos 21 y 23, preceptos que regulan la competencia objetiva para la inscripción de documentos públicos extranjeros; el artículo 27 que proclama el carácter inscribible de los documentos públicos (judiciales y extrajudiciales) extranjeros; el artículo 28, que somete la inscripción sin expediente, en virtud de certificación de Registro extranjero al cumplimiento de los requisitos establecidos en la normativa aplicable para que tenga eficacia en España, el artículo 56, que regula el régimen de los apellidos con elemento extranjero y, finalmente, los apartados 4.º y 5.º del artículo 40.3, que regulan la anotación de los hechos o actos relativos a españoles o acaecidos en España que afecte a su estado civil según la ley extranjera y de las resoluciones judiciales extranjeras que no hubieran obtenido el reconocimiento a título principal o que no hubieran sido reconocidas de forma incidental por los encargados del Registro Civil. El artículo 21.4 designa además a la Oficina Central del Registro Civil como autoridad en materia de cooperación internacional sobre Registro Civil.

(resoluciones judiciales), 97 (documentos públicos extrajudiciales) y 98 (certificaciones registrales), preceptos a los que debe añadirse el artículo 95, en donde se contemplan con carácter general los requisitos formales a los que se somete la inscripción de documentos provenientes de otro Estado.

51. En principio, ni en estas normas ni en ninguna otra de la LRC 2011 es posible encontrar regla alguna que se ocupe expresamente de la inscripción de relaciones de filiación constituidas en el extranjero a partir del recurso a la gestación por sustitución, y en principio esto parece razonable en una ley de naturaleza generalista. Ahora bien, pese a ello, la tramitación de la LRC 2011 coincidió con la polémica relativa a la inscripción de relaciones de filiación constituidas en el extranjero derivadas del recurso a las técnicas de gestación por sustitución, por lo que el legislador –o al menos el pre-legislador–, en contra de lo señalado por algún autor<sup>58</sup>, tuvo en cuenta la problemática asociada a estos supuestos, y elevó a rango de ley una de las soluciones contempladas en la Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010 sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución. En concreto, el artículo 98.2 estipula que *«En el caso de que la certificación constituya mero reflejo registral de una resolución judicial previa, será esta 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»*.

52. El problema se planteará, evidentemente, con aquellos Estados en los que se emita una certificación sin que haya una previa intervención judicial. No obstante, la nueva LRC, al igual que la regulación vigente, convierte en prácticamente imposible la inscripción de relaciones de filiación constituidas en el extranjero mediante gestación por sustitución en estos casos. La sumisión de la Ley al principio de exactitud procesal (artículo 16) exige al Encargado del Registro velar por la concordancia entre los datos inscritos y la realidad extra-registral, algo que, como ya se ha indicado, difícilmente acontece con estas certificaciones. Es cierto, no obstante, que la nueva Ley contempla un mecanismo para atenuar los efectos del artículo 89.2, que *de facto* ha venido siendo utilizado por la DGRN en algunos de los expedientes tramitados hasta la fecha de inscripción de relaciones de filiación constituidas en el extranjero mediante gestación por sustitución. En concreto, el artículo 89.3 estipula que «Se

---

<sup>58</sup> Vid. ALBERT MÁRQUEZ, M., «Los contratos de gestación por sustitución celebrados en el extranjero y la nueva Ley del Registro Civil», *Diario La Ley*, N.º 7863, Sección Doctrina, 22 Mayo. 2012, núm. V.

*completarán por los medios legales o convencionales oportunos los datos y circunstancias que no puedan obtenerse directamente de la certificación extranjera, por no contenerlos o por defectos formales que afecten a la autenticidad o a la realidad de los hechos que incorporan».* El supuesto típico es aquel en el que se ofrezca a los sujetos que insten la inscripción de la certificación registral basada en una previa resolución judicial la oportunidad de presentar esta ante el Encargado del Registro (aunque inicialmente no lo hubiera hecho).

Sea como fuere, es necesario recordar que, al margen de los requisitos generales sobre traducción y legalización exigidos por el artículo 95 para todo título extranjero, las normas específicas sobre inscripción a partir de certificaciones extranjeras se contemplan en el artículo 98, precepto que somete la inscripción a cuatro requisitos: a) Que la autoridad extranjera que expide el certificado sea competente de acuerdo a la legislación de su Estado; b) Que el Registro extranjero ofrezca, en cuanto a los hechos de que da fe, garantías análogas a las exigidas para la inscripción por nuestro ordenamiento; c) La validez del hecho o acto contenido en la certificación registral extranjera conforme al ordenamiento designado por nuestras normas de conflicto; d) Que la inscripción de la certificación no resulta manifiestamente contraria al orden público español.

53. En el caso de que se pretenda inscribir la filiación mediante la presentación de una resolución judicial extranjera<sup>59</sup>, ya se ha señalado que el TS tradicionalmente se ha mostrado proclive al reconocimiento incidental por parte del Encargado (*i.e.* sin necesidad de obtener un reconocimiento a título principal) ante una autoridad judicial, si bien había apostado, por el reconocimiento conflictual y no por el reconocimiento procesal de este tipo de resoluciones<sup>60</sup>. La LRC 2011 admite también en su artículo 96.1 el reconocimiento registral de resoluciones extranjeras de jurisdicción voluntaria definitivas por parte del Encargado del Registro, igual que la Instrucción de 5 de octubre de 2011<sup>61</sup>. Ahora bien, la LRC

---

<sup>59</sup> Con relación a las reglas de la LRC 2011 sobre inscripción a partir de resoluciones judiciales extranjeras, *vid.* HEREDIA CERVANTES, I., «La Ley de Registro Civil de 2011 y la inscripción de las resoluciones judiciales extranjeras», en FONT i MAS M (Dir) *El documento público extranjero en España y en la Unión Europea: Estudios sobre las características y efectos del documento público* Barcelona, 2014, pp. 301-332.

<sup>60</sup> *Vid.* DE MIGUEL ASENSIO P., *Eficacia ...*, *op. cit.*, nota 24, pp. 243-244).

<sup>61</sup> No obstante, aunque la LRC 2011 no lo señale de forma expresa, cabe entender que dentro de este precepto solo se incluyen las resoluciones de jurisdicción voluntaria en las que la actividad del juez competente tenga realmente un valor «decisorio» y suponga la creación, modificación o extinción de estados o situaciones jurídicas (adopción, declaración de

2011 va más allá que la Instrucción al permitir el reconocimiento registral, no solo de las resoluciones de jurisdicción voluntaria, sino también de las resoluciones derivadas de un procedimiento contencioso siempre que sean firmes<sup>62, 63</sup>. La Instrucción no podía incorporar el reconocimiento registral de estas resoluciones porque, al contrario de lo estipulado en los instrumentos europeos y en numerosos textos convencionales vigentes en España, nuestra regulación registral ha sometido hasta la fecha la inscripción de una resolución judicial extranjera en un registro público a su previo reconocimiento a título principal (artículos 38.1 4.ª LRC 1957 y 83 RRC 1958 *a sensu contrario* y artículo 4 LH)<sup>64</sup>. A expensas del futuro del Proyecto de Ley de Cooperación Jurídica Internacional<sup>65</sup>, los únicos casos en los que no se exigía hasta la fecha tal requisito en nuestro ordenamiento interno eran los de inscripción de adopciones constituidas por una autoridad extranjera (artículo 27 Ley de Adopción Internacional) y de resoluciones concursales extranjeras diferentes a las de apertura (artículo 222 Ley Concursal). El artículo 96 LRC 2011 da por tanto un giro radical a este panorama normativo, haciéndose eco de una demanda tradicional de nuestra doctrina<sup>66</sup>. La consagración por parte del artículo 96.1 de un

---

acogimiento familiar, de adopción o de tutela, de ausencia o fallecimiento, nombramientos, etc.). Las decisiones que pongan fin a un procedimiento destinado a la mera documentación, homologación o constatación de situaciones (p.ej., las declaraciones de herederos *ab intestato* o los actos judiciales en los que se recojan las informaciones para perpetua memoria practicadas, y en los que simplemente se documenten declaraciones de testigos sobre ciertos hechos que interesen al solicitante) quedarían incluidas en el artículo 97 LRC 2011, el precepto que regula la inscripción de los documentos extrajudiciales extranjeros.

<sup>62</sup> Si la resolución extranjera carece de firmeza o, en el caso de las de jurisdicción voluntaria, no es definitiva, el artículo 40.3.º 5 LRC 2011 únicamente admite su anotación con valor meramente informativo.

<sup>63</sup> Con relación al reconocimiento registral puede consultarse *in extenso* el trabajo de DE MIGUEL ASENSIO, P.A., «La expansión del reconocimiento automático y su impacto sobre la actividad registral», *Derecho registral internacional* (Homenaje a la memoria de R. ARROYO MONTERO), Madrid, Iprolex, 2003, pp. 23-42.

<sup>64</sup> Según el artículo 38 de la LRC 1957, hasta que se verifique tal requisito la resolución extranjera solo podrá ser objeto de una anotación informativa. Se excluyen de esta exigencia tanto las resoluciones extranjeras que simplemente se invoquen para determinar o complementar la capacidad para un acto inscribible (art. 84 RRC) como, tal y como ya se ha señalado, las resoluciones equiparables a una española de jurisdicción voluntaria, que hasta ahora podían ser reconocidas incidentalmente por el registrador mediante un reconocimiento conflictual.

<sup>65</sup> BOCG-Congreso, Serie A, núm. 149-1, de 30.4.2015.

<sup>66</sup> Vid.: ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, A., «Inscripción en el Registro Civil de las sentencias alemanas de divorcio sin necesidad de exequátur. Comentario a la Resolución de la DGRN de 29 de noviembre de 1990», *Poder Judicial*, n.º 22, 1991, pp. 193-204; LABRADOR ENCINAS, J.,

régimen único para las resoluciones judiciales extranjeras, con independencia de que tengan su origen en un procedimiento contencioso o de jurisdicción voluntaria, tiene además la virtud de evitar los serios problemas de calificación a los que en ocasiones se enfrentaban nuestras autoridades ante determinados tipos de resoluciones cuya naturaleza es difícil de precisar y entre los que se encuentran, precisamente, los de gestación por sustitución.

En cuanto a los requisitos a los que se somete la inscripción en el Registro Civil a partir de resoluciones judiciales extranjeras, son los siguientes: a) La regularidad y autenticidad formal de los documentos presentados; b) Que el Tribunal de origen hubiera basado su competencia judicial internacional en criterios equivalentes a los contemplados en la legislación española; c) Que todas las partes fueron debidamente notificadas y con tiempo suficiente para preparar el procedimiento y, d) Que la inscripción de la resolución no resulta manifiestamente incompatible con el orden público español. En definitiva, requisitos muy similares a los contemplados en los instrumentos europeos.

54. El problema que se plantea, como puede observarse, es que tanto la inscripción a partir de resoluciones como de certificaciones extranjeras quedan sometidas en la LRC 2011 a la falta de contrariedad manifiesta con el orden público español, por lo que, a menos que varíe la posición del TS sobre esta cuestión o se introduzcan cambios específicos en nuestra normativa interna (en la LRC 2011, en la LTRHA, etc.), que excluyan la contrariedad con el orden público por el mero hecho de que la relación de filiación constituida en el extranjero tenga su origen en un procedimiento de gestación por sustitución<sup>67</sup>, la inscripción en estos casos se antoja en la actualidad prácticamente imposible<sup>68</sup>.

---

«Comentario a la Resolución de la DGRN de 2 de julio de 1990. *REDI*, Vol. XLIII, 1991, pp. 215-219; RODRÍGUEZ GAYÁN, E., *Derecho registral civil internacional*, Madrid, Eurolex, 1995, p. 64.

<sup>67</sup> Esto no significaría, por supuesto, que ningún supuesto de inscripción de relaciones de filiación extranjeras derivadas de gestación por sustitución supusiera una vulneración de nuestro orden público. Ya se ha apuntado, y la propia Instrucción de la DGRN lo pone de manifiesto el enumerar los motivos de denegación de la inscripción, que en la medida en que, por ejemplo, el consentimiento de la madre no sea libre o se haya producido un supuesto de tráfico internacional de menores o se negase al menor la posibilidad de conocer su origen biológico, deberá denegarse la inscripción.

<sup>68</sup> Uno de los propósitos del Proyecto de Ley de Medidas de Reforma Administrativa en el ámbito de la Administración de Justicia y el Registro Civil parecía ser, precisamente, elevar a rango legal la Instrucción de 5 de octubre de la DGRN. Sin embargo, en la fecha de cierre de este trabajo, tanto el contenido final de este texto como su propia suerte resultan muy inciertos.

## 6. CONCLUSIONES

La inscripción en España de relaciones de filiación constituidas en el extranjero mediante el recurso a la gestación por sustitución se encuentra en la actualidad en una situación de absoluta incertidumbre. El periodo de estabilidad y seguridad propiciado por la Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010 finalizó abruptamente con la Sentencia del TS de 6 de febrero de 2014 en la que, entre otras afirmaciones, el TS parece dar a entender que la inscripción en estos supuestos siempre sería contraria al orden público español.

Como se ha tenido oportunidad de constatar a lo largo del trabajo, la sentencia de 6 de febrero de 2014 es una resolución tremendamente discutible, que realiza una incorrecta construcción de la cláusula de orden público y del principio del interés superior del menor y que se aparta del camino que se ha seguido en países como Alemania o Austria. Existen además argumentos que permiten considerar que dicha sentencia se opone a la jurisprudencia del TEDH, pese a que el propio TS, en su auto de 2 de febrero de 2015 haya negado esta posibilidad. La posición del TS choca además con la seguida por la jurisprudencia de otros Estados como Alemania o Austria, cuyo ordenamiento se opone a esta técnica (en el caso alemán, incluso está sometida a sanciones penales), y que pese a ello, no han apreciado una contrariedad con su orden público.

La entrada en vigor de la nueva LRC 2011 no serviría para cambiar este panorama ya que la inscripción tanto de certificaciones como de resoluciones judiciales extranjeras se somete al requisito de que ello no suponga una manifiesta vulneración del orden público español. Ello supone que únicamente un cambio en la posición del TS o una actuación de legislador que pusiera de manifiesto que *el mero hecho* de que la filiación constituida en el extranjero tenga su origen en un supuesto de gestación por sustitución no implica una manifiesta vulneración del orden público español, evitarían el cierre absoluto del Registro Civil español.

## 7. BIBLIOGRAFÍA

ALBERT MÁRQUEZ, M., «Los contratos de gestación por sustitución celebrados en el extranjero y la nueva Ley del Registro Civil», *Diario La Ley*, N.º 7863, Sección Doctrina, 22 Mayo. 2012, núm. V.

ÁLVAREZ DE TOLEDO QUINTANA, L., «El futuro de la maternidad subrogada en España: entre el fraude de ley y el correctivo del orden público internacional»; *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Octubre 2014), vol. 6, n.º 2, pp. 5-49, (<http://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT>).

ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., «Efectos en España de la gestación por sustitución llevada a cabo en el extranjero», *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, 2010, pp. 339-377.

ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., «Surrogacy: balance de cuatro años de práctica judicial y administrativa», en PELLISÉ, C., *La unificación convencional y regional del Derecho internacional privado*, Madrid, 2014, pp. 61-74.

ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, A., CARRIZO AGUADO, D., Tratamiento legal del contrato de gestación por sustitución en el Derecho Internacional Privado española la luz de la STS de 6 de febrero de 2014. Dime niño, ¿de quién eres...?, *La Notaría*, núm. 2, 2014, pp. 59-75.

ATIENZA RODRÍGUEZ, M., «De nuevo sobre las madres de alquiler», *Notario del Siglo XXI*, núm. 27, septiembre-octubre. 2009, pp. 52-56, pp. 55-56.

ATIENZA RODRÍGUEZ, M., «Sobre la nueva Ley de Reproducción Humana Asistida», *Revista de Bioética y Derecho*, núm. 14, 2008, pp. 4-9.

BAUGHMAN, M. H., «In Search of Common Ground: One Pragmatist Perspective on the Debate Over Contract Surrogacy», *Columbia Journal of Gender and Law*, 2001, pp. 263 y ss.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO, R., «Hijos made in California», *AC*, núm. 3, 2009, *Westlaw Aranzadi*, BIB 2009/411.

BROWNE-BARBOUR, V. S., «Bartering for babies: are preconception agreements in the best interests of children?», *Whittier Law Review*, 2004, pp. 429-486.

CAMARERO GONZÁLEZ, G. J., «Notas 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*, núm. 7910, Sección Tribuna.

CAMPIGLIO, C., «Lo stato di figlio nato da contratto internazionale di maternità», *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2009, pp. 589-604.

CARAVACA, A., CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., «Gestación por sustitución y Derecho internacional privado. Consideraciones en torno a la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 18 de febrero de 2009».

CUNIBERTI, G., «Nota a la Sentencia de la Corte de Apelación de París de 25 de octubre de 2007», *JDI Clunet*, 2008, pp. 145-153.

DE MIGUEL ASENSIO, P., «La Instrucción de la DGRN de 10 de octubre de 2011» (<http://pedrodemiguelasensio.blogspot.com.es>).

DE MIGUELASENSIO, P.A., «La expansión del reconocimiento automático y su impacto sobre la actividad registral», Derecho registral internacional (Homenaje a la memoria de R. ARROYO MONTERO), Madrid, *Iprolex*, 2003, pp. 23-42.

DELGADO ECHEVARRÍA, J., «El concepto de validez de los actos jurídicos de Derecho privado, Notas de teoría y de dogmática», *ADC*, 2005, pp. 9-74.

DRABIAK, K., WEGNER, C. FREDLAND, V. HELFT, P. R., «Ethics, Law and Commercial Surrogacy: A Call for Uniformity», *Journal of Law, Medicine & Ethics*, 2007, pp. 300-309.

ESPINAR VICENTE, J. M.<sup>a</sup>, «Nuevas reflexiones en torno a la heterodoxa doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado. La gestación por sustitución y el amparo a los actos en fraude de ley», en *Nuevas fronteras al Derecho de la Unión Europea, Liber Amicorum José Luis Iglesias Buhigues*, Valencia, 2012, pp. 589-604.

FARNÓS AMORÓS, E., «Inscripción en España de la filiación derivada del acceso a la maternidad subrogada en California: Cuestiones que plantea la Resolución de la DGRN de 18 de febrero de 2009», *InDret*, 1/2010, pp. 7-12.

FERNÁNDEZ-SANCHO TAHOCES, A., «Eficacia jurídico registral del contrato de gestación subrogada», en *Revista Aranzadi Doctrinal* nº 6/2011, 9 de septiembre, pp. 15-15.

GARRIGA GORINA, M., «El conocimiento de los orígenes genéticos en la filiación por reproducción asistida con gametos donados por un tercero», *Derecho privado y Constitución*, 2007, núm. 21, pp.167-228.

GREEN, S. B., «Interstate Intercourse: How modern assisted reproductive Technologies challenge the traditional realm of conflict of laws»: [http://works.bepress.com/sonia\\_green/1](http://works.bepress.com/sonia_green/1)).

GUZMÁN ZAPATER, M., «Gestación por sustitución y nacimiento en el extranjero. Hacia un modelo de regulación (sobre la Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010)».

GUZMÁN ZAPATER, M.,«Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2011: «El acceso al Registro español de los nacidos en el extranjero mediante gestación por sustitución», *El Notario del Siglo XXI*, núm. 34, pp. 51-55.

HELMS, «Leihmutterschaft und ordre public», *FamRZ*, n.º 3, 2015, pp. 245-246.

HEREDIA CERVANTES, I., «La Dirección General de los Registros y del Notariado ante la gestación por sustitución», *ADC*, T.LXVI, 2013, fasc. 2, pp. 687-715, pp. 693-695.

HEREDIA CERVANTES, I., «La Ley de Registro Civil de 2011 y la inscripción de las resoluciones judiciales extranjeras», en *FONT i MAS M (Dir)* El documento público extranjero en España y en la Unión Europea: Estudios sobre las características y efectos del documento público Barcelona, 2014, pp. 301-332.

HEREDIA CERVANTES, I., «El Tribunal Supremo y la gestación por sustitución: crónica de un desencuentro (a propósito de la STS de 6 de febrero de 2014)», *Notario del Siglo XXI*, n.º 54.

HEREDIA CERVANTES, I., Inscripción de relación de filiación derivada del recurso a gestación por sustitución en el extranjero», *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, núm. 96, 2014, pp.177-214.

IGAREDA GONZÁLEZ, N., «La gestación por sustitución necesita un cambio legislativo en España. A propósito de la sentencia del Tribunal

Supremo español n.º 835/2013 sobre la gestación por sustitución», *Revista de Derecho del Genoma Humano*, n.º 40, 2014, pp. 171-191.

Informe Preliminar de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado sobre las cuestiones derivadas de los acuerdos de gestación por sustitución, de 10 de marzo de 2012.

JIMÉNEZ MARTÍNEZ, M.º.V., «La inscripción de la filiación derivada de gestación por sustitución», *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Alcalá*, V (2012), pp. 365-368.

LABRADOR ENCINAS, J., «Comentario a la Resolución de la DGRN de 2 de julio de 1990. *REDI*, vol. XLIII, 1991, pp. 215-219;

LAMM, E., «Gestación por sustitución», *InDret*, 3/2012, pp. 11-17.

LANDAU, R., «Israel: Every Person has the Right to Have Children», en Blyth, E., Landau, R. (Ed.), *Third Party Assisted Conception Across Cultures. Social, Legal and Ethical Perspectives*, Londres, Nueva York, 2004, pp. 129-147.

LASARTE ÁLVAREZ, C., «La reproducción asistida y la prohibición legal de maternidad subrogada admitida de hecho por vía reglamentaria», en *Diario la Ley*, (Sección Doctrina), n.º 7777, enero de 2012 (La Ley 22179/2011).

LURGER, B., «Das österreichische IPR bei Leihmutterschaft im Ausland – das Kindeswohl zwischen Anerkennung, europäischen Grundrechten und inländischem Leihmutterschaftsverbot», *IPRax*, vol .3, 2013, pp. 282-288.

MAYER, P., «Les méthodes de la reconnaissance en droit international privé», *Le Droit international privé: esprit et méthodes. Mélanges en l'honneur de P. LAGARDE*, Dalloz, París, 2005, pp. 547-573.

MONÉGER, F., «La gestation pour autrui», *Revue Internationale de Droit Comparé*, n.º 2, 2010, pp. 233-244.

MUÑOZ DE DIOS SÁEZ, L.M., «La gestación por sustitución: un fraude a la adopción (tras la sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014)», *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, 2014, pp. 289-329.

OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, P., «Nota a la Resolución de la DGRN de 18 de febrero de 2009», *REDI*, vol. LXI, 2009, pp. 215-217.

OREJUDO, P., «Reconocimiento en España de la filiación creada en el extranjero a través de la gestación por sustitución», en Navas Navarro, S. (Dir.), *Iguals y diferentes ante el Derecho privado*, Valencia, 2012, pp. 465-516.

PAMBOUKIS, Ch., «La renaissance-métamorphose de la méthode de reconnaissance», *Rev. crit. dr. int. priv.*, 2008, pp. 513-560.

QUESADA GONZÁLEZ, M.C., «El derecho (¿constitucional?) a conocer el propio origen biológico» *Anuario de Derecho Civil*, 1994, vol. II, pp. 237-304.

QUIÑONES, A., «Doble filiación paterna de gemelos nacidos en el extranjero mediante maternidad subrogada. En torno a la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 18 de febrero de 2009», *InDret*, 3/2009, pp. 9-12.

RADIN, M., «Market-Inalienability», *Harvard Law Review*, 1987, pp. 1849 y ss.

RADIN, M., «Reflections on objectification» (Symposium on biomedical technology and health care: social and conceptual transformations), *Southern California Law Review*, 1991, pp. 341 y ss.

RODRÍGUEZ GAYÁN, E., *Derecho registral civil internacional*, Madrid, *Eurolex*, 1995.

SALVADOR GUTIÉRREZ, S., «Reconocimiento registral de la determinación en el extranjero de doble filiación paterna mediante técnicas de gestación por sustitución», *El Derecho, Boletín de Derecho de Familia*, 1 de septiembre de 2012.

SCOTTI, L.B., «El reconocimiento extraterritorial de la «maternidad subrogada»: una realidad colmada de Interrogantes sin respuestas jurídicas», *Pensar en Derecho*, pp. 267-289, esp. pp. 280-283, <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/pensar-en-derecho/revistas/1/el-reconocimiento-extraterritorial-de-la-maternidad-subrogada-una-realidad-colmada-de-interrogantes-sin-respuestas-juridicas.pdf>.

SHALEV, C., GOOLDIN, S., «The uses and misuses of in vitro fertilization in Israel: some sociological and ethical considerations», *Nashim: A Journal*

of *Jewish Women's Studies and Gender Issues*, 2006, pp. 151-176: <http://muse.jhu.edu/journals/nashim/v012/12.1shalev.html>.

STRUYCKEN, A.V.M., «Surrogacy, a new way to be a mother? A new Pii Issue?» Convergence and divergence in Private International Law, *Liber Amicorum Kurt Siehr*, La Haya y Zurich, 2010, pp. 357-372.

TONNOLO, S., La trascrizione degli atti di nascita derivanti da maternità surrogata: ordine pubblico e interesse del minore, *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, vol. 50, n.º 1, 2014, pp. 81-104.

TRIMMINGS, K., BEAUMONT, P., «International surrogacy agreements: and urgent need for legal regulation at the international level», *Journal of Private International Law*, 7. 2011, pp. 627-647.

TRIMMINGS, K., BEAUMONT, P., «General Report on Surrogacy», *International Surrogacy Arrangements: Legal Regulations at the International Level*, Oxford, 2013, pp. 439-550.

VELA SÁNCHEZ, A. J., «De nuevo sobre la regulación del convenio de gestación por sustitución o de maternidad subrogada en España». A propósito de la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 23 de noviembre de 2011, en *Diario La ley (Sección Doctrina)*, n.º 7815, marzo de 2012.

VIRGÓS SORIANO, M., GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J., *Derecho procesal civil internacional*, 2.ª ed. Madrid, 2007.

ZWISSLER, «Anerkennung einer kalifornischen Entscheidung zur Elternstellung bei Leihmutterschaft», *NZFam*, n.º 3, 2015, pp. 118 y ss.