

# DETERMINACIÓN DE LA FILIACIÓN DE LOS NACIDOS EN EL EXTRANJERO MEDIANTE GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN: ¿HACIA UNA NUEVA REGULACIÓN LEGAL EN ESPAÑA?\*

AURORA HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ

*Profesora Contratada Doctora de Derecho Internacional Privado  
Universidad de Cantabria*

Recibido: 08.09.2014 / Aceptado: 16.09.2014

**Resumen:** El denominado “turismo procreativo internacional” o “*Cross-Border Reproductive Care*”, no deja de ser un tipo de “turismo sanitario”, al que sin embargo se anudan importantes consecuencias legales: la determinación de la filiación de los nacidos mediante técnicas de reproducción asistida (TRA). Así sucede especialmente con los contratos de “gestación por sustitución”, regulados de forma muy dispar en los diversos Estados. El problema jurídico surge cuando la filiación de los nacidos mediante dicha técnica se determina conforme al Derecho del Estado de destino, al que se desplazan los ciudadanos de otros países en busca de leyes más permisivas, y se pretende reconocer la misma en un país en el que tal filiación no es admitida. Este trabajo trata de exponer cómo ha sido tratada esta delicada cuestión por parte de los tribunales y autoridades públicas españolas, especialmente a partir de Resolución DGRN de 18 de febrero de 2009. Desde entonces hasta ahora, se han producido importantes novedades jurisprudenciales, principalmente, las STEDH, de 26 de junio de 2014, Asunto *Menesson c. Francia* y Asunto *Labassee c. Francia*, que a buen seguro provocaran una reacción por parte del ordenamiento jurídico español, en el que la gestación por sustitución no está permitida (art.10 LTRHA).

**Palabras clave:** Turismo procreativo internacional. “*Cross-Border Reproductive Care*”. Técnicas de reproducción asistida. Gestación por sustitución. Certificaciones registrales extranjeras. Filiación. Derecho internacional privado. Reconocimiento de decisiones extranjeras. *Forum Shopping*. Fraude de Ley.

**Abstract:** The so-called “international procreative tourism” or “*Cross-Border Reproductive Care*” continues to be a type of “medical tourism”, which nevertheless significant legal consequences are tied: the establishment of parentage of children born through reproductive technologies assisted (TRA). This is especially true of “surrogate motherhood” very unevenly regulated in the various states. The problem arises when the legal parentage of children born through this technique that determined under the law of the State of destination, to which the citizens of other countries are moving in search of more permissive laws, and seeks to recognize the same in a country that such affiliation is not supported. This paper attempts to explain how it has been treated this sensitive issue by the Spanish courts and public authorities, especially following the important DGRN Resolution of 18 February 2009. From then until now, there have been significant jurisprudence mainly the ECHR Judgments of June 26, 2014, *Menesson vs. France* and *Labassee vs. France* which will surely provoke a reaction from the Spanish legal system, in which surrogate motherhood is not permitted (art. 10 LTRHA)..

**Key Words:** Cross-Border Reproductive Care (CBRC). International fertility tourism. International reproductive tourism. Assisted reproductive technologies (ART's). Gamete donation. Surrogate mothers. Conflicts of Laws. Recognition and Enforcement of Foreign Decisions. Foreign Birth Certificates. Legal Parentage. *Forum Shopping*.

---

\* Trabajo realizado en el marco del Proyecto I+D+I del MICINN, Ref. DER2012-32735, “El replanteamiento del principio de autonomía en el ámbito sanitario y sus límites; en particular, libertad de decisión y objeción de conciencia”, cuya IP es la Prof. Dra. María Luisa Arcos Vieira.

**Sumario:** I. Introducción. “Turismo procreativo internacional” o “*Cross-Border Reproductive Care*”. II. La gestación por sustitución. 1. Concepto y clases. 2. Regulación en Derecho español. III. Determinación en el Derecho español de la filiación del sujeto nacido en el extranjero mediante gestación por sustitución. 1. Introducción. 2. Filiación determinada en el extranjero: acceso al Registro Civil español. A) Regulación en DIPr español. B). El mecanismo del reconocimiento de los documentos públicos extranjeros. a) Consideraciones generales. b) Las certificaciones registrales extranjeras de nacimiento y filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución: Resolución DGRN de 8 de febrero de 2009. 3. Filiación determinada en el extranjero mediante gestación por sustitución y orden público internacional español. A) Aspectos conceptuales. B) El art. 10 Ley 14/2006: una norma imperativa. C) Filiación determinada en el extranjero y orden público internacional español. IV. La Instrucción DGRN de 5 de octubre de 2010 sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución. V. Permisos de maternidad o paternidad y gestación por sustitución. 1. Jurisdicción social y orden público internacional atenuado. 2. Jurisprudencia del TJUE. VI. La gestación por sustitución a la luz de la jurisprudencia del TEDH: Asunto *Menesson c. France* y Asunto *Labassee c. France*. 1. Hechos. 2. El interés superior del menor y el respeto al derecho a su vida privada. VII. Conclusiones.

## I. Introducción. “Turismo procreativo internacional” o “*Cross-Border Reproductive Care*”

1. En los últimos años, venimos asistiendo a la eclosión de un nuevo fenómeno global, propiciado por la situación legal y social existente en diversos países, el denominado “turismo procreativo internacional” o “turismo de fertilidad internacional”, también conocido como “*Cross-Border Reproductive Care*” (CBRC). En términos generales, puede decirse que este fenómeno tiene lugar cuando ciudadanos que residen en un Estado se desplazan a otro para acceder a una determinada técnica de reproducción asistida (en adelante, TRA), bien porque el tratamiento en cuestión está prohibido en su país de origen, bien porque el Estado al que se viaja proporciona el mismo con mayor celeridad, garantías e incluso, menor coste, y/o no condiciona su acceso al cumplimiento de determinados requisitos del interesado/a o interesados (edad, estado civil y/u orientación sexual)<sup>1</sup>.

2. Dentro de la UE, España, –junto con Bélgica, República Checa, Dinamarca, Suiza y Eslovenia–, se perfila como un país de destino para acceder a las TRA. Varias son las razones: a) la legislación española en materia de reproducción humana asistida es muy permisiva, admite casi todas las técnicas médicas posibles, excepto la gestación por sustitución y la selección del sexo del nacido; b)

<sup>1</sup> Vid. J. COHEN, “Le tourisme procréatif: un pis-aller”, *Gynécologie, Obstétrique & Fertilité*, 2006, vol. 34, núm. 10, pp. 881-882; L. CULLEY/N. HUDSON/F. RAPPORT/E. BLYTH/W. NORTON/A. A. PACEY, “Crossing Borders for Fertility Treatment: motivations, destinations and outcomes of UK fertility travelers”, *Human Reproduction*, 2011, <http://humrep.oxfordjournals.org/content/early/2011/06/22/humrep.der191.full.pdf+html>; T. DAVIES, “Cross-Border Reproductive Care: Quality and Safety Challenges for the Regulator”, *Fertility & Sterility*, 2010 Jan, 94 (1), pp. 20-22; M. C. INHORN/P. PATRIZIO, “Rethinking Reproductive «Tourism» as Reproductive «Exile»”, *Fertility & Sterility*, 92 (3), 2009, pp. 904-906; M. C. INHORN/P. SHRIVASTAV/P. PATRIZIO, “Assisted Reproductive Technologies and Fertility «Tourism»: Examples from Global Dubai and the Ivy League”, *Medical Anthropology: Cross-Cultural Studies in Health and Illness*, vol. 31, Issue 3, 2012, pp. 249-265; M. C. INHORN, “Globalization and gametes: reproductive «tourism», Islamic bioethics, and Middle Eastern modernity”, *Anthropology & Medicine*, vol. 18, No. 1, April, 2011, pp. 87-117 (version on line: <http://www.marciainhorn.com/uploads/inhorn-article-Anthropology-and-Medicine.pdf>); G. PENNING, “Reproductive tourism as moral pluralism in motion”, *Journal of Medical Ethics*, 2002, vol. 28, pp. 337-341; G. PENNING/G. DE WERT/ F. SHENFIELD/J. COHEN/B. TARLATZIS/P. DEVROY, “ESHRE Task Force on Ethics and Law 15: Cross-border reproductive care”, *Human Reproduction*, 2008, vol. 23, núm. 10, pp. 2182-2184; F. SHENFIELD/J. DE MOUZON/G. PENNING/A.P. FERRARETTI/A. NYBOE ANDERSEN/ G. DE WERT/V. GOOSSENS/THE ESHRE TASKFORCE ON CROSS BORDER REPRODUCTION CARE, “Cross border reproductive care in six European countries”, *Human Reproduction*, 2010, vol. 25, nº 6, pp. 1361-1368: <http://humrep.oxfordjournals.org/content/25/6/1361.full.pdf+html>; R.F. STORROW, “The Proportionality Problem in Cross-Border Reproductive Care”, en I. G. COHEN (ed.), *The Globalization of Health Care: Legal and Ethical Issues*, Oxford University Press, 2013, pp. 125-47; *Id.*, “Assisted Reproduction on Treacherous Terrain: The Legal Hazards of Cross-Border Reproductive Travel”, *Reproductive BioMedicine Online*, 2011, Nov., 23n(5), pp. 538-545; *Id.*, “The Pluralism Problem in Cross-Border Reproductive Care”, *Human Reproduction*, 2010 Dec., 25 (12), pp. 2939-2943; W. VAN HOOFF/G. PENNING, “Extraterritorial laws for cross-border reproductive care: the issue of legal diversity”, *Eur. J. Health Law*, 2012, Apr. 19 (2), pp. 187-200.

los costes de acceso a las TRA suelen ser inferiores a otros países de nuestro entorno; c) existen menos listas de espera y; d) la calidad de los centros clínicos que se dedican a esta práctica es muy alta. En cualquier caso, nuestro país se ha convertido en el destino por excelencia cuando se trata de acceder a las TRA con óvulos donados, especialmente por parte de ciudadanos procedentes de Reino Unido, -donde la donación de óvulos no es anónima-, e Italia, -país donde está prohibida la fecundación heteróloga-. A ello, se suma la compensación económica que reciben las mujeres por donar sus óvulos, porque si bien es cierto que en España, al igual que en todos los ordenamientos europeos que admiten la fecundación heteróloga, está prohibida la comercialización de gametos, no lo es menos que se admite compensar los gastos razonables de tal donación. Ello explica que, en la práctica, los centros médicos españoles paguen alrededor de una media de 900 euros en los casos de donación de óvulos, frente a los 60 euros que se perciben por la donación de esperma<sup>2</sup>.

3. No obstante, la ineficacia civil de los contratos de gestación por sustitución en Derecho español, así como la prohibición de donación de gametos con fines de comercialización, no sólo hacen más “atractivos” otros países fuera de la UE como lugar de destino, -tales como, EE.UU, y otros Estados emergentes en este ámbito como India, Rusia y Ucrania, donde estas prácticas si están permitidas-, sino que han convertido a España en país de origen en el marco del “turismo procreativo internacional”.

4. El “turismo procreativo internacional” plantea interesantes cuestiones desde el punto de vista médico, ético, social, antropológico y jurídico. Preocupan, esencialmente, los siguientes aspectos: a) solo es una opción para las personas que pueden permitírselo económicamente; b) resulta imposible realizar un control global en la calidad y seguridad de los servicios ofrecidos para garantizar la salud de la madre y el futuro niño; c) aumenta el riesgo de explotación de aquellas mujeres con escasos recursos económicos; d) hace tambalear la autoridad de la ley estatal, hasta el extremo que tal práctica se ha llegado a calificar como acto de “desobediencia civil”; e) refleja una realidad incontestable: la reproducción humana se ha convertido en objeto de comercio, haciendo surgir un verdadero “Baby Business”. El debate no se ha hecho esperar, existiendo opiniones divergentes que comprenden desde aquéllas que postulan por una prohibición total de este tipo de fenómeno hasta otras que defienden la armonización internacional que haga posible el deseo de ser padres, o yendo más lejos, el ejercicio de un derecho: el derecho a la procreación, como parte integrante de los derechos reproductivos, entendidos como un compendio de derechos humanos<sup>3</sup>.

5. Si bien es cierto que el Derecho está llamado a ofrecer soluciones en este contexto, algo que resulta innegable, no lo es menos que el verdadero reto jurídico en la actualidad surge cuando las personas que se desplazan hacia otro país para acceder a una determinada TRA, buscan crear además un vínculo de filiación conforme al Derecho del Estado de destino. Vínculo que en el Estado de origen, al no estar permitida esa concreta TRA, no se establecería legalmente. En tales casos, el denominado turismo procreativo da un salto cualitativo y cuantitativo, en tanto que no sólo se trata de acceder a las TRA sino además crear una relación jurídica, -determinación de la filiación-, totalmente válida conforme al Derecho del Estado receptor que afecta a un tercero con individualidad jurídica propia: el nacido. Resulta necesario deslindar, sin desconocer por ello o negar la relación de causalidad: a) el acceso a las TRA a nivel internacional, a día de hoy carente de toda regulación y; b) los efectos jurídico privados derivados de la mismas, en esencia: el reconocimiento de la filiación de los hijos nacidos en el extranjero mediante este tipo de técnicas. A día de hoy, la gestación por sustitución constituye un paradigma de los problemas jurídicos que, a nivel internacional, suscita este tipo de situaciones<sup>4</sup>.

<sup>2</sup> Vid. E. FARNÓS AMORÓS, “European Society of Human Reproduction and Embriology”. 26<sup>th</sup> Annual Meeting. Roma, 27-30 junio, 2010”, *InDret* 3/2010 (on line).

<sup>3</sup> Vid. E. LAMM, “Gestación por sustitución. Realidad y Derecho”, *Indret* 3/2012 (on line), p. 22.

<sup>4</sup> Vid. S. ALLAN, *Commercial Surrogate and Child: Ethical Issues, Regulatory Approaches, and Suggestions for Change*, (May 30, 2014), disponible en: <http://ssrn.com/abstract=2431142>; K. BRUGER, “International Law in the Gestational Surrogacy Debate”, 35 *Fordham Int'l L.J.*, 665 (2011-2012); R. COOK/S. D. SCLATER/W. F. KAGANAS (eds.), *Surrogate Motherhood: International Perspectives*, Oxford, 2003; Y. ERGAS, “Babies without Borders: Human Rights, Human Dignity, and the regulation of International

## II. La gestación por sustitución

### 1. Concepto y clases

6. La gestación por sustitución, también denominada “maternidad subrogada”, “alquiler de útero”, “maternidad portadora” o, despectivamente, “vientre de alquiler”, puede definirse como un contrato, oneroso o gratuito, en virtud del cual una mujer aporta la gestación, o también su óvulo, -según los casos-, comprometiéndose a entregar el nacido a los comitentes o padres de intención, que podrán aportar, o no según los casos, sus gametos<sup>5</sup>.

7. En la técnica de gestación por sustitución pueden distinguirse dos grandes modalidades: a) *Maternidad subrogada tradicional, plena o total (traditional surrogacy)*: en ésta, la madre subrogada es también la madre genética, es ella quién aporta su material genético para llevar a cabo la gestación. b) *Maternidad subrogada gestacional o parcial (gestational surrogacy)*: la madre subrogada no aporta material genético, la concepción tiene lugar a partir del óvulo u óvulos de una mujer diferente de la madre subrogada, que normalmente es la madre comitente. La inexistencia de vínculo genético entre el nacido y la madre subrogada, en este último caso, explica que esta modalidad de gestación por sustitución cuente con mayor respaldo por parte de aquellos ordenamientos jurídicos nacionales que la contemplan<sup>6</sup>.

8. Si bien es cierto que todas las TRA generan planteamientos no solo jurídicos sino también éticos y morales, no lo es menos que la gestación por sustitución origina debates viscerales. La razón es

---

Commercial Surrogacy”, 27 *Emory Int'l L. Rev.* 117 (2013), <http://law.emory.edu/eilr/documents/volumes/27/1/articles/ergas.pdf>; C. FENTON-GLYNN, “Review Article Human Rights and Private International Law: Regulating International Surrogacy”, *Journal of Private International Law*, vol. 10, 2014-1, pp. 157-169; C.P. FINDREGAN, “International Fertility Tourism. The Potential for Stateless Children in Cross-Border Commercial Surrogacy Arrangements”, 36 *Suffolk Transnational Law Review*, 2013, pp. 527 y ss.; B. HALE, “Regulation of International Surrogacy arrangements: Do we regulate the Market, or Fix The Real Problems”, 36, *Suffolk Transnational Law Review*, 2013, pp. 501 y ss.; M. HENAGHAN, “International Surrogacy Trends: How Family Law is Coping”, *Australian Journal of Adoption*, vol. 7, n° 3 (2013), disponible en: <http://www.nla.gov.au/openpublish/index.php/aja/article/viewArticle/3188>; T. ISTEREVYCH, *International Surrogacy Arrangements: The Problem of Recognition of Legal Parenthood*, Hungary, 2013; C. LIMON, “Surrogacy and Parenthood: An overview of the research on the between Surrogacy and Adoption”, *Australian Journal of Adoption*, vol. 7, n° 3, (2013), disponible en: <http://www.nla.gov.au/openpublish/index.php/aja/article/viewArticle/3197>; T. LIN, “Born Lost: Stateless Children in International Surrogacy Arrangement”, 21 *Cardozo J. Int'l & Comp. L.* 545 (2012-2013); C. MAYER, “Ordre public und Anerkennung der rechtlichen Elternschaft in internationalen Leihmutterfällen”, *RabelsZ*, 2014, vol. 78, n° 3, pp. 551-591; S. MOHAPATRA, “Stateless Babies & Adoption Scans: A Bioethical Analysis of International Commercial Surrogacy”, *Berkeley Journal of International Law*, vol. 30, Iss. 2 (2012), pp. 412-450; S. MORTAZAVI, “It Takes a Village To Make a Child. Creating a Guidelines or International Surrogacy”, *The Georgetown Law Journal*, 2012, pp. 2250-2290, (disponible on line: <http://georgetownlawjournal.org/files/2012/08/14Mortazavi.pdf>); L. A. H. RAMSKOLD M.P. POSNER, “Commercial Surrogacy: how provisions of monetary remuneration and powers of international law can prevent exploitation of gestational surrogates”, *Journal of Medical Ethics*, 2013, vol. 39, pp. 397-402; K. TRIMMINGS/P. BEAUMONT, *International Surrogacy Arrangements. Legal Regulation at the International Level*, Oxford, 2013; *Id.*, “International Surrogacy Arrangements: An Urgent Need for Legal Regulation at the International Level”, *Journal of Private International Law*, vol.7, 2011-3, pp. 62-647; J. STOLL, *Surrogacy Arrangements and Legal Parenthood: Swedish Law in Comparative Context*, Uppsala, 2103 (disponible en: <http://www.diva-portal.org/smash/get/diva2:649875/FULLTEXT01.pdf>); J. TOBIN, “To Prohibit or Permit: What is the (Human) Rights Response to the Practice of International Commercial Surrogacy”, *ICLQ*, vol. 63, 2014-2, pp. 317-352.

<sup>5</sup> Vid. J. M. CAMACHO, *Maternidad Subrogada: Una práctica moralmente aceptable. Análisis crítico de las argumentaciones de sus detractores*, 2009, <http://www.fundacionforo.com/pdfs/maternidadsubrogada.pdf>; E. LAMM, *Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada no alquiler de vientres*, Barcelona, 2012; *Id.*, “Gestación por sustitución. Realidad y Derecho”, *Indret* 3/2012 (on line); M. PÉREZ MONGE, “Cuestiones actuales de la maternidad subrogada en España: regulación versus realidad”, *RDP*, Julio-Agosto, 2010, pp. 41-64; B. SOUTO GALVÁN, “Aproximación al estudio de la gestación por sustitución desde la perspectiva del BioDerecho”, *Foro, Nueva época*, núm. 1/2005, pp. 275-292; A. J. VELA SÁNCHEZ, *La maternidad subrogada: Estudio ante un reto normativo*, Granada, 2012; *Id.*, “Gestación por sustitución o maternidad subrogada: el deseo a recurrir a las madres de alquiler”, *Diario La Ley*, n. 7608, Sección Doctrina, 11 de abril de 2011, pp. 1 y 2.

<sup>6</sup> Partiendo de estas dos modalidades, se pueden distinguir los siguientes supuestos: a) la pareja comitente aporte el material genético, -tanto óvulo como esperma- y la madre subrogada recibe en su útero el embrión con el fin de gestarlo; b) la mujer comitente aporta el óvulo fecundado por donante anónimo de esperma; c) la madre gestante aporta el óvulo que es fecundado con esperma de la pareja de ésta, del padre comitente o por donación de un tercero y; d) el material genético no es de ninguno de los comitentes, es aportado por personas ajenas, limitándose la madre subrogada a ceder su útero para gestar el embrión. Vid. A. J. VELA SÁNCHEZ, “Gestación por sustitución...”, pp. 1 y 2.

simple. Dicha técnica rompe con una máxima de Derecho romano, arraigada en gran parte de los ordenamientos jurídicos: *mater semper certa est*, en virtud de la cual la maternidad se atribuye por el hecho del parto. En la actualidad, y como consecuencia de la inmersión de la tecnología médica en el ámbito de la reproducción asistida, la mencionada regla deja de ser un hecho cierto. La aceptación de la gestación por sustitución, consecuentemente, no es pacífica.

**9.** En contra de dicha técnica se esgrimen, en esencia, los siguientes argumentos: a) Las personas están fuera del comercio, por tanto, no pueden ser objeto de relaciones jurídicas, de celebrarse un contrato de esta índole, éste sería nulo de pleno derecho por atentar contra la dignidad del ser humano; b) La gestación por sustitución supone una explotación de la mujer, en tanto que fomenta la utilización del cuerpo de la misma como “incubadora humana”. Esta práctica constituye una forma de manipulación el cuerpo femenino que cosifica a la mujer, algo inadmisibles en una sociedad democrática; c) La ruptura del vínculo materno-filial que se establece durante la gestación puede provocar perjuicios al niño; d) Se cosifica al hijo, convirtiéndolo en objeto de comercio; e) Plantea problemas de difícil solución, como por ejemplo, en caso de aborto. Puede suponer un fraude a las normas de adopción, e incluso puede generar prácticas indeseadas como la compraventa de niños y la supresión de identidad.

**10.** Pero, frente a estos argumentos se alzan otros, a favor de la gestación por sustitución, principalmente: a) Es una manifestación del derecho a procrear, implícito en el derecho a la libertad, la dignidad humana, el derecho a fundar una familia y el libre desarrollo de la personalidad; b) Si la mujer gestante emite su consentimiento de forma voluntaria y libre, no cabe hablar de explotación. Decir lo contrario, supondría privar a la mujer de su derecho a la privacidad y autodeterminación; c) Respeto los principios de igualdad y no discriminación en tanto que esta práctica es la única opción que tiene una pareja de dos varones de tener un hijo genéticamente propio; d) No atenta contra la salud física u psíquica de la madre; e) No viola el interés superior del niño en tanto que éste nace en una familia que lo desea y no hubiese existido de no haberse recurrido a la gestación por sustitución<sup>7</sup>.

**11.** Con este telón de fondo, no ha de sorprender que la gestación por sustitución reciba distinto tratamiento por parte de las legislaciones estatales. En ciertos Estados, se admite de forma amplia esta figura, -tal es el caso de ciertos *States* de EEUU, Ucrania, India y Rusia-. Otros, la aceptan bajo ciertos requisitos y condiciones, -*ad ex.*: Grecia, Israel y Reino Unido-. Un tercer grupo de Estados, en el que se integra España, no la admiten. Y finalmente, hay Estados que carecen de toda legislación al respecto.

## 2. Regulación en Derecho español

**12.** En España, tal y como se acaba de indicar, se rechaza la gestación por sustitución. En concreto, el art. 10 de la Ley 14/2006 de Técnicas de Reproducción Humana Asistida (en adelante LTRHA), en idénticos términos que la anterior Ley 35/1988 de Técnicas de reproducción Asistida, declara “*nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero*” (art. 10.1 LTRHA). A continuación añade que “*la filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto*” (art. 10.2 LTRHA). Y, eso sí, deja “*a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales*” (art. 10.3 LTRHA)<sup>8</sup>.

<sup>7</sup> Vid. E. LAMM, “Gestación por sustitución...”, pp. 5-10.

<sup>8</sup> Vid., *ad ex.*: M. P. FERRER VANRELL, “Comentario jurídico al artículo 10”, en F. LLEDÓ YAGÜE (Dir.), *Comentarios científico-jurídicos a la Ley sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida (Ley 14/2006, de 26 de mayo)*, Madrid, 2007, pp. 159-166; C. L. GARCÍA PÉREZ, “Artículo 10 Gestación por sustitución”, en J. A. COBACHO GÓMEZ/J. J. INIESTA DELGADO, *Comentarios a la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida*, Pamplona, 2007, pp. 353-394; F. J. JIMÉNEZ MUÑOZ, *La reproducción asistida y su régimen jurídico*, Madrid, 2012; J. M. MARTÍNEZ PEREDA/J. M. MASSIGOGUE BENEJUI, *La maternidad portadora, subrogada o de encargo en el Derecho español*, Madrid, 1994; M. PÉREZ MONGE, *La filiación derivada de técnicas de reproducción asistida*, Madrid, 2002.

**13.** No obstante, cabe advertir que en Derecho español no se prohíbe el contrato de gestación por sustitución. Así se desprende de las sanciones previstas por el legislador en tales casos. A efectos civiles, dicho contrato se considera nulo de pleno derecho, y por tanto ineficaz, debiéndose determinar la filiación del nacido mediante esta técnica a través de las reglas generales. Llama la atención, por otro lado, que la LTRHA no prevea entre las normas relativas a las infracciones y sanciones contenidas en las misma (arts. 24 a 27 LTRHA), la realización de la gestación por sustitución<sup>9</sup>. Y finalmente, a efectos penales, si bien es cierto que los arts. 220-222 del Código Penal, regulan los delitos de suposición de parto y de la alteración de la paternidad, estado o condición del menor, no lo es menos que la gestación por sustitución solo podría ser punible si las conductas de la mujer subrogada y de la mujer comitente, pudieran subsumirse en el tipo previsto por tales normas. En cualquier caso, si así fuese debe recordarse que la ley penal queda regida por el principio de territorialidad, por tanto, sólo alcanzaría a los contratos de gestación por sustitución celebrados en España<sup>10</sup>.

**14.** Tal y como se desprende del art. 10 LTRHA, el legislador español descarta cualquier otro título de determinación de la filiación materna diferente al parto. El origen del material biológico es irrelevante para el Derecho español, al menos para la determinación de la maternidad. Como complemento a la nulidad del contrato de gestación por sustitución, es madre quien pare. En este contexto, el parto deviene un límite a la autonomía de la voluntad de los progenitores, tan potenciada sin embargo en otros ámbitos de la misma ley.

**15.** Ahora bien, la reforma operada en la LTRHA por la Ley 3/2007, de 15 de marzo, de rectificación registral del sexo, introduce una importante excepción a dicha regla, en tanto que establece la

<sup>9</sup> Bien es cierto que de tal práctica, se pudiera derivar una responsabilidad administrativa pero, del centro o clínica privada en la que se llevase a cabo, así como de los facultativos que directamente participaran y de los directores de los centros o servicios por las infracciones cometidas por los equipos biomédicos dependientes de ellos (art. 25 LTRHA). No obstante, para la Ley, la infracción por parte de los centros o facultativos de la prohibición que contiene el art. 10 LTRHA solo merece la calificación de “infracción leve” (así se deduce del art. 26 LTRHA).

<sup>10</sup> El Título XII del Código Penal recoge los delitos contra las relaciones familiares, y concretamente los arts. 220 a 222 regulan los delitos de suposición de parto y de alteración de la paternidad o condición del menor. El art. 220.1 establece que: “1. La suposición de parto será castigada con las penas de prisión de seis meses a dos años. 2. “La misma pena se impondrá al que ocultare o entregare a terceros un hijo para alterar o modificar su filiación. 3. La sustitución de un niño por otro será castigada con las penas de prisión de uno a cinco años. 4. Los ascendientes, por naturaleza o por adopción, que cometieran los hechos descritos en los tres apartados anteriores podrán ser castigados además con la pena de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de patria potestad que tuvieren sobre el hijo o descendiente supuesto, entregado o sustituido, y, en su caso, sobre el resto de hijos o descendientes por tiempo de cuatro a diez años. 5. Las sustituciones de un niño por otro que se produjeran en centros sanitarios o socio-sanitarios por imprudencia grave de los responsables de su identificación y custodia, serán castigadas con la pena de prisión de seis meses a un año”. También el art. 221.1 CP advierte que “los que, mediando compensación económica, entreguen a otra persona un hijo, descendiente o cualquier menor aunque no concurra relación de filiación o parentesco, eludiendo los procedimientos legales de la guarda, acogimiento o adopción, con la finalidad de establecer una relación análoga a la de la filiación, serán castigados con las penas de prisión de uno a cinco años y de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de la patria potestad, tutela, curatela o guarda por tiempo de cuatro a 10 años”. Añade el art. 221.2 CP que “con la misma pena será castigados la persona que lo reciba y el intermediario, aunque la entrega del menor se hubiese efectuado en país extranjero”. Mientras que el art. 222 CP recoge un tipo agravado por las condiciones especiales que ocupan, aplicable especialmente a los facultativos, entendiéndose por tales, tal y como el mismo precepto aclara: “médicos, matronas, personal de enfermería y cualquier otra persona que realice una actividad sanitaria o socio-sanitaria”. Si se tiene en cuenta que en los preceptos transcritos uno de los bienes jurídicos protegidos es el estado civil de las personas el contrato de gestación por sustitución podría, aunque no sin discusión, desembocar en un delito de suposición de parto y consiguiente alteración del estado civil tanto de la maternidad como de la filiación materna (art. 220.2 CP), lo que determinaría la responsabilidad penal de los comitentes y de la madre gestante, a la que podría sumarse la del tipo agravado del art. 222 CP en los facultativos que intervienen a cambio de precio.

No obstante, cierto sector de la doctrina considera que la suposición de parto clásica consiste en la ficción de haber dado a luz un hijo vivo: ficción de embarazo hasta el alumbramiento y entrega del nacido con la intención de alterar el estado civil. Con este tipo se trata de evitar la alteración del estado civil con fines económicos sucesorios. En cambio, la gestación del óvulo fecundado de otra persona varía la aplicabilidad del precepto en tanto que la conducta deja de tener un fin prioritariamente económico para dar paso al deseo de ser madre. Vid. J. I. BENÍTEZ ORTÚZAR, “Delitos relativos a la reproducción asistida”, en J. VIDAL MARTÍNEZ (coord.), *Derecho reproductivo y técnicas de reproducción asistida*, Granada, 1998, pp. 153-236, esp. pp. 174 y 175; M<sup>a</sup> DEL MAR CARRASCO ANDRINO, “Protección Penal de la filiación”, *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología en línea*, 2010, núm. 12-06, p. 06:1-06:30, disponible en internet: <http://criminet.ugr.es/recpc/12/recpc12-06.pdf>.

posibilidad de que sean tenidas como madres de un hijo, dos mujeres casadas entre sí, *-doble maternidad por naturaleza-* (art. 7.3 LTRHA). El principio *mater semper certa est*, solo resulta aplicable en tales casos a una de las madres. La cónyuge de la mujer que da a luz deviene madre legal, no por el hecho del parto, sino por la manifestación de voluntad de ser tenida como madre, ante el encargado del Registro Civil y antes del nacimiento del hijo. Algo que entra en contradicción con: a) el ligamen de la maternidad con el parto; b) el valor atribuido al consentimiento en la LTRHA que para producir efectos sobre la filiación debe referirse a la práctica de una concreta TRA; c) con la verdad biológica, principio rector de la regulación del Código Civil, al que remite la propia LTRHA para determinar la filiación de los nacidos a través de TRA (art. 7), a excepción de las normas especiales establecidas en los arts. 8 a 10 LTRHA<sup>11</sup>.

**16.** Por otro lado, la regulación ofrecida por el legislador español a la gestación por sustitución deja completamente desprotegido al hijo nacido por tal técnica. Entre otras razones, porque atribuyendo la maternidad a la madre gestante, sin tener en cuenta ninguna otra consideración, se desconocen los derechos del hijo, que se verá obligado a depender del cumplimiento voluntario de los deberes inherentes a la maternidad por parte de una mujer que no tenía intención de ser madre<sup>12</sup>.

### III. Determinación en el Derecho español de la filiación del sujeto nacido en el extranjero mediante gestación por sustitución

#### 1. Introducción

**17.** En Derecho español, la polémica en torno a la inscripción del nacimiento y filiación de los hijos nacidos en el extranjero mediante gestación por sustitución comienza con la Resolución de la DGRN de 18 de febrero de 2009<sup>13</sup>. Hasta entonces, todo parecía presagiar, lejos de la realidad, que nadie en nuestro país había recurrido a este tipo de técnica de reproducción humana asistida fuera de nuestras fronteras<sup>14</sup>. En cualquier caso, y gracias a los medios de comunicación, ya en el año 2003, tuvimos

<sup>11</sup> En cualquier caso, llama la atención las contradicciones en las que incurre la LTRHA cuando afronta la regulación de la determinación de la filiación de los nacidos por técnicas de reproducción humana asistida. El legislador español renunció a establecer una tercera clase de filiación, junto a la filiación natural y la filiación adoptiva, y optó por una remisión a las normas generales del Cc., en materia de filiación natural, basadas en la verdad biológica, introduciendo unas reglas especiales en los arts. 8 a 10 LTRHA. Estas últimas normas acogen criterios innovadores a efectos de determinación de la filiación, entre ellos, la autonomía de la voluntad de los “progenitores” o el anonimato de los donantes de gametos. Criterios estos que chocan con la solución tradicional y conservadora, acogida en el supuesto de la gestación por sustitución, especialmente cuando la madre subrogada no es la madre biológica. Vid. J. ALMAGRO NOSETE, “Matrimonio de mujeres y reproducción asistida”, *Diario La Ley*, núm. 7853, 8 de mayo de 2012 (versión on line).

<sup>12</sup> Vid. R. BARBER CÁRCAMO, “Reproducción asistida y determinación de la filiación”, *REDUR* 8, diciembre 2010, pp. 25-37, esp. pp. 35-37.

<sup>13</sup> *BOE* núm. 60, de 10 de marzo de 2008.

<sup>14</sup> Vid., *ad ex.*, S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, “Surrogacy: balance de cuatro años de práctica judicial y administrativa”, en C. PELLISÉ (ed.), *La unificación convencional y regional del Derecho internacional privado*, Madrid, 2014, pp. 61-74; ID., “Reconocimiento de la filiación derivada de gestación por sustitución”, en J. J. FORNER I DELAYGUA/C. GONZÁLEZ BEILFUSS/R. VIÑAS FARRÉ, (coord.), *Entre Bruselas y La Haya: Estudios sobre la unificación internacional y regional del Derecho internacional privado. Liber amicorum Alegría Borràs*, Madrid, 2013, pp. 77-90; ID., “Efectos en España de la gestación por sustitución llevada a cabo en el extranjero”, *AEDIPr*, t. X, 2010, pp. 339-377; M. ALBERT MÁRQUEZ, “Los contratos de gestación de sustitución celebrados en el extranjero y la nueva Ley de Registro Civil”, *Diario La Ley*, núm., 7863, 22 de mayo de 2012 (versión on line); M. ATIENZA, “De nuevo sobre las madres de alquiler”, *El Notario del Siglo XXI*, septiembre-octubre 2009, versión on line; C. BONILLO GARRIDO, “El reconocimiento y ejecución de sentencias de maternidad por sustitución”, *Diario La Ley*, núm. 8070, Sección Tribuna, 25 de abril de 2013; R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, “Hijos made in California”, *Aranzadi civil*, núm. 3/2009, BIB 2009/411; A.-L. LUIS CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Gestación por sustitución y Derecho Internacional Privado: Consideraciones en torno a la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 18 de febrero de 2009”, *CDT*, octubre 2009, vol. 1, nº 2, pp. 294-319; ID., “Notas críticas en torno a la Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 5 octubre 2010 sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución”, *CDT*, 2011, vol. 3, nº 1, pp. 247-262; G. CAMARERO GONZÁLEZ, “Notas sobre la Resolución de la DGRN de 18 febrero 2009, en un caso de gestación por sustitución”, *Diario La Ley*, núm. 7910, Sección Tribuna; M. L. DE LA IGLESIA MONJE, “Actualidad de la gestación por sustitución en nuestro ordenamiento jurídico. Inscripción de los

conocimiento del primer supuesto en este país de gestación por sustitución que en ningún momento, y de forma paradójica, suscitó duda jurídica alguna. Nos referimos al caso de una conocida aristócrata española de avanzada edad que viajó a EEUU para asistir al parto de sus gemelas. Todos los medios de comunicación de tirada nacional, se hicieron eco de la noticia. En el Registro civil del Consulado de España de Los Ángeles, no se impidió ni denegó la inscripción de las nacidas ni la filiación de las mismas.

**18.** Desde entonces, el recurso a la gestación por sustitución fuera de las fronteras de España se ha generalizado. A pesar de ser una práctica “prohibida” en nuestro Estado, las autoridades españolas no ponían ningún impedimento a la hora de inscribir a los nacidos en el extranjero mediante este tipo de técnica. Pero, todo ello cambió en noviembre de 2008 cuando un auto del encargado del Registro civil del Consulado de España en Los Ángeles, denegó a dos ciudadanos españoles varones, casados en España en 2005, la inscripción del nacimiento de sus hijos gemelos nacidos en San Diego, en octubre de 2008<sup>15</sup>.

**19.** Por Resolución de 18 de febrero de 2009, la DGRN ordenó proceder a la inscripción de nacimiento y filiación de los menores, tal y como constaba en la certificación registral extranjera aportada.

---

hijos nacidos en el extranjero mediante dicha técnica”, *RCDI*, núm. 725, mayo 2011, pp. 1611-1797; M<sup>a</sup> R. DÍAZ ROMERO, “La gestación por sustitución en nuestro ordenamiento jurídico”, *Diario La Ley*, núm. 7527, 14 de diciembre de 2010 (versión *on line*); E. FARNÓS AMORÓS, “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*, enero 2010, versión *on line*; M. GUZMÁN ZAPATER, “El acceso al registro español de los nacidos en el extranjero mediante gestación por sustitución”, *El Notario del Siglo XXI*, noviembre-diciembre 2010 n<sup>o</sup> 34, versión *on line*; M. V. JIMÉNEZ MARTÍNEZ, “La inscripción de la filiación derivada de la gestación por sustitución. Problemas actuales”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Alcalá V*, 2012, pp. 365-3; 81; C. LASARTE ÁLVAREZ, “La reproducción asistida y la prohibición legal de maternidad subrogada admitida de hecho por vía reglamentaria”, *Diario La Ley*, núm. 7777, 17 de enero de 2012 (versión *on line*); A. MORENO SÁNCHEZ MORALEDA, “Registro de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución y su articulación en el régimen de reconocimiento de resoluciones judiciales en el derecho internacional privado”, *RCDI*, núm. 731, mayo 2012, pp. 1363-1391; L. F. MUÑOZ DE DIOS SÁEZ, “¿Se ha legalizado o no el alquiler de vientres?”, *El Notario del Siglo XXI*, noviembre-diciembre n<sup>o</sup> 34, versión *on line*; *Id.*, “El Registro Civil admite el alquiler de vientres”, *El Notario del Siglo XXI*, septiembre-octubre 2009 n<sup>o</sup> 27, versión *on line*; P. OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, “Reconocimiento en España de la filiación creada en el extranjero a través de una maternidad de sustitución”, en *Iguales y diferentes ante el Derecho privado*, Valencia, 2012, pp. 465-516; A. QUINONES ESCÁMEZ, “Doble filiación paterna de gemelos nacidos en el extranjero mediante maternidad subrogada”, *InDret*, julio 2009, versión *on line*; S. SALVADOR GUTIÉRREZ, “Reconocimiento registral de la determinación en el extranjero de doble filiación paterna mediante técnicas de gestación por sustitución”, [http://www.elderecho.com/tribuna/civil/reconocimiento-determinacion-extranjero-gestacion-sustitucion\\_11\\_455680009.html](http://www.elderecho.com/tribuna/civil/reconocimiento-determinacion-extranjero-gestacion-sustitucion_11_455680009.html); E. RUBIO TORRANO, “Inscripción como hijos de un matrimonio de varones, nacidos mediante gestación por sustitución”, *Aranzadi Civil*, núm. 9/2011 (Tribuna), *WestLaw*, BIB 2010\2505; A. SALAS CARCELLER, “El Registro civil y la filiación surgida de la gestación por sustitución”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 10/2011 (Tribuna), *WestLaw*, BIB 2010\2946; L. B. SCOTT, “El reconocimiento extraterritorial de la “maternidad subrogada”: una realidad colmada de interrogantes sin respuestas jurídicas”, <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>; A. J. VELA SÁNCHEZ, “La gestación por sustitución o maternidad subrogada: el derecho a recurrir a las madres de alquiler. Cuestiones que suscita la Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución”, *Diario La Ley*, núm. 7608, 11 de abril de 2011 (versión *on line*); *Id.*, “Propuesta de regulación del convenio de gestación por sustitución o de maternidad subrogada en España. El recurso a las madres de alquiler: a propósito de la Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010”, *Diario La Ley*, núm. 7621, 3 de mayo de 2011 (versión *on line*); *Id.*, “Problemas prácticos del convenio de gestación por sustitución o de maternidad subrogada en nuestro ordenamiento jurídico”, *Revista de Derecho de Familia*, núm. 53; 2011, pp. 67 y ss; *Id.*, “De nuevo sobre la regulación del convenio de gestación por sustitución en España. A propósito de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 23 de noviembre de 2011”, *Diario La Ley*, núm. 7815, 9 de marzo de 2012 (versión *on line*); *Id.*; “La gestación por encargo desde el Análisis Económico del Derecho. Medidas anticrisis desde el Derecho de Familia”, *Diario La Ley*, núm. 80, 2013 (versión *on line*); *Id.*, “El interés superior del menor como fundamento de la inscripción de la filiación derivada del convenio de gestación por encargo”, *Diario La Ley*, núm. 8162, 3 de octubre de 2013, (versión *on line*); J. R. DE VERDA Y BEAMONDE, “Inscripción de hijos nacidos mediante gestación por sustitución (a propósito de la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 15 de Valencia, de 15 de septiembre de 2010)”, *Diario La Ley*, núm. 7501, 3 de noviembre 2010 (versión *on line*).

<sup>15</sup> Los hechos que motivaron tal decisión fueron como siguen: Dos ciudadanos varones españoles solicitaron, mediante la presentación del oportuno escrito en el Registro Civil Consular de Los Ángeles, la inscripción de nacimiento de sus hijos nacidos en San Diego (EEUU) en octubre de 2008. Adjuntaban: los certificados de nacimiento de los menores, los certificados de nacimiento de los promotores y el Libro de Familia de los interesados, que habían contraído matrimonio en Valencia, en octubre de 2005. El encargado del Registro Civil Consular, mediante auto de noviembre de 2008, deniega lo solicitado, con invocación del art. 10 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo. Notificados los interesados, interponen recurso ante la DGRN, solicitando la inscripción de los menores en el Registro Civil español.

Dicha Resolución fue impugnada por el Ministerio Fiscal y revocada en sede judicial por Sentencia JPI de Valencia, de 15 de septiembre 2010<sup>16</sup>. Esta decisión fue objeto de recurso de apelación ante la AP de Valencia que, por Sentencia de 23 noviembre 2011<sup>17</sup>, desestimó el mismo y confirmó la sentencia de instancia. Finalmente, la STS, de 6 de febrero de 2014, ha zanjado la cuestión confirmando la decisión de los tribunales inferiores<sup>18</sup>.

**20.** Y cuando, en España, todo parecía indicar que se había alcanzado una solución vía judicial, muy discutida y discutible desde el punto de vista jurídico, el TEDH dicta dos Sentencias, de 26 de junio de 2014, Asunto *Mennesson c. Francia*<sup>19</sup> y Asunto *Labassee c. Francia*<sup>20</sup>, que además de desdecir a los tribunales españoles, obliga a plantearse el tratamiento de este delicado problema desde otra perspectiva: el respeto a los derechos humanos y a la protección del interés superior del menor.

**21.** En esta cronología de los hechos y del Derecho, tal y como está teniendo lugar en nuestro país, faltan por resaltar dos datos importantes: a) la Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010 que, por sí misma, merece un análisis jurídico aparte<sup>21</sup>; b) la incorporación de la figura de la gestación por sustitución al ordenamiento jurídico español, a través de la jurisprudencia del orden social, –permisos de maternidad y/o paternidad–.

**22.** Estos son todos los ingredientes jurídicos con los que cuenta el Derecho español a día de hoy para poder hacer frente a la inscripción de nacimiento y filiación de los nacidos en el extranjero por gestación por sustitución.

## 2. Filiación determinada en el extranjero: acceso al Registro Civil español

### A) Regulación en DIPr español.

**23.** Cuando la filiación consta en un Registro extranjero y se pretende que conste también, en el mismo sentido, en el Registro civil español, son aplicables: el art. 23 LRC, art. 81 RRC, art. 86 RRC, art. 88 RRC y art. 323 LEC. Tal y como se desprende de tales preceptos, para que una certificación registral extranjera de nacimiento y/o filiación, -como cualquier otro documento público-, pueda acceder al Registro civil español debe cumplir las siguientes exigencias: a) El documento extranjero ha de ser “público”, esto es, debe de haber sido autorizado por una autoridad extranjera. Debe tratarse de un documento en cuya confección se hayan observado los requisitos que se exijan en el país donde se hayan otorgado para que el documento pueda ser considerado como “documento público” o documento que hace “prueba plena en juicio” (art. 323.2º. LEC); b) El documento debe haber sido intervenido por autoridad pública extranjera que desempeñe funciones equivalentes a las desarrolladas por autoridad española en la materia; c) El documento público extranjero debe venir acompañado de legalización (art. 88 RRC) y de traducción (art. 86 RRC) y; d) El acto o *negotium* contenido en el documento ha de ser válido. Al Registro solo acceden documentos en los que constan actos válidos. Este control de legalidad del acto contenido en el documento, se deduce del art. 23 LRC y art. 81 RRC. Pero, ¿conforme a qué ley debe comprobarse la validez de dicho acto?.

<sup>16</sup> *Aranzadi WestLaw*, AC\2010\1707.

<sup>17</sup> *Aranzadi WestLaw*, AC\2011\1561.

<sup>18</sup> *Vid.* Texto de la Sentencia en el siguiente enlace web: [http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder\\_Judicial/Noticias\\_Judiciales/El\\_Supremo\\_deniega\\_la\\_inscripcion\\_de\\_la\\_filiacion\\_de\\_dos\\_ninos\\_gestados\\_en\\_California\\_a\\_traves\\_de\\_un\\_contrato\\_de\\_alquiler](http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder_Judicial/Noticias_Judiciales/El_Supremo_deniega_la_inscripcion_de_la_filiacion_de_dos_ninos_gestados_en_California_a_traves_de_un_contrato_de_alquiler)

<sup>19</sup> *Vid.* Texto de la Sentencia en el siguiente enlace: <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-145179>. Para un comentario de esta Sentencia, *vid.* J. FLORES RODRÍGUEZ, “Comentario a la STEDH de 26 de junio de 2014, recurso nº 65192/11, Diario La Ley, Sección Tribuna, 28 de julio de 2014 (versión on line).

<sup>20</sup> *Vid.* Texto de la Sentencia en el siguiente enlace <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-145180>

<sup>21</sup> *BOE* núm. 243, de 7 de octubre de 2010.

24. A diferencia de lo que dispone el art. 36 RH en relación con el Registro de la Propiedad, precepto que exige un control de legalidad conforme a las normas de Derecho Internacional Privado, el art. 81 RRC no es nada claro, y el art. 23 LRC alude a la Ley española. Varias tesis doctrinales han surgido en este sentido:

- (a') Tesis *legeforista*: Consistente en aplicar directamente el Derecho material español. Dicha tesis, pese a la literalidad del art. 23 LRC único argumento que la sustenta, debe ser descartada *a radice*, en tanto que implica un desconocimiento pleno no sólo de la especificidad de las situaciones privadas internacionales en particular, sino del Derecho internacional privado en su conjunto.
- (b') Tesis *conflictual extranjera*: Según ésta, la autoridad española ha de comprobar la legalidad del acto que contiene el documento, teniendo en cuenta la misma ley que aplicó la autoridad extranjera. De esta forma, se evitarían las situaciones claudicantes. Pero, el principio de exclusividad del DIPr impide, salvo que el legislador disponga lo contrario, aplicar las normas de conflicto de otro Estado.
- (c') Tesis *conflictual del foro*: En virtud del principio de exclusividad del DIPr, la legalidad del acto que contiene el documento solo podrá efectuarse mediante la aplicación de las normas de conflicto del foro. El principal inconveniente de esta tesis es manifiesto: el control de legalidad de un mismo acto puede quedar sujeto a la aplicación de dos leyes distintas como consecuencia de la disparidad en los puntos de conexión de la norma de conflicto, extranjera y del foro. Con el riesgo implícito de provocar con ello, situaciones claudicantes. En España, es la tesis que ha seguido la DGRN, hasta la Resolución de 18 de febrero de 2009, y cuenta por otra parte con el respaldo mayoritario de la doctrina. Algo que vendría a explicar las durísimas críticas vertidas sobre la citada Resolución.

25. Ahora bien, con anterioridad a la Resolución de 18 de febrero de 2009, cierto sector de la doctrina española, siguiendo las más modernas corrientes doctrinales, venía propugnando, y sigue haciéndolo, una forma distinta de efectuar el control de legalidad material de los documentos públicos extranjeros: el mecanismo del reconocimiento, hasta este momento reservado a las decisiones judiciales<sup>22</sup>.

26. Si bien es cierto que los antecedentes de esta corriente se pueden identificar con las diversas variantes de la noción de los derechos adquiridos, la emergencia de esta metodología con fuerte dimensión unilateralista, tiene actualmente rasgos propios y específicos, vinculados principalmente a la reestructuración de los sistemas de derecho contemporáneo, en torno a la protección de la persona y los derechos humanos.

## B) El mecanismo del reconocimiento de los documentos públicos extranjeros

### a) Consideraciones generales

27. Dos son en lo esencial los factores que han provocado una reflexión, no carente de controversia sobre la cuestión de saber si los actos en los que intervienen una autoridad pública no judicial deben quedar sometidos al método del reconocimiento de eficacia o, por el contrario continuar sometidos al procedimiento de la norma de conflicto. De un lado, la globalización y con ella la mayor movilidad de las personas, implica una exigencia de coherencia internacional de las relaciones privadas. De otro, la norma de conflicto clásica deviene por razones técnicas totalmente inadecuada para alcanzar tal fin, –reconocimiento y continuidad de las relaciones privadas creadas en otro Estado–.

28. En el contexto internacional actual, resultado de la globalización y de la mejora de las comunicaciones, el sujeto adquiere mayor autonomía, más libertad en relación al modelo estatal esen-

<sup>22</sup> Vid. A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Gestión por sustitución y Derecho internacional privado...”, pp. 297-305.

cialmente heterónomo. De ahí que las situaciones privadas internacionales,—objeto de regulación del Derecho internacional privado—, requieran ahora más que nunca de una existencia coherente más allá de las fronteras y que el Derecho estatal se convierta cada vez más en una excepción de la imperatividad, traducida ésta en normas de competencia judicial internacional de carácter exclusivo, límites a la autonomía de la voluntad, normas de extensión y orden público internacional<sup>23</sup>.

**29.** La función del método del reconocimiento es de confirmación y recepción y su objeto: la relación privada concreta, existente y efectiva. Tal método excluye por tanto el empleo de la norma de conflicto cuya función es de localización. Hacer lo contrario, sería completamente inapropiado en tanto que conduciría a negar la existencia de una relación jurídica ya creada en el extranjero y la posibilidad de que una misma relación pueda ser localizada *a priori* en otro Estado. Se estaría atribuyendo con ello a la norma de conflicto una función que no es la propia, atentando con ello al principio de la armonía internacional de soluciones.

**30.** Bien es cierto que este nuevo planteamiento metodológico, más acorde con el actual contexto político y social, se encuentra en construcción, discutiéndose a día de hoy cuestiones tan básicas al igual que importantes como su ámbito de aplicación —actos o relaciones a los que alcanza— así como las condiciones y efectos derivados del mismo. Pero hay algo que no cabe negar: dicho método no sólo comienza a ser acogido por el derecho positivo<sup>24</sup> sino que también está siendo utilizado, en materia familiar y personal, por la jurisprudencia del TJUE<sup>25</sup> y el TEDH<sup>26</sup>, aunque con distintos fundamentos jurídicos en ambos casos.

b) Las certificaciones registrales extranjeras de nacimiento y filiación de los nacidos en el extranjero mediante gestación por sustitución: la Resolución DGRN de 18 de febrero de 2009

**31.** La DGRN, en la Resolución de 18 de febrero de 2009, acoge el mecanismo del reconocimiento de la certificación registral extranjera. La DGRN considera que la filiación determinada en un Registro civil extranjero no es un mero hecho. Cuando una autoridad pública extranjera inscribe, en un Registro Público el nacimiento de un menor con su correspondiente filiación, no solo hace constar hechos sino que además los califica jurídicamente. En consecuencia, la filiación determinada en un Registro civil extranjero constituye una auténtica decisión acordada por una autoridad pública extranjera.

**32.** De ahí que, la DGRN deje a un lado la norma de conflicto del foro y proceda a controlar los siguientes extremos: a) Que la autoridad extranjera sea internacionalmente competente; b) Que se hayan respetado los derechos de defensa en el Estado de origen y; c) Que no sea contraria al orden público internacional español.

**33.** El mecanismo del reconocimiento de las certificaciones registrales extranjeras de filiación de los nacidos en el extranjero mediante gestación por sustitución, ha sido acogido por el TS en su sentencia de 6 de febrero de 2014, que además despeja una duda importante en torno a la interpretación del art. 23 LRC. La remisión a la “ley española” ha de entenderse efectuada al orden público internacional español<sup>27</sup>.

<sup>23</sup> Vid. N. BOUZA VIDAL, “La globalización como factor de cambio del Derecho internacional privado”, en J. MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES (coord.), *Estados y organizaciones internacionales ante las nuevas crisis globales*, Madrid, 2010, pp. 283-306.

<sup>24</sup> Así, por ejemplo, el art. 9 del Convenio de La Haya de 1978 sobre la celebración y el reconocimiento de la validez de los matrimonios; art. 11 de la Convención de La Haya de 1985 sobre el *trust* y su reconocimiento.

<sup>25</sup> En materia de nombre y apellidos, *vid.* STJCE, de 2.10.2003, C-148/02, As. *García Abelló* y la STJCE de 14.10.2008, As. *Grunkin-Paul*.

<sup>26</sup> El Asunto *Menesson c. Francia* y el Asunto *Labasse c. Francia*, son un claro y reciente ejemplo.

<sup>27</sup> FJ 3º. 3.

### 3. Filiación determinada en el extranjero mediante gestación por sustitución y orden público internacional español

34. El recurso al *orden público internacional español* para determinar la eficacia de los contratos de gestación por sustitución que han sido celebrados en el extranjero, ha suscitado opiniones contradictorias entre la doctrina y entre las autoridades españolas. Pero, además, ha hecho surgir cierta confusión en torno a esta figura. De ahí que, pasemos a realizar una pequeña exposición del concepto y características de esta figura antes de proceder, a exponer las posiciones encontradas al respecto.

#### A) Aspectos conceptuales

35. El orden público internacional constituye el “conjunto de principios jurídicos públicos, políticos, morales y económicos que son absolutamente obligatorios para la conservación de un modelo de sociedad en un pueblo y época determinada”<sup>28</sup>. Muchos de estos principios se encuentran recogidos en la Constitución y en los instrumentos legales internacionales en vigor para España que recogen derechos humanos y derechos fundamentales, como el Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950<sup>29</sup>.

Puede suceder que cuando se trata de reconocer efectos en España a una decisión extranjera que resuelve o constata la existencia de una situación jurídica que afecta a unos concretos sujetos particulares, ésta pueda causar un daño grave a la cohesión y a la estructura jurídica de la sociedad española. En tal caso, el rechazo del reconocimiento es más que aconsejable. La preservación de la cohesión y la estructura jurídica de la sociedad española reviste un interés público que está por encima del beneficio que dicho reconocimiento pudiera reportar a los particulares.

36. El orden público internacional presenta las siguientes características: 1ª) Opera, siempre, de modo restrictivo y proporcionado. Ello significa que debe intervenir solo y exclusivamente si con ello se defiende una “necesidad social imperiosa”<sup>30</sup>. 2ª) Por otro lado, el orden público ha de ser “actual”, esto es, deben tenerse presentes los principios básicos del Derecho español en el momento en que se pretende dotar de eficacia a una decisión extranjera. 3ª) Cabe otorgar un reconocimiento y/ o exequatur parcial en el caso de que sólo determinados pronunciamientos contenidos en la decisión extranjera resulten contrarios al orden público internacional español. 4ª) El orden público internacional español solo debe intervenir cuando la decisión extranjera se refiere a situaciones suficientemente vinculadas con España. 5ª) El hecho de que el juez del Estado de origen haya aplicado al fondo del asunto una Ley distinta a la que, en el mismo supuesto, hubiera aplicado el juez español, no supone vulneración alguna a orden público internacional español. 6ª) La interpretación e intervención del orden público internacional español es siempre restrictiva. De ahí que para que el orden público español puede operar la decisión extranjera debe comportar una contradicción manifiesta y flagrante con los principios que lo integran. *Debe conducir a un resultado inadmisibles en el caso concreto, por lo que los datos del supuesto en cuestión son siempre relevantes*<sup>31</sup>.

<sup>28</sup> Vid. STC 54/1989 de 23 de febrero de 1989.

<sup>29</sup> Vid. A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado español*, 15ª ed., Granada, 204, pp. 693-696.

<sup>30</sup> Vid. STEDH, de 3 de mayo de 2011, Asunto *Negreptis-Giannisis c. Grecia*. El TEDH ha indicado en este asunto que la negativa fundada en el “orden público internacional griego” a dar efectos en Grecia a la adopción, perfectamente legal, llevada a cabo por autoridades de EEUU, por el motivo de que el adoptante ostentaba la cualidad de monje y que las tradiciones y normas religiosas seguidas en Grecia prohíben que los monjes cristianos adopten a otras personas, constituye una aplicación arbitraria y desproporcionada. Dicha prohibición no forma parte de la legislación oficial griega y además, su observancia no constituye un eje cardinal de la cohesión jurídica de la sociedad griega. Ello resulta contrario al art. 6.1 CEDH 1950, y de ello se deriva también una vulneración de la “vida privada y familiar” del adoptado (art. 8 CEDH). Los tribunales del Estado requerido no pueden “ignorar a situación jurídica creada válidamente en el extranjero y que correspondía a una vida familiar con arreglo al art. 8 CEDH”, pues ello supone “rechazar el reconocimiento de los lazos familiares que ya existían de facto y prescindir de un examen de la situación”.

<sup>31</sup> Vid. en relación a estas dos últimas características, STEDH de 28 de junio de 2007, Asunto *Wagner et J.M.W.L. c. Luxemburgo*. Los hechos que dieron lugar a este asunto son como siguen: las autoridades de Luxemburgo denegaron el exequatur de una sentencia peruana de adopción plena constituida en favor de una mujer soltera luxemburguesa, y ello porque las autoridades

**37.** No debe confundirse el orden público internacional con otras figuras:

- 1º) *Normas simplemente imperativas*: Son leyes o normas de Derecho Privado que no admiten derogación por pactos privados de los particulares. El orden público internacional no se identifica con el orden público interno. Si así fuera, las normas de conflicto sólo podrían operar cuando condujeran a la aplicación de Leyes cuyo contenido resultara ser igual o similar al Derecho español.
- 2º) *Normas internacionalmente imperativas*: Son normas que se aplican a ciertos casos a través de normas de extensión.
- 3º) *Leyes territoriales*: Son las leyes que se aplican a los hechos verificados en el territorio de un Estado y que son, frecuentemente, normas de Derecho Público. Así por ejemplo, las normas penales y administrativas se aplican a los hechos ocurridos en España (art. 8 Cc), pero nada tienen que ver con el orden público internacional<sup>32</sup>.

**B)** El art. 10 de la Ley 14/2006: una norma imperativa

**38.** Algunos tribunales españoles al igual que un nutrido sector de la doctrina, en su mayoría civilistas, defienden que la cuestión de la determinación de la filiación de los nacidos en el extranjero mediante gestación por sustitución, ha de quedar resuelta mediante la *aplicación directa* del art. 10 LTRHA. Consideran que el mencionado precepto es una “*norma material imperativa*” o “*ley de policía*” en tanto que defiende intereses estatales, públicos y de la sociedad española de primer orden. De ahí que el art. 10 LTRHA deba aplicarse de forma obligatoria a todo supuesto, nacional o internacional, que se suscite ante tribunales y autoridades españolas<sup>33</sup>.

**39.** También consideran que en estos casos se está ante un “*fraude de Ley general*”, en tanto que los españoles que se trasladan al extranjero, lo hacen con el único objetivo de evadir la aplicación del art. 10 LTRHA y lograr una concreta filiación del menor a su favor<sup>34</sup>. Por tanto, dicho fraude de Ley

---

peruanas no habían aplicado la norma de conflicto de Luxemburgo en esta materia, norma que señala como Ley aplicable a las condiciones para adoptar, la Ley nacional del adoptante (Ley de Luxemburgo). Esta Ley solo admite la adopción plena en favor de personas casadas entre sí. El TEDH estimó que el rechazo del exequatur de la sentencia peruana produjo una vulneración del derecho al respeto a la vida familiar (art. 8 CEDH) y del principio de no discriminación (art. 14 CEDH), ya que consideró que este rechazo del exequatur a través del control de la Ley aplicada por el tribunal de origen había provocado una desproporcionada injerencia en la vida familiar del adoptante y que no se habían considerado las circunstancias del caso concreto.

<sup>32</sup> Vid. A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado español*, 15ª ed., Granada, 204, p. 530.

<sup>33</sup> Vid., *ad ex.*: R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, “Hijos made in California”, *Aranzadi civil*, núm. 3/2009, BIB 2009\411; E. FARNÓS AMORÓS, “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*, enero 2010, versión *on line*; C. LASARTE ÁLVAREZ, “La reproducción asistida y la prohibición legal de maternidad subrogada admitida de hecho por vía reglamentaria”, *Diario La Ley*, núm. 7777, 17 de enero de 2012 (versión *on line*); A. SALAS CARCELLER, “El Registro civil y la filiación surgida de la gestación por sustitución”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 10/2011 (Tribuna), *WestLaw*, BIB 2010\2946; S. SALVADOR GUTIÉRREZ, “Reconocimiento registral de la determinación en el extranjero de doble filiación paterna mediante técnicas de gestación por sustitución”, [http://www.elderecho.com/tribuna/civil/reconocimiento-determinacion-extranjero-gestacion-sustitucion\\_11\\_455680009.html](http://www.elderecho.com/tribuna/civil/reconocimiento-determinacion-extranjero-gestacion-sustitucion_11_455680009.html); A. J. VELA SÁNCHEZ, “La gestación por sustitución o maternidad subrogada: el derecho a recurrir a las madres de alquiler. Cuestiones que suscita la Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución”, *Diario La Ley*, núm. 7608, 11 de abril de 2011 (versión *on line*); *Id.*, “Propuesta de regulación del convenio de gestación por sustitución o de maternidad subrogada en España. El recurso a las madres de alquiler: a propósito de la Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010”, *Diario La Ley*, núm. 7621, 3 de mayo de 2011 (versión *on line*); *Id.*, “Problemas prácticos del convenio de gestación por sustitución o de maternidad subrogada en nuestro ordenamiento jurídico”, *Revista de Derecho de Familia*, núm. 53, 2011, pp. 67 y ss; *Id.*, “De nuevo sobre la regulación del convenio de gestación por sustitución en España. A propósito de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 23 de noviembre de 2011”, *Diario La Ley*, núm. 7815, 9 de marzo de 2012 (versión *on line*); *Id.*, “El interés superior del menor como fundamento de la inscripción de la filiación derivada del convenio de gestación por encargo”, *Diario La Ley*, núm. 8162, 3 de octubre de 2013, (versión *on line*)

<sup>34</sup> La situación descrita más que con un “fraude de ley” (art. 6.4 Cc) se corresponde con lo que en DIPr. se conoce como *Forum Shopping*, consecuencia del principio de exclusividad y de relatividad. El *Forum Shopping* tiene lugar cuando los sujetos de una relación jurídica privada nacional, la internacionalizan con vistas a encontrar la jurisdicción que más les conviene y conseguir con ello, en la mayoría de las ocasiones, una solución más beneficiosa.

debe ser sancionado con la ineficacia, en España, de la filiación atribuida al menor en el extranjero y con la aplicación del art. 10 LTRHA, pues “los actos realizados al amparo del texto de una norma que persigan un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, o contrario a él, se considerarán ejecutados en fraude de Ley y no impedirán la debida aplicación de la norma que se hubiere tratado de eludir” (art. 6.4 Cc). En consecuencia, la filiación materna corresponde a la mujer que ha dado a luz al hijo. Para el Derecho español, los padres de intención no son los padres legales del nacido. Tampoco consideran vulnerado el interés superior del menor, al existir en nuestro ordenamiento jurídico mecanismos legales para que el mismo pueda determinar su filiación<sup>35</sup>.

**40.** Ahora bien, para que el art. 10 LTRHA pudiera aplicarse directamente, sin recurrir a la norma de conflicto española (art. 9.4 Cc) para determinar la filiación de los nacidos en el extranjero mediante gestación por sustitución, debería ser una norma internacionalmente imperativa. Pero, no lo es. Para ello, el legislador debería de haber establecido un ámbito de aplicación en el espacio de este art. 10 LTRHA. Dicho precepto no es una norma de extensión. Pero incluso, en el supuesto de que el mandato del legislador fuera implícito, por ser considerado como “una norma de policía” o “una norma materialmente imperativa”, su observancia se debería considerar crucial para la salvaguarda de la organización política, social o económica del Estado. Circunstancias éstas que no concurren en esta norma. Más bien, al contrario. Tal y como se indicaba con anterioridad, esta disposición deja desprotegido al hijo nacido mediante gestación por sustitución en Derecho español. Siendo esto así, difícilmente podría considerarse que la misma resulta esencial para salvaguardar la organización política y social de España.

**41.** El art. 10 LTRHA es simplemente una norma imperativa. Por tanto, sólo podrá aplicarse cuando el Derecho español rijan la cuestión en virtud del art. 9.4 Cc y además, se plantee la cuestión de la determinación de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución en sede de Derecho aplicable, no de reconocimiento de efectos de la certificación extranjera en la que ya consta una filiación determinada.

C) Filiación determinada en el extranjero mediante certificación registral y orden público internacional español

a) Resolución DGRN de 18 de febrero de 2009

**42.** La DGRN, en su Resolución de 18 de febrero de 2009, considera que la certificación registral californiana en la que se constata la paternidad en favor de dos varones, no vulneraba el orden público internacional. Y ello, por las siguientes razones: a) En Derecho español, se admite la filiación en favor de dos hombres en casos de adopción, sin que quepa distinguir entre hijos adoptados e hijos naturales, ya que ambos son iguales ante la Ley (art. 14 CE), si la filiación de un hijo adoptado puede quedar establecida en favor de dos sujetos varones, idéntica solución debe proceder también en el caso de los hijos naturales; b) En Derecho español, es posible que la filiación se inscriba en favor de dos mujeres (art. 7.3 LTRHA), razón por la cual no puede afirmarse que el orden público internacional español impone que la filiación natural de un sujeto deba constar a favor de dos personas de distinto sexo. Hay que añadir que el precepto mencionado excepciona el principio *mater semper certa est*, en tanto que permite atribuir la maternidad a una mujer que no ha parido. Incluso puede ser que incluso ambas mujeres no sean las madres biológicas, en cuyo caso en poco se diferencia este supuesto con el de la doble paternidad natural en los casos de gestación por sustitución; c) El “interés superior del menor” (art. 3 CNYDN de 20 de noviembre de 1989) puede aconsejar la inscripción en el Registro civil español de la filiación que figura

<sup>35</sup> Vid., entre otros: M<sup>a</sup> JIMÉNEZ HERNÁNDEZ, “La inscripción de la filiación derivada de la gestación por sustitución. Problemas actuales”, *Anuario de la Facultad de Derecho-Universidad de Alcalá*, 2012, pp. 365-381, esp. p. 379 (versión *on line*: [http://dspace.uah.es/dspace/bitstream/handle/10017/13801/inscripcion\\_jimenez\\_AFDUA\\_2012.pdf?sequence=1](http://dspace.uah.es/dspace/bitstream/handle/10017/13801/inscripcion_jimenez_AFDUA_2012.pdf?sequence=1)); A. J. VELA SÁNCHEZ, “El interés del menor como fundamento de la inscripción de la filiación derivada del convenio de gestación por encargo”, *Diario La Ley*, nº 8162, Sección Doctrina, 3 octubre 2013, (versión *on line*).

en el Registro civil extranjero<sup>36</sup>. En caso de rechazar la inscripción de esta filiación en el Registro Civil español, podrían producirse diversos resultados negativos para el menor: a) Los hijos podrían quedar privados de una filiación, o de la filiación en relación con el sujeto que es su padre genético; b) La filiación de estos sujetos y sus padres cambiaría cada vez que los menores cruzaran la frontera; c) Los hijos se verían privados de un derecho fundamental (art. 7 CNYDN): vivir con las personas que realmente los quieren como hijos, pero no figuran legalmente como padres (FJ 5°).

#### b) Jurisdicción civil y orden público internacional

**43.** Los tribunales españoles del orden civil consideran de forma unánime que la certificación registral extranjera en la que conste la filiación de un menor mediante gestación por sustitución infringe el orden público internacional español, si bien utilizan para ello distintos argumentos.

**44.** La SAP Valencia de 23 de noviembre de 2011 estima que se vulneran principios tales como la indisponibilidad de la persona (“*la persona humana no puede ser objeto de comercio de los hombres, o lo que es lo mismo, el niño no puede ser objeto de transacción*”) así como la dignidad de la persona (art. 10.1 CE), la integridad moral (art. 15 CE), la protección integral por parte de los poderes públicos de los hijos y de las madres cualquiera que sea su estado civil (art. 39.2 CE). Además, considera el mismo tribunal que el art. 10 LTRHA es una norma de policía (FJ 2°) Y niega la posibilidad de aplicar la figura del orden público atenuado, en tanto que la filiación es causa directa del contrato de gestación por sustitución (FJ 4°).

**45.** El interés superior del menor no queda vulnerado tampoco, según la AP Valencia, porque el propio ordenamiento jurídico ofrece cauces para que los menores puedan ver determinada su filiación (art. 3 CNUDN). El propio art. 10 LTRHA protege dicho interés en tanto que pretende impedir que la vida humana sea objeto de comercio de los hombres, y tampoco se vulnera el derecho a la vida privada y familiar reconocido en el art. 8 CEDH, y ello por dos motivos: de un lado, la denegación de la inscripción de nacimiento no impide desarrollar una vida familiar *de facto*, y de otro, los menores pueden ejercer su derecho a una identidad única, “*pues estos tienen la que resulta de la certificación californiana*” (FJ5°).

**46.** Para el TS español: a) “la decisión de la autoridad registral de California al atribuir la condición de padres al matrimonio que contrató la gestación por sustitución con una mujer que dio a luz en dicho Estado es contraria al orden público internacional español por resultar incompatible con normas que regulan aspectos esenciales de las relaciones familiares, en concreto la filiación, inspiradas en los

<sup>36</sup> Sobre el “interés superior del menor”, vid., ad ex., en Derecho español: M. AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO, “La tutela y demás instituciones de protección del menor en Derecho internacional privado”, *BIMJ*, 1996, núm. 1766, pp. 7-30; A. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, “Art. 9.6”, en M. ALBALADEJO/S. DÍAZ ALABART (dirs.), *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, 2ª ed., Madrid, 1995, pp. 259-282; A. BORRÁS RODRÍGUEZ, *El interés del menor como factor de progreso y unificación del Derecho internacional privado*, Barcelona, 1993 y *RJC*, 1994, pp. 919-970; *Id.*, “La protección internacional del niño y del adulto como expresión de la materialización del Derecho internacional privado: similitudes y contrastes”, *Pacis Artes, Obra homenaje al Profesor Julio D. González Campos*, t. II, Madrid, 2005, pp. 1287-1308; *Id.*, “La evolución de la protección del niño en Derecho internacional privado desde el Convenio de Nueva York de 1989”, en F. ALDECOA LUZÁRRAGA/J.J. FORNER I DELAYGUA (dirs), *La protección de los niños en Derecho internacional y en las relaciones internacionales*, Madrid, 2010, pp. 11-37; A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Protección de menores”, en *Id.*, *Derecho internacional privado*, vol. II, 14ª ed., Granada, pp. 387-477, esp. pp. 387-390; A. DURÁN AYAGO, “La protección de menores en la Era de la globalización: del conflicto de leyes a las técnicas de flexibilización”, en A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (coords), *Globalización y Derecho*, Madrid, 2003, pp. 213-236; J. M. ESPINAR VICENTE, *El matrimonio y las familias en el sistema español de Derecho internacional privado*, Madrid, 1996, pp. 338-360; S. GARCÍA CANO, *Protección del menor y cooperación internacional entre autoridades*, Madrid, 2003; M. HERRANZ BALLESTEROS, *El interés del menor en los Convenios de La Conferencia de La Haya*, Valladolid, 2004; E. PATRICIA GONZÁLEZ, “El interés del menor como criterio superior: Una perspectiva integral”, <http://www.monografias.com/trabajos41/interes-del-menor/interes-del-menor.shtml>; J. A. PÉREZ BEVÍA/S. GARCÍA CANO, “Contribución de la Conferencia de La Haya”, en A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (coords), *Globalización y Derecho*, Madrid, 2003, pp. 463-493; E. PÉREZ VERA, “El menor en los Convenios de La Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado”, *REDI*, vol. XLV, 1993, pp. 101-114; P. RODRÍGUEZ MATEOS, “La protección jurídica del menor en la Convención sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989”, *REDI*, vol. XLIV, 1992, pp. 465-498; M. VARGAS GÓMEZ URRUTÍA, *La protección internacional de los derechos del niño*, México, 1999.

valores constitucionales de dignidad de la persona, respecto a su integridad moral y protección de la infancia” (Sentencia de 6 de febrero de 2014, FJ 3º. 10); b) No cabe disociar el contrato de la filiación, en tanto que ésta es una consecuencia directa y principal del contrato de gestación por sustitución; c) Denegar la inscripción de nacimiento y filiación a favor de dos varones no resulta discriminatorio (art. 7.3 LTRHA). La desigualdad sustancial entre los supuestos de hecho excluye la existencia de un trato discriminatorio (FJ 4º); d) Finalmente, respecto al interés superior del menor el TS procede a realizar una ponderación con otros bienes jurídicos en juego: proteger la dignidad e integridad de la mujer gestante, impedir la mercantilización de la gestación y de la filiación y evitar la explotación de las mujeres, llegando a la conclusión de que estos últimos han de prevalecer (FJ 8º).

**47.** Según el TS, los menores no ven vulnerado el derecho a una identidad única, porque no tienen vinculación efectiva con Estados Unidos (FJ 4º. 9). Y “tampoco se vulnera el derecho a la vida privada y familiar reconocido en el art. 8 CEDH. Según el TS la denegación del reconocimiento de la filiación determinada por las autoridades californianas con base en el contrato de gestación por sustitución, siendo efectivamente una injerencia en ese ámbito de vida familiar, reúne los dos requisitos que la justifican según la propia jurisprudencia del TEDH, sentencia de 28 de junio de 2007, caso Wagner y otro c. Luxemburgo: (i) está prevista en la ley, pues ésta exige que en el reconocimiento de decisiones de autoridades extranjeras se respete el orden público internacional; y (ii) es necesaria en una sociedad democrática, puesto que protege el propio interés del menor, tal y como es concebido por el ordenamiento jurídico, y otros bienes de transcendencia constitucional como son el respeto a la dignidad e integridad moral de la mujer gestante, evitar la explotación de necesidad en que pueden encontrarse mujeres jóvenes en situación de pobreza, o impedir la mercantilización de la gestación y de la filiación” (FJ 4º. 10).

**48.** La denegación de la inscripción de nacimiento y filiación, según el propio TS, puede causar inconvenientes a los menores, pero no por ello quedarían desprotegidos. Más bien al contrario, la protección ha de otorgarse partiendo de las previsiones de la legislación española. Concretamente, el art. 10 LTRHA, en su párrafo tercero, permite la reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, por lo que si alguno de los recurrentes lo fuera, podría determinarse la filiación paterna respecto del mismo. De igual forma, figuras como el acogimiento y la adopción permitirían la integración real de los menores en el núcleo familiar (FJ 4º. 11).

#### c) Filiación determinada en un Estado miembro de la UE y orden público internacional

**49.** Un problema específico puede surgir en el ámbito de la UE. Como se indicaba al inicio de este trabajo, determinados Estados miembros admiten la gestación por sustitución (caso de Reino Unido y Grecia, por ejemplo). De tal forma, puede darse el caso de una filiación determinada en alguno de estos países, en los que el nacido se considere hijo, no de la mujer que dio a luz, sino de los comitentes o padres de intención. Por tanto, el nacido será considerado hijo de unas determinadas personas con arreglo al Derecho de dicho país extranjero, y de otras diferentes con arreglo al Derecho español. En tales supuestos, se vulneraría el derecho a la “libre circulación” del nacido en la UE (art. 21 TFUE) en tanto que cada vez que cruzara la frontera, cambiaría su filiación, produciéndose con ello riesgos de confusión sobre la identidad o la filiación del sujeto, que pueden causarle graves inconvenientes tanto de orden profesional como privado. En tales casos, y aplicando la jurisprudencia del TJUE ya existente en materia de nombre y apellidos, los Estados miembros deberían de respetar la filiación determinada conforme al Derecho de otro Estado miembro, salvo que ello vulnera su orden público internacional, esto es, si dicho reconocimiento infringe los principios jurídicos fundamentales en los que dicho Estado basa la convivencia y la paz social<sup>37</sup>.

<sup>37</sup> Vid. L. BRUNET/J. CARRUTHERS/K. DAVAKI/D. KING/C. MARZO/J. MCCANDLESS, *A comparative study on the regime of surrogacy in EU Member States*, (PE 474.403), Bruselas, 2013; P. LAGARDE, “La gestation pour autrui: problèmes de droit interne et de droit international privé”, *Revue Hellenique de droit international*, 2009, pp. 511-520; V. TODOROVA, *Recognition of parental responsibility: biological parenthood v. legal parenthood, i.e. mutual recognition of surrogacy agreements: What is the current situation in the MS? Need for a EU action?*, (PE 432.738), Bruselas, 2010.

#### IV. La instrucción DGRN de 5 octubre de 2010 sobre régimen registral de los nacidos mediante gestación por sustitución

50. La Instrucción DGRN de 5 de octubre de 2010 sobre régimen registral de los nacidos mediante gestación por sustitución persigue como principal objetivo: “dotar de plena protección jurídica el interés superior del menor” y también proteger “otros intereses en los supuestos de gestación por sustitución”, entre ellos: “la protección de las mujeres que se prestan a dicha técnica de reproducción, renunciando a sus derechos como madres” y “controlar el cumplimiento de los requisitos de perfección y contenido del contrato”. Para garantizar la protección de dichos intereses la citada Instrucción establece los siguientes requisitos:

51. 1º) Exige que haya recaído una resolución judicial en el extranjero en la que se haya acreditado la filiación de un menor nacido mediante gestación por sustitución en relación con el padre biológico. Los interesados deben presentar, junto con la solicitud de inscripción de nacimiento, dicha resolución judicial dictada por Tribunal competente extranjero. En consecuencia, tal y como indica a propia Instrucción, en ningún caso se admitirá como título apto para la inscripción del nacimiento y filiación del nacido, una certificación registral extranjera o la simple declaración, acompañada de certificación médica relativa al nacimiento del menor en la que no conste la identidad de la madre gestante. Con ello, se viene a decir que los títulos registrales extranjeros no son aptos para sustentar la inscripción de la filiación en España, sino que es título determinante la resolución judicial extranjera.

52. 2º) Además, dicha resolución judicial extranjera, en caso de haber recaído en un procedimiento contencioso, debe haber obtenido previamente el *exequatur* en España, según los Convenios internacionales que pudieran resultar de aplicación o en su defecto, a través del art. 954 LEC 1881.

53. 3º) Si la resolución judicial extranjera ha sido dictada como consecuencia de un procedimiento de jurisdicción voluntaria, no resulta necesario el *exequatur*. En tal caso, el mismo Encargado del Registro Civil procederá a efectuar un reconocimiento incidental, debiendo controlar los siguientes extremos: a) La regularidad y autenticidad formal de la resolución judicial extranjera y de cualquier otro documento que se hubiere presentado; b) Que el Tribunal de origen hubiera basado su competencia en judicial internacional en criterios equivalentes a los contemplados en la legislación española; c) Que se hubieren garantizado los derechos procesales de las partes, en particular, de la madre gestante; d) Que no se ha producido una vulneración del interés superior del menor y de los derechos de la madre gestante; e) Que la resolución judicial es firme y que los consentimientos prestados son irrevocables, o bien, si estuvieran sujetos a un plazo de revocabilidad conforme a la legislación extranjera aplicable, que éste hubiera transcurrido, sin que quién tenga reconocida facultad de revocación, o la hubiere ejercitado.

54. 4º) La necesidad de *exequatur* –resolución judicial recaída en procedimiento contencioso- o de reconocimiento incidental registral –resolución judicial recaída en procedimiento de jurisdicción voluntaria, es una decisión que se hace depender del buen criterio del Encargado del Registro civil.

55. Con este telón de fondo, no es de extrañar que la mencionada Instrucción de la DGRN sea objeto de severas críticas, entre ellas: 1º) La exigencia de una resolución judicial extranjera sobre filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución es contraria a la Ley. Los arts. 81 y 85 RRC admiten como título válido para la inscripción de la filiación en España, la presentación de un acta registral extranjera. Tales preceptos no exigen que se haya dictado una resolución judicial relativa a la gestación por sustitución. La Instrucción DGRN vulnera el RRC; 2º) Dicha exigencia, induce además a una “judicialización” de la función registral, en tanto que busca eximir de sus responsabilidades legales a los encargados de los Registros Civiles –en concreto, calificar e inscribir actas registrales extranjeras de nacimiento en supuestos de gestación por sustitución-. Esta judicialización resulta contraria a la función primordial del Registro Civil: proporcionar certeza legal y seguridad jurídica en torno al estado civil de las personas sin tener que acudir a la jurisdicción ordinaria cada vez que haya que probar un he-

cho relativo al estado civil de las personas (arts. 2 y 92 LRC); 3º) Tal exigencia obliga a los promotores de la inscripción de nacimiento y filiación a acudir obligatoriamente ante los tribunales extranjeros para acreditar la filiación del nacido, incluso cuando no se requiera la intervención judicial conforme al Derecho extranjero; 4º) Entre los extremos que, según la DGRN, debe controlar el encargado del Registro Civil español, a través del reconocimiento incidental, no se ha incluido el “orden público internacional”; 5º) Finalmente, llama la atención que la DGRN haya acogido el “sistema bilateralista” para controlar la competencia judicial internacional del juez de origen. Dicho sistema resulta artificial e imperialista, en tanto que supone, que todos los Estados del mundo han de compartir los mismos criterios de competencia judicial internacional previstos por el legislador español. Algo que explica que el propio TS, ya desde 1998, abandonara este criterio y se decantara por el “sistema de los contactos razonables” o “sistema de proximidad”. Según éste, debe considerarse que el tribunal extranjero es internacionalmente competente, si el litigio en cuestión presenta vínculos razonables con el país donde se desarrolló el proceso<sup>38</sup>.

**56.** La Instrucción DGRN de 5 de octubre de 2010 ha tenido, sin embargo, la virtud de regularizar, aunque tal vez no a través de la mejor técnica jurídica, la situación de diversas familias españolas, cuyos hijos nacidos en el extranjero mediante gestación por sustitución, se encontraban en un limbo jurídico<sup>39</sup>. Pero, también ha tenido el gran defecto de originar jurisprudencia contradictoria en el ámbito del procedimiento de *exequatur*<sup>40</sup>.

## V. Permiso de maternidad o paternidad y gestación por sustitución

### 1. Jurisdicción social y orden público internacional atenuado

**57.** Finalmente, debe resaltarse el tratamiento que la gestación por sustitución está recibiendo por parte de los tribunales españoles en el orden social<sup>41</sup>. Así se estima que los padres que sean considerados como tales por una resolución o acta registral extranjera o por sentencia extranjera, de los nacidos mediante gestación por sustitución, pueden gozar del derecho a permiso de maternidad y la subsiguiente prestación, en virtud del art. 133 bis LGSS y del art. 2.2 RD 295/2009, de 6 de marzo, por el que se regulan las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural. Según dicho precepto: “*Se consideran equiparables a la adopción y al acogimiento preadoptivo, permanente o simple, aquellas instituciones jurídicas declaradas por resoluciones judiciales o administrativas extranjeras, cuya finalidad y efectos jurídicos sean los previstos para la adopción y el acogimiento preadoptivo, permanente o simple, cuya duración no sea inferior a un año, cualquiera que sea su denominación (...)*”.

**58.** Los tribunales españoles del orden social estiman que la filiación por naturaleza derivada de gestación por sustitución y establecida por resolución extranjera resulta equiparable a las situaciones

<sup>38</sup> Vid. A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado*, vol. II, 14ª ed., Granada, 2013, pp. 316-319.

<sup>39</sup> Vid. Resolución DGRN núm. 48/2013, de 15 de abril, JUR\2013\327711; Resolución DGRN núm. 4/2011, de 22 de diciembre, JUR\2012\307190; Resolución DGRN núm. 1/2011, de 30 de noviembre, JUR\2012\303071; Resolución DGRN núm. 1/2011, de 12 de diciembre de 2011, JUR\2012\307191; Resolución DGRN núm. 2/2011, de 30 de noviembre, JUR\2012\303072; Resolución DGRN núm. 5/2011, de 23 de septiembre de 2011, JUR\2012\168314; Resolución DGRN núm. 4/2011, de 23 de septiembre, JUR\2012\168313; Resolución DGRN núm. 2/2011, de 23 de septiembre, JUR\2012\168312; Resolución DGRN núm. 1/2011, de 27 de junio, JUR\2012\2012\151441, resolución DGRN núm. 3/2012\151439; Resolución DGRN núm. 2/2011, de 9 de junio, JUR\2012\151438; Resolución DGRN núm. 1/2011, de 9 de junio, JUR\2012\151437; Resolución DGRN núm. 6/2011, de 6 de mayo, JUR\2012\147776; Resolución DGRN núm. 5/2011, de 6 de mayo, JUR\2012\114782; Resolución DGRN núm. 54/2011, de 6 de mayo, JUR\2012\110698; Resolución DGRN núm. 1/2011, de 3 de mayo, JUR\2012\107637.

<sup>40</sup> Vid. AJPI de Pozuelo de Alarcón, de 25 de junio de 2012; AAP Madrid, núm. 1341\2012 de 3 de diciembre, JUR\2013\15881.

<sup>41</sup> Vid. STSJ Madrid, Social, 13 de marzo de 2013, *Aranzadi West Law*, JUR\2013\291496; STSJ Madrid, Social, 18 de octubre de 2012, *Aranzadi West Law*, AS\2012\2503; TSJ Cataluña, Social, 23 de noviembre de 2012, *Aranzadi West Law*, AS\2013\845; STSJ Asturias, Social, 20 de septiembre de 2012, *Aranzadi West Law*, AS\2012\2485; SJS Oviedo, 9 de abril de 2012, *Aranzadi West Law*, AS\2012\924.

mencionadas en la norma transcrita, sin que resulte preciso *exequetur* de la misma en España. Para ello, hacen uso de una figura conocida en el Derecho internacional privado, y utilizada por estos mismos tribunales en el caso de los matrimonios poligámicos: “el orden público internacional atenuado”.

**59.** Sustentan su posición sobre la base de los siguientes argumentos jurídicos:

**60. a)** En la legislación española, se consideran situaciones protegidas la maternidad, la adopción y el acogimiento, sin que se dé previamente una definición de maternidad, lo que hace remitirse al concepto general de “estado o cualidad de madre”, que no exige ineludiblemente el previo hecho del parto, aunque éste sea el primer supuesto, de ahí que se le equiparen la adopción y el acogimiento, si bien como situaciones distintas y claramente diferenciadas de dicha maternidad biológica. De ahí que el art. 133 ter LGSS se refiera a los beneficiarios de la prestación como “trabajadores por cuenta ajena, cualquiera que sea su sexo...”. El RD antes mencionado, acogiendo la finalidad de la LO 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres<sup>42</sup>, reformadora precisamente en este punto de la LGSS, tiene por objeto ampliar la protección social, mejorar la integración de la mujer en el ámbito laboral así como favorecer la conciliación de la vida familiar y laboral, aspecto este último aplicable a las familias de la naturaleza o clase que sea.

**61. b)** Cabe distinguir dos situaciones en relación con la llegada de un hijo al núcleo familiar, generador del derecho a la prestación por maternidad o paternidad: a) El parto, como causa de suspensión del contrato de trabajo, que solo corresponde a la madre que físicamente ha gestado y ha dado a luz un/a hijo/a y; b) la situación sin parto de los otros progenitores que, en el grado y condición que corresponda, también se ven afectados por esa nueva configuración familiar pero desde otra perspectiva y relación con el sujeto que la motiva (art. 45. 1 d) y art. 48.4 ET).

**62. c)** En los casos de contratos de gestación por sustitución celebrados en el extranjero, carece de sentido invocar en esta sede el art. 10 Ley 14/2006 cuya finalidad es proteger la maternidad biológica, no la prestación de maternidad o paternidad, concebida en aras a la protección del menor. De lo contrario, el menor quedaría desprotegido ante la imposibilidad de que la “madre biológica” ejercitara tal derecho.

**63. d)** No conceder la prestación de maternidad o paternidad en tales supuestos, vulneraría el art. 14 CE. Dada la finalidad social de la prestación, que atiende al interés del menor, se estaría discriminando al hijo por haber nacido a través de gestación por sustitución. El derecho a la no discriminación en función de la filiación integra el orden público internacional español. La prestación de paternidad o maternidad son técnicas sociales tuitivas del menor, formas de garantizarle una mayor atención, la denegación de la prestación supone en realidad privarlos de la asistencia y dedicación que a través de la prestación se abona a los padres (art. 39 CE).

**64. f)** Razones para equiparar esta situación a la adopción o al acogimiento: la posición que ocupan los progenitores respecto del nacido, adoptado o acogido, es la misma en el marco de las relaciones laborales y familiares en las que están inmersos; existe identidad de razón desde el momento en que se trata de dar protección por maternidad a quien ostenta la condición de progenitor de un menor por título jurídico distinto a la adopción o al acogimiento pero idóneo por haberse inscrito en el Registro Civil la filiación entre el menor y el que reclama la prestación. La solución opuesta sería contraria al espíritu de la LO 3/2007.

## 2. Jurisprudencia del TJUE

**65.** La reciente STSJ País Vasco, de 13 de mayo de 2014 merece un comentario aparte ya no tanto por apartarse de la doctrina asentada por los tribunales españoles del orden social, sino más bien

<sup>42</sup> BOE núm. 71, de 23 de marzo de 2007.

por los argumentos jurídicos que emplea para ello<sup>43</sup>. De un lado, fundamenta la denegación del permiso de maternidad en casos de gestación por sustitución en el extranjero en la STS, de 6 de febrero de 2014, en tanto que dicha resolución anula directamente la Resolución de 8 de febrero de 2009 de la DGRN, e indirectamente la Instrucción DGRN de 5 de octubre de 2010. De otro, “acata” la jurisprudencia del TJUE existente ya sobre esta materia. Y llama la atención porque un atento análisis de dicha jurisprudencia conduce a adoptar la solución contraria, esto es, a conceder en España, el permiso de maternidad o paternidad en los casos de gestación por sustitución, tal y como se venía haciendo hasta este momento.

**66.** Dos han sido los casos resueltos por el TJUE, en sendas Sentencias de 18 de marzo de 2014, Asunto C-167/12, C.D. y S.T y As. C-363/12, Z y *A Government Department and the Board of Management of a Community School*<sup>44</sup>.

**67.** En el primero de ellos, - Asunto C-167/12, C.D. y S.T-, los hechos fueron como siguen: la Sra. D. trabajaba como empleada desde el 7 de julio de 2001 en un hospital del Reino Unido. La Sra. D. celebró conforme a la *Human Fertilisation and Embriology Act* 2008 un convenio de gestación por sustitución para tener un hijo. Su pareja facilitó el esperma, pero el óvulo no era de ella. La Sra. D. presentó una solicitud de permiso retribuido a su empleador, basada en el régimen aplicable en caso de adopción establecido por éste. En su escrito de 14 de marzo de 2011 el empleador comunicó a la Sra D. que el convenio de gestación por sustitución que había concluido no se ajustaba a las condiciones del referido régimen. Fue entonces, cuando la Sra. D. interpuso acción ante el *Employment Tribunal*, aduciendo motivos fundados en una discriminación por razón de sexo y/o del embarazo y la maternidad y vulneración de los artículos 8 y 14 del CEDH. Mientras se sustanciaba este procedimiento, nació el niño, y tras ejercitar la *parental order*, (art. 54, *Human Fertilisation and Embriology Act* 2008), el tribunal competente otorgó a la pareja la patria potestad plena y permanente sobre el niño.

**68.** Ante tales hechos, el *Employment Tribunal, Newcastle upon Tyne*, decidió suspender el procedimiento y plantear al TJUE las siguientes cuestiones prejudiciales: 1) si la Directiva 92/85 debe interpretarse en el sentido de que una madre subrogante que ha tenido un hijo gracias a un convenio de gestación por sustitución tiene derecho a disfrutar del permiso de maternidad previsto en el art. 8 de la misma, y ello en particular, en el caso de que la madre subrogante pueda amamantarlo tras su nacimiento o cuando lo amamanta efectivamente<sup>45</sup>; 2) Si el artículo 14 de la Directiva 2006/54, puesto en relación con el art. 2, apartado 1 a) y b) y 2 c), debe interpretarse en el sentido de que el hecho de que un empleador deniegue un permiso de maternidad a una madre subrogante que ha tenido un hijo gracias a un convenio de gestación por sustitución, constituye una discriminación basada en el sexo<sup>46</sup>.

**69.** En el Asunto C-363/12, Z y *A Government Department and the Board of Management of a Community School*, los hechos son similares, si bien tienen lugar en Irlanda, país donde no se regula la gestación por sustitución. En este caso, la Sr. Z. trabajaba como profesora de educación secundaria en una escuela municipal gestionada por el *Board Management*, con arreglo a las condiciones laborales fijadas por el *Government Department*, que le pagaba la retribución. La citada Sra. Z padecía de una rara afección consistente en que, a pesar de tener ovarios sanos y ser fértil, carecía de útero y no podía gestar un hijo. Durante el curso 2008/09, la Sra. Z. y su esposo decidieron recurrir a la gestación por sustitución, acudiendo a una agencia especializada de California (EEUU). El tratamiento de fecundación *in vitro* se llevó a cabo en Irlanda, mientras que la transferencia de óvulos a la madre gestante se efectuó en California. El 7 de abril de 2010, la Sra. Z viajó a California para estar presente en el nacimiento de

<sup>43</sup> STSJ País Vasco, de 13 de mayo de 2014, AS\2014\1228.

<sup>44</sup> STJUE, de 18 de marzo de 2014, Asunto C-167/12, C.D. y S.T, TJCE 2014\113; STJUE, de 18 de marzo de 2014 As. C-363/12, Z y *A Government Department and the Board of Management of a Community School*, TJCE 2014\112.

<sup>45</sup> Directiva 92/85/CEE del Consejo, de 19 de octubre de 1992, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en periodo de lactancia.

<sup>46</sup> Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación, *DO L* 204, p. 23.

su bebé, una niña, que tuvo lugar el 28 de abril de 2010. La niña es hija genética de la Sra. Z. y de su marido, pues se concibió con sus gametos. Conforme al Derecho californiano, se considera a la Sra. Z. y a su marido como padres legales de la menor. El 18 de mayo de 2010, la Sra Z y su marido regresaron con su hija a Irlanda.

Las condiciones de trabajo de la Sra. Z. preveían el derecho a permisos retribuidos por maternidad y por adopción. Dado que la Sra. Z. no había estado embarazada ni podía dar a luz a un hijo, no podía reunir las condiciones exigidas para el permiso de maternidad. Pero, tampoco podía beneficiarse por la misma causa de un permiso por adopción. De ahí que, el 10 de febrero de 2010, la Sra Z. solicitara ante las autoridades competentes la concesión de un permiso equivalente a un permiso de adopción. Permiso que le fue denegado. Este hecho motivó que la Sr. Z presentara una demanda ante el *Equality Tribunal* alegando: discriminación por motivos de sexo, estatuto familiar y discapacidad y negativa a la concesión de un permiso equivalente a un permiso de maternidad o un permiso por adopción.

**70.** El mencionado tribunal plantea ante el TJUE las siguientes cuestiones prejudiciales: 1) Si la Directiva 2006/54, en particular sus arts. 4 y 14, debe interpretarse en el sentido de que constituye una discriminación basada en el sexo el hecho de denegar la concesión de un permiso retribuido equivalente al permiso de maternidad o al permiso por adopción a una trabajadora, en sus calidad de madre subrogante, que ha tenido un hijo gracias a un convenio de gestación por sustitución; 2) Si la Directiva 2000/78<sup>47</sup>, interpretada en su caso a la luz de la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad<sup>48</sup>, debe entenderse en el sentido de que constituye una discriminación por razón de discapacidad el hecho de denegar la concesión de un permiso retribuido equivalente a un permiso de maternidad o a un permiso de adopción a una trabajadora incapacitada para gestar un niño y que ha recurrido a un convenio de gestación por sustitución.

**71.** Respecto a la primera cuestión prejudicial, que se plantea en el Asunto C-167/12, C.D. y S.T, -si una madre subrogante que ha tenido un hijo gracias a un convenio de gestación por sustitución tiene derecho a disfrutar del permiso de maternidad previsto en el art. 8 de la Directiva 92/85/CEE, en particular, en el caso de que la madre subrogante pueda amamantarlo tras su nacimiento o cuando lo amamanta efectivamente-, el TJUE recuerda que el objetivo de la Directiva 92/85 es promover la mejora de la seguridad y la salud de las trabajadoras embarazadas, que hayan dado a luz o en periodo de lactancia<sup>49</sup>. En este contexto la Directiva 92/85 en su art. 8 establece que los Estados miembros deben tomar las medidas necesarias para que las trabajadoras disfruten de un permiso de maternidad. Además, añade el alto Tribunal que “*el derecho al permiso de maternidad reconocido a favor de las trabajadoras embarazadas debe considerarse un medio de protección del Derecho social que reviste especial importancia*”<sup>50</sup>. Este permiso encuentra su fundamento en la situación específica de vulnerabilidad en el que se encuentra la mujer embarazada, que haya dado a luz o en periodo de lactancia, situación ésta que no puede asimilarse a la de un hombre ni a la de una mujer en situación de incapacidad temporal por enfermedad. Este permiso de maternidad al que tiene derecho la trabajadora tiene por objeto, por una parte, la protección de la condición biológica de la mujer durante el embarazo y después de éste, y, por otra parte, la protección de las especiales relaciones entre la mujer y su hijo durante el periodo que se sigue al embarazo y al parto, evitando que la acumulación de cargas que deriva del ejercicio simultáneo de una actividad profesional perturbe dichas relaciones<sup>51</sup>.

**72.** Por tanto, “la atribución de un permiso de maternidad con fundamento en el art. 8 de la Directiva 92/85 requiere que la trabajadora que se beneficie de él haya estado embarazada y haya dado

<sup>47</sup> Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, DO L303, p. 16.

<sup>48</sup> Aprobada en nombre de la Comunidad Europea por Decisión 2010/48/CE del Consejo, de 26 de noviembre de 2009, DO 2010, L 23, p. 35.

<sup>49</sup> STJUE, de 18 de marzo de 2014, Asunto C-167/12, C.D. y S.T apartado 29.

<sup>50</sup> STJUE, de 18 de marzo de 2014, Asunto C-167/12, C.D. y S.T., apartados 31 y 32.

<sup>51</sup> STJUE, de 18 de marzo de 2014, Asunto C-167/12, C.D. y S.T., apartados 33 y 34.

a luz a un niño<sup>52</sup>. De todo ello, cabe afirmar que “una trabajadora, en su calidad de madre subrogante que ha tenido un hijo gracias a un convenio de gestación por sustitución, no entra en el ámbito del art. 8 de la Directiva 92/85, incluso cuando pueda amamantar a ese niño tras su nacimiento o lo amamanta efectivamente” De ahí que, los Estados miembros no estén obligados en virtud de ese artículo a conferir a esa trabajadora un permiso de maternidad.

**73.** Ahora bien, el propio TJUE recuerda que la Directiva 92/85 es una norma de mínimos, esto es, tiene por objeto establecer unas exigencias mínimas en materia de protección de la trabajadora embarazada. Nada impide que los Estados miembros puedan aplicar o instaurar disposiciones legislativas, reglamentarias o administrativas más favorables para la protección de la seguridad y la salud de las madres subrogantes que hayan tenido un hijo gracias a un convenio de gestación por sustitución, permitiendo que se beneficien de un permiso de maternidad en razón del nacimiento de ese niño<sup>53</sup>.

**74.** En ambos Asuntos, se plantea como cuestión prejudicial *si el hecho de denegar un permiso de maternidad a una madre subrogante constituye una discriminación basada en el sexo en el sentido de la Directiva 2006/44*. El TJUE estima que tal negativa podría constituir una *discriminación directa* por razón de sexo, en el sentido del art. 2.1 a) y b), si la razón esencial de esa negativa afecta exclusivamente a los trabajadores de uno de los sexos. Pero, tal y como se deduce de la legislación nacional aplicable un hombre que fuera padre mediante convenio de gestación por sustitución sería tratado de la misma forma que una madre subrogante, esto es, tampoco él tendría derecho a un permiso retribuido equivalente a un permiso de maternidad<sup>54</sup>. Por otro lado, para que exista *discriminación indirecta*, según jurisprudencia del propio Tribunal, la aplicación de una misma norma, aunque formulada de forma neutra, ha de perjudicar de hecho a un número mucho mayor de trabajadores de un sexo que del otro. Y en el caso, en cuestión, nada permite apreciar que la denegación de la concesión del permiso en cuestión perjudique especialmente a las trabajadoras en comparación con los trabajadores<sup>55</sup>. De ahí que, el TJUE concluya que “la negativa a conceder un permiso de maternidad a una madre subrogante (...) no constituye una discriminación directa o indirecta basada en el sexo en el sentido del art. 2. 1 a) y b) de la Directiva 2006/54”<sup>56</sup>.

**75.** Por otro lado, el trato menos favorable a una mujer en relación con el embarazo o el permiso de maternidad constituye una discriminación a efectos de la Directiva 2006/54 (art. 2. 2 c), pero una madre subrogante no puede, por definición, ser objeto de un trato menos favorable por razón del embarazo, ya que no ha estado en cinta<sup>57</sup>.

**76.** Respecto al permiso retribuido equivalente a un permiso de adopción, la Directiva 2006/54 otorga libertad a los Estados miembros para conceder o no tal permiso, esto es, el permiso de adopción no entra en el ámbito de aplicación de la Directiva 2006/54 (art. 16 y Considerando 27). Ahora bien, si un Estado decide reconocer tales derechos, deben tomar todas las medidas necesarias para proteger a los trabajadores<sup>58</sup>.

**77.** Finalmente, si la denegación de un permiso equivalente al de maternidad o adopción a una trabajadora incapacitada, constituye una discriminación por razón de discapacidad, en virtud de la Di-

<sup>52</sup> STJUE, de 18 de marzo de 2014, Asunto C-167/12, C.D. y S.T., apartado 37.

<sup>53</sup> STJUE, de 18 de marzo de 2014, Asunto C-167/12, C.D. y S.T., apartados 41 y 42.

<sup>54</sup> STJUE, de 18 de marzo de 2014, Asunto C-167/12, C.D. y S.T., apartados 46 y 47; STJUE, de 28 de marzo de 2014, As. C-363/12, Z y A *Government Department and the Board of Management of a Community School*, apartados 51 y 52.

<sup>55</sup> STJUE, de 18 de marzo de 2014, Asunto C-167/12, C.D. y S.T., apartados 48 y 49; STJUE, de 28 de marzo de 2014, As. C-363/12, Z y A *Government Department and the Board of Management of a Community School*, apartados 53 y 54.

<sup>56</sup> STJUE, de 18 de marzo de 2014, Asunto C-167/12, C.D. y S.T., apartado 50; STJUE, de 28 de marzo de 2014, As. C-363/12, Z y A *Government Department and the Board of Management of a Community School*, apartado 55.

<sup>57</sup> STJUE, de 18 de marzo de 2014, Asunto C-167/12, C.D. y S.T., apartado 52; STJUE, de 28 de marzo de 2014, As. C-363/12, Z y A *Government Department and the Board of Management of a Community School*, apartados 56 y 57.

<sup>58</sup> STJUE, de 28 de marzo de 2014, As. C-363/12, Z y A *Government Department and the Board of Management of a Community School*, apartados 62 y 63.

rectiva 2000/78, interpretada conforme a la Convención de la ONU, el TJUE estima que en el ámbito de la citada Directiva, el concepto de discapacidad “supone que la limitación que aqueja a la persona, al interactuar con diversas barreras, pueda impedir su participación plena y efectiva en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores”. Y en este sentido, “la incapacidad para tener un hijo por medios convencionales no constituye en principio un impedimento para que la madre subrogante acceda a un empleo, lo ejerza o progrese en él”.<sup>59</sup>

## VI. La gestación por sustitución a la luz de la jurisprudencia del TEDH: Asunto *Menesson c. France* y Asunto *Labassee c. France*

78. Tanto en el Asunto *Menesson* como en el Asunto *Labassee*, el TEDH ha de afrontar la espinosa cuestión relativa a la determinación de la filiación de los nacidos en el extranjero mediante gestación por sustitución. Y lo hace de tal manera que pone en entredicho la solución ofrecida por los tribunales españoles del orden civil y obliga a replantearse en España el tratamiento de la misma.

### 1. Hechos

#### A) Asunto *Menesson c. France*

79. Los *Menesson*, un matrimonio de nacionalidad francesa y residencia en Francia, no podían tener hijos debido a la infertilidad de la mujer. Después de haber intentado la fecundación *in vitro* con sus propios gametos, decidieron recurrir a la fecundación *in vitro* con gametos del marido y óvulos de un donante, para fecundar el embrión fecundado en el útero de otra mujer. Para ello se trasladaron a California, donde este tipo de TRA está permitida por la ley, y celebraron un contrato de gestación por sustitución. Por sentencia de 14 de julio de 2000, el Tribunal Supremo de California, declaró la paternidad legal de los *Menesson* con el consentimiento de todas las partes implicadas (los padres de intención, la mujer subrogada y, en este caso, el marido de la misma). La sentencia también precisaba que en el acta de nacimiento los *Menesson*, debían figurar como padre y madre. El 25 de octubre de 2000, nacieron dos gemelas.

80. A principios de noviembre de 2000, el Sr. *Menesson* acudió al Consulado francés en los Ángeles solicitando la transcripción del acta de nacimiento y la inscripción de las hijas en su pasaporte para poder entrar con ellas en Francia. Los servicios consulares se opusieron a tal solicitud, al sospechar que estaban ante un caso de gestación por sustitución, prohibido por la legislación francesa –no se aportó la prueba física del parto de la esposa–.

81. La administración federal americana había expedido a las gemelas los pasaportes estadounidenses en los que los *Menesson*, figuraban como sus padres. Así fue como los cuatro pudieron entrar en Francia en noviembre de 2000. En mayo de 2001, el Ministerio Fiscal interpuso una acción penal fundada en el art. 227-12 CP relativa al delito de simulación de parto y alteración del estado civil. Ésta fue archivada tres años después, -el 30 de septiembre de 2004-, en virtud del principio de territorialidad de la ley penal. El 16 de mayo de 2003, el Ministerio Fiscal instó una acción civil ante el *Tribunal de Grande Instance de Créteil*, sobre la base del art. 16 -7 y art. 16-9 CC francés que prohíbe la maternidad subrogada, al objeto de solicitar la transcripción de oficio de las actas de nacimiento en el Registro Civil francés, pero a los únicos efectos de interesar la anulación de la misma por contravenir el orden público, en particular: el principio de indisponibilidad del cuerpo humano y el estado de las personas. Por tanto, ni la Sentencia del Tribunal Supremo de California de 14 de julio de 2000 ni la certificación extranjera de nacimiento fundada en la misma, podían ser reconocidas en Francia. Por Sentencia de

<sup>59</sup> STJUE, de 28 de marzo de 2014, As. C-363/12, Z y A *Government Department and the Board of Management of a Community School*, apartados 80 y 81.

13 de diciembre de 2005, el mencionado tribunal desestimó la demanda por considerar que no reunía determinadas condiciones legales. Con posterioridad, la *Cour d'Appel* de París, por sentencia de 25 de octubre de 2007, rechaza la acción de nulidad del Ministerio Fiscal<sup>60</sup>. Y ello, sobre la base de que el ministerio público no se había opuesto al reconocimiento de la decisión californiana ni a los documentos públicos californianos relativos al estado civil sobre la base del art. 47 del CC, relativo a la transcripción en el Registro, sin necesidad del *exequatur*, de las actas relativas al estado civil extranjeras. De igual forma, invoca un orden público internacional atento al interés superior del menor, sobre la base del art. 3 del Convenio de NU sobre Derechos del Niño (1989)<sup>61</sup>.

**82.** Esta decisión fue recurrida por el Abogado General del tribunal de apelación en un recurso de casación en interés de ley, ante la *Cour de Cassation*, el 17 de diciembre de 2008. Pero, el alto tribunal se limita a resolver la cuestión relativa a la facultad del Ministerio Fiscal, considerando su demanda admitida, esto es, el Ministerio Fiscal tenía facultad para instar la anulación por motivos de orden público. La *Cour de Cassation* omite la referencia al interés superior del menor no tomando partido por las cuestiones de fondo, y reenvía la cuestión al tribunal de Apelación<sup>62</sup>.

**83.** Por sentencia de 18 de marzo de 2010, la *Cour d'Appel* de París, ordena anular la transcripción de las certificaciones de nacimiento y proceder a la transcripción de la sentencia al margen de la inscripción de nacimiento anulada. Los argumentos sobre los que fundamenta su decisión el citado tribunal son los siguientes: 1º) las actas de nacimiento han sido establecidas sobre la base de una sentencia californiana que declara padres legales de las menores a los Srs. *Menesson*, por tanto, tales actas son indisociables de la decisión judicial, y su eficacia queda subordinada a la regularidad internacional de esta última; 2º) Para que una decisión judicial extranjera pueda ser reconocida en Francia es necesario que se cumplan tres condiciones: a) competencia indirecta el juez extranjero fundada en un vínculo del litigio con la jurisdicción de origen; b) conformidad con el orden público internacional francés y; c) ausencia de fraude de ley; 3º) los contratos de gestación por sustitución están prohibidos en Francia, considerándose nulos de pleno derecho, por tanto sin necesidad de buscar si existe o no un fraude de ley, cabe afirmar que la sentencia californiana que valida indirectamente un contrato de gestación por sustitución es contraria al orden público internacional; 4º) La invocación del interés superior del menor no puede permitir, hacer válido a posteriori un proceso cuya ilicitud está consagrada por el legislador francés, además, la ausencia de inscripción no tiene por efecto privar a los dos niñas de su estado civil americano e impugnar el vínculo de filiación que les ha sido reconocido por el derecho californiano.

**84.** Los *Menesson* recurrieron en casación haciendo valer, de una parte, el desconocimiento del interés del menor, en el sentido del art. 3.1 CNUDN-, y de su derecho a tener reconocida una filiación estable, y de otra, una vulneración del art. 8 CEDH en sí mismo considerado y en relación con el art. 14 de la misma Convención. Además sostienen que la sentencia extranjera que reconoce la filiación de un hijo respecto a una pareja que ha celebrado válidamente un contrato de gestación por sustitución con una mujer subrogada no es contrario al orden público internacional, que no puede confundirse con el orden público interno.

**85.** El 6 de abril de 2011, la *Cour de Cassation* confirmó la sentencia de la *Cour d'Appel* considerando que la sentencia californiana de 14 de julio de 2000 era contraria a la concepción de orden público internacional, de manera que las actas de nacimiento que han sido establecidas en aplicación de

<sup>60</sup> *Cour d'Appel* Paris, 25. 10. 2007, notas de G. CUNIBERTI, *JDI*, 2008, pp. 145 y ss; J. HAUSER, "Personnes et droits de la famille", *RTDCiv*, n°1, pp. 93 y ss.

<sup>61</sup> Considerar que la decisión que homologa el contrato de gestación por sustitución no produce efecto alguno conduciría a que las menores pudieran quedar huérfanas y ser consideradas extranjeras hasta que no fuera determinada la filiación paterna.

<sup>62</sup> *Cour de Cassation* (1ª Ch. civ.), 17.12.2008, notas de D. SARCELET, "La gestation pour autrui à nouveau devant la Cour de Cassation. COnvention de mère porteuse et ordre public: le droit d'agir du ministère", *Recueil Dalloz*, 2009, núm, 5; P. LAGARDE, *RCDIP*, 2009, pp.

tal decisión, deben ser anuladas. Una tal anulación no vulnera ni el derecho a la vida privada y familiar en el sentido del art. 8 CEDH ni al interés superior del menor garantizado por el art. 3.1 CNYDN.

**86.** Según la *Cour de Cassation*, el contrato de gestación por sustitución es nulo en Francia por ser contrario al principio de indisponibilidad del cuerpo humano y del principio de indisponibilidad del estado civil de las personas. Cuando el nacimiento es el resultado, en fraude de la ley francesa, de un convenio de gestación por sustitución lícito en el extranjero, está viciado de nulidad. En presencia de este fraude, ni el interés superior del niño garantizado por el art. 3.1 CNYDN, ni el respeto a la vida privada y familiar en el sentido del art. 8 CEDH pueden ser invocados.

#### B) Asunto *Labassee c. France*

**87.** A grandes rasgos, el Asunto *Labassee* coincide con el supuesto de hecho del Asunto *Menesson*, algo que explica que haya sido resuelto de la misma manera por el TEDH. En este caso concreto, se trataba también de un matrimonio francés con residencia en Francia. Como consecuencia de un problema de infertilidad de la esposa, deciden celebrar un contrato de gestación por sustitución en EEUU (*Minnesota*). La paternidad legal de los *Labassee* queda establecida mediante resolución judicial americana. Nacida la niña, esta fue inscrita en el Registro civil de aquél país. Unos años más tarde, las autoridades francesas se niegan a inscribir el acta de nacimiento y filiación extranjera por considerarla contraria al orden público internacional francés. Es entonces cuando los *Labassee* intentan la inscripción de la filiación recurriendo a la figura de la posesión de estado.

**88.** Por sentencia de 6 de abril de 2011, la *Cour de Cassation* niega cualquier efecto que se pueda derivar del contrato de gestación por sustitución, por ser contrario al orden público internacional francés, incluida la posesión de estado y los efectos que pueda tener sobre el establecimiento de la filiación. Además, y según el citado tribunal, esta situación no priva al menor de la filiación materna y paterna que el Derecho del Estado de Minnesota le reconoce, ni le impide vivir con sus padres de intención en Francia y no vulnera ni el derecho al respeto de la vida privada y familiar (art. 8 CEDH), ni el interés superior del menor garantizado por el art. 3.1 CNYDN.

## 2. El interés superior del menor y el respeto al derecho a la vida privada (art. 8 CEDH)

**89.** Tanto en el Asunto *Menesson* como en el Asunto *Labassee*, los padres de intención no tenían la posibilidad de obtener en Francia el reconocimiento de la filiación legalmente establecida en el extranjero en detrimento del interés del menor. En tal sentido, consideraban que se estaba vulnerando el derecho a su vida privada y familiar (art. 8 CEDH).

**90.** El TEDH comienza recordando que para garantizar *el derecho al respeto a la vida familiar*, el art. 8 CEDH presupone la existencia de una familia, pudiendo ser los vínculos familiares “*de facto*”. Lo que importa a tal fin en este tipo de situaciones, es la realidad concreta de la relación de los interesados, algo que en el Asunto *Menesson* y en el Asunto *Labassee* se cumple a todas luces<sup>63</sup>.

**91.** Respecto al *derecho a la vida privada*, el TEDH señala que *el derecho a la identidad* forma parte integral del mismo. Así sucede con la filiación con la que se inscribe cada individuo. El respeto a la vida privada exige que cada persona pueda establecer los detalles de su identidad como ser humano. En este caso concreto, existe una relación directa entre la vida privada de los niños nacidos de una gestación por sustitución y la determinación jurídica de su filiación<sup>64</sup>.

**92.** Según los padres de intención, la negativa de las autoridades francesas de reconocer jurídicamente el vínculo familiar supone una injerencia en su derecho al respeto a la vida familiar. Como en los

<sup>63</sup> STEDH, de 26 de junio de 2014, Asunto *Menesson c. France*, punto 45 y Asunto *Labassee c. France*, punto 37.

<sup>64</sup> STEDH, de 26 de junio de 2014, Asunto *Menesson c. France*, punto 46 y Asunto *Labassee c. France*, punto 38.

Asuntos *Wagner et J.M.W.L c. Luxembourg y Negropontis-Giannis c. Grèce*, se produce una injerencia por parte de la autoridades estatales en el ejercicio del derecho garantizado por el art. 8 CEDH<sup>65</sup>.

**93.** Se trata de analizar, si tal injerencia está justificada. Algo que sucede cuando: a) está prevista por la ley y; b) se persiguen fines legítimos, siendo necesaria en una sociedad democrática para poder atenderlos (art. 8.2 CEDH). El término “necesidad” implica una injerencia fundada sobre una necesidad social imperiosa y, sobre todo, proporcional al fin legítimo perseguido<sup>66</sup>.

**94.** Según el TEDH, la injerencia de las autoridades francesas en tal caso está perfectamente prevista en la ley y es previsible para las partes<sup>67</sup>. Los fines que se persiguen son legítimos: la protección de la salud y la protección de los derechos y libertades de los individuos. La negativa en Francia de reconocer un vínculo de filiación entre los hijos nacidos en el extranjero de una gestación por sustitución y los padres de intención tiene por objeto desalentar a los ciudadanos a recurrir fuera el territorio nacional a una técnica de procreación que está prohibida en su territorio con el fin de proteger al menor y a la madre gestante<sup>68</sup>.

**95.** El margen de apreciación de los Estados para decidir lo que es “necesario en un sociedad democrática”, es muy amplio cuando sobre un determinado asunto no existe un consenso sobre el interés en juego y la forma de protegerlo, pero sobre todo cuando se derivan cuestiones morales o éticas delicadas del mismo. Pero por otro lado, cuando entra en juego un aspecto particularmente importante de la existencia o identidad del individuo, el margen de apreciación de los Estados, se restringe<sup>69</sup>.

**96.** En el caso de los contratos de gestación por sustitución concurren ambos elementos. De un lado, no existe consenso entre los Estados sobre su regulación pero al mismo tiempo está en juego un aspecto esencial de la identidad de los individuos que afecta a su filiación. Por tanto, en este caso concreto se ha de buscar un justo equilibrio entre los intereses de los Estados y aquellos de los individuos directamente afectados, y haciéndolo se debe tener en cuenta el *principio esencial del interés superior del menor*, según el cual, cada vez que está en juego la situación de un niño, el interés superior de éste ha de prevalecer<sup>70</sup>.

**97.** La *Cour de Cassation* haciendo uso del *orden público internacional* deniega la inscripción de las actas de nacimiento y filiación de los nacidos en el extranjero mediante gestación por sustitución por vulnerarse con ello principios esenciales del derecho francés, entre ellos el principio de indisponibilidad del estado civil. Hacer lo contrario, esto es, admitir la inscripción equivaldría a aceptar tácitamente que el derecho interno fuera derogado, poniéndose en entredicho la coherencia interna de la prohibición. Ahora bien, tal y como indica el TEDH, cuando se aplica la excepción de orden público internacional en tales supuestos, resulta necesario verificar si el juez estatal ha tenido debidamente en cuenta la necesidad de establecer un *justo equilibrio* entre los intereses colectivos y los intereses de los afectados, especialmente: el interés superior del menor y el ejercicio de un derecho fundamental como es el ejercicio del derecho a la vida privada y familiar<sup>71</sup>.

**98.** En este contexto, el TEDH estima que resulta absolutamente necesario distinguir entre el derecho de los demandantes a su vida familiar y de otra, el derecho de los hijos al respeto a su vida privada<sup>72</sup>.

<sup>65</sup> STEDH, de 26 de junio de 2014, Asunto *Mennesson c. France*, punto 49 y Asunto *Labassee c. France*, puntos 49-50.

<sup>66</sup> STEDH, de 26 de junio de 2014, Asunto *Mennesson c. France*, punto 50 y Asunto *Labassee c. France*, punto 51.

<sup>67</sup> STEDH, de 26 de junio de 2014, Asunto *Mennesson c. France*, puntos 57 y 58 y Asunto *Labassee c. France*, punto 52.

<sup>68</sup> STEDH, de 26 de junio de 2014, Asunto *Mennesson c. France*, punto 62 y Asunto *Labassee c. France*, punto 54.

<sup>69</sup> STEDH, de 26 de junio de 2014, Asunto *Mennesson c. France*, puntos 77 a 80 y Asunto *Labassee c. France*, puntos 56-58.

<sup>70</sup> STEDH, de 26 de junio de 2014, Asunto *Mennesson c. France*, punto 81 y Asunto *Labassee c. France*, punto 60.

<sup>71</sup> STEDH, de 26 de junio de 2014, Asunto *Mennesson c. France*, puntos 82-85 y Asunto *Labassee c. France*, punto 61-63

<sup>72</sup> STEDH, de 26 de junio de 2014, Asunto *Mennesson c. France*, punto 86 y Asunto *Labassee c. France*, punto 65.

**99.** En el primer supuesto, *-derecho de los demandantes a su vida familiar-*, el TEDH llega a la conclusión de que la negativa por parte de las autoridades francesas a inscribir el nacimiento y filiación de las menores, aunque implica una serie de consecuencias negativas para el día a día, no impide en ningún caso el establecimiento de una vida familiar<sup>73</sup>.

**100.** Respecto al *derecho a la vida privada de las menores*, el TEDH recuerda que “*el respeto de la vida privada exige que cada uno pueda establecer los detalles de su identidad como ser humano, algo que incluye su filiación, un aspecto esencial de la identidad del individuo está en juego desde el momento en que afecta a la filiación*”. Denegando el reconocimiento de efectos a la sentencia extranjera, se admite la filiación de los menores conforme al derecho de otro Estado pero, paradójicamente, en el foro se impide la condición de hijos con todas las consecuencias negativas que ello conlleva, –nacionalidad, efectos sucesorios, responsabilidad parental, etc.– Es esta contradicción, y los obstáculos que se derivan de ella, la que atenta contra la identidad de las personas, y hace que el Estado que deniega la inscripción de la filiación en tales casos, sobrepase el margen de apreciación que le está permitido (art. 8 CEDH)<sup>74</sup>.

## VIII. Conclusiones

**101.** El denominado “turismo procreativo internacional”, “turismo reproductivo internacional” o “*Cross-Border Reproductive Care*” se ha convertido en un fenómeno global en los últimos años. Muchos son los ciudadanos que escapando de las legislaciones restrictivas que en materia de TRA existen en sus Estados de origen, se trasladan a otros países con leyes más permisivas para poder ejercitar su “derechos procreativos” o “derechos reproductivos”, con vistas a crear una familia. La globalización, la movilidad de las personas, las nuevas tecnologías de la información y el avance de la medicina favorecen y, en cierta medida, fomentan el mismo.

**102.** Los principales problemas jurídicos surgen cuando además de acudir a otro Estado para acceder a una determinada TRA, aspecto éste común a todo “turismo sanitario”, se trata de determinar además la filiación de los nacidos mediante este tipo de técnicas conforme al Derecho del Estado receptor. Algo que sería imposible en el país de origen por estar prohibida o no regulada la TRA en cuestión. Este tipo de práctica, que no hace sino reflejar la imparable intromisión de la autonomía de la voluntad en el ámbito de las relaciones familiares, encuentra en la gestación por sustitución su máximo exponente.

**103.** Precisamente, esta modalidad de TRA, -no permitida por la legislación española (art. 10 LTRHA)-, ha convertido a nuestro país en un Estado de origen de turismo reproductivo. Los problemas jurídicos no se han hecho esperar. La Resolución DGRN de 18 febrero de 2009 afrontó por primera vez la delicada cuestión de la determinación de la filiación de los nacidos en el extranjero mediante gestación por sustitución. La solución ofrecida no fue, en su momento, pacífica: en ella se ordenaba inscribir el nacimiento y filiación de dos menores nacidos en EEUU mediante esta TRA, tal y como constaba en la certificación registral extranjera, -doble paternidad biológica-. Para ello, la DGRN hizo uso de todo el arsenal metodológico de DIPr. a su alcance, con un único fin: proteger el interés superior del menor como principio básico de nuestro ordenamiento jurídico, evitar las situaciones claudicantes y garantizar la continuidad de las relaciones privadas internacionales. La mencionada Resolución provocó una gran convulsión en la doctrina, tal vez porque el principio *mater semper certa est*, comenzaba a desquebrajarse. La Resolución DGRN fue impugnada por el Ministerio Fiscal en sede judicial, llegando hasta el TS que, por Sentencia de 6 de febrero de 2014, ha revocado la misma y ha ordenado anular la inscripción de los menores amparándose en “un orden público internacional”, mal entendido y peor aplicado. Opinión esta compartida por el voto particular con el que cuenta la misma decisión.

<sup>73</sup> STEDH, de 26 de junio de 2014, Asunto *Mennesson c. France*, puntos 87-94 y Asunto *Labassee c. France*, puntos 71-73.

<sup>74</sup> STEDH, de 26 de junio de 2014, Asunto *Mennesson c. France*, puntos 96-100 y Asunto *Labassee c. France*, puntos 75-79.

**104.** Desde la Resolución DGRN de 18 de febrero de 2009 hasta la STS de 6 de febrero de 2014, la determinación de la filiación de los nacidos en el extranjero mediante gestación por sustitución ha sido objeto de un tratamiento jurídico contradictorio por parte de las autoridades públicas españolas, incluida la propia DGRN. En los últimos años, en sede judicial hemos asistido no sin cierta perplejidad, -por cuanto está en juego el principio de igualdad y no discriminación ante la ley (art. 14 CE), el principio de seguridad jurídica y la protección que los poderes públicos han de garantizar al menor (art. 39 CE)-, como se ofrecían soluciones distintas a un mismo problema. Así, en la jurisdicción civil se denegaba el reconocimiento de efectos a los contratos de gestación por sustitución celebrados en el extranjero por ser contrarios al orden público internacional español y se consideraba que no se vulneraba el interés superior del menor ni su derecho al respeto a la vida privada y familiar, en el orden social, los tribunales españoles partiendo del mismo interés superior del menor, y recurriendo a la figura del “orden público internacional atenuado”, concedían prestaciones de maternidad o paternidad a los padres de intención, que en algunos casos, ya figuraban como padres legales en el Registro civil español por aplicación de la Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010. Instrucción que también ha generado jurisprudencia contradictoria en sede de *exequatur*.

**105.** La situación que se acaba de describir, y de la que ha sido objeto este trabajo exige una reforma legislativa tanto a nivel nacional como internacional<sup>75</sup>. Exigencia más acuciante tras la jurisprudencia del TEDH en el Asunto *Menesson c. France* y Asunto *Labassee c. Francia*. Mientras tanto, la solución no puede venir dada, como apunta el Ministerio de Justicia español, por un retorno a la Instrucción DGRN de 5 de octubre de 2010, y no lo es, no solo por todas las críticas que han sido expuestas en este trabajo con mayor o menor acierto, sino además porque en sí misma es discriminatoria con los nacidos en el extranjero mediante gestación por sustitución: excluye los supuestos de determinación de la filiación *ex lege*, -caso por ejemplo, de Rusia, Ucrania o la India-.

**106.** Si tuviéramos que decantarnos por un tratamiento jurídico acorde con la más reciente jurisprudencia del TEDH en esta materia, mientras llega la tan deseada y ansiada reforma legislativa en España, este no podría ser otro sino el otorgado por la Resolución DGRN de 18 de febrero de 2009 y por la doctrina asentada por los tribunales españoles del orden social. Ambos, acordes con la ponderación de intereses en juego, la protección del interés del menor, la continuidad de las relaciones privadas internacionales y la nueva función de cooperación que está llamado a desempeñar el Derecho internacional privado del Siglo XXI.

---

<sup>75</sup> La Conferencia de La Haya trabaja actualmente en la preparación de un convenio internacional sobre esta materia. *Vid.* [http://www.hcch.net/index\\_es.php?act=text.display&tid=178](http://www.hcch.net/index_es.php?act=text.display&tid=178).