

*Patricia Orejudo Prieto de los Mozos**

Maternidad subrogada en España: estado de la cuestión

Sumario

1. Introducción — 2. El *leading case*: respuestas dispares en los ámbitos registral y judicial — 3. Reconocimiento en sede registral: 3.1. Reconocimiento automático. 3.2 Condiciones para el reconocimiento — 4. Razones de los órganos jurisdiccionales para denegar el reconocimiento: 4.1. Sentencia del TS de 6 de febrero de 2013. 4.2. Auto del TS de 2 de febrero de 2015 — 5. Conclusiones.

Abstract

La situación en España en lo referente al reconocimiento de la filiación creada a través de maternidad de sustitución en el extranjero ha resultado incierta en los últimos años. Por una parte, en el ámbito registral se ha venido realizando tal reconocimiento, siempre que concuerden ciertas condiciones, entre las que destacaba que la filiación se hubiese conformado a través de decisión judicial y no por mero ministerio de la ley. Por otra parte, en el orden jurisdiccional se ha rechazado la práctica en una situación en concreto, que ha llegado hasta el propio TS. Esencialmente, los jueces y tribunales españoles que se han pronunciado sobre esta situación han considerado que el reconocimiento de la filiación conformada en el extranjero a través de maternidad subrogada resulta contrario al orden público español.

The situation in Spain as regards the recognition of parentage created abroad through surrogate motherhood is uncertain. On the one hand, such recognition is being performed by the civil registry authorities, provided that certain conditions are given, among which the existence of a judicial decision concerning the relationship: should the filiation had been established ex lege, it would not be registered. On the other hand, the Spanish courts have rejected the practice in a particular situation, considering that recognition of parentage made abroad through surrogacy is contrary to Spanish ordre public.

1. Introducción

España es uno de los países del mundo en los que la maternidad subrogada no puede tener lugar con los efectos legales que las partes pretenden cuando acuden a esta técnica de reproducción humana asistida (TRHA). El artículo 10 de la Ley 14/2006 sobre TRHA¹ dispone que “es nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero”; añade que “la filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto”; y deja a salvo “la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales”. Es también España, por

* Profesora de Derecho internacional privado. Universidad Complutense de Madrid.
Il contributo viene pubblicato in seguito a *referees* a doppio cieco.

1 Ley 14/2006 sobre técnicas de reproducción humana asistida, BOE núm. 126, 27-V-2006.

esta razón², Estado de origen de personas que acuden al llamado turismo reproductivo³, y que, con ello, al regresar a tal Estado suscitan la cuestión del reconocimiento de la filiación creada en el extranjero a través de maternidad de sustitución.

Aunque no faltan casos en los que se solicita el reconocimiento de la filiación creada a través de maternidad subrogada ante órganos jurisdiccionales⁴, lo más habitual en España es que tal reconocimiento se efectúe en sede registral.

Ciertamente, una vez nacen las/os niñas/os (o algún tiempo antes), los/las comitentes se desplazan al lugar (extranjero) del alumbramiento para hacerse cargo de ellas/os. Para regresar necesitan obtener cierta documentación para las/os hijas/os (pasaportes, por ejemplo), cuya expedición depende de la inscripción de su nacimiento en el Registro civil español. Por esta razón instan la práctica del correspondiente asiento ante el Encargo del registro civil consular, que se verá obligado a comprobar que los nacimientos afectan a personas de nacionalidad española, puesto que de no ser así no podrán ser inscritos, al ser hechos que han tenido lugar en el extranjero⁵. El reconocimiento de la filiación establecida con arreglo al Derecho extranjero tendrá que resolverse, entonces, con carácter previo a la determinación de la nacionalidad de las/os niñas/os, toda vez que sólo tendrán nacionalidad española si pueden ser considerados hijas/os de padre o madre españoles, conforme a lo dispuesto en el artículo 17.1 a) del Código civil español⁶.

Este reconocimiento de la relación de filiación es en la actualidad un asunto controvertido. A raíz de un caso acontecido hace algunos años, y probablemente aún pendiente de resolución definitiva⁷ (que se expone a continuación), se ha desarrollado en el ámbito registral (por tanto, en sede administrativa) una práctica favorable al reconocimiento, al menos en determinados supuestos, entre los que se encontraría la situación que se describe más abajo. Sin embargo, esta práctica es contraria a la que han propugnado

-
- 2 Y también, seguramente, porque el matrimonio en España es igualitario, de forma que también pueden contraerlo personas del mismo sexo, y a la maternidad subrogada recurren muchas parejas de hombres que, consolidada legalmente su relación, quieren acceder a la paternidad. Además, la precariedad en el empleo y la ausencia de facilidades para la procreación hacen de España uno de los países del mundo con una edad de maternidad más elevada. El retraso en la decisión de procrear comporta, en muchos casos, que las mujeres ya sean demasiado mayores, por lo que recurren a TRHA e incluso a la maternidad subrogada.
 - 3 El turismo procreativo es un tipo específico de turismo sanitario, en la medida en que responde fundamentalmente a que una determinada TRHA le está vetada en su Estado de origen a la persona que desea recibirla, ya porque el tratamiento esté prohibido con carácter general por consideraciones morales o porque no se estime lo suficientemente seguro para ser dispensado; ya porque no se proporcione en ese momento por falta de personal o de medios, o que se impida recibirlo a esa persona en particular por su edad, estado civil o preferencias sexuales: *vid.* G. Pennings, *Reproductive tourism as moral pluralism in motion*, en *Journal of Medical Ethics*, 2002, vol. 28, pp. 337-341, esp. p. 338. Pero es también una clase de turismo legal, ya que quien acude a él no sólo pretende recibir un tratamiento que facilite o posibilite la procreación, sino que además persigue crear un vínculo de filiación conforme al Derecho del Estado al que se desplaza que no se establecería con arreglo a la ley del Estado de origen.
 - 4 *Vid.*, por ejemplo, resolviendo sobre el *exequatur* de una resolución californiana en la que se establece la filiación, el Auto del JPI e Instrucción núm. 1 de Pozuelo de Alarcón (Madrid) de 25 de junio de 2012, *Westlaw Aranzadi AC\2013\281* y las Observaciones de P. Orejudo Prieto de los Mozos en *Anuario Español de Derecho internacional privado (AEDIPr)*, t. XII, 2012, pp. 893-895.
 - 5 La regla general sobre acceso de hechos al Registro civil español establece que “en el Registro constarán los hechos inscribibles que afectan a los españoles y los acaecidos en territorio español, aunque afecten a extranjeros” (art. 15.1 de la Ley de Registro Civil, de 8 de junio de 1957, *BOE* núm. 151, de 10 de junio de 1957, en adelante LRC), y añade que “En todo caso se inscribirán los hechos ocurridos fuera de España, cuando las correspondientes inscripciones deban servir de base a inscripciones exigidas por el derecho español” (art. 15.2 LRC). Hay excepciones a esta norma (en concreto, el art. 29 de la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción Internacional, *BOE* núm. 312, 29-XII-2007), pero no afectan a la materia específica que aquí se analiza. Interesa indicar que España cuenta con una nueva Ley de Registro Civil desde 2011 (Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil, *ibid.* núm. 175, de 27 de julio de 2011), pero esta Ley aún no se encuentra vigente: la fecha prevista para su entrada en vigor, tras sucesivas prórrogas, es el 30 de junio de 2017.
 - 6 Obsérvese que aunque este precepto permita tener en cuenta la descendencia física como un hecho suficiente para determinar la nacionalidad, pues no exige que las/os niñas/os sean “hijos de españoles”, sino “nacidos de padre o madre españoles” (el énfasis es mío), la generación de las/os hijas/os por parte de los comitentes en las situaciones de maternidad de sustitución no es evidente con carácter general, y resulta más que dudosa en situaciones, como la que se plantea en el caso que se describe a continuación, en la que ninguno de los promotores de la inscripción, ninguno de los progenitores, es una mujer española.
 - 7 El tema en España ya ha agotado todas las instancias jurisdiccionales, pero cabe aún que se plantee ante el TC y, posteriormente, en su caso, ante instancias supraestatales.

diversos órganos jurisdiccionales, incluido el Tribunal Supremo español, cuando han debido pronunciarse sobre ese caso en particular.

2. El *leading case*: respuestas dispares en los ámbitos registral y judicial

Una pareja de hombres españoles, residentes en Valencia y legalmente casados en España, acudió a la maternidad subrogada en San Diego, California. A resultas del contrato con la madre gestante y, lógicamente, del éxito de la fecundación y el embarazo, nacieron dos niños, que ya antes del parto fueron declarados hijos de ambos hombres con arreglo a una sentencia judicial de este Estado. El nacimiento, consecuentemente, fue inscrito en el Registro civil californiano. Con base en la certificación de este Registro los comitentes solicitaron al Encargado del Registro Consular español en California la inscripción del nacimiento de los niños, en tanto que hijos de españoles. A pesar de que la certificación registral extranjera no hacía ninguna indicación al respecto, resultó evidente el modo en que se había establecido esa filiación, pues los interesados eran dos hombres, y los niños no habían sido adoptados. El Encargado del Registro consular se opuso a la práctica del asiento con base en el artículo 10 de la Ley 14/2006. Pero el matrimonio valenciano recurrió la decisión y obtuvo una resolución favorable del órgano administrativo que decide sobre los recursos planteados frente a las decisiones de los Encargados del Registro civil, esto es, la Dirección General de los Registros y del Notariado (DGRN)⁸, que ordenó la inscripción del nacimiento de los niños en el Registro civil español.

El Ministerio Fiscal, sin embargo, recurrió la Resolución de la DGRN, y el órgano judicial competente, el Juzgado de Primera Instancia (JPI) núm. 15 de Valencia, por Sentencia de 15 de septiembre de 2010⁹ admitió el recurso y ordenó la cancelación del asiento. Apenas habían transcurrido unos días, la DGRN se dirigió a los registros con intención de facilitar el reconocimiento de la filiación creada a través de maternidad de sustitución, al menos en determinados supuestos. Dictó, así, una Instrucción (Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010¹⁰) que, tal y como avanzó gran parte de la doctrina española, sólo contribuiría a crear mayor incertidumbre e inseguridad¹¹. Mientras en sede administrativa se afir-

- 8 Resolución de 18 de febrero de 2009, *Westlaw Aranzadi* RJ 2009 / 1735, sobre esta decisión, *vid.*, entre otros, S. Álvarez González, *Efectos en España de la gestación por sustitución llevada a cabo en el extranjero*, en *AEDIPr*, t. X, 2010, pp. 339-377; A. Quiñones Escámez, *Doble filiación paterna de gemelos nacidos en el extranjero mediante maternidad subrogada*, en *InDret* 2009 / 3 (www.indret.com), e *id.*, *Nota a Res. DGRN de 18 de febrero de 2009*, en *REDI*, 2009, pp. 215-217; R. Bercovitz Rodríguez-Cano, *Hijos made in California*, en *Actualidad Civil*, 2009, *Westlaw Aranzadi*, 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*, en *InDret* 2010 / 1 (www.indret.com); J.C. Fernández Rozas y S. Sánchez Lorenzo, *Derecho internacional privado*, 8ª ed., Aranzadi, Cizur Menor, 2015, pp. 440-441; P. Orejudo Prieto de los Mozos, *Nota a Res. DGRN de 18 de febrero de 2009*, en *AEDIPr*, t. IX, 2009, pp. 1244-1252; *id.*, *Recognition in Spain of parentage created by surrogate motherhood*, en *Yearbook of Private International Law*, vol. 12, 2010, pp. 619-637; *id.*, *Reconocimiento en España de la filiación creada en el extranjero a través de una maternidad de sustitución*, en S. Navas Navarro (Dir.) y S. Camacho Clavijo y A. de Lama y Aymá (Coords.), *Iguales y Diferentes ante el Derecho privado*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012, pp. 465-516; y M. Requejo Isidro, *Spanish homosexual couple and surrogate pregnancy-II*, en <http://conflictoflaws.net/2009/spanish-homosexual-couple-and-surrogate-pregnancy-ii/>
- 9 *Vid.* al respecto S. Álvarez González, *Efectos en España de la gestación...*, *loc. cit.*, pp. 354-356; P. Orejudo Prieto de los Mozos, *Nota a JPI núm. 15 de Valencia, de 15 de septiembre de 2010*, in *AEDIPr*, t. X, 2010, pp. 1072-1078.
- 10 BOE núm. 243, 7-X-2010. El próximo apartado se analizan las condiciones que esta Instrucción dispone para el reconocimiento de la filiación creada a través de maternidad subrogada.
- 11 *Vid.* S. Álvarez González, *Efectos en España de la gestación*, *loc. cit.*, pp. 356-361; *id.* *Reconocimiento de la filiación derivada de gestación por sustitución*, en J. Forner Delaygua, C. Gonzalez Beilfuss y R. Viñas Farré (Coords.), *Entre Bruselas y La Haya. Estudios sobre la unificación internacional y regional del Derecho internacional privado. Liber amicorum Alegría Borrás*, Madrid, Marcial Pons, 2013, pp. 77-90; M. Guzmán Zapater, *Gestación por sustitución y nacimiento en el extranjero: hacia un modelo de regulación (sobre la Instrucción DGRN de 5 de octubre de 2010)*, en *AEDIPr*, t. X, 2010, pp. 731-743; *id.*, *Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010. El acceso al Registro español de los nacidos en el extranjero mediante gestación por sustitución*, en *El Notario del siglo XXI*, núm. 34, 2010, http://www.elnotario.com/egest/noticia.php?id=2430&seccion_ver=0; A.L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González, *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*, en *Cuadernos de Derecho Transnacional (CDT)*, vol. 3, núm. 1, 2011, pp. 247-262 (www.uc3m.es/cdt); A. Durán Ayago, *El acceso al Registro Civil de certificaciones registrales extranjeras a la luz de la Ley 20/2011: relevancia para los casos de filiación habida a través de gestación por sustitución*, en *AEDIPr*, t. XII, 2012, pp. 265-308; P. Orejudo Prieto de los Mozos, *Spain*, en K. Trimmings y P. Beaumont (Eds.), *International Surrogacy Agreements. Legal Regulation at the International Level*, Oxford/Portland Oregón, Hart Publishing, 2013, pp. 347-355; *id.*, *Nota*

maba la posibilidad de inscribir los nacimientos de menores a través de maternidad subrogada en el extranjero bajo unas determinadas condiciones, los órganos jurisdiccionales rechazaban esta posibilidad: la decisión del JPI de Valencia fue confirmada por Sentencia de la AP de Valencia (Sección 10ª) de 23 de noviembre de 2011¹², y esta, a su vez, por Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Primera, de lo Civil) núm. 835/2013, de 24 de marzo de 2014¹³. A raíz de las resoluciones del TEDH los asuntos *Menesson C. Francia y Labasse*¹⁴ c. *Francia y Paradiso y Campanelli c. Italia*¹⁵, los comitentes solicitaron la revisión de la sentencia del TS a la luz de estas resoluciones, pero este órgano ha rechazado la revisión, confirmando su doctrina por Auto núm. 335/2015, de 2 de febrero de 2015¹⁶.

A continuación se pondrá de relieve cuáles son las condiciones que la práctica administrativa aplica al reconocimiento registral de la filiación conformada en el extranjero a partir de maternidad subrogada (*infra*, epígrafe 3), y más adelante (*infra*, epígrafe 4), las razones alegadas por los tribunales españoles para rechazar tal reconocimiento.

3. Reconocimiento en sede registral

Como se ha indicado anteriormente, tras la sentencia del JPI de Valencia de 15 de septiembre de 2010, que ordenó la cancelación de la inscripción de los nacimientos de los niños nacidos en California como hijos del matrimonio valenciano, la DGRN dictó una Instrucción, de 5 de octubre de 2010, al efecto de disponer directrices para que los encargados del Registro civil español resolvieran (en su caso de forma favorable) sobre las solicitudes de inscripción de los nacimientos en el extranjero de las/os hijas/os de españoles que hayan nacido a través de maternidad subrogada¹⁷. Tras la Sentencia del TS de 6 de febrero de 2014, la DGRN habría confirmado la aplicabilidad de la Instrucción a través de la Circular de 11 de julio de 2014¹⁸.

En estas directrices, la DGRN dispone, en primer lugar (*vid.* Instrucción primera.1), que la inscripción de nacimientos en el extranjero de las/os hijas/os de españoles que hayan nacido a través de maternidad subrogada únicamente es factible si la filiación ha sido establecida a través de decisión judicial y ésta se presenta con la solicitud; y añade (*vid.* Instrucción segunda) que no es posible inscribir sobre la base de una certificación registral extranjera o de la declaración con certificación médica en la

la Instrucción de 5 de octubre de la DGRN sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución, en REDI, 2010, pp. 264-266.

12 Westlaw Aranzadi JUR 2011/420242.

13 *Vid.* Westlaw Aranzadi RJ 2014/833. Al respecto, *vid.* S. Álvarez González en Nota a STS (Sala de lo Civil) núm. 835/2013, de 6 de febrero, en REDI, 2014-2, pp. 273-277; M. Presno Linera y P. Jiménez Blanco, *Libertad, igualdad, ¿maternidad? La gestación por sustitución y su tratamiento en la jurisprudencia española y europea*, en *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 51, 2015, pp. 9-44; F.J. Jiménez Muñoz, *Denegación de la inscripción de la filiación determinada por la celebración de un contrato de gestación por sustitución. Comentario a la STS 835/2013, de 6 de febrero de 2014*, en *Rev. boliv. de Derecho*, núm. 18, julio 2014, pp. 400-419.

14 Sentencias de 26 de junio de 2014, *Requêtes* núm. 65192/11 (*Menesson c. Francia*, disponible en <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-145179>) y 95941/11 (*Labasse c. Francia*, disponible en <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-145180>).

15 Sentencia de 27 de enero de 2015, *Paradiso y Campanille c. Italia*, *Requête* núm. 25358/12, disponible en <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-150770>.

16 Sobre esta resolución en particular, *vid.*, entre otros, A. Durán Ayago, *Una encrucijada judicial y una reforma legal por hacer: la gestación por sustitución. A propósito del auto del Tribunal Supremo de 2 de febrero de 2015*, en *Bitácora Millennium DIPr*, disponible en www.millenniumdipr.com; P. de Miguel Asensio, *El nuevo Auto del Tribunal Supremo sobre gestación por sustitución y la evolución de la jurisprudencia europea*, en <http://pedrodemiguelasensio.blogspot.com.es/2015/03/el-nuevo-auto-del-tribunal-supremo.html>; C. Vaquero López, *La denegación de acceso al Registro Civil español de la filiación derivada de un contrato de gestación por sustitución a la luz de la jurisprudencia del TEDH: comentario del ATS de 2 de febrero de 2015*, en *Aranzadi Civil*, n° 982, 2015; A. Vela Sánchez, *Erre que erre: el Tribunal Supremo niega la inscripción de la filiación de los hijos nacidos de convenio de gestación por sustitución. A propósito del Auto del Tribunal Supremo de 2 de febrero de 2015*, en *Diario La Ley*, núm. 8600, de 8 de septiembre de 2015. La resolución se encuentra disponible en <http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&datas=ematch=TS&reference=7288332&links=&optimize=20150213&publicinterface=true>.

17 Como consecuencia de la aplicación de estas Instrucciones, son numerosos los casos en que los nacimientos en el extranjero de niñas/os nacidos a través de maternidad subrogada han tenido ya acceso al Registro civil español. *Vid.*, por ejemplo, entre muchas otras las Resoluciones (1ª) de 3 de mayo de 2012 y (5ª) de 6 de mayo de 2012, *BIMJ, Resoluciones de la DGRN (Registro Civil)*, 7 de marzo de 2012, pp. 4-11 y pp. 15-18 respectivamente.

18 Según indica repetidamente en sus publicaciones A. Vela Sánchez (*vid.*, por ejemplo, en *Erre que erre...*, *loc. cit.*).

que no conste la madre gestante. A continuación, la DGRN recuerda a los encargados del Registro que la resolución presentada, a fin de poder ser inscrita, ha de someterse a reconocimiento a título principal, esto es, a través del correspondiente procedimiento de *exequátur* (*vid.* Instrucción primera.2), salvo que se haya dictado en el extranjero en un procedimiento análogo a uno español de jurisdicción voluntaria (Instrucción primera.3). En este segundo caso, la resolución se reconocerá incidentalmente por el propio encargado del Registro, que comprobará que se dan las condiciones que la propia Instrucción dispone.

3.1. Reconocimiento automático

Así las cosas, comenzando por esta última cuestión, la DGRN recuerda a los Encargados que son competentes para efectuar el correspondiente reconocimiento de la decisión judicial extranjera cuando el procedimiento al que haya puesto fin sea equivalente a uno español de jurisdicción voluntaria y un convenio internacional no establezca lo contrario, lo que en la práctica constituye la gran mayoría de los casos. En definitiva, la DGRN instruye a los encargados del Registro civil para que sean ellos los que se pronuncien sobre el reconocimiento de la maternidad subrogada, con arreglo a las reglas que la propia DGRN elaborará (y que, como en seguida se pone de manifiesto, son claramente pro-reconocimiento) a fin de evitar que la cuestión llegue a los órganos jurisdiccionales (contrarios, recuérdese, al reconocimiento: *vid.* más detalladamente *infra*)¹⁹. Advierte, pues, que es posible el reconocimiento automático en sede registral de las resoluciones extranjeras en esta materia. Esta indicación no contaba con ningún sustento normativo en el momento en que se dictaron las Instrucciones: no existían normas reguladoras del reconocimiento de actos de jurisdicción voluntaria, y por ende no existía ninguna atribución competencial al respecto. No obstante, lo cierto es que el reconocimiento por la propia autoridad ante la que se quería hacer valer el acto constituía la práctica habitual²⁰, pero no se trataba de un reconocimiento procesal como el que propugnaba la DGRN, sino de un reconocimiento material²¹. Con arreglo a la referida práctica habitual, el encargado del Registro debía constatar que el documento público que contenía la resolución reunía los requisitos dispuestos en el ordenamiento español para hacer prueba plena en el proceso²² y que se habían cumplido las condiciones de validez del acto con arreglo a las normas de DIPr españolas. Obviamente, el reconocimiento material resultaría negativo en todos los casos en que hubiese que aplicar la ley española; y de ahí que la DGRN (buscando el *favor recognitionis*) invente reglas de reconocimiento procesal para este supuesto en particular (condiciones que se analizan a continuación). En la actualidad, sin embargo, sí existe una normativa específica sobre reconocimiento de los actos de jurisdicción voluntaria, con arreglo a la cual cabe reconocimiento registral automático de las decisiones y actos de jurisdicción voluntaria, con arreglo a los requisitos que la propia normativa dispone²³.

En consecuencia, desde que esta nueva regulación (la LJV) está en vigor, son las condiciones que esta Ley establece las que, en todo caso, habrán de aplicar los encargados del Registro cuando hayan de resolver sobre las solicitudes de inscripción de nacimientos en el extranjero de hijas/os de españolas/es concebidas/os a través de maternidad subrogada, cuando estas solicitudes se acompañen de resoluciones dictadas en procedimientos de jurisdicción voluntaria²⁴.

Pero antes de analizar estas condiciones, conviene recordar que en la Instrucción de 5 de octubre de 2010, la DGRN indica que no cabe efectuar la inscripción de otra forma que no sea presentando una resolución judicial extranjera. No sirve, pues, el modo más corriente en el que se efectúan las inscripcio-

19 Por esta razón, ya en su momento se puso de relieve las dificultades que la doctrina de la DGRN puede entrañar: el hecho de que pueda presentarse la solicitud de reconocimiento ante autoridades registrales no impedirá que la misma situación se plantee ante un órgano jurisdiccional, por ejemplo, por parte de la madre gestante, si revoca el consentimiento: *cf.* M. Guzmán Zapater, *Gestación por sustitución*, *loc. cit.*, p. 741.

20 *Vid.* J.C. Fernández Rozas y S. Sánchez Lorenzo, *Derecho internacional privado*, *op. cit.*, pp. 203-204.

21 *Ibidem.* Lo pone de manifiesto también S. Álvarez González en *Efectos en España*, *loc. cit.*, § 16. La nueva Ley reguladora de la jurisdicción voluntaria (Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, BOE núm. 158, de 3 de julio de 2015 en adelante, LJV) también establece un reconocimiento de este tipo para los documentos públicos extranjeros no dictados por autoridad judicial, cuando, entre las condiciones de reconocimiento establece: "Que el hecho o acto contenido en el documento sea válido conforme al ordenamiento designado por las normas españolas de Derecho internacional privado": *vid.* disposición adicional tercera, apartado c).

22 *Vid.* arts. 144 y 323 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, BOE núm. 7, de 8 de enero de 2000, corrección de errores *ibid.* núm. 90, de 14 de abril de 2000 e *ibid.* núm. 180, de 28 de julio de 2001 (en lo sucesivo LEC).

23 *Vid.* art. 12 LJV.

24 Al hilo de la exposición de las condiciones dictadas por la DGRN, se expondrán las modificaciones que comporta la nueva normativa.

nes de nacimientos, esto es, con base en la declaración del/la interesado/a y la correspondiente certificación médica; pero tampoco cabe inscripción cuando se presente una certificación registral extranjera. Que la primera vía esté cerrada se explica con facilidad en el sistema español²⁵, pero no es tan sencillo descartar la inscripción efectuada sobre la base de una certificación registral extranjera que acredite que, con arreglo a otro ordenamiento (por decisión de autoridad o *ex lege*), el nacido a través de esta técnica es hijo de españoles.

En efecto, no cabe duda de que si la filiación se ha declarado por decisión judicial, ésta precisa de reconocimiento previo²⁶. Pero no parece que la exigencia de decisión pueda sustentarse, como afirma la DGRN, en el artículo 10 LTRHA²⁷. Resulta casi provocador invocar la norma en esta sede, teniendo presente que es la que impide que se den supuestos legales de maternidad de sustitución en España. La exigencia de decisión quizás podría justificarse de *lege ferenda* en la conveniencia de que una autoridad haya verificado la concurrencia de las condiciones previstas en la ley extranjera, y con ello, el cumplimiento de ciertas garantías; pero con este razonamiento no casa que la DGRN disponga un control de fondo de la resolución judicial (como se expone *infra*). En todo caso, la filiación debería ser inscrita si la certificación extranjera que acredita el establecimiento de una filiación *ex lege* cumple con lo previsto en la normativa registral²⁸.

Finalmente, también interesa aclarar que con posterioridad a que la DGRN dictase estas instrucciones se aprobó la Ley de Cooperación Jurídica Internacional en material civil²⁹, con arreglo a la cual también cabe reconocimiento automático de las resoluciones contenciosas con carácter general y, en particular, en sede registral (art. 59 LCJIMC)³⁰.

3.2. Condiciones para el reconocimiento

En lo que respecta a la condiciones establecidas por la DGRN en su Instrucción de 5 de octubre de 2010, para resolver sobre el reconocimiento de la decisión extranjera que dispone la relación de filiación las/os comitentes y las/os niñas/os concebidas/os a partir de un contrato de maternidad subrogada, lo primero que cabe advertir es que tales condiciones fueron, sin duda, cuidadosamente elegidas para eludir ciertos inconvenientes u obstáculos al reconocimiento³¹: baste advertir que ni siquiera menciona el control del orden público sustantivo³². Sobre esta cuestión vuelvo más adelante.

La primera de las condiciones que la DGRN sí establece es la regularidad y autenticidad del documento que contiene el acto. Este requisito no plantea ningún inconveniente en este marco, pues se contiene con carácter general en la LEC (arts. 144 y 323), y en lo referido al ámbito registral en la normativa correspondiente (art. 59 LCJIMC, arts. 81 y 86-91 RRC).

La segunda condición para el reconocimiento que la DGRN dispone en su Instrucción de 5 de octubre de 2010 es “que el Tribunal de origen hubiera basado su competencia judicial internacional en crite-

25 Ya que en el Registro civil español no cabe inscripción de un nacimiento con parto anónimo. El TS en su Sentencia de 21 de septiembre de 1999 (RJ 1999/6944) declaró la inconstitucionalidad sobrevenida de las normas registrales que, por entonces, permitían que no constara la identidad de la madre biológica. No se permite inscribir un nacimiento a partir de la mera declaración de interesado si el parte médico no hace mención de la madre. En tal caso, la filiación no se habría determinado aún, y que a tal fin resultaría de aplicación la ley española (*ex art. 9.4 Cc*), toda vez que si los menores no fueran nacidos de español, y por tanto, españoles con arreglo al artículo 17.1 a) Cc, el nacimiento (que ha tenido lugar en el extranjero) no tendría acceso al RC español.

26 *Vid.* art. 83 RRC (Reglamento del Registro Civil de 14 de noviembre de 1958, BOE núm. 296, de 11 de diciembre de 1958, corrección de errores *ibid.*, núm. 18, de 21 de enero de 1959). A este respecto, la DGRN cambió de opinión, con respecto a su Resolución de 18 de febrero de 2009, tal y como advirtieron A. Quiñones Escámez, *Doble filiación paterna, loc. cit.; id., REDI*, 2009, pp. 215-217; y P. Orejudo Prieto de los Mozos, en *AEDIPr*, t. IX, 2009, pp. 1244-1252.

27 *Cf.* P. de Miguel Asensio, *La Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010*, entrada en blog: <http://pedrodemiguelasensio.blogspot.com/2010/10/la-instruccion-de-la-dgrn-de-5-de.html>

28 *Vid.* arts. 23 LRC y 81 y 85 RRC. Cuestión distinta es que sea difícil que concurren las condiciones que establecen estas normas.

29 Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en material civil, BOE, núm. 182, de 31 de julio de 2015, en adelante LCJIMC.

30 Esta disposición (el art. 59) en realidad no hace referencia expresa al Registro civil, pues existiría ya una regulación específica en los arts. 97 y 98 de la Ley 20/2011, pero, como se ha indicado, esta última norma aún no se encuentra vigente.

31 *Vid.* esta misma opinión en P. Jiménez Blanco, *Libertad, igualdad, ¿maternidad?...*, *loc. cit.* p. 27.

32 Como en su momento pusieron de relieve, entre otros, S. Álvarez González, *Efectos en España de la gestación, loc. cit.*, § 16, p. 369; P. de Miguel Asensio, *La Instrucción...*, *loc. cit.*; y M. Guzmán Zapater, *Gestación por sustitución, loc. cit.*, p. 734.

rios equivalentes a los contemplados en la legislación española". Así, esta condición en realidad hubiera podido obstaculizar el reconocimiento, teniendo en cuenta la práctica predominante en el momento en que dictaron estas directrices, con arreglo a la cual se imponía constatar que existía un vínculo suficiente con el Estado de origen *que excluyera el fraude*³³. Ciertamente, entre los órganos jurisdiccionales que se pronuncian sobre la filiación en los supuestos de maternidad subrogada y la situación existen, como regla general, vínculos evidentes: suelen ser los tribunales del Estado donde tiene su residencia habitual (y probablemente también la nacionalidad) la madre gestante; donde se firma el contrato de gestación por sustitución; donde se realizan las TRHA que permiten el embarazo; y donde nacen las/los niñas/os. Por esta razón, resultaría extraño que el control de competencia no se supere, en el caso en concreto, con arreglo a la nueva LJV³⁴. Pero, como antes indicaba, lo que los órganos jurisdiccionales y las autoridades registrales venían exigiendo, en ausencia de una norma expresa sobre control de la competencia judicial internacional en España, era proximidad de la situación con el Estado de origen y descarte del fraude. Y que las partes no acudan al extranjero para constituir la filiación a través de la gestación de sustitución en un claro intento de eludir la prohibición española creo que es algo que no puede sostenerse, al menos en términos muy generales³⁵.

En tercer lugar, la DGRN establece un control de la garantía de los derechos procesales, en particular de la madre gestante. Este requisito por lo general no planteará problemas, esto es, no obstaculizará el reconocimiento en sede registral, ya que si el procedimiento en el Estado extranjero es "equivalente" a uno de jurisdicción voluntaria española (recuérdese que, de lo contrario, el reconocimiento, en el momento en que se dictaron las Instrucciones, debía realizarse por los órganos jurisdiccionales españoles), es de suponer que no habrá habido partes enfrentadas; que en el proceso de origen habrá comparecido la madre gestante, como condición para el establecimiento de la filiación por parte del órgano jurisdiccional de origen.

En relación con esta intervención de la madre gestante, y en cuarto lugar, como antes se avanzó, se dispone un control de fondo de la resolución, que impone comprobar aspectos que cabe presumir que la autoridad extranjera ya verificó, referentes a la capacidad de la madre y al consentimiento emitido por ésta.

Por último, además de la firmeza de la resolución, en relación con el consentimiento, se exige, también como condición propia (aunque común con la adopción extranjera), que sea irrevocable o que haya transcurrido el plazo de ejercicio de la facultad de revocación por la madre.

Como se indicó anteriormente, estas condiciones tendrían que entenderse desplazadas por las previstas en la LJV³⁶. No creo posible que en lo sucesivo quepa obviar que la contrariedad del reconocimiento de una decisión o un acto con el orden público obliga a la denegación de dicho reconocimiento también en sede registral (*vid.* art. 12.3 c) LJV). De otra forma expuesto: los Encargados del registro han de denegar la inscripción del acto si los efectos del reconocimiento son manifiestamente contrarios al orden público español. Ya se verá si, a estos efectos, en el ámbito registral se asumirá el concepto de orden público que los órganos jurisdiccionales, y señaladamente el TS, han manejado (*vid. infra*, siguiente apartado), y, por consiguiente, se denegarán en lo sucesivo las inscripciones, o si, por el contrario, la práctica se mantendrá, a través de la aplicación de una noción diferente del orden público.

33 El sistema español de reconocimiento carecía de normas de competencia judicial indirecta en la normativa estatal. Sin embargo, el control de este requisito se consideraba obligado por una práctica jurisprudencial constante, que tras descartar que en la materia existiesen competencias exclusivas de los órganos jurisdiccionales españoles, buscaba criterios de proximidad de la situación con el Estado de origen, pero también obligaba a descartar que las partes hubiesen acudido a tribunales extranjeros de forma fraudulenta. *Vid.* P. Orejudo Prieto de los Mozos, *Tratamiento procesal del reconocimiento de resoluciones extranjeras en la práctica de las autoridades españolas*, en *Revista Electrónica de Estudios Internacionales (REEI)*, núm. 16, 2008 (disponible en <http://www.reei.org> y en <http://eprints.ucm.es/27869/1/Tratamiento%20procesal%20del%20reconocimiento.pdf>).

34 Establece el art. 12.3 a) LJV que se denegará el reconocimiento si "el acto hubiera sido acordado por autoridad extranjera manifiestamente incompetente. Se considerará que la autoridad extranjera es competente si el supuesto presenta vínculos fundados con el Estado extranjero cuyas autoridades han otorgado dicho acto. Se considerará, en todo caso, que las autoridades extranjeras son manifiestamente incompetentes cuando el supuesto afecte a una materia cuya competencia exclusiva corresponda a los órganos jurisdiccionales o autoridades españolas". La LCJIMC, por su parte, establece un control de la competencia en términos similares en su art. 46.1 c).

35 En el mismo sentido, P. Jiménez Blanco en *Libertad, igualdad, ¿maternidad?...*, *loc. cit.*, p. 28. Cabría, claro está, que en un supuesto particular se haya constituido la filiación en un país extranjero, porque los comitentes, aún siendo de nacionalidad española, residan en ese Estado. En este caso, esto es, si no se ha producido lo que antes se caracterizó como "turismo reproductivo", tampoco con arreglo a la práctica jurisprudencial previa (*vid. supra*, nota 33) habría motivos para oponerse al reconocimiento de la resolución extranjera con base en el control de la competencia judicial indirecta.

36 A lo sumo, cabría seguir aplicando ciertas condiciones específicas de la Instrucción de 5 de octubre de 2010 (control de consentimiento materno, irrevocabilidad), en tanto que *lex specialis*.

4. Razones de los órganos jurisdiccionales para denegar el reconocimiento

Como ya se adelantó, la pretensión de los comitentes en el *leading case*, que no era otra que ser reconocidos, *ambos*, como padres de los niños nacidos en California, no ha sido amparada hasta la fecha. Tras la impugnación por el Ministerio Fiscal de la inscripción practicada, todos los órganos jurisdiccionales ante los que se ha ventilado el asunto se han pronunciado en contra del reconocimiento de la resolución extranjera en los términos en los que ésta se dictó. En este trabajo, me limitaré a analizar las razones esgrimidas por el TS: primero, para denegar el recurso de casación interpuesto por los comitentes frente a la Sentencia de la AP de Valencia (Sección 10^a) de 23 de noviembre de 2011 por medio de su Sentencia de 6 de febrero de 2013; y, en segundo lugar, para inadmitir también el incidente de nulidad de actuaciones presentado frente a esta última resolución, como consecuencia de las resoluciones dictadas por el TEDH en los asuntos *Menesson C. Francia y Labasse c. Francia y Paradiso y Campanelli c. Italia*.

4.1. Sentencia del TS de 6 de febrero de 2013

Los motivos que esgrimieron los comitentes ante el TS para recurrir la decisión de la AP de Valencia fueron tres: el primero, que no permitir la inscripción en el Registro civil español de la filiación por naturaleza de los niños nacidos en California a favor de dos varones resulta discriminatorio; el segundo, que denegar el reconocimiento de la filiación resulta contrario al interés del menor; y el tercero, que dicho reconocimiento no resulta contrario al orden público español. El TS, sin embargo, considera que sí existe contrariedad con el orden público español, y descarta las alegaciones de discriminación y vulneración del interés superior del menor.

La denuncia de discriminación por razón de sexo se basa fundamentalmente en el hecho de que dos mujeres sí pueden reconocidas en España como madres por naturaleza de las/os mismas/os niñas/os. Concretamente ocurre en el caso en el que la madre gestante esté casada con otra mujer, la cual antes del alumbramiento puede comparecer ante el Encargado del Registro civil para consentir a que se establezca la filiación de las/os hijas/os de su cónyuge también en relación con ella³⁷. Al respecto, indica el Tribunal Supremo, no sin razón, que los supuestos son diferentes, si bien la motivación que aporta después resulta en exceso parca: se limita a indicar que dicha diferencia se produce “por razones evidentes”. No hubiera estado de más una explicación más prolija. En este caso, la maternidad de la esposa de la mujer que da a luz es social: tanto como la paternidad del marido de cualquier mujer que da a luz. A este respecto, es cierto que la atribución de la paternidad se basa, cuando no se ha empleado ninguna técnica de RHA para la concepción, en una presunción que no es extensible a la primera; pero también lo es que no sólo se considera padre al esposo de la mujer que alumbró (siempre y cuando aquél consienta) un/a niño/a engendrado/a a partir de una técnica de RHA por infertilidad del hombre (a través de la aportación de esperma por parte de un donante anónimo), sino que, además, no se permitirá impugnar esa paternidad ni a la madre ni a ninguno de los “padres”, esto es, ni al donante ni al marido³⁸. En todo caso, la clave del Derecho español radica en que no sólo tiene que haber una madre, sino que ésta debe quedar determinada por el parto, pues lo que se entiende contrario a la Constitución española es que la madre pueda hacer desaparecer su identidad del parte de nacimiento o del registro³⁹. No parece, pues, que haya discriminación en el hecho de que no sea obligado que siempre haya un padre, desde el momento en el que la diferencia de trato se justifica en un hecho tan natural como la posibilidad de gestar y parir.

37 Así lo recuerda la STS de 6 de febrero de 2013 en su FD Cuarto, cuando invoca el art. 7.3 LTRHA, que establece que “cuando la mujer estuviere casada, y no separada legalmente o de hecho, con otra mujer, esta última podrá manifestar ante el Encargado del Registro Civil del domicilio conyugal, que consiente en que cuando nazca el hijo de su cónyuge, se determine a su favor la filiación respecto del nacido”.

38 Vid. art. 8.1 LTRHA.

39 Vid. STS de 21 de septiembre de 1999, *Westlaw Aranzadi RJ 1999/6944* y, sobre la doctrina jurisprudencial derivada de esta sentencia, F. Rivero Fernández *La constitucionalidad del anonimato del donante de gametos y el derecho de la persona al conocimiento de su origen biológico (de la S.T.C. 116/1999, de 17 de junio, al affaire Odièvre)*, en *Revista Jurídica de Cataluña*, 2004, pp. 105-134. Crítico con la normativa española, R. Durán Rivacova, *El anonimato del progenitor*, en *Actualidad Civil*, núm. 1, 2004, pp. 2081-2120 (trabajo consultado en *Westlaw Aranzadi: BIJ 2004/332*). Vid. también, entre otros, M. Ballesteros de los Ríos, *Reclamación de filiación materna frustrada por no ser practicada la prueba biológica esencial y adopción declarada nula por asentimiento prestado con antelación al parto (Comentario a la STS de 21 de septiembre de 1999)*, en *Revista de Procedimiento Civil*, núm. 13, 1999, pp. 37-79; y A. Nieto Alonso, *Reproducción asistida y anonimato de los progenitores*, en *Actualidad Civil*, núm. 16, 2004, pp. 2309-2336 (*Westlaw Aranzadi*, 2004/1745).

Cuestión distinta es que en la práctica cabe la posibilidad de que se inscriba el nacimiento de las/os hijas/os nacidas/os por maternidad subrogada cuando al menos uno de comitentes es una mujer. Es posible, en efecto, que se presente una certificación registral extranjera como título para el asiento español, que se limite a acreditar que (al menos) esa mujer es la madre de los recién nacidos. La autoridad española, en este caso, es posible que no tenga conocimiento de la particular forma en que se generaron, gestaron y alumbraron los hijos. El nacimiento sería inscrito en el Registro Civil español, a partir de la certificación registral extranjera, porque no habría (y siempre que no concurrieran, por otra razón) dudas de la realidad del hecho inscrito y de su legalidad conforme a la Ley española (art. 23.II LRC). La inscripción se practicaría en la errada idea de que esa mujer, la comitente y promotora de la inscripción, ha dado a luz en el extranjero. La ocultación de datos, por tanto, conduciría a que no se plantease ningún problema de reconocimiento, porque la autoridad española, para inscribir el hecho (el nacimiento), no tendría que verificar ningún vínculo de filiación ya conformado: se limitaría a realizar el asiento a partir de la consideración de que la concepción y el parto se han realizado por una española. Las/o niñas/os serían, de esta forma, españoles de origen en tanto que “hijos nacidos de española”, con independencia de cualquier otra circunstancia, como la nacionalidad del otro progenitor. Pero del hecho de que pueda haber supuestos en que no se planteen problemas de reconocimiento no cabe derivar que en el ámbito registral sea posible solucionar los problemas de la maternidad de sustitución al margen del método de reconocimiento. Lo que ocurre, en puridad, es que el desconocimiento de la situación por parte de la autoridad española le impide resolver el problema correctamente. Cuando se ha acudido a técnicas de RHA, la generación de las/os hijas/os y la atribución legal de la filiación no siempre guardan relación. Cuando los comitentes son dos hombres, resulta imposible que ambos hayan generado a los dos niños sin intervención alguna de una mujer; es, sin duda, a esta cuestión a la que el TS se refiere cuando apunta a que los supuestos son distintos.

El segundo motivo de casación, esto es, que privar de su filiación a los menores vulnera el principio del interés superior del menor, se justifica por los recurrentes en tres motivos: el primero, que perjudica a su posición jurídica y les deja desprotegidos; el segundo, que lo mejor para los niños es que los comitentes sean reconocidos como progenitores por naturaleza, ya que la madre se limitó a cumplir con las obligaciones derivadas del contrato de gestación por sustitución; el tercero, que los menores tienen derecho a una identidad única.

Al respecto, indica el TS, sintéticamente⁴⁰, que el principio del interés superior del menor no puede conducir a adoptar una suerte de “doctrina de aceptación de hechos consumados”⁴¹. Identificar el interés del menor con el reconocimiento de la filiación, llevado a sus últimas consecuencias, conduciría a no poder denegar la inscripción de ninguna filiación (natural o adoptiva) constituida ante autoridad extranjera, por ninguno de los motivos que justificarían tal denegación. Alega el Tribunal que, al valorar el interés superior del menor también es necesario atender a otros bienes jurídicos que es preciso ponderar en la situación: sustancialmente a la dignidad e integridad de las madres gestantes (que pueden ser explotadas, al encontrarse en estado de necesidad) y a la dignidad de los menores, que con los contratos

40 Me limitaré, en este punto, a indicar las principales razones esgrimidas por el TS para rechazar el recurso en este punto.

41 Así, indica en el FD Quinto.5 que la aceptación de los argumentos de los recurrentes “debería llevar a admitir la determinación de la filiación a favor de personas de países desarrollados, en buena situación económica, que hubieran conseguido la fuera entregado un niño procedente de familias desestructuradas o de entornos problemáticos de zonas depauperadas, cualquiera que hubiera sido el medio por el que lo hubieran conseguido, puesto que el interés superior del menor justificaría su integración en una familia en buena posición y que estuviera interesada en el él. La invocación discriminada del “interés del menor” serviría de este modo para hacer tabla rasa de cualquier vulneración de los demás bienes jurídicos tomados en consideración por el ordenamiento jurídico nacional e internacional que se hubiera producido para situar al menor en el ámbito de esas personas acomodadas”. Resulta crítica con esta argumentación P. Jiménez Blanco, en *Libertad, igualdad, ¿maternidad?...*, loc. cit., p. 30, donde afirma que “no son comparables ni las intenciones de política legislativa presentes en las regulaciones de lugares tan diversos como California o la India, ni los perfiles de las mujeres que puedan aceptar ser gestantes, ni las condiciones o garantías que rodeen todo el proceso en el Estado de origen”. Ciertamente, no le falta razón cuando apunta a que no cabe hablar de países exportadores (pobres) e importadores (ricos), pero por el hecho de que las condiciones de un país (e incluso las garantías que él se establecen) no son idénticas para todas las personas que lo habitan. Es un hecho que existen enormes bolsas de pobreza en el denominado Primer Mundo, que sin duda son las que proporcionan a la mayor parte de las mujeres dispuestas a ser madres gestantes en prácticas de maternidad subrogada. Tampoco me parece convincente esgrimir, a favor de la práctica, que “la tendencia en el Derecho comparado” sea admitirla y regularla. Más bien cae en la falacia del argumento *ad populum*. Lo que la generalización de la práctica podría denotar es que la mayor parte de los sistemas jurídicos se pliegan a la mercantilización de cualquier bien: incluso (en algunos casos) de los niños y el cuerpo de las mujeres. Ello no obsta a que coincida con la autora (*ibidem*) en que la motivación del TS no resulta aplicable sin matices a la situación en concreto. Y que el control que realiza es antes un control de orden público *in abstracto*, y no en el caso en concreto, como debiera. *Vid. infra*.

de gestación por sustitución pueden ser objeto de mercantilización y cosificación⁴². Y apunta, para negar el argumento de la desprotección de los niños en la situación en particular, que el ordenamiento jurídico español no carece de cauces para garantizar los derechos de los menores, tanto en lo que respecta al establecimiento de la filiación como en las relaciones entre el matrimonio y los niños. Así, indica, en lo que al vínculo de filiación respecta, que progenitor que haya aportado gametos (para la conformación del embrión) puede reclamar su paternidad en ejercicio de la acción a que hace referencia el artículo 10.3 de la LTRHA; y al otro cónyuge le está permitido adoptar a los menores. Además, en lo tocante a las relaciones respecta, añade el TS que dado que los niños tienen tales “relaciones familiares *de facto* con los recurrentes () se debe permitir el desarrollo y la protección de estos vínculos” a través de figuras jurídicas como el acogimiento familiar (F.D. Quinto.11 de la Sentencia).

Las razones por las que el TS entiende que la inscripción de la filiación conformada en California resulta contraria al orden público español, frente a lo que los recurrentes alegan, no resultan convincentes. Al respecto, es preciso aclarar que el TS no se pronuncia sobre la posible vulneración del orden público del reconocimiento de la sentencia californiana por la que se dispuso la filiación con carácter previo al parto, sino al modo en que interviene dicho orden público en el marco de la (oposición a) la práctica de la inscripción con arreglo a la certificación registral extranjera⁴³. Afirma implícitamente el TS, con ello, que el orden público se proyecta de igual forma cualquiera que sea el ámbito en el que actúa.

Recuerda en este contexto el TS que son los derechos fundamentales y los principios constitucionales recogidos en el Título I de la Constitución los que integran el orden público español (*vid.* FD Tercero.5 y 6 de la Sentencia); pero no analiza en qué aspectos se ven estos derechos y principios vulnerados por el reconocimiento de la filiación. El TS se limita a afirmar que el orden público también se ve reflejado en la LTRHA, en la medida en que esta norma materializa la protección que de esos principios realiza esta norma, que “*regula aspectos esenciales de las relaciones familiares, en concreto de la filiación, inspirada en los valores constitucionales de dignidad de la personas, respeto a su integridad y protección de la infancia*” (*vid.* FD Tercero.10 de la Sentencia)⁴⁴. En el marco del análisis del orden público, el TS hace referencia a la posibilidad de atenuar sus efectos cuando la debilidad de los vínculos de la situación con el ordenamiento español lo aconseje, pero descarta la aplicación de este expediente en el asunto en concreto, habida cuenta de la intensidad de dichos vínculos, concretados en la nacionalidad española y la residencia de los comitentes en España en el momento en el que acudieron a la maternidad subrogada (FD Tercero.7 de la Sentencia).

Interesa, finalmente, advertir, que a la Sentencia la acompaña un Voto particular suscrito por varios magistrados que mantienen una posición contraria a la mayoría⁴⁵.

4.2. Auto del TS de 2 de febrero de 2015

Tampoco los comitentes lograron que el Tribunal Supremo español reconsiderara su negativa a la inscripción de los nacimientos de los menores a través del recurso de nulidad de actuaciones que presentaron frente a la Sentencia de 6 de febrero de 2014. El TS desestima el incidente por Auto de 2 de febrero de 2015, rechazando las alegaciones de vulneración de derechos fundamentales por parte de la Sentencia previa y negando que las situaciones que originaron las sentencias del TEDH en los Asuntos *Menesson c. Francia y Labasse c. Francia* y *Paradiso y Campanelli c. Italia*⁴⁶, y, en consecuencia, lo decidido por el TEDH en estas resoluciones se proyecte sobre la situación sobre la que resuelve el TS⁴⁷.

En lo que respecta a la alegada infracción de derechos fundamentales⁴⁸, el TS indica que la Sentencia de 6 de febrero de 2014 no produce ni vulneración del derecho a la igualdad sin sufrir discriminación,

42 Como antes se indicaba, en este punto el TS no analiza de forma adecuada la proyección del orden público, dado que no lo hace sobre situación en particular, sino en relación con la práctica en general. *Vid.* P. Jiménez Blanco, en *Libertad, igualdad, ¿maternidad?*, *loc. cit.* p. 30.

43 Ya que en el proceso los recurrentes nada habrían alegado sobre si debía reconocerse la sentencia o bastaba la certificación registral extranjera para que accediera el hecho en ella contenido al Registro civil: *vid.* FD Tercero.2 y 3 de la Sentencia.

44 Esta integración de lo dispuesto en la LTRHA en el orden público español es cuestionada (con acierto, a mi juicio), por S. Álvarez González en *Nota a STS (Sala de lo Civil) núm. 835/2013, de 6 de febrero, loc. cit.* p. 275; y P. Jiménez Blanco, en *Libertad, igualdad, ¿maternidad?*, *loc. cit.*, p. 30.

45 Al respecto, S. Álvarez González, *Nota a STS (Sala de lo Civil) núm. 835/2013, de 6 de febrero, loc. cit.*, pp. 276-277.

46 Sentencias citadas *supra*, notas 14 y 15.

47 *Vid.* las referencias indicadas en nota 16.

48 Me limito a analizar las que están estrechamente vinculadas con el reconocimiento de la filiación. No obstante, nótese que también se alegó vulneración de la tutela judicial efectiva. Esgrimían los promotores del incidente, a este respecto, en primer

ni vulneración del derecho a la intimidad familiar. Resumidamente, el Tribunal entiende que el sexo u orientación sexual de la pareja en nada incide en la negativa al reconocimiento de la filiación conformada a través de maternidad subrogada (FD Cuarto); y que de la resolución recurrida, más bien, lo que deriva es un reconocimiento de la necesidad de dar protección jurídica a la situación conformada, de forma que se permita la integración de los menores en la familia (FD Quinto). No existiría, por tanto, tal vulneración del derecho a la intimidad familiar.

Este último derecho interesa en relación con la valoración de la adecuación de la Sentencia de 6 de febrero de 2014 a la jurisprudencia del TEDH relativa a casos de maternidad subrogada, dado que también el TEDH negó que hubiese vulneración del derecho a la intimidad familiar en los Asuntos *Menesson y Labasse*. En ambos casos, las niñas nacidas a través de la práctica en California y Minnesota respectivamente, fueron trasladadas a Francia, donde residían con sus progenitoras y progenitores, de nacionalidad francesa. No se consideró, habida cuenta de la realidad de esa situación, que existiera impedimento a tal vida familiar. Lo que el TEDH consideró es que el Derecho francés resultaba contrario al respeto a la vida privada garantizado por el artículo 8 del CEDH, dado que no permitía de ninguna manera el establecimiento de vínculos de filiación entre las/os comitentes y las niñas. No cabía, conforme a lo establecido por el Tribunal de Casación francés, ni establecimiento de la filiación por partes de las/os comitentes genéticamente vinculada/os a las niñas⁴⁹, ni constitución de una adopción, ni atención a la posesión de estado. Nada. La aplicación de la máxima *fraus omnia corrumpit* que el Tribunal francés realiza condena, ciertamente, a las menores a un limbo jurídico, y las priva de la determinación de la filiación siquiera con relación (al menos) al comitente o la comitente que aportó material genético, con todo lo que ello comporta (privación de nacionalidad francesa, derecho a la sucesión, etc.)

Así las cosas, el TS descarta reconsiderar su posición en el asunto en concreto, porque considera que el Derecho español se diferencia sustancialmente de la solución dada por la *Cour de Cassation*, que es la que el TEDH considera contraria al artículo 8 del CEDH. En Francia, los matrimonios *Menesson y Labasse* habían solicitado todas esas formas de determinación de la filiación (determinación respecto de las/os biológicas/os, posesión de estado, adopción) que se prevén en el ordenamiento español — al menos la determinación con respecto al progenitor biológico y la adopción por parte del otro-, y que los comitentes valencianos rechazan⁵⁰.

5. Conclusiones

Por sorprendente que pueda parecer, el hecho de que el TS español declarase (con relativo acierto) que el reconocimiento de la maternidad subrogada conformada en el extranjero resulta contrario al orden público español, no ha impedido que las autoridades registrales siguieran practicando inscripciones de nacimientos de las niñas y niños nacidas/os a través de esta práctica, cuando concurrían determinadas condiciones.

Esta situación resultaba anómala e indeseable desde el punto de vista de la seguridad jurídica. Las inscripciones registrales permitían, en condiciones normales, que las/os comitentes fueran considera-

lugar, que se había producido una errónea valoración de la prueba, en la medida en que la Sentencia, a su juicio, aceptaba como probados hechos, como por ejemplo, que se hubiera acudido a maternidad subrogada, sobre los que no se había practicado ninguna prueba. El TS responde, a este respecto, que no obran de buena fe al invocar este motivo, pues nunca cuestionaron estos hechos, y la disponibilidad de la prueba estaba enteramente en sus manos. A este respecto, descarta que puedan aprobar en este estadio del procedimiento las pruebas que, a decir de los promotores del incidente, probarían que sí existían vínculos sustantivos con California en el momento en que nacieron los menores. En segundo lugar, según los promotores la Sentencia sería incongruente, en la medida en que entró a decidir sobre las consecuencias de la ilicitud en España de la maternidad subrogada, cuando lo que se ventilaba era una cuestión meramente registral. Al respecto, responde el TS que la cuestión registral debía resolverse analizando la legalidad del hecho que contenía la certificación, *ex art. 23 LRC*.

49 Obsérvese que en el asunto *Menesson*, Sylvie y Dominique Menesson acudieron a la maternidad subrogada en California al descubrir que la mujer no tenía útero, pero sí óvulos sanos. La gestante californiana fue implantada con embriones formados a partir de óvulos de la mujer, fecundados por su marido. Las niñas, por consiguiente, son biológicamente hijas de ambos.

50 El TS advierte que “() los promotores del incidente deben ser conscientes de que la filiación de los menores podía haber sido ya fijada definitivamente, o estar muy avanzado el proceso para fijarla, si se hubiera dado cumplimiento a lo acordado en nuestra sentencia. De acuerdo con lo expuesto por el Ministerio Fiscal en el último escrito presentado en el incidente, los promotores del incidentes no solo no han ejercitado las acciones de reclamación de la filiación biológica paterna, sino que ni siquiera están prestando su colaboración al Ministerio Fiscal para que la filiación sea fijada del modo previsto en nuestro Derecho, y acordada en la sentencia”: FD Sexto.12 *in fine*.

das/os madres y padres de las/os menores a todos los efectos. Pero estas inscripciones, las relaciones de filiación que de hecho aún acreditan, pueden ser impugnadas judicialmente en cualquier momento, con el resultado conocido.

Desde la entrada en vigor de la Ley de Jurisdicción Voluntaria (LJV), cuando las solicitudes se acompañen de resoluciones dictadas en procedimientos de jurisdicción voluntaria en el extranjero, las condiciones que en su momento dispuso la Instrucción de la DGRN deben entenderse desplazadas por las que establece el artículo 12 LJV. Y este desplazamiento debería comportar un cambio en la práctica registral, ya que ahora resulta ineludible (las normas aplicables no lo omiten) controlar el orden público. Si las autoridades registrales asumen la doctrina del TS en relación con la proyección del orden público en esta materia, deberían denegar las inscripciones. Pero quizás veamos que en lo sucesivo los encargados del Registro manejan un concepto de orden público que les permite mantenerse en su práctica a favor de la inscripción. Lo que no cabe esperar es que cambie en lo que respecta a la negativa de reconocimiento de las certificaciones registral extranjeras que no se acompañen de resolución, esto es, aquellas que acreditan filiaciones inscritas en el extranjero y conformadas *ex lege*.