

“Reconocimiento en España de la filiación creada en el extranjero a través de una maternidad de sustitución”

Patricia Orejudo Prieto de los Mozos\*

Publicado en *Iguals y Diferentes ante el Derecho privado*. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 465-516.

\* Profesora Titular de Derecho internacional privado  
Facultad de Derecho  
Universidad Complutense de Madrid

patricia.orejudo@der.ucm.es

Trabajo depositado en el archivo institucional *E-Prints Complutense*  
<http://eprints.ucm.es>

Reconocimiento en España de la filiación creada en el extranjero a través de una maternidad de sustitución

**Patricia OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS**  
**Profesora Titular de Derecho internacional privado**  
**Universidad Complutense de Madrid**

I. INTRODUCCIÓN: 1. El turismo procreativo. 2. La maternidad de sustitución. II. ASPECTOS METODOLÓGICOS: 1. Reconocimiento *versus* Derecho aplicable: 1.1. Reconocimiento registral de la filiación establecida conforme a una ley extranjera. 1.2. Posibilidades de intervención de los órganos jurisdiccionales españoles. 2. Objeto del reconocimiento en el marco del Registro civil. III. ASPECTOS SUSTANTIVOS DEL RECONOCIMIENTO: 1. Control de la competencia judicial internacional de la autoridad de origen: 1.1. Finalidad del control de la competencia judicial internacional. 1.2. La (cuestionable) represión del fraude a través del control de la competencia judicial internacional. 2. El orden público internacional: 2.1. El principio de igualdad y el interés del menor como fundamentos de la obligatoriedad del reconocimiento según la DGRN. 2.2. La obligación de reconocimiento derivada de la jurisprudencia *Wagner c. Luxemburgo*. 2.3. El orden público como excepción: atenuación y reconocimiento parcial de las resoluciones. IV. CONCLUSIONES.

## I. INTRODUCCIÓN

### 1. El turismo procreativo

1. El empleo del término "turismo" se ha popularizado en un sentido tan impropio como ilustrativo. Se califica, por ejemplo, de "turismo sanitario" a la conducta de realizan quienes se trasladan temporalmente desde su Estado de residencia a otro Estado para recibir un tratamiento médico que de otra forma no obtendrían, porque ese tratamiento no se dispensa en el Estado del que procede el paciente, o porque en el Estado al que éste viaja se proporciona con mayor celeridad o con más garantías, a un coste inferior o de forma gratuita<sup>1</sup>. En el ámbito del Derecho privado, el hecho de acudir a autoridades extranjeras en el curso de un viaje de corta duración para celebrar un matrimonio se denomina "turismo matrimonial", y el que tiene por objeto disolverlo, "turismo divorcista". Cualquiera de ellos se debe a que los interesados no lograrían el fin pretendido, o no con la misma facilidad, si se dirigiesen a las autoridades que, en principio, deberían intervenir en la constitución o en la disolución del vínculo, esto es, a las autoridades del Estado de origen de esos interesados<sup>2</sup>. De esta forma, para que sea posible practicar ese particular turismo, es necesario que las autoridades del "Estado turístico" se consideren competentes para intervenir en la situación internacional en particular (para autorizar el matrimonio o para pronunciarse

---

<sup>1</sup> Ocurre en España fundamentalmente con ciudadanos comunitarios; y el problema que plantea es el coste que comporta en los servicios sanitarios, que no sería sufragado en su totalidad por los Estados miembros de origen de los pacientes. Sobre el problema, *vid.* GARCÍA DE GORTÁZAR Y NEBREDÁ, C., "¿Libre circulación de pacientes en la Unión Europea? La atención de los dependientes y la tarjeta sanitaria" en *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 47, 2003, pp. 49-97, disponible en [http://www.mtin.es/es/publica/pub\\_electronicas/destacadas/revista/numeros/47/Est02.pdf](http://www.mtin.es/es/publica/pub_electronicas/destacadas/revista/numeros/47/Est02.pdf).

<sup>2</sup> Se empleará "Estado de origen" en referencia al Estado desde el que se desplazan las personas implicadas, y al que normalmente regresarán cuando concluya la aventura turística. Por lo general será el Estado de la residencia habitual de esas personas, con independencia de que además pueda ser el correspondiente a su domicilio o a su nacionalidad.

sobre el divorcio, en los ejemplos), y que apliquen normas más favorables a la correspondiente pretensión de los interesados que las que aplicarían las autoridades del Estado de origen<sup>3</sup>. Esta es, de hecho, la finalidad fundamental del “turismo legal” (en el sentido de “jurídico”; no como contrario a un “turismo ilegal”), que se diferenciaría del turismo sanitario en que éste, por más que pueda fundamentarse también en la diversidad normativa<sup>4</sup>, no se practica con vistas a crear o modificar una situación jurídico material conforme a otro ordenamiento. En consecuencia, el turismo sanitario no plantea ningún problema de competencia de las autoridades que intervienen, en su caso, en la creación o modificación de situaciones jurídicas, y tampoco ocasiona problemas de reconocimiento de tales situaciones en el Estado de origen de los interesados.

2. El turismo legal es un fenómeno reciente, por más que desde antiguo hayan existido movimientos entre fronteras por parte de personas que tratan de obtener de otras autoridades y leyes lo que les niegan las propias. Ciertamente, aún hoy en el mundo anglosajón se conocen como *Gretna Greens* los *runaway marriages* o “matrimonios turísticos”, porque numerosos menores franceses y alemanes acudían a la localidad escocesa de Gretna Green para casarse conforme a la ley local sin el permiso paterno que sus respectivas leyes personales exigían<sup>5</sup>; pero los desplazamientos entonces eran menos habituales y podían protagonizarlos esencialmente las pocas personas que tenían a su alcance el conocimiento de las leyes de otros Estados y los medios económicos necesarios para trasladarse en búsqueda de su amparo. Sin embargo, a raíz del espectacular desarrollo experimentado por las comunicaciones a lo largo del último siglo, los medios de transporte son más rápidos, frecuentes y asequibles, y la información llega a un mayor número de personas. Ambos factores –la mejora de los desplazamientos y la

---

<sup>3</sup> Así, por ejemplo, cuando el ordenamiento español exige, como regla general, que al menos uno de los contrayentes esté domiciliado en territorio español para que sea posible autorizar un matrimonio por una autoridad española (vid. GONZÁLEZ CAMPOS, J.D., “Derecho de Familia”, *Derecho internacional privado, Parte especial*, J.D. González Campos (Coord.), 6ª ed., Eurolex, Madrid, 1995, pp. 289-328, p. 308), evita en buena medida que España sea un Estado de *turismo* matrimonial con carácter general, y para la celebración de matrimonios entre personas del mismo sexo en particular. A este respecto, debe tenerse en cuenta que todavía son pocos los Estados en los que se reconocer el *ius connubi* a parejas del mismo sexo, y que las autoridades españolas autorizarán la celebración del matrimonio con independencia de que la ley del Estado de origen de los contrayentes (sea éste el de su nacionalidad, su domicilio o su residencia habitual) no conozca el matrimonio entre personas del mismo sexo. Al respecto, vid. la Instrucción-Circular de la DGRN de 25 de julio de 2005; y, sobre ésta, entre otros, ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S. “Resolución-Circular de la DGRN 29 de julio de 2005, sobre matrimonios civiles entre personas del mismo sexo”, *REDI*, 2005, pp. 1007-1012; QUIÑONES ESCÁMEZ, A., “Circulaire de la DGRN du 29 juillet 2005, sur les mariages civils entre personnes du même sex”, *RCDIP*, 2006, pp. 855-858; y OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, P., “Spain: Private International Law problems relating to the celebration of same-sex marriages: DGRN of 29 July 2005”, *YPIL*, vol. VIII, 2006, pp. 299-306.

<sup>4</sup> Es el caso, por ejemplo, del “turista” sanitario que busca la gratuidad de los servicios públicos de otro Estado (p.e., el español), desde el momento en que tales servicios se establecen en un catálogo previsto en normas de Derecho público. Por ejemplo, en España, el RD 1030/2006, de 15 de septiembre, por el que se establece la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud y el procedimiento para su actualización, *BOE* núm. 222, 16-IX-2006.

<sup>5</sup> La elección de esa localidad no era casual: se halla en la frontera con Inglaterra; de lo que se trataba era de encontrar una autoridad escocesa, la más cercana. Esta autoridad aplicaría exclusivamente su ley, y autorizaría el matrimonio, pues la ley escocesa prescindía de tal autorización: al respecto, vid. PÁLSSON, L., *Marriage in Comparative Conflicts of Laws, Substantive Conditions*, Martinus Nijhoff Publishers, La Haya/Boston/Londres, 1981, p. 158.

popularización del acceso a la información— han dado pie al surgimiento del fenómeno del turismo en general (si antes había algún viajero, hoy abundan los turistas) y del turismo legal en particular. Así, la caracterización de las conductas expuestas como "turismo" resulta muy expresiva, aunque, como se apuntó antes, no sea del todo correcta<sup>6</sup>. Por una parte, revela su actual proliferación y la mayor facilidad para desarrollarlas, al menos por las clases medias de los países occidentales; por otra parte, connota un juicio negativo. No en vano, los protagonistas y los defensores de otro tipo de turismo, el "turismo procreativo", tratan de evitar el empleo del término en este contexto<sup>7</sup>.

3. El turismo procreativo es, en cualquiera de sus modalidades, un tipo específico de turismo sanitario, toda vez que responde fundamentalmente a que una determinada técnica de reproducción humana asistida (RHA) le está vetada en su Estado de origen a la persona que desea recibirla, por razones de signo diverso. Cabe la posibilidad de que el tratamiento esté prohibido con carácter general por consideraciones morales o porque no se estime lo suficientemente seguro para ser dispensado; pero también puede ocurrir que 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<sup>8</sup>. Pero, cualquiera que sea el caso, el turismo procreativo puede ser también una clase de turismo legal. Así ocurre, de hecho, cuando el paciente no sólo busque recibir un tratamiento que facilite o posibilite la procreación<sup>9</sup>, sino que pretenda, además, 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. Los elementos antes indicados, identificativos de todo turismo legal, concurren en tal situación. En primer lugar, existe disparidad de respuestas normativas (normas de conflicto y sustantivas) en la materia, de forma tal que lo que un ordenamiento estatal niega, que en el caso en concreto es el acceso legal, y con determinados efectos sobre la filiación, a ciertas técnicas de RHA, otro lo acepta<sup>10</sup>. En segundo término, el ordenamiento del Estado en el que se proporcionan estos tratamientos atribuye competencia a las propias autoridades para sancionar la legalidad del acto y reconocer esa determinada filiación respecto de los niños que en su día fueron engendrados a través de la particular técnica de RHA, que es,

---

<sup>6</sup> "Turismo" es definido en la 22ª ed. del *Diccionario de la Lengua Española* como "Actividad o hecho de viajar por placer" ([www.rae.es](http://www.rae.es)).

<sup>7</sup> Vid., por ejemplo, PENNING, G., "Reproductive tourism as moral pluralism in motion", *Journal of Medical Ethics*, 2002, vol. 28, pp. 337-341, p. 337; y PENNING, G./ DE WERT, G./ SHENFIELD, F. /COHEN, J./ TARLATZIS, B./ DEVROEY, P., "ESHRE Task Force on Ethics and Law 15: Cross-border reproductive care", *Human Reproduction*, vol. 23, núm. 10, 2008, pp. 2182-2184, esp. 2182.

<sup>8</sup> Vid. PENNING, G., "Reproductive tourism as moral pluralism in motion", cit., p. 338.

<sup>9</sup> Si, por ejemplo, una pareja extranjera con problemas de fertilidad acude a una clínica española que fecunda in vitro porque en su Estado de origen no se dispensa este tratamiento, su conducta solo podrá ser calificable, en principio, de turismo sanitario. Si la técnica resulta exitosa, cuando se produzca el alumbramiento, ya en su Estado de origen, salvo que se trate de una pareja de mujeres, nada delatará el método de procreación. La determinación de la filiación con arreglo a las normas del Estado de origen no planteará ningún problema en particular. Aunque el método pueda incluso estar prohibido en dicho Estado (y, por consiguiente, la pareja haya tratado de evitar una prohibición legal), lo que se pretende con el viaje no es obtener de las autoridades españolas el establecimiento de la filiación.

<sup>10</sup> Más adelante se proporcionan ejemplos (vid. §§ 5 y 6).

precisamente, lo que persiguen los interesados. Es lo que ocurre en la actualidad con la maternidad de sustitución.

## 2. La maternidad de sustitución

4. Como es sabido, en la maternidad de sustitución una mujer (la gestante) renuncia, con carácter previo o después del parto, a la maternidad del niño o los niños que dé a luz, a favor de otra u otras personas (las comitentes). No obstante, con estos rasgos comunes, existen al menos cinco modalidades diferentes. Es posible, en primer lugar, que recurran a esta técnica parejas conformadas por personas de distinto sexo en las que la mujer está aquejada de infertilidad uterina. En tal caso, lo habitual es que a la gestante le sean implantados embriones ajenos: óvulos de la mujer comitente, fecundados por su propia pareja. De esta forma, en esta modalidad no se daría propiamente tanto una maternidad de sustitución como una gestación de sustitución<sup>11</sup>, pues la gestante no será madre genéticamente: el o los niños que dé a luz llevarán los genes de los comitentes<sup>12</sup>. En segundo lugar, también cabe la posibilidad de que la infertilidad de la mujer comitente sea además ovárica, de manera que sea preciso que la propia gestante u otra mujer (donante) aporten óvulos, para su fecundación por parte del hombre de la pareja comitente y su posterior implantación en la gestante. Madre genética sería, en el primer caso (segunda modalidad), la mujer gestante; y en el segundo (tercera modalidad) una tercera mujer, esto es, ni la gestante ni la comitente. Además, a la maternidad de sustitución suelen acudir parejas del mismo

---

<sup>11</sup> Siguiendo la distinción que opera en otros idiomas, como el francés, donde esta primera modalidad se conoce como *gestation pour autrui* (en la que la gestante es *mère porteuse*), para diferenciarla de la maternité de substitution (*mère de substitution*) de cualquiera de las otras cuatro: *vid. CAMUZET, E., La convention de gestation pour autrui : une illégalité française injustifiée*, Memoria de máster, Universidad Lille 2 (Université du Droit et de la Santé), publicada en 2006 en <http://edocales74.univ-lille2fr>, p. 10.

<sup>12</sup> Este es el caso de Sylvie y Dominique Mennesson (*Asunto Mennesson*), matrimonio francés que, al descubrir que la mujer no tenía útero, se desplazó a California, donde contrató una gestación de sustitución. La gestante californiana fue implantada exitosamente con embriones formados a partir de óvulos de la mujer, fecundados por su marido. En 2000 nacieron dos niñas, que las autoridades americanas habían declarado hijas de los comitentes, con carácter previo al parto. La familia encontró los primeros problemas al tratar de regresar a Francia: las autoridades consulares rechazaron la expedición de los pasaportes franceses, con lo que las niñas viajaron con la documentación estadounidense. Una vez en Francia, se inscribió en el Registro civil el nacimiento de las menores, pero las autoridades, además de perseguir penalmente a la comitente (la demanda fue finalmente desestimada por la ausencia de incriminación de la conducta en California), solicitaron la anulación de la transcripción. El Tribunal de *Grande Instance* de Créteil inadmitió la demanda en su decisión de 13 de diciembre de 2005, y la *Cour d'Appel* de París confirmó posteriormente esta resolución (acerca de ésta, *vid. CUNIBERTI, G., en "Note à CA Paris, 1er ch., du 25 oct. 2007", JDI, 2008, pp. 145-153 y <http://conflictoflaws.net/2007/flying-to-california-to-bypass-the-french-ban-on-surrogacy-update>*, donde se incluyen vínculos interesantes a páginas relacionadas con el asunto). El Tribunal de Casación francés, por el momento, sólo se ha pronunciado en relación con la admisibilidad de la acción planteada por el Ministère Public francés. Al respecto, *vid. LAGARDE, P., "Note à Cour de Cassation (1er ch civ.) 17 décembre 2008", RCDIP, 2009, pp. 320-331; el comentario de CUNIBERTI, G., en <http://conflictoflaws.net/2009/american-surrogacy-and-parenthood-in-france-update>; y FEUILLET, B., "Quel sort pour l'enfant né d'une gestation pour autrui à l'étranger?", disponible en <http://www.macsf.fr/file/lientexte/gestation%20pour%20autrui.pdf>. También relata el caso QUIÑONES ESCÁMEZ, A., en "Doble filiación paterna de gemelos nacidos en el extranjero mediante maternidad subrogada", *InDret*, núm. 3, 2009 ([www.indret.com](http://www.indret.com)), pp. 9-11.*

sexo, fundamentalmente hombres<sup>13</sup>, por razones obvias: por ahora, ninguno puede gestar un hijo. A través de la maternidad de sustitución lograrán tener hijos que también lo sean genéticamente de al menos de uno de ellos, pues se emplearán sus gametos para fecundar óvulos de la propia gestante (cuarta modalidad) o de una tercera mujer, una donante (quinta modalidad), a efectos de implantar los embriones en el útero de aquélla.

5. La maternidad de sustitución se encuentra prohibida, en cualquiera de sus modalidades, en Estados europeos como el alemán, el suizo, el italiano y el francés<sup>14</sup>; al menos, por el momento<sup>15</sup>; y en algunos Estados de los EEUU<sup>16</sup>. En cualquiera de estos Estados, es posible que sólo se consideren nulos los contratos de maternidad de sustitución, o que, además, se penalice la participación o la intermediación en esta práctica<sup>17</sup>. En España, el artículo 10 de la Ley 14/2006<sup>18</sup> declara "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"; a continuación 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". La

---

<sup>13</sup> No es descartable que pueda acudir a una mujer gestante una pareja de mujeres lesbianas, pero es menos habitual: ambas tendrían que estar aquejadas de infertilidad uterina, pues de otra forma no se entendería que ninguna sea gestante.

<sup>14</sup> Vid. GRANET, F., "L'établissement de la filiation maternelle et les maternités de substitution dans les Etats de la CIEC", <http://www.ciec1.org/Documentation/NotePMA.pdf>, y NAST, C., "Établissement de la filiation et maternités de substitution dans certains États membres de la CIEC", <http://www.ciec1.org/Documentation/EVS-Congres7-Gand-14-15mai2007-MeresPorteusesExposeCN-Francais.pdf>. Vid. también el documento de trabajo del Senado francés "La gestation pour autrui", de la Serie *Legislation Comparée*, en <http://www.senat.fr/lc/lc182/lc182.pdf>.

<sup>15</sup> En Francia, movimientos como el liderado por el matrimonio implicado en el Asunto *Menesson*, han conducido a un importante cuestionamiento de la normativa contraria a la maternidad de sustitución en general, abogando por su regulación, particularmente en la modalidad de gestación de sustitución, de forma que bien pudiera ocurrir que la regulación sea modificada próximamente. Vid., sugiriendo tal reforma, el Informe de la Comisión de asuntos sociales del Senado francés, redactado por ANDRÉ M., MILÓN A. y RICHEMONT, H., "Contribution à la réflexion sur la maternité pour autrui", disponible en <http://www.senat.fr/rap/r07-421/r07-421.html>.

<sup>16</sup> Vid., detalladamente, BYCHKOV GREEN, S., "Interstate Intercourse: How Modern Reproductive Technologies Challenge the Traditional Realm of Conflicts of Laws", publicado en *Selected Works of Berkeley Electronic Press*: [http://works.bepress.com/sonia\\_green/1/](http://works.bepress.com/sonia_green/1/).

<sup>17</sup> En Europa, por ejemplo, Italia (vid. CAMPIGLIO, C., "Lo stato di figlio nato da contratto internazionale di maternità", *Riv. dir. int. pr. proc.*, 2009, pp. 589-604) o Francia, donde la intermediación se encuentra tipificada (art. 227-12 CP francés), y lleva aparejada una pena de prisión de hasta seis meses y 7.500 euros de multa (vid. "La gestation pour autrui", cit., p. 5). En Alemania, las multas y la prisión pueden padecerlas tanto los intermediarios como los propios participantes (comitentes y gestante): vid. GRANET, F., "L'établissement de la filiation maternelle et les maternités de substitution dans les Etats de la CIEC", cit., p. 6. En Estados Unidos la mayor parte de los Estados se encuentra en el primer grupo, pero también hay Estados donde la práctica se encuentra penalizada, como Utah: vid. BYCHKOV GREEN, S., "Interstate Intercourse...", cit.

<sup>18</sup> Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, BOE núm. 126, 27-V-2006.

contratación de una madre gestante o sustitutiva, por tanto, está sancionada desde un punto de vista jurídico-civil, aunque no tenga efectos penales. Y, sin embargo, esa prohibición abre la posibilidad de que la comitente y la gestante incurran en conductas delictivas. Si, a pesar de la prohibición civil, se llevase a cabo una maternidad de sustitución en territorio español, para que se atribuyese la maternidad a la comitente ambas mujeres tendrían que ocultar la verdadera identidad de la gestante: por ejemplo, alumbrando ésta bajo la identidad de aquélla. La gestante, con ello, cometería el delito de entrega de hijo a terceros para alterar o modificar la filiación<sup>19</sup>; y la comitente, el delito de suposición de parto (art. 220 CP)<sup>20</sup>.

6. Con las puertas cerradas a la maternidad de sustitución en España, la alternativa que encuentran algunas parejas –o personas solas– españolas o residentes en este país<sup>21</sup>, con información y medios económicos suficientes, es acudir a otros lugares, donde la práctica está permitida<sup>22</sup>, y donde no se pone freno al turismo procreativo exigiendo una determinada conexión de los comitentes con el foro –en particular, que tengan en él su residencia habitual o su domicilio, como ocurre en el Reino Unido<sup>23</sup> y Grecia<sup>24</sup>, entre otros Estados<sup>25</sup>–. El destino más habitual en la

---

<sup>19</sup> Ello es así, incluso en el caso de que la gestante viera implantado un embrión generado a partir de óvulos de la comitente; esto, es, incluso si el hijo no es genéticamente hijo de aquélla. El tenor de la norma (art. 10 Ley 14/2006) es claro, y el supuesto de hecho es específico: también en (todos los) casos de maternidad de sustitución será considerada madre la que alumbró al bebé. Prima, en el Derecho español, sobre el principio de veracidad biológica, el principio de seguridad jurídica imbricado en la máxima “mater samper certa est”, al que dicha norma se adscribe. *Vid.*, más detalladamente, *infra*, §20.

<sup>20</sup> *Cfr.* BENÍTEZ ORTUZAR, J.I., “Delitos relativos a la reproducción asistida”, *Derechos reproductivos y técnicas de reproducción asistida*, J. Vidal Martínez (Coord.), Comares, Granada, 1998, pp. 153-236, esp. pp. 172-194.

<sup>21</sup> Evidentemente, ocurre también en otros: ya se ha puesto, por ejemplo, el problema suscitado en Francia con el *Affaire Mennesson*. Según el Diario *Libération*, habría miles de niños engendrados a través de esta técnica actualmente en Francia, pues estima que unas 400 parejas francesas acuden al extranjero para llevarla a cabo cada año. *Vid.* ROTMAN, C., “Gestation pour autrui: les enfants fantômes de la République”, *Libération*, 20-05-2009.

<sup>22</sup> También es posible en Grecia y en el Reino Unido (*vid.* GRANET, F., “L'établissement de la filiation maternelle et les maternités de substitution dans les Etats de la CIEC”, cit., p. 7), en algunos Estados de Canadá y de los Estados Unidos (además de California), como indica el documento “La gestation pour autrui”, cit., pp. 33-35 y 37-40, respectivamente. Sobre las distintas normativas estadounidenses, *vid.* el estudio de BYCHKOV GREEN, S., “Interstate Intercourse...”, cit.

<sup>23</sup> Donde se exige que los comitentes y el niño tengan su domicilio en el propio Estado: *vid.* CAMPIGLIO, C., “Lo stato di figlio nato da contratto internazionale di maternità”, cit., p. 590.

<sup>24</sup> La aplicación de las normas del Código civil griego que regulan la práctica se supeditan a que la comitente y la gestante estén domiciliadas en Grecia: *vid.* <http://www.ciec1.org/Legislationpdf/Grece-Loi3089-2002-19decembre2002PMA-VersionsFr-Ang-Alld-Gr.pdf>.

<sup>25</sup> El proyecto de Ley sudafricana de gestación de sustitución exige que al menos uno de los comitentes esté domiciliado en la República Sudafricana en el momento en que se registre el acuerdo de gestación (<http://web.uct.ac-za/depts/ci/plr/pdf/bills/120803draft.pdf>); y la Ley Modelo adoptada por la *American Bar Association* el 11 de febrero de 2008 establece entre los requisitos para la aprobación judicial del acuerdo de maternidad de sustitución que los comitentes tengan residencia en el Estado desde al menos noventa días antes de la

actualidad es California (EEUU), fundamentalmente porque el ordenamiento californiano es de los pocos que obvian el hecho de que los comitentes tengan nacionalidad y residencia en otro Estado. En California pesa más la conveniencia de proporcionar la debida tutela a las personas físicas y jurídicas que están vinculadas al propio Estado y participan en lo que se ha convertido en un negocio enormemente lucrativo. Y es que los interesados acudirán, por lo general, a una empresa local (californiana) especializada en la intermediación para que los guíe en el proceso, a cambio de una cantidad cercana a los \$15.000<sup>26</sup>. La empresa pondrá a los comitentes en contacto con una mujer dispuesta a servir de "vientre de alquiler" o, más bien, de gestante, a la que aquéllos pagarán entre \$13.000 y \$ 25.000; les informará sobre los centros sanitarios y equipos médicos a los que asistir para llevar a buen puerto el embarazo (con gastos en torno a \$15.000) y les facilitará los contactos que precisan para recibir la asistencia legal oportuna (por la que los futuros padres pagarán entre \$1.000 y \$8.000)<sup>27</sup>. Porque, además –y esto es esencial– las autoridades californianas, una vez hayan verificado que concurren todos los requisitos a tal efecto, sancionarán la legalidad de la práctica, declarando, antes de que el parto tenga lugar, que los comitentes son los progenitores legales de los niños que nazcan<sup>28</sup>. Allí las personas implicadas no cometerán ningún delito, de forma que aunque en España la conducta (acudir a la maternidad de sustitución) estuviese tipificada, no podrían ser perseguidas a su regreso por los tribunales españoles. Para atribuir competencia a éstos en virtud del principio de personalidad del delito (cometido por españoles en el extranjero), el artículo 23.2 LOPJ exige doble incriminación, esto es, que la conducta realizada por españoles en el extranjero susceptible de tipificarse como delito por la ley española también sea delito en el lugar en el que se lleva a cabo dicha conducta. El turismo reproductivo está servido<sup>29</sup>.

7. No es el propósito de este trabajo analizar desde un punto de vista moral la conducta de quienes, para ver satisfechos sus deseos de maternidad o paternidad a través de una gestación o una maternidad de sustitución, se trasladan a California, o a cualquier otro Estado con una regulación semejante a la californiana –y estructuras similares en lo referido a agencias, clínicas y asistencia legal, como es el caso de

---

presentación de la solicitud antes las autoridades: *vid.* KINDEGRAN, C.P. JR./ SNYDER, S.H., "Clarifying the Law of ART: The New American Bar Association Model Act Governing Assisted Reproductive Technology", *FamLQ*, vol. 42, 2008, pp. 203-229, esp. p. 221.

<sup>26</sup> Tan especializadas, que algunas de ellas, como *Conceptual Options*, que opera desde Los Ángeles y San Diego, incluso dirigen sus servicios específicamente a comitentes españoles, italianos y franceses (*vid.* <http://www.surrogacy-eggdonation.com/international-surrogacy.htm>). El 18 de enero de 2010, cuando se consulta por última vez esta web, la agencia anuncia un seminario informativo a celebrar en Madrid los días 26-28 de febrero y 1 de marzo de 2010. También advierte (en una web traducida al español) que algunos responsables del programa se desplazan anualmente a Europa para mantener entrevistas personales con futuros comitentes la agencia *Building Families Inc.*, también con sede en California. *Vid.* <http://www.buildingfamiliesinc.com/Surrogacy>.

<sup>27</sup> Sumando los gastos derivados de viajes, seguros de vida, o ropa para la gestante, entre otros, el total ronda los \$80.000: *vid.* [http://pregnancy.lovetoknow.com/wiki/Average\\_Cost\\_of\\_Surrogacy](http://pregnancy.lovetoknow.com/wiki/Average_Cost_of_Surrogacy).

<sup>28</sup> Este es el proceder habitual en los supuestos de maternidad de sustitución que tienen lugar en ese Estado. Así ocurrió tanto en el Asunto *Menesson*, como en el caso español que se relata enseguida.

<sup>29</sup> Buena prueba de ello es que existen, incluso, bufetes españoles que ofrecen sus servicios en este ámbito a través de las páginas web de agencias extranjeras. *Vid.*, por ejemplo, <http://www.vientredealquiler.com/>.

Ucrania<sup>30</sup>. Pero interesa hacer patente que dicha conducta no puede ser calificada de desobediencia civil con objeto de reforzar su legitimidad<sup>31</sup>; interesa, porque entre las notas distintivas de tal desobediencia que no concurren en el comportamiento de los comitentes está la aceptación voluntaria del castigo<sup>32</sup>. Los turistas legales no sólo no aceptan las consecuencias de su conducta, sino que pretenden que su Estado de origen reconozca el vínculo conformado en el extranjero, aún cuando saben que en tal Estado la maternidad por sustitución se encuentra prohibida. Con ello, plantean el problema que aquí se analiza: el del reconocimiento de la filiación, cuando ese Estado de origen es el español.

Las autoridades españolas han tenido que enfrentarse ya, al menos<sup>33</sup>, a una situación como la descrita: un matrimonio de valencianos solicitó ante el Encargado del Registro Consular español en California la inscripción del nacimiento en San Diego, en octubre de 2008, de sus dos hijos (según la certificación registral californiana). Como quiera que ambos interesados eran –son– hombres, y los niños no habían sido adoptados, el *modus operandi* resultaba claro. El matrimonio había acudido a la maternidad de sustitución y pretendía el reconocimiento de la filiación por las autoridades españolas. A continuación, se examinará la respuesta que cabe proporcionar en España a tal solicitud, siguiendo de cerca las soluciones que han dado hasta la fecha en ese asunto (“el Asunto”) el Encargado del Registro consular primero, y la Dirección General de los Registros y del Notariado (DGRN) después, a través de su Resolución de 18 de febrero de 2009<sup>34</sup>. Cabe avanzar, a este respecto,

---

<sup>30</sup> Lo ilustra a la perfección la web de una agencia ucraniana: <http://www.surrogate-mother.ru>.

<sup>31</sup> Afirman que acudir a la maternidad de sustitución en otro Estado es “desobediencia civil” defensores de esta práctica como PENNINGS, G., “Reproductive tourism as moral pluralism in motion”, cit., *passim*; PENNINGS, G./ DE WERT, G./ SHENFIELD, F. /COHEN, J./ TARLATZIS, B./ DEVROEY, P., “ESHRE Task Force on Ethics and Law 15: Cross-border reproductive care”, cit., pp. 2182-2183; y DELAISI DE PARSEVAL, G., “Table ronde: L’évolution des modes de filiation”, *Les nouvelles formes de parentalité et le droit*, disponible en <http://parlement-ue2008.fr/rap/r05-392/r05-3922.html#toc4>, p. 14.

<sup>32</sup> La conducta tendría que ajustarse a las siguientes notas: (1) tratarse de una acción voluntaria intencional cuyo resultado se vincula a un progreso moral o político de la sociedad; (2) tener la consideración de deber moral: quienes la realizan tendrían que actuar con voluntad de liberación de toda posible complicidad en la creación o mantenimiento de una situación que se considera injusta; (3) desarrollarse con carácter público y abierto, esto es, con la intención de influir en los gobiernos y en la función pública; (4) realizarse con intención de acatar voluntariamente el castigo; (5) llevarse a cabo sin ningún tipo de violencia; y (6) responder a circunstancias de excepcionalidad (urgencia, imposibilidad de usar medios ortodoxos de participación) y en un marco específico de violación, por parte del Estado, de disposiciones constitucionales, leyes o tratados. Cfr. GARZÓN VALDÉS, E., “El problema de la desobediencia civil”, *Derecho, ética y política*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, pp. 611-629. Extensamente, MALEM SEÑA, J., *Concepto y justificación de la desobediencia civil*, Ariel, Barcelona, 1988, esp. pp. 60-75.

<sup>33</sup> Carmen Cervera, conocida propietaria de una importante colección de pintura expuesta en gran parte en el museo Thyssen-Bornemisza de Madrid, y habitual de la prensa rosa, no ha ocultado, en sus declaraciones a dicha prensa, que sus dos últimas hijas nacieron en California fruto de un vientre de alquiler. Se desconoce si ha solicitado el reconocimiento de la filiación a las autoridades españolas, y si lo ha obtenido y con qué argumentos.

<sup>34</sup> RJ 2009/1735. Sobre esta decisión, *vid.*, críticos, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., “Hijos made in California”, *AC*, núm. 3, 2009 (*Westlaw Aranzadi*, BIB 2009/411; FERNÁNDEZ ROZAS, J.C. /SÁNCHEZ LORENZO, S., *Derecho internacional privado*, 5ª ed., Civitas, Cizur Menor,

que el Encargado del Registro consular se opuso a la práctica del asiento con base en la prohibición contenida en el mencionado artículo 10 de la Ley 14/2006, pero el Centro Directivo estimó el recurso presentado por la pareja frente a tal denegación. También anticipo que esta decisión me parece criticable tanto en su sentido último como en lo relativo a los argumentos que la sustentan, aunque pone de manifiesto algunas de las cuestiones que, a mi juicio, resultan clave para una adecuada resolución del problema. Entre ellas destaca el enfoque metodológico, con el que conviene comenzar (apartado II). Aclarado este extremo, será posible estudiar los aspectos sustantivos de la cuestión (apartado III). El IV y último apartado recapitulará brevemente las principales conclusiones de este estudio.

## **II. ASPECTOS METODOLÓGICOS**

### **1. Reconocimiento *versus* Derecho aplicable**

#### **1.1. Reconocimiento registral de la filiación establecida con arreglo a una ley extranjera**

8. Como el propio título del trabajo ya revela, la solución a los problemas que puede suscitar actualmente en España la maternidad de sustitución se hallará, en mi opinión, antes que en las normas de Derecho aplicable, en sede de reconocimiento<sup>35</sup>. Mientras en el ordenamiento español siga vigente la citada prohibición de acuerdos de maternidad de sustitución, las personas que decidan hacer uso de esta técnica de RHA no se dirigirán a las autoridades españolas para conformar una relación paterno-filial sobre la base de dicha práctica; ni, desde luego, para pedir que se ejecute cualquiera de las obligaciones pactadas en el correspondiente contrato. Por lo general, si al menos uno de los comitentes tiene nacionalidad española, acudirá al encargado del Registro civil que corresponda para solicitar que se inscriban los nacimientos de los recién nacidos (de una gestante de sustitución) como hijos propios, puesto que hijos propios (y, además, no adoptivos) son según lo establecido con arreglo a un ordenamiento extranjero; y, en la mayor parte de las ocasiones, según lo dispuesto por una autoridad extranjera. Interesa, en este punto, advertir que el Encargado del Registro Consular del lugar donde se haya producido el hecho (aquí, el nacimiento) sólo será competente para resolver sobre la inscripción si ninguno de los promotores (los padres comitentes) está domiciliado en territorio español (arts. 16 LRC y 68 RRC). Si cualquiera de ellos está domiciliado en España, la solicitud debe presentarse en el Registro Civil Central, el cual, cuando acuerde que se practique la inscripción, dará traslado al Registro Consular de la demarcación territorial donde se produjo el nacimiento, para que también en éste se inscriba el nacimiento<sup>36</sup>.

---

2009, pp. 419-420; y QUIÑONES ESCÁMEZ, A., "Doble filiación paterna de gemelos nacidos en el extranjero mediante maternidad subrogada", cit., e id., "Nota a Res. DGRN de 18 de febrero de 2009", *REDI*, vol. LXI, 2009, pp. 215-217. En (entusiasta) defensa, vid. CALVO CARAVACA, A.L./CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., "Gestación por sustitución y Derecho internacional privado: consideraciones en torno a la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 18 de febrero de 2009", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, núm. 2, 2009, pp. 294-319.

<sup>35</sup> De otra opinión, FERNÁNDEZ ROZAS, J.C. /SÁNCHEZ LORENZO, S., *Derecho internacional privado*, cit., p. 419.

<sup>36</sup> Vid. PARÍS ALONSO, J.A., *Manual de Registro Civil para los Registros Civiles Consulares*, 4ª ed., Ministerio de Asuntos Exteriores, Madrid, 2000, p. 27.

El reconocimiento de la filiación se planteará, de este modo, normalmente en el ámbito registral, porque los comitentes necesitarán obtener cierta documentación (un pasaporte español, por ejemplo), cuya expedición depende de la inscripción del nacimiento de los niños. Se instará la práctica del correspondiente asiento, y las autoridades españolas se verán obligadas a comprobar que los nacimientos afectan a españoles, puesto que de no ser así, como son hechos que han tenido lugar en el extranjero<sup>37</sup>, no tendrán acceso al Registro civil español<sup>38</sup>. 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 los niños, toda vez que éstos sólo serán españoles si pueden ser considerados hijos de padre o madre españoles, conforme a lo dispuesto en el artículo 17.1 a) CC. Obsérvese que, aunque este precepto permita tener en cuenta la descendencia física como un hecho suficiente para determinar la nacionalidad, pues no exige que los niños sean “hijos de españoles”, sino “nacidos de padre o madre españoles” (el énfasis es mío), la generación de los hijos por parte de los comitentes en las situaciones de maternidad de sustitución no es evidente con carácter general<sup>39</sup>, y resulta más que dudosa en

---

<sup>37</sup> Según se ha indicado antes, el hecho de que la ley española prohíba la maternidad de sustitución comportará que ésta no se lleve a cabo en nuestro territorio, ni siquiera por parte de extranjeros cuya ley nacional sancione la legalidad de la práctica.

<sup>38</sup> Como es sabido, 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 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.

<sup>39</sup> La DGRN afirma que “los menores nacidos en California ostentan la nacionalidad española con arreglo al art. 17.1.a) CC, ya que son españoles de origen los nacidos de español o española. El precepto citado se refiere a los «nacidos» de padre o madre españoles y no a los «hijos» de padre o madre españoles. Se trata ésta de una precisión legal extraordinariamente importante incorporada por la Ley 18/1990 de 17 diciembre 1990 sobre reforma del Código civil en materia de nacionalidad. En efecto, según el criterio *ius sanguinis* acogido en el art. 17.1.a) del Código Civil son españoles los hijos de españoles. Pero ello plantea un «problema circular». En efecto, cuando no está acreditada la filiación del hijo se podría producir un «círculo vicioso» o situación de «doble espejo», pues es necesario saber qué «filiación» ostenta el sujeto para determinar si ostenta o no ostenta «nacionalidad española», mientras que es necesario también saber qué «nacionalidad» ostenta el sujeto para saber cuál es su «filiación» (art. 9.4 del Código Civil), es decir, quiénes son sus padres. Pues bien, el art. 17.1 a) del Código Civil utiliza la expresión «nacidos» de padre o madre españoles, porque con dicha expresión deshace el *circulus inextricabilis* y rompe el «doble espejo». El art. 17 CE indica que son españoles los «nacidos» de padre o madre españoles. Por tanto, el precepto no exige que haya quedado «determinada legalmente» la filiación. Es suficiente que quede acreditado el «hecho físico de la generación». Por ello, para considerar «nacido» de español a un individuo, basta que consten «indicios racionales de su generación física por progenitor español». Ciertamente, ya incluso antes de la reforma a que se refiere el Centro Directivo, se ha venido defendiendo una extensión al Derecho de la nacionalidad de la distinción propia del Derecho civil entre el “título de constitución de la filiación” (la generación) y el “título de determinación legal de la filiación” (la acreditación del estado) (cfr. FERNÁNDEZ ROZAS, J.C./ RODRÍGUEZ MATEOS, P., “Atribución de la nacionalidad española”, *Derecho español de la nacionalidad*, J.C. Fernández Rozas *et al.*, Tecnos, Madrid, 1987, pp. 133-164, esp. pp. 142-143). Ello comporta, en efecto, que la descendencia física -de padre o madre españoles- sea suficiente para determinar la nacionalidad. Ahora bien: el Centro Directivo debía haber explicado qué indicio racional tenía de que los promotores habían “generado físicamente” a los menores.

situaciones, como la que se plantea en "el Asunto"<sup>40</sup>, en la que ninguno de los promotores de la inscripción, ninguno de los progenitores, es una mujer española.

9. Cuando al menos uno de los promotores de la inscripción es una mujer española, puede ocurrir que la certificación registral extranjera que se presenta como título para el asiento español no recoja la particularidad del supuesto: 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. Los niños 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 en sus justos términos. Cuando se ha acudido a técnicas de RHA, la generación de los hijos y la atribución legal de la filiación no siempre guardan relación. Cuando los comitentes son dos hombres, resulta (aún) imposible que ambos haya generado a los dos niños sin intervención alguna de una mujer; y, aunque baste con que uno de ellos sea el padre biológico para que tengan atribuida la nacionalidad española de origen, no cabe descartar que en una maternidad de sustitución ninguno de los comitentes haya aportado material genético<sup>41</sup>. Nótese que, en este último caso –que en poco o nada se distancia de una compra de niños– el problema para el operador jurídico español puede plantearse en idénticos términos: los comitentes tendrán atribuida la paternidad o maternidad por una ley extranjera, y puede darse el caso de que soliciten a las autoridades españolas que sus hijos (según esa ley) sean tratados como tales también en España.

Pero no en todos los supuestos se oculta o se puede ocultar que los niños cuyo nacimiento se quiere inscribir han sido gestados por una mujer que no constará en el asiento. Y, cuando así ocurre, las autoridades registrales españolas no se verán en la necesidad de acudir a las normas de conflicto españolas para determinar qué Derecho es el aplicable (a la conformación de la relación o a la ejecución del contrato), toda vez que el Derecho ya habrá sido aplicado por las autoridades extranjeras cuando verificaron que se daban todas las condiciones precisas para atribuir la paternidad a los comitentes. Ante la invocación de una relación jurídica constituida al amparo de un

---

<sup>40</sup> En este mismo sentido, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., "Hijos made in California", cit., p. 1 (de la impresión obtenida en *Westlaw Aranzadi*).

<sup>41</sup> Podría ser el caso de las hijas de Carmen Cervera, pues, como se ha indicado, la edad de la comitente hace poco probable que haya aportado óvulos para su implantación, una vez fecundados por los gametos de un donante, en el útero de la gestante; y, que se sepa, no hay un padre reconocido –la prensa rosa apuntó al hijo biológico de la comitente–.

ordenamiento extranjero, lo que corresponde es determinar si se le dan efectos o no; si cabe reconocerla, o no<sup>42</sup>, máxime cuando existe una decisión de una autoridad extranjera al respecto. Es lo que ocurre en “el Asunto”: aunque, a mi juicio, había motivos para denegar la inscripción (a este respecto, habría acertado el Encargado del Registro Consular de California)<sup>43</sup>, no bastaba con apelar a lo dispuesto en el artículo 10 de la Ley 14/2006; no, al menos, en los términos en que parece que se éste se aplicó<sup>44</sup>. En lo que respecta, pues, al enfoque del problema, creo que resulta más atinado el planteamiento de la DGRN, al mostrarse partidaria de analizar la cuestión con arreglo a normas de reconocimiento. Cuestión distinta es que a continuación realice una identificación más que cuestionable entre la certificación registral extranjera y una decisión, de manera tal que convierte a la propia certificación en el objeto del reconocimiento<sup>45</sup>.

## 1.2. Posibilidades de intervención de los órganos jurisdiccionales españoles

10. Que la autoridad registral tenga que comprobar que existe un determinado vínculo de filiación antes de acordar la inscripción no significa que sea competente para hacerlo en todos los supuestos, ni que otra autoridad carezca de toda

---

<sup>42</sup> Esta idea se adscribe al cambio de método que estaría operando en el DIPr, a la luz de la conveniencia –en algunos casos, en otros, obligación– de favorecer la continuidad de las relaciones jurídicas en el espacio. El tratamiento de las relaciones constituidas en el extranjero bajo la perspectiva del reconocimiento, frente a la del Derecho aplicable, favorecería dicha continuidad. Vid., entre otros, ROMANO, G.P., “La bilatéralité éclipsée par l’autorité. Développements récents en matière d’état des personnes”, *RCDIP*, 2006, pp. 457-519; PAMBOUKIS, C., “La renaissance-métamorphose de la méthode de reconnaissance”, *RCDIP*, 2008, pp. 513-560.

<sup>43</sup> Según la norma de competencia expuesta anteriormente (*vid. supra*, §8), la autoridad consular resultaba incompetente, pues parece que los cónyuges españoles tenían su domicilio en territorio español (en Valencia). Los promotores debían haber instado la inscripción de los nacimientos en el Registro Civil Central. Pero tampoco el Registro Civil Central podía proceder a la práctica de la inscripción, como más adelante explico.

<sup>44</sup> Vid., sin embargo, el posible empleo de esta norma en tanto que norma material imperativa, *infra*.

<sup>45</sup> Dice el FD Segundo de la Resolución que “La certificación registral extranjera constituye una «decisión» adoptada por las autoridades extranjeras y en cuya virtud se constata el nacimiento y la filiación del nacido. En consecuencia, y visto que existe una decisión «extranjera» en forma de certificación registral extranjera, el acceso de la misma al Registro Civil español constituye no una cuestión de «Derecho aplicable», sino una cuestión de «validez extraterritorial de decisiones extranjeras en España», en este caso, una cuestión de acceso de las certificaciones registrales extranjeras al Registro”. Y, más adelante, en el FD Quinto, afirma que “es indudable que los contratos de gestación de sustitución están expresamente prohibidos por las leyes españolas (...)” y que “la filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto (...). Ahora bien, dicho precepto no es aplicable al presente caso, ya que no se trata de determinar la filiación de los nacidos en California, pues no procede determinar el Derecho aplicable a la filiación y tampoco procede determinar la filiación de tales sujetos. Se trata, por el contrario, de precisar si una filiación ya determinada en virtud de certificación registral extranjera puede acceder al Registro civil español”. Con el énfasis, que es mío, trato de resaltar lo que, en mi opinión, constituye el error de la DGRN: entender que la filiación se determina a través de la certificación, en lugar de considerar que la certificación constituye una mera prueba de que esa filiación ha encontrado asiento en el registro californiano.

competencia en la materia. Por una parte, debe tenerse presente que en algunos casos para el reconocimiento sólo tendrán competencia unos determinados órganos jurisdiccionales españoles, como se expone más adelante (*vid.* §13). La autoridad registral se verá obligada, en esos supuestos, a denegar la inscripción en tanto tal reconocimiento no haya sido practicado. Pero, por otra parte, ese reconocimiento por parte de autoridades judiciales puede tener lugar de forma incidental, en el marco de un procedimiento sobre cualquier otra cuestión (p.ej., la sucesión de alguno de los comitentes), y también puede plantearse a título principal, si los interesados lo desean. Siempre cabe la posibilidad de que los comitentes acudan al procedimiento de exequátur, si cuentan con una resolución de los órganos jurisdiccionales extranjeros por la que se da efectos al acuerdo de maternidad de sustitución, declarándolos (en su caso futuros) padres<sup>46</sup>; o de que soliciten de los tribunales españoles, a través del ejercicio de una acción mero-declarativa, un reconocimiento de la filiación creada *ex lege*, cuando en el ordenamiento extranjero no existe semejante intervención de autoridad pública<sup>47</sup>. Huelga advertir que el tratamiento de la cuestión no ha de variar en función de la autoridad española (registral o judicial) ante la que se plantee el reconocimiento, en caso de que ambas tengan competencia para pronunciarse en el asunto.

11. Sí es posible, sin embargo, que varíe la solución si los comitentes prescinden de toda invocación de la existencia de la relación paterno-filial creada con arreglo a lo previsto en un ordenamiento extranjero, y acuden a los órganos jurisdiccionales españoles ejercitando una acción para la determinación de la filiación. Porque lo que no cabe es negar la viabilidad de tal acción con el argumento de que existe, en su caso, una resolución extranjera en la materia (a salvo de lo que más adelante se indica); tal acción es factible, del mismo modo que puede solicitar el divorcio en España quien ya cuenta con una decisión de disolución de ese matrimonio obtenida de tribunales extranjeros<sup>48</sup>. El problema, por tanto, no se plantea específicamente en esta materia; pero lo cierto es que puede surgir; y, en tal caso, ejercitada la acción de filiación, la autoridad judicial española deberá acudir al artículo 9.4 CC para determinar conforme a qué ley ha de resolver el fondo del asunto. De ello cabe deducir que el método que haya de emplearse para dar la solución correcta al problema (reconocimiento o Derecho aplicable) dependerá en buena medida de lo que las partes requieran.

Si se solicita de los tribunales españoles la determinación de la filiación, deben valorarse dos posibilidades. La primera es que la ley aplicable, en virtud de la citada norma de conflicto, sea la española. Así será si los hijos son españoles (el art. 9.4 CC

---

<sup>46</sup> Es el caso resuelto por la *Corte di Appello di Bari* el 13 de febrero de 2009, en el supuesto que narra CAMPIGLIO C., "Lo stato di figlio nato da contratto internazionale di maternità", cit., *passim*. Obsérvese que el tribunal italiano resuelve la cuestión en clave de reconocimiento: "non si tratta di applicare una legge straniera ma solo di «*valutare una situazione giuridica acquisita all'estero in conformità della legge locale*»": *ibídem*, p. 594.

<sup>47</sup> Sobre estas dos posibilidades, propuestas en el marco de la Ley modelo elaborada por la American Bar Association, *vid.* KINDEGRAN, C.P. JR./ SNYDER, S.H., "Clarifying the Law of ART...", cit., pp. 220-221.

<sup>48</sup> En este sentido, la AP de Gerona (Sección 2ª), en su Auto núm. 117/2002, de 8 de julio (*JUR* 2002/243696) estima el recurso de apelación frente al AJPI núm. 3 de Blanes, de 26 de noviembre de 2001, por el que se inadmite una demanda de divorcio con base en la existencia de una sentencia inglesa de divorcio que el actor presenta para probar la ausencia de convivencia y que el JPI considera que debe llevarse a reconocimiento. *Vid.* un caso similar en la SAP La Coruña (Sección 4ª) núm. 12/2006, de 25 de enero (*JUR* 2006/78910).

declara aplicable la ley nacional del hijo), de manera que será considerada madre la mujer que dio a luz, y se presumirá que la persona casada con ésta es el padre o la segunda madre, en función de si es un hombre o una mujer, respectivamente<sup>49</sup>. Y aunque esta presunción a favor del (o de la) cónyuge de la gestante podrá ser destruida a favor del (o de la) comitente que, en su caso, haya aportado material biológico para la procreación, la gestante en ningún caso dejará de ser considerada madre, por más que pueda no serlo desde un punto de vista genético. La segunda posibilidad es que los niños tengan una nacionalidad extranjera (como tienen la nacionalidad estadounidense, por ejemplo, los nacidos en Estados Unidos bajo ciertas condiciones<sup>50</sup>), de forma que para determinar la filiación deba aplicarse la ley de su nacionalidad, y no la española<sup>51</sup>. En nada incide, a este respecto, el hecho de que los niños también puedan ser considerados españoles si se determina finalmente la filiación respecto de un español, toda vez que en este marco no se debería admitir la invocación de la ley española en calidad de ley de la nacionalidad anticipada. Tal aplicación viene reclamada por el *favor filii*<sup>52</sup>, y el resultado de aplicar el artículo 10 de la Ley 14/2006 sería el de negar el establecimiento de la filiación, al menos en relación con uno de los comitentes. La invocación de ese precepto de la Ley 14/2006, por

---

<sup>49</sup> A través de la adición en el artículo 7 de la Ley 14/2006, de un párrafo 3º, por medio de la disposición adicional primera de la Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención referida al sexto de las personas (BOE núm. 65, 16-03-2007), se ha posibilitado la determinación de una doble maternidad sin adopción: la de la madre gestante y la de la mujer casada con ella (y no separada), si ésta consiente con carácter previo al parto. Al respecto, vid. DÍAZ MARTÍNEZ, A., “La doble maternidad legal derivada de la utilización de técnicas de reproducción humana asistidas”, *Derecho Privado y Constitución*, núm. 21, 2007, pp. 75-129.

<sup>50</sup> Vid. § 1401 US Code, en [http://www.law.cornell.edu/uscode/uscode08/usc\\_sec\\_08\\_00001401----000-.html](http://www.law.cornell.edu/uscode/uscode08/usc_sec_08_00001401----000-.html). Obsérvese que, si los niños tuviesen nacionalidad estadounidense se plantearía un problema de remisión a Estado plurilegislativo –EEUU– que tendría que resolverse en este supuesto, en defecto de previsión específica en el artículo 12.5 CC, en aplicación de la ley de los EEUU que presente los vínculos más estrechos con los niños: *cfr.* SÁNCHEZ LORENZO, S., “Artículo 12.5”, *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, 2ª ed., Edersa, Madrid, 1995, pp. 943-973.

<sup>51</sup> En el ámbito registral, aunque el problema fuese enfocado desde el sector del Derecho aplicable, la inscripción se fundamentaría en la nacionalidad española de los niños, por lo que no cabría aplicar una ley extranjera invocando que éstos (también) son extranjeros. La afirmación, por tanto, de FERNÁNDEZ ROZAS, J.C./ SÁNCHEZ LORENZO, S., *Derecho internacional privado*, cit., p. 419, de que en todo caso resulta de aplicación la ley española, debe entenderse referida a dicho ámbito. Nótese que estos autores son partidarios de situar el problema en el referido sector del Derecho aplicable.

<sup>52</sup> En la conocida STS (Sala de lo Civil) de 22 de marzo de 2000 (RJ 2000/2485) se descartó la aplicación de la ley francesa, correspondiente a la nacionalidad del hijo (art. 9.4 CC), a favor de la ley española, por ser la española la nacionalidad que tendría de ser establecida la filiación, dado que ésta se reclamó respecto de un padre español. A juicio del TS, el *favor filii* demandaba la aplicación de la futura nacionalidad del hijo. Posteriormente, con menor acierto, la SJPI Pamplona (Núm. 4) de 26 de octubre de 2001 (*ibid.*, AC 2001/2126), basándose en la anterior resolución, afirma claramente que “*el hecho de que reclame la paternidad de un ciudadano español, es causa suficiente para considerar aplicable la ley española*” (FD Segundo). El JPI no tiene en cuenta que en la situación abordada por el TS se trataba de declarar la paternidad extramatrimonial de un español respecto de una menor, que por su condición de tal adquiriría ex lege la nacionalidad española (art. 17.1 CC), pero en el caso que ocupaba al propio JPI la hija no adquiriría la nacionalidad española por medio de la determinación de la filiación, por ser mayor de edad: podría hacerlo únicamente en caso de que optara en los dos años siguientes a dicha determinación, en virtud de lo dispuesto en el art. 17.2 CC.

tanto, puede ser errónea incluso cuando la cuestión haya de resolverse en el marco del Derecho aplicable. Sólo sería acertada en cualquier situación si se sostiene que dicho artículo contiene una norma material imperativa<sup>53</sup>, pues en tal supuesto la aplicación de cualquier norma extranjera debe ser descartada.

## 2. Objeto del reconocimiento en el marco del Registro civil

12. La solicitud de inscripción del nacimiento de los niños nacidos en el extranjero a través de una maternidad de sustitución puede respaldarse documentalmente de dos formas: con la decisión de las autoridades extranjeras por las que se atribuye a los comitentes la paternidad de los niños (en el caso de las californianas, como se ha indicado, anterior al parto), o a través de la certificación del Registro extranjero en el que se haya inscrito, en su caso, tal hecho. Ahora bien: la certificación registral extranjera no es más que un documento público que acredita que el hecho o el acto se encuentran inscritos en un registro público (extranjero). Esa certificación podrá emplearse, gracias al principio de equivalencia funcional, como prueba *iuris tantum* de la realidad y legalidad del hecho o del acto inscribible según la ley del Estado al que pertenece el Registro, también más allá de las fronteras de este Estado, porque permitirá presumir que, con carácter previo a la práctica del asiento, la autoridad extranjera habrá verificado la realidad y legalidad del hecho o del acto conforme a su Derecho. Pero la inscripción en el Registro civil español exige de la comprobación de la legalidad del hecho a la luz del ordenamiento español (que no, necesariamente, en aplicación de la ley española).

En efecto, habida cuenta de la (a mi entender) confusión en la que incurre la DGRN<sup>54</sup>, conviene advertir que la certificación registral extranjera únicamente podría acreditar que la autoridad encargada del registro extranjero ha tomado dos decisiones: la de acordar la inscripción en el Registro en el que sirve, y la de emitir la certificación registral que los interesados le hayan pedido. La primera decisión, la de inscribir, se adopta cuando se cumplen los requisitos establecidos a tal efecto en el Derecho registral extranjero, que, como todo Derecho registral está sujeto a un estricto principio de territorialidad. Y otro tanto cabe afirmar de la decisión de expedir la certificación: si ésta ha tenido lugar, es porque se han dado las condiciones (legitimidad del solicitante, posibilidad de publicitar el hecho o el acto, pago, en su caso, de la correspondiente tasa, etc.) previstas al efecto en una normativa, la del Estado del registro, que nunca resulta de aplicación en otro Estado. Pero, salvo en el caso de que la inscripción registral tuviese carácter constitutivo, ninguna de estas decisiones podría ser objeto de reconocimiento. Cada una de ellas agota sus efectos en sí misma. Lo que puede ser reconocido es el hecho o acto jurídico que ha sido inscrito en otro Estado, y no la certificación registral. Como se ha indicado, ésta constituye un excelente medio de prueba de la realidad del acto y de su legalidad según el Derecho extranjero, pero no es la decisión en sí misma. En consecuencia, la autoridad registral española debe adoptar su propia decisión sobre el acceso del nacimiento al Registro español, con base en la normativa registral española.

13. Así, el Encargado del Registro civil (consular o municipal) español debe calificar el título, cualquiera que éste sea, esto es, analizar su validez y la del hecho; y si además es una certificación registral extranjera, el artículo 23 LRC exigirá que no

---

<sup>53</sup> *Vid.*, a este respecto, QUIÑONES ESCÁMEZ, A., "Doble filiación paterna de gemelos nacidos en el extranjero mediante maternidad subrogada", *cit.*, pp. 17-18.

<sup>54</sup> *Vid. supra*, nota 45.

haya duda de la realidad del hecho inscrito y de su legalidad conforme a la ley española. En el desarrollo de este precepto se diferencian dos situaciones: el artículo 81 RRC regula la inscripción del hecho del que da fe una certificación registral extranjera, y el artículo 83 RRC, la del acto que se haya constituido por sentencia extranjera. Por ello, será preciso determinar si la maternidad de sustitución se ha establecido *ex lege* o a través de resolución judicial. En el primer caso, no existiría, en rigor, una decisión con efectos de cosa juzgada que pudiera ser objeto de reconocimiento, de manera que la inscripción en el Registro español podría realizarse en aplicación del artículo 81 RRC (en el siguiente párrafo se expone en qué consistiría). Pero si el ordenamiento del Estado al amparo del cual se ha establecido una relación de filiación a favor de los comitentes exige la intervención de una autoridad judicial con carácter previo o posterior al parto, la inscripción de la filiación en el Registro español precisará del previo reconocimiento de esa decisión, *ex artículo 83 RRC*<sup>55</sup>. Esta es la situación en el caso resuelto por la DGRN: las autoridades californianas, antes del parto, ya habían verificado que se daban las condiciones precisas para atribuir a ambos hombres la paternidad de los niños que estaban por nacer. De esta forma, como la decisión procede de un Estado (California, EEUU) con el que no existe ningún convenio, y por lo tanto no hay instrumento convencional que habilite el reconocimiento automático<sup>56</sup>, el propio Encargado carecía de competencia para verificar el cumplimiento de las condiciones de reconocimiento. Resultaba imprescindible acudir previamente al procedimiento de exequátur regulado en los artículos 954 y ss. LEC 1881<sup>57</sup>.

La DGRN debía haber rechazado el recurso presentado frente a la decisión del Encargado del Registro consular, ante su propia incompetencia para reconocer la resolución californiana. Pero el Centro Directivo aporta una solución muy diferente. Considera que la certificación registral (no la resolución de los tribunales californianos estableciendo la filiación) es la decisión que debe reconocerse, de manera que no acude al artículo 83 RRC, sino a lo dispuesto en el artículo 81 RRC. Obsérvese que, si se generalizase esta consideración de que el objeto de reconocimiento es la certificación registral, y no la decisión que ha constituido el acto inscrito, el artículo 83 RRC quedaría vacío de contenido. Un divorcio pronunciado por autoridad extranjera, por ejemplo, se sometería al artículo 81 RRC, y no al artículo 83 RRC (o, en su caso, al artículo 84.1 RRC), siempre que se presentase a inscripción en el Registro español a través de la correspondiente certificación registral extranjera. El problema que ello comporta es que se desconoce lo establecido en una norma, y que esta norma tiene su razón de ser. Lo que el artículo 83 RRC pretende es que siempre que el acto tenga su origen en la resolución de una autoridad que interviene con carácter constitutivo se aplique el artículo 83 RRC, para evitar que acceda al Registro español un acto extranjero que quizás no cumpla las condiciones precisas para ser reconocido. Que es lo que ocurre en el supuesto analizado.

---

<sup>55</sup> Art. 83 RRC: “No podrá practicarse inscripción en virtud de sentencia o resolución extranjera que no tenga fuerza en España; si para tenerla, requiere exequatur, deberá ser previamente obtenido”.

<sup>56</sup> Sobre el significado y alcance del reconocimiento automático, y para una relación de tales convenios, puede consultarse mi trabajo “Tratamiento procesal del reconocimiento de resoluciones extranjeras en la práctica de las autoridades españolas” en *REEI*, núm. 16, 2008 ([www.reei.org](http://www.reei.org)).

<sup>57</sup> En este mismo sentido, QUIÑONES ESCÁMEZ, A., “Nota a Res. DGRN de 18 de febrero de 2009”, cit.; e *id.*, “Doble filiación paterna de gemelos nacidos en el extranjero mediante maternidad subrogada”, cit., p. 13.

En mi opinión, en "el Asunto", la resolución californiana no debía ser reconocida –al no menos globalmente– por las autoridades españolas. Pero los argumentos que sustentan tal opinión difieren en gran medida de los que aporta la DGRN para ordenar la inscripción. Y cabe advertir que el análisis que la DGRN efectúa en lo que respecta al reconocimiento de la certificación registral resulta extrapolable, con ciertas salvedades, al tratamiento de la (auténtica) decisión objeto de reconocimiento, toda vez que las condiciones que la DGRN considera de aplicación al reconocimiento de la certificación son prácticamente idénticas a las condiciones previstas en el régimen de exequátur<sup>58</sup>. Como el artículo 81 RRC sólo establece que "*el documento auténtico, sea original o testimonio, sea judicial administrativo o notarial, es título para inscribir el hecho de que da fe. También lo es el documento auténtico extranjero, con fuerza en España con arreglo a las Leyes o los Tratados internacionales*", la DGRN tiene que desarrollar el contenido del control de legalidad del documento. Y lo hace afirmando (FD Cuarto) que dicho documento debe: (1) cumplir los requisitos exigibles a cualquier documento público para que tenga fuerza probatoria (arts. 323 y 144 LEC 2000, y para el ámbito registral, arts. 88 y 86 RRC); (2) haber sido expedido por una autoridad con funciones equivalentes a las autoridades registrales españolas (art. 85 RRC), esto es, por la autoridad encargada de un registro regular y auténtico que no se limite a dar fe del acto, sino que verifique el cumplimiento de las condiciones exigidas para su validez; y (3) contener un acto legal. En este control de legalidad del acto, la DGRN incluye (a) el control de la competencia de la autoridad extranjera; (b) el control del respeto a los derechos de defensa de los interesados; y (c) el control del orden público. Así las cosas, la DGRN analiza los motivos de denegación del reconocimiento que, en este supuesto, como en cualquier otro de maternidad de sustitución, pueden resultar particularmente problemáticos: el control de la competencia de la autoridad de origen y el control del orden público. A mi juicio, teniendo en cuenta que el artículo 81 RRC no es aplicable si intervino un autoridad judicial; que si dicho precepto se aplicara en el supuesto sería porque la filiación se constituyó *ex lege*, sin procedimiento ninguno, sólo habría de comprobarse la eficacia probatoria del documento público extranjero que contenga el acto, y la conformidad de éste con el orden público español (*vid.* § 18).

### **III. ASPECTOS SUSTANTIVOS DEL RECONOCIMIENTO**

#### **1. Control de la competencia judicial internacional de la autoridad de origen**

##### **1.1. Finalidad del control de la competencia judicial internacional**

14. En un pasaje de la resolución recaída en "el Asunto" se puede leer que "*de la competencia de la autoridad registral extranjera (...) no cabe dudar en el presente caso*"<sup>59</sup>; lo cual es tan cierto como obvio (y superfluo). La DGRN no repara en que la competencia de la autoridad registral californiana es indiscutible, porque sólo puede tratarse de competencia para inscribir en su propio registro, y ésta es siempre exclusiva de las autoridades del Estado en el que se encuentra tal registro; que, en

---

<sup>58</sup> *Id.*, "Doble filiación paterna de gemelos nacidos en el extranjero mediante maternidad subrogada", cit., pp. 13-14.

<sup>59</sup> FD Cuarto in fine de la Resolución: "*Aparte la exigencia de la competencia de la autoridad registral extranjera y del respeto, en su caso, de los derechos de defensa de los interesados, extremos de los que no cabe dudar en el presente caso, se exige, como no puede ser de otro modo, que la certificación registral extranjera no produzca efectos contrarios al orden público internacional español*".

realidad, dicha competencia de la autoridad registral resulta totalmente indiferente, desde el momento en que no es la autoridad que interviene en la constitución del acto. Se trata del error de enfoque ya comentado<sup>60</sup>: el objeto de reconocimiento no es la propia certificación registral, sino la resolución de los tribunales californianos<sup>61</sup>. Sin embargo, esa afirmación pone en la pista de una condición a la que siempre se supedita el reconocimiento de decisiones extranjeras: el control de la competencia internacional de la autoridad que intervino<sup>62</sup>.

El fundamento legal para efectuar el correspondiente control de la competencia de la autoridad de origen y la forma en que haya de realizarse difieren de forma importante en función del régimen que rijan la cuestión, y, por tanto, del Estado de origen de la decisión<sup>63</sup>. Si ésta procede de un Estado con el que existe un convenio en materia de reconocimiento<sup>64</sup>, tal convenio, con toda probabilidad, obligará a supeditar tal reconocimiento a un control de la competencia de la autoridad del Estado de origen con arreglo a las normas de competencia indirecta previstas en el propio instrumento<sup>65</sup>. Pero cuando no existe convenio entre el Estado donde se ha dictado la

---

<sup>60</sup> Cabe recordar que este control no se realiza, en la Resolución de la DGRN de 18 de febrero de 2009, en tanto que control propio del reconocimiento de decisiones extranjeras, sino como parte del control de legalidad del documento público extranjero (la certificación registral). Este documento, según se ha indicado, para la DGRN debe cumplir los requisitos exigibles a cualquier documento público para que tenga fuerza probatoria, haber sido expedido por una autoridad con funciones equivalentes a las autoridades registrales españolas y contener un acto legal; y es en este control de legalidad del acto, donde se incluye el control de la competencia de la autoridad extranjera

<sup>61</sup> El razonamiento de la DGRN, de poder ser mantenido, también debería aplicarse en los supuestos en que se insta la inscripción de un divorcio dictado por órganos jurisdiccionales extranjeros por medio de la certificación registral extranjera. Aplicando los argumentos del Centro Directivo, nunca habría problemas de competencia de la autoridad de origen: siempre está justificada la competencia de la autoridad registral extranjera.

<sup>62</sup> Como se ha avanzado, el tratamiento de la cuestión varía cuando en la maternidad de sustitución no intervenga ninguna autoridad, esto es, cuando la atribución de la filiación a los comitentes se realice *ex lege* (*vid.* § 18).

<sup>63</sup> En esta sede, cualquier referencia al Estado de origen debe entenderse en el sentido habitual en el sector del reconocimiento, esto es, como Estado al que pertenece la autoridad judicial que dictó la correspondiente decisión. No debe confundirse, así, con el “Estado de origen” de los turistas legales. El Estado de origen de la decisión es, justamente, el Estado turístico.

<sup>64</sup> Por el momento, ningún acto comunitario regula el reconocimiento de resoluciones en esta materia: el Reglamento Bruselas II bis (Reglamento (CE) núm. 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) núm., 1347/2000, *DOCE* L 338, 23-XI-2003) dispone, en el artículo 1.3 a), que no resulta aplicable a “la determinación y a la impugnación de la filiación”.

<sup>65</sup> En la actualidad, ninguno de los Estados con los que España tiene convenio bilateral en materia de reconocimiento aplicable también a la maternidad de sustitución, es un Estado de turismo procreativo. Pero a modo de ejemplo, puede observarse que, si en Francia llegase a legalizarse la práctica, salvo que optase por el sistema de establecimiento de la filiación a favor de los comitentes sin intervención de autoridad, el reconocimiento de las (eventuales) decisiones de las autoridades francesas se sometería al Convenio entre España y Francia sobre reconocimiento de decisiones judiciales y arbitrales y actas auténticas en materia civil y mercantil, de 28 de mayo de 1969 (*BOE*, núm. 63, 14-III-1970), cuyo artículo 3 dispone que “las resoluciones dictadas por los Tribunales de una de las Partes contratantes serán reconocidas

decisión y España –y no existe si tal Estado es California, el Reino Unido, Grecia o Ucrania–, la autoridad española requerida no encontrará un precepto legal que se refiera a la obligación de control de la competencia internacional de la autoridad de origen, y al modo de realizarlo; en este caso, el requisito es de origen puramente jurisprudencial.

15. Lo que justifica que el control de la competencia internacional de la autoridad de origen se efectúe a pesar de la ausencia de una norma expresa, es el doble objetivo que la condición persigue. En primer lugar, procura proteger las competencias exclusivas de los tribunales españoles, denegando el reconocimiento de las decisiones que hayan recaído en alguna materia en la que existe tal competencia exclusiva; y, en segundo término, se dirige a constatar que el tribunal extranjero conoció con base en un foro proporcionado<sup>66</sup>. De esta forma, como entre las materias que el artículo 22.1 LOPJ atribuye de forma exclusiva a los tribunales españoles no se encuentra ninguna relacionada con los aspectos sustantivos de la filiación, el control en las resoluciones sobre maternidad de sustitución debería limitarse a verificar la segunda de las finalidades. Y, cuando se realiza tal comprobación, convendría tener presente que su fin último es garantizar los derechos de defensa de las partes en el proceso<sup>67</sup>. De este modo, la falta de competencia internacional de la autoridad de origen debería ser esgrimida en muy pocas ocasiones como motivo de denegación del reconocimiento de las decisiones que se dictan en supuestos de maternidad de sustitución, pues no es habitual que los tribunales del Estado de origen carezcan de una vinculación estrecha con la situación (incluso en los casos de turismo reproductivo, como se verá) y que, con ello, alguna de las partes en el proceso haya visto vulnerado su derecho de defensa. Pero no cabe obviar que existe otra lectura del control de la competencia internacional de la autoridad de origen: la jurisprudencia española viene interpretando que el foro no es proporcionado si los interesados han acudido a las autoridades extranjeras de forma fraudulenta; esto es, si se trata de un foro de conveniencia<sup>68</sup>. De otro modo expuesto, el control de la competencia también se dirige a sancionar con el no reconocimiento la práctica del *forum shopping* fraudulento<sup>69</sup> o del turismo legal, a mi juicio de forma criticable<sup>70</sup>.

---

en el territorio de la otra: 1. Si el Tribunal de origen es competente conforme a lo dispuesto en el artículo 7 del presente Convenio". Así, la competencia del juez francés debería valorarse en aplicación de las normas de competencia indirectas que establece este precepto; que, cabe advertir, no están adaptadas a la materia.

<sup>66</sup> Cfr. FERNÁNDEZ ROZAS, J.C./ SÁNCHEZ LORENZO, S., *Derecho internacional privado*, cit., p. 230; en el mismo sentido, VIRGÓS SORIANO, M./ GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J., *Derecho procesal civil internacional. Litigación internacional*, 2ª ed., Civitas, Cizur Menor, p. 607.

<sup>67</sup> En determinados supuestos la incomparecencia del demandado puede ser tan voluntaria (en cuyo caso, no puede alegar su rebeldía como motivo de denegación del reconocimiento al amparo del artículo 954.2 LEC 19881) como justificada, habida cuenta del carácter exorbitante del foro en el que el tribunal de origen fundamentó su competencia: FERNÁNDEZ ROZAS, J.C./ SÁNCHEZ LORENZO, S., *Derecho internacional privado*, cit., pp. 230-231.

<sup>68</sup> Vid., ad ex., Auto TS (Sala 1ª) de 15 de febrero de 2000, RAJ, 2000, núm. 1771.

<sup>69</sup> Sobre este objetivo en la práctica de las autoridades españolas, vid. FERNÁNDEZ ROZAS, J.C./ SÁNCHEZ LORENZO, S., *Derecho internacional privado*, cit., p. 230.

<sup>70</sup> Vid. en relación con el "turismo divorcista" las observaciones que en su día realicé en "Negativa al exequátur de decisiones extranjeras de divorcio por residir ambas partes en España en el momento de pronunciarse", *AEDIPr*, t. II, 2002, pp. 641-643

## 1.2. La (cuestionable) represión del fraude a través del control de la competencia judicial internacional

16. Las conexiones de la situación con las autoridades que deciden sobre la maternidad de sustitución son evidentes cuando, como ocurre en “el Asunto” y en la mayor parte de los supuestos en los que se acude a esta práctica, esas autoridades son, a la vez, las del lugar de celebración del contrato, las del Estado del domicilio y la nacionalidad de la gestante, las del lugar en el que se practica la técnica de RHA y las del lugar en el que se produce el nacimiento del o de los niños. El control de competencia estaría sobradamente superado si se limitase a la verificación de la existencia de vínculos relevantes para descartar que los derechos de defensa de las partes en el proceso puedan haberse vulnerado por su inexistencia. Otros Estados, como el nuestro, podrán desear que las autoridades extranjeras (californianas, en “el Asunto”) exijan, además, que el domicilio o la residencia habitual de los comitentes se encuentre en el Estado donde la técnica de RHA es legal, para que sus nacionales o residentes no acudan a ella en ese otro Estado, ya que está prohibida en el propio; de hecho, si en Estados como California se primase el objetivo de acabar con el turismo procreativo –en ese Estado- frente a cualquier otro, tal limitación resultaría una excelente medida. Pero para el Estado “turístico” existen otros intereses en juego, como los de las mujeres gestantes (californianas), las agencias de intermediación (californianas), las clínicas de RHA (californianas), los bufetes (californianos) y cualquier otra persona física o jurídica que interviene y que normalmente estaría sujeta, en función de su domiciliación o residencia, a las autoridades de dicho Estado. También esos intereses resultan dignos de protección, por lo que no es criticable que las autoridades extranjeras (en este caso, las californianas) se consideren competentes para intervenir en las situaciones en las que pueden verse comprometidos, que es lo que ocurre en los supuestos típicos de maternidad de sustitución. En suma, creo que la competencia de las autoridades de California en “el Asunto”, aunque no se restrinja suficientemente en aras de evitar el turismo procreativo, no puede considerarse exorbitante o desproporcionada. No hay motivos, pues, para denegar el reconocimiento por ausencia de competencia judicial internacional de esas autoridades. En la valoración de esa competencia, que era razonable, no ha de influir la sospecha (ni siquiera la convicción) de que la pareja española acudió a California, a sus agencias, clínicas y autoridades, para eludir la aplicación de la ley española, esto es, realizando un *forum shopping* fraudulento “de libro”, como el que, en mi opinión<sup>71</sup>, llevó a cabo la pareja española.

Como la DGRN no coincide en esta apreciación sobre el fraude, conviene atender a sus argumentos antes de explicar las razones que subyacen a la afirmación anterior, dado que, como he indicado, las autoridades españolas competentes para el reconocimiento, de seguir la doctrina habitual, realizarían un control a tal efecto. Pues bien: en el marco del análisis que realiza de la conformidad de la certificación registral extranjera con el orden público, el Centro Directivo considera que “*tampoco*”<sup>72</sup> se puede

---

<sup>71</sup> Y el de otros autores. Por ejemplo, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., “Hijos made in California”, cit., p. 2. También FERNÁNDEZ ROZAS, J.C. /SÁNCHEZ LORENZO, S., en *Derecho internacional privado*, cit., p. 419, hablan de “fraude de ley de libro” (yo he tomado de ahí la expresión).

<sup>72</sup> La DGRN afirma, en primer lugar, que no se ha realizado ningún fraude de ley según lo previsto en el artículo 12.4 CC. Y, en efecto, los comitentes no han usado la norma de conflicto (española), ni han alterado ningún punto de conexión de la norma de conflicto española para eludir la aplicación de una norma imperativa española. Las normas de Derecho

*estimar que los interesados hayan incurrido en el conocido como «Forum Shopping fraudulento» al haber situado la cuestión de la determinación de la filiación en manos de las autoridades californianas con el fin de eludir la Ley imperativa española*<sup>73</sup>. El motivo de tal imposibilidad es que "la certificación registral californiana no es una sentencia judicial que causa estado de cosa juzgada y que se intenta introducir en España para provocar un estado inalterable de filiación oponible erga omnes". Si bien a continuación, añade que "Dicho aspecto debe ser vinculado con el interés del menor, que es un interés «superior» (...), de forma, modo y manera que dicho interés se impone sobre cualquiera otra consideración en juego, tal y como podría ser la represión de movimientos presuntamente fraudulentos en los que, por cierto, el auto recurrido denegatorio de la inscripción ni siquiera se ha referido. (...)". La primera razón que alega la DGRN, así, para descartar que los padres se hayan desplazado a California para soslayar la prohibición española, es que la certificación registral no produce efectos de cosa juzgada, de manera que los comitentes no la intentan "introducir en España para provocar un estado inalterable de filiación (...)". No obstante, poca duda cabe de que los promotores lo que quisieron en su día fue obtener, primero, la decisión judicial californiana (pues así lo solicitaron a las autoridades extranjeras), y, a continuación, la inscripción del nacimiento de sus hijos en el Registro español, con la correspondiente filiación. La inscripción registral española podrá impugnarse, pero mientras no lo sea, funcionará como prueba privilegiada del estado civil<sup>74</sup>. Un vez más, el enfoque no era el apropiado: es la resolución extranjera la que es objeto del reconocimiento, y tal resolución sí surte efectos de cosa juzgada y crea un estado de filiación inalterable, al menos desde el punto de vista del ordenamiento californiano. Sobre la invocación que la DGRN realiza, en segundo término, del interés del menor volveré enseguida. Ahora interesa insistir en la idea de que cabe la posibilidad de que los órganos jurisdiccionales españoles consideraran que hubo *forum shopping* fraudulento y que, salvo que hicieran prevalecer otros intereses, denegaran el reconocimiento.

17. El control de la competencia de la autoridad del Estado de origen, sin embargo, es oportuno cuando persigue exclusivamente las finalidades antes señaladas, esto es, proteger las competencias exclusivas de las autoridades españolas y garantizar los derechos de defensa de las partes en el proceso; pero no debería conducir a denegar el reconocimiento oponiendo el *forum shopping*<sup>75</sup>. Cuando existen conexiones suficientes y relevantes con las autoridades extranjeras, no cabe afirmar que éstas no sean competentes a efectos del reconocimiento porque para las autoridades españolas sólo sirva una conexión en particular que no concurre<sup>76</sup>. Semejante recurso al *forum shopping*, en mi opinión, no garantiza adecuadamente la

---

aplicable no van a aportar una solución correcta al supuesto, dado que el problema es de reconocimiento (*vid. supra*). A continuación, sin embargo, realiza la afirmación que sigue.

<sup>73</sup> *Vid.* FD Quinto.

<sup>74</sup> *Vid.*, en un sentido análogo, QUIÑONES ESCÁMEZ, A., "Doble filiación paterna de gemelos nacidos en el extranjero mediante maternidad subrogada", *cit.*, p. 13.

<sup>75</sup> Cuestión distinta es que el control de la competencia indirecta pueda ayudar a desincentivar el *forum shopping* y las conductas oportunistas, como ponen de relieve VIRGÓS SORIANO, M./ GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J., *Derecho procesal civil internacional. Litigación internacional*, *cit.*, p. 607.

<sup>76</sup> En "el Asunto", por ejemplo, ya se ha puesto de relieve que las conexiones eran múltiples; que, de hecho, únicamente faltaba que los comitentes tuvieran su residencia habitual o domicilio en California para que la situación fuese casi una situación interna desde el punto de vista californiano (a salvo de la nacionalidad).

seguridad jurídica. Primero, porque esta práctica no permite conocer con certeza qué conexiones serán consideradas suficientes a efectos de reconocimiento. En esta materia, por ejemplo, una norma de competencia indirecta que considerase que las autoridades del Estado de origen son competentes si los comitentes tenían allí su residencia habitual o domicilio (norma que resultaría adecuada como norma de competencia directa), podría dar lugar a resultados indeseados. No evitaría el reconocimiento en determinadas ocasiones, en las que, sin embargo, el *forum shopping* fraudulento podría ser claro<sup>77</sup>, y obligaría a su denegación en otras, en las que tal conducta podría ser descartable<sup>78</sup>. ¿Cuáles son, entonces, las conexiones adecuadas? Pues probablemente ninguna en particular, si lo que se plantea es una respuesta en clave de fraude, pues éste siempre dependerá de una evaluación de las intenciones de las partes. Debería tenerse en cuenta, en segundo lugar, que los propósitos de una persona –o de una pareja– son siempre inciertos: por muy claro que pueda parecer, que haya o no ánimo defraudatorio en la conducta de los comitentes es algo muy difícil de probar. Si lo que se pretende es que no se lleve a cabo una determinada conducta, ésta debe prohibirse, y la norma prohibitiva debe acoger la correspondiente sanción. Pero los inciertos mecanismos reguladores del fraude de ley no son los más adecuados para sancionar una conducta que no está prohibida. No es censurable, a mi juicio, acudir a autoridades extranjeras para que éstas apliquen un Derecho más favorable, a no ser que ese desplazamiento esté expresamente prohibido (lo que, en la actualidad, no ocurre en el Derecho español en materia de maternidad de sustitución<sup>79</sup>). Ahora bien: es preciso valorar si la ley que en principio debería aplicarse (la española), la que se elude con el desplazamiento al extranjero, garantiza ciertos derechos fundamentales, o refleja determinados valores esenciales del ordenamiento jurídico (español) que no se respetan de forma suficiente en la ley del Estado turístico. Lo que interesa, entonces, es analizar si el reconocimiento de los efectos de la decisión obtenida en el extranjero, esto es, la extensión de sus efectos al ordenamiento español, contraviene esos derechos o valores fundamentales en este Estado. De otro modo expuesto, la respuesta que ha de recibir esta cuestión no ha de venir dada por el recurso al fraude, sino que radica en la cláusula de orden público internacional.

---

<sup>77</sup> Piénsese en el supuesto de que los comitentes tengan su domicilio en California, pero sean españoles, y la gestante sea española, residente en España y haya dado a luz en España. ¿Entenderían justificada las autoridades españolas la competencia de las autoridades californianas para declarar padres a los comitentes, aún estando domiciliados en California? Seguramente no: es muy probable que, en este caso, también alegaran que acudir a esas autoridades tuvo como objetivo eludir la aplicación de la ley española.

<sup>78</sup> Por ejemplo, si los comitentes son estadounidenses residentes en el Reino Unido, donde pueden constituir una maternidad de sustitución legalmente, pero prefieren desplazarse a California por razones personales (por ejemplo, porque conocen a una gestante, o son familiares de algún médico especialista en la materia...), no cabe alegar, frente al reconocimiento de la eventual resolución californiana, que han buscado fraudulentamente este foro. Una situación de la práctica en la que se consideró que no hubo *forum shopping* fraudulento es la resuelta por la *Corte di Appello di Bari*, antes mencionada: se trataba de un matrimonio entre una italiana y un inglés que acudieron a la maternidad subrogada en el Reino Unido, aún cuando estaban domiciliados en Italia; la nacionalidad del marido y el hecho de que no estuviese regulada en el lugar del domicilio (en ningún sentido) justifica la impresión de que no hubo fraude: *cfr.* CAMPIGLIO, C., “Lo stato di figlio nato da contratto internazionale di maternità”, cit., p. 595.

<sup>79</sup> Está prohibida la práctica en España, pero ninguna norma recoge en su supuesto de hecho que los españoles o los residentes o domiciliados en territorio español tienen prohibido acudir al extranjero a tal efecto, y la sanción (civil o penal) que correspondería a los infractores.

18. La solución en clave de orden público, además, es también válida cuando la filiación se atribuye por la ley, sin necesidad de intervención de autoridad en la conformación del acto. Si la filiación de los comitentes se produjese *ex lege*, carecería de sentido el control de competencia de la autoridad de origen y la elaboración de una respuesta oponiendo el *forum shopping*. Y, sin embargo, el conflicto sería el mismo: el hecho de que los comitentes hayan acudido al extranjero para lograr lo que la ley española les niega no cambia en función de que haya intervenido o no una autoridad. En ambos casos, las razones para acordar o denegar el reconocimiento de esa filiación deben, en mi opinión, hallarse en el orden público.

## 2. El orden público internacional

### 2.1. El principio de igualdad y el interés del menor como fundamentos de la obligatoriedad del reconocimiento según la DGRN

19. La DGRN dedica buena parte de su Resolución de 18 de febrero de 2009 al análisis del orden público internacional. Se propone demostrar que la inscripción registral de la filiación controvertida no atenta contra ese orden público, aportando argumentos de variada índole. Uno, ya mencionado, se centra en el fraude a la ley y a la competencia (número seis del FD Quinto), si bien concluye, como se ha visto, con la alegación del interés del menor frente a la eventual denegación del reconocimiento por cualquiera de esos motivos. De los otros argumentos, tres invocan el principio de igualdad y el resto gira en torno a dicho interés del menor. Analizaré en primer lugar esos tres argumentos vinculados al principio de igualdad (§§ 20 y 21), para volver a continuación sobre el otro principio (§ 22).

20. El principio de igualdad ante la ley se trae a colación para negar que el reconocimiento de la filiación de los nacidos en California en favor (*sic*) de dos sujetos varones vulnere el orden público internacional español, porque "*también en el Derecho español se admite la filiación en favor de dos varones en caso de adopción, sin que quepa distinguir entre hijos adoptados e hijos naturales, ya que ambos son iguales ante la Ley*". Así, añade la DGRN que "*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*". Por otra parte, a continuación afirma que, como cabe la posibilidad de que la esposa de una mujer sea también designada como madre, "*no permitir que la filiación de los nacidos conste en favor de dos varones resultaría discriminatorio por una razón de sexo, lo que está radicalmente prohibido por el artículo 14 de la Constitución (...)*". En definitiva, la DGRN no valora si la inscripción de la filiación establecida por maternidad de sustitución en California puede o no vulnerar el orden público español, sino que viene a criticar y tildar de contrario al principio de no discriminación al propio ordenamiento español, toda vez que es este ordenamiento el que hace imposible que dos varones vean atribuida la paternidad biológica de dos niños. A juicio de la DGRN, la imposibilidad de inscribir esta doble paternidad no adoptiva es lo que sería contrario al orden público, de forma que éste no es empleado como motivo que obstaculiza (en su caso) el reconocimiento de una decisión extranjera, sino como fundamento de la obligatoriedad de inscribirla. El enfoque, de nuevo, es incorrecto<sup>80</sup>. Además, afirmar que las normas españolas

---

<sup>80</sup> Podría ser correcto en sus inicios (aunque se discrepe de la solución), cuando la DGRN afirma que "*(...) la incorporación de esta certificación registral extranjera al orden jurídico español no daña los intereses generales, esto es, no perjudica la estructura jurídica básica del Derecho español y, por ello, tampoco lesiona la organización moral y jurídica*

encierran una situación contraria al principio de igualdad exigiría, cuanto menos, un mayor esfuerzo argumentativo.

21. Las normas sustantivas españolas impiden, ciertamente, que la filiación de un hijo esté determinada en relación con dos varones, salvo que esa filiación sea adoptiva al menos en relación con uno de ellos. Y ello es así, porque en el Derecho español sigue rigiendo la máxima *mater semper certa est*. La maternidad queda siempre establecida a través del parto, que no puede ser anónimo<sup>81</sup>. Son múltiples las razones que se esgrimen en apoyo de este principio<sup>82</sup>; baste ahora destacar que el interés del menor exige que al menos haya una persona que se responsabilice de él desde su nacimiento, y nada más seguro, a tal efecto, que la persona que necesariamente tiene que traerlo al mundo<sup>83</sup>. Por ello, mientras no se articule un modo más seguro de atribuir al recién nacido una paternidad o maternidad, y mientras no se admita que la paternidad o la maternidad puedan venir establecidas en relación con más de dos personas, resultará también inviable una doble paternidad (dos padres, varones) que no sea adoptiva. Conforme al Derecho español, siempre se considerará que una mujer es la madre biológica, y es la mujer que da a luz, con independencia de que otra mujer pueda ser la que ha aportado el material genético a partir del cual se desarrolló el embrión. Como tal madre, se deberá inscribir en el asiento correspondiente al nacimiento de su hijo, aunque posteriormente renuncie a la maternidad y el hijo pueda ser adoptado por un hombre (por ejemplo, por el cónyuge o pareja del padre biológico) o por dos (si ninguno es el padre biológico).

De esta forma, no cabe duda de que las normas españolas comportan una clara discriminación, pero sólo en la primera acepción del término: discriminar es “seleccionar excluyendo”<sup>84</sup>. Se diferencian las situaciones, como es natural, porque las

---

*general, básica y fundamental de la sociedad española. En consecuencia, la introducción en la esfera jurídica española de la certificación extranjera presentada no altera el correcto y pacífico funcionamiento de la sociedad española, como estructura supraindividual, establecido por el legislador*”. Incurrir en el error argumentativo al exponer las razones que justificarían la anterior aseveración.

<sup>81</sup> Vid. RIVERO HERNÁNDEZ, F., “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*)”, *RJC*, 2004, pp. 105-134. Crítico con la normativa española, DURÁN RIVACOBBA, R. “El anonimato del progenitor”, *AC*, núm. 1, 2004, pp. 2081-2120 (trabajo consultado en *Westlaw Aranzadi: BIJ 2004/332*). Vid. también, entre otros, BALLESTEROS DE LOS RÍOS, M., “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)”, *RPC*, núm. 13, 1999, pp. 37-79; y NIETO ALONSO, A., “Reproducción asistida y anonimato de los progenitores”, *AC*, núm. 16, 2004, pp. 2309-2336 (*Westlaw Aranzadi*, 2004/1745).

<sup>82</sup> Vid., *ad ex.*, los que expone RIVERO HERNÁNDEZ, F., “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*)”, *cit.*, pp. 121-122.

<sup>83</sup> El sistema español recoge, así, lo que en Italia se conoce como “principio constitucional de la responsabilidad de la parturienta”, frente a los otros dos posibles sistemas de atribución de la maternidad, a saber: el reconocimiento de la maternidad genética, y el reconocimiento de la maternidad a favor de la mujer que haya mostrado la voluntad de procrear (la comitente): *cf.* CAMPIGLIO, C., “Lo stato di figlio nato da contratto internazionale di maternità”, *cit.* p. 593.

<sup>84</sup> Vid. 22ª ed. del Diccionario de la Lengua Española ([www.rae.es](http://www.rae.es)).

situaciones son diferentes. El principio de igualdad no se resiente<sup>85</sup>. Mientras los hombres no puedan dar a luz, no será posible que se determine su paternidad por el parto. Por eso, tampoco creo que quepa alegar infracción alguna del principio en el hecho de que sí pueda establecerse una doble maternidad (dos madres)<sup>86</sup>. 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 en 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 niño engendrado 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 marido<sup>87</sup>. 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 es que la madre pueda hacer desaparecer su identidad del parte de nacimiento o del registro<sup>88</sup>. 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.

22. Por lo que al interés del menor respecta, la DGRN parte, con toda la razón, de que en esta materia resulta superior a cualquier otro. Pero no creo que acierte al traducir ese interés, cuando afirma que obliga a la inscripción de la filiación para que los menores no queden privados de una filiación inscrita (*sic*)<sup>89</sup>, y para que estén al cuidado de los sujetos que han dado su consentimiento para ser padres<sup>90</sup>. Además, alega el "derecho a una identidad única" de los menores que deduciría de la

---

<sup>85</sup> No hay discriminación según la acepción segunda del término "discriminar", que según la RAE es "dar trato de inferioridad a una persona o colectividad por motivos raciales, religiosos, políticos, etc." (*ibídem*).

<sup>86</sup> Señala que se trata de situaciones distintas, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., "Hijos made in California", cit., p. 2. Sobre esta posibilidad, establecida, como antes se indicó, en el art. 7.3 de la Ley 14/2006, a raíz de su modificación por Ley 3/2007 (cit.), *vid.* DÍAZ MARTÍNEZ, A., "La doble maternidad legal derivada de la utilización de técnicas de reproducción humana asistida", cit., *passim*.

<sup>87</sup> *Vid.*, art. 8.1 de la Ley 14/2006, sobre técnicas de reproducción humana asistida, cit.

<sup>88</sup> *Vid.* STS de 21 de septiembre de 1999, RJ 1999/6944, y los comentarios citados *supra*, en nota 81.

<sup>89</sup> "En el caso de rechazar la inscripción de la filiación en el Registro Civil español, podría resultar que los hijos, de nacionalidad española, quedarían privados de una filiación inscrita en el Registro Civil. Ello vulnera el art. 3 de la Convención sobre los derechos del niño hecha en Nueva York el 20 noviembre 1989 (...)". *Vid.* FD Quinto de la Resolución.

<sup>90</sup> "Denegar la inscripción en el Registro Civil español de la certificación registral extranjera vulnera también el citado precepto por cuanto el interés superior de los menores, recogido en el art. 3 de la citada Convención sobre los derechos del niño hecha en Nueva York el 20 noviembre 1989, exige que éstos queden al cuidado de los sujetos que han dado su consentimiento para ser padres, ya que ello constituye el ambiente que asegura al niño la protección y el cuidado que [son] necesarios para su bienestar". *Vid.* FD Quinto de la Resolución.

jurisprudencia del TJCE, a la que, además, otorga valor supracomunitario<sup>91</sup>. Y, por último, como ya he indicado antes, también invoca tal principio en el contexto de la valoración de la conducta de los interesados como fraudulenta (o no). Tras descartar que los promotores puedan haber buscado establecer una filiación en los Estados Unidos, el Centro Directivo afirma que, en todo caso, el interés superior del menor<sup>92</sup> “*exige la continuidad espacial de la filiación y la coherencia internacional de la misma, así como un respeto ineludible del derecho a la identidad única de los menores que prevalece, en todo caso, sobre otras consideraciones*” (el énfasis es mío).

Son múltiples las objeciones que, a mi juicio, cabe formular a estos argumentos, pero por el momento sólo interesa advertir que esta doctrina de aceptación de hechos consumados, de ser llevada 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. Y, sin embargo, no cabe obviar que la jurisprudencia del TEDH derivada del Asunto *Wagner* impondría la misma solución a la que llega la DGRN, empleando argumentos en parte coincidentes: invocando, señaladamente, que el reconocimiento viene obligado en interés del menor (en el contexto de la garantía del respecto a la vida privada y familiar) y en garantía del principio de igualdad. Si lo que pretendía la DGRN era facilitar la inscripción de la paternidad doble del matrimonio valenciano, la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo resultaba mucho más adecuada en el caso en concreto<sup>93</sup>. Esta, y no la del TJCE<sup>94</sup>, es la que debería haber invocado la DGRN para fundamentar su decisión.

---

<sup>91</sup> Afirma la DGRN (FD Quinto) que “*Este derecho de los menores a una identidad única se traduce en el derecho de tales menores a disponer de una filiación única válida en varios países, y no de una filiación en un país y de otra filiación distinta en otro país, de modo que sus padres sean distintos cada vez que cruzan una frontera. La inscripción de la certificación registral californiana en el Registro Civil español es el modo más efectivo para dar cumplimiento a este derecho de los menores a su identidad única por encima de las fronteras estatales. Esta jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea presenta un valor supracomunitario, ya que no se trata, meramente, de subrayar el derecho a la identidad única de los ciudadanos comunitarios, sino que se trata de una jurisprudencia que destaca el derecho a una identidad única referido a los menores. Ello encaja con el interés superior del menor recogido en el art. 3 de la Convención sobre los derechos del niño hecha en Nueva York el 20 noviembre 1989*”. Como se indica, *infra* (nota 94), no es tan evidente que las Sentencias del TJCE de 2 de octubre de 2003 (Asunto *García Avello*) y de 14 de octubre de 2008 (Asunto *Grunkin-Paul*), que es a las que se refiere la DGRN, resultasen aplicables a la situación en concreto.

<sup>92</sup> “*Dicho aspecto debe ser vinculado con el interés del menor, que es un interés «superior» (...), de forma, modo y manera que dicho interés se impone sobre cualquiera otra consideración en juego, tal y como podría ser la represión de movimientos presuntamente fraudulentos en los que, por cierto, el auto recurrido denegatorio de la inscripción ni siquiera se ha referido*”.

<sup>93</sup> Se ha apuntado también a la posibilidad de acudir, para facilitar el reconocimiento de decisiones extranjeras en materia de filiación creada a través de maternidad de sustitución, a la Sentencia del TEDH de 1 de febrero de 2000, en el Asunto *Mazurek c. Francia*. Trasladando, en efecto, la consideración que en esta resolución se efectúa sobre el interés del menor, podría justificarse la inscripción: en ella se puso de relieve (en un caso de hijo adulterino) que el menor es el tercero afectado por la conducta de los padres, y no debe sufrir las consecuencias: *cfr.* FEUILLET, B., “*Quel sort pour l'enfant né d'une gestation pour autrui à l'étranger?*”, *cit.*, p. 4. Obsérvese que la autora también hace referencia a la “*jurisprudencia Wagner*”, y a la citada por la DGRN (asuntos *García Avello* y *Grunkin-Paul*), pero en este caso, en el mismo sentido que a continuación se indica.

## 2.2. La obligación de reconocimiento derivada de la jurisprudencia *Wagner c. Luxemburgo*

23. Para fundamentar el reconocimiento de una resolución extranjera sobre filiación, aún cuando la maternidad o la paternidad se han logrado a través de una maternidad de sustitución, cualquier autoridad española cuenta con un arma poderosa: la Sentencia del TEDH (Sección 1ª) de 28 de junio de 2007, recaída en el Asunto *Wagner y J.M.W.L. c. Luxemburgo*<sup>95</sup>. De hecho, los argumentos que el Tribunal esgrimió en esta decisión para entender que la denegación del reconocimiento de una filiación (en este caso adoptiva) constituida en el extranjero resulta contraria a los artículos 8 (respeto a la vida privada y familiar) y 14 (prohibición de discriminación) del CEDH, por más que también puedan ser cuestionables en algunos extremos<sup>96</sup>, resultan en gran parte aplicables a "el Asunto".

A través de la citada Sentencia, el TEDH condena al Estado de Luxemburgo a indemnizar a la Sra. Jeanne Wagner por los daños materiales y morales, y por los gastos en que incurrió, como consecuencia de la denegación del reconocimiento de una adopción plena constituida en Perú a finales de 1996. Por entonces, la Sra. Wagner, de nacionalidad luxemburguesa y residente en el Gran Ducado, no tenía hijos y se encontraba soltera; dato, el de su estado civil, en absoluto trivial, toda vez que el Código civil luxemburgués prohíbe la adopción plena por personas solteras. De ahí, entonces, la denegación del reconocimiento por los órganos jurisdiccionales luxemburgueses: éstos entendieron que la autoridad de origen tenía competencia

---

<sup>94</sup> Aunque el TJCE haga referencia a la cuestión de la identidad, no creo que de las sentencias que cita la DGRN pueda extraerse ese "derecho a una identidad única" sin la correspondiente vinculación a la garantía de las libertades comunitarias (y más en particular, a la libre circulación de personas), a la ciudadanía europea y al principio de no discriminación en el ámbito comunitario. De hecho, la Corte di Appello di Bari, en su decisión de 13 de febrero de 2009, apela a esta jurisprudencia en una situación en la que están implicados ciudadanos de dos Estados miembros: el Reino Unido (de donde procede la decisión sobre filiación derivada de maternidad de sustitución) e Italia (donde se solicita el reconocimiento). Sobre esta decisión, y la invocación de *García Avello y Grunkin-Paul*, *vid.*, CAMPIGLIO, C. "Lo stato di figlio nato da contratto internazionale di maternità", *cit.* p. 596. Sobre la mentada jurisprudencia del TJCE, entre otros, GARDEÑES SANTIAGO, M., "Ciudadanía europea, doble nacionalidad y aplicación de la ley nacional de la persona. (Reflexiones en torno a la sentencia del TJCE García Avello de 2 de octubre de 2003)", *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, núm. 230, 2004, pp. 19-26; LARA AGUADO, Á., "Libertades comunitarias, doble nacionalidad y régimen de los apellidos (Caso *García Avello* y el avance irresistible de la autonomía de la voluntad)", *Diario La Ley*, núm. 6107, de 15 de octubre de 2004, pp. 1-6; e *id.*, "El impulso de la ciudadanía de la Unión Europea al reconocimiento intracomunitario de actos del estado civil (A propósito de la Sentencia del Tribunal de Justicia de 14 de octubre de 2008: *Grunkin-Paul y Standesamt Stadt Niebüll*)", *Diario La Ley*, núm. 7140, de 30 de enero de 2009, pp. 1-10; QUIÑONES ESCÁMEZ, A., "Ciudadanía europea, doble nacionalidad y cambio de los apellidos de los hijos: autonomía de la voluntad y conflicto positivo entre la nacionalidades de dos Estados miembros", *RJC*, 2003, pp. 851-874; REQUEJO ISIDRO, M., "Estrategias para la comunitarización. Descubriendo el potencial de la ciudadanía europea", *La Ley (Unión Europea)*, núm. 5903, de 28 de noviembre de 2003, pp. 1-4. e *id.*, "Nota a STJCE (Gran Sala), *Grunkin-Paul*, 14 de octubre de 2008, asunto-353/06", *REDI*, 2008, pp. 603-606.

<sup>95</sup> *JUR* 2007/147388.

<sup>96</sup> *Vid.* el comentario a la Sentencia de D'AVOUT, L., "Conflits de juridictions.- Reconnaissance du jugement étranger.- Contrôle de la loi appliquée.- Droit au respect de la vie privée.- Adoption plénière.", *JDI*, 2008, pp. 183-198.

internacional, pero que la adopción debía regirse por la ley de la adoptante; que la adoptante había acudido a los órganos jurisdiccionales peruanos para eludir la prohibición contenida en el artículo 367 del CC luxemburgués; y que, en consecuencia, el reconocimiento de la adopción como plena se oponía al orden público internacional luxemburgués<sup>97</sup>. La Sra. Wagner presentó batalla en todos los posibles frentes (se planteó, incluso, una cuestión prejudicial al TC luxemburgués sobre la constitucionalidad de la mentada prohibición<sup>98</sup>), pero ningún órgano jurisdiccional luxemburgués aceptó su argumento de que el interés superior del menor obligaba a reconocer la adopción. Jeanne Wagner acudió, entonces, al Tribunal de Estrasburgo, alegando la violación de tres preceptos del CEDH: el artículo 6, que garantiza un derecho a un proceso justo; el artículo 8, que reconoce el derecho al respeto a la vida privada y familiar; y el artículo 14, garante del principio de igualdad, en relación con el derecho reconocido en el mencionado artículo 8.

De la decisión del TEDH resultan especialmente relevantes los argumentos referentes a los artículos 8 y 14 CEDH. Muy sintéticamente, interesa destacar, en relación con el artículo 8, tres extremos. El primero es que el Tribunal afirma la buena fe de la adoptante. Ello, a pesar de que reconoce que la práctica que desarrollaron sin problemas, entre los años 70 y los 90, las mujeres solteras luxemburguesas, consistente en acudir a las autoridades peruanas para adoptar plenamente, se **vio** paralizó legalmente en 1994, esto es, tres años antes de que la Sra. Wagner adoptara en Perú<sup>99</sup>. El segundo elemento relevante es que el Tribunal afirma que los jueces luxemburgueses no pueden dejar de reconocer un estatuto jurídico creado en el extranjero, en la medida en que se corresponde con la vida familiar que protege el artículo 8 CEDH, porque el interés superior del niño debe prevalecer (y así lo exige). En tercer lugar, el TEDH pone de relieve que la invocación de las normas luxemburguesas de DIPr –el Gobierno de Luxemburgo invocó su orden público internacional– no resultaba “suficiente” en el Asunto Wagner para justificar la injerencia en la vida familiar y privada que, a juicio del Tribunal, supuso la negativa al reconocimiento; que, de hecho, las autoridades luxemburguesas habían reconocido recientemente (en junio de 2006) una adopción plena constituida por una autoridad peruana, a pesar de que el marido había fallecido durante la tramitación del procedimiento, porque consideraron que semejante reconocimiento no vulneraba el orden público internacional luxemburgués.

En lo que respecta a la posible infracción del artículo 14, en relación con el 8 CEDH, cabe destacar que el Tribunal entiende que la situación de la adoptada es análoga a la de cualquier otro menor adoptado plenamente en Perú, del mismo modo que es análoga la situación de la Sra. Wagner a la de cualquier otra persona que adopta en ese Estado. A partir de esta doble constatación, el Tribunal considera que el rechazo al reconocimiento supuso una diferencia de trato de la adoptada con otros

---

<sup>97</sup> En este punto, resumo los argumentos esgrimidos por las autoridades que conocieron del asunto en diversas instancias.

<sup>98</sup> El TC luxemburgués, en su Sentencia de 13 de noviembre de 1998, respaldó la constitucionalidad del precepto que prohíbe la adopción plena por personas solteras (dicho art. 367 CC luxemburgués). Entendió, al efecto, que la adopción no es un derecho constitucional, sino de configuración legal, cuyo ejercicio permite discriminaciones por razón del estado civil, si son efectivas, objetivas, persiguen un interés público y revisten una amplitud razonable (*vid.* párrafo núm. 18 de la Sentencia TEDH, cit.).

<sup>99</sup> *Vid.* la argumentación de las demandantes (la Sra. Wagner y su hija adoptiva) en los párrafos 102-106 y la aceptación de ésta por parte del Tribunal en el párrafo 130 de la Sentencia Wagner, cit.

adoptados; que la sumió en un vacío legal, toda vez que a través de la resolución peruana se rompieron los vínculos de la niña con la familia de origen, sin que se haya establecido un vínculo pleno y entero con la madre adoptiva (en Luxemburgo). Además, el TEDH consideró que la menor sufría numerosos inconvenientes en su vida diaria, por no ver reconocida la filiación y, en consecuencia, no tener atribuida la nacionalidad luxemburguesa. En lo que respecta a la adoptante, el trato discriminatorio frente a otros adoptantes se produciría indirectamente, por los inconvenientes que padecería su hija. A continuación, el Tribunal busca la justificación "objetiva y razonable" que puede haber al discriminar la situación de las demandantes con el no reconocimiento de la adopción peruana, pero no la encuentra.

24. El rechazo al reconocimiento de una decisión extranjera en la que se establece cualquier relación de filiación, podría ser considerado, siguiendo la doctrina que deriva del Asunto antes expuesto, contrario al derecho a la vida privada y familiar que garantiza el artículo 8 CEDH y, en su caso, también al artículo 14 CEDH<sup>100</sup>. Existiría una obligación de reconocimiento, que podría ser también afirmada cuando esa filiación se ha establecido a través de una maternidad de sustitución<sup>101</sup>. En efecto, si en el Asunto Wagner el TEDH estimó que la Sra. Wagner actuó de buena fe al acudir a las autoridades peruanas, aún cuando ello comportaba obviar la prohibición de la ley luxemburguesa, no tendría por qué calificarse de otra forma la conducta de ningún otro turista legal o procreativo, como el matrimonio valenciano. A partir de ahí, el interés del menor, tal y como es interpretado por el TEDH, siempre impondrá que se reconozca la relación de filiación establecida en el extranjero, pues a partir de ella existirá una vida privada y familiar en el sentido del artículo analizado, en la que no se admitirá ninguna intromisión por parte de un Estado parte, si no está "justificada". Y si, según el TEDH, carece de justificación una injerencia que el Estado estima necesaria para la protección de su orden público internacional, no será posible oponer el orden público español para denegar el reconocimiento de la filiación establecida a través de una maternidad de sustitución.

Más complicado sería, en principio, extender el razonamiento del TEDH en lo que respecta a la vulneración del artículo 14 CEDH, en combinación con el artículo 8 CEDH, dado que no se ha producido hasta la fecha (no está previsto en el ordenamiento jurídico español) ningún tipo de reconocimiento de una filiación establecida a través de maternidad de sustitución. No hay, pues, situaciones comparables. Pero lo cierto es que la Sentencia Wagner adolece de toda lógica cuando asimila la situación de adoptantes luxemburgueses en Perú que han seguido todos los trámites dispuestos en las normas del Estado requerido (además de las del Estado de adopción) con la de otra adoptante, la Sra. Wagner, que ignora la prohibición dispuesta en la ley del Estado de su nacionalidad y domicilio, a la sazón, Estado requerido<sup>102</sup>. Con semejante argumentación, no extrañaría que pudiera

---

<sup>100</sup> Resulta más complicado extender las conclusiones del Asunto Wagner a una maternidad de sustitución en lo que respecta a la posible infracción del principio de igualdad del artículo 14 CEDH, pues habría que partir de constatar la existencia de situaciones comparables, para evaluar si se tratan de manera diferente sin justificación objetiva y razonable. Las decisiones que puedan dictar autoridades extranjeras en la materia no tienen parangón en ninguna otra que pudiera ser reconocida en nuestro Estado.

<sup>101</sup> Se advierte ya (mostrando, en cierto modo, el absurdo al que puede llevar lo que el autor califica de "idea de competencia privilegiada el ordenamiento jurídico más favorable") en D'AVOUT, L, "Conflit de juridictions...", cit. p. 196.

<sup>102</sup> Señala esta incoherencia argumentativa *ibidem*, pp. 194-195.

entenderse también que la situación de los comitentes es análoga a la de otros padres “conforme a una decisión extranjera”, por ejemplo, adoptantes. A partir de ahí, el resto de los fundamentos (igualmente cuestionables) encajan a la perfección: si el TEDH entiende que debe ser reconocido, para no vulnerar el principio de no discriminación, el vínculo de filiación –adoptiva– que se creó en Perú y supuso una ruptura con la familia de origen, para no dejar a la menor en un “vacío jurídico”, entendería que el vínculo de filiación –no adoptiva– creado en California debe reconocerse, porque los niños se encuentran, de lo contrario, en idéntico “vacío”.

25. A tenor de lo expuesto, la aplicación de la “jurisprudencia *Wagner*”, atendiendo a los términos en que los fue dictada, podría obligar a las autoridades españolas a reconocer la resolución californiana en la que se declara la doble paternidad del matrimonio valenciano. Pero quizás bastaría, para considerarla inaplicable, una triple constatación: que no es tal la similitud de las circunstancias, o la consideración que de ellas realizó el TEDH (*ad ex.*, la “buena fe” por parte de los comitentes); que existen otros intereses en presencia, como la defensa del orden público internacional español, que no procura sino proteger otros derechos y valores fundamentales; y, sobre todo, que el interés del menor (de los niños), puede ser perfectamente amparado a través de las soluciones que aporta nuestro ordenamiento jurídico.

### **2.3. El orden público como excepción: atenuación y reconocimiento parcial de las resoluciones**

26. Cuando se presenta a reconocimiento en España una filiación establecida a través de una maternidad por sustitución en el extranjero, debe evaluarse la conformidad de dicho reconocimiento, esto es, del hecho de extender su eficacia al ordenamiento español, con los valores y principios fundamentales del ordenamiento jurídico<sup>103</sup>. Este juicio puede precisar del análisis de las normas sustantivas españolas, pero con el único objeto de determinar las razones últimas de la prohibición, para decidir si se trata de una norma de orden público meramente interno, o tiene alcance internacional<sup>104</sup>. En el primero de los casos, el legislador español impone una solución a toda situación conectada exclusivamente con el foro, pero no impide que se proporcionen soluciones distintas a las situaciones internacionales; en el segundo, las razones que subyacen a la prohibición son tan poderosas que demandan el rechazo a la importación de los efectos del acto extranjero, incluso en situaciones poco o nada vinculadas con el propio Estado (§ 27). En este supuesto, sólo la atenuación del orden público internacional podría permitir que se reconozca eficacia a la situación, a determinados efectos, en función de las circunstancias (§ 28).

27. Las razones que condujeron a prohibir la maternidad de sustitución en España pueden hallarse en el Informe redactado por la Comisión especial de Estudio de la Fecundación In Vitro y la Inseminación Artificial Humanas (Comisión Palacios),

---

<sup>103</sup> *Vid.*, para una aproximación al concepto de orden público internacional y su concreción en los valores fundamentales de índole social o económica del ordenamiento jurídico en un momento determinado, específicamente en el ámbito del reconocimiento de resoluciones extranjeras, FERNÁNDEZ ROZAS, J.C./ SÁNCHEZ LORENZO, S., *Derecho internacional privado*, cit., pp. 219-220; y VIRGÓS SORIANO, M./ GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J., *Derecho procesal civil internacional. Litigación internacional*, cit., pp. 639-650, esp. p. 641.

<sup>104</sup> *Vid.* QUIÑONES ESCÁMEZ, A., “Doble filiación paterna de gemelos nacidos en el extranjero mediante maternidad subrogada”, cit., pp. 17-20.

aprobado y asumido por el legislador español<sup>105</sup>, en el que se puso de manifiesto que la práctica podía derivar en la explotación de las mujeres (fundamentalmente las más necesitadas) y en la "cosificación" de los hijos<sup>106</sup>. Así, la prohibición descansa en el rechazo a la instrumentalización del cuerpo de las mujeres, la indisponibilidad del cuerpo humano y del estado civil y la "contractualización" de los niños. Se coincide o no con esta opinión<sup>107</sup>, por tanto, la interpretación histórica de las normas apunta a que reconocer cualquier maternidad de sustitución sería contrario al orden público español, en la medida en que comporta participar en una práctica que en la actualidad se opina que atenta contra derechos fundamentales<sup>108</sup>.

Además, en este mismo sentido militaría la jurisprudencia del TS, que declaró derogada, por su manifiesta oposición a lo previsto en la Constitución, la normativa registral que obstaculizaba el juego del principio de *mater semper certa est*, al permitir que la madre no casada ocultara su identidad al dar a luz. Y lo hizo porque consideró que esa normativa infringía el principio de libre investigación de la paternidad (art. 39.2 CE) y el principio de igualdad (art. 14 CE); y que erosionaba gravemente el artículo 10 CE, al afectar a la misma dignidad de la madre y del hijo, a sus derechos inherentes a ella y al libre desarrollo de la personalidad<sup>109</sup>. La infracción de esos principios y

---

<sup>105</sup> A través de la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre técnicas de reproducción asistida, *BOE* núm. 282, de 24-XI-1988, cuyo art. 10 sería trasladado sin ninguna modificación, y con idéntica numeración, a la Ley 14/2006, vigente en la actualidad.

<sup>106</sup> *Vid.* SOUTO GALVÁN, B., "Aproximación al estudio de la gestación de sustitución desde la perspectiva del Bioderecho", *Foro. Nueva época*, núm. 1/2005, pp. 275-292, esp. p. 280. En la web del Congreso de los Diputados se encuentran los Diarios de Sesiones de la II Legislatura, en los que se transcriben las interesantes discusiones habidas en el seno de la Comisión.

<sup>107</sup> Desde posiciones feministas liberales se habría apuntado al paternalismo que encierra el fundamento de la prohibición en la evitación de la explotación del cuerpo femenino, invocando el derecho de las mujeres a elegir entre las diferentes alternativas reproductivas, incluyendo la maternidad de sustitución. Sobre el debate, *vid.* BEHM, L., "Legal, Moral & International Perspectives on Surrogate Motherhood: The Call for a Uniform Regulatory Scheme in the United States", *DePaul Journal of Health Care Law*, vol. 2, 1999, pp. 557-603, esp. pp. 577-581. Por otra parte, no faltan críticas a la idea de "cosificación" de los niños: hay quien alega que no habría tal, dado que por lo que se paga no es por los niños, sino por los servicios de la madre: *cf.* MCLACHLAN, H.V./ SWALES, J.K., "Show Me the Money: Making Markets in Forbidden Exchange: Commercial Surrogate Motherhood and the Alleged Commodification of Children: a Defense of Legally Enforceable Contracts", *Law & Contemporary Problems*, vol. 72, 2009, pp. 91-107, esp. pp. 95-98. Frente a esta idea, también se responde que realmente no se paga por los servicios de la madre, sino por los niños: *cf.* LAUFER-UKLES, P., "Approaching Surrogate Motherhood: Reconsidering Difference", *Vermont Law Review*, vol. 26, 2002, pp. 407-449, esp. p. 414-418

<sup>108</sup> Aunque esta percepción bien podría cambiar, como ha ocurrido en otros lugares, en los que se ha terminado adoptando un punto de vista pragmático (ya que la práctica existe, mejor regularla: *vid.* un ejemplo de este modo de argumentar en CHEN, M., "Wombs for Rent: an Examination of Prohibitory and Regulatory Approaches to Governing Preconception Agreements", *Health Law in Canada*, vol. 23, núm. 3, 2003, pp. 33-52), en gran medida debido a la desactivación de la lucha de los grupos opositores (por razones muy diferentes, fundamentalmente feministas y cristianos); *vid.*, a este respecto, el interesante estudio de SCOTT, E.S., "Surrogacy and the politics of commodification", *Columbia Law School. Public Law & Legal Theory Working Paper Group*, núm. 08-186, <http://ssrn.com/abstract=1282330>.

<sup>109</sup> *Vid.*, de nuevo, STS de 21 de septiembre de 1999, *cit.*, y los comentarios citados *supra*, en nota 81.

derechos se produciría tanto si el legislador español permite que la práctica se desarrolle en España con los efectos que los comitentes desean obtener, como si éstos cruzan la frontera y las autoridades españolas extienden los efectos de la ley extranjera a nuestro ordenamiento. Aunque el “daño” que la ley española procuraría evitar ya se haya producido (la mujer ya habría sido “usada”, el niño deseado habría sido “adquirido”), las autoridades españolas no deben respaldar, con el reconocimiento jurídico de la resolución extranjera, la decisión de los comitentes de eludir la aplicación de las normas españolas. O las autoridades españolas muestran su cara más inflexible frente a estas actuaciones, o alentarán el turismo procreativo por parte de españoles (ricos). No se puede prohibir que en otros lugares se regule y se lleve a cabo la maternidad de sustitución; pero sí se puede lanzar la advertencia de que no se amparará en su propósito a las personas que se desplacen a otros Estados y quieran posteriormente hacer valer la filiación en España. Si se acaba aceptando la práctica para personas vinculadas con este Estado, que al menos sea a través de una norma española que regule adecuadamente una materia tan sensible<sup>110</sup>. De lo contrario, esto es, si la maternidad de sustitución sigue vetada en España, pero las resoluciones extranjeras son reconocidas, aquélla sólo estará al alcance de unos pocos: los que tienen una capacidad económica importante, que, por otra parte, desplegarán en el extranjero<sup>111</sup>, y en aplicación de normas extranjeras, cualquiera que sea su contenido. Ello, sin contar el sinsentido que comporta dar efectos por encima de cualquier otra consideración (como afirma la DGRN) a una resolución extranjera que crea (al menos) una filiación, por el hecho de haberse ya creado, cuando tanto la tramitación como el reconocimiento de las adopciones internacionales se acompañan de múltiples requisitos y garantías de gran rigidez. Entre seguir los tortuosos trámites de la adopción internacional y acudir a la maternidad de sustitución en el extranjero, si luego va a ser reconocida en esas condiciones, la decisión dependerá del dinero de que dispongan los futuros padres.

---

<sup>110</sup> Son múltiples los problemas que pueden surgir a raíz de la conclusión de un contrato de maternidad de sustitución: ¿quién decide si es posible abortar en caso de malformación del niño o peligro de la gestante?; ¿qué consecuencias tiene un aborto espontáneo? ¿qué ocurre si los comitentes, al descubrir que el niño tiene algún problema físico o psíquico grave, deciden no hacerse cargo de él?... *Vid.*, al respecto, GÓMEZ DE LA TORRE VARGAS, M.C., *La fecundación in vitro y la filiación*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1993, pp. 206-207. Por otra parte, las cinco modalidades de maternidad de sustitución no plantean los mismos inconvenientes de orden moral y jurídico (la “cosificación” de los niños es muy superior cuando los comitentes no aportan ningún tipo de material genético); y desde el punto de vista de la instrumentalización del cuerpo de la mujer, no son equiparables la maternidad de sustitución a título gratuito con la que se efectúa de forma onerosa, ni puede ser tan perjudicial para la gestante obligar a cumplir el acuerdo (entregar al niño) si es sólo gestante, que si es también madre genética. Estos aspectos, entre otros, resultan de enorme importancia: no puede quedar en manos de los comitentes optar por la ley con arreglo a la cual satisfagan de forma más sencilla sus deseos, sin atender a las razones que el legislador español encuentre para proteger los valores y derechos que esa ley pueda conculcar.

<sup>111</sup> En el Diario *Público* de 29 de junio de 2009 aparece un breve artículo de Inocencio Arias, Cónsul de España en Los Ángeles, en el que se defiende de quienes le acusaron de homofobia por haber denegado la inscripción de la filiación en “el Asunto”, exponiendo que se limitó a dar aplicación a la Ley 14/2006. Lo interesante en este punto es, no obstante, la frase con la que concluye, y que transcribo a continuación: «*El que suscribe ha recibido quejas tanto por “discriminar a homosexuales” (¡que no, hombre, que no!) como por aceptar una inscripción incoada por personas que tienen “los posibles económicos para trasladarse a Estados Unidos y hacer cosas que a mí, por carecer de los medios para viajar con mi mujer y pagar, la Ley en España me prohíbe. ¿No somos todos iguales ante la Ley”, me escriben*».

28. De lo anteriormente expuesto se deriva, no obstante, que sea posible rebajar el rigor de la actuación del orden público, a través del expediente de su atenuación y teniendo en cuenta las vinculaciones de la situación con el ordenamiento español<sup>112</sup>. Cabría, en efecto, reconocer la relación de filiación establecida por autoridades extranjeras, como ya se reconocen matrimonios poligámicos a determinados efectos<sup>113</sup>, a partir del dato de que esa relación existe con arreglo a un ordenamiento jurídico extranjero, y teniendo presentes las circunstancias tanto del momento en que se plantea la cuestión del reconocimiento (los intereses en presencia, las consecuencias de la denegación del reconocimiento,...) como del momento en que tuvieron lugar los hechos jurídicos relevantes: la ausencia, entonces, de proximidad con España facilitará, si la situación lo aconseja, tal atribución de determinados efectos a la decisión extranjera.

29. La clave en la resolución del problema se halla en la búsqueda del equilibrio entre los intereses de los menores en general, y el interés de los niños engendrados a través de turismo procreativo en particular<sup>114</sup>. Así, teniendo en cuenta que la maternidad de sustitución no causa problemas al legislador español por entrañar el empleo de técnicas de RHA, sino por las mencionadas objeciones, no cabría oponer motivo ninguno al reconocimiento parcial de una resolución extranjera como la californiana de "el Asunto", en lo que se refiere a la determinación de la paternidad del hombre que aportó su esperma para la procreación<sup>115</sup>. Cabría reconocer parcialmente (por los órganos jurisdiccionales competentes al efecto) la resolución californiana, esto es, extender sus efectos únicamente en lo referido al padre biológico. Con ello, los niños no carecerían de toda filiación (como teme la DGRN), y estarían al cuidado de los comitentes. Ciertamente, esta solución plantearía inconvenientes en el momento de practicar la inscripción de la filiación, pues en el asiento ha de quedar constancia

---

<sup>112</sup> Sobre el efecto atenuado del orden público, y sobre el orden público de proximidad (i.e., con consideración a la *Binnenbeziehung* –en Suiza– o la *Inlandsbeziehung* –en Alemania–), vid., por todos, BUCHER, A., "L'ordre public et le but social des lois", *R. des C.*, t. 239, 1993, pp. 9-116, esp. pp. 47-56

<sup>113</sup> Por ejemplo, para reconocer la condición de viuda, a efectos de otorgarle una pensión a la segunda de las esposas de un varón polígamo: vid. al respecto GARCÍA RODRÍGUEZ, I., "La situación de la mujer en el matrimonio multicultural: la práctica española y europea", disponible en <http://www.juridicas.unam.mx/sisjur/internac/pdf/10-486s.pdf>, pp. 6 y ss.; GÓMEZ GENE, M., "La interpretación de la cláusula de orden público en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas", en <http://amedip.org/pdf/GomezJeneMiguel.PDF>, pp. 6 y ss.; OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, P., "Tratamiento del matrimonio poligámico (los tribunales españoles y la pensión de viudedad)", *Actas del IV Congreso sobre la inmigración en España, Ciudadanía y Participación*, publicación en formato CD-rom, 2004; QUIÑONES ESCÁMEZ, A., "Impedimentos matrimoniales, leyes de policía e internacionalidad. Alcance de las prohibiciones propias (bigamias) y las ajenas (adopción del menor venido de kafala)", *Estudios de Derecho de familia y sucesiones*, S. Álvarez González (Ed.), Santiago de Compostela, De Conflicto Legum, 2009, pp. 247-296, pp. 247 y 254-256.

<sup>114</sup> Pues el de aquéllos es, sin duda, "estar al abrigo del comercio o de los efectos perversos que entraña la mercantilización de la práctica médica y el contrato de gestación por sustitución (el niño como objeto de contrato y la joven gestante como instrumento de alienación o explotación": *cfr.*, QUIÑONES ESCÁMEZ, A., "Nota a Res. DGRN de 18 de febrero de 2009", cit., p. 219.

<sup>115</sup> De hecho, la solución es idéntica a la que recoge la norma material española para los supuestos internos: insiste en que la madre será la mujer que dé a luz, pero añade que es posible determinar la paternidad respecto del padre biológico (*vid. supra*, §5).

de los datos de la madre: recuérdese que no cabe indeterminación de la maternidad. Sería preciso, por tanto, que la madre efectuase el correspondiente reconocimiento ante el Encargado del Registro Civil<sup>116</sup>, y, tras la determinación de la maternidad, realizar la correspondiente renuncia, para facilitar la adopción de los niños por el cónyuge del padre biológico. Más dificultades comportaría un reconocimiento de la filiación cuando los comitentes no hayan aportado óvulos ni gametos. Pero creo que a nadie debería extrañar: ya se ha indicado que esa situación se distancia muy poco (nada) de una simple adquisición de niños. En interés de éstos, no obstante, cabría reconocer la relación de autoridad que deriva de la filiación extranjera, para que los menores siguieran estando sometidos a la custodia de los comitentes, hasta que, si se cumplen los requisitos dispuestos a tal efecto en el ordenamiento jurídico español, pudiera constituirse la correspondiente adopción.

#### IV. CONCLUSIONES

La maternidad de sustitución se ha practicado desde antiguo<sup>117</sup>, pero ha cobrado una nueva dimensión a partir del último cuarto del pasado siglo, con el desarrollo de las técnicas de RHA. Estas técnicas permiten proporcionar una solución satisfactoria a la infertilidad que aqueja a algunas parejas; pero también plantean otros problemas de diversa índole. Basta tener presente que a través de la maternidad de sustitución sería posible que en la concepción de un niño estuviesen implicadas de un modo directo hasta cinco personas (dos madres y tres padres; tres madres y dos padres). Así, cuando en su momento se descubrió el potencial de esas técnicas de RHA, se abordó la problemática jurídica desde una perspectiva multidisciplinar, y en algunos Estados, como en España, se llegó a la conclusión de que debían prevalecer, sobre el supuesto derecho a la procreación o al “derecho al niño”, ciertos escrúpulos frente a la comercialización del cuerpo de las mujeres, y a la cosificación de los hijos. Por eso se optó por prohibir la práctica.

Recientemente, la problemática de la maternidad de sustitución se ha vuelto a poner sobre la mesa en los países reticentes a aceptarla (como Francia y España), porque frente a la prohibición, hay quien opta por acudir a Estados extranjeros (como California) para regresar con niños que, según el ordenamiento de esos Estados extranjeros, son sus hijos no adoptivos. Como quiera que esta conducta, que puede ser calificada de turismo procreativo, no se encuentra expresamente prohibida (me refiero al trasladarse al extranjero para llevarla a cabo), sus protagonistas acuden a las autoridades del Estado en que la práctica no podía realizarse, para exigir el reconocimiento de esa filiación.

Los efectos de la filiación así conformada con arreglo al ordenamiento jurídico extranjero, plantean, en efecto, un problema de reconocimiento, normalmente en el ámbito registral. Cuando, por una parte, esa filiación ha sido establecida en otro Estado por una autoridad judicial, la inscripción dependerá del previo reconocimiento procesal de la resolución extranjera. Si cabe reconocimiento automático de esa

---

<sup>116</sup> Que podría realizarse ante el Encargado del Registro Consular y en cualquier momento, si el nacimiento ya consta inscrito, según lo dispuesto en el art. 49 LRC.

<sup>117</sup> Es ya un lugar común recordar que el *Génesis* narra cómo Sara, la mujer de Abraham, para remediar su infertilidad, sugiere a su marido que tenga un hijo con su sirvienta egipcia Agar, y que ésta se lo entregue a ella, para poder criarlo como si fuera propio (*Génesis*, 16, 1-4). Algún tiempo después Sara engendraría, a sus noventa y tantos años, a su propio hijo, Isaac, y acabaría expulsando a la sirvienta y a ese primer hijo de Abraham (Ismael: *vid. ibídem*, 21, 8-10).

resolución, la propia autoridad registral podrá decidir sobre tal reconocimiento; pero, si el instrumento aplicable al reconocimiento no habilita tal reconocimiento automático, será necesario acudir al juez competente a tal efecto (un JPI). En cualquiera de los casos, la autoridad deberá comprobar que la resolución cumple con las condiciones previstas en el ordenamiento español para extender los efectos de esa resolución, entre las que destacan el control de la competencia internacional de la autoridad de origen y el control del orden público. En relación con el primero, se ha defendido que no debería dirigirse a castigar el *forum shopping* fraudulento; que, si existen contactos suficientes entre la situación y las autoridades extranjeras, el control debe considerarse superado, de forma que la respuesta a la evitación de cualquier turismo legal venga dada, en su caso, por la excepción de orden público internacional. El peso de la cuestión, por tanto, recae plenamente en este expediente. Porque, además, por otra parte, es el único control (al margen del propio de la eficacia probatoria de los documentos públicos extranjeros) al que se debería someter al acto cuando la filiación se haya atribuido a los comitentes ex lege.

La práctica de las autoridades españolas (y, probablemente, la aplicación de cierta jurisprudencia del TEDH) muestra, sin embargo, que frente a la solicitud de reconocimiento sólo cabe aceptar los hechos consumados: que es obligado reconocer la relación de filiación apelando a un interés del menor que, además de superior a cualquier otro, anula cualquier otra consideración. Sin embargo, en este estudio se ha defendido que, mientras la sociedad española siga pensando (y así lo refleje el legislador español) que la práctica de la maternidad de sustitución no es aceptable, porque es susceptible de vulnerar valores y derechos fundamentales, debe ponerse algún tipo de coto al tipo de turismo procreativo aquí analizado, esto es, a la maternidad de sustitución. Expedientes como el reconocimiento parcial de las resoluciones extranjeras permiten conciliar intereses que no son, ni mucho menos, antagónicos: el particular del menor y la garantía de los referidos valores y derechos fundamentales.