



LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN ANTE EL REGISTRO CIVIL ESPAÑOL Evolución de la doctrina de la DGRN y de la jurisprudencia española y europea¹

Juan María Díaz Fraile

Registrador de la Propiedad y Mercantil
Letrado Adscrito a la DGRN

TITLE: Gestational surrogacy and the Spanish Civil Registry. Evolution of the Doctrine Applied by Registration Authorities and Spanish and European Case Law

RESUMEN: Este estudio recoge el resultado de la investigación del autor sobre el complejo tema de la gestación por sustitución (o maternidad subrogada) en el Derecho español, y en particular en relación con el fenómeno de las filiaciones de niños/as nacidos/as mediante la técnica de la gestación por sustitución en determinados países extranjeros, que autorizan en su ordenamiento interno dicha figura, y el régimen de su eventual reconocimiento en España mediante su inscripción en el Registro Civil. Para ello el autor realiza un extenso estudio tanto de la evolución de la doctrina elaborada por la Dirección General de los Registros y del Notariado a través de sus Resoluciones e Instrucciones, como de la jurisprudencia sentada por nuestro Tribunal Supremo y por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, así como la evolución de la legislación española con incidencia en esta materia, en particular las sucesivas reformas de la Ley de técnicas de reproducción humana asistida, la Ley del Registro Civil, la Ley de Jurisdicción Voluntaria, y el Código civil en relación con los conflictos internacionales de leyes en materia de filiación. El orden público internacional y el interés superior del menor son los ejes sobre los que

¹ Advertencia del autor: después de remitido el presente estudio a la Revista se produce la aprobación por parte de la DGRN de la Instrucción de 14 de febrero de 2019, sobre actualización del régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución, que básicamente tenía por objeto regular los supuestos relativos al régimen registral de la filiación de los nacidos mediante estas técnicas en países cuyos sistemas legales no contemplan la declaración/constitución mediante resolución judicial de la filiación a favor de los padres/madres comitentes en los citados casos, admitiendo la posibilidad de la determinación de la filiación paterna mediante el reconocimiento legal del padre confirmada a través de una prueba biológica y la constitución de una nueva relación de filiación a favor de la madre comitente mediante un procedimiento de adopción (con ratificación de la renuncia de la madre gestante después del nacimiento), así como la actualización de la Instrucción de la DGRN sobre la misma materia de 5 de octubre de 2010. Sin embargo, dicha Instrucción no fue objeto de publicación oficial en el BOE, y fue inmediatamente seguida de una nueva Instrucción del mismo Centro Directivo, bajo el mismo título, que deja sin efecto la Instrucción de 14 de febrero de 2019 «a todos los efectos, incluso derogatorios», si bien limita su ámbito de aplicación temporal «en relación con los niños que hayan nacido mediante este procedimiento con posterioridad a la fecha de la publicación en el Boletín Oficial del Estado de la presente Instrucción». Ello supone la reviviscencia de la Instrucción de 5 de octubre de 2010 (dejando así despejadas las dudas que habían existido sobre su vigencia). En consecuencia, la Instrucción de 18 de febrero, aplicando la directriz primera de la citada Instrucción de 2010, establece que «Las solicitudes de inscripción en el Registro Civil consular de la filiación de menores nacidos con posterioridad a la publicación de esta Instrucción, no serán estimadas salvo que exista una sentencia de las autoridades judiciales del país correspondiente que sea firme y dotada de exequatur, u objeto del debido control incidental cuando proceda, de conformidad con la Instrucción de 5 de octubre de 2010».

pivota gran parte de la argumentación, en parte coincidente y en parte contradictoria, resultante del conjunto de resoluciones y sentencias dictadas en la materia.

ABSTRACT: *This study presents the findings of the author's research into the complex topic of gestational surrogacy in Spanish law, particularly in connection with the official filiation of children born of surrogate carriers in certain foreign countries whose legislation authorizes gestational surrogacy and those children's potential acknowledgement in Spain through registration in the Spanish Civil Registry. The author conducts a wide-ranging study of the evolution of the doctrine created through decisions and instructions from the Spanish Directorate-General of Registers and Notaries, the case law handed down by the Spanish Supreme Court and the European Court of Human Rights, and the evolution of Spanish law as it pertains to the subject, particularly the serial legal reforms seen in the Assisted Human Reproduction Technology Act, the Civil Registry Act, the Voluntary Jurisdiction Act, and the Civil Code in connection with international conflicts of law in matters of filiation. Some of the arguments drawn from judgements and decisions on the subject agree, while others are contradictory, but most hinge upon international public policy and the child's best interest.*

PALABRAS CLAVE: gestación por sustitución, maternidad, paternidad, filiación, reproducción asistida, reconocimiento internacional, resoluciones extranjeras, orden público, interés superior del menor.

KEY WORDS: *gestational surrogacy, maternity, paternity, filiation, assisted reproduction, international acknowledgement, foreign judgments, public policy, the child's best interest.*

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN: 1.1. *Evolución del marco legal de la filiación en España:* 1.1.1. La concepción realista frente a la concepción formalista. 1.1.2. El cambio introducido por la Constitución de 1978 y la reforma del Código civil de 1981. 1.2. *Determinación legal de la filiación en los casos de reproducción asistida:* 1.2.1. Planteamiento general. 1.2.2. Reglas especiales. 1.2.3. El caso de las parejas no casadas. 1.2.4. Regulación propia de la gestación por sustitución. 2. LA DOCTRINA DE LA DGRN. ETAPA PREVIA A LA RESOLUCIÓN DE 18 DE FEBRERO DE 2009. 3. LA RESOLUCIÓN DE LA DGRN DE 18 DE FEBRERO DE 2009. 3.1. *Análisis del contenido de la resolución.* 3.1.1. Supuesto de hecho. 3.1.2. Inscripción de hechos de estado civil ocurridos en el extranjero. 3.1.3. Fundamentos jurídicos de la Resolución: 1º. La competencia del Registro Civil español. 2º. Análisis de los títulos inscribibles y el distinto juego de las reglas del Derecho Internacional Privado. 3º Reglas sobre el acceso al Registro Civil español de certificaciones registrales extranjeras. 4º Los requisitos que sí exige el 81 del Reglamento del Registro Civil. 5º El orden público internacional español. 3.2. *Principales objeciones doctrinales a la resolución:* 3.2.1. La cuestión resuelta: la eficacia registral en España de las certificaciones de nacimiento extranjeras. 3.2.2. El control de legalidad: título y objeto del control. 3.2.3. Límites al reconocimiento de las decisiones extranjeras: la competencia internacional y la ausencia de fraude. 4. ANULACIÓN JUDICIAL DE LA RESOLUCIÓN DE LA DGRN (SENTENCIA DEL JUZGADO 1ª INSTANCIA Nº 15 DE VALENCIA). 5. REACCIÓN DE LA DGRN: APROBACIÓN DE LA INSTRUCCIÓN DE 5 DE OCTUBRE DE 2010, SOBRE RÉGIMEN REGISTRAL DE LA FILIACIÓN DE LOS NACIDOS MEDIANTE GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN. 5.1. *El dilema y la reacción de la DGRN:* 5.1.1. La necesidad de una resolución judicial extranjera. 5.1.2. Finalidad de la Instrucción. 5.1.3. Justificación legal de la necesidad de aportar la resolución judicial extranjera. 5.1.4. Reconocimiento de la resolución judicial extranjera. 5.1.5. Exclusión como título inscribible de la certificación extranjera y de la simple declaración. 6. RESOLUCIONES DE LA DGRN DICTADAS EN EL MARCO DE LA INSTRUCCIÓN DE 5 DE OCTUBRE DE 2010: 6.1. *Una cuestión previa: la competencia de los registros civiles consulares versus la del registro civil central.* 6.2. *Supuestos procedentes de california: revocación de la calificación.* 6.2.1. La necesidad de aportar la resolución judicial californiana. 6.2.2. Referencia a la ley procedimental extranjera aplicable. 6.2.3. Diligencia para mejor proveer: distinción entre «tutela declarativa» y «tutela por reconocimiento». 6.2.4. Modalidades del reconocimiento. 6.2.5. El carácter de procedimiento de jurisdicción voluntaria. 6.2.6. Concurrencia de los requisitos para el reconocimiento: 1º Competencia del tribunal extranjero. 2º Respeto del interés superior del menor. 3º El respeto a los derechos de la madre gestante. 4º Conclusión. 6.3. *Otras resoluciones similares posteriores.* 6.4. *supuestos procedentes de la india.* 6.5. *resoluciones posteriores a la sentencia del tribunal supremo de 6 de febrero de 2014.* 7. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 6 DE FEBRERO DE 2014. 7.1. BREVE ANÁLISIS. 7.1.1. Sobre el interés superior del menor. 7.1.2. El argumento de la identidad única. 7.1.3. Vulneración del derecho al respeto de la vida privada y familiar. 7.1.4. Desprotección de los menores. 7.2. *Las dudas*

sobre la compatibilidad de la sentencia del Tribunal Supremo con la instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010. 8. SENTENCIAS DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS. DIÁLOGO DE TRIBUNALES. 8.1. Sentencias del TEDH de 26 de junio de 2014, asuntos *Mennesson y Labassee c/ Francia*. 8.2. La sentencia de 21 de julio de 2016, asuntos acumulados *Foulon y Bouvet c/ Francia*. 9. EL AUTO DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 2 DE FEBRERO DE 2015. 10. LA SENTENCIA DEL TEDH DE 24 DE ENERO DE 2017 EN EL ASUNTO *PARADISO Y CAMPANELLI c/ ITALIA*. 10.1. *Contenido*. 10.2. *¿Rectificación del TEDH?*. 11. NECESIDAD DE UNA SOLUCIÓN LEGAL AL LABERINTO JURÍDICO. 11.1. *el derecho nacional*. 11.2. *El Derecho europeo e internacional*. BIBLIOGRAFÍA.

1. INTRODUCCIÓN

Como ha señalado la doctrina,² la aparición de las técnicas de reproducción asistida abrió, entre otras posibilidades, la de que en determinados casos de infertilidad que afecte a una pareja, bien por razones naturales (enfermedades o patologías que generen infertilidad uterina de la mujer) o de género (pareja de hombres que desean tener descendencia), el proceso de gestación pueda ser realizado por una tercera mujer a la que se implante el embrión (procedente de gametos de los padres intencionales o de terceros donantes) dando lugar a la llamada gestación por sustitución o maternidad subrogada.

Esta práctica, científicamente viable, no ha recibido una respuesta jurídica uniforme en los distintos países, existiendo un importante debate jurídico, social, ético y político en torno a la misma, sin que hasta la fecha se haya alcanzado un consenso a nivel internacional. Las respuestas legales por parte de los distintos Estados, que responden a diferentes concepciones sociales o morales sobre el tema, van desde una prohibición explícita, con sanciones civiles —e incluso penales³—, hasta regulaciones ampliamente permisivas, pasando por otras regulaciones que admitiendo la figura imponen límites y requisitos más o menos estrictos, pasando por otros que han prescindido totalmente de regular la gestación por sustitución generando una situación de anomia o vacío legal.

Ante esta situación de asimetría internacional en la regulación de esta figura, han sido numerosos los ciudadanos originarios de países con legislaciones prohibitivas o restrictivas que han acudido, generalmente a través de agencias de intermediación, a otros países que autorizan o toleran esta práctica de la gestación subrogada (fenómeno al que algunos autores han dado en llamar «turismo reproductivo»).

² Así, recientemente, HERMIDA BELLOT, Beatriz, «Gestación subrogada: un problema global. Situación en el marco de la Unión Europea, la Conferencia de Derecho Internacional Privado de La Haya, y el Comité de Derechos del Niño», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nº 767, mayo-junio de 2018, pp. 1193 a 1229.

³ Ejemplo de esto último es Alemania. En España la sanción se limita al ámbito civil declarando la nulidad de pleno derecho de los contratos de gestación por sustitución y atribuyendo la maternidad legal a la mujer gestante, como veremos después.

La aparición de este fenómeno ha suscitado importantes debates e interrogantes jurídicos, de trasfondo no sólo técnico sino también moral, especialmente en los países de origen de los padres comitentes o intencionales que cuentan con legislaciones restrictivas, actualmente mayoritarias, al verse confrontados a la necesidad de tomar decisiones sobre el reconocimiento de las resoluciones de las autoridades extranjeras (judiciales o registrales) por las que se atribuye la filiación legal de los nacidos a los padres comitentes en el país en que ha tenido lugar la gestación por subrogación y nacimiento (generalmente el país de residencia de la mujer gestante). Desde el punto de vista de los países con legislaciones restrictivas (incluso con previsión de sanciones penales) se llega a plantear el riesgo de que este fenómeno encubra casos de tráfico de menores⁴.

Una de las principales cuestiones jurídicas que se han suscitado en particular en España (así como en otros países como Francia e Italia⁵) ha sido la de determinar el estado civil de filiación de los nacidos a través de estas técnicas en países que reconocen y regulan la gestación por sustitución y que atribuyen legalmente la filiación (materna y paterna) a los padres comitentes, permitiendo en consecuencia que dicha filiación quede reflejada e inscrita en sus respectivos Registros Civiles, situación que surge cuando dichos padres comitentes solicitan, a su vez, la inscripción del nacimiento y la filiación constituida conforme a la ley extranjera permisiva en el Registro Civil de España.

Esta situación, jurídicamente compleja y socialmente delicada, fruto del fenómeno transnacional citado, se ha reproducido en diversos países, generando un amplio debate entre numerosas instituciones y organizaciones nacionales e internacionales, entre ellas la Unión Europea (tanto en la Comisión como en el Parlamento Europeo), la Conferencia de Derecho Internacional Privado de La Haya y el Comité de Derechos del Niño de Naciones Unidas, sin que hasta el momento presente los esfuerzos desplegados hayan permitido alcanzar una posición armonizada de consenso, que haya facilitado la adopción de un convenio o tratado internacional en la materia. En este sentido la Conferencia de Derecho Internacional Privado de La Haya, tras constatar su preocupación por las posibles situaciones de vulnerabilidad de los niños, de las madres gestantes y de los padres comitentes, y la necesidad de evitar fraudes y tráfico de personas, por un lado, y la necesidad igualmente de evitar que los niños queden sin filiación ni nacionalidad, evita fijar una posición favorable o contraria a la gestación por subrogación, limitándose a estudiar fórmulas de cooperación para dotar de seguridad jurídica a estas situaciones, pues en el momento actual la falta de regulación o la

⁴ De ello se hace eco la Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 5 de octubre de 2010, refiriéndose a los requisitos que impone para permitir «verificar que no existe simulación en el contrato de gestación por sustitución que encubra el tráfico internacional de menores».

⁵ Como veremos, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos se ha ocupado de diversos recursos planteados contra estos dos Estados.

regulación permisiva de unos Estados y prohibitiva de otros facilita la existencia de situaciones de ausencia de seguridad jurídica. Sin embargo, como se ha dicho, el diferente planteamiento de los Estados en relación con la filiación de los nacidos mediante estas técnicas de gestación por sustitución, planteamientos vinculados a criterios de orden público por la naturaleza de la materia a que afecta (estado civil de filiación de los nacidos), está imposibilitando llegar a los consensos necesarios para aprobar un convenio multilateral en la materia⁶.

Recientemente ha estudiado el tema desde esta perspectiva internacional Hermida Belot⁷, concluyendo que no obstante esa falta de acuerdo internacional sobre el conjunto de cuestiones que se plantean, sí parece haber consenso en la mayoría de las instituciones en la distinción, como categorías diferentes, entre la gestación subrogada altruista y la comercial, entendiendo por comercial aquella en la que existe contraprestación económica y altruista aquella en la que o no existe esta contraprestación, o bien sólo se pagan a la mujer gestante los «gastos razonables» que genera la gestación, si bien se reconoce la dificultad de precisar este concepto de «gastos razonables» y, por tanto, el criterio de delimitación de una y otra categoría, lo que sin embargo sería fundamental pues el caso de la gestación por sustitución comercial las opiniones son claramente más restrictivas.

Este criterio se ve reflejado igualmente en nuestro Derecho interno, en el ámbito de las adopciones internacionales, en la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción internacional al incluir en su artículo 26 nº 2, relativo a los requisitos para la validez en España de las adopciones constituidas por autoridades extranjeras en defecto de normas internacionales, el requisito de que «la adopción no vulnere el orden público». Estableciendo a continuación (tras la modificación introducida en su redacción por la reciente Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia) una interpretación auténtica del concepto de «orden público» en este contexto al señalar que «A estos efectos se considerará que vulneran el orden público español aquellas adopciones en cuya constitución no se ha respetado el interés superior del menor, en particular cuando se ha prescindido de los

⁶ Vid. COUNCIL ON GENERAL AFFAIRS AND POLICY OF THE CONFERENCE, HAGUE CONFERENCE ON PRIVATE INTERNATIONAL LAW, «Conclusions and Recommendations adopted by the Council», marzo de 2016, pp. 1 a 6.

⁷ Op. cit., en la que resume la postura del Comité de los Derechos del Niño de la Organización de Naciones Unidas del siguiente modo: «el Comité no rechaza de manera radical la gestación subrogada y, entendemos que, asumiendo que es una práctica que pese a las prohibiciones que puedan existir puede seguir dándose, la acepta con dos condiciones: que los Estados garanticen que se trata de una práctica absolutamente altruista de manera que no exista riesgo de considerarla un supuesto de tráfico de personas; y que se garantice el derecho de los menores nacidos por este procedimiento a conocer sus orígenes biológicos».

consentimientos y audiencias necesarios, o cuando se constate que no fueron informados y libres o se obtuvieron mediante pago o compensación».⁸

El mismo criterio de exclusión de la finalidad comercial se incorpora en la Ley de técnicas de reproducción humana asistida de 2006 en relación con la donación de gametos y preembriones (idea que va ínsita en el propio concepto de donación). En este sentido se declara en el apartado 1 de su artículo 5 que «La donación de gametos y preembriones para las finalidades autorizadas por esta Ley es un contrato gratuito, formal y confidencial concertado entre el donante y el centro autorizado», y se reitera en el apartado 3 del mismo precepto con especial énfasis (sin perjuicio de la denominada «compensación económica resarcitoria»): «La donación nunca tendrá carácter lucrativo o comercial. La compensación económica resarcitoria que se pueda fijar sólo podrá compensar estrictamente las molestias físicas y los gastos de desplazamiento y laborales que se puedan derivar de la donación y no podrá suponer incentivo económico para ésta».⁹

En todo caso, a fin de poner en perspectiva este tema conviene que recordemos brevemente algunos de los principales hitos en la evolución de la regulación de la filiación en España.

1.1. *Evolución del marco legal de la filiación en España*

1.1.1. La concepción realista frente a la concepción formalista

La historia pone de manifiesto que el Derecho de familia, en general, y el relativo a la filiación, en particular, es una de las materias que más modificaciones ha experimentado a lo largo de las últimas décadas en gran parte del mundo, y muy especialmente en Europa, siendo el caso español de los más paradigmáticos en cuanto a la velocidad e intensidad de tales cambios. Los diferentes sistemas jurídicos han oscilado entre la denominada «concepción realista», que se asienta en el principio de

⁸ Lo explica la exposición de motivos de la citada Ley 26/2015 del siguiente modo: «Por otra parte, se sustituye el presupuesto del control de la ley aplicada o aplicable, ajeno al sistema español de reconocimiento de decisiones y resoluciones extranjeras, por el de la no contrariedad de la adopción constituida en el extranjero con el orden público español, concretando este concepto jurídico indeterminado en los casos de adopciones en las que el consentimiento de la familia de origen no ha existido, no ha sido informado o se ha obtenido mediante precio [...]».

⁹ Insiste el mismo artículo en la misma idea en los dos siguientes párrafos excluyendo toda publicidad o promoción por parte de los centros autorizados que aliente la donación mediante la oferta de beneficios económicos, y atribuyendo al Ministerio de Sanidad competencia para fijar las condiciones que garanticen el respeto al carácter gratuito de la donación: «Cualquier actividad de publicidad o promoción por parte de centros autorizados que incentive la donación de células y tejidos humanos deberá respetar el carácter altruista de aquélla, no pudiendo, en ningún caso, alentar la donación mediante la oferta de compensaciones o beneficios económicos.

El Ministerio de Sanidad y Consumo, previo informe de la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida, fijará periódicamente las condiciones básicas que garanticen el respeto al carácter gratuito de la donación».

veracidad biológica y que, en consecuencia, tiende a facilitar ampliamente la libre investigación de la paternidad, y la denominada «concepción formalista», que se fundamenta en determinadas presunciones legales vinculadas a las obligaciones de cohabitación y fidelidad de los cónyuges en el matrimonio.

El Código civil español en su redacción originaria de 1889, siguiendo los criterios del *Code civil* napoleónico de 1804, adoptó el sistema de la concepción formalista, adaptándose así al modelo social imperante en la época basado en la llamada familia tradicional, que se fundamentaba esencialmente en la existencia del matrimonio, en el que encontraba su legitimidad. Con ello admitía un régimen jurídico distinto en materia de filiación, discriminatorio, respecto de los hijos nacidos fuera del matrimonio.

1.1.2. El cambio introducido por la Constitución de 1978 y la reforma del Código civil de 1981

Esta situación cambia sustancialmente a partir de la aprobación de la Constitución española de 1978, que impone a través de sus artículos 14 y 39 nuevos paradigmas jurídicos basados en el principio de igualdad y en la proscripción de cualquier género de discriminación por razón de «nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social», lo que se concreta en materia de filiación en el apartado 2 del artículo 39 del texto constitucional al sancionar que «Los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación, y de las madres, cualquiera que sea su estado civil. La ley posibilitará la investigación de la paternidad», dando así primacía al principio de veracidad biológica, sobre las presunciones legales.

A este cambio contribuyó también de manera importante la propia evolución de la sociedad y el cambio que en esta misma dirección se había venido produciendo en los años previos en las legislaciones de distintos países de nuestro entorno europeo en materia de Derecho de familia y de filiación (como los operados en Alemania en 1969, Francia en 1972, Italia en 1975, Portugal en 1977, etc.), y la propia evolución del Derecho internacional en el siglo XX después de la segunda guerra mundial (Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950, Convenio de los Derechos del Niño de 1989, etc.)¹⁰.

La necesidad de llevar a cabo esta adaptación del modelo tradicional a los imperativos constitucionales citados, dio lugar a la reforma del Código civil operada por la Ley 11/1981, de 13 de mayo, en la que se adopta un sistema ecléctico entre los dos sistemas antes citados, el formalista y el realista. El principio rector que inspira la reforma, como no podría ser de otro modo por imperativo constitucional, es el

¹⁰ ALBERDI VECINO, F., «La determinación extrajudicial de la filiación en el ordenamiento jurídico estatal y en los ordenamientos autonómicos» (trabajo inédito proporcionado por el autor).

principio de igualdad de los hijos ante la Ley con independencia de su nacimiento dentro o fuera del matrimonio, el principio de la libre investigación de la paternidad, mediante todo tipo de pruebas, incluidas las biológicas, así como el principio de protección integral de los hijos (incluyendo la protección prevista en los acuerdos internacionales que velen por sus derechos *ex artículo 39.4 de la Constitución*).

Es importante destacar igualmente que contribuye a este criterio de preeminencia de la verdad biológica no sólo su afirmación como principio legal, sino también, como presupuesto necesario, la evolución científica que lo hace posible a través de las pruebas médicas y biológicas, especialmente a través del ADN, que conjuntamente con la nueva regulación legal permite la detección y rectificación de errores cometidos en vía registral o extrajudicial por aplicación de las presunciones de paternidad o de reconocimientos de paternidad no ajustados a la verdad biológica.

A ese movimiento social y jurídico, que en España cristaliza en la Constitución de 1978 y en la aludida reforma del Código civil de 1981, se suma por otra parte, una evolución científica y técnica en el campo de la medicina reproductiva, que se produce en las mismas décadas de los años setenta y ochenta, que da lugar a nuevas técnicas biológicas en el ámbito de la reproducción humana asistida, y que en España serán objeto de regulación por primera vez a través de la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre técnicas de reproducción asistida, en la que si bien hay una remisión genérica en materia de los títulos y criterios legales de determinación de la filiación a la legislación civil, se incluyen también algunas normas especiales de un enorme alcance jurídico (y social).

En concreto, junto a la «filiación biológica o natural» va a surgir un nuevo título de atribución de la filiación legal ajeno al vínculo genético o biológico entre los padres y el hijo/a, dando lugar a lo que algún sector de la doctrina ha denominado una «filiación jurídico-social», que ya tenía un claro precedente en la adopción, plenamente equiparada a la filiación por naturaleza desde la aludida reforma del Código civil de 1981¹¹. En el ámbito de la reproducción asistida lo determinante no será siempre el origen del material genético empleado en el proceso de fecundación (pues se admite la utilización de gametos o material reproductor procedente de donante anónimo/a, masculino y/o femenino), sino que en determinados casos el elemento determinante, constituyente, de la filiación será la prestación del consentimiento a la utilización de las técnicas de reproducción asistida en los términos previstos en la Ley.

Este nuevo concepto jurídico-social de filiación superó el test de constitucionalidad al resolver nuestro Tribunal Constitucional el recurso interpuesto contra algunos artículos

¹¹ Así dispone el párrafo segundo del 108 del CC que «La filiación matrimonial y la no matrimonial, así como la adoptiva plena, surten los mismos efectos, conforme a las disposiciones de este Código».

de la citada Ley 35/1988, a través de su Sentencia 116/1999, de 17 de junio, en la que afirma que desde el punto de vista constitucional es lícita la disociación entre los conceptos de progenitor biológico y padre legal.

Se produce, por tanto, una aparente vuelta hacia un sistema en parte «formalista», dando lugar a filiaciones legales ajenas al vínculo biológico. Pero en puridad no se trata de una involución hacia el sistema formalista, sistema que estaba basado en presunciones legales (paternidad biológica presunta), como título de legitimación, y no en declaraciones de voluntad como títulos constitutivos o de atribución de filiación (desconectadas de todo vínculo genético).

Para comprender las diferencias entre las nuevas filiaciones jurídico–sociales y las resultantes del modelo formalista (en las que en base a la presunción de paternidad del marido podía legitimarse como hijo del marido a quien en realidad no lo era) resulta muy útil la conocida distinción conceptual que hacía el profesor De Castro entre «título de atribución» y «título de legitimación» o acreditación de la filiación, de forma que el primero era exclusivamente hasta la ley de reforma del Código civil de 1981 (y sin perjuicio de los limitados efectos de la adopción) el hecho natural de la generación o procreación biológica, en tanto que título de legitimación lo era el que legalmente proclama a una persona frente a todos como titular de un estado civil y le habilita para el ejercicio de los derechos que se derivan de tal situación jurídica. A este segundo concepto se refiere el artículo 113 del Código civil al afirmar que «La filiación se acredita por la inscripción en el Registro Civil, por el documento o sentencia que la determina legalmente, por la presunción de paternidad matrimonial y, a falta de los medios anteriores, por la posesión de estado. Para la admisión de pruebas distintas a la inscripción se estará a lo dispuesto en la Ley de Registro Civil». Como se observa, de entre los medios de prueba y legitimación de la filiación hay uno especialmente privilegiado que es el de la inscripción en el Registro Civil¹².

Al margen del caso de la adopción, el único título de atribución de la filiación existente y reconocido en nuestro Derecho antes de la Ley 35/1988 era el de la procreación natural, pero al limitarse las posibilidades de investigación de la realidad biológica y al limitar igualmente los plazos y la legitimación procesal para el ejercicio de las acciones de reclamación y/o impugnación de la filiación en determinados casos¹³, se generaba una posibilidad de disociación entre el título de legitimación y la realidad de la procreación natural. Lo que ahora se plantea, con la nueva regulación de las técnicas de reproducción asistida en determinados casos, es que coincidiendo los títulos de

¹² Cfr. art. 41 de la Ley del Registro Civil de 8 de junio de 1957, concordante con el art. 44.2 de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil

¹³ Sobre las dificultades de encaje constitucional de algunas de estas limitaciones vid. Sentencias del Tribunal Constitucional 138/2005, de 26 de mayo y 156/2005, de 9 de junio.

atribución y legitimación, no haya correspondencia entre la procreación natural y la filiación legal, por reconocerse como título constitutivo o de atribución el consentimiento prestado a las técnicas de reproducción, bajo determinadas condiciones. En este sentido se da entrada al principio de la autonomía de la voluntad en los términos que examinamos someramente en el siguiente apartado.

1.2. *Determinación legal de la filiación en los casos de reproducción asistida*

1.2.1. Planteamiento general

En concreto la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, con el precedente de la aludida Ley 35/1988, que en lo sustancial por lo que ahora interesa no altera de manera significativa, contiene una primera regla en materia de filiación de los hijos nacidos mediante técnicas de reproducción asistida, en el artículo 7.1 conforme al cual «La filiación de los nacidos con las técnicas de reproducción asistida se regulará por las Leyes civiles, a salvo de las especificaciones establecidas en los tres siguientes artículos».

1.2.2. Reglas especiales

¿Cuáles son esas especificaciones que alteran las reglas generales de la legislación civil?¹⁴.

Una primera especialidad está relacionada con los requisitos de los consentimientos necesarios para la aplicación de estas técnicas. En concreto el artículo 6.1 faculta a «toda mujer mayor de 18 años y con plena capacidad de obrar» para «ser receptora o usuaria de las técnicas reguladas en esta Ley, siempre que haya prestado su consentimiento escrito a su utilización de manera libre, consciente y expresa». La mujer podrá ser usuaria o receptora de las técnicas reguladas en esta Ley con independencia de su estado civil y orientación sexual. Pero en el caso de que la mujer estuviera casada se precisará también, según el apartado 3 del mismo precepto, «el consentimiento de su marido, a menos que estuvieran separados legalmente o de hecho y así conste de manera fehaciente» (el consentimiento del cónyuge, prestado antes de la utilización de las técnicas, según el mismo precepto «deberá reunir idénticos requisitos de expresión libre, consciente y formal»).

Pues bien, la consecuencia de prestar estos consentimientos es, según el apartado 1 del artículo 8 de la Ley, relativo a la «Determinación legal de la filiación», que «Ni la mujer progenitora ni el marido, cuando hayan prestado su consentimiento formal, previo y expreso a determinada fecundación con contribución de donante o donantes, podrán

¹⁴ La referencia genérica a la «legislación civil» se refiere tanto a las disposiciones sobre filiación contenidas en el Código civil, como las propias en la materia de determinadas legislaciones autonómicas, como la catalana o la navarra.

impugnar la filiación matrimonial del hijo nacido como consecuencia de tal fecundación». Se trata de una norma paralela, simétrica, a la prevista en el apartado 3 del mismo artículo, conforme al cual «La revelación de la identidad del donante en los supuestos en que proceda [...] no implica en ningún caso determinación legal de la filiación».

Por tanto, la Ley afirma por activa (art. 8.1) y por pasiva (art. 8.3) no sólo que la filiación del niño/a nacido de técnicas de reproducción asistida utilizando gametos o preembriones donados, mediando el consentimiento previo de los cónyuges, es la filiación matrimonial a favor de los mismos (se admite que la inseminación heteróloga – con material reproductor donado– sea unilateral o bilateral, es decir, tanto de los gametos masculinos como de los femeninos), y sin que la revelación de la identidad del donante pueda producir ningún efecto que altere tal afirmación legal; sino que además dicha filiación resulta inimpugnable por dichos cónyuges. Se trata, por tanto, de un claro caso de filiación jurídico-social, discrepante de la que resulta del origen biológico, es decir, desligada de todo vínculo genético con uno o incluso con los dos padres legales (sin perjuicio de que respecto de la madre, se exige, como veremos, el vínculo de la gestación).

Con ello la solución legal en estos casos no difiere de la que resulta de la presunción de paternidad matrimonial del artículo 116 del Código civil («Se presumen hijos del marido los nacidos después de la celebración del matrimonio y antes de los trescientos días siguientes a su disolución o a la separación legal o de hecho de los cónyuges»), presunción que actúa ordinariamente en el ámbito extrajudicial o registral, sin perjuicio de poder destruirla, como presunción *iuris tantum* que es, en sede judicial por medio de las correspondientes acciones de reclamación o impugnación de filiación, acciones impugnativas que no caben en el caso de la aplicación de las técnicas de reproducción asistida con contribución de donante, en los términos examinados. En caso de que el marido, no obstante la previsión legal, no preste el consentimiento exigido por el artículo 6.3 de la Ley, quedará exento de la interdicción que en caso contrario le afecta para ejercitar la acción de impugnación, en cuyo caso pasará a ser dato decisivo el de si los gametos empleados para la fecundación eran suyos o de un tercer donante, pues sólo en el primer caso la eventual acción de impugnación fracasaría.

Todo ello respecto del padre. Respecto de la madre, la remisión que hace el artículo 7.1 de la Ley de reproducción humana asistida a las reglas generales de la legislación civil conduce a afirmar en todo caso la filiación de la madre que da a luz, acreditada por medio de la prueba directa del parto y de la identidad del hijo conforme al criterio tradicional que fijaba la Ley del Registro Civil de 8 de junio de 1957 que exigía la plena coincidencia entre la declaración del nacimiento y el parte facultativo (artículo 47). Criterio que no sólo se mantiene en la actualidad sino que ha sido reforzado por la Ley

20/2011, de 21 de julio, de Registro Civil, al prever en el nuevo artículo 46.2º, en la redacción dada por la reciente Ley 19/2015, de 13 de julio, que

«El personal sanitario que asista al nacimiento deberá adoptar, bajo su responsabilidad, las cautelas necesarias para asegurar la identificación del recién nacido y efectuará las comprobaciones que establezcan de forma indubitada la relación de filiación materna, incluyendo, en su caso, las pruebas biométricas, médicas y analíticas que resulten necesarias para ello conforme a la legislación reguladora de las historias clínicas. En todo caso se tomarán las dos huellas plantares del recién nacido junto a las huellas dactilares de la madre para que figuren en el mismo documento [...]»¹⁵.

1.2.3. El caso de las parejas no casadas

¿*Quid iuris* en el caso de parejas no casadas?

Respecto de la filiación materna el hecho de que los padres estén o no casados resulta indiferente, las reglas son las mismas que acabamos de ver tanto si la madre está o no casada, con una salvedad: el caso de que la madre esté casada con otra mujer, en cuyo caso podrá existir una doble maternidad, una la correspondiente a la mujer que gesta y pare, y otra la correspondiente a su cónyuge.

En concreto, para estos casos la Ley 3/2007, de 15 de marzo, introdujo un nuevo apartado 3 en el artículo 7 de la Ley de reproducción humana asistida conforme al cual «Cuando la mujer estuviere casada, y no separada legalmente o de hecho, con otra mujer, esta última podrá manifestar conforme a lo dispuesto en la Ley del Registro Civil que consiente en que se determine a su favor la filiación respecto al hijo nacido de su cónyuge». No se exige que el óvulo fecundado sea de esta segunda mujer, ni se excluye que el material genético masculino no provenga de donante anónimo¹⁶. En el mismo sentido se pronuncia el artículo 44.5 de la Ley del Registro Civil de 2011 (tras su reforma por la Ley 19/2015).¹⁷

Por lo que se refiere a la filiación paterna en los casos de parejas heterosexuales no casadas que acuden a las técnicas de reproducción asistida, la solución más frecuente en la práctica registral es la que resulta común en los casos de filiación no matrimonial ordinaria (ajena a los usos de las técnicas de reproducción asistida), esto es, el

¹⁵ El principio *mater semper certa est* es igualmente el que inspira el Convenio nº 5 de la Comisión Internacional del Estado Civil, relativo a la filiación materna de hijos no matrimoniales, hecho en Bruselas en 12 de septiembre de 1962, al que España se adhirió el 27 de enero de 1984.

¹⁶ Lo que en la práctica puede llegar a plantear dudas en los casos en que el varón cuyos gametos se utilizaron reclame la paternidad cuando el embarazo se produjo de forma natural y no mediante fecundación in vitro.

¹⁷ Dice así el precepto: «5. También constará como filiación matrimonial cuando la madre estuviere casada, y no separada legalmente o de hecho, con otra mujer y esta última manifestara que consiente en que se determine a su favor la filiación respecto al hijo nacido de su cónyuge». ¿*Quid iuris* en caso de que se oponga a esta segunda filiación materna la mujer que da a luz?.

reconocimiento de la filiación ante el Encargado del Registro Civil, en testamento u otro documento público (artículo 120.2º del Código civil)¹⁸.

Estos reconocimientos de paternidad, no obstante, están sujetos a ciertos requisitos de eficacia, fijados en el artículo 124 del Código civil, conforme al cual «La eficacia del reconocimiento del menor o incapaz requerirá el consentimiento expreso de su representante legal o la aprobación judicial con audiencia del Ministerio Fiscal y del progenitor, legalmente conocido». Esta exigencia se dispensa, sin embargo, «si el reconocimiento se hubiere efectuado en testamento o dentro del plazo establecido para practicar la inscripción del nacimiento». Pero «La inscripción de paternidad así practicada podrá suspenderse a simple petición de la madre durante el año siguiente al nacimiento. Si el padre solicitara la confirmación de la inscripción, será necesaria la aprobación judicial con audiencia del Ministerio Fiscal».

Esto significa que en los casos en que hay acuerdo entre la madre y el varón no casado que reconoce su paternidad, basta la no oposición de la madre (representante legal del nacido) o su consentimiento expreso (en caso de que el reconocimiento se haya realizado fuera del plazo para la inscripción ante el Encargado del Registro o mediante declaración conforme *ex* artículo 120.1º del Código civil) para que la inscripción se practique también con la filiación paterna no matrimonial.

Pero puede ocurrir que dicha conformidad de la madre no exista o que el padre haya fallecido antes del momento del nacimiento. Contemplando estas hipótesis para los casos en que el varón hubiere dado su consentimiento a la utilización de las técnicas de reproducción humana, la Ley de 2006 contiene una regla especial en su artículo 8.2 que permite la determinación de la filiación paterna en tales casos por medio de un expediente registral, de los previstos en el artículo 44 de la Ley del Registro Civil (en el que se prevé la posibilidad de inscribirse la filiación mediante expediente aprobado por

¹⁸ Tras la reforma introducida por la Ley 19/2015, de 13 de julio, también puede hacerse el reconocimiento «En el momento de la inscripción del nacimiento, por la declaración conforme realizada por el padre en el correspondiente formulario oficial a que se refiere la legislación del Registro Civil», precepto que plantea ciertas dudas en cuanto a la constatación de la autenticidad de tal declaración, pues el párrafo segundo del 46 de la Ley del Registro Civil de 2011 (precepto que entró en vigor el 15 de octubre de 2015 conforme a su disposición final décima), «la comunicación [del nacimiento] se realizará mediante la remisión electrónica del formulario oficial de declaración debidamente cumplimentado por el centro sanitario y firmado por la persona o personas que tengan la obligación de comunicar el nacimiento, que comprenderá la identificación y nacionalidad de los declarantes, y sus declaraciones relativas al nombre elegido para el recién nacido, el orden de sus apellidos y su filiación paterna. A este formulario se incorporará el parte acreditativo del nacimiento firmado por el facultativo que hubiese asistido al parto». Y la remisión de dicha comunicación «será realizada por personal del centro sanitario, que usará para ello mecanismos seguros de identificación y firma electrónicos», lo que supone atribuir funciones de fedatario al citado personal facultativo. Por otra parte, en estos supuestos y para el caso de constatar que la madre tiene vínculo matrimonial con persona distinta de la que figura en la declaración, el 44.4 de la Ley del Registro Civil de 2011 (reformada por la Ley 19/2015) dispone que «se practicará la inscripción de nacimiento de forma inmediata sólo con la filiación materna y se procederá a la apertura de un expediente registral para la determinación de la filiación paterna».

el Encargado del Registro Civil, siempre que no haya oposición del Ministerio Fiscal o de parte interesada notificada personal y obligatoriamente, si concurre –entre otras– la siguiente circunstancia: «1.ª Cuando exista escrito indubitado del padre o de la madre en que expresamente reconozca la filiación [...]»).

Pues bien, el artículo 8.2 de la Ley de reproducción humana asistida establece que «Se considera escrito indubitado a los efectos previstos en el apartado 8 del artículo 44 de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil el documento extendido ante el centro o servicio autorizado en el que se refleje el consentimiento a la fecundación con contribución de donante prestado por varón no casado con anterioridad a la utilización de las técnicas. Queda a salvo la reclamación judicial de paternidad». Al quedar abierta la vía judicial para la reclamación de la paternidad en estos casos, aún existiendo el citado consentimiento y resolución favorable recaída en el expediente, la eventual sentencia judicial que recaiga en el procedimiento de reclamación de la filiación (vid. arts. 764 y siguientes de la LEC) sólo será favorable al varón que prestó el citado consentimiento en caso de que la inseminación hubiere sido homóloga, esto es, con material reproductor que genere el vínculo genético entre el nacido y el padre, o bien cuando dicho material proceda de donante anónimo (vid. art. 8.3).

La vía del expediente prevista en el artículo 8.2 también podrá utilizarse en el caso de que el padre que prestó el consentimiento hubiere fallecido al tiempo del nacimiento del niño/a, imposibilitando así la vía ordinaria del reconocimiento.

1.2.4. Regulación propia de la gestación por sustitución

Como hemos visto, el artículo 7.1 de la Ley de reproducción asistida establece que «La filiación de los nacidos con las técnicas de reproducción asistida se regulará por las leyes civiles, a salvo las especificaciones establecidas en los tres artículos siguientes».

Pues bien, tanto la derogada Ley de reproducción asistida de 1988 como la vigente de 2006, tras su reforma parcial por la Ley 19/2015, se manifiestan en contra de los contratos de gestación por sustitución. Dispone en concreto el artículo 10 de la Ley:

«1. Será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero. 2. La filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto. 3. Queda a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales.»

Ley 19/2015, de 13 de julio, de medidas de reforma administrativa en el ámbito de la Administración de Justicia y del Registro Civil, que modifica nuevamente la Ley de técnicas de reproducción humana asistida, en concreto sus artículos 7.3, 8.2 y 9.3, pero no así el artículo 10 que mantiene sin modificación su redacción originaria, en los mismos términos que se han transcrito.

Del precepto transcrito resultan cuatro reglas básicas:

- En primer lugar la nulidad de pleno derecho del contrato. En consecuencia no podrán derivarse del mismo obligaciones civiles exigibles.
- En segundo lugar, la ineficacia de la renuncia por la madre (gestante) a la determinación de su filiación materna, en cuanto ésta constituye un *status filii* irrenunciable por ser materia de *ius cogens* (además de un derecho es un deber-función, como se ha afirmado reiteradamente de la patria-potestad).

Esta idea se recoge de forma expresa en la redacción del artículo 44.4 de la Ley de Registro Civil de 2011, redactada por la Ley 19/2015, que tras disponer que «La filiación se determinará, a los efectos de la inscripción de nacimiento, de conformidad con lo establecido en las leyes civiles y en la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida», añade a continuación que salvo en los casos a que se refiere el artículo 48 (menores en situación de desamparo por abandono), «en toda inscripción de nacimiento ocurrida en España se hará constar necesariamente la filiación materna, aunque el acceso a la misma será restringido en los supuestos en que la madre por motivos fundados así lo solicite y siempre que renuncie a ejercer los derechos derivados de dicha filiación. En caso de discordancia entre la declaración y el parte facultativo o comprobación reglamentaria, prevalecerá este último».

Es decir, cabe que «la madre renuncie a ejercer los derechos derivados de [dicha] filiación», pero no a la filiación misma, como condición de estado civil, ni a los deberes que la misma comporta, por lo que incluso mediando tal renuncia al ejercicio de sus derechos no por ello puede prescindirse de la constancia de la filiación materna de la mujer que ha dado a luz en la inscripción del nacimiento.

- En tercer lugar, en coherencia con ello y reforzando las previsiones legales citadas, el artículo 10.2 establece que la «filiación será determinada por el parto», lo que supone atribuir la filiación a la madre gestante y no a la madre comitente o intencional. Regla que se aplica tanto al supuesto en que la madre gestante haya aportado su óvulo, en cuyo caso sería además madre genética, como en el caso de que le haya sido implantado o transferido un preembrión fecundado *in vitro* con ovocitos procedentes de otra mujer; y tanto si se ha empleado material genético de su marido o pareja (fecundación homóloga), como si lo ha sido el de un tercero donante –anónimo o no– (fecundación heteróloga).

- Finalmente, se deja «a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales». Por tanto, nada impide que el varón que haya aportado su material genético (sin mediar donación anónima) al proceso de fecundación reclame, conforme al criterio de la verdad biológica, su paternidad, y ello con independencia de que sea a su vez o no parte del contrato de

encargo de la gestación por sustitución. Este aspecto de la regulación, como veremos, tiene gran importancia para la resolución de muchos de los supuestos internacionales que se plantean en España.

Por tanto, desde el punto de vista interno y en relación con supuestos de hecho que carezcan de elementos de extranjería o transfronterizos no hay duda de que los niños nacidos mediante técnicas de gestación por sustitución tienen la filiación materna que corresponde a la madre gestante, aun cuando haya mediado un contrato de encargo de gestación, con o sin precio, en cuya virtud la gestante haya renunciado a su filiación materna, contrato y renuncia nulo e ineficaz como se ha dicho.

El problema se centra, pues, exclusivamente en los supuestos internacionales con elementos transfronterizos en los que, en contra de dicha regulación, se haya aplicado una legislación permisiva a cuyo amparo se haya constituido una relación de filiación a favor de la madre y/o padre(s) comitentes o intencionales. El problema se plantea cuando estas relaciones de filiación constituidas al amparo de una legislación extranjera y con intervención de jueces o autoridades extranjeras, pretende su reconocimiento en España a través de la inscripción en el Registro Civil español (Central o Consular), inscripción que, en caso de practicarse, las inviste de un título de legitimación en los términos antes expuestos.

Analizamos a continuación la evolución de la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado en esta compleja materia, vertida en las Resoluciones dictadas en los diversos recursos interpuestos contra la calificación de los magistrados o cónsules españoles a cargo del Registro Civil español que han denegado en distintos casos la inscripción de la filiación solicitada en los supuestos indicados, en general bajo el argumento de la vulneración del artículo 10 de la Ley española de técnicas de reproducción asistida.

2. LA DOCTRINA DE LA DGRN. ETAPA PREVIA A LA RESOLUCIÓN DE 18 DE FEBRERO DE 2009

A la vista de la regulación que hemos analizado someramente, y en particular vista la redacción del artículo 10 de la Ley de técnicas de reproducción humana asistida, afirma la DGRN en su Resolución de 18 de febrero de 2009 que «Es indudable que los contratos de gestación por sustitución están expresamente prohibidos por las Leyes españolas (vid. art. 10.1 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida). Es indudable también que “la filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto” (art. 10.2 de la Ley 14/2006)».

Algunos autores en nuestra doctrina han negado que los contratos de gestación por sustitución constituyan una práctica prohibida en nuestro Derecho¹⁹. La afirmación se apoya básicamente en dos argumentos: la falta de una disposición sancionadora de dichas prácticas (a diferencia de lo que suceden en otros Ordenamientos como el alemán o suizo), y en el hecho de que el artículo 10.3 admite que el padre biológico, incluso en el caso de que haya sido parte en el contrato de encargo de la gestación por sustitución, pueda ejercitar las acciones de reclamación de la paternidad, lo que supondría reconocer un «premio» a uno de los partícipes en la práctica prohibida (de donde se colegiría que si hay «premio» no hay «prohibición»).

Al margen de su consideración desde el punto de vista del orden público internacional español, y sin prejuzgar ahora este extremo, no encuentro suficientes estas razones para desautorizar la común opinión sobre esta tema –existencia de una prohibición– del Tribunal Supremo en su sentencia de 6 de febrero de 2014 y de la Dirección General de los Registros y del Notariado en su aludida Resolución de 18 de febrero de 2009 (que como veremos no encuentra en ello, no obstante, obstáculo al reconocimiento registral en España de la filiación constituida en el extranjero). En cuanto a la ausencia de sanción, hay que señalar que una cosa es que nuestro Ordenamiento, a diferencia de otros, no prevea sanciones penales relacionadas con este tema²⁰, y otra cosa diferente es que no exista sanción alguna, pues está prevista la nulidad de pleno derecho del contrato que es inequívoca sanción de carácter civil. Por poner un solo ejemplo de sanción civil en otro ámbito, la Ley de 23 de julio de 1908 sobre nulidad de los contratos de préstamos usurarios, no los prohíbe expresa y formalmente, pero no hay duda de que cuando en su artículo 1 dispone que «será nulo todo contrato de préstamo en que se estipule un interés notablemente superior al normal del dinero y manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso o en condiciones tales que resulte aquél leonino, habiendo motivos para estimar que ha sido aceptado por el prestatario a causa de su situación angustiosa, de su inexperiencia o de lo limitado de sus facultades mentales», está estableciendo una norma prohibitiva, cuya infracción genera como sanción su nulidad civil.

No otra cosa cabe colegir del artículo 6.3 del Código civil cuando dispone que «Los actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas son nulos de pleno derecho, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de

¹⁹ Este es el caso de HEREDIA CERVANTES, I., «La inscripción de relaciones de filiación constituidas en el extranjero mediante gestación por sustitución: seis años desperdiciados», *Boletín del Ministerio de Justicia*, núm. 2179, junio de 2015, pp. 339 a 396. En el mismo sentido: ATIENZA RODRÍGUEZ, M., «Sobre la nueva Ley de Reproducción Humana Asistida», *Revista de Bioética y Derecho*, núm.14, 2008, pp. 4 a 9.

²⁰ Como señala HERMIDA BELLOT, op. cit.: «los delitos contenidos en el Capítulo II del Título XII De la suposición del parto y de la alteración de la paternidad, estado o condición del menor, sin embargo, lo que sancionan estos artículos no es la gestación por sustitución en sí misma sino la voluntad de alterar la filiación del nacido por estos medios».

contravención». Hay nulidad en caso de infracción porque la norma vulnerada es imperativo o prohibitiva. No cabe imaginar tal sanción civil en caso de actuación o pacto contrario a una norma dispositiva (que por su propia naturaleza admite precisamente el *pactum contra legem* –contra la propia norma dispositiva–).²¹

Por otra parte, el hecho de que el artículo 10.3 de la Ley de técnicas de reproducción humana asistida preserve o deje a salvo las acciones de reclamación de paternidad, no constituye un «premio» o recompensa para el padre biológico que participó en el contrato. La sanción de la nulidad del contrato (de todo el contrato) de gestación por sustitución implica que cualquier estipulación contraria a la realidad de la paternidad biológica podrá ser igualmente combatida mediante la acción de reclamación de filiación paterna. Y en caso de que el contrato nada diga en contra de tal paternidad biológica, lo que aclara el artículo 10.3 es que, en contra de lo previsto en otros ordenamientos como el francés²², que aplican el principio expresado en la máxima *fraus omnia corrumpit*, y de acuerdo con los criterios generales de nuestra legislación civil (recuérdese lo dicho sobre la «concepción realista» de la filiación basada en la verdad biológica), la sanción civil no alcanza a privar de tal paternidad al padre biológico, limitándose a desconocer o hacer ineficaz (además de cualesquiera otras obligaciones previstas en el contrato) los efectos de la renuncia de la filiación materna, filiación que la ley atribuye a la mujer gestante (solución legal respecto de la filiación paterna que, por cierto, es más acorde con la jurisprudencia internacional sobre derechos humanos, a la vista de que la extensión de la sanción en el Derecho francés – en el sentido de excluir dicha filiación paterna– ha sido condenada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos como contraria al artículo 8 del Convenio de Roma de derechos y libertades fundamentales²³).

Partiendo, por tanto, de la existencia en nuestro Derecho de la citada prohibición, y en base a esta idea y al principio de veracidad biológica que tradicionalmente ha regido en materia de filiación, la DGRN vino rechazando hasta la Resolución de 18 de febrero de 2009, aún sin referirse específicamente al fenómeno de la maternidad subrogada, las inscripciones de nacimiento y filiación en virtud de certificación de Registros extranjeros de niños nacidos en el extranjero, cuando de la calificación o de las

²¹ En este sentido hay que recordar la clasificación de las normas por razón de la sanción que recoge don Federico de Castro en su tratado *Derecho Civil de España*: «Por la sanción se han dividido en: reglas más que perfectas, perfectas, menos que perfectas e imperfectas, según sancionen su incumplimiento con pena y nulidad, con nulidad, con pena pero sin nulidad, que no castigan ni con nulidad ni con pena, pero que lo sancionan de otro modo, prohibiendo a las autoridades su colaboración, concediendo excepciones, etc.» (Vid. F. DE CASTRO Y BRAVO, *Derecho Civil de España*, Parte general, Tomo I, p. 56). Es decir, si hay sanción (nulidad en este caso) es porque hay un incumplimiento de una norma imperativa o prohibitiva.

²² Hasta el cambio de jurisprudencia impuesto por las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que después veremos.

²³ Convenio para la protección de los derechos y de las libertades fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950, y sus protocolos adicionales.

comprobaciones complementarias llevadas a cabo por el Encargado del Registro Civil español resultase evidente la falta de correspondencia entre el contenido de la certificación y la realidad de los hechos (esto es, la maternidad y la paternidad biológica de quienes figuraban en la certificación como progenitores del nacido).

Se aplicaba a tales casos una solución similar a la prevista para los casos de los llamados «reconocimientos de complacencia», cuando la inscripción de la filiación se solicita en un momento posterior a la inscripción del nacimiento.

En estos casos, al margen y sin perjuicio de los requisitos establecidos por el legislador para la eficacia jurídica del reconocimiento, la doctrina de la DGRN se pronuncia a favor de la idea de que el juez o el cónsul encargado del Registro deberá atender en su calificación ante todo al principio de veracidad o de verdad biológica, si bien no en el sentido de exigir su prueba plena, pero sí la verosimilitud de la paternidad.

Así, las Resoluciones de la DGRN de 28 de diciembre de 1992 y 12 de noviembre de 2004, entre otras muchas, afirman que es inscribible el reconocimiento de un menor siempre que se haya otorgado en forma y concurren todos los requisitos de eficacia, sin que importe la sola sospecha o duda de que el reconocimiento no se ajusta a la verdad biológica. Ahora bien, por el contrario debe denegarse la inscripción cuando de las manifestaciones de los interesados se deduce, sin lugar a dudas, la falta de veracidad del reconocimiento. Por ejemplo, cuando el padre declara directa o indirectamente que el reconocido no es hijo biológico suyo (Resolución de 23 de mayo de 2003), o bien cuando por otras razones o circunstancias es de muy dudosa credibilidad²⁴.

Un «supuesto reciente» de estas situaciones se ha dado en el caso de la Resolución de la DGRN de 15 de abril de 2013. Se trataba de la solicitud de inscripción en el Registro Civil español de una certificación de nacimiento de dos niñas gemelas nacidas en California en 2009, en la que constan como padre y madre dos ciudadanos españoles nacidos en 1944 y 1945, respectivamente (es decir, de 65 y 64 años en el momento del nacimiento). El Encargado del Registro Civil Central dictó resolución denegando la inscripción por no considerar acreditada la verdadera filiación de la menor. La DGRN confirma la denegación afirmando que

«La regulación de la filiación en el Código civil se inspira en el principio de la veracidad biológica, de modo que la declarada no podrá ser inscrita cuando haya en las actuaciones

²⁴ En tiempos recientes, la práctica registral, de la que se hace eco el Centro Directivo en sus Resoluciones, ha evidenciado un incremento de los reconocimientos fraudulentos de paternidad, con el fin de favorecer la atribución irregular de la nacionalidad española al presunto hijo reconocido. Se recuerda al respecto por la DGRN en Consulta de 18 de mayo de 2006, que un reconocimiento de complacencia es nulo de pleno derecho y no podrá inscribirse, cuando haya en las actuaciones datos significativos y concluyentes de los que se deduzca que tal reconocimiento no se ajusta a la realidad, por ejemplo, si se prueba que no ha podido haber cohabitación entre la madre y el presunto padre en la época en que se produjo el embarazo.

datos significativos y concluyentes de los que se deduzca que tal filiación no se ajusta a la realidad. En el presente caso ... la certificación de nacimiento extranjera aportada [...], plantea dudas fundadas sobre la realidad del hecho inscrito y sobre su legalidad conforme a la legislación española, sin que reúna, por tanto, las condiciones exigidas por el artículo 23 de la Ley de Registro civil y 85 de su Reglamento para dar fe de la filiación del inscrito, por lo que no puede darse por acreditada la filiación biológica respecto de los supuestos progenitores.

Sí, como presume el ministerio fiscal en su informe posterior al recurso, se trata en realidad de un supuesto de gestación por sustitución, tal como argumenta dicho órgano y de acuerdo con la Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 5 de octubre de 2010, es requisito necesario para la inscripción la aportación de una resolución judicial reconocida en España y dictada por el órgano judicial extranjero competente que atribuya a los solicitantes la filiación sobre la menor haciendo constar que no se ha producido una vulneración del interés superior de la nacida y recogiendo el libre consentimiento y la renuncia expresa de la madre gestante».

Cosa distinta es que en la práctica registral anterior a la Resolución de 18 de febrero de 2009 hayan podido darse casos en que tratándose de matrimonios de personas de distinto sexo y no existiendo elementos externos en la situación factual que permitiesen albergar sospecha alguna sobre la veracidad de los hechos reflejados en el certificado, hayan podido inscribirse filiaciones derivadas de maternidad subrogada en contra de la citada doctrina.

Ahora bien, en caso de que la propia certificación registral atribuya la filiación a dos padres la imposibilidad material de que en tal caso dicha filiación corresponda a una procreación natural que responda a una verdad biológica, obligó a la DGRN a abordar frontalmente la cuestión jurídica subyacente sobre la posibilidad o no del reconocimiento en España de la filiación determinada en el extranjero (en concreto en California) en virtud de un contrato de gestación por sustitución, con óvulo de donante anónima fecundado por el material reproductor de uno de los dos padres de intención (sin que el concreto padre genético esté concretado), supuesto resuelto por la citada Resolución de 18 de febrero de 2009, que constituye un hito jurídico fundamental en esta materia.

3. LA RESOLUCIÓN DE LA DGRN DE 18 DE FEBRERO DE 2009

3.1. *Análisis del contenido de la resolución*

3.1.1. Supuesto de hecho

Un matrimonio de dos varones de nacionalidad española y residentes en España presentan en el Registro Civil Consular de Los Ángeles (Estados Unidos) una solicitud de inscripción de nacimiento de dos niños gemelos, nacidos en San Diego, California (Estados Unidos) en octubre de 2008 mediante gestación de sustitución. Adjuntan como documentación: los certificados de nacimiento de los menores expedidos por el

Registro Civil californiano, certificados de nacimiento de los promotores, y libro de familia de los mismos, quienes habían contraído matrimonio en España en 2005.

El Encargado del Registro Civil Consular deniega la inscripción con invocación de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, cuyo artículo 10.1 establece, como vimos, una clara prohibición de los contratos que tengan por objeto la denominada «gestación de sustitución», con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero, y cuyo artículo 10.2 establece que la filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto, considerando por tanto a la mujer gestante como madre legal.

La DGRN, mediante Resolución de 18 de febrero de 2009, estima el recurso y ordena que se proceda a la inscripción en el Registro Civil Consular del nacimiento de los menores con las menciones de filiación que constan en la certificación registral extranjera aportada, de la que resulta que son hijos de los recurrentes.

3.1.2 Inscripción de hechos de estado civil ocurridos en el extranjero

Antes de entrar en los fundamentos jurídicos de la Resolución y para encuadrar el tema, recordemos que respecto de los hechos del estado civil acaecidos fuera de España tan sólo aquellos que afecten a españoles pueden tener acceso al Registro Civil español –Consular o Central– (vid. artículo 15 de la Ley del Registro Civil de 1957²⁵).

Este acceso al Registro Civil español puede ser directo, por cuanto la falta de inscripción en el Registro extranjero no impide practicarla en el español mediante título suficiente, o bien, indirecto, a través de la pertinente certificación del Registro extranjero. El artículo 23 de la citada Ley del Registro Civil, en efecto, eleva estas certificaciones a la categoría de título registral o título de inscripción, «siempre que no haya duda acerca de la realidad o certeza del hecho inscrito y de su legalidad conforme a la ley española». El artículo 85 del Reglamento del Registro Civil añade, además, el requisito de que el «Registro extranjero sea regular y auténtico», de modo que el asiento de que se certifica tenga unas garantías similares a las exigidas por nuestro Ordenamiento.

Siempre que se den estas circunstancias puede practicarse la inscripción en el Registro español sin necesidad de expediente y con base exclusivamente a la certificación extranjera. Pero, en todo caso, previa calificación del mismo, tanto en cuanto a los requisitos extrínsecos o formales (traducción y legalización) como en cuanto al fondo (vid. artículo 27 de la Ley del Registro Civil). Como señala la DGRN en reiteradas

²⁵ Repárese en que la Resolución se dicta en un momento previo a la publicación de la Ley 21/2011, de 20 de julio, de Registro Civil, que a pesar del tiempo transcurrido en el momento actual sólo está en vigor parcialmente (vid. su disposición final décima).

Resoluciones, la actitud del Encargado no puede ser pasiva o automática, transcribiendo, sin más calificación, los datos que aparezcan en la certificación extranjera, sino que ha de cerciorarse de la realidad del hecho, y también de su legalidad conforme a ley española.

En el caso que ahora analizamos el resultado de esa calificación fue negativo, lo que motivó su recurso y la posterior Resolución de la DGRN, que sin embargo revoca la calificación por entender que sí procedía la inscripción.

3.1.3. Fundamentos jurídicos de la Resolución

Los argumentos jurídicos que llevan a la DGRN a fijar su novedosa doctrina en la materia son los siguientes:

Primero. La competencia del Registro Civil español

La DGRN deja para el final (fundamento jurídico sexto) una cuestión que en realidad es previa: ¿es competente el Registro Civil español para inscribir el nacimiento ocurrido en el extranjero de un niño/a nacido/a de madre gestante extranjera y residente en el extranjero en virtud de un contrato de gestación por sustitución firmado en el extranjero y homologado por resolución dictada por un tribunal extranjero, siendo los comitentes españoles y residentes en España?. Hay que recordar que el Registro Civil español sólo es competente para reflejar hechos o actos relativos al estado civil que afecten a un español o que hayan acaecido en España.

La DGRN da una respuesta positiva en base al siguiente razonamiento:

«[...] los menores nacidos en California ostentan la nacionalidad española con arreglo al art. 17.1.a) del Código Civil, 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 *jus sanguinis* acogido en el 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: lo relativo a la filiación se rige por la ley personal del hijo determinada por su nacionalidad), 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». 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”. Por ejemplo, por posesión de estado o inscripción en el Registro Civil²⁶. En consecuencia, al tratarse en el presente caso de la inscripción del nacimiento y filiación de sujetos españoles al ser nacidos de progenitor español, procede su acceso al Registro Civil español (art. 15 de la Ley del Registro Civil)».

Hay en este razonamiento un aspecto importante: no es necesaria la previa determinación legal de la filiación, pero sí que quede suficientemente acreditado el «hecho físico de la generación». Esto significa que este razonamiento puede aplicarse al supuesto de hecho del caso resuelto porque el material reproductor había sido aportado por uno de los dos varones casados (es decir, se trataba de un supuesto de inseminación homóloga). Pero el mismo razonamiento llevaría a cuestionar la competencia del Registro Civil español en el caso de inseminación heteróloga, es decir, en los casos en que el material reproductor proceda de un donante anónimo (de ahí la importancia de las pruebas de ADN).

Segundo. Análisis de los títulos inscribibles y el distinto juego de las reglas del Derecho Internacional Privado

Salvado el tema de la competencia del Registro Civil español, la DGRN comienza analizando las distintas vías o títulos jurídicos posibles para inscribir un nacimiento ocurrido en el extranjero, diferenciando el distinto juego de las reglas del Derecho Internacional Privado en cada uno de ellos. En realidad la DGRN analiza únicamente dos: la declaración del nacimiento y la certificación de Registro extranjero (obviando otros dos: el expediente registral de inscripción fuera de plazo y la resolución judicial):

a) «En el caso de inscripción del nacimiento por declaración, el Encargado del Registro deberá proceder a un control de legalidad de los hechos referidos en la declaración y de ésta misma. Para ello, el Encargado [...] si el supuesto presenta elementos extranjeros, deberá, en primer término, concretar la legislación española o extranjera reguladora de dichos hechos y declaraciones. A tal efecto, el Encargado deberá aplicar inexcusablemente, las normas de conflicto españolas, que son aplicables de oficio (art. 12.6 del Código Civil) [...]».

b) «Por el contrario, en el caso de inscripción del nacimiento mediante presentación de la correspondiente certificación registral extranjera en la que conste el nacimiento y la filiación del nacido, la solución legal es completamente distinta. Una correcta perspectiva metodológica conduce a afirmar que el acceso de las certificaciones registrales extranjeras al Registro Civil español debe valorarse no a través de la aplicación del Derecho sustantivo español ni a través de las normas de conflicto españolas, sino a través de las normas específicas que en Derecho español disciplinan el acceso de las certificaciones registrales extranjeras al Registro Civil español».

²⁶ Vid. RRDGRN de 7 de mayo de 1965, 4 febrero de 1966, 29 de diciembre de 1971, 19 de diciembre de 1973, 11 de agosto de 1975, 19 de enero de 1976, 11 de abril de 1978, 7 de mayo de 1980, 5 de marzo de 1986, y 28 de octubre de 1986 y Circular DGRN de 6 junio de 1981.

Esta afirmación la basa la DGRN en un fundamento de Derecho positivo que encuentra en el artículo 81 del Reglamento del Registro Civil, conforme al cual «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 a los Tratados internacionales. [...]».

Argumenta la DGRN este punto afirmando la existencia de una decisión previa de una autoridad extranjera, frente a la que la cuestión suscitada ante la autoridad española es la de su validez extraterritorial en España: «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.»

Entiende con ello la DGRN que la aplicación del artículo 81 del Reglamento excluye la utilización de las normas españolas de conflicto de Leyes, y en concreto, la del artículo 9.4 del Código Civil. Por tanto, también excluye la aplicación de la Ley sustantiva a la que tales normas de conflicto españolas pudieran conducir, como la Ley 14/2006, de 26 mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida. Insiste la DGRN en que «las normas de conflicto españolas y las normas sustantivas designadas por tales normas de conflicto son sólo aplicables a los supuestos que surgen ante las autoridades españolas sin que haya sido dictada una “decisión” por autoridad pública extranjera [...]».

Hay en este razonamiento un elemento que se afirma sin analizar todos los complejos matices que presenta: la relativa a la norma sustantiva a que conduce la norma de conflicto aplicable en este caso (ex artículo 9.4 del Código civil: la ley personal del hijo), norma sustantiva que según la DGRN sería la española en esta materia (Ley de 2006 sobre reproducción asistida). El citado artículo 9.4 del Código civil decía así (en la fecha de la Resolución) «El carácter y contenido de la filiación, incluida la adoptiva, y la relaciones paterno-filiales se regirán por la ley personal del hijo, y si no pudiera determinarse ésta, se estará a la residencia habitual del hijo». Es mayoritaria la opinión doctrinal que entiende que aunque el precepto no hacía referencia expresa a la determinación o establecimiento de la filiación, ha de interpretarse que esa cuestión estaba igualmente dentro del ámbito del artículo 9.4 del Código, pues parecía evidente la pretensión de incluir en este número toda materia relativa a la filiación.

Ahora bien, esta premisa –aplicación de la ley española– merecería un análisis más detenido en este caso, pues resulta evidente que en el momento del nacimiento y de la solicitud de inscripción la nacionalidad española de los menores no es inequívoca (a pesar de lo que la DGRN afirma en el último fundamento, pues en ese momento el

hecho de la «generación física» por progenitor español todavía no estaba probada), pero sí es inequívoca la nacionalidad norteamericana por razón del lugar de nacimiento, que es incuestionable (al aplicar los Estados Unidos el criterio del *iure soli* a efectos de atribuir la nacionalidad).

Es cierto que conforme al artículo 9.9º del Código civil prevalece en todo caso la nacionalidad española del que ostente, además, otra no prevista en nuestras leyes o en los tratados internacionales. Pero como antes vimos la nacionalidad española en estos casos sólo puede afirmarse cuando uno de los padres intencionales sea además padre biológico, lo que en el momento de la solicitud de la inscripción no está probado (salvo que se aporte prueba de ADN junto con la solicitud de inscripción)²⁷.

Por otra parte, en los supuestos en que no fuere posible la determinación de la ley personal, por no estar, a su vez, claramente determinada la nacionalidad²⁸, el artículo 9.4 del Código civil decía que «se estará a la residencia habitual del hijo». Ello coincide con el nº 10 del mismo artículo conforme al cual «se considerará como ley personal de los que carecieren de nacionalidad o la tuvieren indeterminada la ley del lugar de su residencia habitual». Y en los casos ahora analizados parece claro que la «residencia habitual» del menor en la fecha en que se solicita su inscripción en el Registro Civil Consular es todavía la coincidente con su lugar de nacimiento, pues es un momento previo a su eventual traslado a España, de donde eventualmente podría colegirse un argumento a favor de la aplicación de la ley sustantiva norteamericana (sin perjuicio del tamiz del orden público internacional del país en que se pretenda el reconocimiento de la filiación).²⁹

Tercero. Reglas sobre el acceso al Registro Civil español de certificaciones registrales extranjeras.

²⁷ De hecho, en las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en los casos *Menesson* y *Labasse* tanto los tribunales franceses como la Corte de Estrasburgo parten de que la ley norteamericana era la designada por las normas de conflicto francesas.

²⁸ V.gr. en los supuestos de nacimientos mediante gestación por sustitución en países que no aplican la regla del *iure soli* (y que no atribuyen la filiación materna a la mujer gestante).

²⁹ Este posible criterio se refuerza tras la modificación del punto de conexión que en materia de filiación supone la nueva redacción dada al 9.4º CC por la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, al sustituir como tal punto de conexión la nacionalidad del hijo por la de su residencia habitual, al disponer lo siguiente:

«4. La determinación y el carácter de la filiación por naturaleza se regirán por la ley de la residencia habitual del hijo en el momento del establecimiento de la filiación. A falta de residencia habitual del hijo, o si esta ley no permitiere el establecimiento de la filiación, se aplicará la ley nacional del hijo en ese momento. Si esta ley no permitiere el establecimiento de la filiación o si el hijo careciere de residencia habitual y de nacionalidad, se aplicará la ley sustantiva española. En lo relativo al establecimiento de la filiación por adopción, se estará a lo dispuesto en el apartado 5.

La ley aplicable al contenido de la filiación, por naturaleza o por adopción, y al ejercicio de la responsabilidad parental, se determinará con arreglo al Convenio de La Haya, de 19 de octubre de 1996, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños».

Pasa a continuación la DGRN a analizar las reglas que regulan el acceso al Registro Civil español de las certificaciones registrales extranjeras, centrándose particularmente en los artículos 81 y 85 del Reglamento del Registro Civil, y si bien admite que la aplicación de dichas normas obliga a un examen o control previo de legalidad de la certificación extranjera por parte del encargado del Registro Civil español, trata en todo caso de argumentar en contra de la extensión de dicho control a los requisitos sustantivos o de validez fijados por la ley material española. Comienza para ello la DGRN haciendo una delimitación negativa, esto es, especificando antes lo que no exige que lo que sí exige dicha normativa registral:

1) Lo que no exige el artículo 81 del Reglamento del Registro Civil:

«Con arreglo al art. 81 del Reglamento del Registro Civil, el legislador español no exige que la solución dada a la cuestión jurídica que consta en la certificación registral extranjera sea igual o idéntica a la solución que ofrecen las normas jurídicas españolas»³⁰.

2) Argumentos de apoyo de esta idea:

- En primer lugar, afirma la DGRN que exigir que la autoridad registral extranjera haya resuelto el caso de modo idéntico a como lo habría resuelto una autoridad registral española supondría desconocer que cada Estado dispone de su propio Derecho y de su propio sistema de Derecho internacional privado.
- En segundo lugar, dicha exigencia supondría también un perjuicio muy notable para la seguridad jurídica, valor superior de un ordenamiento jurídico consagrado en el artículo 9 de la Constitución española, en el contexto internacional. En efecto, un mismo caso podría ser resuelto de una manera distinta en Estados distintos, de modo que la situación jurídica válidamente creada y legalmente existente en un Estado resultaría inexistente y/o inválida en España. Ello entiende que no es deseable, pues las posiciones jurídicas de los particulares cambiarían de Estado a Estado, y se quebraría la continuidad en el espacio de las situaciones privadas internacionales, como ha subrayado recientemente el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (STJUE de 2 de octubre de 2003, García Avello, y STJUE de 14 de octubre de 2008, Grunkin-Paul).

³⁰ Afirma la DGRN que «el art. 81 del Reglamento del Registro Civil acoge otra perspectiva diametralmente opuesta: las certificaciones registrales extranjeras deben superar, naturalmente, un «control de legalidad», pero dicho control de legalidad no consiste en exigir que la autoridad registral extranjera haya resuelto el caso de modo idéntico a como lo habría resuelto una autoridad registral española».

- Por otra parte, la realización efectiva de la «tutela judicial» exige que en el contexto internacional la solución jurídica alcanzada en un Estado sea segura, estable y continua. Así, con carácter general, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha declarado que el derecho a un proceso equitativo del art. 6 del Convenio de 1950³¹ comprende el derecho de «acceso a un tribunal» y el derecho a una «ejecución efectiva de la decisión obtenida» (STEDH de 19 de marzo de 1997, caso Hornsby vs. Grecia). La tutela judicial efectiva exige evitar, hasta donde sea posible, las «decisiones claudicantes», inejecutables en el extranjero. Ello conduce a una clara conclusión a juicio de la DGRN: el Derecho internacional privado español se orienta, como regla general, hacia la admisión de los efectos jurídicos en España de las decisiones extranjeras.³²
- En tercer lugar, a mayor abundamiento, exigir que la autoridad registral extranjera haya resuelto el caso de modo idéntico a como lo habría resuelto una autoridad registral española supondría igualmente para los particulares un elevado coste, pues les obligaría a volver a plantear la cuestión jurídica ante las autoridades españolas para superar el «cruce de frontera». Con ello, además, la economía procesal sufriría un fuerte daño y se fomentarían los «dobles procedimientos», lo que perjudicaría no sólo a los particulares, sino a los Estados implicados. Es por ello que el artículo 81 del Reglamento del Registro Civil permite que las certificaciones registrales extranjeras puedan acceder al Registro Civil español, ya que de ese modo, se evitan dobles procedimientos y se respeta la economía procesal.

Cuarto. Los requisitos que sí exige el artículo 81 del Reglamento del Registro Civil

Descartado que el artículo 81 del Reglamento imponga que la resolución extranjera aplique al caso una solución idéntica a la prevista por el Derecho español, la DGRN pasa a examinar los requisitos que sí impone dicha norma para el «reconocimiento» y la inscripción en España de la certificación registral extranjera.

Pues bien, el artículo 81 del Reglamento del Registro Civil dispone que también es título inscribible: «el documento auténtico extranjero, con fuerza en España con arreglo a las Leyes o a los Tratados internacionales». Sobre esta exigencia de «tener fuerza en España» es sobre la que ha de centrarse, según la DGRN, el control de legalidad requerido a las certificaciones registrales extranjeras, control que se proyecta sobre

³¹ Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales hecho en Roma el 4 noviembre 1950.

³² «para así ajustarse, [...], a la tutela judicial efectiva (art. 24 de la Constitución española) y al derecho a un «proceso equitativo» (art. 6 del Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales hecho en Roma el 4 noviembre 1950)». La posible objeción es que en el caso de la Resolución de 18 de febrero de 2009 no estábamos ante una resolución judicial, sino ante una certificación registral.

tres elementos, si bien antes de su análisis han de despejarse otras dos cuestiones previas: la eficacia probatoria de la certificación extranjera aportada y las garantías del Registro Civil extranjero de emisión.

1) «En primer lugar, se exige que la certificación registral extranjera sea un documento «público» [...] Con arreglo al art. 323.2º LEC, un documento extranjero puede ser considerado como «público» cuando en la confección de dicho documento se han observado los requisitos que se exijan en el país donde se hayan otorgado para que el documento pueda ser considerado como «documento público» o documento que hace «prueba plena en juicio», y siempre que se acompañe de la correspondiente legalización (art. 88 RRC) o apostilla. [...] Por otro lado, se exige igualmente que el documento se presente con la correspondiente traducción (art. 86 del Reglamento del Registro Civil)». Requisitos estos satisfechos en el caso examinado.

2) «En segundo lugar, se requiere también que la certificación registral extranjera haya sido elaborada y adoptada por una autoridad registral extranjera que desempeñe funciones equivalentes a las que tienen las autoridades registrales españolas. Así lo exige el art. 85 RRC, que indica que «Para practicar inscripciones sin expediente en virtud de certificación de Registro extranjero, se requiere que éste sea regular y auténtico, de modo que el asiento de que se certifica, en cuanto a los hechos de que da fe, tenga garantías análogas a las exigidas para la inscripción por la Ley española», como ha tenido ocasión de subrayar también este Centro Directivo (RDGRN de 23 de noviembre de 2006, RDGRN de 25 septiembre de 2006).

Afirma la DGRN que también este requisito se cumple en este caso pues «La constancia registral del nacimiento y de la filiación de los nacidos es el resultado de un proceso lógico jurídico y constitutivo llevado a cabo por la autoridad registral extranjera competente. Por tanto, puede afirmarse que, en el presente caso, la certificación registral californiana constituye una auténtica “decisión” y ello permite comprobar que el Registro Civil de California desarrolla funciones similares a las españolas».

Sin embargo, esta afirmación del Centro Directivo tropieza con el hecho de que en estos casos, conforme a la legislación californiana, la certificación registral no es el resultado de un proceso «constitutivo» ni el resultado de una «decisión» autónoma, sino que constituye simple reflejo del cumplimiento del mandato de inscripción ordenado por la resolución judicial que homologa el contrato de gestación por sustitución. En estos casos la inscripción en el Registro Civil americano no es «constitutiva», sino meramente declarativa y resultado del cumplimiento estricto de lo acordado por dicha resolución judicial. Es ésta una afirmación jurídica que rectificará la DGRN antes incluso de que el Tribunal Supremo dicte su sentencia de 6 de febrero de 2014, a que después me referiré.

A continuación, admite la DGRN que al Registro Civil español sólo acceden documentos en los que constan actos presumiblemente «válidos», lo que se garantiza a través de la función de la calificación de la certificación extranjera presentada que debe realizar el Encargado.

Pero, a continuación, limita el alcance o ámbito de dicho control reiterando que el artículo 81 del Reglamento no exige que la solución jurídica contenida en la certificación registral extranjera sea «idéntica» a la solución jurídica que habría alcanzado una autoridad registral española mediante la aplicación de las normas legales españolas, o mediante la aplicación de la ley extranjera designada por nuestras normas de conflicto (vid. art. 9.4 del Código Civil). Entiende la DGRN que lo único que exige el artículo 81 del Reglamento del Registro Civil es que la certificación registral extranjera cumpla con determinadas exigencias imperativas necesarias para que pueda tener «fuerza en España» y acceder, de ese modo, al Registro Civil español. Y a continuación señala los tres elementos en que se concretan dichas exigencias: la competencia de la autoridad registral extranjera; el respecto, en su caso, de los derechos de defensa de los interesados (extremos de los que, afirma, no cabe dudar en el presente caso); y que la certificación registral extranjera no produzca efectos contrarios al orden público internacional español.

La DGRN admite acriticamente la concurrencia de los dos primeros elementos citados, a pesar de que, como ha señalado la doctrina, en este caso la competencia internacional de los autoridades registrales de California no resultaba incuestionable y requería de cierta argumentación de apoyo (sobre lo que después volveremos), y en cuanto al derecho de defensa, ningún elemento o dato existe en la escueta certificación aportada que permita afirmar o negar el respeto a dicho derecho de defensa. Por tanto, la DGRN pasa a examinar exclusivamente el requisito del respeto al orden público internacional español.

Quinto. El orden público internacional español

En este punto la DGRN comienza por la conclusión: afirmando que la inscripción de la certificación registral californiana no vulnera el orden público internacional español, afirmación que argumenta prolijamente a través de los siguientes razonamientos:

1) Discriminación por razón de sexo y de orientación sexual:

En primer término, la inscripción en el Registro Civil español del nacimiento y de la filiación de los nacidos en California en favor de dos sujetos varones no vulnera el orden público internacional español». Esta afirmación la basa el Centro Directivo en tres elementos:

- a) «en Derecho español se admite la filiación en favor de dos varones en casos de adopción, sin que quepa distinguir entre hijos adoptados e hijos naturales, ya que ambos son iguales ante la Ley (art. 14 de la Constitución española). Si la filiación de un hijo adoptado puede quedar establecida en favor de dos sujetos varones, idéntica solución debe proceder también en el caso de los hijos naturales»;
- b) «en Derecho español se permite que la filiación de un hijo conste en el Registro Civil a favor de dos mujeres, personas del mismo sexo (art. 7.3 de la Ley 14/2006). Por esta razón, 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 art. 14 de la Constitución española»; y
- c) «en el Derecho español la filiación natural no se determina necesariamente por el hecho de la «vinculación genética» entre los sujetos implicados, pues la ley permite que la filiación natural de un hijo conste en el Registro Civil a favor de dos mujeres, personas del mismo sexo».

En realidad este primer apartado resultaba en rigor innecesario pues los motivos de la denegación de la inscripción no estaban basados en la orientación sexual de los solicitantes, por lo que no resultaba preciso refutar un argumento de oposición a la inscripción que la calificación recurrida no empleaba.

2) El interés superior del menor:

Este es el punto esencial de la construcción jurídica de la Resolución que venimos analizando, en la que se desarrollan las siguientes ideas:

- «El interés superior del menor aconseja proceder a la inscripción en el Registro civil español de la filiación que figura en el Registro extranjero [...] En efecto, 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, en vigor para España desde el 5 enero 1991»³³.

³³ Cuyo texto indica que: «1. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño. 2. Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la Ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas».

En este punto hay que reparar en que según la propia Resolución la nacionalidad española sólo puede afirmarse cuando uno de los padres de intención sea también padre biológico.

- «Denegar la inscripción en el Registro Civil español vulnera también el citado precepto por cuanto el interés superior de los menores, conforme al citado Convenio, 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”».

Se ha criticado que esta afirmación presupone hacer supuesto de la cuestión, pues el Convenio exige que los Estados se comprometan a asegurar al niño la protección y cuidado necesario para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, sin prejuzgar en vía de principios quién ha de ser considerado como tal en los supuestos de maternidad subrogada.

- «Además, el “interés superior del menor” se traduce en el derecho de dicho menor a una “identidad única”, como ha destacado el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (STJUE 2 octubre 2003, caso García Avello, STJUE 14 octubre 2008, caso Grunkin-Paul). 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».

Lo que resulta discutible en cuanto a este argumento no es lo relativo a la afirmación de la conveniencia de mantener una identidad o filiación única, sino que el mejor modo de conseguir este resultado sea la inscripción directa de la certificación extranjera (como veremos la Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010 arbitró una fórmula diferente, bajo la premisa de incrementar las garantías jurídicas del menor al exigir la aportación de una resolución judicial y no una mera certificación registral).

3) La ausencia de fraude de ley

Entiende la DGRN que los interesados «no han llevado a cabo un fraude de Ley, fenómeno al que aluden el artículo 12.4 del Código Civil para los casos internacionales, pues los interesados no han utilizado una norma de conflicto ni tampoco cualquier otra norma con el fin de eludir una Ley imperativa española. No se ha alterado el punto de conexión de la norma de conflicto española, mediante, por ejemplo, un cambio artificioso de la nacionalidad de los nacidos para provocar la aplicación de la Ley de

California mediante la creación de una conexión existente pero ficticia y vacía de contenido con el Estado de California».

Resulta en cierta medida confusa la argumentación empleada en este punto por la DGRN:

- «Dicho aspecto –afirma– debe ser vinculado con el interés del menor, que exige la continuidad espacial de la filiación, y que se impone sobre cualquiera otra consideración en juego, tal y como podría ser la represión de movimientos presuntamente fraudulentos». No hay aquí negación de la existencia del fraude, sino afirmación de la prevalencia del interés del menor;
- «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*». Es decir, parece apoyarse la exclusión del fraude no en su inexistencia, sino en el carácter limitado de sus efectos, pues puede ser combatido en vía judicial.

Entiende la DGRN que la certificación registral californiana se expide «a los solos efectos de acreditar la identidad de los nacidos, y establece una presunción de paternidad que puede ser destruida por sentencia judicial (California Family Code section 7611)».

Añade además la DGRN que «la inscripción en el Registro Civil español de la certificación registral californiana surte los efectos jurídicos señalados por las Leyes registrales españolas (vid. art. 2 Ley del Registro Civil). Es decir, se trata tan sólo de una situación que goza de presunción *iuris tantum* de validez, pero no está amparada por un efecto de cosa juzgada que la haga intangible. Por ello, cualquier parte legitimada puede impugnar el contenido de dicha inscripción ante los Tribunales españoles en la vía civil ordinaria. En tal caso, los Tribunales españoles establecerán de modo definitivo la filiación de los nacidos. Por tanto, la certificación registral extranjera no produce efectos jurídicos de “cosa juzgada”».

Este planteamiento, como veremos, ha sido criticado porque si bien pretende garantizar la «continuidad espacial» de la filiación constituida en el extranjero, no garantiza su «continuidad temporal», pues parte de una interpretación en cierto modo claudicante de dicha filiación, a la que se atribuye valor meramente presuntivo y provisional en tanto no sea objeto de impugnación judicial.

3.2. Principales objeciones doctrinales a la resolución³⁴

3.2.1. La cuestión resuelta: la eficacia registral en España de las certificaciones de nacimiento extranjeras

La DGRN ordena que se proceda a la inscripción de los certificados de nacimiento extranjeros, pero, como pone de manifiesto Quiñones Escámez, deja claro que su decisión no prejuzga las cuestiones de fondo relativas a la validez del contrato, la filiación y el efecto de cosa juzgada de la decisión judicial extranjera que establece la doble paternidad de los menores antes de su nacimiento³⁵.

Pero ello supone admitir una situación de pendencia y provisionalidad incompatible con la idea de la identidad única, estable y continua en que se apoya la propia Resolución.

Es decir, según el planteamiento de la Resolución comentada una vez que dicha filiación haya accedido al Registro Civil español nada garantiza que, conforme a la legislación sustantiva española (cfr. artículo 10 de la Ley de técnicas de reproducción asistida), pudiera resultar anulada judicialmente, creando así una situación de inestabilidad, una incerteza poco conforme con el interés superior del menor que se trataba de proteger.

Así, como pone de manifiesto la autora citada³⁶, ante esta filiación provisional que resulta de la reiterada Resolución de la DGRN, «la cuestión de la filiación podría plantearse a título principal (si la madre gestante reclama a los menores) o al hilo de una cuestión previa (por ejemplo, si falleciera el padre intencional no biológico y un hijo anterior de éste impugnara, en la sucesión intestada, la cualidad de hijos de los gemelos). En todo caso si los tribunales españoles llegaran a pronunciarse sobre la filiación, aplicando el Derecho español conforme al art. 10 de la Ley de reproducción asistida, su decisión podría acarrear la nulidad de la transcripción ahora ordenado por la DGRN».

3.2.2. El control de legalidad: título y objeto del control

Como ha quedado expuesto, el control de legalidad que realiza la DGRN no es un control conflictual. También prescinde el Centro Directivo de la exigencia previa del

³⁴ Un amplio estudio crítico de la Resolución de la DGRN de 18 de febrero de 2009 es el que hace QUIÑONES ESCÁMEZ, A., «Doble filiación paterna de gemelos nacidos en el extranjero mediante maternidad subrogada. En torno a la RGRN DE 18 de febrero de 2009», *InDret*, julio de 2009, pp. 1 a 42.

³⁵ Así el fundamento jurídico quinto precisa que «cualquier parte legitimada puede impugnar el contenido de dicha inscripción ante los tribunales españoles en la vía civil ordinaria. En tal caso, los tribunales españoles establecerán de modo definitivo la filiación de los nacidos. Por tanto la certificación registral extranjera no produce el efecto jurídico de cosa juzgada».

³⁶ Op. cit.

exequátur de la decisión judicial californiana, aún cuando existe una relación directa entre la sentencia judicial, que homologa el contrato, constituye la filiación y ordena la inscripción a favor de los comitentes, y las certificaciones de nacimiento de los nacidos.

La DGRN, como se ha visto, restringe el control de legalidad a los requisitos formales de autenticidad y eficacia probatoria de los certificados, a la competencia de la autoridad registral, la equivalencia funcional del Registro Civil californiano con el español (en base a la idea de su intervención constitutiva), al respeto de los derechos de defensa de las partes (de las que, sin embargo, nada resulta de los certificados), y al respeto a los límites del orden público internacional español, básicamente en atención al principio del interés superior del menor (que apoya fundamentalmente en la idea del derecho a una identidad única y su continuidad espacial). Todo ello en base a los artículos 81 y 85 del Reglamento del Registro Civil.

Ahora bien, con ello obvia la existencia del artículo 23 de la Ley del Registro Civil que impone, en su párrafo segundo, que el control de las certificaciones registrales extranjeras se extienda a la «realidad del hecho inscrito» y a la «legalidad conforme a la ley española», lo que obligaría bien a una aplicación de las normas de conflicto españolas o, alternativamente, de forma directa de las normas sustantivas en materia de filiación, según que se considere comprendida en la expresión «ley española» la totalidad del ordenamiento positivo español, incluyendo las normas de conflicto, o sólo las leyes materiales. Volveremos después sobre este punto pues la omisión de toda referencia a este artículo de la Ley del Registro Civil, que es el específicamente previsto en la ley para los casos en que se presente como título inscribible una «certificación de asientos extendidos en Registro extranjero», distorsiona en gran parte el planteamiento jurídico basilar de la Resolución (tutela de reconocimiento versus tutela de declaración), planteamiento que es más propio de los casos en que el título extranjero inscribible es una resolución judicial.

3.2.3. Límites al reconocimiento de las decisiones extranjeras: la competencia internacional y la ausencia de fraude

Como vimos, la Resolución de la DGRN de 18 de febrero de 2009 afirma la necesidad de analizar, con carácter previo al reconocimiento y a la inscripción de una certificación registral extranjera, la competencia de la autoridad pública de emisión. La Resolución afirma la concurrencia de este requisito aún cuando no desarrolla la argumentación que conduce a dicho resultado. Sin duda los puntos de contacto entre la situación de filiación que se pretende constituir y la autoridad registral californiana están determinados por la existencia de una resolución judicial californiana (a la que el Registro Civil de California da efectividad por medio de la inscripción), lo que a su vez plantea la cuestión de los criterios de reconocimiento de la competencia judicial del tribunal que dicta la resolución (de homologación del contrato de gestación por

sustitución y en la que se ordena la inscripción de la filiación en el Registro Civil local concordante con lo que resulta del contrato homologado). En este caso, los elementos de apoyo de dicha competencia se encuentran en el lugar de celebración del contrato, el lugar de la residencia (y, en su caso, nacionalidad) de la mujer gestante y el lugar de nacimiento del niño/a. Frente a ello, la nacionalidad y la residencia de los padres comitentes, así como la nacionalidad y futura residencia habitual de los nacidos estaría vinculada al país de procedencia de los citados padres comitentes (España en el caso de la Resolución de 18 de febrero de 2009).

El artículo 46.1,c) de la Ley española 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil, exige para el reconocimiento de una resolución extranjera, en cuanto a la competencia de la autoridad de emisión, «una conexión razonable». Algunos autores³⁷ como A. Quiñones entienden que el test de la razonabilidad de la conexión requiere de un «alejamiento inicial de la situación respecto del país al que se solicita el reconocimiento». Es decir, la «ausencia de fraude», considerando que el «Estado de reconocimiento, que prohíbe la maternidad subrogada, no está obligado a aceptar las situaciones creadas por la voluntad de sus ciudadanos residentes con el concurso de las autoridades y al amparo de la ley permisiva, cuando dicha legislación no establece límites a los extranjeros no residentes y a la competencia judicial de sus tribunales (y su ley) que eviten filiaciones claudicantes (el *forum shopping malus*)». En este sentido cita el ejemplo de otros países (como Grecia, Israel o Reino Unido) que establecen límites a la competencia internacional de sus tribunales para determinar las consecuencias legales de la filiación en los supuestos de maternidad subrogada (exigiendo la doble vinculación con el país tanto de la madre gestante como de la comitente), límites que, sin embargo, no existen en el caso de California, que tan solo exige que la mujer gestante resida en dicho Estado norteamericano (a fin de poder resolver los conflictos inter-federales, dado que la maternidad subrogada no está permitido en todo el país).

La citada autora sostiene que en la maternidad subrogada el «contrato absorbe (oculta) la pretensión de la filiación», generando un efecto de deslocalización de la cuestión, «internacionalizando la situación jurídica para atraer la competencia de los tribunales y el derecho aplicable al país donde se celebra el contrato y la práctica médica se realiza. El juez extranjero se pronuncia en base a su ley sobre la filiación de unos futuros hijos de españoles residentes, antes incluso de su nacimiento, no teniendo su competencia origen más que en la voluntad de las partes o contratos en una materia (filiación y estado civil de los menores) que no es de la libre disposición de las mismas. El contrato

³⁷ QUIÑONES ESCÁMEZ, op. cit.

de gestación por sustitución permite un “fraude al conflicto de calificaciones”, y, por ende, a la norma de conflicto»³⁸.

Esta es también la tesis que parece sostener el Tribunal Supremo (Sala primera) en su sentencia de 6 de febrero de 2014, que se refiere a esta cuestión a propósito del alcance de la excepción del orden público. Así afirma que «El orden público internacional español se caracteriza por ser un orden público “atenuado”. La intensidad de tal atenuación es menor cuanto mayores sean los vínculos sustanciales de la situación con España». Y a continuación alude a dichos vínculos en términos estrictos, pues afirma que en el caso objeto del recurso (que era el mismo que el de la Resolución de la DGRN de 18 de febrero de 2009) los vínculos de la situación jurídica con el Estado cuya resolución se quiere reconocer en España son «artificiales» fruto de la «huida» de los solicitantes del ordenamiento jurídico español que declara radicalmente nulo el contrato de gestación por sustitución y no reconoce la filiación de los padres comitentes o de intención.

Hay que reconocer que ciertamente no existe ni en ámbito internacional, en general, ni en el específico de la Unión Europea ningún instrumento convencional o disposición que fije reglas uniformes de competencia en esta materia que faciliten el reconocimiento mutuo (en el ámbito de la UE el Reglamento número 2201/2003, en materia de matrimonio y de responsabilidad parental, excluye expresamente el establecimiento de la filiación de su ámbito material de aplicación), lo que desde el punto de vista español, como Estado al que se solicita el reconocimiento, plantea la dificultad de tener que interpretar y aplicar *in casu* un concepto jurídico indeterminado como es el de «conexión razonable» y la ausencia de fraude.

A este tema se refiere, como vimos, la Resolución de la DGRN de 18 de febrero de 2009 negando la existencia del fraude, o al menos ponderando sus consecuencia frente a la necesidad de dar preferencia al criterio del interés superior del menor, evitando que la sanción al fraude (falta de reconocimiento de la filiación constituida en California) perjudique dicho interés del menor (al privarle del derecho a una identidad – filiación, nacionalidad – única). Lo cual aboca necesariamente a un examen de dicha

³⁸ La citada autora admite no obstante que «Es posible reconocer bajo ciertas condiciones la realidad jurídica de las filiaciones existentes (ya determinada) en otro Estado relativo a la maternidad subrogadas. Así, la filiación derivada de una “gestación por sustitución” en Grecia no plantea problemas de orden público internacional. Si una familia mixta (de padre español) se instalara, con posterioridad, en nuestro territorio, en el control de legalidad (reconocimiento) se apreciaría que la autoridad griega es competente (existen vínculos con Grecia, pues la madre intencional y la gestante han de estar domiciliadas en Grecia para que las autoridades griegas determinen la maternidad legal conforme a la ley griega). Estaríamos ante un supuesto de reconocimiento de una situación válidamente creada en el extranjero (y al amparo de sus autoridades y ley) y sin fraude (alejada del país de reconocimiento en el momento de su creación). El impacto en el foro (motivos de orden público) sería mínimo pues el reconocimiento no supone un incentivo para los nacionales residentes, dados los vínculos exigidos por la legislación griega».

ponderación del interés superior del niño en conexión con la cláusula de protección del orden público. Como vimos la DGRN opta por dirimir la posible colisión entre ambos criterios a favor del primero, dando lugar a una suerte de «solución de justicia material, tratando de facilitar la vida de los menores y de su familia en nuestro territorio»³⁹, para lo que admite la inscripción de los certificados registrales extranjeros, si bien limitando su eficacia jurídica a una mera presunción *iuris tantum* de legalidad, y admitiendo, como se ha visto, su posible impugnación judicial. Como vamos a ver, el Tribunal Supremo (Sala primera) en su sentencia de 6 de febrero de 2014 realiza esa misma ponderación con un resultado distinto, dando lugar a una doctrina contradictoria, al menos aparentemente, con la de la DGRN, en los términos que pasamos a examinar.

4. ANULACIÓN JUDICIAL DE LA RESOLUCIÓN DE LA DGRN (SENTENCIA DEL JUZGADO 1ª INSTANCIA Nº 15 DE VALENCIA)

El 28 de enero de 2010 el Ministerio Fiscal presentó en el Decanato de los Juzgados de Valencia demanda en juicio ordinario contra la Resolución de la DGRN de 18 de febrero de 2009 que correspondió al Juzgado de 1ª Instancia nº 15 de Valencia, cuyo titular dictó sentencia de 15 de septiembre de 2010 cuya parte dispositiva disponía:

«Fallo: Que estimando íntegramente la demanda interpuesta por el Ministerio Fiscal contra la Resolución de la DGRN de fecha 18 de febrero de 2009, debo dejar sin efecto la inscripción de nacimiento por ella realizada en el Registro Civil Consular de Los Ángeles de los menores ... con las menciones de filiación de la que resulta que son hijos de [...] y [...] y en su consecuencia debe procederse a la cancelación de la inscripción».

Interpuesto recurso de apelación contra dicha sentencia correspondió a la sección décima de la Audiencia Provincial de Valencia, la cual dictó sentencia de 23 de noviembre de 2011 desestimando el recurso y confirmó la sentencia de primera instancia. La sentencia de la Audiencia fue, a su vez, objeto de recurso de casación resuelto en el mismo sentido desestimatorio por Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014.

5. REACCIÓN DE LA DGRN: APROBACIÓN DE LA INSTRUCCIÓN DE 5 DE OCTUBRE DE 2010, SOBRE RÉGIMEN REGISTRAL DE LA FILIACIÓN DE LOS NACIDOS MEDIANTE GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN

5.1. *El dilema y la reacción de la DGRN*

La anulación judicial, mediante sentencia no firme (del Juzgado de 1ª Instancia nº 15 de Valencia de 15 de septiembre de 2010), de la Resolución de 18 de febrero de 2009 confrontaba a la DGRN al dilema de qué hacer ante tal situación. El mantenimiento de la doctrina de la citada Resolución no resultaba conforme con el primer

³⁹ QUIÑONES ESCÁMEZ, op. cit.

pronunciamiento judicial en la materia. El retorno a la doctrina anterior basada exclusivamente sobre el principio de la veracidad biológica suponía dar la espalda a la realidad social del fenómeno de la maternidad subrogada y a la necesidad de fijar criterios en la materia que la doten de cierta seguridad jurídica. Una resolución de un juzgado de primera instancia tampoco proporcionaba base sólida para ello.

Ante tal dilema la DGRN reacciona con rapidez y a las pocas fechas de la sentencia aprueba y publica una Instrucción de 5 de octubre de 2010 sobre el régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución, en la que adopta una «posición ecléctica» partiendo de una «clasificación esencial de los supuestos» de hecho en función de que en el país de origen en que ha tenido lugar la gestación por subrogación y el nacimiento haya intervenido una autoridad judicial para homologar el correspondiente contrato y para determinar legalmente, mediante resolución judicial, la filiación a favor de los padres comitentes, o bien dicha intervención judicial no haya existido.

5.1.1. La necesidad de una resolución judicial extranjera

La DGRN comienza recordando que la Ley 14/2006 de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida, tras establecer en su artículo 10.1 y 2 que será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero, y que la filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto, deja a salvo a continuación –en el apartado 3– la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales.

Esta previsión legal permite la atribución de la paternidad del nacido mediante esta técnica por los medios ordinarios regulados en nuestra legislación, permitiendo la inscripción del menor en el Registro Civil. Las acciones a las que se refiere el precepto referido son las generales de determinación legal de la filiación, reguladas en los artículos 764 y siguientes de la LEC, siendo competentes los Tribunales españoles, en virtud de los criterios sobre competencia judicial internacional fijados en el 22 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Pese a que la legislación española regula estas otras vías que permiten la atribución de paternidad del nacido, la DGRN constata:

- «el hecho de que diversos ciudadanos españoles han interpuesto recurso contra resoluciones» de distintos encargados de Registros civiles consulares, que deniegan la inscripción del nacimiento de niños nacidos en el extranjero de madres gestantes que, en virtud de un contrato de gestación de sustitución, han renunciado a su filiación materna, y el hecho de que la Resolución de 18 de

febrero de 2009 en que fijó su doctrina en la materia ha sido objeto de impugnación y anulación judicial;

- «la necesidad de fijar criterios claros de acceso al Registro Civil» de las filiación determinadas en el extranjero en estos casos teniendo en cuenta:
 - el interés superior del menor (incluido el derecho del menor a conocer su origen biológico, según se expresa en el artículo 7, número 1, de la Convención sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989, artículo 12 de la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción Internacional, así como en Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de septiembre de 1999),
 - la necesidad de evitar en todo caso que la inscripción registral pueda permitir que con la misma se dote de apariencia de legalidad supuestos de tráfico internacional de menores, y
 - garantizar el interés de mujer gestante.

5.1.2. Finalidad de la Instrucción

Con la finalidad de garantizar la protección de dichos intereses, la Instrucción establece como «requisito previo» para la inscripción de los nacidos mediante gestación por sustitución, la presentación ante el Encargado del Registro Civil de una «resolución judicial dictada por Tribunal extranjero competente».

La exigencia de resolución judicial en el país de origen tiene la «finalidad» de controlar:

- el cumplimiento de los requisitos de perfección y contenido del contrato respecto del marco legal del país donde se ha formalizado, así como la protección de los intereses del menor y de la madre gestante;
- en especial, permite constatar la plena «capacidad jurídica y de obrar de la mujer gestante», la «eficacia legal del consentimiento» prestado por no haber incurrido en error sobre las consecuencias y alcance del mismo, ni haber sido sometida a engaño, violencia o coacción, o la eventual previsión y respeto de la facultad de revocación del consentimiento o cualesquiera otros requisitos previstos en la normativa legal del país de origen. Todo lo cual no es posible con la sola certificación registral extranjera⁴⁰;
- garantizar el «interés superior del menor» por una doble vía:

⁴⁰ La profesora Quiñones (op. cit.) recuerda, por ejemplo, que «en algunos países la mujer casada gestante no tiene capacidad de obrar (contratar), y más que hablar de un “consentimiento informado” hay que hablar de una elección económica y familiar».

- a) por un lado, en un sentido positivo, facilitando la continuidad transfronteriza de una relación de filiación declarada por Tribunal extranjero, siempre que tal resolución sea reconocida en España; y
- b) por otro lado, en sentido negativo, verificando que no existe simulación en el contrato de gestación por sustitución que encubra el tráfico internacional de menores, lo cual tampoco es posible verificar con la mera certificación registral extranjera.

Hay en este punto, pues, «una rectificación importante de la DGRN que corrige la Resolución de 18 de febrero de 2009» en el sentido de excluir como título suficiente para la inscripción del nacimiento y para el reconocimiento de la filiación la sola certificación registral extranjera.

5.1.3. Justificación legal de la necesidad de aportar la resolución judicial extranjera

¿Cómo justifica la DG la necesidad de aportar la resolución judicial extranjera? La Instrucción fija el fundamento legal de este requisito en la previsión contenida en el artículo 10.3 de la Ley 14/2006 de 26 de mayo, que, a través de la remisión a las reglas generales sobre determinación de la filiación, exige el ejercicio de acciones procesales y la consecuente resolución judicial para la determinación de la filiación paterna de los menores nacidos como consecuencia de gestación por sustitución.

5.1.4. Reconocimiento de la resolución judicial extranjera

Ahora bien, no basta la mera existencia de la resolución judicial extranjera relativa a la filiación derivada de una maternidad por subrogación para que pueda inscribirse, sino que para ello es preciso, además, que previamente haya sido «objeto de reconocimiento» en nuestro Ordenamiento jurídico.

Y en este punto la DGRN incorpora a la Instrucción

«la doctrina plenamente consolidada por el Tribunal Supremo. De acuerdo a esta doctrina, serán de aplicación los artículos 954⁴¹ y siguientes de la LEC 1881, preceptos que mantuvieron su vigencia tras la entrada en vigor de la LEC 2000, en virtud de los cuales, será necesario instar el exequátur de la decisión ante los Juzgados de Primera Instancia, tal y como señala el artículo 955 de la LEC 1881 tras la reforma operada por la Ley 62/2003, de 30 de diciembre de medidas, fiscales, administrativas y del orden social.

No obstante, en aquellos casos en los que la resolución judicial derive de un procedimiento equiparable a un procedimiento español de jurisdicción voluntaria, el Tribunal Supremo ha proclamado en numerosas ocasiones, que su inscripción no queda sometida al requisito del exequátur, bastando a tales efectos con el reconocimiento incidental de la resolución como requisito previo a su inscripción».

⁴¹ Que exige entre otras cosas que «la obligación para cuyo cumplimiento se haya procedido sea lícita en España», lo que reconduce al criterio del orden público internacional español.

Sobre la vigencia de esta doctrina legal del Tribunal Supremo recogida en su Instrucción por la DGRN hay que destacar que con posterioridad a la publicación de la Instrucción se ha producido la aprobación de la Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil, que si bien contiene normas en materia de reconocimiento y ejecución de actos y resoluciones propias de los procedimientos de jurisdicción voluntaria (vid. artículo 41.2), sin embargo en su disposición adicional primera incluye entre las normas especiales en materia de cooperación jurídica internacional en materia civil y mercantil «g) Las normas de Derecho Internacional privado contenidas en la Ley de Jurisdicción Voluntaria», lo que impone su aplicación preferente por ser la Ley de Cooperación Jurídica Internacional, norma supletoria en relación con dichas normas especiales (vid. artículo 2). Acudiendo pues a la Ley 15/2015, de 2 de julio, de Jurisdicción Voluntaria, observamos que su artículo 11, relativo a la «Inscripción en registros públicos» prevé que las resoluciones definitivas extranjeras de jurisdicción voluntaria emanadas de un órgano judicial podrán ser inscritas en los registros públicos españoles por dos vías: bien «previa superación del trámite de exequátur o de reconocimiento incidental en España. Hasta entonces sólo podrán ser objeto de anotación preventiva»; bien «por el Encargado del registro correspondiente, siempre que verifique la concurrencia de los requisitos exigidos para ello».

Al margen de la dudosa técnica legislativa en que incurre este precepto, pues formula como vías alternativas dos que en realidad son coincidentes (el reconocimiento incidental y la verificación por el encargado del Registro de la concurrencia de los requisitos legales del reconocimiento), lo cierto es que la posibilidad de acceso registral por la vía del reconocimiento incidental por parte del encargado del Registro (sin que sea preciso en todo caso un procedimiento de exequátur previo) se ratifica con claridad en el artículo 12 de la misma Ley conforme a cuyo apartado 1 «Los actos de jurisdicción voluntaria acordados por las autoridades extranjeras que sean firmes surtirán efectos en España y accederán a los registros públicos españoles previa superación de su reconocimiento conforme a lo dispuesto en la legislación vigente».

En cuanto al órgano competente para realizar el reconocimiento incidental, se incluye en dicha competencia a los encargados de los registros públicos (en el caso que ahora nos interesa el Registro Civil), según aclara el apartado 2 del mismo artículo 12: «El órgano judicial español o el Encargado del registro público competente lo será también para otorgar, de modo incidental, el reconocimiento en España de los actos de jurisdicción voluntaria acordados por las autoridades extranjeras. No será necesario recurrir a ningún procedimiento específico previo».

Por tanto, podemos concluir que este punto de la Instrucción de 5 de octubre de 2010 no se ve alterado al venir a coincidir sustancialmente la solución que acoge, procedente de la doctrina legal del Tribunal Supremo dictada en relación con la interpretación de

los antiguos artículos 954 y siguientes de la LEC de 1881, y las soluciones que se arbitran para el reconocimiento incidental e inscripción de resoluciones extranjeras en Registros públicos españoles las recientes Leyes de Cooperación Jurídica Internacional y de Jurisdicción Voluntaria. Soluciones que, además, vienen a coincidir con los criterios que para la inscripción de las resoluciones judiciales extranjeras específicamente en el Registro Civil resultan del artículo 96.2 de la Ley 20/2011, de 21 de julio, de Registro Civil, conforme al cual «La inscripción de las resoluciones judiciales extranjeras se podrá instar: 1.º Previa superación del trámite del exequátur contemplado en la LEC de 1881. Hasta entonces sólo podrán ser objeto de anotación en los términos previstos en el ordinal 5º del apartado 3 del artículo 40 de la presente Ley. 2.º Ante el Encargado del Registro Civil».

Este último precepto tiene la virtualidad, además, de fijar los criterios específicos que ha de controlar el Encargado en este proceso de verificación y reconocimiento, que en concreto son los siguientes:

- «a) La regularidad y autenticidad formal de los documentos presentados.
- b) Que el Tribunal de origen hubiera basado su competencia judicial internacional en criterios equivalentes a los contemplados en la legislación española.
- c) Que todas las partes fueron debidamente notificadas y con tiempo suficiente para preparar el procedimiento.
- d) Que la inscripción de la resolución no resulta manifiestamente incompatible con el orden público español».

Si se hace un cotejo entre la redacción de esta norma y los requisitos que en la calificación de las resoluciones extranjeras sobre filiación resultante de contratos de gestación por sustitución fija la Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010 puede observarse una notable similitud y coincidencia. Lo que se añade en el artículo 96.1 de la nueva Ley del Registro Civil son criterios de procedimiento y de recurso: «El Encargado del Registro Civil deberá notificar su resolución a todos los interesados y afectados por la misma. Contra la resolución del Encargado del Registro Civil los interesados y los afectados podrán solicitar exequátur de la resolución judicial o bien interponer recurso ante la Dirección General de los Registros y del Notariado en los términos previstos en la presente Ley». No obstante, hay que recordar que la entrada en vigor de este precepto, y de la mayor parte de la Ley del Registro Civil de 2011, está fijada para el 30 de junio de 2020 (vid. disposición adicional décima).

No obstante, desde el punto de vista de la práctica, quizás el punto más criticable en esta cuestión es que la DGRN remite al criterio de cada Encargado del Registro Civil la decisión sobre si el procedimiento en que ha recaído la resolución debe considerarse como un procedimiento jurisdiccional de naturaleza contenciosa (en cuyo caso debe denegarse la inscripción hasta que se obtenga el previo exequátur, salvo que exista Convenio internacional en que se dispense –hoy inexistente en esta materia–) o si, por

el contrario, el procedimiento es análogo a uno español de jurisdicción voluntaria (en cuyo caso, como paso previo a la calificación, el Encargado ha de controlar incidentalmente si la resolución puede ser reconocida en España). No fija la DGRN criterio alguno sobre la distinción en esta materia entre unos y otros procedimientos, a pesar de ser cuestión esencial y tener localizados un grupo reducido de países de procedencia de estas filiaciones (en la fecha de la Instrucción casi reducidos a Estados Unidos y la India, a los que se añaden después otros como Rusia y Ucrania).

En todo caso, conforme a la Instrucción de 5 de octubre de 2010, en los casos en que el Encargado estime que estamos en presencia de un procedimiento de jurisdicción voluntaria, el «control incidental» que debe realizar comprenderá la constatación de los «siguientes elementos»:

- a) La «regularidad y autenticidad formal» de la resolución «judicial extranjera» y de cualesquiera otros documentos que se hubieran presentado.
- b) Que el Tribunal de origen hubiera basado su «competencia judicial internacional en criterios equivalentes» a los contemplados en la legislación española.
- c) Que se hubiesen garantizado los «derechos procesales de las partes», en particular, de la madre gestante.
- d) «Que no se ha producido una vulneración del interés superior del menor y de los derechos de la madre gestante». En especial, deberá verificar que el *consentimiento* de esta última se ha obtenido de forma libre y voluntaria, sin incurrir en error, dolo o violencia y que tiene capacidad natural suficiente.
- e) Que la resolución judicial es «firme» y que los consentimientos prestados son irrevocables, o bien, si estuvieran sujetos a un «plazo de revocabilidad» conforme a la legislación extranjera aplicable, que éste hubiera transcurrido, sin que quien tenga reconocida facultad de revocación la hubiera ejercitado.

Como vemos hay un claro paralelismo, como se ha avanzado, en la identificación de los aspectos sujetos a verificación en el control incidental entre la Instrucción y el artículo 96 de la Ley del Registro Civil de 2011, añadiéndose en la Instrucción como elemento relevante el del carácter irrevocable de los consentimientos prestados (o el transcurso del plazo de revocación), aspecto este último que parece inspirado en el artículo 26 de la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopciones Internacionales⁴², al responder a un

⁴² Dispone así el 46.6 de la citada Ley: «En particular, las autoridades españolas controlarán que la adopción constituida por autoridad extranjera produzca la extinción de vínculos jurídicos sustanciales entre el adoptado y su familia anterior, que haga surgir los mismos vínculos de filiación que los de la filiación por naturaleza y que sea irrevocable por los adoptantes.

Cuando la ley extranjera admita que la adopción constituida a su amparo pueda ser revocada por el adoptante, será requisito indispensable que éste, antes del traslado del menor a España, renuncie al

mismo principio jurídico: el de la indivisibilidad de la filiación al no poder coexistir dos relaciones de filiación distintas en relación con una misma persona.

5.1.5. Exclusión como título inscribible de la certificación extranjera y de la simple declaración

Para que no haya dudas sobre la necesidad de la aportación de la resolución judicial extranjera, en la directriz segunda de la Instrucción de 5 de octubre de 2010 se reitera que

«En ningún caso se admitirá como título apto para la inscripción del nacimiento y filiación del nacido, una certificación registral extranjera o la simple declaración, acompañada de certificación médica relativa al nacimiento del menor en la que no conste la identidad de la madre gestante».

Obsérvese, no obstante, que la exclusión en este segundo caso se condiciona a que en la certificación médica no conste la identidad de la madre gestante.

6. RESOLUCIONES DE LA DGRN DICTADAS EN EL MARCO DE LA INSTRUCCIÓN DE 5 DE OCTUBRE DE 2010

En el marco de la citada Instrucción de 2010 la DGRN ha dictado aproximadamente una veintena de Resoluciones, en las que ha tenido ocasión de aplicar su doctrina basada en la distinción esencial según que el título inscribible fuese una resolución judicial dictada por un tribunal extranjero competente o bien una mera certificación de un Registro Civil extranjero⁴³.

Veremos, no obstante, que algunos de los criterios de la Instrucción se han aplicado en la práctica de una forma flexible, que ha llevado entre otras cosas a que el control incidental sobre los elementos vinculados al orden público haya devenido en un control de carácter más bien formal, como se ha señalado en un voto particular del Auto del Tribunal Supremo de 2 de febrero de 2015, Auto sobre el que después volveremos.

6.1. *Una cuestión previa: la competencia de los registros civiles consulares versus la del registro civil central*

La primera Resolución que se dicta tras la aprobación de la Instrucción fue la de 3 de mayo de 2011, dictada en un recurso presentado contra la negativa del Registro Civil Consular de Los Ángeles a inscribir la paternidad a favor de los recurrentes, dos varones de nacionalidad española, de una niña nacida en mayo de 2010 de una madre subrogada en California a partir de material genético de ambos recurrentes y de una mujer donante distinta de la madre gestante. El supuesto de hecho era, pues, muy similar al de la Resolución de 18 de febrero de 2009.

ejercicio de la facultad de revocarla. La renuncia deberá formalizarse en documento público o mediante comparecencia ante el Encargado del Registro Civil».

⁴³ O una mera declaración junto con el parte facultativo.

El Encargado del Registro Civil Consular fundamenta su decisión en la falta de competencia del Registro Consular de los Ángeles para llevar a cabo la calificación y, en su caso, inscripción del nacimiento y filiación, por corresponder tal competencia al Registro Civil Central, así como en la vulneración de los artículos 10.1 y 10.2 de la Ley 14/2006 de Técnicas de Reproducción Humana Asistida.

Sobre el defecto de la «falta de competencia», se pronuncia la DGRN revocándolo en base a la siguiente argumentación:

«La regla general de competencia en materia registral civil se contiene en el artículo 16, apartado primero, de la Ley del Registro Civil al disponer que “la inscripción de nacimientos, matrimonios y defunciones se inscribirán en el Registro Municipal o Consular del lugar en que acaecen”. En el supuesto de tratarse de hechos ocurridos en España no se plantea problema alguno. Aplicándose el principio de competencia territorial que se desprende del transcrito precepto, el hecho deberá inscribirse en el Registro Municipal, principal o delegado, en cuya circunscripción territorial acaece.

Para el supuesto de hechos ocurridos en el extranjero, inscribibles por afectar a un español, el artículo 12 de la Ley dispone que «Los Cónsules extenderán por duplicado las inscripciones que abren folio en el Registro de su cargo, uno de cuyos ejemplares será remitido al Registro Central para su debida incorporación [...]».

En la Ley del Registro Civil no existe ningún otro precepto que determine o aclare la competencia concreta del Registro Central para practicar las inscripciones que abren folio....

Es preciso acudir a las normas de competencia contenidas en el Reglamento del Registro Civil, para encontrar una determinación más concreta y específica de la competencia del Registro Civil Central en los supuestos antes indicados. En efecto, en el apartado segundo del artículo 68, tras reiterar en el apartado primero la regla general de competencia, se dice que «Cuando sea competente un Registro Consular, si el promotor estuviere domiciliado en España, deberá practicar antes la inscripción en el Registro Civil Central y después, por traslado, en el Consular correspondiente». Por tanto, el Registro Central surge inicialmente como un Registro supletorio y de centralización de los asientos de los Registros Consulares, pero tal caracterización queda en parte modificada en el sentido de configurarse simultáneamente como un Registro civil ordinario en virtud de lo dispuesto en el artículo 68 del Reglamento, ...

Pues bien, a los efectos de la interpretación de la regla contenida en el párrafo segundo del artículo 68 del Reglamento del Registro Civil hay que partir de un «concepto amplio de la figura del promotor de la inscripción». Así lo ha declarado ya este Centro Directivo en relación con un supuesto internacional con evidentes analogías con el caso presente, como es el de las adopciones internacionales constituidas ante autoridad extranjera. En efecto, en los casos de adopciones internacionales constituidas por adoptante/s español/es a favor de menores extranjeros y ante autoridades extranjeras,

cuando el adoptante/s tenga su domicilio fijado en España al tiempo de la adopción se han planteado algunas dudas sobre el fundamento de la eventual competencia del Registro Civil Consular en cuya demarcación se haya producido la constitución de la adopción o el nacimiento del adoptado.

Las dudas surgen del hecho de que generalmente se había entendido que el promotor de la inscripción no es el adoptado sino los padres adoptantes, los cuales en el supuesto mencionado están domiciliados frecuentemente en España, lo que en aplicación del párrafo segundo del artículo 68 del Reglamento del Registro Civil podría parecer *prima facie* que debería determinar la fijación de la competencia en el Registro Civil Central, y no en el Consular.

Sin embargo, frente a la anterior interpretación, la extendida práctica registral de inscribirse las adopciones internacionales en los Registros Civiles Consulares ha sido avalada por este mismo Centro Directivo en base al amplio y flexible concepto de «promotor» que acoge el artículo 24 de la Ley del Registro Civil, y que incluye en el mismo no sólo a las personas especialmente designados por la Ley en cada caso como obligados a promover la inscripción (en el caso del nacimiento todos los mencionados en el art. 43 LRC), sino también a «aquellos a quienes se refiere el hecho inscribible» (núm. 2), esto es, en el caso del nacimiento y de la adopción, el nacido y el adoptado. Con base en esta amplitud, la Consulta de este Centro Directivo de 29 de abril de 1999 afirmó que

«2º En el supuesto contemplado, en el que el adoptante o adoptantes están domiciliados en España, no debe olvidarse que el adoptado está domiciliado en el extranjero, de modo que el promotor, al solicitar las inscripciones de nacimiento y de adopción actúa no tanto en su nombre propio, sino como representante legal del adoptado. [...] 4º En consecuencia, no se infringe el párrafo 2º del artículo 68 del Reglamento del Registro Civil cuando estando el adoptado domiciliado en el extranjero se practican las inscripciones de nacimiento y de adopción en el Registro Consular correspondiente».

Este criterio hermenéutico fue confirmado por la Resolución-Circular de 15 de julio de 2006 (sobre reconocimiento e inscripción en el Registro Civil español de las adopciones internacionales), y se mantiene también en relación con el supuesto de hecho que se plantea en el citado recurso.

Ha de entenderse por ello, conforme a este criterio de la DGRN que, «aunque la literalidad del artículo 68 parece dar carácter imperativo» a la inversión del orden de intervención de los órganos registrales consular y central para los casos a que se refiere cuando el interesado tiene su domicilio en España,

«ninguna objeción cabe oponer cuando aquél inste la inscripción directamente en el Registro Civil Consular por concurrir un interés particular en ello. Se puede afirmar en este sentido que existe en estos casos una suerte de fuero registral electivo [...] Por tanto, ninguna duda debe haber respecto de la base legal en que se asienta la competencia de los

Registros Civiles Consulares en esta materia, tal y como ha venido siendo ejercitada en la práctica a lo largo de estos últimos años».

Una vez resuelto el problema de la competencia, pasamos a examinar la cuestión de fondo, en relación con lo cual hay que distinguir en las Resoluciones dictadas por la DGRN desde la aprobación de la Instrucción dos grupos, que responden a una distinta procedencia geográfica cuyos respectivos sistemas jurídicos se subsumen en las dos categorías previstas en la Instrucción (en función de que haya o no intervención en el procedimiento de una autoridad judicial): los procedentes de California, y los procedentes de La India. Comenzaremos analizando el primer grupo por ser los casos más frecuentes y los que más tempranamente llegaron a la DGRN vía recurso contra las correspondientes calificaciones denegatorias, retomando para ello el análisis de la Resolución ya citada de 3 de mayo de 2011.

6.2. Supuestos procedentes de California: revocación de la calificación.

En cuanto al fondo del asunto planteado en esta Resolución de 3 de mayo de 2011, la DGRN aplicando la doctrina de la Instrucción de 2010 revoca la calificación, si bien para ello adopta una posición activa dictando previamente una diligencia para mejor proveer solicitando a los recurrentes la aportación de la resolución judicial del tribunal californiano, que inicialmente no habían presentado en el Consulado.

En efecto, aplicando dicha doctrina la DGRN aclara que puesto que la certificación registral extranjera, basada en una previa resolución judicial, se limita a plasmar una determinada realidad jurídica –en concreto, sendas relaciones de filiación constituidas previamente por una autoridad judicial– el «reconocimiento de la decisión judicial extranjera ha de constituir un trámite previo» e imprescindible para lograr el acceso al registro español de tales relaciones de filiación, tal y como estipula el artículo 83 del Reglamento del Registro Civil.

Es decir, el hecho de que no se admita como título inscribible en estos casos la sola certificación extranjera, siendo necesaria la resolución judicial previa, determina que las reglas aplicables para el acceso al Registro Civil español ya no serán las del artículo 81 del Reglamento del Registro Civil a que se refería la Resolución de 18 de febrero de 2009 (documentos públicos extranjeros), sino las del artículo 83 del mismo Reglamento, conforme al cual «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 [...]».

6.2.1. La necesidad de aportar la resolución judicial californiana

Abunda la DGRN en su motivación sobre la necesidad de aportar la resolución judicial «añadiendo a los argumentos» ya señalados en la Instrucción de 2010 los siguientes:

a) «Admitir la inscripción directa de una certificación registral extranjera que refleje la filiación declarada por los Tribunales del país de procedencia de aquella sin exigir la homologación o reconocimiento judicial de la correspondiente sentencia en España supone atribuir eficacia *ultra vires* a la certificación en virtud de un tratamiento más favorable que el que se dispensa a la sentencia de la que trae causa y es tributaria»;

b) «A ello hay que añadir que una interpretación en tales términos conduciría al inadmisibles resultado de ofrecer un tratamiento diferente a la misma resolución judicial en atención a que el recurrente optara por solicitar el reconocimiento en España de la propia resolución o se decantara por solicitar la inscripción directa de la certificación registral californiana en virtud del cauce contemplado en el artículo 23 de la Ley del Registro Civil y 81 y 85 de su Reglamento de desarrollo».

Cita aquí la DGRN por primera vez en este tema el artículo 23 de la Ley del Registro Civil de 1957, que no se había mencionado en la Resolución de 18 de febrero de 2009, y que es el precepto que da base legal a los 81 y 85 del Reglamento, de los que son mero complemento y desarrollo. La omisión era sorprendente no sólo por su mayor rango normativo, sino también porque el citado artículo 23 de la Ley remite a la ley española a los efectos del control de legalidad de las certificaciones registrales extranjeras al disponer en su párrafo segundo que «También podrán practicarse [inscripciones], sin necesidad de previo expediente, por certificación de asientos extendidos en Registros extranjeros, siempre que no haya duda de la realidad del hecho inscrito y de su legalidad conforme a la Ley española». Como veremos el Tribunal Supremo en su Sentencia de 6 de febrero de 2014 no incurre en dicha omisión y comienza su análisis tomando precisamente como punto de partida dicho precepto.

6.2.2. Referencia a la ley procedimental extranjera aplicable

Todo ello requiere que la citada resolución judicial esté prevista por la ley procedimental extranjera aplicable, que será la aplicada como *lex fori* por el tribunal competente. Y por ello la DGRN hace una obligada referencia a la ley californiana aplicable *in casu*, llegando a la conclusión que encaja en la doctrina de la Instrucción de 2010:

«El procedimiento legal para obtener la paternidad de un niño a través de un contrato de gestación por sustitución está regulado, fundamentalmente, en los artículos 7630 f) y 7650 a) del Código de Familia de California, y pasa necesariamente por la obtención de una decisión judicial en la que, entre otras actuaciones, se declaran extintos los derechos de la madre gestante y de su eventual pareja y se atribuye la paternidad al padre o a los padres intencionales [...]. Asimismo, es esta decisión judicial la que ordena la expedición del certificado de nacimiento, donde ya no consta referencia alguna a la madre gestante, y la que impone que en el acta de nacimiento del hospital no se haga mención alguna a ésta y sí al padre o padres intencionales».

6.2.3. Diligencia para mejor proveer: distinción entre «tutela declarativa» y «tutela por reconocimiento»

Por ello la DGRN solicitó a los recurrentes la aportación de la resolución judicial californiana a través del trámite de las «diligencias para mejor proveer». Como consecuencia de tal solicitud, los recurrentes remitieron a la DGRN la sentencia de la Corte Superior del Estado de California Distrito Central, de 18 de diciembre de 2009. Por razones de economía procesal, la Dirección General considera conveniente no retrotraer las actuaciones al momento de la presentación del recurso y resolver el recurso a partir de la nueva documentación aportada.

«Esta circunstancia permite a la DG variar excepcionalmente el supuesto de hecho base» sobre el que ha de pronunciarse, entendiéndose que lo pretendido por los recurrentes es inscribir en el Registro civil español la resolución judicial californiana en virtud de la cual se constituye la relación de filiación.

Ello supone que no se persigue de nuestras autoridades la obtención de una «tutela declarativa» para cuya adecuada prestación deba recurrirse a la normativa conflictual a fin de identificar un ordenamiento nacional aplicable. Por el contrario, lo que se pretende del Encargado del Registro Consular es que se inscriba una relación de filiación previamente declarada por una autoridad judicial extranjera –en este caso californiana–, es decir, una «tutela por reconocimiento» de las autoridades españolas, motivo por el cual la invocación de los artículos 10.1 y 10.2 de la Ley de técnicas de reproducción humana asistida resultaría improcedente (según la DGRN, y a salvo su posible consideración como normas de policía contractual y de orden público interno).

Hay que señalar que esta «distinción entre la tutela declarativa y la tutela por reconocimiento», y el distinto tratamiento que merece por el Derecho Internacional Privado, ha cobrado carta de naturaleza normativa con la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil, como se observa al poner en contraste la regla sobre inscripción de las resoluciones judiciales extranjeras y las certificaciones de asientos extendidos en Registros extranjeros:

- En cuanto a las primeras el artículo 96.2 de la citada Ley establece que

«La inscripción de las resoluciones judiciales extranjeras se podrá instar:

1.º Previa superación del trámite del exequátur contemplado en la LEC de 1881. ...

2.º Ante el Encargado del Registro Civil, quien procederá a realizarla siempre que verifique:

a) La regularidad y autenticidad formal de los documentos presentados.

b) Que el Tribunal de origen hubiera basado su competencia judicial internacional en criterios equivalentes a los contemplados en la legislación española.

c) Que todas las partes fueron debidamente notificadas y con tiempo suficiente para preparar el procedimiento.

d) Que la inscripción de la resolución no resulta manifiestamente incompatible con el orden público español».

Es decir, se establece, como ya se adelantó, una regulación muy similar a la contenida en la reiterada Instrucción de 2010.

- En cuanto a las «certificaciones de Registros extranjeros», por el contrario, se acude al enfoque conflictual con aplicación de las normas materiales designadas por las reglas de conflicto. Así el artículo 98 no sólo exige que la «inscripción de la certificación registral extranjera no resulta manifiestamente incompatible con el orden público español», sino además que «el hecho o acto contenido en la certificación registral extranjera sea válido conforme al ordenamiento designado por las normas españolas de Derecho internacional privado» (además de haber sido expedida por autoridad extranjera competente y que el Registro de procedencia tenga, en cuanto a los hechos de que da fe, análogas garantías a las exigidas para la inscripción por la ley española).

Por tanto, «no basta la no contradicción con el orden público», como sostuvo la DGRN en la Resolución de 18 de febrero de 2009, sino que es preciso además que el hecho o acto contenido en la certificación «sea válido conforme al ordenamiento designado por las normas españolas de Derecho internacional privado». Lo que viene a concordar con la regla incluida en el todavía vigente artículo 23 de la Ley del Registro Civil de 1957 que subordina la inscripción de la certificación extranjera en el Registro Civil español al requisito de que «no haya duda de la realidad del hecho inscrito y de su legalidad conforme a la Ley española» (que en vía de principios no excluye las normas de conflicto).

Por su parte, el apartado 2 del artículo 98 de la nueva Ley de Registro Civil de 2011 se inspira claramente en la Instrucción de 2010, confirmando su criterio, al establecer que «2. En el caso de que la certificación constituya mero reflejo registral de una resolución judicial previa, será ésta el título que tenga acceso al Registro. Con tal fin, deberá reconocerse la resolución judicial de acuerdo a alguno de los procedimientos contemplados en el artículo 96 de la presente Ley».

6.2.4. Modalidades del reconocimiento

En cuanto a las distintas modalidades procedimentales para obtener el reconocimiento, ya hemos señalado la necesidad de acudir al exequátur para las resoluciones dictadas en procedimientos contenciosos, y la posibilidad del reconocimiento incidental en el caso de los procedimientos asimilables a los de jurisdicción voluntaria en España, sin tener que recurrir al mencionado régimen de la LEC de 1881 (vid. AATS de 18 de junio de 2000, 29 de septiembre de 1998 y 1 de diciembre de 1998), actualmente sustituido por el previsto en las Leyes de Cooperación Jurídica Internacional y en la de Jurisdicción Voluntaria de 2015.

6.2.5. El carácter de procedimiento de jurisdicción voluntaria

El siguiente paso, por tanto, era decidir, si los procedimientos judiciales de California para la homologación del contrato de gestación por sustitución y la determinación de la

filiación a favor de los padres comitentes son o no procedimientos equiparables a uno español de jurisdicción voluntaria. La respuesta de la DGRN es positiva bajo el argumento de que «se trata de un procedimiento no litigioso en el que no hay contienda», y en consecuencia el Encargado del Registro civil español está habilitado para reconocer la resolución judicial californiana con carácter previo a la inscripción.

Esta afirmación, sin embargo, podría plantear dudas tras la aprobación en España de la Ley de Jurisdicción Voluntaria, pues, como reconoce la propia Instrucción DGRN las acciones de filiación a que se remite el artículo 10.3 de la Ley de reproducción asistida son las previstas en la LEC de 2000 en los artículos 764 y siguientes. En tanto que en la propia Ley de Jurisdicción Voluntaria el único procedimiento relativo a la filiación que se incluye (por tanto único que tendría carácter de jurisdicción voluntaria) es el previsto en su artículo 23 relativo a los reconocimientos de filiación no matrimonial que necesiten para su validez autorización o aprobación judicial. Todos los demás serían ajenos a la jurisdicción voluntaria⁴⁴.

Por otra parte, el criterio del carácter contencioso o no contencioso del procedimiento en la actualidad no constituye *per se* criterio decisorio para la calificación del procedimiento como propio o no de la jurisdicción voluntaria. Y ello como consecuencia de la novedad introducida por la Ley de Jurisdicción Voluntaria, que admite la posibilidad de oposición dentro de los procedimientos de jurisdicción voluntaria. En concreto el artículo 17.3 en su último párrafo dispone que «Si alguno de los interesados fuera a formular oposición, deberá hacerlo en los 5 días siguientes a su citación, y no se hará contencioso el expediente, ni impedirá que continúe su tramitación hasta que sea resuelto, salvo que la ley expresamente lo prevea. Del escrito de oposición se dará traslado a la parte solicitante inmediatamente». Por tanto es necesario que la ley disponga expresamente el archivo del procedimiento en los casos de oposición, pues en caso contrario la regla que actúa por defecto es la de la continuidad del expediente.

⁴⁴ Artículo 23. Ámbito de aplicación.

1. Se aplicarán las disposiciones de este capítulo en todos los casos en que, conforme a la ley, el reconocimiento de la filiación no matrimonial necesite para su validez autorización o aprobación judicial.
2. Se presentará solicitud instando autorización judicial para el otorgamiento del reconocimiento de la filiación no matrimonial del menor o de la persona con capacidad modificada judicialmente por quien sea hermano o consanguíneo en línea recta del progenitor cuya filiación esté determinada legalmente.
3. Se solicitará aprobación judicial para la eficacia del reconocimiento de la filiación no matrimonial de un menor o persona con capacidad modificada judicialmente otorgado:
 - a) Por quien no pueda contraer matrimonio por razón de edad.
 - b) Por quien no tenga el consentimiento expreso de su representante legal o la asistencia del curador del reconocido ni del progenitor legalmente conocido, siempre que no hubiera sido reconocido en testamento o dentro del plazo establecido para practicar la inscripción del nacimiento.
 - c) Por el padre, cuando el reconocimiento se hubiera realizado dentro del plazo establecido para practicar la inscripción del nacimiento y cuando ésta se hubiera suspendido a petición de la madre.
4. También se instará la aprobación judicial para la validez del reconocimiento no matrimonial por una persona con capacidad modificada judicialmente.

Cosa distinta es que si entendemos la referencia a la analogía con los procedimientos de jurisdicción voluntaria hecha por la Instrucción de 5 de octubre de 2010 como una referencia estática y no dinámica, es cierto que el concepto de jurisdicción voluntaria asentado en la doctrina española mayoritaria a la fecha de la Instrucción lo vinculaba a su carácter no contencioso.

6.2.6. Concurrencia de los requisitos para el reconocimiento

La Resolución, congruente con la tesis que sostiene sobre el carácter de jurisdicción voluntaria del procedimiento californiano, procede a revisar la concurrencia de los requisitos que para el reconocimiento incidental exige la Instrucción de 2010:

a) Competencia del tribunal extranjero. La Instrucción exige que el órgano jurisdiccional californiano haya basado su competencia judicial internacional en «criterios equivalentes» a los contemplados en la legislación española.

El ordenamiento español configura su sistema de competencia judicial internacional a la luz del principio de «proximidad razonable» como instrumento esencial a la hora de garantizar en el ámbito internacional el principio de tutela judicial efectiva, lo que significa que el Encargado del Registro únicamente tendría que verificar la existencia en el presente supuesto de una proximidad razonable con los tribunales californianos. Pues bien, el nacimiento del menor y la residencia de la madre gestante en California acreditan, a juicio de la DGRN, el cumplimiento de tal requisito.

Este criterio, es sin embargo, cuestionado por una parte de la doctrina que considera que la jurisdicción californiana está alejada de la situación jurídica dado que la nacionalidad y residencia de los padres intencionales y del menor será la de España, como antes se indicó. Igualmente es un punto de discrepancia significativa con la doctrina que resulta de la sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014.

b) Respeto del interés superior del menor. En concreto, el hecho de que en la propia resolución californiana se declare «la custodia inmediata, total, conjunta, exclusiva, legal y física permanente de los padres intencionales, desde el momento del nacimiento de la menor», asegura, a juicio de la DGRN, que el menor recibirá la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, de acuerdo a lo exigido por el artículo 3 de la Convención de 20 de noviembre de 1989 sobre los derechos del niño. Asimismo, la ruptura absoluta del vínculo de la menor con la madre gestante, quien en adelante no ostentará la patria potestad «ni los derechos financieros o similares con respecto al menor o del menor», garantizan el derecho de los menores a disponer de una filiación única, válida para todos los países. Se asegura de este modo el derecho del menor a gozar de una identidad única proclamado por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en sus sentencias de 2 de octubre de 2003 y de 14 de octubre de 2008.

c) El respeto a los derechos de la madre gestante. En este caso, así se hace constar expresamente en la resolución judicial californiana en la que se señala la «capacidad natural suficiente» de la madre gestante y que su «renuncia es irrevocable y se obtuvo de forma libre y voluntaria, sin incurrir en error, dolo o violencia». En concreto, en la propia resolución se recoge una declaración de la madre gestante en los siguientes términos que se reproducen en la Resolución:

«Tengo conocimiento y entiendo que una vez que se haya registrado dicha sentencia, los solicitantes [...] serán declarados a perpetuidad y para todos los propósitos los padres naturales, comunes y legales, con iguales derechos del hijo del que yo, como madre subrogada, he quedado embarazada a favor de los solicitantes como resultado de la tecnología de reproducción asistida y daré a luz el día dos de marzo o con anterioridad a dicha fecha [...]».

d) Conclusión. A la vista de todo ello la DGRN entiende que en este caso se cumplen todos y cada uno de los requisitos exigidos en la Instrucción de 5 de octubre de 2010, por lo que no cabe apreciar motivo alguno para denegar el reconocimiento de la sentencia⁴⁵, por lo que estima el recurso y ordena la inscripción del nacimiento con la mención de la filiación a favor de los padres comitentes.

6.3. Otras resoluciones similares posteriores

A partir de esta primera Resolución de 3 de mayo de 2011 la DGRN dicta otras varias repitiendo sus argumentos, aun cuando los supuestos de hecho no son siempre plenamente coincidentes. Se trata de Resoluciones dictadas en vía de recursos contra calificaciones negativas emitidas por los cónsules encargados de los Registros Civiles Consulares de Los Ángeles, San Francisco y Chicago.

Dos observaciones generales resultan del estudio de este conjunto de Resoluciones (dieciséis en total):

a) Por un lado, se observa una tendencia a una actuación resolutoria estereotipada (vid. v.gr. Resolución de 6 de mayo de 2011), lo cual es razonable en cuanto a la fundamentación jurídica, pero quizás no tanto en cuanto a la delimitación del supuesto de hecho. Así el detalle con el que se define el supuesto de hecho en el caso de la antes analizada Resolución de 3 de mayo de 2011 (destacando el hecho de que hay un vínculo genético con uno de los padres comitentes por tratarse de un caso de inseminación homóloga, y el empleo de un óvulo de mujer distinta a la gestante) desaparece en otras Resoluciones donde:

⁴⁵ Sentencia de la Corte Superior del Estado de California, Condado de San Diego, Distrito Central, de 18 de diciembre de 2009.

- o no se menciona este extremo o no se saca ninguna consecuencia de la inexistencia de tal vínculo biológico (vid. v.gr. Resoluciones de 9 de junio de 2011, 23 de septiembre de 2011, 22 de diciembre de 2011);

- igualmente la mención al estado civil de la mujer gestante y la prestación o no de su consentimiento a la renuncia por parte de su marido, en caso de estar casada, sólo se refiere aisladamente en algunas Resoluciones (v.gr. Resolución de 9 de junio de 2011);

- en algún otro caso aislado se destaca el hecho de que en la misma resolución judicial extranjera declarando la paternidad a favor del padre genético, se aprueba la petición del marido de dicho padre de la adopción del niño (Resolución de 27 de junio de 2011).

b) Por otro lado, se observa igualmente una cierta tendencia a la flexibilidad en la revisión de los distintos elementos que se integran en el control del requisito del orden público internacional, sin descender a su estudio separado.

- Así v.gr., la Resolución de 12 de diciembre de 2011 se limita a afirmar de manera sintética la «inexistencia de vinculo alguno con la madre gestante y su cónyuge» y que el consentimiento de la madre gestante «se ha obtenido de forma libre y voluntaria, sin incurrir en error, dolo o violencia y que tiene capacidad natural suficiente».⁴⁶

- Sólo en algún caso extremo (los padres comitentes estaban próximos a los 70 años de edad) se rechaza la filiación determinada conforme a la legislación californiana, si bien el motivo es el meramente formal de no haberse aportado la resolución judicial californiana (sin que en este caso la DGRN requiriese de oficio para mejor proveer a los recurrentes su aportación).

6.4. *Supuestos procedentes de La India*

En la legislación de La India no se exige la intervención de un tribunal en el proceso de homologación del contrato de gestación por sustitución. Se trata de un contrato privado con la sola intervención de la madre gestante, de los padres comitentes, y del

⁴⁶ Es más, en este caso la Resolución refleja un «inicial intento de ocultamiento» de la gestación por sustitución, al haber presentado con la solicitud de inscripción una certificación local de nacimiento de la menor, apostilla y traducido, donde consta su filiación respecto a los promotores del expediente, de los que aportan sus respectivas certificaciones de matrimonio y nacimiento. A la vista de la edad de la supuesta madre (nacida en 1954) el Encargado del RC Central solicitó la aportación del certificado del alumbramiento y certificado médico del seguimiento del embarazo. Del primero de ellos resultaba que la madre que dio a luz tenía 24 años en el momento del parto. En consecuencia el Encargado dictó auto denegando la inscripción por no quedar acreditada la verdadera filiación de la menor, basando sus dudas en que resulta inverosímil que la promotora, nacida en 1954 viajara a Estados Unidos pocos días antes del nacimiento, sin que conste antecedente alguno del embarazado y sin prueba de su alumbramiento. La DGRN admite que ha existido un intento de ocultamiento de la existencia de un caso de maternidad subrogada, y basándose en el derecho de la menor a disfrutar de una filiación única (dada la inexistencia de vínculo con la madre gestante y su cónyuge) decide revocar la calificación, sin revisar el resto de los criterios del reconocimiento.

centro sanitario, no homologado judicialmente. Por ello, en los casos de nacimiento de madre subrogada que tienen lugar en La India no es posible aportar, como exige la Instrucción, la resolución judicial homologadora, razón por la cual los recursos que se han planteado en relación con tales supuestos han concluido con Resoluciones confirmatorias de la calificación respectiva denegatoria de la inscripción.

La primera Resolución que se pronuncia sobre un supuesto procedente de La India es la de 6 de mayo de 2011. Se trataba de la solicitud de inscripción de una certificación de nacimiento expedida por el Registro Civil local de Mumbai en la que figura como padre del nacido el recurrente, «sin ninguna indicación o mención relativa a la madre». El Encargado del Registro Civil denegó la inscripción en base a la existencia de vulneración del artículo 10 de la Ley de reproducción asistida. Además, señala que al desconocerse la filiación de la madre subrogada y no poder determinarse su estado civil tampoco es posible determinar la filiación paterna (pudiendo ser aplicable la presunción de paternidad matrimonial, que no puede ser destruida en sede registral).

La DGRN confirmó la calificación aplicando la Instrucción de 2010 que categóricamente establece que «En ningún caso se admitirá como título apto para la inscripción del nacimiento y la filiación del nacido, una certificación registral extranjera o la simple declaración, acompañada de certificación médica relativa al nacimiento del menor en la que no conste la identidad de la madre gestante».

El recurrente había alegado la existencia de un «error por parte del Encargado» en cuanto a la apreciación de los hechos, pues –afirma– el hijo no es fruto de una gestación por sustitución, sino de una relación extramatrimonial con una mujer que no quiso hacerse cargo del menor y que como padre biológico del mismo reconoce su paternidad, paternidad que debe ser admitida como válida a efectos de su acceso al Registro Civil español con arreglo al Derecho español, por encontrarse en España la residencia habitual del hijo (cfr. art. 9.4º y 10º del Código civil).

La DGRN rechaza esa alegación pues, al margen de la falta de prueba alguna sobre los hechos alegados y sin necesidad de prejuzgarlos, si bien la filiación no matrimonial paterna, con arreglo a la ley española, puede quedar determinada legalmente por el reconocimiento del padre, su validez y eficacia dependen de la concurrencia de una serie de requisitos, tanto formales –formalización ante el encargado del Registro Civil, en testamento u otro documento público–, como materiales –consentimiento expreso del representante legal del menor o incapaz reconocido o aprobación judicial– que en este caso no se habían acreditado (arts. 120.1º y 124 del Código civil). Todo ello no impide, sin embargo, dejar a salvo la posibilidad de que el interesado pueda obtener la determinación de la filiación paterna mediante sentencia judicial conforme a los artículos 120.3º del Código civil, 764 y siguientes de la LEC, y 10.3 de la Ley de técnicas de reproducción asistida.

Como conclusión adicional, al no poder darse por acreditada la filiación respecto de un progenitor español del niño nacido en Mumbai, la DGRN afirma que «no resulta competente el Registro Civil español» para la inscripción de su nacimiento conforme al artículo 15 Ley del Registro Civil.

En relación con esta Resolución resulta de interés destacar lo siguiente:

1) Obsérvese que el rechazo a la inscripción se deriva del hecho de que en la certificación extranjera «no consta la identidad de la madre». La propia Instrucción de 2010 rechaza igualmente la posibilidad de inscribir mediante declaración y parte médico del alumbramiento «en la que no conste la identidad de la madre gestante». Por tanto, ello abre la puerta a la posibilidad de inscribir estos nacimientos con la filiación a favor del padre comitente (en base al mecanismo del reconocimiento, salvo que conste negativamente su no condición de padre genético) y de la madre gestante (con el consentimiento del marido de ésta en caso de estar la mujer casada) –como así ha sucedido en la práctica registral durante un tiempo en La India, hasta que una reforma interna determinó que los certificados locales omitiesen la identificación de la gestante.

2) Aquí aplica la DGRN la ley española, como ley material aplicable, en cuanto a los requisitos de la validez y eficacia del reconocimiento al invocar los artículos 120 y 124 del Código civil español (en contra de lo sostenido en la Resolución de 18 de noviembre de 2009) –si bien es cierto que sin previa determinación de la nacionalidad del hijo la ley española podría no ser la aplicable *ex* artículo 9.4 del Código civil, la ley española podría entrar en juego por razón de la residencia habitual en España del menor–.

En el mismo sentido se pronuncia la Resolución de 23 de septiembre de 2011.

– Un «supuesto singular» es el de la Resolución de 19 de diciembre de 2014 en el que se había practicado la inscripción en el Registro Civil Consular de Mumbai con los datos del padre comitente y también de la madre gestante⁴⁷. El padre presenta una «solicitud de rectificación» de la inscripción para que se «cancele la filiación materna» y el segundo apellido asignado al menor (el de la gestante). La DGRN lo rechaza por dos argumentos: a) si la sola certificación registral extranjera no es suficiente para la inscripción, tampoco ha de serlo para la rectificación de la inscripción ya practicada; b) en materia de errores registrales la regla general es que su rectificación ha de obtenerse por vía judicial ordinaria (art. 92 de la Ley del Registro Civil de 1957); y en una inscripción de nacimiento la filiación del inscrito es un dato esencial de la que ésta hace fe, sin que proceda su rectificación por expediente gubernativo.

⁴⁷ Supuesto que se dio en la práctica hasta que las autoridades de La India dejó de mencionar a la madre en el certificado de nacimiento.

6.5. Resoluciones posteriores a la sentencia del tribunal supremo de 6 de febrero de 2014

La DGRN ha dictado 4 Resoluciones posteriores a la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014, de las que se desprende que no entiende necesario variar los criterios resolutivos recogidos en la Instrucción de 2010. Se trata de los siguientes supuestos:

1) Resolución de 20 de noviembre de 2014. El Encargado del Registro Civil Consular de Los Ángeles había basado su negativa en la vulneración del artículo 10 de la Ley de reproducción asistida (además de en la falta de competencia del Registro Civil Consular). La DGRN aplica la doctrina de la Instrucción de 2010 y desestima el recurso por un motivo meramente formal (no en rigor por el defecto señalado en la calificación), en concreto por «falta de aportación de la traducción» de la resolución judicial californiana.

2) Resolución de 19 de diciembre de 2014. Se trata de un supuesto de solicitud de inscripción de las partidas de nacimiento procedentes del Registro Civil de Moscú en las que figuran como padres los recurrentes españoles. El Encargado funda su denegación en la falta de acreditación documental que avale la filiación que se pretende inscribir.

La DGRN confirma la denegación: «Para que un nacimiento acaecido en el extranjero pueda inscribirse en el Registro Civil Español es necesario que afecte a algún ciudadano español (art. 15 LRC y 66 RRC), pudiendo prescindirse de la tramitación del expediente de inscripción fuera de plazo cuando se presente certificación del asiento extendido en un registro extranjero, «siempre que no haya duda de la realidad del hecho inscrito y de su legalidad conforme a la ley española» (art. 23.2 LRC) y siempre que el registro extranjero «sea regular y auténtico, de modo que el asiento de que se certifica, en cuanto a los hechos de que da fe, tenga garantías análogas a las exigidas para la inscripción por la ley española» (art. 85.1 RRC).

En relación con el presente caso, a juicio de la DGRN surgen «dudas razonables acerca de la veracidad del hecho inscrito» en la certificación de nacimiento aportada, puesto que los promotores en la audiencia reservada ante el Encargado del Registro Civil Central «niegan que se trate de una gestación por sustitución»; sin embargo, el Centro Directivo estima que

«del análisis conjunto de esas audiencias y la documentación obrante en el expediente se observa que la Sra. G. nacida en 1964 [...] habría viajado desde España a Rusia en avanzado estado de gestación, ya que las menores nacieron en aproximadamente 15 días desde dicho viaje, a lo que se le une la edad que tenía la Sra. G. en ese momento, 48 años. [...] Por otra parte, resulta sorprendente que el promotor al ser preguntado por las circunstancias del viaje, dado el estado de gestación de su cónyuge, manifestara desconocer que estuviera embarazada, pese a convivir ambos en el mismo domicilio».

Finalmente, como ya había hecho en otros casos anteriores, la DGRN se plantea por vía de hipótesis que se trate de un supuesto de menores nacidos mediante gestación por sustitución, en cuyo caso recuerda que «se exige como requisito previo la presentación ante el Encargado del Registro Civil de una resolución judicial dictada por el órgano jurisdiccional competente, que en este caso tampoco se había presentado».

3) Resolución de 19 de diciembre de 2014. Se trata de una providencia de archivo provisional de un expediente por falta de acreditación del exequátur respecto de una sentencia de un Tribunal de California. La DGRN revoca el archivo por considerar que el exequátur no es necesario y ordena retrotraer las actuaciones para que el Encargado se pronuncie sobre el reconocimiento incidental de dicha resolución.

4) Resolución de 19 de diciembre de 2014. En este caso el Encargado (del Registro Civil Consular de San Diego) suspendía la inscripción como en el caso anterior por falta del exequátur. La DGRN se pronuncia en el mismo sentido y, además, señala que sí se ha aportado el auto del juez por el que se otorga el exequátur.

En cuanto al mantenimiento del criterio de dispensa del exequátur tras la entrada en vigor de la Ley de Jurisdicción Voluntaria de 2015, recuérdese lo comentado *supra*.⁴⁸

7. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 6 DE FEBRERO DE 2014

7.1. BREVE ANÁLISIS

«Asentada la práctica registral sobre la doctrina de reciente cita», se produce la publicación de la sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014 que confirma la anulación judicial, ya definitiva, de la Resolución de la DGRN de 18 de febrero de 2009.

La sentencia asume como «punto de partida» la idea de la Resolución de que la «técnica de Derecho Internacional Privado aplicable no es la del conflicto de leyes, sino la del reconocimiento» de la decisión de la autoridad administrativa extranjera encargada del Registro Civil, y que dicho reconocimiento exige, además de que el Registro sea regular y auténtico, que «no haya duda de la realidad del hecho y de su legalidad conforme a la ley española» (art. 23 de la Ley del Registro Civil).

⁴⁸ La Audiencia Provincial de Madrid (Sección 24ª) se ha pronunciado en algún caso en contra de la concesión del exequátur de una resolución extranjera relativa a la filiación de nacidos por gestación de sustitución, por ser contraria al orden público español. Así en el Auto núm. 1341/2012 de 3 diciembre: «[...] con respecto a la inscripción de la filiación biológica en el Registro Civil español no puede dar lugar a la estimación del recurso de apelación, pues dado los términos del 10 de la Ley 14/2006 que establece en su punto 1 que «será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero» y en el punto 2 que «la filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto» no concurre el requisito establecido en el nº 3 del artículo 954 de la L.E.C. de 1881».

A partir de ahí, sin una argumentación jurídica explícita, asume igualmente que el control de legalidad no exige identidad de soluciones entre el Derecho extranjero y el español, pero sí que la adoptada por el legislador foráneo «no vulnere el orden público internacional español». Es decir, concreta y limita el control de legalidad «conforme a la ley española» de que habla el citado artículo 23 al «orden público internacional español»⁴⁹.

En este sentido destaca que las normas que regulan aspectos fundamentales de la familia y de las «relaciones paterno-filiales tienen anclaje en preceptos constitucionales», y por tanto están vinculados al orden público español. Entre esos preceptos incluye los relativos a la intimidad familiar (art. 18.1), la protección de la familia, protección integral de los hijos y de las madres, cualquiera que sea su estado civil (art. 39). También se incluyen en el orden público la protección de la infancia (art. 39.4), el derecho a la integridad física y moral de las personas (art. 15) y el respeto a su dignidad (art. 10.1).

Se acepta el argumento de los recurrentes de que «en nuestro Derecho no es fuente exclusiva de la filiación el hecho biológico, sino que junto a éste se admite también otros de carácter jurídico» como la adopción o el consentimiento a la fecundación con contribución de donante. Pero –afirma– ni en España ni en los países con similares principios y valores se acepta que la adopción o las técnicas de reproducción humana asistida «vulneren la dignidad de la mujer gestante y del niño», mercantilizando la gestación y la filiación, «cosificando» a la mujer y el niño, posibilitando la explotación del estado de necesidad en que se encuentren mujeres jóvenes en situación de pobreza.

«Fruto de esta preocupación» es, por ejemplo, la elaboración de instrumentos jurídicos internacionales sobre adopción internacional que establecen medidas para mantener al niño en su familia de origen, la prevención de la sustracción, venta o tráfico de niños, exigiendo que el «consentimiento de la madre» haya sido prestado libremente «después del nacimiento» del hijo y «no obtenido mediante pago» o compensación de clase alguna (art. 4 del Convenio sobre protección del niño y cooperación en materia de adopción internacional de 29 de mayo de 1993).

Por tanto, el Tribunal Supremo entiende que «las normas que regulan la maternidad subrogada integran el orden público internacional», que se caracteriza por ser un orden público «atenuado», si bien el grado de atenuación es menor cuanto mayores son los

⁴⁹ Esto es congruente con la idea de que estamos en presencia de un caso en que lo que se solicita es una «tutela por reconocimiento» y no una «tutela por declaración», si bien la Ley de Registro Civil de 2011 (en línea con la interpretación tradicional del 23 de la Ley del Registro Civil de 1957) limita este planteamiento a los casos en que la resolución o decisión extranjera de la que se solicita el reconocimiento sea de naturaleza judicial.

vínculos de la situación jurídica con España, lo que obliga al Alto Tribunal a plantearse cuál es la intensidad de los vínculos en el caso objeto de la Litis con España. Pues bien, el Tribunal Supremo entiende que estos vínculos en el caso del recurso son intensos, afirmando que:

«los recurrentes, nacionales y residentes en España, se desplazaron a California únicamente para concertar el contrato de gestación por sustitución y la consiguiente gestación, parto y entrega de los niños, porque tal actuación estaba prohibida en España. La vinculación de la situación jurídica debatida con el Estado extranjero cuya decisión se solicita sea reconocida es completamente artificial, fruto de la "huida" de los solicitantes del ordenamiento español».

A ello se añade que la Ley de reproducción asistida de 1988, reformada en 2006, es relativamente reciente y precedida del correspondiente debate social⁵⁰. Ello implica, según el Tribunal Supremo, que el grado de atenuación del orden público internacional del Derecho español en este caso es reducido.

7.1.1. Sobre el interés superior del menor

La tesis de los recurrentes es que el interés superior del menor exige que se reconozca la filiación a su favor porque:

a) «los recurrentes, como personas que han manifestado su consentimiento inicial a ser padres son los mejores padres por naturaleza que los menores pueden tener, frente a la mujer que los dio a luz, que asumió su papel de mera parte en un contrato y se limitó a cumplir con las prestaciones asumidas en el mismo»; y

b) «el menor tiene derecho a una identidad única que se debe respetar por encima de fronteras estatales».

El Tribunal Supremo comparte que el «interés superior del niño» es un principio primordial consagrado no sólo en el artículo 3 de la Convención de los Derechos del Niño de 1989, sino también en el artículo 24.2 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, y en el artículo 39 de la Constitución española. Pero rechaza el argumento de los recurrentes, en cuanto a que son los mejores padres por naturaleza que los menores pueden tener, pues su aceptación llevaría a concluir que

«el legislador español, al considerar nulo de pleno derecho el contrato de gestación por sustitución y atribuir la condición de madre a la mujer que da a luz al niño, no reconociendo por tanto la relación de filiación respecto de los padres intencionales o comitentes, ha vulnerado el interés superior del menor», y que «la determinación de la filiación a favor de personas de países desarrollados, en buena situación económica, que hubieran conseguido les fuera entregado un niño procedente de familias desestructuradas o de entornos problemáticos de zonas depauperadas, cualquiera que hubiera sido el medio por el que lo

⁵⁰ La última modificación fue introducida por la Ley 19/2015, de 13 de julio.

hubieran conseguido, puesto que el interés superior del menor justificaría su integración en una familia en buena posición y que estuviera interesada en él».

Por ello considera el Tribunal Supremo que «La invocación indiscriminada del «interés del menor» serviría de este modo para hacer tabla rasa de cualquier vulneración de los demás bienes jurídicos tomados en consideración por el ordenamiento jurídico nacional e internacional que se hubiera producido para situar al menor en el ámbito de esas personas acomodadas».

El principio del interés superior del menor, añade el Tribunal,

«no es el único que se ha de tomar en consideración. Pueden concurrir otros bienes jurídicos con los que es preciso realizar una ponderación. Tales son el respeto a la dignidad e integridad moral de la mujer gestante, evitar la explotación del estado de necesidad en que pueden encontrarse mujeres jóvenes en situación de pobreza, o impedir la mercantilización de la gestación y de la filiación. Se trata de principios amparados por los textos constitucionales de nuestro país y de los de su entorno y en convenios internacionales sobre derechos humanos, y otros sectoriales referidos a la infancia y las relaciones familiares, como es el Convenio relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en materia de Adopción Internacional, hecho en La Haya el 29 de mayo de 1993».

El Tribunal Supremo admite que el no reconocimiento de la filiación establecida en la inscripción registral de California «puede suponer un perjuicio para la posición jurídica del menor», pero entiende que igualmente supone un perjuicio para éste el establecimiento de una filiación que contradiga los criterios legales y «que la mercantilización que supone que la filiación de un menor resulte determinada, a favor de quien realiza el encargo, por la celebración de un contrato para su gestación, atenta contra la dignidad del menor al convertirlo en objeto del tráfico mercantil. Es necesario por tanto realizar una «ponderación de la que resulte la solución que menos perjudique a los menores, empleando para ello los criterios establecidos en el ordenamiento jurídico».⁵¹

⁵¹ Este ejercicio de ponderación del interés superior del menor es el que realiza también el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en su sentencia de 24 de enero de 2017 (asunto *Paradiso y Campanelli c. Italia*) al desestimar un recurso interpuesto contra Italia como consecuencia de la decisión de las autoridades italianas de separar al menor nacido como consecuencia de un contrato de gestación por sustitución de los recurrentes y entregarlo a la tutela de los servicios sociales con objeto de iniciar un procedimiento de adopción. En el caso de dicha sentencia pesaron como argumentos importantes el hecho de la ausencia de vínculo biológico del menor con los recurrentes, el hecho de que estos incumplieron la legislación italiana en materia de adopción internacional (rebasando también los límites de edad que ésta impone a los adoptantes), así como la vulneración de la prohibición de la misma legislación de utilización de gametos donados, y finalmente el corto periodo de convivencia que no permitía afirmar la existencia de un núcleo familiar *de facto*. Concluye el TEDH que «Accepter de laisser l'enfant avec les requérants, peut-être dans l'optique que ceux-ci deviennent ses parents adoptifs, serait revenu à legaliser la situation créée par eux en violation de règles importantes du droit italien». Bien es cierto, sin embargo, que la ponderación que realiza nuestro Tribunal Supremo en la sentencia de 6 de febrero de 2014 es genérica, en el sentido de no específica en función de las circunstancias concretas del

7.1.2. El argumento de la identidad única

El Tribunal Supremo entiende que las sentencias del TJUE invocadas en el recurso (las mismas que citaba la DGRN en la Resolución de 18 de febrero de 2009: Sentencias García Avello y Grunkin-Paul de 2003 y 2008) para afirmar el derecho del menor a tener una identidad única que se debe respetar por encima de fronteras estatales no son fundamento suficiente, pues en tales casos –los resueltos por las citadas sentencias– sí existía una «vinculación efectiva» de los menores con dos Estados distintos (por la distinta nacionalidad de los padres o por ser distinto el Estado de residencia y en de la nacionalidad), en tanto que en el caso enjuiciado, estima el Tribunal, no existe vinculación efectiva de los menores con Estados Unidos. Además el bien jurídico en conflicto con el principio de identidad única («estabilidad de los apellidos») es un bien jurídico de mucha menor importancia que el protegido por la prohibición de la gestación por subrogación.

7.1.3. Vulneración del derecho al respeto de la vida privada y familiar

Entiende el Tribunal Supremo que, conforme a la jurisprudencia del TEDH, «tampoco se produce tal vulneración», pues siendo la prohibición de la maternidad subrogada una «injerencia en la vida familiar», sin embargo, reúne los requisitos que según dicho Tribunal (Sentencia de 28 de junio de 2007, caso Wagner y otro contra Luxemburgo) la justifican: a) está prevista en la ley⁵² (pues ésta exige para el reconocimiento de

caso particular. En este sentido algunos autores en nuestra doctrina han criticado este análisis del orden público por parte de dicho Tribunal que, a diferencia de lo que ha afirmado en otras ocasiones (vid. Auto de 21 de abril de 1998), no analiza los efectos que supondría la inscripción del documento extranjero concreto en España, sino que realiza el análisis del orden público procediendo a un «juicio» genérico a la institución extranjera. Así, Heredia Cervantes, Iván, en «La inscripción de relaciones de filiación constituidas en el extranjero mediante gestación por sustitución: seis años desperdiciados» (*Boletín del Ministerio de Justicia*, junio de 2015). Sin embargo, el mismo autor mitiga la crítica, o se retracta de ella, al admitir que «para ser sinceros, este proceder hasta cierto punto resulta lógico si se tiene en cuenta, una vez más hay que decirlo, que el TS no tiene en sus manos la resolución judicial californiana sino una mera certificación registral cuyo único contenido, como ya sabemos, es la afirmación de que los menores son hijos de los padres comitentes. Difícilmente podrá controlar el TS el respeto por parte de las autoridades estadounidenses del amplio espectro de valores que enuncia, a la luz de la información contemplada en el título extranjero que debe valorar».

⁵² Algunos autores en nuestra doctrina han discutido que en nuestro Derecho exista esta previsión legal prohibitiva. Este es el caso de Heredia Cervantes, op. cit., quien entiende que no se cumple este requisito de «previsión legal» conforme al 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, que según ha interpretado la jurisprudencia del TEDH, exige la existencia de «una norma expresada con la precisión suficiente para que el ciudadano pueda acomodar a ella su conducta; y pueda ser capaz, en su caso, recabando asesoramientos autorizados, de prever, en la razonable medida que permitan las circunstancias, las consecuencias que pueda producir un acto determinado». Heredia Cervantes entiende que esto no sucede en España, pues a diferencia del caso de Francia examinado por las sentencias del TEDH de los asuntos *Menesson y Labassee*, en España el 10 de la Ley de reproducción asistida no afirma explícitamente que se trate de una norma de orden público, y no existe jurisprudencia en la que se afirme que el principio de inalienabilidad del estado civil sea cuestión de orden público, como sí existía en Francia (Sentencias de la Corte de Casación de 31 de mayo de 1991 y 29 de junio de 1994). Ahora bien, el problema es que la «auto calificación» por la norma como norma de orden público no es requisito constitutivo de dicho carácter normativo, y que en España la primera sentencia del Tribunal Supremo que se pronuncia sobre este tema es precisamente la de 6 de febrero de 2014 que estamos

decisiones extranjeras el respeto al orden público internacional), y b) es necesaria en una sociedad democrática, pues protege el interés del menor tal y como éste es concebido por el Ordenamiento y otros bienes jurídicos como la dignidad e integridad moral de la mujer gestante e impedir la mercantilización de la gestación y de la filiación.

7.1.4. Desprotección de los menores

Tampoco se estima este argumento del recurso. El Tribunal Supremo aclara que el procedimiento seguido no tiene por objeto decidir sobre la integración de los menores en la familia constituida por los recurrentes, y que no ha resultado probado que alguno de ellos aportara sus gametos (ni se concreta cuál de ellos sería el padre biológico). Pero, conforme a la jurisprudencia del TEDH, «si tal núcleo familiar existe y los menores tienen relaciones familiares *de facto* con los recurrentes, la solución habría de partir de ese dato para permitir su desarrollo y protección».

En este sentido señala el Tribunal como mecanismos jurídicos para evitar la desprotección del menor, los siguientes:

- el artículo 10 de la Ley de reproducción asistida, que permite la «reclamación de la paternidad» respecto del padre biológico,
- nuestro Ordenamiento también admite otras figuras como el acogimiento familiar o la adopción para la formalización jurídica de la integración real de los menores en el núcleo familiar
- además, conforme al artículo 7.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, éste «será inscrito inmediatamente después del nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre y a adquirir una nacionalidad». Por tanto, «la denegación de reconocimiento de la certificación registral de California ha de afectar exclusivamente a la filiación en ella determinada, pero no al resto de su contenido». Esta última afirmación implica, en rigor, que la inscripción de nacimiento en su día practicada en el Registro Civil consular no debería cancelarse en su integridad en ejecución de la propia sentencia, sino solo parcialmente en relación con el único dato o mención de la filiación

examinando. El reproche que se dirige a ésta (falta de una jurisprudencia previa) supondría proyectar el mismo reproche contra la sentencia de la Corte de Casación francesa de 31 de mayo de 1991 que al ser la primera (relativa además a un supuesto próximo pero no idéntico como explica el citado autor) carecería de precedentes, lo que implica la paradoja de «deslegitimar» dicha primera sentencia como errónea y al mismo tiempo emplearla como justificación de las posteriores. Igualmente critica el citado autor el hecho de que la sentencia de nuestro Tribunal Supremo hable de «reconocimiento de decisiones extranjeras» cuando de lo que se trataba es de un problema diverso, el del acceso al Registro civil de certificaciones extranjeras. Lo que sucede es que éste era un error «contagiado», procedente de la propia Resolución de la DGRN de 18 de febrero de 2009 que, con objeto de reconducir el tema hacia la metodología de la «tutela del reconocimiento» y no de la «tutela declarativa», parte de esa misma afirmación, como vimos *supra*.

(que quedaría condicionada a la posterior reclamación de paternidad y/o al proceso de adopción que el Tribunal sugiere e insta mediante la intervención, incluso, del Ministerio Fiscal).

En conclusión: a la vista de todo lo anterior, el Alto Tribunal afirma que la solución alcanzada por los tribunales de instancia realiza una ponderación adecuada de los bienes jurídicos en conflicto tomando en consideración primordial el «interés superior de los menores». La protección de este interés no puede fundarse en la existencia de un contrato de gestación por sustitución y en la filiación a favor de los padres intencionales que prevé la legislación de California, sino que habrá de partir, de ser ciertos tales datos, de «la ruptura de todo vínculo de los menores con la mujer que les dio a luz, la existencia actual de un núcleo familiar formado por los menores y los recurrentes, y la paternidad biológica» de alguno de ellos respecto de tales menores.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos⁵³ ha declarado que el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, relativo al derecho al respeto de la vida privada y familiar, supone no sólo obligaciones negativas, sino también «obligaciones positivas para los Estados». A tal efecto, el Tribunal Supremo «procede a instar al Ministerio Fiscal» a que, de acuerdo con las funciones que le atribuye su Estatuto Orgánico, «ejercite las acciones pertinentes para determinar en la medida de lo posible la correcta filiación de los menores», y para su protección, tomando en consideración, en su caso, la efectiva integración de los mismos en un núcleo familiar de facto.

Con este planteamiento el Tribunal Supremo evitar incurrir en una valoración del orden público internacional español abstracta, basada en un juicio genérico hacia una institución extranjera (los contratos de gestación por sustitución válidos conforme al Derecho californiano), como han criticado algunos autores⁵⁴, pues remite dicho análisis particularizado del caso concreto a esa actuación posterior a través del Ministerio Fiscal, dado que en el proceso principal (que recuérdese tuvo por objeto la legalidad de una Resolución de la DGRN relativa a la inscripción de una certificación registral extranjera), se carecía de información relevante y suficiente sobre el procedimiento judicial previo que permita la ponderación de las circunstancias del caso concreto.

7.2. Las dudas sobre la compatibilidad de la sentencia del Tribunal Supremo con la instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010

Inmediatamente después de pronunciarse la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014 surge la *duda* sobre si la misma supone no sólo la anulación de la Resolución de la DGRN de 18 de febrero de 2009, que era el objeto directo de la *litis*,

⁵³ Sentencias de 28 de junio de 2007, caso Wagner y otro contra Luxemburgo, y de 4 de octubre de 2012, caso Harroudj contra Francia.

⁵⁴ HEREDIA CERVANTES, op. cit.

sino también la necesidad de entender revocada la doctrina contenida en la Instrucción de 5 de octubre de 2010 por los pronunciamientos que hace la sentencia sobre la vulneración del orden público internacional español.

Como vimos, de la actuación resolutoria de la DGRN posterior a dicha fecha cabe colegir que el Centro Directivo descarta que la vigencia de la Instrucción de 2010 haya quedado afectada por la citada Sentencia.

Ciertamente la citada Instrucción aborda tres aspectos que divergen claramente de la Resolución de 18 de febrero de 2009 anulada por el Tribunal Supremo: en primer lugar, los títulos jurídicos necesarios para que la filiación tengan acceso al Registro Civil español cuando uno de los progenitores sea de nacionalidad española, exigiendo en todo caso una resolución judicial; en segundo lugar, trata de garantizar que la inscripción registral en ningún caso pueda permitir que con la misma se dote de apariencia de legalidad supuestos de tráfico internacional de menores y; en tercer lugar, la exigencia de que no se haya vulnerado el derecho del menor a conocer su origen biológico, según se expresa en el artículo 7, número 1, de la Convención sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989, artículo 12 de la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción Internacional, así como en Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de septiembre de 1999.

Junto a los del menor, la Instrucción de 5 de octubre de 2010 contempla y valora otros intereses presentes en los contratos de gestación por sustitución, especialmente la protección de las mujeres que se prestan a dicha técnica de reproducción, renunciando a sus derechos como madres.

Para «garantizar la protección de dichos intereses», la Instrucción establece como requisito previo para la inscripción de los nacidos mediante gestación por sustitución, la presentación ante el Encargado del Registro Civil de una resolución judicial dictada por Tribunal competente. El requisito de resolución judicial en el país de origen, que no fue exigida en el caso de la Resolución anulada de 8 de febrero de 2009, «responde a la finalidad de controlar» el cumplimiento de los requisitos de perfección y contenido del contrato respecto del marco legal del país donde se ha formalizado, así como la «protección de los intereses del menor y de la madre gestante». En especial, permite constatar la plena capacidad jurídica y de obrar de la mujer gestante, la eficacia legal del consentimiento prestado por no haber incurrido en error sobre las consecuencias y alcance del mismo, ni haber sido sometida a engaño, violencia o coacción o la eventual previsión y/o posterior respeto a la facultad de revocación del consentimiento o cualesquiera otros requisitos previstos en la normativa legal del país de origen.

Igualmente, permite verificar que no existe simulación en el contrato de gestación por sustitución que encubra el tráfico internacional de menores.

Este requisito (la existencia de una resolución judicial extranjera), como se ha dicho, no se impuso en el caso de la Resolución de 18 de febrero de 2009, lo que para comprender el criterio de la DGRN de entender vigente la doctrina de la Instrucción de 2010 parece esencial, puesto que a fin de interpretar los efectos de la doctrina de la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014 sobre la reiterada Instrucción de 5 de octubre de 2010 resulta determinante «precisar que la *quaestio facti* sometida al Alto Tribunal es distinta» de la que se suscita en relación con los supuestos de hecho que se han venido amparando durante los últimos años en la citada Instrucción para obtener la inscripción registral.

Esta diversidad de supuestos de hecho lleva consigo también una diversidad de *quaestio iuris*, lo que determina que la doctrina del Tribunal Supremo no pueda extrapolarse miméticamente a un supuesto distinto. Así parece desprenderse del hecho de que el propio Tribunal Supremo en la misma Sentencia de 6 de febrero de 2014, advierte expresamente en el fundamento de Derecho tercero («Valoración de la Sala. El reconocimiento de decisiones extranjeras y el orden público internacional español») que

«Ciertamente podría cuestionarse si la decisión de autoridad extranjera a reconocer es la de la práctica del asiento registral en el que aparece recogida la filiación de los menores o la de la sentencia previa dictada por la autoridad judicial que determinó tal filiación con base en el contrato de gestación por sustitución y por aplicación de las leyes de California. Pero este problema no ha sido planteado en ningún momento del litigio, y no es imprescindible abordarlo para decidir las cuestiones relevantes objeto del recurso, por lo que entrar en consideraciones sobre el mismo cambiaría completamente los términos en que se ha producido el debate procesal y sólo obscurecería la solución del recurso» (vid. último párrafo del apartado 2 del FJ tercero).

8. SENTENCIAS DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS. DIÁLOGO DE TRIBUNALES

El profesor Armin Von Bogdandy, director del Instituto Max Planck de Derecho Internacional y de Derecho público comparado de la Universidad de Heidelberg, alude en el libro *Un Tribunal para la Constitución*⁵⁵ al fenómeno de la crisis del principio de jerarquía no ya normativa (a la que se refiere Kelsen con su famosa imagen sobre la pirámide normativa) sino jurisdiccional, afirmando que los tribunales nacionales de los países europeos no viven ya en un universo normativo nacional, sino que son parte de un «pluriverso» donde se entrecruzan otros ordenamientos, y entre estos otros ordenamientos está el de la Unión Europea con su Tribunal de Luxemburgo. Elemento esencial en dicho proceso ha sido la figura del recurso prejudicial como vía de colaboración de los jueces nacionales con el Tribunal de Justicia. Se produce así una interacción, un «diálogo», entre los tribunales nacionales y el Tribunal de Justicia que configura una nueva situación de pluralismo judicial cuyas reglas de desenvolvimiento

⁵⁵ Ed. Fundación Registral, 2018, pp. 175 a 188.

en ocasiones genera perplejidades y dudas. Lo mismo cabe decir del entrecruzamiento de pronunciamientos y doctrinas jurisprudenciales procedentes los tribunales nacionales y del Tribunal de Derechos Humanos de Estrasburgo. Como vamos a ver, el caso del reconocimiento transfronterizo de las filiaciones de los niños nacidos mediante gestación por sustitución es un caso paradigmático de este fenómeno.

8.1. Sentencias del TEDH de 26 de junio de 2014, asuntos Mennesson y Labassee c/ Francia

El 26 de junio de 2014 el Tribunal Europeo de Derechos Humanos dictó sendas sentencias en los asuntos 65192/11 (Mennesson c/ Francia) y 65941/11 (Labassee c/Francia), en la que declara que viola el artículo 8 del Convenio Europeo de los Derechos Humanos no reconocer la relación de filiación entre los niños nacidos en el extranjero mediante gestación por sustitución y los progenitores que han acudido a este método reproductivo en un país cuya legislación, aplicable al caso según las normas de conflicto francesas, admite la legalidad de tal filiación declarada mediante sentencia judicial.⁵⁶

La legislación y práctica registral examinadas en dichos procedimientos han sido las francesas, y dicha legislación y práctica cierra la puerta al reconocimiento de la filiación resultante de tales sentencias, incluso respecto del padre comitente que es al tiempo padre biológico del nacido/a, así como impide también la constitución de una filiación a favor de los padres comitentes por la vía de una adopción posterior del menor, incluso si queda acreditada la posesión de estado de filiación en la forma admitida legalmente por el propio Ordenamiento francés.

Esta diferencia con respecto al ordenamiento español podría representar un argumento contrario a la extrapolación de la doctrina de las citadas sentencias Mennesson y Labassee a España. Ahora bien, parece claro que, a pesar de tales diferencias en relación con España, dichas sentencias han influido sobre la posición de la DGRN en sus Resoluciones posteriores al mantener su doctrina previa a la sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014, condensada en la Instrucción de 2010 antes analizada.

En concreto en las dos sentencias de 26 de junio de 2014 el Tribunal Europeo, al analizar la posible violación del artículo 8 de la Convención en relación con el principio del respeto de la vida privada de los niños así nacidos, aprecia que estos se encuentran en una «situación de incertidumbre jurídica», incertidumbre que se genera al ser identificados en el extranjero como hijos de los recurrentes, y negarles Francia esta consideración en su ordenamiento jurídico.

⁵⁶ Obsérvese que en este caso se aplica las reglas del conflicto de leyes y no la técnica del reconocimiento.

El Tribunal Europeo considera que tal contradicción «atenta al reconocimiento de su identidad» en el seno de la sociedad francesa. Añade que, a pesar de que su padre biológico sea francés, los niños se ven abocados a una inquietante incertidumbre en cuanto a la posibilidad de ver reconocida su nacionalidad francesa, una indeterminación susceptible de afectar negativamente la definición de su propia identidad. El Tribunal aprecia, además, que estos niños no pueden heredar de los esposos recurrentes sino en tanto que legatarios de los mismos, de forma que los derechos sucesorios se calculan de forma menos favorable, evidenciando así otro elemento de la identidad filial de los que se encuentran privados.

De esta manera, los efectos del no reconocimiento en el Derecho francés de la relación de filiación entre los niños nacidos por gestación por sustitución en el extranjero y las parejas que han acudido a este método no se limitan a la situación de estos últimos: «afectan también a la de los propios niños, cuyo derecho al respeto a la vida privada, que implica que cada uno pueda establecer la sustancia de su identidad, incluida su filiación», se encuentra significativamente afectada. Con ello se plantea una grave cuestión de compatibilidad entre esta situación y el interés superior de los niños, cuyo respeto ha de guiar cualquier decisión que les afecte, concluyendo en una declaración de violación del derecho de los niños al respeto a su vida privada, violando el artículo 8 del Tratado.

Hay que recordar que las Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, incluso cuando España no es demandada, tienen el efecto interpretativo que deriva del artículo 10.2 de la Constitución, y que el Tribunal Constitucional viene reconociéndolo al acatar la doctrina expuesta en aquellas. Aún así las dudas sobre la compatibilidad de la jurisprudencia del TEDH y la de nuestro Tribunal Supremo no se desvanecen totalmente dadas las diferencias entre el Derecho positivo francés (objeto de examen en las citadas sentencias del Tribunal Europeo) y el Derecho positivo español (como hemos visto, el Derecho francés parte del principio *fraus omnia corrumpit*, lo que le lleva a tratar de disuadir a los posibles padres comitentes impidiendo toda vía legal para el establecimientos de vínculos de filiación incluso si uno de los comitentes es también padre biológico).

8.2. *La sentencia de 21 de julio de 2016, asuntos acumulados Foulon y Bouvet c/ Francia*

Después de dictadas las sentencias Menesson y Labassee, la Corte de Casación francesa cambió de criterio y alteró su doctrina mediante sendas sentencias del 3 de julio de 2015 en las que, adaptándose al criterio del TEDH, acepta la inscripción en el Registro Civil francés de relaciones de filiación constituidas en el extranjero mediante gestación subrogada en las que exista previa constatación de filiación biológica.

Ahora bien, en un momento anterior a dicho cambio de criterio por parte de los tribunales franceses, se habían producido otras denegaciones de inscripción en el Registro Civil francés. La Corte de Casación confirmó esta denegación a través de sus sentencias de 13 de septiembre de 2013. Dichas sentencias fueron recurridas ante el TEDH que nuevamente *condenó a* Francia en la sentencia Foulon y Bouvet de 21 de julio de 2016 (previa acumulación de ambos procedimientos).

Esta sentencia se dicta en un momento en que ya se había producido el aludido cambio de jurisprudencia de la Corte de Casación francesa en el sentido indicado, y por tanto el Tribunal Europeo debía decidir si el hecho de que, a diferencia de la situación anterior, los padres comitentes dispusieran ahora de la posibilidad de acudir a otras vías legales para establecer la filiación (por reconocimiento de la filiación biológica, o por posesión de estado al existir un núcleo familiar *de facto*) podría ser suficiente para estimar que la injerencia en el derecho a la vida privada de los menores estaba justificada.

No lo entendió así el Tribunal Europeo, que rechaza ese argumento del Gobierno francés. De ello algún sector doctrinal⁵⁷ ha pretendido extraer la conclusión de que el Tribunal tiene su postura muy clara y que en todos los casos en que se deniega la inscripción en el Registro Civil francés de una relación de filiación constituida en el extranjero mediante gestación subrogada, existiría una intromisión injustificada en la vida privada del menor.

Si esto fuese así caería gran parte de la argumentación de la sentencia del Tribunal Supremo español de 6 de febrero de 2014 que subrayaba la inaplicabilidad en España de los criterios de las sentencias Menesson y Labassee precisamente porque, a diferencia de lo que ocurría en Francia con anterioridad a la modificación jurisprudencial introducida por las sentencias de la Corte de Casación de 3 de julio de 2015, en base al principio *fraus omnia corrumpit*, ahora sí se admite en el país vecino que en los casos examinados pueda establecerse en Francia la filiación a favor de los padres comitentes tanto por determinación de la filiación biológica respecto del padre genético, como mediante adopción o mediante posesión de estado, a pesar de lo cual Francia es nuevamente condenada.

9. EL AUTO DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 2 DE FEBRERO DE 2015

Una vez dictadas las sentencias del TEDH en los casos Menesson y Labassee (26 de junio de 2014) y antes de que se dictara la sentencia en los casos Foulon y Bouvet (21 de julio de 2016), se dicta el Auto de la Sala primera del Tribunal Supremo de 2 de

⁵⁷ Vid en este sentido la *Propuesta de reforma de la regulación española sobre inscripción de relaciones de filiación constituidas en el extranjero mediante gestación subrogada*, Madrid, 1 de octubre de 2018, de las Fundaciones Garrigues y Fide, cuyo ponente (redactor del borrador del documento de trabajo) ha sido el profesor Iván Heredia Cervantes (vid. www.fidefundacion.es).

febrero de 2015 que tenía por objeto resolver el recurso extraordinario de nulidad por vulneración de derechos fundamentales interpuesto contra la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014.

El Tribunal Supremo rechaza que su sentencia haya vulnerado el derecho a la vida familiar y privada del artículo 8 de la Convención europea de Derechos Humanos al considerar que la doctrina de las sentencias Menesson y Labassee, que condenaron a Francia, no son aplicables a España por las diferencias que en esta materia del reconocimiento de la filiación establecida en un país extranjero existen entre ambas legislaciones.

Estas diferencias, según las destaca el Tribunal, son las siguientes:

(i) Mientras que el Tribunal de Casación francés afirma la imposibilidad de que pueda determinarse legalmente en Francia cualquier relación de filiación entre el niño y los padres comitentes,

«de tal modo que procede incluso anular el reconocimiento o el establecimiento de la paternidad del padre biológico por el carácter fraudulento del contrato de gestación por sustitución (*fraus omnia corrumpit*, el fraude todo lo corrompe, dice el Tribunal de Casación francés en dos sentencias dictadas en el año 2013) [...], por el contrario, el ordenamiento jurídico español prevé que respecto del padre biológico es posible la determinación de filiación paterna»;

«y, en todo caso, si los comitentes y los niños efectivamente forman un núcleo familiar *de facto* [...] nuestra sentencia acuerda que debe protegerse legalmente, en su caso mediante la adopción (que, si uno de los solicitantes de la nulidad de actuaciones fuera padre biológico, no requeriría siquiera propuesta previa ni declaración administrativa de idoneidad, sino solo el asentimiento del consorte y la comprobación judicial de la adecuación de la medida al interés del menor, art. 176 del Código Civil) o, de considerarse que existe una situación de desamparo por la decisión de la madre gestante de no ejercer sus funciones como tal, mediante el acogimiento».

(ii) «En Francia, las niñas no pueden adquirir la nacionalidad francesa ni heredar a los comitentes en calidad de hijas. En España, la sentencia de esta Sala acordó que solo se anulara la mención a la filiación de los menores en tanto se determinaba la filiación biológica paterna y también, en su caso, la filiación que fuera acorde con la situación familiar *de facto* (por ejemplo, mediante la adopción), de modo que, una vez quede determinada la filiación biológica respecto del padre biológico y la filiación por criterios no biológicos respecto del otro cónyuge (o respecto de ambos, si ninguno de ellos fuera el padre biológico), tendrán la nacionalidad española y podrán heredar como hijos».

(iii) «El Tribunal de Casación francés afirma que ante la existencia de fraude, no puede invocarse el interés superior del menor ni el derecho a la vida privada del mismo. Nuestra sentencia, por el contrario, afirma que debe tenerse en cuenta el interés superior del menor, tal como es protegido por el ordenamiento jurídico español (art. 10 de la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida), y evitando en todo caso su desprotección, para lo que se instó al Ministerio Fiscal a que, [...] ejercitara las acciones pertinentes para determinar en la medida de lo posible la correcta filiación de los menores, y para su

protección, tomando en consideración, en su caso, la efectiva integración de los mismos en un núcleo familiar *de facto*».⁵⁸

Pues bien, la pregunta que se plantea ahora es la de si la sentencia del TEDH en los casos Foulon y Bouvet desvirtúa o no estos razonamientos del Auto del Tribunal Supremo de 2 de febrero de 2015.

Así lo sostiene algún sector doctrinal.⁵⁹

Sin embargo, una lectura atenta de la sentencia Foulon y Bouvet no permite alcanzar con claridad esa conclusión al plantear dudas adicionales. Lo que resulta de la citada sentencia es que el Gobierno francés alegó que las sentencias de la Corte de Casación de 3 de julio de 2015 suponen un cambio de jurisprudencia en el sentido de admitir la inscripción del acta registral extranjera relativa al nacimiento en virtud de una gestación por sustitución en caso de que de la misma resulte acreditada la filiación respecto del padre biológico. Y que a la vista de esta nueva jurisprudencia los recurrentes tendrían la posibilidad de establecer su vínculo de filiación por la vía del reconocimiento de la paternidad o de la posesión de estado (arts. 316 y 317 del Código civil francés), indicando literalmente que «ces voies juridiques paraissent aujourd'hui envisageables compte tenu des évolutions jurisprudentielles actuelles».

Frente a ello el Tribunal europeo destaca el «carácter hipotético de la fórmula usada por el Gobierno» (como se desprende de la expresión «[...] paraissent aujourd'hui envisageables [...]») y el hecho de que dicha interpretación es contradicha por los recurrentes sin que el Gobierno francés conteste sus argumentos. Por tanto, en tales circunstancias la Corte de Estrasburgo concluye que no ve motivos para resolver en forma distinta a como lo hizo en los asuntos Menesson y Labassee.

En consecuencia, parece que la sentencia Foulon y Bouvet no iría necesariamente en contra de la interpretación hecha por el Tribunal Supremo español en su Auto de 2 de

⁵⁸ El Tribunal Supremo añade una cuarta diferencia: (iv) En los asuntos franceses, los comitentes habían solicitado que se determinara la filiación de las niñas no solo con base en las actas de nacimiento expedidas en Norteamérica...: en ambos casos se pidió, de modo alternativo o subsidiario, que se determinara la filiación paterna biológica respecto del marido, pues constaba que tanto el Sr. L. como el Sr. M. eran los padres biológicos de las respectivas niñas. Y en el caso del matrimonio L., se solicitó también que se realizara la inscripción de la filiación con base en un acta de notoriedad de posesión de estado civil puesto que constaba que el matrimonio L. había criado y educado a la niña desde su nacimiento. El Tribunal de Estrasburgo hace constar que en ambos casos está constatado que los matrimonios demandantes y las niñas fruto de la gestación por sustitución por ellos contratada formaban sendos núcleos familiares *de facto*.

⁵⁹ Vid. la *Propuesta de reforma ...* antes citada. Así lo consideran a la vista de que las citadas sentencias del Tribunal europeo se dictan después de la modificación del criterio jurisprudencial de la Corte de Casación de Francia a partir de las sentencias de 3 de julio de 2015, considerando que ello significa que en todo caso de falta de reconocimiento de la filiación derivada de la gestación por sustitución establecida en país extranjero es una injerencia injustificada en la vida privada del menor, aunque la legislación del país de origen de los padres intencionales admita otras vías posibles para formalizar dicha filiación (como la determinación de la paternidad biológica, la adopción o la posesión de estado).

febrero de 2015, pues en el caso español hay unanimidad en considerar viables (no como meras hipótesis controvertidas) las citadas vías alternativas señaladas para el establecimiento de la filiación (reconocimiento de la paternidad biológica, posesión de estado en caso de existencia de un núcleo familiar *de facto*, e incluso adopción).

10. LA SENTENCIA DEL TEDH DE 24 DE ENERO DE 2017 EN EL ASUNTO PARADISO Y CAMPANELLI C/ ITALIA

Este «laberinto» jurisprudencial en la materia se complica con un nuevo giro inesperado por parte el TEDH con su sentencia de 24 de enero de 2017 en el asunto *Paradiso y Campanelli* contra Italia, dictada por la Gran Sala en virtud del artículo 43 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (cuyo origen está en un procedimiento ya resuelto por sentencia de la Sección segunda de 27 de enero de 2015).

10.1. *Contenido*

El recurso ante el TEDH tiene su origen en un conflicto judicial que no se limita a la denegación de la inscripción en el Registro Civil italiano de una certificación de nacimiento extranjera (rusa en este caso) en la que se constataba la filiación del menor a favor de los padres comitentes. En efecto, en este caso el recurso ante el tribunal no se debió a la denegación de la inscripción de la relación de filiación constituida en el extranjero, sino al comportamiento posterior de las autoridades italianas, que pusieron al menor bajo la custodia de una entidad pública italiana, separándole de los padres intencionales, con el argumento de que no existe una relación genética entre el menor y los padres comitentes. Además, las autoridades italianas pusieron el acento a la hora de denegar la inscripción en la vulneración de la normativa italiana de adopción internacional y en la violación de la prohibición de utilización de gametos donados, tal y como se establece en el artículo 4 de la Ley de reproducción asistida italiana.

10.2. *¿Rectificación del TEDH?*

Es difícil negar que con esta sentencia *Paradiso-Campanelli* el TEDH parece modificar, al menos parcialmente, su doctrina anterior en la medida en que acepta no sólo la injerencia en la vida privada del menor al negar el reconocimiento de la filiación establecida en el país en que se produjo la gestación subrogada (Rusia), sino que admite incluso la injerencia en la vida familiar al aceptar la separación física y jurídica, definitiva del menor respecto de sus padres de intención al privar a estos de su custodia, para iniciar un procedimiento de adopción de los menores por otra familia.

En este caso el elemento factual esencial es el de la inexistencia de un vínculo biológico entre los supuestos padres comitentes y el menor⁶⁰, unido a la violación por parte de aquellos de la prohibición de la ley italiana de la utilización de gametos donados y de la vulneración de la legislación sobre adopción internacional. Concluye el TEDH que la Convención no consagra el derecho a ser padres, y que aceptar dejar a los niños con los recurrentes (considerándolos padres adoptivos) supondría legalizar la situación de hecho creada por aquellos (como «hechos consumados») con violación de reglas importantes del Derecho italiano⁶¹.

A la vista de esta sentencia es difícil que pueda seguir sosteniéndose que en todo caso, como regla general sin excepción, responde al interés superior del menor el reconocimiento de la filiación establecida conforme al Derecho extranjero por razón al principio de la «identidad única», como criterio superior y absoluto, exigiéndose por tanto un análisis casuístico sobre la ponderación de todas las circunstancias concurrentes en cada caso concreto, incluyendo como circunstancia relevante la existencia o no de vínculo biológico entre alguno de los padres comitentes y en nacido/a.⁶²

En este sentido, la profesora Quiñones⁶³ utiliza el concepto «del interés superior del Niño» para referirse al de «todos los niños en general», como un interés distinto al de los menores *in casu*. Y si bien en cuanto al primero afirma que «exige poner a la persona humana abrigo del comercio»⁶⁴; al concebirlos como intereses distintos entiende que deben ser conjugados: «El interés del Niño» y el interés de los menores *in casu* ha de conjugarse. El principio es vacío sin cierta dosis de pragmatismo, pero el pragmatismo es ciego si niega los principios (valores) que prohíbe la maternidad

⁶⁰ Sobre la relevancia de este dato factual vid. GARCÍA SAN JOSÉ, D.: «La gestación por sustitución y las obligaciones emanadas para los Estados parte en el Convenio Europeo de Derechos Humanos: repercusiones en el ordenamiento jurídico español del activismo y de la auto limitación judicial del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en relación con la gestación por sustitución», *Revista española de Derecho Constitucional*, 113 (2018), pags. 103 a 130.

⁶¹ La sentencia alude a las observaciones del tribunal de menores italiano en las que manifiestan que «eu égard au fait que les requérants avaient préféré court-circuiter la loi sur l'adoption malgré l'agrément qu'ils avaient obtenu, on pouvait penser que l'enfant résultait d'un désir narcissique du couple ou qu'il était destiné à résoudre des problèmes de couple. En conséquence, le tribunal a exprimé des doutes quant à la réelle capacité affective et éducative des requérants».

⁶² Así resulta también de la citada *Propuesta de reforma de la regulación española* [...], que propone la introducción de un nuevo 101 en la Ley de Registro Civil de 2011 conforme al cual «En el caso de la inscripción de títulos extranjeros que acrediten una relación de filiación constituida en el extranjero mediante gestación subrogada, la apreciación de la eventual contradicción con el orden público español deberá tener en cuenta necesariamente el respeto al interés superior del menor, tal y como éste aparece definido en los instrumentos europeos y convencionales en vigor en España». Lo que obliga, como antes se dijo, a un análisis caso por caso y no a un «juicio abstracto» de conformidad de la institución extranjera con el orden público español.

⁶³ Quiñones Escámez, Ana, op. cit.

⁶⁴ Añadiendo: «es decir, [al abrigo] de los efectos perversos que entraña la mercantilización de la filiación mediante un contrato de gestación por sustitución. En otras palabras, el que un niño pueda ser “objeto” de un contrato o de la solución médica en algunos casos de infertilidad».

subrogada. Sólo la unión de ambos, el principio y cierta dosis de pragmatismo permite a las autoridades decidir en cada caso de acuerdo a los principios de la justicia material que sustentan el interés superior del menor». Interés del menor *in casu* que dependerá, por tanto, de las circunstancias concretas de cada caso.

Por otra parte, desde el punto de vista del *Derecho español*, la jurisprudencia europea reseñada en caso de existencia de un vínculo biológico acreditado plantea la cuestión de la admisibilidad del reconocimiento de la filiación sin necesidad de acudir a una acción judicial de reclamación, bastando para ello el reconocimiento de la filiación paterna (con cumplimiento de los requisitos formales y materiales de validez y eficacia), siempre que no haya duda de aquél vínculo genético, flexibilizando la interpretación literal del artículo 10.3 de la Ley de técnicas de reproducción asistida, que parece presuponer el ejercicio previo de una acción judicial de reclamación.

La perspectiva de la concurrencia y posible infracción de las leyes y convenios internacionales en materia de protección de los menores y las referencias explícitas de la sentencia *Campanelli* a las normas sobre adopción internacional es igualmente importante desde este punto de vista, pues no debe olvidarse que en los casos de adopción la regulación tiene muy presente el interés superior del menor, y con tal objeto trata de garantizar la idoneidad de los padres adoptivos (incluyendo límites de edad⁶⁵), la intervención en el procedimiento de autoridades públicas dedicadas a la protección de la infancia, el reconocimiento de la filiación por terceros Estados⁶⁶, la ausencia de ánimo de lucro, etc.

En concreto, del Convenio relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional (La Haya 29 de mayo de 1993), resulta:

– la exigencia de aptitud (idoneidad) de los padres adoptivos: artículo 5: «Las adopciones consideradas por el Convenio sólo pueden tener lugar cuando las Autoridades competentes del Estado de recepción: a) Han constatado que los futuros padres adoptivos son adecuados y aptos para adoptar».

⁶⁵ A este aspecto hace referencia la citada sentencia *Campanelli* en el párrafo 214: «Par ailleurs, outre l'illégalité de la conduite des requérants, le Gouvernement souligne qu'ils ont dépassé l'âge limite pour l'adoption prévu à l'article 6 de la loi sur l'adoption, à savoir une différence d'âge maximum de 45 ans pour l'un des parents adoptant et de 55 ans pour le second. La Cour relève que la loi autorise les tribunaux à faire des exceptions à ces limites d'âge. Dans les circonstances de l'espèce, on ne saurait reprocher aux tribunaux nationaux d'avoir omis de se pencher sur cette option».

⁶⁶ La «continuidad geográfica» de la identidad de menor resultante de la adopción internacional no se limita al Estado de origen del menor y al Estado de residencia de los padres, sino que a través de diversos convenios internacionales y, en particular, del aludido Convenio de La Haya de 1993 busca una proyección internacional más amplia frente a terceros Estados (todos los vinculados al Convenio).

– la supervisión por una autoridad pública tanto en el Estado de origen como en el de recepción: artículo 17: En el Estado de origen sólo se podrá confiar al niño a los futuros padres adoptivos si:

a) La Autoridad Central del Estado de origen se ha asegurado de que los futuros padres adoptivos han manifestado su acuerdo.

b) La Autoridad Central del Estado de recepción ha aprobado tal decisión, si así lo requiere la ley de dicho Estado o la Autoridad Central del Estado de origen.

c) Las Autoridades Centrales de ambos Estados están de acuerdo en que se siga el procedimiento de adopción.

– el reconocimiento internacional de la adopción en terceros Estados: artículo 23.1: Una adopción certificada como conforme al Convenio por la autoridad competente del Estado donde ha tenido lugar, será reconocida de pleno derecho en los demás Estados contratantes.⁶⁷

11. NECESIDAD DE UNA SOLUCIÓN LEGAL AL LABERINTO JURÍDICO

11.1. *El Derecho nacional*⁶⁸

El artículo 44 de la Ley del Registro Civil de 2011, relativo a la inscripción del nacimiento, fue modificado recientemente por la Ley 19/2015, de 13 de julio, de medidas de reforma administrativa en el ámbito de la Administración de Justicia y del Registro Civil, norma que entró en vigor el 15 de octubre de 2015, conforme a la disposición final décima de la citada Ley del Registro Civil (junto con el art. 46 relativo a la comunicación de los nacimientos por los centros sanitarios).

Durante la tramitación parlamentaria de la citada Ley 19/2015 se presentaron varias enmiendas que básicamente pretendían elevar a norma de rango legal las soluciones de la Instrucción DGRN de 2010. Ninguna de tales enmiendas pasó finalmente al texto de la Ley aprobada. Lo que sí figura en la Ley del Registro Civil de 2011 desde su primera redacción (todavía pendiente de entrar en vigor) es la regla del artículo 98.2 inspirada en la citada Instrucción conforme a la cual «En el caso de que la certificación constituya mero reflejo registral de una resolución judicial previa, será ésta el título que tenga acceso al Registro. Con tal fin, deberá reconocerse la resolución judicial de

⁶⁷ Todo ello son cuestiones que resultan también de la legislación interna española (vid. arts. 176 y 178 CC).

⁶⁸ Al margen de propuestas legislativas como la presentada en el Congreso de los Diputados por el Grupo parlamentario de Ciudadanos, o la propuesta de reforma íntegra del Código civil de la Asociación de Profesores de Derecho Civil, o la reciente propuesta de reforma de la Ley de Registro Civil en materia de gestación subrogada de las Fundaciones Garrigues y Fide, nos limitamos aquí a la reciente reforma de la Ley de Registro Civil de 2015 sobre la inscripción del nacimiento y la filiación.

acuerdo a alguno de los procedimientos contemplados en el artículo 96 de la presente Ley».

Por lo demás, de la nueva redacción del artículo 44 y 46 de la Ley del Registro Civil parece desprenderse una reafirmación en nuestro Derecho interno del criterio de la atribución de la maternidad por razón del parto y del principio de veracidad biológica. Así se dispone que:

- «el médico, [...] o el enfermero que asista al nacimiento, dentro o fuera del establecimiento sanitario, comprobará, por cualquiera de los medios admitidos en derecho, la identidad de la madre del recién nacido a los efectos de su inclusión en el parte facultativo» (art. 44.3);
- «La filiación se determinará, a los efectos de la inscripción de nacimiento, de conformidad con lo establecido en las leyes civiles y en la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida» (art. 44.4, p^o 1^o);
- «en toda inscripción de nacimiento ocurrida en España⁶⁹ se hará constar necesariamente la filiación materna, aunque el acceso a la misma será restringido en los supuestos en que la madre por motivos fundados así lo solicite y siempre que renuncie a ejercer los derechos derivados de dicha filiación. En caso de discordancia entre la declaración y el parte facultativo o comprobación reglamentaria, prevalecerá este último (art. 44.4, p^o1^o); – obsérvese que se contempla la renuncia a ejercer los derechos derivados de la filiación, pero no la renuncia a la filiación misma–.
- «El personal sanitario que asista al nacimiento deberá adoptar, bajo su responsabilidad, las cautelas necesarias para asegurar la identificación del recién nacido y efectuará las comprobaciones que establezcan de forma indubitada la relación de filiación materna, incluyendo, en su caso, las pruebas biométricas, médicas y analíticas que resulten necesarias para ello conforme a la legislación reguladora de las historias clínicas. En todo caso se tomarán las dos huellas plantares del recién nacido junto a las huellas dactilares de la madre para que figuren en el mismo documento» (art. 46, p^o2^o).

Finalmente destaca el hecho de que la misma Ley 19/2015 modifica la Ley de Reproducción Humana Asistida, en concreto sus artículos 7.3, 8.2 y 9.3, pero no el artículo 10 que mantiene sin modificación su redacción originaria.

Por tanto, no parece que desde el punto de vista del Derecho español haya voluntad parlamentaria concreta de alterar la regulación de la gestación por sustitución, conservando en consecuencia su actual régimen de prohibición y reforzando el criterio de la vinculación de la maternidad a la madre que gesta y da a luz. Y esto incluso cuando son mujeres distintas la mujer de quien proceden los óvulos y la mujer que gesta y pare, dilema que nuestra legislación resuelve a favor de esta última atribuyéndole la maternidad legal, manteniéndose incólume este criterio desde la Ley de técnicas de reproducción asistida de 22 de noviembre de 1988, cuya Exposición de Motivos lo justificaba diciendo que se atribuye la maternidad a la madre gestante y no

⁶⁹ Salvo en los casos a que se refiere el 48 (menores abandonados).

a la biológica por corresponderle «el mayor rango por la estrecha relación psico-física con el futuro descendiente durante los nueve meses del embarazo».⁷⁰

11.2. *El Derecho europeo e internacional*

La Unión Europea⁷¹ viene sosteniendo que la misma no tiene competencias para interferir en las propias de cada Estado en materia de estado civil (incluyendo el estado civil de filiación en los supuestos de gestación por sustitución), y tampoco para armonizar la legislación de los diferentes Estados⁷².

La *única solución* que se plantea es el posible reconocimiento mutuo de estado civil entre los Estados (solución de alcance limitado pues la mayor parte de los Estados miembros o bien prohíben la maternidad subrogada o bien la admiten exigiendo una vinculación de los comitentes con su propia jurisdicción que limita mucho los supuestos transnacionales), y la adhesión futura al acuerdo internacional en el que está trabajando la *Conferencia de Derecho internacional privado de La Haya* (trabajos que, sin embargo, hasta la fecha no han concluido con la aprobación de ningún instrumento internacional).

Es indudable que una forma idónea de dotar de seguridad jurídica a las filiaciones resultantes de las situaciones transfronterizas de maternidad subrogada sería la elaboración y aprobación de un Convenio internacional, como sucede en el caso de las adopciones internacionales.

⁷⁰ ANA QUIÑONES (*op. cit.*) propone un cambio parcial en esta materia: «El legislador podría intervenir para atender a la doble verdad biológica (además de social) en los supuestos de una estricta «gestación por sustitución» en los que la madre intencional es, también, la madre genética (su infertilidad es uterina). Cabría sacrificar en tal caso el principio tradicional *mater semper certa est*, establecido en un momento en el que era impensable la disociación entre la madre genética y la gestante, pues ambas maternidades obedecen a una realidad biológica. Estas distinciones no supone una discriminación con respecto a las parejas del mismo sexo masculina, como indica en la Resolución la DGRN, por cuanto se daría la misma solución en el caso de que la madre biológica y la madre de intención no fueran la misma (infertilidad ovárica y uterina)». También en la propuesta de Código civil de la Asociación de Profesores de Derecho Civil se propone un cambio en esta materia, si bien limitado a un caso muy excepcional, el del error médico en la implantación del embrión, para cuyo caso se admite una excepción a la regla general (que se mantiene incluso en esos casos) de atribuir la maternidad a la mujer gestante. Dice en concreto el apartado 3 del 223-2 de la citada propuesta de Código civil lo siguiente: «En caso de error médico en la implantación del embrión, derivado del intercambio de los embriones de dos parejas que pretenden una fecundación homóloga, queda determinada la maternidad de la madre gestante. Si esta pretendiese renunciar a los derechos derivados de la filiación puede quedar determinada la maternidad de la madre genética con su consentimiento».

⁷¹ Vid. BRUNET, L., CARRUTHERS, J., et al., «Estudio para la Comisión de Asuntos Jurídicos del Parlamento Europeo», 2013, pp. 1 a 14.

⁷² Sobre relación entre ciudadanía europea y estado civil, vid. DÍAZ FRAILE, J.M., «Ciudadanía europea, libre circulación de las personas y estado civil: Análisis del Libro Verde «Menos trámites administrativos para los ciudadanos»», en David ORDÓÑEZ SOLÍS (coord.), *La Recepción del Derecho de la Unión Europea en España. Liber Amicorum Antonio Martínez Lafuente*, La Ley, Madrid, 2013, pp. 187 a 220.

Mientras tanto las diferencias entre la doctrina de nuestro Tribunal Supremo y de la DGRN, el casuismo y cambios en la jurisprudencia del TEDH, y la ausencia de una regulación interna que aborde este tema desde la concreta perspectiva de los supuestos transnacionales y del Derecho Internacional Privado, no permiten alcanzar un marco jurídico (en un sentido u otro) claro y seguro. En ausencia de dicho marco jurídico claro y seguro difícilmente puede esperarse que la clarificación definitiva de este tema repose exclusivamente en la doctrina de la DGRN, cuya Instrucción de 5 de octubre de 2010, a pesar de su limitado rango normativo, y a pesar de todas las novedades y cambios jurisprudenciales surgidas desde su publicación, nacionales y europeas, está manteniéndose en la práctica, con todas sus limitaciones, como única guía estable para la actuación de los magistrados y cónsules encargados del Registro Civil español en esta compleja materia.

BIBLIOGRAFÍA

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

ARMIN VON BOGDANDY, *Un Tribunal para la Constitución*, edit. Fundación Registral, 2018.

ALBERDI VECINO, F., «Comentarios al artículo 23 de la Ley del Registro Civil», ALBALADEJO y DÍAZ ALABART,(dirs.), *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales*, Tomo IV, Vol. 2º, EDESA, Madrid, 1996.

ALBERDI VECINO, F., «La determinación extrajudicial de la filiación en el ordenamiento jurídico estatal y en los ordenamientos autonómicos» (trabajo inédito proporcionado por el autor).

BRUNET, L., CARRUTHERS, J., et al., «Estudio para la Comisión de Asuntos Jurídicos del Parlamento Europeo», 2013.

COUNCIL ON GENERAL AFFAIRS AND POLICY OF THE CONFERENCE, HAGUE CONFERENCE ON PRIVATE INTERNATIONAL LAW, «Conclusions and Recommendations adopted by the Council», marzo de 2016.

DE CASTRO Y BRAVO, F., *Derecho Civil de España*, Parte general, Tomo I, 2ª ed., Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1949.

DÍAZ FRAILE, J. M., «Novedades más relevantes en la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado en materia de nacionalidad y estado civil durante 2006. Su aplicación en la calificación registral», en *Problemas actuales del Registro Civil*, Consejo General del Poder Judicial, colección «Estudios de Derecho Judicial», nº 98, 2007.

DÍAZ FRAILE, J. M., «Problemas actuales de la adopción internacional», *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, nº. 15, 2011 («El menor ante el derecho en el siglo XXI», coord. J. Díaz-Maroto y Villarejo, A. María Rodríguez Guitián).

DÍAZ FRAILE, J.M., «Ciudadanía europea, libre circulación de las personas y estado civil: Análisis del Libro Verde “Menos trámites administrativos para los ciudadanos”», en David

ORDÓÑEZ SOLÍS (coord.), *La Recepción del Derecho de la Unión Europea en España. Liber Amicorum Antonio Martínez Lafuente*, La Ley, Madrid, 2013.

FUNDACIÓN FIDE Y FUNDACIÓN GARRIGUES, «Propuesta de reforma de la regulación española sobre inscripción de relaciones de filiación constituidas en el extranjero mediante gestación subrogada, octubre de 2018 (ponente Heredia Cervantes, I), en www.fidefundacion.es.

GARCÍA SAN JOSÉ, D., «La gestación por sustitución y las obligaciones emanadas para los Estados parte en el Convenio Europeo de Derechos Humanos: repercusiones en el ordenamiento jurídico español del activismo y de la auto limitación judicial del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en relación con la gestación por sustitución», *Revista española de derecho constitucional*, nº 113, 2018.

HERMIDA BELLOT, B., «Gestación subrogada: un problema global. Situación en el marco de la Unión Europea, la Conferencia de Derecho Internacional Privado de La Haya, y el Comité de Derechos del Niño», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nº 767, mayo-junio de 2018.

HEREDIA CERVANTES, I., «La inscripción de relaciones de filiación constituidas en el extranjero mediante gestación por sustitución: seis años desperdiciados», *Boletín del Ministerio de Justicia*, núm. 2179, junio de 2015.

NAVARRO CASTRO, M., «Inscripción de nacimiento y filiación», en *Comentarios a la Ley del Registro Civil*, Aranzadi, Cizur Menor, 2012.

QUIÑONES ESCÁMEZ, A., «Doble filiación paterna de gemelos nacidos en el extranjero mediante maternidad subrogada. En torno a la RGRN DE 18 de febrero de 2009», *InDret*, julio de 2009.

Fecha de recepción: 12.02.2019

Fecha de aceptación: 02.04.2019