

RECONOCIMIENTO DE LA FILIACIÓN DERIVADA DE GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN

Santiago ÁLVAREZ GONZÁLEZ *

SUMARIO: 1. ACTUALIDAD Y DELIMITACIÓN DE LOS PROBLEMAS.—2. UNA PRECISIÓN SOBRE EL REGISTRO CIVIL.—3. UN PROBLEMA DE RECONOCIMIENTO, PERO NO SÓLO DE RECONOCIMIENTO.—4. EL ORDEN PÚBLICO DEL FORO COMO OBSTÁCULO GENERAL AL RECONOCIMIENTO.—5. UN CASO DE ORDEN PÚBLICO ATENUADO.—6. EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO.—7. LA SITUACIÓN EN LA UE.—8. LA IMPRONTA DE LOS DERECHOS HUMANOS.—9. CONCLUSIÓN.

1. ACTUALIDAD Y DELIMITACIÓN DE LOS PROBLEMAS

En los últimos años se va tomando conciencia de una realidad que está llamada a ser un nuevo tópico central en el Derecho internacional privado moderno: los problemas derivados de la gestación por sustitución, plenamente aceptada en unos países y rechazada en otros¹. Francia, España, Bélgica, Italia, Reino Unido y poco a poco todos los países desarrollados van enfrentándose a un problema nuevo: decidir si se reconocen los efectos típicos de estas situaciones consolidadas en el extranjero de las que derivan unos vínculos de filiación que son extraños a los países de recepción o incluso parecen contradecir algunos principios básicos e irrenunciables de esos mismos países; en definitiva, su orden público. A esta dimensión de la maternidad subrogada limitaré las presentes reflexiones. Es, obviamente, una delimitación aleatoria dentro de la multitud de problemas vinculados a la internacionalidad de un supuesto de gestación por sustitución. No trataré, no por falta de importancia, ni la regulación de los contratos por los que la madre gestante y el o los comi-

* Catedrático de Derecho internacional privado. Universidad de Santiago de Compostela.

¹ A. V. M. STRUYCKEN, «Surrogacy, a New Way to Become a Mother? A New PIL Issue», *Convergence and Divergence in Private International Law, Liber Amicorum Kurt Siehr*, La Haya y Zurich, 2010, 357-372. El tema ya está en la agenda de la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado, que lo considera «burning issue» (lo que realmente es). *Vid.* «Private international law issues surrounding the status of children, including issues arising from international surrogacy arrangements» (Doc. Prel. núm. 11, de marzo de 2011, que puede consultarse en www.hcch.net).

tentes establecen el alcance de sus acuerdos, ni las relaciones que afectan a la intervención de terceros (mediadores en el país de origen y o en el país de destino, centros sanitarios en el país de origen...)². Tampoco abordaré los aspectos de mercado, puramente económicos, que la maternidad por subrogación ya suscita, ni me detendré, más allá de lo que sea necesario para ilustrar el discurso, en la regulación puramente material de los países en los que se regula y se admite la maternidad subrogada y aquellos en los que no. Me centraré en lo que en España y los países de nuestro entorno comienza a ser una preocupación recurrente: cuál es el estatus de los menores que viven en nuestros pueblos, en nuestras ciudades, que están al cuidado de las personas que son sus padres de acuerdo con unas leyes extranjeras; que lo son desde un punto de vista social, pero que encuentran problemas jurídicos para serlo a todos los efectos para el ordenamiento jurídico del país en el que viven, por el hecho de haber sido concebidos y haber nacido mediante gestación por sustitución.

Esta deliberada delimitación del objeto de mi reflexión obliga a un cada vez más común recorrido por aspectos registrales (vinculados al Registro Civil o sus equivalentes), aspectos de puro reconocimiento de los efectos de actos de autoridad o resoluciones judiciales, no necesariamente vinculados a menciones o inscripciones en un registro público, la obligada diferenciación entre situaciones intracomunitarias y situaciones extracomunitarias y unos derechos humanos que en los últimos tiempos impregnan de forma recurrente todo el círculo jurídico de la persona y la familia. Es esta una secuencia problemática que tiende a consolidarse al abordar las situaciones privadas internacionales vinculadas a España o a los países de la UE.

No estarán ausentes de los presentes desarrollos el tema del método ni, cómo no, el inefable «interés superior del niño». Pero no como protagonistas principales³. Me interesa en mayor medida poner de manifiesto diversas dimensiones de la problemática que el académico debate sobre cuál es la vía idónea para abordar el tema, puesto que esta idoneidad siempre se ha valorado en términos que podríamos denominar «sistemáticos», y prefiero una aproximación problemática, más nítida. Por ello, seré también escueto y contundente en mis observaciones sobre el interés superior del niño, aunque sólo sea para compensar su recurrente presencia.

Dado el tenor de los temas a tratar, la forma de tratarlos y la extensión de esta contribución, no haré distinción entre las muy distintas situaciones posibles de maternidad subrogada, salvo cuando sea necesario en función de las soluciones que se propongan para cada caso. Soy, evidentemente, consciente de que no es lo mismo (o, para ser más cauteloso con lo que una introducción exige, «puede no ser lo mismo») la situación en la que el o los nacidos son genéticamente descendientes de uno de los comitentes (o de ambos) que aquella en la que no existe tal vínculo; especialmente en orden a la existencia de alternativas legales

² Desde el DIPr, K. TRIMMINGS y P. BEAUMONT, «International Surrogacy Arrangements: an Urgent Need for Legal Regulation at the International Level», *Journal of Private International Law*, 7, 2011, pp. 627-647.

³ Vid. S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, «Efectos en España de la gestación por sustitución llevada a cabo en el extranjero», *AEDIPr*, t. X, 2010, pp. 339-377, pp. 364-369. Trabajo al que me remito para más datos sobre la práctica judicial y doctrina manejada.

a la determinación de la filiación respecto de uno de ellos. También lo soy de las diferencias que existen en cuanto a la terminología utilizada para referirse a esta realidad, tanto desde una perspectiva meramente biológica, cuanto desde la perspectiva moral. Aunque hablar de gestación por sustitución (terminología legal prevalente en nuestro sistema), de maternidad subrogada, de alquiler de vientre, puede ser —y es— diferente en cada caso, no lo será en el presente trabajo.

2. UNA PRECISIÓN SOBRE EL REGISTRO CIVIL

No es infrecuente, sino todo lo contrario, que los casos en los que se cuestiona la filiación derivada de una maternidad subrogada llevada a cabo en el extranjero surjan como consecuencia de la solicitud de la inscripción de los nacidos en los correspondientes registros civiles o equivalentes de los Estados de recepción. Así ocurrió con el caso más conocido en España⁴ o con los supuestos que recientemente han llegado a la *Cour de cassation* francesa, entre otros. El proceso es conocido: la especial fuerza que posee la inscripción registral y su conexión principalmente con la documentación que identifica a los nacidos (DNI, pasaporte...) convierte a la inscripción en muy importante, aunque, avanzo, no en crucial, al menos en los casos en los que hay una inscripción en el extranjero⁵.

Pues bien, uno de los elementos que creo que tienen que tenerse en cuenta en este sentido, y del que alguna de las sentencias francesas implícitamente nos alertan, es que no existe necesariamente una correspondencia entre el reconocimiento de la situación y la constatación registral de la misma. No digo que no debiera existir, sino simplemente que no existe. Hace años que vengo denunciando este aspecto en relación con la adopción internacional, sin encontrar demasiado eco, he de reconocer⁶. Del mismo modo que una adop-

⁴ Resolución DGRN de 18 de febrero de 2009, con nota de A. QUIÑONES ESCÁMEZ, *REDI*, 2009, pp. 215-219, y P. OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, *AEDIPr*, t. IX, 2009, pp. 1249-1252. Esta Resolución fue revocada por la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 15 de Valencia, de 17 de septiembre de 2010 y esta última ratificada por la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 10.^a, de 23 de noviembre de 2011, JUR 2011/420242. Entre la primera y la segunda sentencia se publicó la Instrucción DGRN de 5 de octubre de 2010, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución (*BOE* de 7 de octubre de 2010). *Vid.* las reacciones doctrinales sobre esta Instrucción en S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, *AEDIPr*, 2010, p. 342, nota 4. A día de hoy esta Instrucción ha deparado la estimación de numerosos recursos contra la negativa del encargado del Registro Civil a inscribir el nacimiento y filiación de nacidos mediante gestación por sustitución: admiten la inscripción las resoluciones de la DGRN 1/2011, de 3 de mayo, JUR 2012/107637; 4/2011, de 6 de mayo, JUR 2012/110698; 6/2011, de 6 de mayo, JUR 2012/147776; 1/2011, de 9 de junio, JUR 2012/151437; 2/2011, de 9 de junio, JUR 2012/151438; 3/2011, de 9 de junio, JUR 2012/151439; 1/2011, de 27 de junio, JUR 2012/151441; 4/2011, de 23 de septiembre, JUR 2012/168313; 5/2011, de 23 de septiembre, JUR 2012/168314; 2/2011, de 30 de noviembre, JUR 2012/303072; 1/2011, de 12 de diciembre, JUR 2012/307191; y 4/2011, de 22 de diciembre, JUR 2012/307190; la deniegan las Resoluciones DGRN 5/2011, de 6 de mayo, JUR 2012/114782, 2/2011, de 23 de septiembre, JUR 2012/168312 y 1/2011, de 30 de noviembre, JUR 2012/303071. Resulta curioso que las últimas Resoluciones a las que he tenido acceso sean de finales de 2011 (ninguna de 2012); todas ellas firmadas por el anterior director general.

⁵ *Vid.* art. 7 de la Convención de derechos del niño, de 20 de noviembre de 1989 y P. RODRÍGUEZ MATEOS, «La protección jurídica del menor en la Convención sobre los derechos del niño de 20 de noviembre de 1989», *REDI*, 1992, pp. 465-498, pp. 473-476.

⁶ En concreto, desde 1998, en materia de reconocimiento e inscripción de adopciones extranjeras: S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, «Adopción internacional y sociedad multicultural», *Cursos de Derecho*

ción existe y puede ser válida con independencia de que se inscriba o no en el Registro Civil (porque la inscripción no es constitutiva), otro tanto podemos decir sobre la existencia de la relación de filiación derivada de una gestación por sustitución. Tendemos a aparejar ambas realidades como una sola y no es así: un matrimonio existe aunque no esté inscrito, una filiación adoptiva existe aunque no esté inscrita, *la filiación derivada de la gestación por sustitución existe aunque no esté inscrita*. El problema, o uno de los problemas que enturbia el análisis de este tema, es que el Registro Civil (y creo que los registros civiles en general)⁷ han sido concebidos —y siguen siendo concebidos— sobre la base de sociedades menos internacionalizadas que las actuales; muy pegadas a la *concepción doméstica del estado civil* y poco abiertas a concepciones de otros sistemas: por eso seguimos sin poder inscribir *Kafalas* o *adopciones simples o menos plenas* y sí *tutelas, curatelas, autotutelas, cambios de sexo* o *representaciones del ausente*, aunque quizá haya más niños sujetos a las primeras que personas sujetas a las segundas (y si no fuese así, es igual, el ejemplo vale con independencia de la estadística, porque sin duda aquéllas constituyen un buen número). Por eso, parece que todo lo que no pueda ajustarse a nuestra concepción de los hechos inscribibles, todo lo que siendo diferente no sea claramente equivalente, haya de quedar extramuros del Registro Civil⁸. Y, a mi juicio, no debe ser así; o no en todos los casos.

En mi primera aproximación al tema ponía un ejemplo, que a todas luces me parecía paradigmático del necesario reconocimiento de la filiación derivada de la gestación por sustitución: el de padre y madre californianos que recurrieron a la gestación por sustitución cuando residían en su país de origen; se trasladaron posteriormente a España por motivos de trabajo y adquirieron la nacionalidad española durante la menor edad del hijo o hijos nacidos por dicha técnica; una vez españoles, incoan ante el Registro Civil un expediente sobre inscripción de nacimiento y opción a la nacionalidad española del hijo o hijos por estar sujetos a la patria potestad de un español (art. 20 del Código Civil), a cuyos efectos aportan certificaciones registrales californianas. En la hipótesis que yo manejo (y que obviamente puede ser discutida) existe en este caso una relación de filiación entre padres e hijos *también para el ordenamiento jurídico español*; existe un derecho a la nacionalidad española por parte de los menores, y es posible que no quepa la inscripción registral (al menos, sobre la base de las certificaciones registrales californianas) si interpretamos de forma estricta el requisito de que «no haya duda de la realidad del hecho inscrito»⁹. En todo caso, si el obstáculo existe, debe removerse o arbitrarse

Internacional de Vitoria Gastéiz-1998, Madrid, Tecnos, 1999, pp. 175-211, p. 211, y en mis posteriores escritos sobre el tema.

⁷ B. ANCEL, «L'épreuve de vérité. Propos de surface sur la transcription des actes de naissance des enfants issus d'une gestation pour autrui délocalisée», *Le droit entre tradition et modernité. Mélanges à la mémoire de Patrick Courbe*, Paris, 2012, pp. 1-9.

⁸ B. ANCEL, *loc. cit.*, pp. 3-6; J. M. ESPINAR VICENTE, «La Ley 20/2011 de Registro civil y la certificación registral extranjera como título de inscripción», *AEDIPr*, t. XI, 2011, pp. 485-525, pp. 510-511.

⁹ P. OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, «Recognition in Spain of Parentage Created by Surrogate Motherhood», *YPIL*, 12, 2010, pp. 619-637, p. 631. A mi juicio, puede interpretarse de otra manera: el hecho inscrito puede entenderse que es la *filiación* (en la terminología de hecho inscribible del art. 1 LRC) y no habría duda de esa filiación. Eludo apoyarme en la práctica registral citada *supra* nota 4, en tanto no se consolide.

otra vía para que una realidad de las que puede tener acceso al Registro Civil (*el nacimiento, la filiación, el nombre y los apellidos*, art. 1 LRC 1957) acceda de forma efectiva.

El problema no es solamente nuestro. Si echamos una mirada a la práctica francesa, nos percataremos de que podemos encontrar una paradoja similar, aunque en este caso, con una especie de reconocimiento expreso que no deja de sorprenderme. Una de las declaraciones que más llama la atención en la jurisprudencia de la *Cour de cassation* es la que se refiere a la no afectación de los derechos del niño en los casos juzgados: «...una situación tal [el rechazo del establecimiento de la filiación respecto de los comitentes, que el *juge de tutelles* había constatado por acta de notoriedad, al considerar que existía “posesión de estado”], que no priva al niño de la filiación materna y paterna que el Derecho del Estado de Minnesota le reconoce, ni le impide vivir con los cónyuges X [comitentes] en Francia, no atenta al derecho al respeto de la vida privada y familiar de este niño en el sentido del art. 8 CEDH, ni tampoco a su interés superior garantizado por el art. 3.1.º del Convenio Internacional de Derechos del Niño»¹⁰. La filiación existe, se viene a reconocer, en otros lugares. Y, además, la situación se tolera, sin problema alguno, en Francia. El entrecomillado refleja una cierta «ajenidad» de la situación; como si se tratase de los californianos de nuestro ejemplo anterior. Pero esta especie de unguento (como mirar para otro lado) es rechazable al menos desde dos puntos de vista: por un lado, no creo que quepa abdicar de la responsabilidad del ordenamiento jurídico sobre la *realidad social*: se trata de personas que viven en Francia (el ejemplo vale también para España) y cuya vida puede hacerse más complicada que la de otras personas cuando, por ejemplo, los padres tengan que dar un consentimiento informado para una operación quirúrgica vital para los hijos... y tengan que demostrar que son los padres; cuando se vayan de vacaciones al extranjero con sus hijos... y tengan que demostrar que son los padres... cuando tengan que tomar decisiones sobre su educación... y tengan que demostrar que son los padres. Se me puede decir que en la misma situación se encuentran los hijos de padres californianos residentes en Francia, pero claramente no es lo mismo. Por un lado, porque en este caso padres e hijos estarán convenientemente documentados conforme a las exigencias estadounidenses. Pero, además, y este sería el segundo punto de vista al que me refiero, porque en los casos resueltos por la *Cour de cassation* no es descartable que, como podría suceder también en España, los niños puedan ser considerados franceses en virtud de lo dispuesto en el art. 18 CCF (*Est français l'enfant dont l'un des parents au moins est français*). Resulta paradójico este extraño reconocimiento de filiación, más la negativa a la inscripción en los registros franceses: ¿se tratará de una nueva *discriminación por el modo de concepción*?

Volviendo sobre nuestro supuesto, el ejercicio del derecho a la opción a la nacionalidad española más la negativa a la inscripción en el Registro Civil español ¿no contraría la interdicción de discriminación por razón de nacimiento que deriva del art. 14 CE? Creo que en ambos casos, o al menos en el caso

¹⁰ Sentencia *Cour Cas.* núm. 371, de 6 de abril de 2011; en términos parecidos, Sentencia *Cour Cas.* núm. 369, de 6 de abril de 2011, y Sentencia *Cour Cas.* núm. 370, de 6 de abril de 2011 (*Menesson*), (www.courdecassation.fr/).

español bajo la hipótesis del reconocimiento (en el francés, el orden público opera hasta ahora con una fuerza innegable) una adaptación de la normativa registral a la nueva realidad se impone.

La situación tras la entrada en vigor de la nueva LRC clarificará algunas dudas y defectos del procedimiento registral que se han hecho patentes en el caso resuelto por la citada Resolución DGRN de 18 de febrero de 2009, pero no aporta —porque no es su función— elementos fundamentales para orientar la general problemática del reconocimiento en España de la filiación derivada de maternidad subrogada¹¹.

3. UN PROBLEMA DE RECONOCIMIENTO, PERO NO SÓLO DE RECONOCIMIENTO

Anuncié que no me detendría en el tópico del método y este epígrafe será deliberadamente breve. Los casos que de forma mayoritaria se han presentado y se presentarán en España y el resto de los países de nuestro entorno plantearán problemas de reconocimiento, y esa es la perspectiva que asumimos. La actualidad teórica del método hace que, a pesar de llevar una serie de años incidiendo en la posible existencia de un cambio de paradigma (hacia una preponderancia del método del reconocimiento en detrimento del llamado conflicto de leyes), las aportaciones doctrinales no cesen. A mi juicio, el cambio no se ha producido y el entusiasmo de quienes lo propugnan creo que desdeña no pocos obstáculos y explicaciones alternativas como las que propone Andreas Bucher en su imponente Curso General¹².

Quiero decir que, aunque se detecta en la doctrina y en la práctica judicial un acuerdo casi absoluto en que los temas de la gestación por sustitución llevada a cabo en el extranjero que se plantean en España y en el resto de Europa deben abordarse desde la óptica del reconocimiento, dos elementos indican que también cabe una aproximación desde la ley aplicable: por un lado, la existencia de sistemas extranjeros en los que la filiación se determina al margen de la actuación judicial (por ejemplo, Illinois y Nevada, pero también Ucrania, uno de los países emergentes en este ámbito). Aunque ello no supone *per se* enfocar el tema desde la perspectiva de la ley aplicable (el *reconocimiento* para «meras» situaciones jurídicas es igualmente aceptable), tampoco permite descartarlo¹³. Por otro lado, la necesidad de dar respuesta a las vicisitudes que puedan plantearse tras el reconocimiento de una situación (impugnación de la filiación reconocida, etc.) impone una atención específica al tema (potencial-

¹¹ La citada Instrucción DGRN de 5 de octubre de 2010 es bienintencionada y, aunque haya contribuido a facilitar la inscripción en numerosos supuestos, está aquejada de déficits estructurales importantes: S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, *AEDIPr*, 2010, pp. 356-361; también, J. M. ESPINAR VICENTE, «Nuevas reflexiones en torno a la heterodoxa doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado. La gestación de sustitución y el amparo a los actos en fraude a la Ley», *Liber Amicorum José Luis Iglesias Buhíques*, Valencia, 2012, pp. 589-604.

¹² A. BUCHER, «La dimension sociale du droit International privé. Cours général», *Recueil des Cours*, t. 341, 2009, pp. 332 y ss.

¹³ D. GRUENBAUM, «Foreign Surrogate Motherhood: Mater Semper Certa Erat», 60, *American Journal of Comparative Law*, 2012, pp. 475-506, p. 490.

mente) desde la perspectiva de la ley aplicable, que hasta ahora parece ausente en todos los acercamientos doctrinales¹⁴.

4. EL ORDEN PÚBLICO DEL FORO COMO OBSTÁCULO GENERAL AL RECONOCIMIENTO

El orden público se alza como el obstáculo más evidente al reconocimiento de la filiación derivada de una gestación por sustitución llevada a cabo en el extranjero. Junto a la parquedad de la jurisprudencia francesa más atrás citada, amparada en su indiscutible vinculación a la *indisponibilidad del estado civil de las personas*¹⁵, tenemos en España dos recientes y muy interesantes sentencias que arrojan más luz sobre el tema. De una parte, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 23 de noviembre de 2011, que aparentemente cierra el proceso que se inició con la citada Resolución DGRN de 18 de febrero de 2009; por otra parte, la Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 2 de Oviedo, de 9 de abril de 2012¹⁶, que introduce el siempre atractivo debate sobre un «orden público» atenuado.

La diferencia con el caso francés es interesante, pues en la práctica judicial española el orden público se construye sobre bases que podríamos denominar más universales: cuando la SAP de Valencia, de 23 de noviembre de 2011, habla del orden público que se opone a la inscripción (valdría lo mismo si se tratase de un propio reconocimiento) se apoya en *que la persona humana no puede ser objeto del comercio de los hombres, o lo que es lo mismo, que el niño no puede ser objeto de transacción, así [como] la propia dignidad de la persona*: los arts. 10.1, 14 y 39.2 de la Constitución Española entran en juego para oponerse al reconocimiento de cualquier tipo de sentencia o de situación que haga valer una maternidad subrogada en España¹⁷. Se trata aquí de palabras mayores: la dignidad de la persona y la igualdad son dos elementos difícilmente soslayables, incluso apelando a la tradicional interpretación restrictiva del orden público.

Como señalé en mi comentario de urgencia a esta sentencia¹⁸, la objeción es importante, pero, a mi juicio, no decisiva. Creo que se trata de una visión absolutista del orden público que no se corresponde con la necesaria operatividad especial para cada caso que debe presidir este expediente. Me permito traer a colación observaciones ya realizadas en otro lugar para afirmar que es posible concebir hipótesis en la que los derechos enumerados por la AP de Valencia no se ven afectados. No se ve afectada la *dignidad* de quien libre y voluntariamente pide a una mujer que lleve en su vientre a quien en el futuro habrá de ser su hijo, ni de la mujer que libre y voluntariamente acepta esa petición. No veo cómo se puede ver la dignidad del nacido¹⁹: ¿alguien puede seriamente

¹⁴ Vid. mis observaciones en *AEDIPr*, 2010, pp. 373-376.

¹⁵ B. ANCEL, *loc. cit.*, pp. 1-2 y jurisprudencia citada.

¹⁶ La Ley 57783/2012. Vid. también la STSJ de Madrid (Sala de lo Social, Sección 4.ª), de 18 de octubre de 2012 (JUR 2012/374571). Y sobre ambas, mi nota en *REDI*, 2013-14-Pr.

¹⁷ P. OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, *loc. cit.*, p. 633.

¹⁸ *REDI*, 2012-13-Pr., pp. 213-216.

¹⁹ En este mismo sentido M. ATIENZA, «Sobre la nueva Ley de Reproducción Humana Asistida», *Revista de Bioética y Derecho*, núm. 14, 2008, pp. 4-9.

defender que la dignidad de los nacidos mediante gestación por sustitución está afectada de modo distinto que la de los nacidos mediante fecundación *in vitro*, mediante inseminación artificial, tras una relación esporádica con la única finalidad de quedar encinta, tras una relación esporádica con la única finalidad de disfrutar del sexo, dentro o fuera del matrimonio?

Obviamente (y recalco el adverbio), ello no significa que cualquier tipo de filiación derivada de maternidad subrogada sea inmune al orden público español o al orden público francés o a cualquier otro, sino que este título de determinación de la filiación no es *en todos los casos* contrario a nuestro orden público: porque no en todos los casos cosifica al nacido; no en todos los casos denigra a la madre gestante; no en todos los casos hay «beneficios materiales indebidos». ¿Consideramos a la adopción contraria al orden público español? He ahí una pregunta que alzaría las cejas de cualquier iniciado: claro que no, se respondería. Mas, en ocasiones, sí puede producirse una vulneración de la dignidad de los padres biológicos, una vulneración de sus derechos a ser oídos, sí puede acontecer una comercialización del menor adoptado, sí la existencia de «beneficios materiales indebidos». Y en estos casos, la adopción sí vulnera el orden público español. Y sí se ven afectados los arts. 10.1, 15, 39.2 (y otros) de la CE. Distinguir entre los supuestos aceptables y los no aceptables, los que vulneran el orden público y los que no lo hacen, es mucho más justo (además de más eficiente para la tutela de los derechos implicados)²⁰ que abstraerse del caso concreto y defender un orden público apriorístico y voluntarista²¹.

Una segunda dimensión vinculada a la operatividad del orden público en este ámbito es la que gira en torno al «contrato» de gestación por sustitución. En España este contrato es nulo y de él no pueden derivar las consecuencias típicas de los contratos. Así lo dispone el art. 10 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida. De este precepto es común derivar la genérica idea de la prohibición de la gestación por sustitución en nuestro país. No es así²². Y en términos del desvalor atribuible a la conducta regulada no dejaría de tener importancia en el tema que nos ocupa, donde distinguir entre las *policias* (meramente) domésticas y las fronteras (jurídicas) internacionales es tan importante. En todo caso, sin ser minusvalorable el alcance de la norma, tampoco creo que deba alcanzar el estatus de manifestación formal de un principio insoslayable e inderogable (que no sería otro que la madre *gestante* es la madre en todo caso), ni que pueda elevarse a la categoría de norma materialmente imperativa para el tráfico externo como se definía antaño.

No lo consideró así la AP de Valencia, que, por el contrario, afirmó su naturaleza de norma de policía en los términos del Reglamento Roma I. Al margen de la inadecuada mención de este último (*vid.* su art. 1.2) hay que hacer mención a dos extremos: por un lado, que en términos de reconocimiento de una decisión extranjera (o de una situación jurídica), son sus concretos efectos

²⁰ Así lo ven K. TRIMMINGS y P. BEAUMONT, *loc. cit.*, p. 647, cuando exigen una regulación específica

²¹ D. GRUENBAUM, *loc. cit.*, pp. 498-500.

²² M. ATIENZA, *loc. cit.*, p. 6. Ya antes, J. DELGADO ECHEVERRÍA, «El concepto de validez de los actos jurídicos de Derecho privado (Notas de teoría y de dogmática)», *ADC*, 2005, pp. 9-74, p. 55.

en el ordenamiento jurídico del foro y no sus causas legales los que han de ser contrastados con los principios de orden público; de nuevo, puede haber una correlación (es frecuente que la haya) entre el reproche o desvalor que se aparezcan a unas (las normas extranjeras) y otros (los efectos del reconocimiento en el foro), pero es una correlación *no necesaria* en todos los casos. En cuanto a la consideración del mencionado artículo como norma de policía o norma material imperativa, tampoco me parece que deba abundarse, por obvio, en la distinta operatividad que poseería esta calificación en sede de ley aplicable y en sede de reconocimiento²³.

5. UN CASO DE ORDEN PÚBLICO ATENUADO

Algunos de los casos que se han ido conociendo en los últimos tiempos ponen de manifiesto que los supuestos que analizamos son más frecuentes de lo que podríamos pensar y que muchos de ellos pueden encontrarse durante años en una situación de cierta *clandestinidad jurídica*. Esta clandestinidad motivada, probablemente, por el temor cierto a no ver satisfechos los anhelos de una regularización total (quiero decir un reconocimiento absoluto de la relación paterno y/o materno filial entre los comitentes y el nacido) no va a impedir la aparición de supuestos en los que un tradicional orden público atenuado vaya progresivamente aceptando efectos típicos de esa relación de filiación que no se acepta como tal. Un posible ejemplo lo tenemos en la citada Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 2 de Oviedo, de 9 de abril de 2012, que concede a una madre por subrogación (madre comitente) el permiso por maternidad y el derecho a percibir un subsidio por maternidad, en relación con su hijo nacido en California mediante gestación por sustitución.

Dos aspectos que son significativos en este caso, pero que no voy a tratar aquí, son, en primer lugar, que en el supuesto se había producido la inscripción del nacimiento y filiación respecto de los comitentes en el Registro Civil consular de Los Ángeles (práctica que, como señalé, cuenta con un buen número de ejemplos publicados, al menos, hasta diciembre de 2011). De conformidad con lo dicho más atrás, del mismo modo que relativizo la no inscripción, he de relativizar en este caso la inscripción, como creo que hace el Juzgado. En segundo lugar, que el procedimiento utilizado fue el de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales.

Lo que me interesa destacar es que la Sentencia no dudó en apelar al conocido expediente del orden público atenuado para afirmar que «el hecho de que la maternidad por sustitución no esté reconocida en España, es más, esté prohibida (*sic*), no es motivo para que no se le reconozca a la madre el subsidio, porque en otras situaciones ilegales o irregulares, existe la protección del sistema para los afectados». El juzgado ejemplifica con la pensión de viudedad que se viene otorgando a las viudas de un causante poligámico o la protección que se otorga, en materia de Seguridad Social, a los trabajadores en situación

²³ Vid. A. QUIÑONES ESCÁMEZ, «Doble filiación paterna de gemelos nacidos en el extranjero mediante maternidad subrogada. En torno a la RDGRN de 18 de febrero de 2009», *InDret*, 3/2009, punto 3.1, pp. 16 y ss.

irregular. Y concluyó que siendo la «maternidad por sustitución» equiparable a las demás *situaciones de hecho protegidas*, la denegación del subsidio solicitado vulneraría el principio de igualdad.

6. EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO

¿Es el interés superior del niño una puerta falsa capaz de destruir cualquier tipo de razonamiento en términos de soluciones particulares legalmente articuladas? El uso y abuso de la noción de «interés superior del niño» hace que cualquier tipo de construcción más o menos «ortodoxa» en términos de reconocimiento de la filiación derivada de una gestación por sustitución llevada a cabo en el extranjero pueda estar condenada a quedarse en una gran antesala técnicamente atractiva que da paso a una decisión más o menos voluntarista a la luz de las concretas circunstancias. El estrecho marco de estas reflexiones me impide profundizar en el tema pero no me exime de ponerlo de manifiesto.

El problema no es exclusivo de la gestación por sustitución. En España, casos como el resuelto por el Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona de 13 de enero de 2010²⁴, en materia de reconocimiento de una adopción extranjera, son reveladores de un modo de razonar que no tiene por qué ser infrecuente: ¿qué efectos puede darse a una adopción constituida en el extranjero *sin las debidas garantías que prevén las normas sobre adopción internacional* cuando su rechazo es contrario al interés del niño?²⁵ Una lectura superficial de la citada Resolución DGRN de 18 de febrero de 2009 alerta también del papel preponderante que el interés de los menores desempeñó en la decisión de admitir el recurso y proceder a la inscripción de su filiación respecto de los padres comitentes. Y aunque el rechazo al reconocimiento no puede entenderse en todo caso como contrario al interés del niño²⁶, es preciso reconocer su fuerza destructiva de cualquier construcción apriorística. Incluso quienes parten de un rechazo de base a la gestación por sustitución, terminan por claudicar²⁷.

Enormemente reveladora de esta tendencia es la siguiente frase entresacada de una de las últimas sentencias dictadas en el Reino Unido sobre el tema: «*It is almost impossible to imagine a set of circumstances in which, by the time an application for a parental order comes to court, the welfare of any child, particularly a foreign child, would not be gravely compromised by a refusal to make the [parental] order*»²⁸.

²⁴ JUR, 2010/114935.

²⁵ Vid. E. RODRÍGUEZ PINEAU, en la nota a este Auto, *REDI*, 2010-13-Pr.

²⁶ Vid. mis observaciones en *AEDIPr.*, *loc. cit.*, pp. 370-371, entre otras.

²⁷ P. LAGARDE, «La reconnaissance. Mode d'emploi», *Vers de nouveaux équilibres entre ordres juridiques. Liber amicorum, Hélène Gaudemet-Tallon*, Paris, 2008, pp. 481-501, p. 499: nada de reglas apriorísticas; aplicación del art. 3 de la Convención de derechos del niño. Más tarde, comentando la primera sentencia de la *Cour de Cassation* en el caso *Mennesson*, *Rev. Crit. Dr. Int. Pr.*, 2009, pp. 320-331, p. 331. Vid. también la Sentencia de la Corte de Apelación de Lieja, *1ère Ch.*, 6 de septiembre de 2010 (P. WAUTELET, en *www.conflictolaws.net*, de 27 de abril de 2010 y de 2 de noviembre de 2010).

²⁸ *D and L (Surrogacy) [2012] EWHC 2631 (Fam)*, donde se interpretan de forma muy flexible requisitos tales como el consentimiento de la madre y la ausencia de contraprestación económica.

Obviamente, este avasallador tópico²⁹ no operará cuando se trate de hacer valer la filiación respecto de un mayor. Lo que no es en absoluto inverosímil. ¿Pero realmente podemos hacer esa diferencia en términos de reconocimiento de la *filiación*?

7. LA SITUACIÓN EN LA UE

Aunque los supuestos más abundantes con los que se enfrentan los países europeos proceden de terceros países ajenos a la UE, el hecho de que tanto en el Reino Unido como en Grecia la gestación por sustitución sea una realidad legalmente prevista (y en otros países parece que se permite de facto)³⁰ exige un análisis especial del tema. Ello es especialmente importante a la vista de dos datos: en primer lugar, que las exigencias legales en ambos sistemas son estrictas y garantistas y tienen barreras para impedir el llamado *turismo reproductivo*. Es decir, que esta nota de desvalor típica de alguno de los supuestos con los que se han enfrentado los tribunales del Estado de acogida no se da en ninguno de los dos Estados: UK y Grecia tratan de combatir el turismo reproductivo. En el Reino Unido, la clave de todo el sistema, la *parentar order*, tiene, entre otros requisitos, la necesidad de que al menos uno de los solicitantes tenga su domicilio en el Reino Unido³¹. En Grecia los arts. 1.458 y 1.464 del Código Civil (los que regulan de forma sustantiva la gestación por sustitución) sólo son aplicables (mejor, la posibilidad que ofrecen solo está al alcance) cuando la mujer comitente y la mujer gestante poseen ambas su domicilio en Grecia³². Este requisito, que cuenta con recientes casos en los que se ha interpretado de forma flexible en el Reino Unido³³, es un factor que no permite echar mano de la idea global de fraude o búsqueda artificial del mejor «foro reproductivo».

En segundo lugar, no puede perderse de vista la existencia de una evolución favorable al reconocimiento que augura un mayor número potencial de casos. Si bien tribunales británicos rechazan el reconocimiento de casos de su-

La frase se extrae de la última práctica judicial aperturista al reconocimiento: *Re X and Y (Foreign Surrogacy)* [2008] EWHC 3030 (Fam); *Re S (Parental Order)* [2009] EWHC 2977 (Fam); *Re L (Commercial Surrogacy)* [2010] EWHC 3146 (Fam); *Re IJ (Foreign Surrogacy Agreement Parental Order)* [2011] EWHC 921 (Fam); *Re X and Y (Parental Order: Retrospective Authorisation of Payments)* [2011] EWHC 3147 (Fam).

²⁹ Desde antiguo presente en la obra de la profesora BORRÁS. A. BORRÁS RODRÍGUEZ, «El “interés del menor” como factor de progreso y unificación del Derecho internacional privado», *RJC*, vol. 93, núm. 4, 1994, pp. 915-967; A. BORRÁS RODRÍGUEZ, «La evolución de la protección del niño en el Derecho internacional privado desde el Convenio de Nueva York de 1989», *La protección de los niños en el derecho internacional y en las relaciones internacionales: Jornadas en conmemoración del 50 aniversario de la Declaración Universal de los Derechos del Niño y del 20 aniversario del Convenio de Nueva York sobre los Derechos del Niño*, E. GONZÁLEZ BOU y N. GONZÁLEZ VIADA (coords.); F. ALDECOA LUZÁRRAGA y J. J. FORNER I DELAYGUA (dirs.), 2010, pp. 11-38.

³⁰ P. LAGARDE, «La gestation pour autrui: problèmes de droit interne et de droit international privé», *Revue Hellenique de droit international*, 2009, pp. 511-520, pp. 514-515.

³¹ Sec. 54.4.b de la Human Fertilisation and Embryology Act 2008.

³² Art. 8.º de la Ley 3089/2002, sobre asistencia médica a la reproducción humana, de 19 de diciembre de 2002.

³³ *Z and another v C and another* [2011] EWHC 3181 (Fam); pero la solución fue otra en *Re G (Surrogacy: Foreign Domicile)* [2007] EWHC 2814 (Fam).

brogación provenientes de otros países a través de la denegación de la *parental order* cuando no se cumplen los requisitos establecidos por la ley, es cierto que en los últimos tiempos se aprecia una mayor apertura al reconocimiento, flexibilizando los requisitos exigidos sobre la base del supremo interés del niño, en los términos ya vistos³⁴.

Con carácter general, la mayoría de los trabajos que en los últimos tiempos analizan el alcance del *método del reconocimiento* en la UE conducen a pensar que la denegación del reconocimiento de una filiación derivada de la gestación por sustitución en el marco de las exigencias de la libre circulación de personas se opondría al Derecho comunitario: art. 21 TFEU (antiguo art. 18 TCE)³⁵. Es difícil saber si la jurisprudencia del TJUE en asuntos como *Grunkin Paul* (en materia de nombre de las personas físicas) conduce a una imposición del reconocimiento, especialmente a la vista de la salvaguarda del orden público que dejan siempre a salvo³⁶. Pero no veo descartable que así sea. Lamentablemente, la muy interesante Sentencia Trib. App. de Bari, de 19 de febrero de 2009, nos hurtó este debate, a menos a título principal, cuando accedió a una rectificación de las actas del registro civil italiano en el sentido de acreditar la filiación derivada de dos distintos procesos de gestación por sustitución llevados a cabo en el Reino Unido. Aunque en la consideración de que la maternidad subrogada no era contraria al orden público italiano tuvo una cierta influencia el hecho de que estuviese admitida en algunos países de la Unión Europea, la clave comunitaria no contó con el protagonismo que pudo haber tenido³⁷.

8. LA IMPRONTA DE LOS DERECHOS HUMANOS

Como dije más atrás, pocas situaciones privadas internacionales vinculadas a la persona y a la familia escapan al potencial veredicto de su acomodación o no a la normativa internacional de derechos humanos. El tema relativo al reconocimiento de la filiación derivada de la gestación por sustitución no es una de ellas³⁸. El hecho de que alguno de los citados casos resueltos por la *Cour de cassation* esté pendiente ante el TEDH³⁹ hace que, además, este aspecto cuente en un futuro con algo más que impresiones particulares.

³⁴ *Supra* nota 28.

³⁵ Taxativo P. LAGARDE, *Revue Hellenique...*, *loc. cit.*, pp. 518-519.

³⁶ *Vid.* por ejemplo la subsiguiente STJUE de 22 de diciembre de 2010, en el asunto C-208/09, *Ilonka Sayn-Wittgenstein y Landeshauptmann von Wien*, y mi nota en REDI-2011-1-Pr. Sobre el tema R. BARATTA, «La reconnaissance internationale des situations juridiques personnelles et familiaires», *Recueil des Cours*, t. 348, 2010, pp. 253-499, pp. 457 y ss.

³⁷ C. CAMPIGLIO, «Lo stato di figlio nato da contratto internazionale di maternità», *Riv. dir. int. pr. proc.*, 2009, pp. 589-604, tan solo en pp. 596-597 introduce la clave comunitaria, pero sin un peso suficiente en la argumentación; R. BARATTA, *loc. cit.*, pp. 397-398, lo trata junto con el supremo interés del niño.

³⁸ P. KINSCH, «Recognition in the Forum of a Status Acquired Abroad. Private International Law Rules and European Human Rights Law», *Convergence and Divergence in Private International Law, Liber Amicorum Kurt Siehr*, La Haya y Zurich, 2010, pp. 259-275, pp. 272-273; P. OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, *loc. cit.*, p. 635.

³⁹ *Mennesson c. France*, recurso núm. 65192/11, en el que se alegan vulneración de los arts. 6.1, 8.2, 12 y 14 del CEDH.

El análisis sobre la compatibilidad de una conducta o de una normativa con los derechos humanos ha de realizarse en este caso en términos de balance y en última instancia, de opción, dado que los derechos humanos en juego tienen una dimensión tanto obstativa cuanto favorecedora del reconocimiento: entre los primeros, se encuentran la dignidad de la persona y su proyección en los casos de gestación por sustitución sobre la madre gestante y el nacido de la gestación. En el otro lado de la balanza, se encuentra, especialmente, el derecho a la no injerencia en la vida personal y familiar, ampliamente desarrollado por el TEDH, en relación con el art. 8 CEDH⁴⁰. Los precedentes y las consecuencias posibles de la Sentencia TEDH en el caso *Wagner c. Luxemburgo*, de 28 de junio de 2007, y de la más reciente Sentencia TEDH en el caso *Negrepointis-Giannisis c. Greece*, de 3 de mayo de 2011, pueden ser decisivos. En ambas se condena por violación, entre otros, del derecho a la no injerencia en la vida personal y familiar en sendos casos de filiación determinada en el extranjero, como consecuencia de su no reconocimiento en el país del foro: Luxemburgo en un caso y Grecia en el otro.

A mi juicio, no se trata de supuestos taxativos que valgan para proyectar su doctrina sobre cualquier caso de reconocimiento de una gestación por sustitución llevada a cabo en el extranjero. Por un lado, porque no todo rechazo al reconocimiento supondrá una injerencia en la vida familiar de los afectados: en el caso *Wagner* se incidió muy especialmente en la «buena fe» en la adquisición del estatus y en la «legitimidad» de las expectativas de las partes⁴¹. Supuestos de puro «turismo reproductivo» podrían no verse amparados por el art. 8 CEDH⁴². Por otro, el propio TEDH se encarga de matizar también en *Wagner*, que en todo caso habrá de procederse a una apreciación concreta a la luz del principio de proporcionalidad y de los supuestos de justificación presentes en el art. 8 CEDH y que recuerda el propio TEDH: la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás. Una puerta abierta a intereses estatales, menos universalista, donde el orden público aún podría tener algo que decir⁴³.

Desde otro punto de vista, a la relevante influencia potencial de estos dos supuestos sobre el tema que nos ocupa⁴⁴, hay que añadir que para el Consejo

⁴⁰ Me limito exclusivamente al tema principal del reconocimiento. Las perspectivas en términos de derechos humanos y *surrogacy* son, obviamente, mucho más diversas. *Vid.* últimamente, B. STARK, «Transnational Surrogacy and International Human Rights Law», *ILSA Journal of International and Comparative Law*, vol. 18-2, 2012, donde se hace un análisis plural desde la perspectiva de los llamados derechos reproductivos, los vinculados a la libertad de orientación sexual y las parejas homosexuales y los que pivotan sobre los derechos del niño.

⁴¹ P. KINSCH, *loc. cit.*, pp. 266, 272-273; más recientemente, P. KINSCH, «Private International Law Topics Before the European Court of Human Rights. Selected Judgments and Decisions (2010-2011)», *YPIL*, 2011, pp. 37-49, pp. 42 y ss.

⁴² Así, A. DIONISI-PEYRUSSE, «La conformité à l'article 8 de la CEDH des refus de reconnaissance des situations familiales créées à l'étranger au nom de l'ordre public International», *Le droit entre tradition et modernité. Mélanges à la mémoire de Patrick Courbe, op. cit.*, pp. 157-177, p. 165.

⁴³ Muy ilustrativa sobre este tema A. DIONISI-PEYRUSSE, *loc. cit.*, pp. 172-177; también P. KINSCH, 2011, p. 44.

⁴⁴ P. FRANZINA, «Some remarks on the relevance of Article 8 of the ECHR to the recognition of family status judicially created abroad», *Diritti umani e diritto internazionale*, vol. 5 núm. 3, 2011, pp. 609-616 (texto consultado *on line* en formato no paginado).

de Europa no parece ser la gestación por sustitución un elemento que *per se* atente contra la dignidad de madre y nacidos. En este sentido creo que se mueve el *Proyecto de Recomendación sobre los derechos y el estatus legal de los niños y la responsabilidad parental* preparado en el seno del Consejo de Europa, el 8 de abril de 2011, en su versión reformada propuesta por Nigel Lowe, tras la cuarta reunión celebrada entre los días 16 y 18 de marzo 2011⁴⁵. En lo tocante a la maternidad y su determinación y causas que implican su posible impugnación, etc., se deja expresamente a los Estados la posibilidad de regular específicamente el tema de la gestación por sustitución o maternidad subrogada: tanto en relación al establecimiento de la filiación materna cuanto a su impugnación, se dice expresamente que los Estados que tengan legislación sobre maternidad subrogada serán libres para establecer normas específicas al respecto (arts. 7.3 y 8.2).

9. CONCLUSIÓN

Modesta, escueta y probablemente poco original, como corresponde al tono de estas reflexiones, creo que desde una perspectiva jurídica, el tema de la gestación por sustitución en los casos transnacionales no ha de enfocarse de manera maniquea y apriorística en términos de todo o nada. En ausencia de una regulación específica cada caso debe tratarse de forma singular. A mi juicio, no existen razones de orden público que en España (y quizá en otros países donde la maternidad por subrogación no se acepta) conduzcan a negar en todo caso el reconocimiento de la filiación determinada o consolidada en el extranjero mediante este tipo de técnicas reproductivas. Si el reconocimiento es posible en algunos casos, la normativa sobre el Registro Civil debe adaptarse para darles cabida. En el ámbito comunitario, no es descartable que la doctrina *Grunkin-Paul* pueda trasladarse al tema que nos ocupa. Pero tampoco ello nos facilita un pronóstico certero ante la nunca fácil delimitación entre la concreción del orden público (nacional) por parte de las *autoridades de los Estados miembros*, pero dentro del control de los límites determinados por el Tribunal de Justicia. En el plano de cómo los derechos humanos van a afectar a la gestación por sustitución, las especulaciones se verán, eso espero, sustituidas por la certeza que el TEDH establezca en el caso *Mennesson*. Por último, aunque todos sabemos que legislar sobre un tema no es garantía de seguridad jurídica, urge la adopción de soluciones positivas sobre la problemática analizada, puesto que la actual situación sí es garantía de un grado insoportable de inseguridad.

⁴⁵ La recomendación final (tras la quinta reunión, de 25-27 de mayo de 2011) conserva la misma redacción. Vid. http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/family/CJ-FA%20_2011_%20RAP%205%20F%2013%207%202011%20-rev%20cg-.pdf (consultado el 31 de octubre de 2012).