

La *legalización administrativa* de la gestación por sustitución en España (Crónica de una ilegalidad y remedios para combatirla)

por

RONCESVALLES BARBER CÁRCAMO
Profesora Titular de Derecho Civil
Universidad de La Rioja

SUMARIO

- I. JUSTIFICACIÓN.
- II. *STATUS QUESTIONIS*: LA DECIDIDA ADMISIÓN REGISTRAL DE LA MATERNIDAD SUBROGADA Y SUS EFECTOS.
- III. EL ACCESO DE LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN AL REGISTRO CIVIL: RECONOCIMIENTO *VERSUS* LEY APLICABLE:
 1. PUNTOS DE PARTIDA.
 2. TÍTULOS CAUSANTES DE LA INSCRIPCIÓN:
 - 2.1. *Sentencia dictada por Tribunales extranjeros en procedimiento contencioso o de jurisdicción voluntaria.*
 - 2.2. *Documento público extranjero.*
 - 2.3. *Certificación del asiento extendido en Registro extranjero.*
- IV. VÍAS DE IMPUGNACIÓN DE LA INSCRIPCIÓN INDEBIDAMENTE PRACTICADA:
 1. PUNTO DE PARTIDA.
 2. LA ACCIÓN DE RECTIFICACIÓN REGISTRAL.
 3. LA IMPUGNACIÓN DE LA FILIACIÓN.
 4. LA VÍA PENAL.
- V. LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN EN FRANCIA.

- VI. EL CONTROL DEL ORDEN PÚBLICO Y LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN.
- VII. LA PRESENCIA DE FRAUDE DE LEY.
- VIII. EL INTERÉS DE LOS MENORES.
- IX. CONCLUSIÓN.

I. JUSTIFICACIÓN

Motiva este trabajo la voluntad de dar cuenta y llamar la atención sobre el paulatino desarrollo que está experimentando en nuestro país la eficacia otorgada por vía registral a un medio alternativo de acceder a la filiación como es el recurso en el extranjero a la maternidad subrogada o gestación por sustitución.

Al verdadero revuelo mediático y doctrinal que la RDGR de 18 de febrero de 2009 (*RJ* 2009/1735), su exitosa impugnación judicial por la SJPI, número 15 de Valencia, de 15 de septiembre de 2010 (*AC* 2010/1707), la ulterior Instrucción de la propia Dirección General de 5 de octubre de 2010 (*RCL* 2010/2624) y la confirmación en apelación por la SAP de Valencia (Sección 10.^a), de 23 de noviembre de 2011 (*JUR* 2011/420242) suscitaron, ocasionando la publicación de numerosos trabajos al respecto¹, ha sobrevenido cierto silencio. Que bien puede calificarse de *impasse* respetuoso y expectante ante el fallo aún pendiente del Tribunal Supremo, que ha de resolver el recurso de casación frente a la mencionada sentencia de la Audiencia de Valencia, radicalmente contraria a las tesis de la Dirección General de los Registros y del Notariado.

Ante este atribulado folletín jurídico, dos datos fácticos llaman de inmediato la atención: la rápida y sucesiva cronología de las distintas resoluciones, y la antagónica argumentación seguida por la vía registral y la judicial. Lo primero es relevante, porque cada decisión encuentra explicación en la anterior, enmendando en ocasiones el rumbo de la cuestión jurídica debatida. Lo segundo, aun siendo habitual en materia de filiación dada la diferente naturaleza de sus títulos de determinación, no encuentra ni explicación ni justificación desde

¹ Entre otros, que se citarán a lo largo de este trabajo, vid. DÍAZ ROMERO, «La gestación por sustitución en nuestro ordenamiento jurídico», en *Diario La Ley*, núm. 7527, 14 de diciembre de 2010; FERNÁNDEZ-SANCHO TAHOCES, «Eficacia jurídico-registral del contrato de gestación subrogada», en *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 6, octubre de 2011, págs. 127-146; DE LA IGLESIA MONGE, «Actualidad de la gestación por sustitución en nuestro ordenamiento jurídico. Inscripción de los hijos nacidos en el extranjero mediante dicha técnica», en *RCDI*, núm. 725, págs. 1611-1797; MORENO SÁNCHEZ-MORALEDA, «Registro de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución y su articulación en el régimen de reconocimiento de resoluciones judiciales en el Derecho Internacional español», en *RCDI*, núm. 731, págs. 1363-1391; QUIÑONES ESCÁMEZ, «Doble filiación paterna de gemelos nacidos en el extranjero mediante maternidad subrogada. En torno a la RDGR de 18 de febrero de 2009», *Indret*, 3/2009.

tal dato incontestable. Sólo manifiesta la dificultad del supuesto a resolver. Porque al tratarse de una situación privada internacional, plantea de partida el problema metodológico que hoy la doctrina de Derecho Internacional Privado no duda en calificar de «tópico estrella», esto es: si debe abordarse desde el método conflictual o de la determinación de la ley aplicable, o por el contrario desde el del reconocimiento². Así pues, confluye en él la normativa conflictual o de las condiciones para el control del reconocimiento, con la sustantiva y la registral, exigiendo al intérprete extremar el celo en la elección y aplicación de la norma. Además, resultan en él invocados conceptos jurídicos indeterminados como el orden público, el interés del menor y el fraude de ley, de identificación y contornos difusos y *per se* abiertos a la discusión. Por si todo ello fuera poco, el fondo de la cuestión interpela principios morales, éticos, culturales e ideológicos que si nunca están ausentes de la argumentación jurídica, aquí se presentan con especial intensidad.

Pues bien, este *impasse* doctrinal contrasta con la acelerada actividad que la Dirección General de los Registros y del Notariado viene manteniendo, de modo que a la mencionada, famosa e impugnada RDGR de 18 de febrero de 2009 han seguido otras quince más en el año 2011, con supuestos de hecho similares, de las que doce admiten la inscripción como hijos de ciudadanos españoles a nacidos en el extranjero mediando contratos de maternidad subrogada, y tres la rechazan. La cronología, según observaremos en el análisis que se abordará en el epígrafe siguiente, sigue siendo relevante, porque revela la renuencia de algunos Registros Consulares a la mencionada Instrucción de 5 de octubre de 2010, que de hecho les vincula (art. 9.2 LRC).

Ante esta reiteración de Resoluciones sobre un mismo tema, dos observaciones indiscutibles: una, la práctica de nacionales españoles de recurrir a una técnica de reproducción asistida prohibida en nuestro país para lograr el deseo de ser padres se está extendiendo³, y ha dejado de ser una rareza o extravagancia (sin que quepa tampoco calificarla de algo habitual). Y dos, existe ya una consolidada doctrina administrativa sobre el reconocimiento y la inscripción en España de una filiación que nuestra legislación sustantiva y registral rechaza por su manifiesta incoherencia e incompatibilidad con nuestro ordenamiento.

² La expresión es de ÁLVAREZ GONZÁLEZ, quien expone dicha alternativa metodológica de forma sintética pero magistral en «Efectos en España de la gestación por sustitución llevada a cabo en el extranjero», en *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, tomo X, 2010, págs. 364-369.

³ Facilitada por Internet, donde se anuncian agencias mediadoras que ofrecen sus servicios a clientes españoles en distintos países, con cobertura total de sus aspectos médicos y legales, incluida la inscripción registral de los hijos. Puede comprobarlo el lector, entre muchas otras, en las siguientes direcciones: <http://www.demabogados.com>; <http://es.mother-surrogate.com>; <http://www.socalfertility.com/es/gestación-por-sustitucion/>; <http://www.abogadosancora.com/category/gestacion-subrogada/>.

Lógicamente, una vez inscrita la filiación en el Registro Civil, produce los efectos jurídicos que le son propios. Y así, los Tribunales de lo Social están reconociendo permisos y prestaciones de maternidad a quienes el Registro Civil acredita como madres legales, aun siendo de sexo masculino (así en la STSJ de Madrid, de 18 de octubre de 2012 —AS 2012/2503—) y no habiendo mediado parto ni adopción (así en la STSJ de Asturias, de 20 de septiembre de 2012). Lo cual supone, a la postre, dar carta de naturaleza y efectos típicos a un contrato sancionado con nulidad en nuestro ordenamiento, que la mayoría de la doctrina estima además prohibido.

La lesión que esta situación comporta para la coherencia de nuestro ordenamiento jurídico justifica este trabajo, que pretende analizar los fundamentos que han basado la admisión por la vía de hecho de la maternidad subrogada y el encaje posterior que ésta ha de tener en nuestro Derecho.

II. *STATUS QUESTIONIS*: LA DECIDIDA ADMISIÓN REGISTRAL DE LA MATERNIDAD SUBROGADA Y SUS EFECTOS

El supuesto pionero y aún pendiente de resolución judicial firme se inicia con la pretensión de un matrimonio de españoles formado por dos varones, de inscribir como hijos a dos gemelos nacidos en San Diego (California) mediante gestación por sustitución. Los solicitantes se dirigen al Registro Consular de España en Los Ángeles y aportan certificados de nacimiento de los menores, emitidos por el Registro Civil de California, donde constaba la paternidad de los promotores. El Registro Consular deniega la inscripción con fundamento en la nulidad del contrato de maternidad por sustitución. Sin embargo, la RDGR (1.^a), de 18 de febrero de 2009 (*RJ* 2009/1735) estima el recurso de los varones, revoca el auto y ordena la práctica de la inscripción, considerando que en aplicación del artículo 81 RRC, el control de legalidad a realizar por el encargado del Registro Consular debe limitarse a los requisitos formales del título en cuya virtud se pretende la inscripción: documento público autorizado por una autoridad registral extranjera con funciones equivalentes a las españolas. Y también, «como no puede ser de otro modo» (Fundamento de Derecho IV, *in fine*) a comprobar que la certificación registral extranjera «no produzca efectos contrarios al orden público internacional español», efectos que desecha la Resolución al advertir que nuestro Derecho admite la adopción por matrimonio homosexual⁴ y la doble maternidad por

⁴ RDGR de 18 de febrero de 2009 (*RJ* 2009/1735): «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 ya que también en Derecho español se admite la filiación en favor de dos varones en casos de adopción, sin que quepa distinguir

naturaleza⁵, que la inscripción de la filiación es la solución más favorable al superior interés del menor y su derecho a tener una identidad única, que no existe en el supuesto fraude de ley alguno, y que es inaplicable al supuesto el artículo 10 LTRHA⁶. La Resolución finaliza con la justificación de la nacionalidad española de los menores por *ius sanguinis*, fundada en la dicción legal «nacidos de padre o madre españoles» (art. 17.1 a) CC), que requeriría sólo «indicios racionales de su generación física por progenitor español» y no la previa determinación de su filiación⁷.

Dado que el objeto de este epígrafe es presentar, de forma cronológica, las diversas decisiones, administrativas y judiciales, que han resuelto el problema objeto de este trabajo, no abundaré en el comentario a los argumentos sobre los que se sustenta la Resolución referida. Sólo diré que su trazo grueso, evidenciado en la interesada omisión del artículo 23 LRC, del que traen causa los artículos 81 y 85 RRC en que descansa, así como en la incorrecta y por ende frágil batería de argumentos favorables a la adecuación con el orden público internacional español de una inscripción registral que acredita como padres biológicos de los menores a dos hombres, explican que mereciera las críticas tanto de la doctrina contraria a sus tesis y por ende a la solución finalmente adoptada⁸, como de quienes compartiendo ésta, discrepan de su argumentación⁹.

Presentado recurso contra esta Resolución por el Ministerio Fiscal, la SJPI, número 15 de Valencia, de 15 de septiembre de 2010 (AC 2010/1707) lo estima.

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».

⁵ RDGR de 18 de febrero de 2009 (RJ 2009/1735): «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 artículo 14 de la Constitución Española de 27 de diciembre de 1978». Es llamativo que la Dirección General pase por alto cómo el hecho del parto ofrece la justificación objetiva y razonable que impide tildar al régimen legal de discriminatorio. Más adelante, la Dirección General concluye que la previsión del artículo 7.3 LTRHA implica que «la filiación natural no se determina necesariamente por el hecho de la vinculación genética entre los sujetos implicados», y que por ello «no existen obstáculos jurídicos a la inscripción en el Registro Civil español de una certificación registral extranjera que establezca la filiación a favor de dos varones españoles».

⁶ Para otra opinión crítica al respecto, vid. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, «Hijos made in California», en *Aranzadi Civil*, núm. 3.2009, BIB 2009/865.

⁷ En general, la doctrina no ha centrado su análisis en la efectiva nacionalidad española de los menores, partiendo sin duda del principio favorable a reconocérsela en cuanto exista algún indicio. Refleja dudas al respecto a lo largo de todo su trabajo, ÁLVAREZ GONZÁLEZ, *loc. cit.*

⁸ Es el caso, entre otros, de BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, *loc. cit.*; HUALDE MANSO, «De nuevo sobre la filiación de los nacidos mediante gestación contratada», en *Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 10/2012, BIB 2012/132; SALAS CARCELLER, «El Registro Civil español y la filiación surgida de la gestación por sustitución», en *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 10/2011, BIB 2012/2946.

⁹ Es el caso de ÁLVAREZ GONZÁLEZ, *loc. cit.*, págs. 348-353.

Esta sentencia declara que en aplicación del artículo 23 LRC, la certificación extranjera será inscribible, «siempre que no haya duda de la realidad del hecho inscrito y de su legalidad conforme a la Ley española». Esto es, observa que como la propia Dirección General ha sostenido «de forma permanente» en otras inscripciones de nacimiento a partir de certificaciones de Registro extranjero, el control a realizar por el encargado del Registro no es sólo meramente formal. Así, siendo imposible la paternidad biológica del matrimonio demandante, que hace materialmente irreal el hecho inscrito, y contrariando abiertamente el supuesto la legalidad prescrita en el artículo 10 LTRHA, la sentencia ordena la cancelación de la inscripción practicada en el Registro Consular de Los Ángeles¹⁰.

Después de dicha sentencia, la Dirección General dictó la Instrucción de 5 de octubre de 2010 (RCL 2010/2624), en la que retractándose de su anterior criterio, rechaza la inscripción en España de una filiación surgida de un contrato de gestación por sustitución a partir de la certificación de un Registro extranjero o de la simple declaración del solicitante¹¹. A fin de controlar «los requisitos de perfección y contenido del contrato respecto del marco legal del país donde se ha formalizado» y entendiendo que con ello se da cumplimiento al artículo 10 LTRHA, que «exige» para la determinación de la paternidad en estos casos el ejercicio de las acciones judiciales pertinentes, establece como título necesario para la inscripción la resolución judicial extranjera que determine la filiación del nacido, junto con el auto judicial de *exequátur*. Con una salvedad: si aquélla se hubiera dictado en un procedimiento similar a la jurisdicción voluntaria española, el encargado del Registro Civil podrá inscribir previo un reconocimiento incidental, donde se constatarán los cinco requisitos enunciados en el punto 3 de la Primera directriz de la Instrucción. Que son: la regularidad y autenticidad formal de los documentos presentados; la competencia judicial internacional del Tribunal de origen, basada en criterios equivalentes a los contemplados en la legislación española; la garantía de los derechos procesales de las partes, y en particular de la «madre gestante»; el respeto a sus derechos y al interés superior

¹⁰ Para un comentario de esta sentencia, vid. DE VERDA Y BEAMONTE, «Inscripción de hijos nacidos mediante gestación por sustitución (a propósito de la sentencia del Juzgado de Primera Instancia, número 15 de Valencia, de 15 de septiembre de 2010)», en *La Ley*, núm. 7501, 3 de noviembre de 2010.

¹¹ Directriz segunda de la Instrucción: «En ningún caso se admitirá como título apto para la inscripción del nacimiento y filiación del nacido, una certificación registral extranjera o la simple declaración, acompañada de certificación médica relativa al nacimiento del menor en la que no conste la identidad de la madre gestante». Adviértase que la defectuosa redacción plantea si cabría la inscripción en caso de que en la certificación registral extranjera sí constare la identidad de la madre gestante. La respuesta negativa se ha impuesto en la práctica registral ulterior, según expondré seguidamente, y se deduce de la exposición de motivos o justificación de la propia Instrucción: «Para garantizar la protección de dichos intereses, la presente 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».

del menor, y la firmeza de la resolución e irrevocabilidad de los consentimientos prestados conforme a la legislación extranjera aplicable.

Este cambio de criterio seguido por la Dirección General puede decirse que no contentó a nadie. Tratándose de colocar en una posición intermedia, esta Instrucción da una de cal, admitiendo la inscripción, y otra de arena, exigiendo para ello una resolución judicial del país de origen, sometida por ende para su eficacia al *exequátur* de los Tribunales españoles, o bien una resolución en procedimiento semejante al de nuestra jurisdicción voluntaria, sometida entonces a un reconocimiento incidental registral para constatar el cumplimiento de unos requisitos que inventa. Con ello, logra que la doctrina la califique de «ilegal», por excluir la certificación extranjera como título a partir del cual practicar la inscripción, según admite el artículo 23 LH, y por atribuirse indebidamente la Dirección General un papel legislativo, al establecer para el reconocimiento incidental registral unos requisitos sin previsión legal alguna¹².

Personalmente, considero que la Dirección General adopta con esta Instrucción una actitud tramposa. Remitiendo en apariencia la generalidad de los casos al *exequátur*, pretende contentar a quienes, contrarios a la recepción en el Derecho español de la filiación surgida de contratos de gestación por sustitución, ven en la exigencia de adecuación con el orden público español contemplada en el artículo 954.3 LEC/1881 un obstáculo insalvable. Pero en realidad, la mayoría de los casos proceden de contratos celebrados en los Estados Unidos de América, donde la determinación de la filiación no procede de sentencia dictada en procedimiento contencioso, sino equivalente a nuestra jurisdicción voluntaria. Y a tales decisiones, y en atención a su diferente naturaleza y efectos, el Tribunal Supremo ha negado el acceso al procedimiento de *exequátur*, desplazando su homologación a un «reconocimiento incidental» a realizar por el órgano o autoridad ante la que quieran hacerse valer sus efectos. En nuestro caso, al encargado del Registro Civil.

Siendo la Dirección General consciente de que la mayoría de los casos de filiación surgida de gestación subrogada se subsumirán en este control incidental registral o administrativo y no judicial, establece sus requisitos, con evidente falta de legitimación. Y contrariando la jurisprudencia reiterada del Tribunal Supremo, que ante la ausencia de regulación legal sobre los requisitos y efectos para el reconocimiento en España de resoluciones judiciales de jurisdicción voluntaria, ha entendido siempre que su control incidental debe comprobar no sólo los requisitos formales del acto extranjero, sino también su adecuación a la ley aplicable conforme a la norma de conflicto española, según se expone

¹² En este sentido, ÁLVAREZ GONZÁLEZ: «si la DGRN no tiene competencia para modificar el régimen de la inscripción en el Registro Civil de los casos que nos ocupan instaurando nuevas vías, tampoco la tiene para excluir vías existentes», *loc. cit.*, pág. 358, y más adelante, en pág. 377, insiste en la ilegalidad de la Instrucción.

en detalle más adelante. De modo que aplicando esta doctrina jurisprudencial, y dado que la norma de conflicto (art. 9.4 CC) remite a la ley personal del hijo, devendría aplicable el artículo 10 LTRHA y no cabría inscribir la filiación atribuida en el extranjero.

Ciertamente, esta doctrina jurisprudencial ha sido fuertemente criticada por la doctrina de Derecho Internacional Privado. Pero plantea la cuestión de cómo se resolverá esta sustancial discrepancia entre el posibilismo al reconocimiento sostenido por la Dirección General, y la negativa a que conduce la aplicación de la jurisprudencia, coherente con la legislación en vigor y la que lo estará (léase nueva Ley de Registro Civil) según expondré más adelante¹³.

Más allá de este tema central, la Instrucción incurre en el injustificado silencio de omitir el orden público como requisito para el reconocimiento de la resolución extranjera. De nuevo, el silencio resulta tan sospechoso como el de la Resolución sobre el artículo 23 LRC. Que el control del orden público es aplicable también a las resoluciones de jurisdicción voluntaria es indudable, por pura lógica del sistema, y así lo admite unánimemente la doctrina. *Ad futurum*, se explicita en el artículo 96 de la nueva Ley del Registro Civil. Su identificación, y la resolución de este caso a partir de él, puede resultar más o menos difícil y opinable, según revela la argumentación de la Resolución de 2009 y el debate doctrinal abierto sobre el que nos detendremos más adelante, pero de ninguna manera puede hurtarse.

Siguiendo con el orden cronológico que he preferido para esta exposición, la RDGR (1.^a), de 3 de mayo de 2011 (*JUR* 2012/107637), inicia la vía de aplicación de la expuesta Instrucción y por ende de rectificación de la doctrina asentada en la impugnada RDGR de 18 de febrero de 2009. El supuesto es casi idéntico al de ésta, y podemos denominarlo «tipo»: un matrimonio de dos hombres españoles solicita en marzo de 2010 la inscripción de una niña en el Registro Consular de Los Ángeles, aportando la certificación de nacimiento expedida por el Registro americano. La inscripción se deniega unos meses antes de la emisión de la Instrucción de 5 de octubre, alegando el encargado dos motivos. Uno: que en aplicación de los artículos 16 LRC y 68 y 95 RRC, y por tratarse de promotores domiciliados en España, la inscripción debería practicarse primero en el Registro Civil Central y sólo posteriormente trasladarse al Consular; y dos: que la prohibición recogida en el artículo 10 LTRHA impide materialmente la inscripción. Los solicitantes interponen recurso ante la Dirección General, que «por razones de economía procesal» solicita durante su tramitación la resolución judicial dictada por los Tribunales americanos (en concreto, the Superior Court, equivalente al Juzgado de Primera Instancia, de Los Angeles) en cuya virtud se practicó la inscripción de nacimiento en el Registro americano. La Dirección

¹³ Advierte también de ello ÁLVAREZ GONZÁLEZ, *loc. cit.*, pág. 360 y sigs.

General desestima la alegación sobre competencia del Registro Civil Central, embarcándose en una enrevesada, innecesaria y desacertada argumentación que basándose en la analogía del supuesto con la práctica seguida para las adopciones internaciones, concluye admitiendo con acierto un fuero registral electivo entre dicho Registro y los Consulares¹⁴. Y para negar la aplicación al supuesto del artículo 10 LTRHA, la Dirección General añade a los argumentos aportados en la Instrucción para justificar la imposibilidad de practicar la inscripción a partir de una certificación extranjera uno nuevo: el de que ésta es un mero reflejo de la resolución judicial que determinó la filiación, y que por tanto ha de reconocerse como trámite previo para practicar la inscripción, en aplicación del artículo 83 RRC. Se convierte así en el adalid más firme contra su propia tesis mantenida en la RDGR de 18 de febrero de 2009, al llegar a afirmar que admitiendo «la inscripción directa de una certificación registral extranjera» se alcanzaría diferente solución que si el solicitante optara por solicitar el reconocimiento en España¹⁵. Lo que parece tanto como decir: asumido que el control previsto

¹⁴ *Enrevesada e innecesaria*, porque las previsiones de los artículos 16 LRC y 68.2 RRC, interpretadas desde el respeto al sistema de fuentes, no pueden conducir a la contradicción del primero por el segundo, de modo que la inversión del orden de intervención que prevé no puede estimarse imperativa, como bien entiende la RDGR de 3 de mayo de 2011, al afirmar que «existe en estos casos una suerte de fuero registral efectivo que ha venido permitiendo al particular solicitar la inscripción bien en el Registro Civil Central, bien, concurriendo cualquier interés legítimo para ello, en el Registro Civil Consular del lugar del nacimiento». *Desacertada*, porque asimilar la gestación por sustitución con la adopción internacional implica incurrir en un error de base cual es la confusión entre la determinación de la filiación natural y la constitución de la adoptiva, común a partir de la indebida alegación del principio de equiparación de los hijos cuya ubicación son los efectos de la filiación. Que llevado al absurdo puede terminar conduciendo a admitir la inscripción en el Registro Civil del domicilio de los adoptantes/progenitores, conforme a lo dispuesto en el artículo 16.3 LRC.

La nueva Ley acoge también este fuero electivo para los particulares entre la Oficina Central del Registro Civil y las Consulares. Respectivamente, los artículos 21.2.2.^a y 24.1.^a nueva LRC atribuyen a una y otras la competencia para las inscripciones a partir de documentos auténticos extranjeros, judiciales y extrajudiciales, y de certificaciones de Registros extranjeros. Sin embargo, y de forma claramente contradictoria, el apartado VI *in fine* de la exposición de motivos de la Ley declara: «La complejidad inherente a las situaciones internacionales justifica que la inscripción de documentos extranjeros judiciales y no judiciales, así como de certificaciones extranjeras, corresponde con carácter exclusivo a la Oficina Central del Registro».

¹⁵ RDGR de 3 de mayo de 2011: «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 resolución judicial en España supone atribuir eficacia *ultra vires* a la certificación en virtud de un tratamiento más favorable que el que se dispensa a la resolución de la que trae causa y es tributaria. 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».

por el artículo 23 LRC sobre la «realidad del hecho y su legalidad conforme a la Ley española» es un mero control formal, exijamos un control del supuesto más garantista y acorde con la legalidad española y sometamos el supuesto al régimen de reconocimiento de resoluciones judiciales. Pero seguidamente, y tras recordar que no procede la aplicación del artículo 10 LTRHA porque no nos hallamos ante la petición de una tutela declarativa, sino de reconocimiento de una decisión extranjera similar a la jurisdicción voluntaria, aplica las condiciones establecidas en la Instrucción, omitiendo por tanto cualquier mención al orden público, para proceder a la inscripción solicitada.

Tras ésta, las Resoluciones favorables a la inscripción se suceden, ante supuestos en esencia idénticos al relatado: RDGR (4.^a) de 6 de mayo de 2011 (*JUR* 2012/110698), también procedente del Registro Consular de Los Ángeles; RDGR (6.^a) de 6 de mayo de 2011 (*JUR* 2012/147776), frente a la negativa del Registro Consular de Chicago; RRDGRN (1.^a y 2.^a) de 9 de junio de 2011 (*JUR* 2012/151437 y 2012/151438), ambas procedentes de Los Ángeles, con la particularidad de que en la segunda, la negativa del encargado del Registro es posterior a la Instrucción referida; RDGRN (3.^a) de 9 de junio de 2011 (*JUR* 2012/151439), procedente de San Francisco, de inscripción de dos gemelas como hijas de un padre solo¹⁶; RRDGR (4.^a y 5.^a) de 23 de septiembre de 2011 (*JUR* 2012/168313 y 2012/168314), también de Los Ángeles; RDGR (2.^a) de 30 de noviembre de 2011, siendo la negativa a la inscripción del Registro Consular de Los Ángeles posterior en meses a la Instrucción de 5 de octubre, pese a lo cual el encargado sigue denegando la inscripción (en fecha 4 de febrero de 2011); y RDGR (4.^a) de 22 de diciembre de 2011 (*JUR* 2012/307190), negativa del Registro Civil Central a inscribir dos gemelas como hijas de un matrimonio heterosexual nacidas a través de gestación por sustitución en California.

Mención aparte merecen dos Resoluciones, también favorables a la inscripción. En la RDGR (1.^a) de 27 de junio de 2011 (*JUR* 2012/151441), procedente del Registro Consular de Chicago, la negativa del encargado se basaba exclusivamente en la competencia del Registro Civil Central para la inscripción. La Dirección General, reiterando su doctrina sobre la concurrencia de dicho

¹⁶ Esta Resolución menciona la particularidad de que la madre gestante estaba casada, habiéndose entonces de acreditar, además del respeto a los derechos de la madre gestante, los de su cónyuge. Lo que la Resolución considera cumplido por mencionarse en la decisión judicial californiana ni la madre gestante ni su cónyuge ostentarán «en ningún momento, ningún derecho ni responsabilidad parental (incluidas la guardia y custodia y el derecho de visita) financiera ni de otro tipo con respecto a dichas menores, colectiva ni individualmente», habiendo prestado para ello los cónyuges un consentimiento libre y voluntario acreditado en la declaración suscrita por ambos en la que se hace constar que saben y comprenden que el recurrente «será declarado para siempre y a todos los efectos el padre genético y natural y único tutor de las dos hijas del solicitante, de las que (la requerida) como gestante por subrogación a favor del solicitante, quedó embarazada a consecuencia de tecnologías de reproducción asistida».

Registro con el consular en estos casos, ordena la práctica de la inscripción, sin referencia alguna al problema sustantivo existente. En la RDGR (1.^a) de 12 de diciembre de 2011 (*JUR* 2012/307191) un matrimonio heterosexual pretende la inscripción fuera de plazo de una niña con pasaporte y tarjeta de la Seguridad Social americana, a lo que el Registro Civil Central se niega al observar que no se ha probado suficientemente la identidad de la madre. Interpuesto recurso, los promotores aportan la sentencia americana que revela la gestación por sustitución: acogiéndose a los principios de economía procesal e interés del menor, la Dirección General ordena la inscripción tras comprobar el cumplimiento de los requisitos de la Instrucción, sin mencionar siquiera el fraude de ley con el que se inició el expediente.

Con esta extensa exposición, quisiera haber trasladado a mi paciente lector, además de la explicación del título de este trabajo, dos datos que estimo de interés: la insumisión del Registro Consular ante el que con mayor frecuencia se plantea el supuesto-tipo, Los Ángeles, que sigue denegando la inscripción con posterioridad a la vinculante Instrucción de 2010, y lo irrelevantes que resultan para la Dirección General los datos que determinan la filiación a partir de una adopción a favor de alguno de los solicitantes. Tras haber encontrado el cómodo asidero de la resolución judicial extranjera que declara la filiación, no se detiene en más. En suma, doce Resoluciones favorables a la inscripción, además de la inicial de 2009, revelan una suerte de régimen registral de filiación alternativo, construido a partir del reconocimiento de una decisión de jurisdicción voluntaria extranjera. Alternativo y opuesto al vigente en España, y cuya provisionalidad no atenúa la incoherencia en que ha sumido al sistema.

Además de a la decidida admisión de la maternidad subrogada procedente de los EE.UU. de América, la aplicación de la Instrucción de 2010 ha conducido a la Dirección General de los Registros a la negativa de la procedente de la India. Las RRDGR (5.^a) de 6 de mayo de 2001 (*JUR* 2012/114782) (2.^a) de 23 de septiembre de 2011 (*JUR* 2012/168312) y (1.^a) de 30 de noviembre de 2011 (*JUR* 2012/303071), deniegan la petición de inscripción de nacimiento de menores nacidos en Mumbai como hijos de hombres solteros españoles, a partir de la certificación del Registro indio en que constan como tales, por no aportar la resolución judicial requerida donde conste la filiación del nacido. En la primera de ellas, el promotor intentó el reconocimiento de la menor, desdiciéndose así de lo anteriormente declarado sobre la mediación de una gestación subrogada: la Dirección General también lo deniega, remitiendo al solicitante a la acción de reclamación de la paternidad¹⁷.

¹⁷ RDGR de 6 de mayo de 2011: «al margen de que los hechos alegados no aparecen acreditados por prueba alguna más allá de su mera alegación, es lo cierto que —sin necesidad de prejuzgar los mismos— si bien la filiación no matrimonial paterna, con arreglo a la Ley española expresamente invocada por el recurrente, puede quedar determinada legalmente

En fechas coetáneas a estas últimas Resoluciones, la SAP de Valencia (15.^a), de 23 de noviembre de 2011 (*JUR* 2011/420242), confirmó la del Juzgado que había ordenado la cancelación de la inscripción ordenada por la Resolución de 18 de febrero de 2009, detonante de este apasionante tema. La Audiencia apoya su decisión en el artículo 23 LRC y la contrariedad de la certificación registral americana con la legalidad española; advierte que no cabe su reconocimiento porque contraría además el orden público internacional español; señala que tampoco conforme al criterio de la ulterior Instrucción, de 5 de octubre, procedería la inscripción¹⁸; rechaza el argumento de la discriminación respecto de lo admitido por el artículo 7.3 LTRHA¹⁹, y niega finalmente la vulneración del interés del menor, cuya inscripción como hijo del matrimonio demandante encontraría cauce en el Derecho español a través del artículo 10 LTRHA y los artículos 175 y siguientes del Código Civil²⁰.

Al ilustrar la clara confrontación entre el tratamiento registral y judicial que la gestación por sustitución está recibiendo en nuestro país, se suma otra Resolución reciente. El AAP de Madrid (Sección 24.^a), de 3 de diciembre de 2012 (*JUR* 2013/15881), niega el *exequátur* a una sentencia dictada por el Tribunal del Distrito del Condado de Boulder en el Estado de Colorado (EE.UU.), por contrariar el orden público y no cumplirse por ende el requisito establecido en el número 3 del artículo 954 de la LEC de 1881.

Como adelantaba, los efectos de la inscripción registral se manifiestan con claridad en las sentencias dictadas por la jurisdicción social, que ilustran la situación jurídica a que la innovación del ordenamiento civil llevada a cabo por la Dirección General de los Registros ha conducido. Las SSTSJ (Sala de lo Social)

por el reconocimiento del padre, su validez y eficacia dependen de la concurrencia de una serie de requisitos tanto formales —su formalización ante el encargado del Registro Civil, en testamento o en otro documento público— como materiales —consentimiento expreso del representante legal del menor o incapaz reconocido o la aprobación judicial— que en este caso no han sido acreditados (cfr. art. 120, núm. 1 y 124 del CC)».

¹⁸ El análisis precedente nos permite discrepar en este punto de la sentencia: la Dirección General habría admitido la aportación de la sentencia americana y a partir de ella habría admitido la inscripción, conforme a la doctrina que ha desarrollado tras la publicación de la Instrucción.

¹⁹ SAP de Valencia (15.^a), de 23 de noviembre de 2011 (*JUR* 2011/420242): «las parejas de dos mujeres no necesitan acudir a otra mujer a la que encomendar la gestación: de modo que no puede considerarse discriminatorio el tratar desigualmente lo que es desigual; por otro lado, en el supuesto de que una pareja de mujeres acudiera a la gestación por sustitución, también le sería aplicable la prohibición, de modo que la misma no implica una discriminación por razón de sexo, sino que se fundamenta en la modalidad utilizada para la procreación de los menores, que la ley española considera nula».

²⁰ SAP de Valencia (15.^a), de 23 de noviembre de 2011 (*JUR* 2011/420242): «Es cierto que toda resolución que afecte a los menores de edad debe tener como guía el principio del interés del menor (...), pero la satisfacción de dicho interés no puede conseguirse infringiendo la ley, máxime cuando la propia ley española ofrece cauces para la inscripción de la filiación de los menores a favor de los demandados (art. 10 LTRHA y arts. 175 y sigs. CC)».

de Castilla y León (Valladolid), de 5 de mayo de 2010 (*JUR* 2010/215499); Asturias, de 20 de septiembre de 2012, y Madrid, de 18 de octubre de 2012 (*AS* 2012/2503) reconocen el permiso y la prestación por maternidad instada tras la inscripción en el Registro Civil español de hijo nacido en California mediante gestación por sustitución, en las dos primeras de matrimonio heterosexual, en la tercera de matrimonio homosexual masculino²¹. La argumentación en las tres es similar, y se caracteriza por la perplejidad de los juzgadores para subsumir en los preceptos de la legislación laboral y de Seguridad Social²² la filiación acreditada por el Registro Civil, para terminar optando por su asimilación con la adopción, bien con fundamento en la analogía, bien en una interpretación «generosa» de aquélla.

Siendo la argumentación de la sentencia de Valladolid sustancialmente menos elaborada²³, las otras dos desechan que proceda aplicar el artículo 10 LTRHA para denegar la petición, dada la eficacia acreditativa de la filiación ostentada por la inscripción registral. A partir de ello, la sentencia asturiana funda la procedencia de la prestación por maternidad en «la interpretación generosa» del artículo 2.2 del Real Decreto 295/2009²⁴, desarrollo reglamentario de la LO 3/2007, de 22 de marzo, para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres, que al considerar jurídicamente equiparables la adopción y el acogimiento preadoptivo, permanente o simple, a las instituciones jurídicas declaradas por resoluciones judiciales o administrativas extranjeras cuya finalidad y efectos jurídicos sean los previstos para aquéllas, cualquiera que sea su denominación «lleva a concluir que los supuestos de filiación están también amparados en la norma». Por su parte, la sentencia madrileña advierte que al no mediar ni maternidad

²¹ Esta diferencia explica que mientras en los casos resueltos por las sentencias de Valladolid y Asturias, los nacidos fueron inscritos sin problemas como hijos del matrimonio solicitante en los Registros Civiles Consulares de Chicago y Los Ángeles, en la de Madrid la negativa de este último ocasionó la referida RDGR de 3 de mayo de 2011.

²² Que respectivamente refieren la suspensión del contrato de trabajo a la maternidad o la paternidad, la adopción y el acogimiento [arts. 45.1.d) y 48 bis ET] y la prestación de maternidad a «la maternidad, la adopción y el acogimiento» (art. 133 bis LGSS).

²³ El único argumento aportado en ella para acceder a la prestación es: «no discutiéndose la filiación de la recién nacida como hija de la demandante, debe incluirse a la demandante en alguna de las situaciones que dan lugar al derecho de prestación por maternidad. Cuando menos, debería equipararse el supuesto de la actora al de la adopción, en el que tampoco ha existido parto pero que sí aparece recogida en el mencionado artículo como situación generadora de la prestación aquí reclamada».

²⁴ Artículo 2.2 del Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo: «Se considerarán jurídicamente equiparables a la adopción y al acogimiento preadoptivo, permanente o simple, aquellas instituciones jurídicas declaradas por resoluciones judiciales o administrativas extranjeras, cuya finalidad y efectos jurídicos sean los previstos para la adopción y el acogimiento preadoptivo, permanente o simple, cuya duración no sea inferior a un año, cualquiera que sea su denominación». En realidad, esta previsión ya estaba vigente, porque fue introducida en la Disposición Adicional 5.ª de la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, de Conciliación de la Vida laboral y familiar.

ni adopción ni acogimiento, el supuesto constituye una laguna legal que por su identidad de razón permite el reconocimiento de la prestación «como si de una adopción se tratase».

A mi entender, el razonamiento esencial de estas sentencias es acertado: revela por una parte la eficacia de la inscripción registral como título acreditativo de la filiación, en tanto no sea impugnada (arts. 2 y 3 LRC), y por otra la terquedad con que se imponen los hechos al Derecho, aunque se intente su tergiversación a través de una calificación inadecuada. La analogía con la adopción pone de manifiesto cómo, diga lo que diga el Registro Civil, no hay maternidad porque no hay filiación biológica. Las mujeres que en las sentencias de Valladolid y Asturias piden el permiso y la prestación no han parido, y el hombre de la sentencia madrileña, obviamente, tampoco, pese a que su pretensión no sean los *subsídios* ligados a la paternidad²⁵: recuérdese que en ambos casos se insta el permiso y la prestación por *maternidad*. Así las cosas, la igualdad de razón no radica tanto en la existencia de filiación como en la situación fáctica de tener a cargo un menor. Desde tales consideraciones, insisto, las soluciones de la jurisdicción social son justas²⁶, y vienen propiciadas por la actuación de la Dirección General de los Registros, que a través de un Reglamento ha establecido una nueva clase de filiación en nuestro Derecho²⁷.

Hasta aquí el relato de la situación fáctica en que la gestación por sustitución se encuentra hoy en España, y del recorrido jurídico que nos ha conducido hasta aquí. En adelante nos plantearemos si esta situación es ajustada a Derecho y, en caso contrario, cómo puede enmendarse.

²⁵ Como acertadamente señala la sentencia, el supuesto no es subsumible en el permiso de maternidad que el artículo 48.4 ET permite distribuirse entre ambos progenitores, porque éste, además de venir determinado por el parto, trae causa del de la madre. No es baladí recordar que el permiso de maternidad es sustancialmente más largo que el de paternidad: dieciséis semanas frente a cuatro (arts. 48.4 y 48 bis ET).

²⁶ Calificación que, por el contrario, no merece la sentencia del Juzgado de lo Social, número 25 de Barcelona, de 14 de mayo de 2011 (*JUR* 2013/34202). La maternidad del solicitante no había accedido aún al Registro Civil español, pero la sentencia considera acreditada la filiación a partir de la sentencia de California, cuya eficacia probatoria entiende ligada exclusivamente al cumplimiento de los requisitos formales previstos en la LEC. Lo cual, unido al interés prevalente de los menores, «de estar con su padre las primeras 18 semanas de vida», basta a la sentencia para estimar en su favor la prestación de maternidad. Olvida con ello que la eficacia de las declaraciones de voluntad incorporadas en documentos públicos extranjeros será la determinada por las normas españolas y extranjeras aplicables en materia de capacidad, objeto y forma de los negocios jurídicos (art. 323.3 LEC), lo cual conduce necesariamente a la nulidad del contrato de gestación subrogada por aplicación del artículo 10 LTRHA.

²⁷ Adviértase cómo tal entendimiento es el que se desprende de la siguiente afirmación de la STSJ de Madrid, de 18 de octubre de 2012: «con igual o mayor razón sería extensible ese derecho a quienes, como el demandante, ostentan legalmente esa condición aunque derive de otro título al que el ordenamiento español, por medio de lo que la Dirección General de los Registros y Notariado ha interpretado y resuelto».

III. EL ACCESO DE LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN AL REGISTRO CIVIL: RECONOCIMIENTO *VERSUS* LEY APLICABLE

1. PUNTOS DE PARTIDA

Partiendo de que el contrato por el que se conviene 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 es nulo de pleno derecho en virtud del artículo 10.1 LTRHA. Teniendo en cuenta que el artículo 26.2.c).2.^a de la misma Ley contempla como infracción muy grave «la práctica de cualquier técnica no incluida en el anexo ni autorizada como técnica experimental en los términos previstos en el artículo 2» y que la gestación por sustitución o maternidad subrogada no se encuentra en ninguno de tales supuestos. Considerando que el artículo 220.2 Cpe. califica como delito el hecho de entregar a terceros un hijo para alterar o modificar su filiación, bien se realice por sus propios ascendientes o por otras personas, y con independencia de que medie o no precio. Que el artículo 221.1 Cpe. también tipifica como delito la entrega, mediando compensación económica, de un hijo a otra persona para establecer una relación análoga a la de filiación, y el artículo 221.2 Cpe., su recepción y la intermediación, *aunque la entrega del menor se hubiere hecho en país extranjero*. Pues bien, de todo ello resulta más que fundado concluir que la gestación por sustitución está prohibida en España, y de ahí las sanciones civiles, administrativas e incluso penales que a su realización prevé nuestro ordenamiento.

Desde ese punto de partida, ha de resaltarse que la expuesta admisión administrativa de un modo de acceder a la relación de filiación no admitido por nuestro Derecho Civil ha venido propiciada no por la aplicación a un supuesto con elemento extranjero de las normas de conflicto españolas, sino por el reconocimiento de efectos en España de una resolución judicial extranjera. Esta observación ubica el objeto de este trabajo, como señalaba al inicio del mismo, en el centro de la actual polémica sobre el método más adecuado y técnico para el abordaje de los efectos de las situaciones privadas internacionales. Pues bien, en la alternativa entre resolver la problemática planteada por la gestación de sustitución desde la perspectiva de la Ley aplicable o desde el método del reconocimiento, se aprecia que en todas las instancias, administrativas y judiciales, se ha optado por el segundo de los términos.

Y ello porque ante el Derecho español no se ha planteado la determinación de la filiación de los hijos nacidos en América de dos españoles. En este caso, conforme al artículo 9.4 del Código Civil, se aplicaría la ley personal del hijo y por tanto el artículo 10 LTRHA y concordantes nos conduciría a determinar la filiación materna a favor de la madre gestante. Y ello sucedería tanto si los solicitantes se dirigieran al Registro Civil (Consular, Central o Municipal) como al juez, instando de ellos la determinación de una filiación. En ambos casos, se

aplicarían los títulos contemplados por el Derecho español para la determinación de la filiación, respectivamente, en los ámbitos registral y judicial.

Además, en sede judicial no cabría alegar, para reconocer efectos en España al contrato de gestación por sustitución, la eficacia probatoria en el proceso de los documentos públicos extranjeros. Dicha eficacia se somete en los artículos 319 y 323 LEC (como criterio subsidiario a la existencia de convenio internacional al respecto) a los requisitos de cumplimiento de la legalidad en el país de origen y legalización o apostilla en España, a los que el artículo 144 LEC añade la exigencia de traducción. Pues bien, si en un proceso español se ofrece como prueba de la filiación un documento público extranjero que recoja un contrato de gestación subrogada celebrado por españoles, el artículo 323.3 LEC conducirá necesariamente a negarle eficacia probatoria alguna. Porque la remisión a las normas españolas sobre capacidad y objeto de los negocios jurídicos implicará la nulidad de tal contrato.

Pero en los supuestos que hemos analizado, la filiación ya está determinada, en virtud de la decisión de autoridades extranjeras²⁸, y consta como tal en un Registro Civil extranjero que la acredita. La cuestión es, entonces, de reconocimiento por el Derecho español de los efectos producidos por una situación jurídica creada al amparo de un Derecho extranjero. Lo cual plantea determinar las condiciones del reconocimiento, que dependen de dos cuestiones: una, cuál es la eficacia pretendida y dos, qué naturaleza tiene el título que sustenta la pretensión. La primera está clara: las partes instan la inscripción de la resolución extranjera en el Registro Civil español para gozar de sus importantes efectos en orden a la legitimación y prueba de la filiación. En cuanto a la segunda, el escaso desarrollo normativo que sobre las condiciones del reconocimiento denuncia la doctrina de Derecho internacional privado²⁹ resulta atenuado, al menos *ad futurum*. Porque la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil, que entrará en vigor el 22 de julio de 2014, ha tratado de introducir claridad y sistema en el acceso al Registro Civil español de las resoluciones judiciales extranjeras, los documentos extrajudiciales y las certificaciones de asientos extendidos en Registros extranjeros. Para ello, ha dedicado su Título X (arts. 94 a 100) a las normas de Derecho internacional privado, que nos permite así abordar nuestro análisis tanto desde la perspectiva del Derecho vigente como del que pronto lo estará, distinguiendo según el título que pretenda acceder al Registro.

²⁸ Empleo esta denominación voluntariamente genérica y no la de «sentencia judicial extranjera» para no inducir al error de creer determinada la filiación por una sentencia judicial con los efectos que le son propios.

²⁹ ÁLVAREZ GONZÁLEZ señala que «al método del reconocimiento le falta el desarrollo y especialización que tiene el de la ley aplicable», consecuencia de haber sido su aplicación paradigmática durante muchos años, *loc. cit.*, pág. 365.

2. TÍTULOS CAUSANTES DE LA INSCRIPCIÓN

2.1. *Sentencia dictada por Tribunales extranjeros en procedimiento contencioso o de jurisdicción voluntaria*

Para la inscripción en el Registro Civil español de una sentencia extranjera, el artículo 83 LRC exige la previa obtención del *exequátur* cuando «para tener fuerza en España» aquélla lo precisare. Remite así a los artículos 951 a 958 LEC/1881, que prevén para ello, en primer lugar, la aplicación de lo dispuesto en el Convenio Internacional que existiere³⁰, y a falta de él, la obtención del *exequátur*, previa comprobación de las condiciones contempladas en el artículo 954 LEC.

Si la resolución judicial no fuera contenciosa, sino que se hubiera dictado en un procedimiento de naturaleza equivalente a nuestra jurisdicción voluntaria, la doctrina tradicional mayoritaria y la jurisprudencia del Tribunal Supremo negarían la procedencia de dicho procedimiento, con fundamento en la falta de fuerza ejecutiva y de cosa juzgada material de aquélla. A partir de las diferentes naturaleza, funciones y efectos entre la jurisdicción voluntaria y la contenciosa, el Tribunal Supremo viene a negar que proceda siquiera una aplicación analógica del procedimiento del *exequátur*, remitiendo tales actos a un denominado reconocimiento incidental o automático, a cargo de la autoridad ante quien se pretendan los efectos, quien habrá de comprobar el cumplimiento de los requisitos exigidos por la Ley³¹. Entre ellos, además de los contemplados por la LEC³², el Tribunal Supremo exige la adecuación del acto a la ley aplicable según la norma de conflicto española³³.

³⁰ Pese a que el artículo 952 LEC/1881 sigue recogiendo en segundo lugar el sistema de reciprocidad, de hecho no funciona por la dificultad de la prueba, a aportar por quien lo invoca, de modo que el Tribunal Supremo ha asentado una jurisprudencia que elimina dicho sistema y se centra de forma casi exclusiva en el de las condiciones recogido en el artículo 954 LEC.

³¹ ATS de 1 de diciembre de 1998 (*RJ* 1998/10540): «Atendiendo a estas características, esta Sala ha venido negando el reconocimiento a los actos de semejante naturaleza a través del procedimiento de *exequátur* regulado en los artículos 951 y siguientes de la LEC. Ya desde antiguo (cfr. ATS de 7-2-55), se había puesto de relieve las singulares diferencias existentes entre las resoluciones recaídas en los expedientes de jurisdicción voluntaria y las sentencias dictadas en los juicios contenciosos (vid. AATS de 16-7-96 y 16-9-97), diferencias que se revelan tanto en la causa y forma en que se produce la actuación jurisdiccional, como en la función que la ley reserva a la intervención del órgano jurisdiccional y, en fin, en los efectos que despliegan uno y otro tipo de decisiones». En igual sentido, ATS de 31 de julio de 2003 (*RJ* 2003/6266).

³² En este punto, ha de advertirse que incluso los autos posteriores a la vigencia de la LEC 2000 remiten a los artículos 600 y 601 LEC/1881, que contemplaban los requisitos a cumplir por los documentos extranjeros para producir efectos en España. A señalar que en primer lugar, el artículo 600 establecía: «Que el asunto o materia del acto o contrato sea lícito y permitido por las Leyes de España». Vid. AATS de 18 de julio de 2000 (*RJ* 2000/7140), 24 de septiembre de 2002 (*JUR* 2002/238646) y 31 de julio de 2003 (*RJ* 2003/6266).

³³ En este sentido, ATS de 1 de diciembre de 1998 (*RJ* 1998/10540): «Estas diferencias (...) desplazan la cuestión de la homologación de los actos de jurisdicción voluntaria al reco-

De manera que en materia de gestación por sustitución, el artículo 9.4 del Código Civil nos conduciría a la aplicación del artículo 10 LTRHA y a la negativa de la inscripción en el Registro. Además, el Tribunal Supremo exige en sus autos la comprobación de «la identidad sustancial de la institución extranjera con la que regula nuestro ordenamiento jurídico, acaso por medio del control del orden público que autoriza el artículo 600 LEC, si no cabe de ninguna otra forma»³⁴. De manera que, como no podía ser de otra forma, se incluye el control de la adecuación al orden público en esta vía del reconocimiento incidental o automático.

Como he apuntado, la Instrucción de 5 de octubre de 2010 aplica esta jurisprudencia solo parcialmente, omitiendo tanto el requisito del control conflictual como el del orden público, serios obstáculos para la admisión de la gestación subrogada. Con ello sigue también sólo en parte a la doctrina de Derecho Internacional Privado, que negando con firmeza la procedencia de dicho control conflictual³⁵, asume sin fisuras el del orden público³⁶. En este punto, la Ins-

nocimiento por vía incidental por el órgano o autoridad ante la cual quieran hacerse valer los particulares efectos que se deriven de él, el cual, tratándose de la eficacia en España de una adopción constituida en el extranjero, además de la verificación de los requisitos establecidos en los artículos 600 y 601 LEC, deberá atender a los que determine la correspondiente norma material a la que apunte la norma de conflicto española, incluidos, en su caso, los convenios internacionales en los que España sea parte y que resulten aplicables por razón de la materia y de la fecha de la constitución de la adopción o de la solicitud de reconocimiento». En el mismo sentido, AATS de 29 de septiembre de 1998 (*RJ* 1998/9004), 18 de julio de 2000 (*RJ* 2000/7140), 24 de septiembre de 2002 (*JUR* 2002/238646) y 31 de julio de 2003 (*RJ* 2003/6266), entre otros.

³⁴ Las palabras se reiteran en todos los autos citados.

³⁵ CARRASCOSA GONZÁLEZ: «Las normas de conflicto se aplican para determinar la ley aplicable a las situaciones privadas internacionales, no para determinar las condiciones que debe reunir una sentencia extranjera para obtener su reconocimiento en España. Por ello, el artículo 9.4 del Código Civil se aplica para fijar la Ley aplicable a la filiación cuando dicha cuestión se plantee ante las autoridades españolas, pero no es aplicable al reconocimiento de sentencias extranjeras en materia de filiación», «La filiación en el Derecho Internacional Privado», en *Tratado de Derecho de la Familia*, dir.: YZQUIERDO TOLSADA y CUENA CASAS, vol. VI, Cizur Menor, Aranzadi-Thomson Reuters, 2011, pág. 484. En concreto para las resoluciones de jurisdicción voluntaria, DE MIGUEL ASENSIO: «Al igual que ocurre en lo relativo al efecto constitutivo de las sentencias contenciosas, la extensión a España de la eficacia constitutiva y como hecho jurídico vinculante de las resoluciones extranjeras de jurisdicción voluntaria depende de que las mismas cumplan las condiciones para su reconocimiento procesal. Es decir, con carácter general, cabe afirmar que en nuestro ordenamiento no encuentra acogida el llamado reconocimiento conflictual, que hace depender la extensión a nuestro país de efectos producidos por resoluciones judiciales extranjeras de lo que establezca el ordenamiento a que se remita la norma de conflicto en la materia», en *Eficacia de las resoluciones extranjeras de jurisdicción voluntaria*, Madrid, Eurolex, 1997, pág. 140.

³⁶ En este sentido, vid. DE MIGUEL ASENSIO, *ob. cit.*, págs. 177 y sigs. CARRASCOSA GONZÁLEZ, por su parte, le afea a la Instrucción su silencio, advirtiendo: «Mediante *reductio ab absurdo* podría afirmarse que, si en el futuro un país permitiese que un nacido tras una gestación por sustitución tuviese tres progenitores legales, la resolución judicial de jurisdic-

trucción parece seguir sin matices el criterio de la RDGR de 18 de octubre de 2009, que zanjó la conformidad con el orden público español de la gestación por sustitución. Aún con todo, una cosa es partir de su conformidad, y otra excluirlo como requisito para la eficacia de un acto de jurisdicción voluntaria.

Ante esta situación de ruptura con la jurisprudencia del Tribunal Supremo, tiene interés contemplar la regulación contenida al respecto en la nueva Ley del Registro Civil (en adelante, Ley 20/2011). Su artículo 96 ha explicitado legalmente este doble régimen de reconocimiento para la inscripción en el Registro Civil de las resoluciones judiciales extranjeras, pero con un importante matiz: el *exequátur* y el reconocimiento incidental se contemplan como alternativas a elegir por el interesado tanto para las resoluciones contenciosas como para las de jurisdicción voluntaria. Si esta novedosa regulación resulta sorprendente para las primeras³⁷, representa para las segundas la recepción legal de una doctrina minoritaria que venía demandando la sumisión al *exequátur* de los actos de jurisdicción voluntaria con eficacia constitutiva, para procurarles de forma general carácter vinculante, aun sin efectos de cosa juzgada material³⁸.

Además, la Ley 20/2011 establece los requisitos para el reconocimiento incidental ante el encargado del Registro, entre los que se encuentra la no incompatibilidad manifiesta de la inscripción con el orden público español³⁹, de modo idéntico al procedente para la resolución judicial contenciosa. La doctrina señala el carácter excepcional de este filtro, para impedir el acceso sólo de las

ción voluntaria en la que constase tal filiación múltiple del menor, debería ser reconocida en España, pues la Instrucción no ha incluido esta circunstancia como motivo de denegación del reconocimiento de resoluciones extranjeras», *loc. cit.*, pág. 503. También ÁLVAREZ GONZÁLEZ la echa de menos, observando que «ésta suministra una cobertura más confortable y proporciona un mecanismo más flexible para dar una respuesta al caso concreto», *loc. cit.*, pág. 359.

³⁷ En el mismo sentido, vid. MARCHAL ESCALONA, «Comentario al artículo 96», en *Comentarios a la Ley del Registro Civil*, dir.: COBACHO GÓMEZ, J. A. y LECIÑENA IBARRA, A., Cizur Menor, Thomson Reuters-Aranzadi, 2012, pág. 1321. Muy crítico con tal solución legal se muestra ESPINAR VICENTE, quien califica de «peligrosísima vía» el permitir el reconocimiento incidental de una sentencia por un órgano no jurisdiccional, acusa al legislador de confundir los efectos constitutivos de una inscripción con los de una sentencia, y tras reafirmar que «el reconocimiento del mandato de un poder judicial extranjero sólo puede ser asumido por el poder judicial español», desliza la posible inconstitucionalidad del precepto: vid. «Algunas reflexiones sobre la nueva Ley del Registro Civil», en *Diario La Ley*, núm. 7771, 9 de enero de 2012, pág. 9 de la versión *on line*.

³⁸ En este sentido, DE MIGUEL ASENSIO, *ob. cit.*, págs. 102-108. El autor señala que, a partir de la generalización de las posturas del Tribunal Supremo, la doctrina mayoritaria se inclina por negar la posibilidad de *exequátur* a las decisiones de jurisdicción voluntaria.

³⁹ Textualmente, el artículo 96.2.2.º enuncia los siguientes requisitos: «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».

resoluciones que procesal o materialmente sean absolutamente incompatibles con los valores y principios básicos e irrenunciables de nuestro Derecho. De ahí que el Tribunal Constitucional haya declarado que la finalidad de este control es salvaguardar los derechos fundamentales constitucionales. Ahora bien, a partir de ahí es difícil formular criterios generales. De hecho, la gestación por sustitución plantea controversia entre quienes ven en este control una barrera insuperable y quienes consideran habría que atender al caso concreto⁴⁰. Por el carácter básico y polémico de esta cuestión, dejo su estudio detenido para un epígrafe independiente. En este lugar, sólo quería dejar de manifiesto la injustificada elusión de este control en el reconocimiento incidental propugnado por la Dirección General en su Instrucción.

Dado que, como se ha expuesto, el acceso registral de las resoluciones extranjeras constitutivas de la filiación se ha producido por la vía de este reconocimiento incidental, ha de insistirse en sus efectos provisionales o claudicantes, sometidos a la posibilidad de revisar la situación por la vía judicial que proceda, según abordaremos en el epígrafe siguiente. No hay efectos de cosa juzgada que lo impidan⁴¹.

2.2. Documento público extranjero

Si lo pretendido es la inscripción a partir de un documento público extranjero, habrán de aplicarse los artículos 23 LH y 81 RRC, que admiten en general la inscripción en el Registro español a partir de documento auténtico extranjero «con fuerza en España con arreglo a las leyes o a los Tratados internacionales». Ello remite, además de a los requisitos previstos en los artículos 319 y 323 LEC, al control de legalidad contenido en el artículo 23.2 LRC: «que no haya duda de la realidad del hecho inscrito y de su legalidad conforme a la ley española». Porque aunque textualmente este control de legalidad se refiera a la inscripción a partir de certificación registral extranjera, la doctrina y la Dirección General

⁴⁰ Para un resumen de esta controversia, vid. MARCHAL ESCALONA, *loc. cit.*, pág. 1326.

⁴¹ Un inciso: ni los habría de estimarse el *exequátur* de una decisión de jurisdicción voluntaria. Aquél no confiere a ésta unos efectos de los que carece en su país de origen. Habría que entender que el *exequátur* impide volver a enjuiciar, en sede judicial, la validez de la inscripción registral ordenada por aquél, pero no la cuestión de fondo sobre la filiación. En este sentido, DE MIGUEL ASENSIO: «al carecer la resolución de jurisdicción voluntaria de cosa juzgada material, su contenido no puede producir tan peculiar vinculación ni siquiera tras haber sido objeto de *exequátur*, pues el *exequátur* no va a dotar a la decisión extranjera de una eficacia que (no tiene en el país de origen y) es desconocida para una decisión semejante en el nuestro. Sin embargo, incluso en situaciones como esa un pronunciamiento vinculante acerca de su reconocimiento evita que se pueda cuestionar éste, otra cosa bien distinta es, por ejemplo, en qué medida, al no producir cosa juzgada material, la resolución extranjera puede ser revisada por una autoridad española», *ob. cit.*, pág. 113.

de los Registros lo han referido a todo documento público extranjero⁴², por razones de coherencia. Abordaremos su concepto seguidamente.

2.3. *Certificación del asiento extendido en Registro extranjero*

Si lo pretendido es la inscripción en el Registro Civil español de lo previamente inscrito en otro extranjero, el artículo 23 LRC admite su práctica, directamente y sin necesidad de previo expediente, tras dicho control de *realidad y legalidad*. El artículo 85 RRC desarrolla dicha previsión: el Registro extranjero ha de ser «regular y auténtico», de modo que la certificación presentada «tenga garantías análogas a las exigidas para la inscripción por la Ley española». Además, contempla la posibilidad de completar los datos que no puedan obtenerse de tal certificación, bien por no contenerlos, bien «por no merecer, en cuanto a ellos autenticidad o por ofrecer, por cualquier otro motivo, dudas sobre su realidad».

Sobre el contenido que haya de tener el control de legalidad exigido por el artículo 23 LRC, la doctrina española de Derecho Internacional Privado se encuentra dividida entre quienes defienden la llamada tesis del control conflictual, y quienes sostienen la del control de la regularidad internacional⁴³. Para la primera corriente, sólo procede la inscripción si las autoridades extranjeras aplicaron el Derecho al que llaman las normas españolas de Derecho Internacional Privado: esto es, en materia de filiación de un nacional español, si aplicaron al supuesto nuestro Derecho. Es la seguida habitualmente por la Dirección General de los Registros y del Notariado, en concreto en Resoluciones recaídas mayoritariamente en inscripciones de nacimiento⁴⁴, y viene explicitada en la Instrucción de la Dirección General de 20 de marzo de 2006 (*RCL* 2006/842). Por lo demás, el control sobre la *realidad del hecho* inscrito conduce habitualmente a la negativa a inscribir reconocimientos de paternidad cuando existan datos que hagan dudar de su veracidad⁴⁵.

⁴² Por todos, vid. RUIZ SUTIL, «Comentario al artículo 97», en *Comentarios a la Ley del Registro Civil*, cit., pág. 1341.

⁴³ Por todos, vid. la exposición de CARRASCOSA GONZÁLEZ, *loc. cit.*, pág. 485.

⁴⁴ Es el caso de las RRDGR de 5 de marzo de 1986 (*RJ* 1986/3021), 1 de abril de 1992 (*RJ* 1992/3464), 24 de octubre de 1992 (*RJ* 1992/8581) y 5 de mayo de 1993 (*RJ* 4205). En todas ellas se deniega la inscripción de nacimiento del hijo de madre española que consta en un Registro extranjero por existir «graves dudas sobre la realidad del hecho inscrito y sobre su legalidad conforme a la ley española».

⁴⁵ Como ejemplo, la RDGR (4.ª) de 14 de enero de 2009, que rechaza la pretensión de la madre de inscribir una certificación de un Registro de Perú donde consta como padre quien pretende reconocer: se aduce la nulidad de pleno derecho de dicho reconocimiento. Una declaración general sobre el papel del encargado del Registro recoge la Resolución (2.ª) de 23 de mayo de 2007 (*JUR* 2008/256348): «Es lógico que si la inscripción de la certificación extranjera en el Registro Civil español va a desencadenar estos importantes efectos jurídicos, tal inscripción se subordine a un previo control, a través de la calificación registral, de

De modo que cuando la RDGR de 18 de febrero de 2009 decide lo contrario, contradice esta postura de la Dirección General, que sí comparten la sentencia del Juzgado y la Audiencia de Valencia que vinieron a impugnar dicha Resolución. Frente a esta doctrina, la segunda corriente defiende la procedencia de un control similar al que rige el reconocimiento de efectos de las sentencias extranjeras. Esto es: un control sobre la regularidad formal de la inscripción extranjera unido a la comprobación de su adecuación al orden público internacional: es la postura sostenida por la RDGR de 18 de febrero de 2009 y la propugnada por los internacionalistas, que la defienden como más adecuada para abordar la cuestión como «un asunto de validez extraterritorial de decisiones»⁴⁶.

Sin embargo, ha de resaltarse que la redacción del artículo 23 LRC dificulta esta última interpretación⁴⁷, y aún más la Ley 20/2011, al recoger explícitamente como requisito para el reconocimiento de documentos extranjeros extrajudiciales y certificaciones de asientos extendidos en Registros extranjeros el control *conflictual* de la decisión extranjera. Efectivamente, los artículos 97 y 98 de la Ley 20/2011 prevén para tales títulos de acceso al Registro Civil un triple control: formal, sobre la competencia y función de la autoridad autorizante; conflictual, sobre la validez de los hechos o actos contenidos en el acto o en la certificación «conforme al ordenamiento designado por las normas españolas de Derecho internacional privado», y, por último, de compatibilidad de la inscripción con el orden público español. En suma, a la luz de la normativa que viene, la exigencia de controlar tanto el documento público extranjero como la certificación registral que acredite la filiación del hijo nacido a través de gestación por sustitución conforme a la ley española cuando tal es la nacionalidad del hijo, resulta indudable⁴⁸, y por ende la negativa al reconocimiento de sus efectos en tanto siga vigente el actual artículo 10 LTRHA.

la equivalencia de los requisitos y garantías a que se sometió la inscripción en el Registro extranjero con los que se imponen para la inscripción en el Registro Civil español. En definitiva, como puso de manifiesto este Centro Directivo en su Resolución de 23 de abril de 1993 (*RJ* 1993/3243): «el hecho de que los artículos 23 LRC y 85 RRC permitan practicar sin expediente inscripciones por certificación de asientos extendidos en Registros extranjeros, no implica que el Encargado haya de asumir una actitud pasiva ante la presentación de tales certificaciones, limitándose a la transcripción automática de los datos en ellas consignados. Por el contrario, ha de cerciorarse de la realidad del hecho inscrito y de su legalidad conforme a la Ley española».

⁴⁶ En expresión de CARRASCOSA GONZÁLEZ, *loc. cit.*, pág. 486.

⁴⁷ Recuérdese cómo la propia RDGR, de 18 de febrero de 2009, silencia directamente el precepto para fundar toda su argumentación en los artículos 81 y 85 RRC.

⁴⁸ Así lo ha puesto ya de manifiesto la doctrina internacionalista. LARA AGUADO: «A raíz del nuevo artículo 98, no cabe duda de que el control de la ley aplicable viene impuesto y que dicho control se ha de efectuar de conformidad con las normas de DIPr españolas, por lo que la aplicación por la autoridad extranjera de una ley diferente de aquella que habrían aplicado las autoridades españolas conducirá a la denegación de efectos a la certificación registral extranjera, salvo que exista equivalencia de resultados», «Comentario al artículo 98»,

Ahora bien, el artículo 98.2 de la Ley 20/2011 establece que cuando la certificación registral «constituya mero reflejo registral de una resolución judicial previa, será ésta el título que tenga acceso al Registro». Por consiguiente, procederá su reconocimiento como requisito previo para la inscripción, conforme a uno de los dos procedimientos ya referidos, contemplados en el artículo 96. Así, la existencia de una resolución judicial desplaza el control desde la adecuación del hecho u acto inscrito con la legalidad sustantiva española, a la incompatibilidad con el orden público español. Esto supone, en materia de gestación por sustitución, bascular desde la negativa de la inscripción por invalidez *ex* artículo 10 LTRHA (y concordantes), al enjuiciamiento de la adecuación de la inscripción con el orden público español.

Parece que el legislador tuvo en mente la gestación por sustitución y su casuística reciente en España al redactar este artículo 98.2 de la Ley 20/2011, que carece de precedentes. Y que la Dirección General de los Registros consideró los trabajos preparatorios de la nueva Ley del Registro Civil al optar en su Instrucción de 5 de octubre de 2010 por alterar el título objeto de examen por el encargado del Registro. Negar que la certificación del Registro extranjero sea el título para la inscripción en el Registro español porque «es mero reflejo de una previa resolución judicial que es la que, en realidad, determina el régimen de filiación de los nacidos» (RDGR de 3 de mayo de 2011; recuérdese: primera en que la Dirección General aplicó dicha Instrucción), comporta trasvasar las condiciones del reconocimiento del control conflictual basado en el artículo 23 LRC, sostenido sin quiebra por la propia Dirección General para las certificaciones registrales, a la compatibilidad con el orden público que rige el de las resoluciones judiciales. Y, desde aquí, eludir la necesidad de su concurrencia desde la mencionada Instrucción, que ha venido a sustituirla por la constatación de las concretas condiciones que establece.

En síntesis: en materia de gestación por sustitución la Dirección General ha optado por alterar el título causante de la inscripción, sustituyendo la certificación registral por la resolución judicial de que trae causa⁴⁹. Así, ha adelantado la aplicación de un precepto aún no vigente (art. 98.2 de la Ley 20/2011) y ha eludido su propia doctrina sobre el control conflictual recogido en el artículo 23 LRC. Al reconducir el control a las condiciones del reconocimiento de la decisión judicial extranjera, ha contrariado la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que también aplica un control conflictual a las resoluciones de jurisdicción voluntaria, para crear *ex novo* unas condiciones específicas para la gestación

en *Comentarios a la Ley del Registro Civil*, cit., pág. 1360, y ÁLVAREZ GONZÁLEZ, *loc. cit.*, pág. 366.

⁴⁹ Y adviértase que en todos los recursos pendientes se insta a los promotores a aportar dicha resolución judicial, cuando la inscripción se había solicitado aportando la certificación del Registro extranjero. La Dirección General lo justifica en razones de economía procesal.

por sustitución, hurtando así la necesaria argumentación de su adecuación con el orden público español. Todo ello representa una forzada, innovadora e incorrecta interpretación del ordenamiento vigente para lograr una inscripción que ni desde el argumento de su provisionalidad puede en modo alguno sustentarse.

IV. VÍAS DE IMPUGNACIÓN DE LA INSCRIPCIÓN INDEBIDAMENTE PRACTICADA

1. PUNTO DE PARTIDA

Visto cómo hemos llegado a la complaciente recepción registral de la gestación por sustitución, es momento de analizar cuáles deben ser las actuaciones a emprender para adecuar la filiación inscrita a nuestro ordenamiento. Tal y como ha accedido al Registro Civil, la situación generada no es definitiva. La inscripción goza de la fuerza legitimadora del Registro, de modo que la filiación acreditada produce todos sus efectos en el tráfico y en el proceso, como exponen las sentencias referidas de la jurisdicción laboral. De manera que habrá de instarse judicialmente la rectificación registral (art. 3 LRC), bien como pretensión única del proceso, bien como accesoria de una acción de filiación, para adecuar el Registro a lo decidido en ésta. Analicemos estas acciones por separado, para plantearnos seguidamente la posibilidad de emprender una vía más drástica, como es la penal.

2. LA ACCIÓN DE RECTIFICACIÓN REGISTRAL

Se contempla en el artículo 92 LRC. De los artículos 22.1.º LOPJ y 36 LEC resulta la competencia exclusiva del orden jurisdiccional civil para resolver los asuntos en que se plantee la validez o nulidad de una inscripción practicada en un Registro español. El Juzgado competente será el de Primera Instancia (art. 45 LEC) del domicilio del demandado (art. 50.1 LEC), y cuando sólo lo fuere el Ministerio Fiscal, el del Registro Civil en que se haya practicado la inscripción impugnada. El artículo 92 LRC designa como procedimiento el «juicio ordinario» que ha de entenderse hoy, en ausencia de previsión específica, el declarativo ordinario (art. 249 LEC). La acción pueden ejercitarla, además de las personas a las que directamente afecte la inscripción, quienes ostenten un interés legítimo, y también el Ministerio Fiscal, que junto al encargado del Registro vela por «la concordancia entre el Registro y la realidad» (art. 26 LRC).

Esta acción impugna la inscripción por entender que contiene errores u omisiones afectantes a la misma o al estado civil y condición de la persona inscrita, por lo que se dirige a obtener una sentencia judicial que ordene la rectificación

del Registro, cancelando por ende la inscripción impugnada. En nuestro tema, es la vía seguida por el Ministerio Fiscal contra la inscripción practicada en el Registro Consular de Los Ángeles por orden de la RDGR de 18 de febrero de 2009, que ocasionó las sentencias expuestas del Juzgado de Primera Instancia y la Audiencia de Valencia y pende aún de resolución del Tribunal Supremo.

El objeto de la pretensión no es la determinación de la filiación, sino el mero enjuiciamiento de la legalidad de la inscripción. En tal ámbito, la sentencia tendrá efectos de cosa juzgada *erga omnes* desde su inscripción en el Registro (art. 222.3.2 LEC). Su fundamento, según se deduce de cuanto llevamos expuesto, se halla en los artículos 23 LRC y concordante 85 RRC, que conducen al control de la realidad del hecho inscrito y de su legalidad con la Ley española. Por lo que se refiere al primero, la existencia de un contrato de maternidad subrogada ratifica la evidencia de que los dos varones no son los padres del nacido, y demuestra en caso de matrimonio heterosexual que la maternidad proclamada por el Registro no se corresponde con la realidad. Así, el Derecho español no tiene cauce para admitir que la paternidad (en el primer caso) o la maternidad (en el segundo) sea *real*, porque no responde a ninguno de sus títulos de adquisición. De modo que la nulidad de la inscripción se funda en su oposición total a uno de los pilares del Registro como es el de su concordancia con la realidad, que fundamenta toda su fuerza legitimadora. La ilegalidad del supuesto, por otro lado, es clara *ex* artículo 10 LTRHA.

Si, contra la doctrina habitual de la Dirección General y la jurisprudencia del Tribunal Supremo, se asumiera la improcedencia del control conflictual, entonces la nulidad de la inscripción habría de basarse exclusivamente en su contrariedad con el orden público. De nuevo, remito al epígrafe correspondiente.

Esta acción, al servicio de los mismos fines del Registro —seguridad jurídica, adecuación del Registro a la realidad, indisponibilidad del estado civil— es imprescriptible. De modo que en la cuestión aquí enjuiciada, cualquiera de los legitimados para ejercitarla, y señaladamente el Ministerio Fiscal como garante de la legalidad y defensor del interés público o social (art. 3.6 EOMF)⁵⁰ podrá impugnar las inscripciones practicadas, demostrando su incompatibilidad con la legislación española. Y ello aunque se hayan practicado tras Resolución de la Dirección General de los Registros. Sin que la sentencia que recaiga incorpore declaración alguna sobre la filiación de los nacidos a través de la gestación por sustitución. De manera que si el Tribunal Supremo, en el recurso que ante él pende, ratifica la decisión contraria a la inscripción de las dos instancias de

⁵⁰ Al Ministerio Fiscal, *ex* artículo 3.6 de la Ley 50/1981, de 30 de diciembre, del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, le corresponde: «Tomar parte, en defensa de la legalidad y del interés público o social, en los procesos relativos al estado civil y en los demás que establezca la Ley». Por otra parte, si al Fiscal le corresponde legitimación, *ex* artículo 38 LRC, para instar la anotación del procedimiento judicial o gubernativo entablado, es que la tiene para instar estos, máxime cuando para el gubernativo así lo expresa el artículo 125 RRC.

Valencia, facilitará con la fuerza de su doctrina jurisprudencial la impugnación de las inscripciones practicadas en aplicación de lo dispuesto en la Instrucción de la Dirección General de 5 de octubre de 2010.

Un inciso: la Ley 20/2011 modifica el régimen de recursos contra la calificación del encargado del Registro al prever en su artículo 85 que «sólo» podrán recurrirse las decisiones adoptadas por los Encargados del Registro Civil ante la Dirección General de los Registros, en el plazo de un mes (art. 85 de la Ley 20/2011). Con ello, la actual vía judicial, independiente, prevista en el artículo 29 LRC, se configura como un recurso impugnatorio frente a la decisión de la Dirección General o de su silencio negativo (arts. 87 y 86.2 de la Ley 20/2011). Vía que habrá de ejercitarse en el plazo de dos meses desde la notificación de la resolución, conforme a lo dispuesto en un nuevo artículo 781 bis LEC que incorpora dicha Ley 20/2011. Esta (breve) caducidad de la acción de oposición a las resoluciones de la Dirección General plantea dudas sobre la posible ulterior inimpugnabilidad de las inscripciones practicadas conforme a ellas. En pura lógica jurídica, ello carecería de toda justificación, y basta para demostrarlo alegar las palabras de la Exposición de Motivos de la propia Ley en su apartado II: «todos los actos del Registro Civil quedan sujetos a control judicial». De modo que no debería impedirse una ulterior rectificación registral. Sin embargo, y sorprendentemente, el artículo 90 de la Ley, al abordar la rectificación judicial de los asientos, remite al mismo artículo 781 bis LEC, donde ni el título de la pretensión ni su sumisión a plazo responden a los requerimientos propios de la acción de rectificación registral. Necesariamente ha de tratarse de un error (¡otro!) que el legislador debería solventar antes de la entrada en vigor de la norma.

Por consiguiente, aun practicada la inscripción e incluso tras la Resolución de la Dirección General, el Ministerio Fiscal podría ejercitar una acción judicial de rectificación registral, sin plazo, dirigida a declarar la nulidad de la inscripción.

3. LA IMPUGNACIÓN DE LA FILIACIÓN

La rectificación registral también puede ser consecuencia accesoria del ejercicio de las acciones de filiación pertinentes, dirigidas a la revelación de la relación biológica (arts. 114.1 CC y 82 RRC). La nacionalidad española del hijo, conforme ya he mencionado, conduce *ex* artículo 9.4 del Código Civil a la aplicación de la ley española para la determinación de su filiación. Y así, en este caso el complejo entramado de acciones previsto en el Código Civil habría de completarse con lo dispuesto en la LTRHA, al haberse producido el nacimiento con la mediación de una de estas técnicas. De manera que la aplicación del artículo 10 LTRHA resulta insoslayable.

Por consiguiente, el punto de partida viene dado por la nulidad del contrato de gestación por sustitución, ineficaz para determinar la filiación. La maternidad, conforme a la regla general, se determina por el parto (art. 10.2 LTRHA), siendo irrelevante la procedencia del gameto femenino. Así que con independencia de lo declarado en la sentencia extranjera, para el Derecho español la madre será quien gestó y parió al hijo. Y el padre, conforme a la enigmática declaración del párrafo tercero de este mismo artículo 10, se determinará conforme a las reglas generales. Lo cual significa que, en principio, será padre el biológico, esto es, quien haya procurado los gametos masculinos para la fecundación. Salvo que se haya contado para ello con un donante anónimo, protegido con la exclusión de su paternidad si se halla dentro de las previsiones de la Ley (art. 5.5 LTRHA). En cuyo caso, cabe preguntarse si la posición de padre podrá atribuirse a quien hubiera prestado el consentimiento para la práctica de la reproducción asistida, en aplicación de la regla general que cabe deducir de los artículos 6.3 y 8.1 y 2 LTRHA y en la protección del interés del hijo, dada la ausencia de padre a la que la garantía del donante anónimo aboca.

Pues bien, tales preceptos exigen distinguir el estado civil de la madre. Si está casada, cabe preguntarse si el consentimiento prestado por su marido para la práctica de la gestación subrogada puede subsumirse en el contemplado por el artículo 8.1 LTRHA, para atribuirle la paternidad. A favor de la afirmativa, además de la literalidad de dicho precepto (aun ciertamente pensado para otro supuesto), puede alegarse el interés del hijo, que justificaría esta suerte de conversión. A favor de la negativa, la ineficacia de tal consentimiento, dada la radical nulidad del contrato, y su esencial diferencia con el prestado para que la esposa dé a luz un hijo que el ordenamiento le atribuya como *propio*. Personalmente, encuentro más fundada esta segunda opción. Ninguna duda plantea, en este caso, la imposibilidad de atribuir la paternidad al comitente, tanto en presencia de consentimiento del marido como a falta de éste.

En cambio, si la mujer gestante fuera soltera, la atribución de la paternidad al comitente sí parece posible, en aplicación del artículo 8.2 LTRHA, porque el consentimiento prestado no es esencialmente diferente al contemplado en él. En todo caso, el terreno es sumamente resbaladizo, por dos razones de peso: la ineficacia de tal consentimiento a partir de la nulidad del contrato, y la previsión del artículo 10.3 LTRHA, que parece excluir toda paternidad surgida de la voluntad⁵¹.

⁵¹ Puede verse las dudas que plantea a la doctrina la determinación de la paternidad en PÉREZ MONGE, que niega la posible paternidad del marido por consentimiento a la gestación subrogada y admite la del comitente (vid. *La filiación derivada de técnicas de reproducción asistida*, Madrid, Centro de Estudios Registrales, 2002, págs. 354 y sigs.), y FERRER VANRELL, quien sostiene opiniones contrapuestas (vid. «Comentario al artículo 10», en *Comentarios científico-jurídicos a la Ley sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida*, dir. LLEDÓ YAGÜE, F., Madrid, Dykinson, 2007, págs. 163-165).

Lo que no ofrece dudas es que si el consentimiento lo prestaron dos varones, la legislación española en vigor no admite la duplicidad de la paternidad *biológica*: no cabe declarar como padres a los dos hombres casados entre sí que accedieron a la fecundación de una mujer (no casada) con semen de donante anónimo. Si uno de ellos, además, aportó los gametos, entonces la respuesta legal es clara: ése es el padre. Y tampoco cabe optar por una paternidad doble, a favor del aportante de los gametos, por un lado, y de quien consintió, por otro. No hay apoyatura legal para tal solución, que vendría a ser un pintoresco paralelo de lo previsto para la maternidad doble del artículo 7.3 LTRHA.

Este dato legal no resulta contradicho por las Órdenes JUS/568/2006, de 8 de febrero, sobre modificación de modelos de asientos y certificaciones del Registro Civil y del Libro de Familia, y JUS/644/2006, de 6 de marzo, sobre aclaración de la anterior, que prevén en las inscripciones de nacimiento de hijos de matrimonios del mismo sexo la sustitución de los términos padre/madre por progenitor/a A y B. Además de que el rango de estas normas reglamentarias no puede contravenir todo el sistema de filiación construido en el Código Civil, su previsión se refiere a la *adopción* conjunta por personas del mismo sexo y no a la filiación biológica, según se expresa repetidamente en ambas⁵².

Si lo expuesto recoge el tratamiento sustantivo, las (inseguras, en cuanto a la paternidad) reglas para la determinación de la filiación, hemos de preguntarnos ahora cuál es el tratamiento procesal de la cuestión. Esto es: ¿el artículo 10 LTRHA implica una acción de filiación a añadir a las contempladas en los artículos 131 y siguientes del Código Civil, o por el contrario sus previsiones han de aplicarse con ocasión del ejercicio de las allí previstas (y de ahí la referencia en el párrafo tercero a la reclamación de la paternidad «conforme a las reglas generales»)? La pregunta no es baladí, porque la respuesta afecta a la legitimación y a los plazos de ejercicio de las acciones⁵³.

Pues bien, la impugnación de la filiación inscrita por basarse en un supuesto de gestación por sustitución desborda el ámbito de las acciones de filiación del Código, cuyo supuesto es la inadecuación de la legal con la biológica. En cambio, en la maternidad subrogada, aun concurriendo también tal hecho, la causa primordial para la impugnación es la nulidad del título de determinación de la filiación, *ex* artículo 10.1 LTRHA, lo cual conduce a una acción impres-

⁵² Así, en la Exposición de Motivos de la Orden aclaratoria, *in fine*: «este Ministerio ha optado por llevar a cabo las precisiones y aclaraciones oportunas, sin que se extiendan a todos los supuestos las singularidades terminológicas que requieren los matrimonios formados por personas de igual sexo o las adopciones constituidas por personas de igual sexo». Y en su artículo 3: «En caso de matrimonios y adopciones conjuntas entre y por personas del mismo sexo...».

⁵³ Y la doctrina no se la ha planteado expresamente. PÉREZ MONGE, *ob. cit.*, págs. 354 y sigs., y FERRER VANRELL, *loc. cit.*, págs. 164 y sigs., parecen reconducir la reclamación de la paternidad a las acciones del Código.

criptible, a ejercitar por cualquiera con interés legítimo, y por supuesto por el Ministerio Fiscal. Tal nulidad del título desborda el ámbito de la impugnación de la filiación *stricto sensu*, basada en la inadecuación con la verdad biológica, que aborda el Código salvo en los artículos 138 y 141 del Código Civil (acción de anulabilidad del reconocimiento). Y la acción para declararla, si en general no se contempla expresamente en el Código Civil⁵⁴, encuentra en este caso acomodo en lo dispuesto en el artículo 10.1 LTRHA. La declaración judicial de la nulidad del título comportará la ineficacia de la filiación y la cancelación de la inscripción registral. Mediante reconvencción, no cabrá plantear en este proceso la paternidad de quien aportó el gameto masculino. Habrá de emprenderse para ello una acción de reclamación de la paternidad, conforme a las reglas del Código y lo previsto en el artículo 10.3 LTRHA, con ocasión de cuyo ejercicio resultará la determinación de la filiación materna por el parto. Sin perjuicio de que, conforme al artículo 77.2 LEC, pueda proceder la acumulación de ambos procesos.

El análisis de esta acción ofrece nuevos argumentos a oponer a la tesis de la Dirección General. Frente a su superficial observación de que la inscripción no resuelve de manera definitiva el tema de la determinación de la filiación, sino que cabe impugnarla «en la vía civil ordinaria»⁵⁵, ha de imponerse el razonable criterio de que no merece la protección registral la inscripción de algo que por su ineficacia y radical contrariedad con todo el ordenamiento puede ser impugnado judicialmente con la legitimación más amplia posible y sin plazo alguno de prescripción.

Por lo demás, resulta claro que el recurso a la impugnación judicial y la correspondiente determinación de la filiación conforme a las leyes españolas no resuelve satisfactoriamente los intereses en juego. Es muy probable que la madre no quiera hacerse cargo del hijo, por no decir nada de su marido si se llegara a declarar (cosa harto difícil, según he defendido) la paternidad a su favor, y que quienes efectivamente deseen seguir desempeñando el papel de padres sean los que el Registro declara como tales. Pero eso no es un argumento concluyente: habrá de pensarse cuál es el modo de resolver la situación de forma respetuosa, coherente, con el resto de ordenamiento. Otra cosa es innovar éste, admitiendo la gestación por sustitución. Y eso es función del legislador.

⁵⁴ Lo que no impide a toda la doctrina afirmar su existencia y consistencia: por todos, vid. un clásico como PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, en *Comentarios a las reformas del Derecho de Familia*, vol. I, Madrid, Tecnos, 1984, págs. 992 y sigs.

⁵⁵ El argumento puede leerse en la RDGR de 18 de febrero de 2009, Fundamento V *in fine*: «debe recordarse que la inscripción en el Registro Civil español de la certificación registral californiana surte los efectos jurídicos señalados por las Leyes registrales españolas. 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».

4. LA VÍA PENAL

Para explorar la posibilidad de subsumir la maternidad subrogada en alguna de las conductas tipificadas como delitos en los artículos 220 a 222 Cpe., hemos de partir de que la aplicación de la ley penal española se rige como regla general por el principio de territorialidad, conforme establecen los artículos 23.1 LOPJ y 8 del Código Civil. Por consiguiente, para su sanción conforme al Código Penal español, las conductas delictivas han de haberse realizado en España, siendo irrelevante la nacionalidad de los comitentes. Subsidiariamente, el artículo 23.2 LOPJ acoge el principio de personalidad, que permite aplicar la ley penal española, en su ámbito, a los nacionales españoles con independencia del lugar de la comisión del delito. Para ello, el artículo 23.2 LOPJ exige, entre otros requisitos, que el hecho sea punible en el lugar de ejecución, salvo previsión en contra en un Tratado Internacional. Por consiguiente, sólo si en los países donde se han celebrado los contratos de maternidad subrogada esta práctica está sancionada penalmente, cabe condenar a los españoles comitentes por los hechos realizados en tales países. De otro modo, sólo cabe atribuir responsabilidad penal por los hechos derivados o consecuencia de la reproducción asistida realizados *en* España.

Y así, considero que incurre en delito de suposición de parto (art. 220.1 Cpe.) quien, *sin mencionar* el nacimiento del niño mediante un contrato de gestación subrogada, pretende su inscripción como hijo propio en el Registro Civil español. Recuérdese que el supuesto se ha dado ya en la práctica española, lográndose inscripciones sin necesidad de resolución de la Dirección General por la dificultad de rastrear el origen del nacimiento en caso de petición por matrimonio heterosexual. Lograda la inscripción *ocultando* el dato de la maternidad subrogada, se incurre también en delito de falsedad en documento público. Por esta vía, el Ministerio Fiscal podría perseguir no sólo a la supuesta madre, sino a quien se presenta como padre. El delito está castigado con pena de prisión de seis meses a dos años.

Por su parte, el artículo 221 Cpe. contempla el delito de alteración de la paternidad o estado civil de un menor, de cuyo tipo forma parte la existencia de contraprestación económica. En él incurren quienes *entregan* a otra persona un «hijo, descendiente o cualquier menor aunque no concurra relación de filiación o parentesco, eludiendo los procedimientos legales de la guarda, acogimiento o adopción, con la finalidad de establecer una relación análoga a la de filiación». Está castigado con pena de prisión de uno a cinco años e inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad. Sin lugar a dudas, es la conducta en que incurren para el Derecho español la madre gestante (y su marido, si es el caso) que entregan el hijo a la pareja comitente. Pero realizada dicha conducta fuera de España, la jurisdicción española no se considera competente, por lo expuesto, para su persecución.

Además, el precepto castiga con la misma pena a «la persona que lo reciba y el intermediario, aunque la entrega del menor se hubiese efectuado en país extranjero» (art. 221.2 Cpe.). De modo que tanto los comitentes como las agencias mediadoras, ambos ubicados en España y con independencia de su nacionalidad, pueden ser perseguidos por los tribunales penales españoles, porque este delito de alteración del estado civil se estima por el legislador tan contrario al ordenamiento, que merece excepcionar el principio general de territorialidad de la ley penal. Ello es coherente con su condición de delito permanente: aun cuando el hecho inicial (la entrega) se haya realizado fuera de nuestras fronteras, la conducta que el tipo estima censurable sigue desarrollándose en nuestro país, al atribuirse al hijo una filiación que no le corresponde. De manera que el Ministerio Fiscal debería perseguir estas conductas, por constituir ilícitos penales también en España. Con el efecto obvio de que la sentencia penal condenatoria por la realización de estas conductas comportaría también la rectificación del Registro Civil (art. 114.2 CC), no directamente, por no hallarnos en el caso contemplado en el artículo 190 RRC, sino a través de expediente registral, conforme al artículo 293 RRC.

Ciertamente, que en la actual situación económica y social de España, y desde consideraciones de la incidencia que sobre la paz social tienen este tipo de conductas, se vaya a proceder a su persecución penal, es altamente improbable y posiblemente indeseable. Máxime si tenemos en cuenta la situación en que quedarían los menores tras la persecución penal de sus «padres». Pero la tipificación penal del supuesto ofrece un argumento más para defender el carácter de orden público que la inadmisión de los efectos del contrato de gestación subrogada tiene en nuestro ordenamiento.

Visión en la que coincide con muchos otros países de nuestro entorno europeo, que comparten la sanción civil y penal del contrato (así Francia, Alemania, Italia, Suecia). Sólo Grecia, Reino Unido, Rusia, Bélgica y Holanda admiten la validez del contrato de maternidad subrogada, con límites diversos. Grecia, tras reforma del Código Civil en 2002, admite la gestación por madre subrogada del embrión proveniente de la comitente y de su marido o compañero, siempre que sea gratuita y los tribunales visen el contenido del contrato. La gestante, por tanto, podrá reclamar la maternidad demostrando que ella es la madre genética. En Reino Unido, la *Surrogacy Act* de 1985 admite el contrato, siempre que sea gratuito, pero no cualquier actividad de mediación o publicidad⁵⁶.

⁵⁶ Para una visión de la maternidad subrogada en Europa, vid. QUIÑONES ESCÁMEZ, «Doble filiación paterna de gemelos nacidos en el extranjero mediante maternidad subrogada. En torno a la RDGR de 18 de febrero de 2009», en *Indret*, 3/2009. Ofrece interesantes datos de Derecho Comparado, FARNÓS AMORÓS, en «Inscripción en España de la filiación derivada del acceso a la maternidad subrogada en California», en *Indret*, 1/2010, y en «European Society of Human Reproduction and Embryology 26th Annual Meeting», en *Indret* 3/2010.

La extensión y finalidad de este trabajo desaconseja un estudio de Derecho Comparado. Con una excepción: la proximidad geográfica y el paralelismo en la forma en que la gestación por sustitución ha tratado de hallar carta de naturaleza en el país vecino, aconseja atender al Derecho francés. Hasta el momento, Francia ha ofrecido un ejemplo de país especialmente combativo contra este contrato y el reconocimiento de los efectos de los celebrados fuera de sus fronteras, planteado varias veces ante sus Tribunales.

V. LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN EN FRANCIA

La Ley número 94-653, de 29 de julio de 1994, relativa al respeto al cuerpo humano, formó parte de un paquete de tres Leyes que abordaron en Francia por primera vez la regulación de cuestiones relacionadas con la Bioética⁵⁷. Dicha Ley introdujo en el *Code* un artículo 16.7 conforme al cual: «Todo convenio relativo a la procreación o la gestación por cuenta de otro será nulo», y la previsión expresa en el artículo 16.9 del carácter de orden público de las normas relativas a la protección del cuerpo humano. La sanción penal, introducida por la misma Ley, se ubica en el artículo 227.12 del Código Penal francés, que castiga con las penas de seis meses de prisión y multa de 50.000 francos, como delitos de atentado contra la filiación, el provocar a un padre mediante dádiva o promesa para abandonar a su hijo nacido o por nacer, e intermediar para la celebración de un contrato de gestación por sustitución, duplicándose en este caso la pena si media habitualidad o fin lucrativo.

Con ocasión de la última reforma emprendida en materia de Bioética, recogida en la Ley número 2011-814, de 7 de julio de 2011, se desarrolló en Francia un intenso debate social sobre la necesidad de modificar la postura legislativa sobre la maternidad subrogada. El partido socialista francés lideró la postura defensora de su admisión, dentro de unos límites: sólo para parejas heterosexuales que demostraran más de dos años de convivencia, cuando fuera biológicamente imposible que la mujer se quedara embarazada, y sin remuneración económica posible para la gestante, más allá del pago de los gastos sanitarios. Además, el contrato debía visarse por la agencia francesa de Biomedicina y un magistrado. Pero tal propuesta no se recogió en la Ley, que finalmente opta por no modificar casi nada en materia de reproducción asistida y mantiene la nulidad de la gestación por sustitución⁵⁸.

⁵⁷ Las otras dos fueron la Ley 94-548, de 1 de julio, sobre donaciones con fines de investigación en materia de salud, y la 94-94, de 29 de julio, sobre donación y utilización de elementos y productos del cuerpo humano, asistencia médica a la procreación y diagnóstico prenatal.

⁵⁸ La única novedad que la Ley introduce en materia de reproducción asistida es la supresión del plazo de dos años de convivencia para que las parejas heterosexuales (únicas

Por lo demás, ha de recordarse que hasta el momento Francia no había admitido el matrimonio homosexual ni la adopción conjunta entre personas del mismo sexo. Situación que viene a cambiar el proyecto de Ley número 344, de 7 de noviembre de 2012, de apertura del matrimonio a las parejas del mismo sexo, aprobado por la Asamblea Nacional el pasado 23 de abril y recurrido ya ante el Consejo Constitucional.

A partir de estos datos legales, los Tribunales franceses han debido enfrentarse a supuestos similares a los planteados en nuestro país, que han resuelto denegando la inscripción de la filiación en el Registro Civil por entenderla contraria al orden público internacional. La Corte de Casación francesa advierte el carácter de orden público de la nulidad del contrato de maternidad subrogada, *ex* artículos 16.7 y 16.9 *Code*, y el principio primordial para el Derecho francés de la indisponibilidad del estado civil. Así lo ha declarado en tres sentencias de la misma fecha, 6 de abril de 2011, números 369, 370 y 371⁵⁹, que han negado el acceso al Registro Civil de filiaciones fruto de contratos de gestación por sustitución celebrados en el extranjero, solicitado bajo formas diversas.

En el supuesto que la sentencia número 369 resuelve, el matrimonio francés comitente había aportado los gametos del embrión gestado por una mujer en Minnesota. El juez americano, tras el nacimiento del niño, declara el abandono materno y la consiguiente adopción a favor de los comitentes, que constan como padres en la inscripción de nacimiento practicada en el Registro americano de Fosston. Ésta se transcribe en el Registro Civil francés consular de Chicago y luego en el municipal de Nantes. El Ministerio Fiscal insta la nulidad de la mención sobre la maternidad, que es atendida en ambas instancias y ratificada por la Corte de Casación⁶⁰.

que pueden acceder a tales técnicas) soliciten su aplicación: vid. sobre esta Ley y el proceso de su elaboración, CIPPITANI, «Principi e metodo nella revisione della normativa francese relativa alla bioetica», en *Diritto di famiglia e delle persone*, 2012, vol. 41, núm. 4, págs. 1849-1851. Sobre el debate social planteado, vid. FERNÁNDEZ-SANCHO TAHOCES, «Eficacia jurídico-registral del contrato de gestación subrogada», en *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 6, octubre de 2011, págs. 136 y sigs.

⁵⁹ Pueden consultarse en la página oficial de la Corte de casación: http://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/civiles_classes_2987/

⁶⁰ Sentencia de la Corte de Casación núm. 369, de 6 de abril de 2011: «est justifié le refus de transcription d'un acte de naissance établi en exécution d'une décision étrangère, fondé sur la contrariété à l'ordre public international français de cette décision, lorsque celle-ci comporte des dispositions qui heurtent des principes essentiels du droit français ; qu'en l'état du droit positif, il est contraire au principe de l'indisponibilité de l'état des personnes, principe essentiel du droit français, de faire produire effet, au regard de la filiation, à une convention portant sur la gestation pour le compte d'autrui, qui, fût-elle licite à l'étranger, est nulle d'une nullité d'ordre public aux termes des articles 16-7 et 16-9 du code civil». Vid. www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/premiere_chambre_civile_568/369_6_19630.html. Esta fundamentación se reitera textualmente en las dos siguientes. http://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/premiere_chambre_civile_568/370_6_19628.html

En el caso resuelto por la sentencia número 370, la Corte suprema de California había declarado al marido «padre genético» y a la esposa «madre legal»: mientras el Registro Consular francés había denegado la inscripción por hallar indicios de gestación por sustitución, no así el de Nantes, contra cuya inscripción se alza el Ministerio Fiscal⁶¹. Como en el caso anterior, se anula la inscripción de la maternidad, manteniéndose la de la paternidad del marido, quien había aportado el semen⁶².

Por último, en el supuesto de la sentencia número 371, un Tribunal de Minnesota había declarado padre genético al marido, aportante del esperma, y madre legal a la esposa, a partir de su adopción del niño, de modo que ambos constaban como padres en el Registro americano. En Francia, los esposos intentan inscribir la filiación a partir de un acta de notoriedad de posesión de estado de filiación legítima, a lo que se opone el Fiscal y ratifica la Corte de Casación, advirtiendo que la nulidad del contrato de gestación por sustitución impide reconocer una posesión de estado fundada en él⁶³.

Así pues, adviértase cómo desde la nulidad del contrato y su incompatibilidad con el orden público internacional francés se impide el acceso al Registro por tres vías distintas: el reconocimiento de la declaración de filiación dictada por un Tribunal extranjero, ídem respecto de la adopción⁶⁴, y la inscripción de la filiación a partir de la posesión de estado. En los tres casos, el Tribunal considera que la decisión no vulnera el principio del interés superior del menor recogido en el artículo 3.1 de la Convención de la ONU, de 20 de noviembre de 1989, sobre los derechos del niño, ni el derecho a la vida privada y familiar del artículo 8 CEDH, porque el hijo sigue ostentado la filiación declarada

⁶¹ Previamente, la sentencia de la Corte de casación núm. 1285, de 17 de diciembre de 2008, había admitido la legitimación del Ministerio Fiscal para instar la nulidad de la inscripción practicada en el Registro Civil, a partir de su incidencia sobre el estado civil y el orden público: vid. http://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/premiere_chambre_civile_568/arret_no_12024.html.

⁶² Vid. http://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/premiere_chambre_civile_568/370_6_19628.html

⁶³ Sentencia de la Corte de casación núm. 371, de 6 de abril: «Mais attendu qu'en l'état du droit positif, il est contraire au principe de l'indisponibilité de l'état des personnes, principe essentiel du droit français, de faire produire effet à une convention portant sur la gestation pour le compte d'autrui, nulle d'une nullité d'ordre public aux termes des articles 16 7 et 16 9 du code civil ; que ce principe fait obstacle aux effets en France d'une possession d'état invoquée pour l'établissement de la filiation en conséquence d'une telle convention, fût elle licitement conclue à l'étranger, en raison de sa contrariété à l'ordre public international français». Vid. http://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/premiere_chambre_civile_568/371_6_19627.html

⁶⁴ La sentencia de la corte de casación, de 31 de mayo de 1991, ya había negado la adopción por la cónyuge de quien contrató una gestación con su esperma, con el mismo argumento de que la nulidad de dicho contrato vicia todo acto que de él provenga. Dan noticia de esta sentencia, MORENO SÁNCHEZ-MORALED A, *loc. cit.*, pág. 1375, n. 15, y ÁLVAREZ GONZÁLEZ, *loc. cit.*, pág. 344, n. 12.

en las sentencias americanas (además, en los dos primeros casos se mantiene la inscripción francesa de filiación paterna) y no hay obstáculo para que siga viviendo con el matrimonio comitente.

En línea y coherencia con las anteriores sentencias, la Corte de Casación ha denegado recientemente, en las sentencias números 755 y 756, de 7 de junio de 2012⁶⁵, el reconocimiento de sentencias extranjeras de adopción a favor de parejas del mismo sexo. El fundamento es, también, su contrariedad con el orden público y con un principio básico para el Derecho francés de filiación, su imposible constancia registral en favor de personas del mismo sexo.

La pregunta obvia que surge es si esta jurisprudencia se mantendrá tras la aprobación definitiva de la Ley que introduce el matrimonio homosexual y la adopción conjunta entre parejas del mismo sexo.

VI. EL CONTROL DEL ORDEN PÚBLICO Y LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN

La adecuación o no de la gestación por sustitución con el orden público español constituye hoy una cuestión debatida en nuestro país, según ha quedado de manifiesto al exponer las resoluciones y sentencias recaídas en la materia. Debate de la práctica jurídica también presente en la doctrina. Por un lado se posiciona la práctica totalidad de la doctrina civilista, que declara con rotundidad la contrariedad del contrato de gestación subrogada con el orden público español, desde consideraciones de dignidad de la persona, indisponibilidad del estado civil, coherencia con el Derecho de filiación y límites a la autonomía privada en materia contractual. Esta postura también es sustentada por los Tribunales Civiles, en las tres ocasiones en que han debido pronunciarse al respecto. Por el contrario, una parte de la doctrina de Derecho Internacional privado, desde la voluntad de facilitar y flexibilizar el reconocimiento de una situación jurídica creada al amparo de otro ordenamiento, considera que *no siempre* dicha contrariedad habrá de producirse, centrando el análisis de cada caso concreto sobre todo en la perspectiva procesal y no sustantiva o material del orden público. Esta postura parte de la inexistencia en el Derecho español de un principio general contrario a la admisión de la gestación por sustitución, de manera que su nulidad actual sólo se fundaría en razones de conveniencia. Esta segunda tesis es la sostenida por la Dirección General de los Registros, que en la RDGR, de 18 de febrero de 2009, dio por zanjado el tema, tras unos pocos argumentos de trazo grueso y fácil refutación.

⁶⁵ Vid. http://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/premiere_chambre_civile_568/755_7_23516.html

A mi entender, y en el estado actual de la legislación española, la prohibición de la gestación sustituta sí constituye una consecuencia exigida por la coherencia de nuestro ordenamiento, en cuanto fundada en los principios básicos que lo animan y explican. De modo que el artículo 10 LTRHA no es un obstáculo legal único y puntual, sino un elemento más concorde con otras normas constitucionales, penales, civiles y registrales, cuya inspiración y fundamento comunes permiten a un ordenamiento presentarse como un sistema armónico.

Y así, la dignidad de la persona que sustenta como clave el arco de los derechos fundamentales en el artículo 10 CE, explica que un contrato cuya causa y objeto sea una transacción ya no sólo sobre el cuerpo humano, sino sobre una vida humana futura, no merezca la protección del ordenamiento. Con independencia del carácter lucrativo u oneroso de la transacción. En este punto, resulta sorprendente que parte de la doctrina considere de orden público la prohibición de la gestación sustituta si media *precio*, y no en caso contrario. Me parece revelador de una visión del cuerpo de la mujer y su capacidad generadora como bien social, absolutamente contraria a su libre autodeterminación y albedrío. Si los reproches al contrato desaparecieran cuando no generara un enriquecimiento en la mujer gestante, significaría que el ordenamiento sólo desecha el empleo de tal capacidad como recurso económico en manos de la mujer⁶⁶. Pero no es así: el contrato repugna a nuestro ordenamiento porque convierte en objeto una facultad humana personalísima, la de generar una nueva vida, y su resultado, que es una persona humana, cuya dignidad demanda como punto de partida un trato jurídico de sujeto y no de objeto. Además, ese contrato convierte en materia disponible la identidad humana y el estado civil de las personas, que por su incidencia en todo el orden social y en los intereses generales se excluyen habitualmente del libre ámbito de la autonomía de la voluntad.

Desde la perspectiva de nuestro actual Derecho de filiación, el principio de veracidad rechaza que la mera voluntad pueda sustituir toda relación biológica entre padres e hijos. Con ese fundamento, la Dirección General de los Registros considera los reconocimientos ficticios de filiación contrarios al orden público y rechaza su acceso al Registro español⁶⁷. Eso es absolutamente incoherente con la supuesta conformidad de la maternidad subrogada con el orden público. Sin

⁶⁶ En el extremo contrario se coloca VELA SÁNCHEZ, defendiendo la admisión del contrato por sus pingües rendimientos económicos, que demuestra con cifras: vid. «La gestación por encargo desde el análisis económico del Derecho. Medidas anticrisis desde el Derecho de Familia», en *Diario La Ley*, núm. 8055, 4 de abril de 2013. Quizá el autor no ha reparado en que los mismos argumentos podrían conducirle a defender la legalización del tráfico de niños, la prostitución, el tráfico de órganos... Y que las cifras aportadas señalan que la mujer gestante termina recibiendo sólo una tercera parte de los «beneficios económicos» generados por el contrato.

⁶⁷ Entre otras, vid. RDGR (4.ª) 20 de abril de 2009 (*JUR* 2010/301490), RDGR (4.ª) 14 de enero de 2009 (*JUR* 2010/98689), RDGR (4.ª) 4 de junio de 2007 (*JUR* 2008/263996), RDGR (4.ª) 20 de abril de 2009 (*JUR* 2010/301490).

que pueda argumentarse que la LTRHA haya venido a establecer un sistema paralelo de filiación sustentada sobre la voluntad: no es así. Por el contrario, el artículo 7.1 LTRHA somete la determinación de la filiación nacida de la aplicación de estas técnicas a las normas generales, con la excepción de las puntuales especialidades contenidas en ella. Esta previsión, además de subsumir estos hijos en la filiación por naturaleza, *modula* el régimen general para impedir su impugnación fundada en la falta de veracidad. Para ello, *no se alteran* los títulos de determinación de la filiación introduciendo la *voluntad* como uno de ellos, sino que se confiere al consentimiento prestado para la aplicación de tales prácticas unos efectos ligados a aquel objetivo principal. El dato biológico que necesariamente requiere la filiación por naturaleza viene dado por el parto, elegido por el legislador por encima del origen del gameto femenino. El parto liga al hijo con quien lo alumbró y le confiere un referente seguro para tutelar su derecho a la identidad, primero, y a la filiación, después.

Y ese derecho a la identidad tiene una garantía constitucional. Que expulsa del sistema al desconocimiento materno, según entendió el Tribunal Supremo en su sentencia de 21 de septiembre de 1999 (*RJ* 1999/6944), porque el hijo perdería «por completo el nexo que le permitiría, en su momento, conocer su verdadera filiación, debido a un acto voluntario de la madre». Hurtar al hijo su identidad biológica contraría el orden público, porque no es coherente con los postulados constitucionales ni con el sistema de filiación por naturaleza que de aquellos se desprende. Ésta tiene sus requerimientos, es incompatible con la elección voluntaria de la progenie. Y sólo desde esa aproximación a la reproducción asistida, en función del dato biológico dado por el parto, se explica el régimen de consentimientos previsto no para determinar directamente la paternidad, insisto, sino para impedir su impugnación.

Para esta inspiración y construcción legal, el artículo 7.3 LTRHA es un añadido discordante por absolutamente ajeno al sistema. Que sí contempla la voluntad como un nuevo título de determinación de una doble maternidad incompatible con los principios básicos de aquél. Y, lógicamente, ya no sólo con el principio de veracidad que lo funda, sino con la mera posibilidad física. La pregunta ahora es: ¿tiene dicho precepto la virtualidad de haber alterado la noción de orden público, los principios básicos conformadores de la filiación por naturaleza? Y considero que la respuesta es no: porque cuando el Registro Civil acoge la declaración de la cónyuge de la madre y en obediente cumplimiento de dicho precepto «determina a su favor la filiación respecto del nacido», no puede cambiar la realidad, no convierte en madre *por naturaleza* a quien no lo es. Según prueba el hecho de que el supuesto no pueda abordarse desde el régimen normal de las acciones de filiación, ni genere una posesión de estado incompatible con la realidad. De hecho, la frase legal entrecomillada sirve para atribuir responsabilidades parentales: el artículo 7.3 LTRHA ha podido, con mayor o menor fortuna, construir un supuesto de doble maternidad *social* o *legal*, pero

carece de virtualidad para alterar el concepto de filiación biológica, por imperativos físicos y antropológicos construido sobre la complementariedad sexual.

Por otra parte, el contrato de gestación subrogada comporta una renuncia sobre la propia filiación o la patria potestad, también de imposible compatibilidad con las reglas generales del sistema. Por lo demás, el principio de veracidad y exactitud registral, presente a lo largo de toda la regulación del Registro Civil, y que justifica a la postre la labor calificadora del encargado, a cuya vela se confía «la concordancia del Registro con la realidad» (art. 26 LRC), rechaza frontalmente (en el que hemos llamado supuesto-tipo) la inscripción de un *hecho* manifiestamente falso (la doble paternidad).

Frente a estos argumentos, que la RDGR, de 18 de febrero de 2009, fundamente la adecuación de la gestación por sustitución con el orden público internacional español en el principio de no discriminación, dada la admisión legal de adopción en favor de dos varones y de constancia registral de filiación natural en favor de dos mujeres, además de subvertir el planteamiento lógico de la cuestión, es de una simpleza aplastante. Olvida por completo que la filiación adoptiva y la natural se equiparan legalmente en cuanto a sus efectos, y no en sus respectivos títulos de constitución y determinación, necesariamente distintos por la diferencia objetiva que las separa y excluye la tacha de discriminación. Lo mismo cabe oponer a la alegada discriminación sexual, ligada al argumento de que la filiación natural «no se determina necesariamente por el hecho de la *vinculación genética*». El salto argumentativo (sin red) de la Dirección General es tal, que le conduce a la inconstitucionalidad de la negativa a la gestación por sustitución, sin ocurrírsele siquiera valorar lo discriminatorio que resulta este reconocimiento para quienes no pueden costearse el fácil recurso de salir al extranjero para burlar una ley imperativa española.

Finalmente, ha de advertirse que aunque el fundamento V de la RDGR, de 18 de febrero de 2009, enumere hasta siete los argumentos en favor de la adecuación al orden público, todos los demás justifican la inscripción en el interés superior del menor y la inexistencia de fraude de ley, que se diferencian de la cuestión del orden público y abordaremos por ello por separado.

VII. LA PRESENCIA DE FRAUDE DE LEY

La idea del fraude de ley se liga en la jurisprudencia del Tribunal Supremo al control de la competencia de las autoridades extranjeras, para enjuiciar si las partes han buscado de propósito una ley más conveniente a sus intereses. Bien desde esa perspectiva, bien desde la aplicación directa de los artículos 6.4 del Código Civil y 11.2 LOPJ, la existencia en el supuesto analizado de fraude de ley puede procurar también un argumento contrario a su reconocimiento en España.

Que en los supuestos descritos existe una decidida búsqueda por las partes del foro y la ley más favorable a sus intereses y una clara voluntad de eludir la aplicación de una ley prohibitiva española es más que indiscutible. La cuestión es si todo intento de escapar de dicha ley ha de considerarse ilegítimo y por ello indigno de protección. Para resolverla, el Derecho Internacional Privado responde con la idea de la «vinculación razonable» al ordenamiento que crea la situación, cuya existencia justificaría la existencia de «expectativas legítimas» a ser reconocida en otro ordenamiento, siempre a partir de la buena fe de las partes y la intensidad de los vínculos con el sistema extranjero bajo el que se adquirió el *status*⁶⁸. En los supuestos-tipo analizados, relativos a personas con nacionalidad y residencia habitual en España que se desplazan sin otro propósito a países que admiten esta técnica, no se aprecia ninguno de tales requisitos, al menos desvinculado del efecto buscado. Me explico: considerar que existe vinculación razonable porque la madre es extranjera y el hijo ha nacido allí es desenfocar el hecho de que tales circunstancias son un efecto de la causa, la prohibición de la ley española y su buscada elusión⁶⁹. Tampoco existían unas expectativas legítimas a su reconocimiento, entorpecido —como ha quedado expuesto— por la legislación y su interpretación jurisprudencial y registral, que ha debido forzar y alterar la Dirección General de los Registros para justificar sus decisiones. Antes bien, las partes asumen el riesgo⁷⁰ de no lograr finalmente la inscripción de los hijos como propios, resultado seguro en caso de haber nacido en España. De hecho, los autores y la doctrina de la Dirección General vinculan sospechosamente la negativa a la existencia de fraude de ley a la preeminencia del interés del menor, en evidente claudicación⁷¹.

De modo que la presencia en los supuestos descritos de fraude de ley se erige en motivo para rechazar los efectos pretendidos de las decisiones extranjeras. En estrecha relación con el control del orden público. Porque si la existencia de una conexión real y efectiva con el ordenamiento favorable a la gestación

⁶⁸ Véase la síntesis al respecto de ÁLVAREZ GONZÁLEZ, *loc. cit.*, págs. 363 y sigs., y la exposición de QUIÑONES ESCÁMEZ, *loc. cit.*, pág. 19.

⁶⁹ Así la aprecia la SAP de Valencia, de 23 de noviembre de 2011: «la conexión previa de los demandantes con el Estado de origen que ha dictado la decisión es inexistente, porque los dos son ciudadanos españoles que buscaron la jurisdicción extranjera mediante la suscripción de un contrato de gestación por sustitución que posibilitó a las autoridades de California determinar la filiación».

⁷⁰ En expresión empleada por la SJPI, núm. 15 Valencia, de 15 de septiembre de 2010.

⁷¹ La RDGR de 18 de febrero de 2009 (fundamento V) pasa de negar sin aducir fundamento alguno la existencia de *forum shopping* fraudulento a aducir la falta de cosa juzgada de la certificación registral californiana y el interés superior del menor, en un perfecto ejercicio de incongruencia jurídica. CARRASCOSA GONZÁLEZ se inclina por la negativa a aplicar el fraude de ley porque comporta un improcedente castigo a los menores por los actos de sus padres; vid. *loc. cit.*, pág. 494. Con mayor rigor, ÁLVAREZ GONZÁLEZ reconoce que en el caso tipo se aprecian los elementos del fraude de ley, aunque plantea si lo delicado de los intereses en juego puede justificar, pese a ello, el reconocimiento; vid. *loc. cit.*, pág. 363.

por sustitución desactiva el fraude de ley, también representa la posibilidad de aplicar el orden público atenuado, empleado ante situaciones que no representan una amenaza para los principios básicos de un ordenamiento por no incentivar la huida de ellos a los nacionales. De ahí que quienes se manifiestan favorables a la regulación de este contrato demanden, como uno de los elementos de imprescindible atención por el legislador, la fijación de límites como la residencia, para evitar que se eludan las prohibiciones nacionales con el fácil recurso al turismo o exilio reproductivo⁷². Por el contrario, la recepción de los efectos de la gestación por sustitución comporta directamente la admisión de la figura, por lo que no cabe ante ella el recurso al orden público atenuado, que presupone siempre lo contrario⁷³.

VIII. EL INTERÉS DE LOS MENORES

Como ha quedado expuesto, este principio termina por erigirse en el argumento determinante para recibir en el Registro español la filiación ex gestación por sustitución, excluyendo incluso la posibilidad de recurrir al argumento del orden público⁷⁴. El interés del menor se concreta en el derecho a ostentar una identidad única, que no resulte alterada al traspasar las fronteras del Estado en que se realizó el contrato, y a ser cuidado por los padres intencionales o de deseo, y dicho resultado se presenta como el único compatible con el artículo 3 de la Convención de la ONU, de 20 de noviembre de 1989, sobre los derechos del niño. En su apoyo, además, se cita la jurisprudencia presente en las SSTEDH de 2 de octubre de 2003 (Carlos García Avelló contra Bélgica) (TJCE 2003/314) y 14 de octubre de 2008 (caso Grunkin-Paul) (TJCE 2008/235). Esta argumentación aparece por primera vez en la RDGR de 18 de febrero de 2009⁷⁵ y se reproduce en todas las demás citadas.

⁷² Es la opción seguida, por ejemplo, en Grecia: vid. QUIÑONES ESCÁMEZ, *loc. cit.*, pág. 42, y FARNÓS AMORÓS, *Inscripción en España...*, cit., pág. 23.

⁷³ Así la SAP de Valencia, de 23 de noviembre de 2011: «en el caso presente, lo que se solicita es la inscripción en el Registro Civil de algo mucho más vinculado al contrato prohibido, como es la filiación a que da lugar, mientras que en el caso citado más arriba, se reconocen en España unos efectos considerablemente más alegados de la esencia de la institución prohibida». En el mismo sentido, DE VERDA Y BEAMONTE, quien advierte que la Instrucción trae consigo la recepción sustantiva de la institución misma de la gestación por sustitución, *loc. cit.*, pág. 8 versión *on line*.

⁷⁴ En este sentido, RDGR de 18 de febrero de 2009: «Y el interés superior del menor exige la continuidad espacial de la filiación y la coherencia internacional de la misma, así como un respeto ineludible del derecho a la identidad única de los menores que prevalece, en todo caso, sobre otras consideraciones». El mismo argumento puede verse, por todos, en CARRASCOSA GONZÁLEZ, *loc. cit.*, pág. 493.

⁷⁵ RDGR de 18 de febrero de 2009: «el interés superior del menor aconseja proceder a la inscripción en el Registro Civil español de la filiación que figura en el Registro extranjero

Sin embargo, esta argumentación es sumamente frágil y discutible, porque el interés superior del menor no necesariamente conduce al resultado pretendido como único. En primer lugar, el artículo 3 de la mencionada Convención exige a todos los poderes públicos tomar las decisiones que aseguren a los niños la protección y cuidado necesarios para su bienestar, considerando los derechos de todas las personas responsables de ellos. El artículo 7 recoge el derecho del niño a ser inscrito «inmediatamente después de su nacimiento», a tener un nombre «y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos», y el artículo 8 recoge el derecho del niño a que se preserve su identidad, nombre «y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas». No se deduce de tales preceptos una necesaria aceptación de la filiación surgida tras el convenio de gestación por sustitución, que sin dificultad puede presentarse como contraria al interés del niño, en cuanto le hurta el derecho a su propia identidad, a identificar y conocer a su madre y establecer con ella las relaciones correspondientes. La expresa referencia del Convenio al respeto de las relaciones familiares conforme a la ley conduce además a negar que el interés del hijo pueda fundar la vulneración de ésta, según advierten las dos sentencias que impugnaron la RDGR de 18 de febrero de 2009⁷⁶.

En realidad, resulta difícil compartir que el interés del menor sólo resulte protegido con la inscripción en el Registro Civil de una filiación contraria a la verdad biológica, y en la mayoría de los casos imposible conforme a ésta. Antes bien, en la jurisprudencia constitucional y ordinaria españolas se relaciona el interés del menor con la investigación de la paternidad, no sólo para establecer la relación de filiación conforme a la realidad biológica y a partir de ella atribuir el cuidado y protección del hijo, sino también para respetar su dignidad y su derecho a la identidad y al conocimiento de sus orígenes⁷⁷. Todo

y en la certificación registral extranjera a favor de dos mujeres o dos varones. (...) el interés superior de los menores (...) exige que estos 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».

⁷⁶ SAP de Valencia, de 23 de noviembre de 2011: «la satisfacción de dicho interés no puede conseguirse infringiendo la ley, máxime cuando la propia ley española ofrece cauces para la inscripción de la filiación de los menores a favor de los demandados».

⁷⁷ STC 7/1994, de 17 de enero: «la finalidad de la norma que permite la práctica de las pruebas biológicas no es otra que la defensa, en primer lugar, de los intereses del hijo (...), y destaca como primario el derecho del hijo a que se declare su filiación biológica»; STC 138/2005, de 26 de mayo: «debe posibilitar la investigación de la paternidad (art. 39.2 CE), mandato del constituyente que guarda íntima conexión con la dignidad de la persona (art. 10.1 CE), tanto desde la perspectiva del derecho del hijo a conocer su identidad como desde la configuración de la paternidad como una proyección de la persona»; STS de 21 de septiembre de 1999: «El hijo biológico, además, pierde por completo el nexo que le permitiría, en su momento, conocer su verdadera filiación, debido a un acto voluntario de la madre, expresivo de su no asunción de la maternidad y sus responsabilidades inherentes».

ello, con fundamento en los mencionados preceptos del Convenio de la ONU, al decir de nuestros Tribunales.

En cuanto a las sentencias citadas del Tribunal de Estrasburgo, abordan el régimen de los apellidos en el ámbito de la Unión Europea, para considerar contrario al Convenio Europeo de Derechos Humanos que un Estado miembro no reconozca los apellidos de un niño, «tal y como ha sido determinado e inscrito en otro Estado miembro en el que ese niño nació y reside desde entonces, y quien al igual que sus padres sólo posee la nacionalidad del primer Estado miembro» (STEDH de 14 de octubre de 2008). Por su parte, la STEDH de 2 de octubre de 2003 condena a Bélgica por no permitir a los dos hijos, con doble nacionalidad española y belga, de un matrimonio compuesto por personas de ambas nacionalidades, ostentar los primeros apellidos de su padre y de su madre. De manera que no abordan la cuestión sustantiva de la determinación de la filiación, no controvertida, sino el tratamiento transnacional de uno de sus efectos, el régimen de atribución de los apellidos. Que en algunos países de la Unión Europea no necesariamente se vincula a la filiación: por ejemplo en Alemania, se permite a una persona otorgar a otra sus apellidos sin comportar efecto alguno sobre la filiación. Por lo demás, en ambas sentencias es el régimen del país cuya nacionalidad ostenta el menor el que vincula a otro Estado (del que puede o no ser nacional), pero no al contrario. Puede defenderse la existencia de una justificación objetiva y razonable para que no sea el país ajeno al interesado el determinante del régimen aplicable. Máxime en el supuesto abordado en este trabajo, donde media una norma imperativa en el país cuya nacionalidad ostenta el menor. Por todo ello, entiendo que no cabe deducir de tales sentencias, por sus reducidos ámbito y supuesto, un derecho a ostentar una filiación única en dos Estados distintos, que comporte la vinculación del país cuya nacionalidad ostenta el menor a decisiones contrarias a su ordenamiento.

Así pues, el interés superior del menor y el respeto a la legalidad española no se encuentran enfrentados. Como apuntaba la sentencia de la Audiencia de Valencia, y de modo semejante a lo advertido por la Corte de casación francesa, no inscribir la filiación de los menores en favor de los comitentes en absoluto conduce a sustraerlos de su cuidado, ni a entender que deban quedar bajo la tutela de una entidad pública. Simplemente, habría que proceder a la inscripción de la filiación conforme a las normas del Derecho español, que no permiten eludir la maternidad de la madre gestante, demostrada por los partes médicos y las declaraciones concurrentes. En tal supuesto, el artículo 10.3 LTRHA conduce a la imposibilidad de un reconocimiento paterno, y al necesario ejercicio de la acción de reclamación de la paternidad por el aportante de los gametos masculinos o por el Ministerio Fiscal. Determinada la filiación del menor por ambas vías, paterna y materna, conforme al principio de verdad biológica, el otro miembro del matrimonio, masculino o femenino, podría solicitar su adopción sin necesidad de intervención administrativa, sólo bajo el imprescindible

control judicial del interés del adoptando. La dilación de los trámites, no implicando como ya he dicho peligro alguno para el menor, que seguiría integrado en todo momento en su núcleo familiar, tendría un efecto disuasorio para las prácticas turístico-reproductivas y demostraría el respeto del ordenamiento por sus propios principios. La filiación biológica quedaría dentro de los límites que le son propios, diferenciada de las formas de protección de menores, y ligada al derecho del hijo a conocer sus orígenes biológicos.

VIII. CONCLUSIÓN

El reconocimiento de efectos a contratos de gestación por sustitución celebrados en el extranjero se está alcanzando en nuestro país desde argumentos de Derecho internacional privado presentados como insoslayables. Lo cual es manifiestamente incierto, porque los datos legales vigentes interpretados conforme a la jurisprudencia y la doctrina registral habitual, ofrecen argumentos contra la posibilidad de dicho reconocimiento. También la aún no vigente Ley 20/2011, del nuevo Registro Civil, aporta datos legales que ratifican la anterior afirmación. Corroborada también por el necesario control del orden público, última frontera opuesta por el ordenamiento para la defensa de su coherencia.

Tampoco el principio favorable al preeminente interés del menor conduce inexorablemente a tal recepción, porque es posible encontrar soluciones más respetuosas con él y coherentes además con nuestro ordenamiento.

De hecho, el reconocimiento de efectos a tales contratos está provocando en nuestro país la derogación ocasional de una norma imperativa corolario de todo el sistema de filiación por naturaleza, el artículo 10 LTRHA. Ello es tanto como legislar, si bien por la rancia vía de los privilegios, porque sólo puede acogerse a tal anómala situación quien puede pagársela. De esta forma se está propiciando una reforma legislativa favorable a la gestación por sustitución, que nace ya con algunos presupuestos amañados. La entidad de la reforma legal en dicho sentido es tal, que debe venir acompañada de un debate social serio y riguroso. En él, entre otras cuestiones, debe valorarse la conveniencia social de introducir una institución jurídica que sólo comparte con la filiación sus efectos, pero no sus presupuestos. Si la filiación natural se basa en la relación biológica y la adoptiva imita a ésta, sustituyendo el vínculo de sangre por un acto constitutivo con control e intervención pública, la admisión de la gestación por sustitución termina conduciendo a unas relaciones parentales basadas en la mera voluntad, que por imperativos lógicos y técnicos deberían separarse de esas otras dos figuras. Y ello por lo que a la aproximación técnica se refiere, secundaria y posterior a la filosófica, que requiere plantearse la adecuación de dicha opción con los requerimientos ontológicos de la persona humana.

BIBLIOGRAFÍA

- ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S.: «Efectos en España de la gestación por sustitución llevada a cabo en el extranjero», en *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, tomo X, 2010, págs. 339-377.
- ALBERT MÁRQUEZ, M.: «Los contratos de gestación de sustitución celebrados en el extranjero y la nueva Ley del Registro Civil», en *Diario La Ley*, núm. 7863, 22 de mayo de 2012.
- BARBER CÁRCAMO, R.: «Comentario al artículo 139», en *Código Civil comentado*, dir.: CAÑIZARES LASO, A.; DE PABLO CONTRERAS, P.; ORDUÑA MORENO, J., y VALPUESTA FERNÁNDEZ, R., vol. I, Cizur Menor, Civitas-Thomson Reuters, 2011, págs. 707-713.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: «Hijos made in California», en *Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 3. 2009, BIB 2009/865.
- CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: «La filiación en el Derecho Internacional Privado», en *Tratado de Derecho de la Familia*, dir.: YZQUIERDO TOLSADA, M., y CUENA CASAS, M., vol. VI, Cizur Menor, Aranzadi-Thomson Reuters, 2011, págs. 459-507.
- CIPPITANI, R.: «Principi e metodo nella revisione della normativa francese relativa alla bioetica», en *Diritto di famiglia e delle persone*, 2012, vol. 41, núm. 4, págs. 1836-1865.
- DE LA IGLESIA MONGE, M. I.: «Actualidad de la gestación por sustitución en nuestro ordenamiento jurídico. Inscripción de los hijos nacidos en el extranjero mediante dicha técnica», en *RCDI*, núm. 725, págs. 1611-1797.
- DE MIGUEL ASENSIO, P. A.: *Eficacia de las resoluciones extranjeras de jurisdicción voluntaria*, Madrid, Eurolex, 1997.
- DE VERDA Y BEAMONTE, J. R.: «Inscripción de hijos nacidos mediante gestación por sustitución (a propósito de la sentencia del Juzgado de Primera Instancia, núm. 15 de Valencia, de 15 de septiembre de 2010)», en *Diario La Ley*, núm. 7501, 3 de noviembre de 2010.
- DÍAZ ROMERO, M. R.: «La gestación por sustitución en nuestro ordenamiento jurídico», en *Diario La Ley*, núm. 7527, 14 de diciembre de 2010.
- ESPINAR VICENTE, J. M.: «Algunas reflexiones sobre la nueva Ley del Registro Civil», en *Diario La Ley*, núm. 7771, 9 de enero de 2012.
- FARNÓS AMORÓS, E.: «Inscripción en España de la filiación derivada del acceso a la maternidad subrogada en California», en *InDret*, 1/2010 (versión *on line*).
- «European Society of Human Reproduction and Embryology 26th Annual Meeting», en *InDret* 3/2010.
- FERNÁNDEZ-SANCHO TAHOCES, A. S.: «Eficacia jurídico-registral del contrato de gestación subrogada», en *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 6, octubre de 2011, págs. 127-146.
- FERRER VANRELL, M. P.: «Comentario al artículo 10», en *Comentarios científico-jurídicos a la Ley sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida*, dir.: LLEDÓ YAGÜE, F., Madrid, Dykinson, 2007, págs. 159-166.
- HIERRO HIERRO, J.: «Gestación por sustitución y prestación de maternidad», en *Aranzadi Social*, núm. 6.2012 (BIB 2012/2899).
- HUALDE MANSO, T.: «De nuevo sobre la filiación de los nacidos mediante gestación contratada», en *Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 10/2012, BIB 2012/132.

- LARA AGUADO, A.: «Comentario al artículo 98», en *Comentarios a la Ley del Registro Civil*, dir.: COBACHO GÓMEZ, J. A., y LECIÑENA IBARRA, A., Cizur Menor, Thomson Reuters-Aranzadi, 2012, págs. 1347-1362.
- MARCHAL ESCALONA, N.: «Comentario al artículo 96», en *Comentarios a la Ley del Registro Civil*, dir.: COBACHO GÓMEZ, J. A. y LECIÑENA IBARRA, A., Cizur Menor, Thomson Reuters-Aranzadi, 2012, págs. 1311-1329.
- MORENO SÁNCHEZ-MORALEDA, A.: «Registro de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución y su articulación en el régimen de reconocimiento de resoluciones judiciales en el Derecho Internacional español», *RCDI*, núm. 731, págs. 1363-1391.
- PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M.: *Comentarios a las reformas del Derecho de Familia*, vol. I, Madrid, Tecnos, 1984.
- PÉREZ MONGE, M.: *La filiación derivada de técnicas de reproducción asistida*, Madrid, Centro de Estudios Registrales, 2002.
- «Cuestiones actuales de la maternidad subrogada en España: regulación *versus* realidad», en *RDP*, julio-agosto de 2010, págs. 41-64.
- QUINONES ESCÁMEZ, A.: «Doble filiación paterna de gemelos nacidos en el extranjero mediante maternidad subrogada. En torno a la RDGR de 18 de febrero de 2009», en *Indret*, 3/2009.
- RUIZ SUTIL, C.: «Comentario al artículo 97», en *Comentarios a la Ley del Registro Civil*, dir.: COBACHO GÓMEZ, J. A. y LECIÑENA IBARRA, A., Cizur Menor, Thomson Reuters-Aranzadi, 2012, págs. 1331-1346.
- SALAS CARCELLER, A.: «El Registro Civil español y la filiación surgida de la gestación por sustitución», en *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 10/2011, BIB 2012/2946.
- SELMA PENALVA, A.: «Vientres de alquiler y prestación por maternidad», en *Aranzadi Social*, enero de 2013, núm. 9, págs. 223-244.
- VELA SÁNCHEZ, A. J.: «La gestación por sustitución o maternidad subrogada: el derecho a recurrir a las madres de alquiler», en *Diario La Ley*, núm. 7608, 11 de abril de 2011.
- «La gestación por encargo desde el análisis económico del derecho. Medidas anticrisis desde el Derecho de Familia», en *Diario La Ley*, núm. 8055, 4 de abril de 2013.

RESUMEN

DETERMINACIÓN DE LA FILIACIÓN. INSCRIPCIÓN. GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN. RECONOCIMIENTO DE FILIACIÓN EXTRANJERA

Aunque la gestación por sustitución o maternidad subrogada es un recurso de reproducción asistida no admitido en nuestro país, en el Registro Civil español se está inscribiendo a los hijos de españoles nacidos en el extranjero mediante tal técnica. De este modo, se contrarían por vía administrativa las leyes civiles sobre determinación de la filiación, confirmando

ABSTRACT

DETERMINATION OF FILIIATION. REGISTRATION. SURROGATE MOTHERHOOD. ACKNOWLEDGEMENT OF FOREIGN FILIIATION

Although the assisted reproductive resource of surrogate motherhood is outlawed in Spain, the Spanish Civil Registry is registering the children of Spanish citizens born abroad from surrogate mothers. Administrative channels are thus flouting civil laws on the determination of filiation, endowing obviously false statements with

la fuerza legitimadora del Registro a hechos manifiestamente falsos. La provisionalidad de la situación, claudicante frente a las sentencias de los Tribunales Civiles, no resta importancia a su radical incoherencia con principios básicos del ordenamiento, que demandan su adecuación con la legalidad vigente. A través del análisis crítico de las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado y de las sentencias que han abordado la gestación por sustitución, a la luz de la legislación y la doctrina que la interpreta, este análisis sugiere vías para resolver la indeseable situación creada.

the legitimating force of registration. The temporary nature of the situation, yielding as it does to civil court judgments, does not make its radical inconsistency with basic principles of Spanish legislation any less important. Those basic principles demand that the situation be brought into line with the law. In this paper a number of decisions by the Directorate-General of Registries and court judgments on surrogate motherhood are subjected to critical analysis in the light of law and interpretative legal doctrine, and some ways of settling this undesirable situation are suggested.

(Trabajo recibido el 14-5-2013 y aceptado para su publicación el 31-7-2013)