

LA PROBLEMÁTICA DE LA INSCRIPCIÓN EN EL REGISTRO CIVIL DE LOS HIJOS NACIDOS MEDIANTE GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN EN EL EXTRANJERO.

ALUMNO. MIGUEL ÁNGEL PÉREZ LÓPEZ.

CURSO. 4 Bº

ÍNDICE.

I. INTRODUCCIÓN.	Página 4.
II. REGULACIÓN EN ESPAÑA DE LA MATERNIDAD SUBROGADA.	Página 4
II.1. LA LEY 35/1988, DE 22 DE NOVIEMBRE SOBRE TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA.	Página 5.
II.2. LA LEY 14/2006 SOBRE TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA.	Página 6.
III. EL ACUERDO DE MATERNIDAD SUBROGADA Y SU NULIDAD EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL.	Página 7.
IV. LAS PRINCIPALES CONSECUENCIAS CON RESPECTO A LA FILIACIÓN DEL HIJO NACIDO MEDIANTE GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN.	Página 8.
IV.1. LA GESTANTE ESTÁ CASADA.....	Página 9.
IV.1.A. EL CÓNYUGE PRESTA EL CONSENTIMIENTO...Página 9	
IV.1.B. EL CÓNYUGE NO PRESTA EL CONSENTIMIENTO. Página 9.	
IV.2. LA GESTANTE NO ESTÁ CASADA.....	Página 9
V. REGULACIÓN EN OTROS PAÍSES.	Página 10.
V. 1. GRECIA.	Página 10.
V. 2. REINO UNIDO.	Página 11.
V.3. FEDERACIÓN RUSA.	Página 11.
V.4. INDIA.	Página 12.
V.5. ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA.	Página 12.
VI. PROBLEMÁTICA ACTUAL.	Página 13.

VI.1. EL RECONOCIMIENTO DE DECISIONES.	Página 14.
VI.1.A. CONCEPTO Y APLICABILIDAD.	Página 15.
VI.1.B. REQUISITOS PARA RECONOCER.....	Página 15.
VI.1.B.1. RESOLUCIÓN JUDICIAL.	Página 15.
VI.1.B.1.a. RÉGIMEN DE BRUSELAS I.....	Página 16.
VI.1.B.1.b. RÉGIMEN CONVENCIONAL.	Página 17.
VI.1.B.1.c. RÉGIMEN AUTÓNOMO.....	Página 18.
VI.1.B.2. OTRAS RESOLUCIONES.	Página 19.
VI.2. EL ORDEN PÚBLICO.	Página 19.
VI.3. EL SUPERIOR INTERÉS DEL MENOR.	Página 21.
VI.4. DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE SEXO.	Página 24.
VII. POSIBLES SOLUCIONES.	Página 25.
VII.1. MODIFICACIÓN DE LA LEGISLACIÓN.....	Página 25.
VII.2. ACCIÓN DE RECLAMACIÓN Y ADOPCIÓN.....	Página 26.
VIII. CONCLUSIONES.	Página 26.
IX. BIBLIOGRAFÍA.	Página 28.
ANEXO I. EXTRACTO RESOLUCIÓN DE LA DGNR DE 18 DE FEBRERO DE 2009.	Página 30.
ANEXO II. EXTRACTO SENTENCIA DE 15 DE SEPTIEMBRE DE 2010 DEL JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA NÚMERO 5.	Página 38.
ANEXO III. EXTRACTO DE LA SENTENCIA DE 23 DE NOVIEMBRE DE 2011 DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE VALENCIA.	Página 40.
ANEXO IV. EXTRACTO DE LA SENTENCIA DE LA SALA DE LO CIVIL DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 6 DE FEBRERO DE 2014.	Página 43.

I. INTRODUCCIÓN.

En la actualidad el denominado contrato de maternidad subrogada o gestación por sustitución es usado por parejas que ya sea por enfermedad, ya sea por su homosexualidad, no pueden tener hijos.

Este contrato puede definirse como aquel acuerdo por el que una mujer gestante se compromete, tras dar a luz, a entregar al nacido a favor de un tercero o una pareja (llamados, comitente o comitentes), a cambio de un precio o no.

Son muchos los países que tienen prohibido este contrato, pero existen otros que tienen legislaciones flexibles al respecto como es el caso de la India, Rusia, algunos Estados de EEUU, Grecia, Reino Unido, entre otros. Esto ha dado lugar a que parejas acudan a los citados países para contratar con la gestante mediante precio o de forma gratuita y tras obtener una certificación del correspondiente registro, pedir el reconocimiento de esa decisión en sus países de origen.

El presente trabajo pretende hacer un análisis del estado actual de la regulación jurídica del contrato de maternidad subrogada en el Estado español, más en concreto el artículo 10 de la ley de 2006 de Técnicas de Reproducción Humana Asistida, que de forma radical lo sanciona con la nulidad y con la consiguiente determinación de la filiación tras el parto a favor de la madre. Y también un breve análisis de la regulación del mismo en los países donde está permitido.

Y para ello es necesario un estudio de la jurisprudencia y de las resoluciones administrativas que se han dado en España por el uso de este contrato por parejas españolas. Dando lugar a dos posturas; de una parte, a decisiones en favor de determinan la posibilidad de establecer la filiación de los hijos a los comitentes o suscriptores del contrato, en base a la protección del superior interés del menor. Y de otra, las decisiones contrarias por la vulneración del orden público español tras el reconocimiento de esta decisión que es contraria del artículo 10 de ley Técnicas de Reproducción Humana Asistida.

II. REGULACIÓN EN ESPAÑA DE LA MATERNIDAD SUBROGADA.

La maternidad subrogada en España se regula por la ley 14/2006, de 26 de mayo sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida (En adelante LTRHA), anteriormente a la citada ley se regulaba en la ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre Técnicas de Reproducción asistida.

II.1. LA LEY 35/1988, DE 22 DE NOVIEMBRE SOBRE TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA.

La ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre técnicas de reproducción asistida tuvo como principal finalidad posibilitar que las parejas estériles pudieran usar las técnicas de reproducción humana para superar este problema.

Fueron precursores de esta ley, el denominado “INFORME PALACIOS” y los trabajos que se llevaron a cabo por la Dirección General de los Registros y el Notariado (DGRN).

El informe Palacios¹ fue elaborado por la Comisión Especial de Estudio de la Fecundación In Vitro y la Inseminación Artificial, el cual se aprobó en una sesión del 10 de abril de 1986 del Congreso de los Diputados.

Este Informe determinó, con respecto a la maternidad subrogada, lo siguiente:

- La maternidad subrogada o gestación por sustitución deben estar prohibidas.
- Deben perseguirse penal o administrativamente a las personas, agencias, intermediarios que hagan cualquier contrato o negocio de este tipo.

En cuanto a las sesiones de trabajo en la Dirección General de los Registros y el Notariado² se determinó que los menores nacidos por maternidad subrogada, siempre

¹ LEONSEGUI GUILLOT, R. “La maternidad portadora, sustituta, subrogada o de encargo”, Boletín de la Faculta de Derecho, número 7, año 1994, página 331.

² LEONSEGUI GUILLOT, R. “La maternidad portadora, sustituta, subrogada o de encargo op. cit. página 331.

que hayan sido gestados de los gametos de la pareja gestante habrán de inscribirse cuando se cumplan una serie de requisitos:

- Primero. Previo a la implantación de los gametos, deberá haber un acuerdo ante notario de los comitentes y la madre gestante o portadora.

- Segundo. Deberá expedirse por un establecimiento sanitario un documento en el que se acreditará que el feto es de la pareja comitente.

- Tercero. La gestante debe prestar su consentimiento.

Principalmente podemos decir que el que inspiró a la ley 35/1988 fue el informe palacios, dado que en su artículo 10 se determinan las siguientes consecuencias:

1) La nulidad absoluta del contrato de maternidad subrogada, por tanto no goza de efectos algunos.

2) La determinación de la filiación a favor de la madre gestante por el parto.

3) La posibilidad de ejercitar por el aportante del material una acción de reclamación de paternidad.

II.2. LA LEY 14/2006 SOBRE TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA.

La normativa actual, que regula el régimen jurídico de la inseminación artificial así como la fecundación *in vitro*, es la ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida.

Esta ley ha sido reformada, en primera lugar, por la ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas, para adecuarla al nuevo régimen de matrimonios de personas del mismo sexo. Y también se reformó con la ley 26/2011 de adaptación a la normativa a la convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad, en esta ley se pretende que la información y el consentimiento sean más comprensibles o más accesibles para las personas con dicha discapacidad.

Lo más relevante, para este trabajo, es la regulación de la maternidad subrogada, la cual se encuentra en el artículo 10, que dice:

“Artículo 10. 1. Será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna en favor del contratante o de un tercero.

2. La filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto.

3. Queda a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales. “

Las principales consecuencias que se dan son:

- 1) El contrato de gestación por sustitución es nulo.
- 2) El parto determina la filiación materna, por lo tanto impide la filiación a favor de los progenitores que querían ser padres.
- 3) El padre podrá determinar la filiación mediante el ejercicio de las acciones que se encuentran en el Código Civil.

Estas últimas consecuencias serán desarrolladas en los siguientes apartados.

III. EL ACUERDO DE MATERNIDAD SUBROGADA Y SU NULIDAD EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO.

En primer lugar, debemos preguntarnos si la maternidad subrogada debe o no considerarse como un contrato.

DÍEZ PICAZO designa que “contrato es todo negocio jurídico bilateral de derecho privado, abarcando tanto los de derecho patrimonial, como los de derecho de familia y sucesiones³”. Por lo que parece ser que el acuerdo de maternidad subrogada podría determinarse como contrato. Aunque algún autor como por ejemplo LACRUZ BERDEJO designa el contrato de maternidad subrogada como un contrato atípico, es

³ DÍEZ PICAZO, L., “Fundamentos de derecho civil patrimonial”, año 1993, página 132. Citado por LEONSEGUI GUILLOT, R. “La maternidad portadora, sustituta, subrogada o de encargo”, op. cit. página 333.

decir, que no tiene una regulación expresa⁴. LEONSEGUI GUILLOT añade que el contrato de gestación por sustitución es un contrato innominado, porque el mismo no puede encajarse dentro de ninguna figura contractual⁵.

Como concepto, podríamos decir, que el contrato de maternidad subrogada, es aquél acuerdo de voluntades por el que una parte denominada comitente, que puede ser una persona, una pareja o un tercero que actúa como mediador, encarga a una mujer la gestación de un niño y la entrega al nacimiento de este a cambio de un precio o no, la cual renuncia a determinar la filiación a su favor.

Como hemos visto este contrato está sancionado con la nulidad por el artículo 10 de la ley 14/2006, de 26 de mayo de TRHA, pero aunque este precepto no existiera, en el ordenamiento jurídico existen diversos artículos del código civil que también lo sancionarían el contrato con la nulidad.

Es el caso del artículo 1275 CC que determina “Los contratos sin causa, o con causa ilícita, no producen efecto alguno. Es ilícita la causa cuando se opone a las leyes o a la moral.”. En este caso el contrato se opone al artículo 10 de la ley 14/2006.

A lo anterior, se une el artículo 1271 CC que determina que no podrán ser objeto de contrato las cosas que están fuera del comercio de los hombres, es decir, son *res extra commercium* la disponibilidad de la persona humana, la maternidad y el estado civil del hijo.

También excedería este contrato los límites de la autonomía de la voluntad del artículo 1255 CC. los cuales son la ley, moral y orden público.

Las principales consecuencias de estos preceptos son:

- a) El negocio al ser nulo no produce efecto alguno.
- b) El comitente o persona que encarga la gestación no podrá exigir a la otra parte que cumpla la prestación, es decir, no tiene acción para exigir el cumplimiento del contrato o exigir una indemnización por el incumplimiento.

⁴ LACRUZ BERDEJO, “Informe sobre la inseminación artificial y otros extremos semejantes”, año 1988, página 11. Citado por LEONSEGUI GUILLOT, R. “La maternidad portadora, sustituta, subrogada o de encargo”, op. cit. página 333.

⁵ LEONSEGUI GUILLOT, R. “La maternidad portadora, sustituta, subrogada o de encargo”, op. cit. página 333.

IV. LAS PRINCIPALES CONSECUENCIAS CON RESPECTO A LA FILIACIÓN DEL HIJO NACIDO MEDIANTE GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN.

Partiendo de los dos últimos apartados del artículo 10 LTRHA se puede afirmar, que la filiación con respecto a la gestante se determina por el parto y que quedan a salvo las posibles acciones de filiación con respecto al padre. Pero dependiendo de la situación de la madre gestante existirán diferentes efectos del contrato de maternidad subrogada con respecto a la filiación⁶.

IV.1. LA GESTANTE ESTÁ CASADA.

Si la mujer gestante convive en matrimonio, debemos distinguir si el cónyuge presta su consentimiento o no.

IV.1.A. EL CÓNYUGE NO PRESTA EL CONSENTIMIENTO.

Si el marido de la gestante presta su consentimiento de conformidad se determinará la filiación matrimonial en virtud de la presunción del artículo 116 CC a favor de la gestante y su cónyuge. No pudiendo el aportante del material genético o comitente ejercer acción alguna para impugnarla dado que a efectos del artículo 8 LTRHA se considera como donante.

IV.2.B. EL CÓNYUGE NO PRESTA EL CONSENTIMIENTO.

Si el cónyuge no presta el consentimiento el menor nacido de la gestante se filiará a su favor como hijo no matrimonial. En este caso el que haya portado el material reproductor masculino, ya sea el comitente u otro podrá ejercer una acción de reclamación (Art 131 y ss CC) para establecer la filiación a su favor.

⁶ FERRER VANRELL, P. “Comentarios a la ley sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida”, editorial Aranzadi, año 2007, página 164.

IV.2 LA GESTANTE NO ESTÁ CASADA.

Si la gestante no está casada, se debe distinguir si el material reproductor es del comitente o no.

Si es del comitente se determinará la filiación a favor de ambos como no matrimonial, mientras que si es de un donante y el comitente hubiere prestado su consentimiento a virtud del artículo 8.2 LTRHA se determinará la filiación a favor del contratante.

En supuestos de acuerdos de gestación otorgados por parejas homosexuales, la regulación de la ley TRHA determina que si estamos ante un acuerdo entre una pareja homosexual masculina la filiación se determina a favor de la gestante, y del miembro de la pareja que haya contribuido con su material reproductor; en el caso de parejas homosexuales femeninas es más común que una de estas se someta a técnicas de reproducción asistida.

Como resumen final podemos afirmar que el contratante podrá reclamar su paternidad cuando el material reproductor sea suyo, la gestante no esté casada o bien el cónyuge no preste su consentimiento para la utilización de esta técnica, según se desprende del artículo 10.3 LTRHA. La maternidad se determina por el parto a virtud del artículo 10.2 LTRHA ello a pesar de que el material reproductor no sea de la gestante.

V. REGULACIÓN EN OTROS PAÍSES.

Procedemos a analizar las regulaciones del contrato de gestación por sustitución en otros países, en concreto los que admiten la maternidad subrogada, al menos los más relevantes, desde el punto de vista del derecho comparado, para poder entender la problemática planteada en los tribunales españoles.

V.1. GRECIA.

En el país heleno⁷ el negocio jurídico de maternidad subrogada es legal.

Este contrato debe ser necesariamente gratuito, es decir, se excluye que los comitentes puedan entregar alguna contraprestación a la gestante; se admite que estos paguen a la gestante los gastos siguientes: pérdida de sueldo, así como todos aquellos que traigan causa del parto y posparto.

En adicción, la gestante no debe ser la madre biológica, ya que se obliga a que los óvulos fecundados deban pertenecer a los comitentes.

Además, la filiación debe determinarse por resolución judicial en virtud de las leyes 2089/2002 y 335/2005, tanto la gestante como la madre que aporta el embrión deben residir habitualmente en el territorio griego y la madre biológica debe tener alguna enfermedad que le impida tener hijos de forma natural.

V.2. REINO UNIDO.

En el Reino Unido⁸ la ley de Embriología y fertilización humana del año 2008 admite el contrato de gestación por sustitución.

Se establece la prohibición de que intervengan intermediarios o cualquier entidad que haga la suerte de estos, además se impide que este negocio jurídico sea oneroso y la pareja solo podrá utilizar esta vía cuando no tenga otra opción para tener a un hijo.

⁷ JIMÉNEZ MARTÍNEZ, V: “La inscripción de la filiación derivada de la gestación por sustitución. Problemas actuales”. Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Alcalá. Año 2012, página 370.

⁸ JIMÉNEZ MARTÍNEZ, V: “La inscripción de la filiación derivada de la gestación por sustitución. Problemas actuales”, op. Cit., página 370.

Se exige que se haga una petición a los tribunales por parte de los padres que quieran tener ese hijo, estos podrán abonar a la gestante los gastos del parto, postparto así como los sueldos que pierda.

Una vez nacido el menor se impone una primera filiación a favor de la gestante y se otorga un plazo para que pueda revocar el consentimiento prestado; transcurrido el mismo el juez dicta una resolución en la que se determina la filiación a favor de los contratantes.

Sólo podrán usar este proceso de gestación por sustitución si al menos uno de los comitentes está domiciliado en el Reino Unido, o los territorios británicos de las islas de Man o del Canal⁹.

V.3. FEDERACIÓN RUSA.

En la federación rusa¹⁰ se permite la maternidad subrogada, las principales fuentes que regulan el mismo son: el código de familia ruso en los arts. 51.4 y 52.3, el artículo 35 de la ley 5487-1 “sobre la protección de la salud de los ciudadanos de la federación rusa” y la ley federal sobre actas del Estado civil art. 16.5.

En esta legislación se dice que tanto los comitentes como la gestante deberán prestar el consentimiento para realizar dicho contrato; una vez estos lo han dado se podrá determinar a favor de los comitentes la filiación y además se prohíbe la impugnación de la filiación determinada. Además, se admite que el contrato sea oneroso y gratuito

Las principales lagunas de esta legislación son: que tanto una pareja de hombres solos, como de mujeres solas no podría usar esta técnica, así como las parejas de hecho.

¹⁰ C. GAMBOA MONTEJANO, C.: “Maternidad subrogada. Estudio teórico conceptual y de derecho comparado”, Informe de la Cámara de diputados de México, 2010. Página 27 y 28.

V. 4. INDIA.

En el Estado indio¹¹ desde el año 2002 las leyes son más flexibles en torno a la maternidad subrogada, a esto se añade que es barato conseguir un hijo por esta técnica por lo que se ha convertido en uno de los países más visitados para el uso de estas técnicas, existiendo una suerte de turismo reproductivo.

En el año 2008 la Corte Suprema de esta nación determinó que la maternidad subrogada onerosa estaba permitida.

V. 5. ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA.

En los Estados Unidos de América¹² dado que este es un país cuya organización territorial es federal, existen diversas legislaciones, por lo que en algunos Estados se permite y en otros no.

La maternidad subrogada está permitida por la legislación civil de 18 estados de la Unión como son: Arizona, Alabama, Arkansas, Florida, Indiana, Iowa, Illinois, Maryland, Kansas, Kentucky, Louisiana, Michigan, Ohio, Nebraska, Nevada, Nueva Jersey, Dakota del Norte, Utah, Washington, Wisconsin.

Mención aparte merece el Estado de California, en el que se otorga valor contractual a los acuerdos de maternidad subrogada por lo que producen efectos obligacionales, tanto para la gestante como para los comitentes se podrán exigir el cumplimiento de las dos contraprestaciones acordadas. Además, los padres biológicos son considerados los padres a efectos de la filiación por lo que es irrelevante que haya sido gestado el hijo en otro vientre.

Finalmente debe decirse que existen 5 Estados que quieren prohibirla esta técnica de la maternidad subrogada los cuales son: Alabama, Illinois, Maryland, Iowa y Wisconsin.

¹¹ C. GAMBOA MONTEJANO, C.: “Maternidad subrogada. Estudio teórico conceptual y de derecho comparado”, Op. cit., Página 27

¹² C. GAMBOA MONTEJANO, C.: “Maternidad subrogada. Estudio teórico conceptual y de derecho comparado”, Op. Cit., Página 32 a 34.

VI. PROBLEMÁTICA ACTUAL.

Como hemos visto la maternidad subrogada está permitida legalmente en ciertos países, y en otros no. Esta situación ha provocado que nacionales de otros países donde es ilegal, se trasladen a países donde está permitido, con el consiguiente problema de la situación jurídica en la que se encuentran los menores, al no permitirse la inscripción en el Registro Civil de sus países de origen, como es el caso de España.

En nuestro país al caso más polémico, es el de una pareja homosexual que se desplazó al Estado de California en EEUU y allí concertó con una mujer la celebración del contrato de gestación por sustitución, fruto del mismo nacieron dos menores. El Registro civil californiano emitió una certificación donde se determinaba la filiación a favor de los dos hombres y con la misma pidieron al Registro Civil consular español la inscripción en España.

El funcionario del registro consular mediante auto de 10 de noviembre de 2008 denegó la inscripción en virtud de lo dispuesto en el artículo 10 de la LTRHA que determina la nulidad del contrato de gestación por sustitución.

La pareja interpuso recurso ante la Dirección General de los Registros y el Notariado, la cual revocó y ordenó la inscripción de los dos menores a favor de la pareja homosexual con la resolución de 18 de febrero de 2009.

Tras la Resolución de la DGRN, el Ministerio Fiscal interpuso demanda ante el Juzgado de Primera Instancia Número 15 de Valencia, que dictó la sentencia 15 de septiembre de 2010, por la que se dejó sin efecto la inscripción de la filiación por vulneración de la legalidad española, más en concreto el artículo 10 LTRHA.

Entre tanto, la Dirección General de los Registros y el Notariado dictó el 7 de octubre de 2010 una instrucción, en la que determinó la posibilidad de inscribir a menores nacidos en el extranjero por técnicas de maternidad subrogada, si se aportaba una resolución judicial previo exequatur o en el caso de ser expediente de jurisdicción voluntaria cumpliendo una serie de requisitos legales.

Una vez fue dictada la sentencia de Primera Instancia, la pareja valenciana interpuso recurso de apelación, de número 949/2011, frente a la Audiencia Provincial de Valencia, la cual desestimó el recurso en base a la vulneración de la certificación

registrar del orden público español y que la satisfacción del superior interés del menor no puede obtenerse cometiendo una ilegalidad, por la sentencia de 23 de noviembre de 2011.

En última instancia, se recurrió al Tribunal Supremo interponiendo recurso de casación, de número 245/2012. El Supremo dictaminó que en base a la vulneración del orden público y que el superior interés del menor puede protegerse de otro modo no procede admitir el recurso y por tanto, la no inscripción de los dos menores, así puede extraerse de la sentencia de 6 de febrero de 2014.

Veamos pues, las cuestiones debatidas por los tribunales y por las resoluciones administrativas anteriormente citadas. Dando respuesta a los siguientes interrogantes ¿Estamos ante un supuesto de reconocimiento de decisiones?, ¿Esta decisión vulnera el orden público internacional español?, ¿Existe discriminación por razón de sexo? y ¿Cómo se protege el superior interés del menor?.

VI.1. EL RECONOCIMIENTO DE DECISIONES DADAS POR ÓRGANOS EXTRANJEROS.

VI.1.A. CONCEPTO Y APLICABILIDAD

El reconocimiento de decisiones se define por la doctrina, como aquel que tiene como base de razonamiento judicial, las normas que regulan la cuestión de saber si las decisiones extranjeras deben surtir efectos jurídicos en un concreto Estado¹³.

G. CUNIVERTI determina que “el método de reconocimiento encuentra aplicación en presencia de una decisión extranjera en que la autoridad pública ya ha encontrado y aplicado una concreta ley estatal”¹⁴.

¹³ CALVO CARAVACA, A. L. Y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. “Gestación por sustitución y derecho Internacional Privado”. Cuaderno de derecho transnacional, año 2009, página 299.

¹⁴ GUNIVERTI, G. “Nota a sent. Cour d’appel de Paris”, año 2008, página 148. Citado por CALVO CARAVACA, A. L. Y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. “Gestación por sustitución y derecho Internacional Privado”. Cuaderno de derecho transnacional, año 2009, página 301.

El reconocimiento parece indiscutible cuando estamos ante una resolución judicial, pero no es tan claro para las resoluciones de las autoridades administrativas, como es el caso de la certificación de la autoridad registral, en nuestro caso californiana, por la duda de si debe considerarse como decisión.

La doctrina se inclina porque la certificación debe considerarse como decisión, dado que ésta presenta una clara intención decisional de una autoridad pública de un Estado, sobre la existencia, la legalidad y la validez legal de una situación jurídica determinada (En nuestro caso, la filiación de unos menores nacidos en California¹⁵).

VI.1.B. REQUISITOS PARA RECONOCER.

Los requisitos exigidos para reconocer las decisiones serán diferentes si estamos ante una resolución judicial o una certificación extranjera (documento público, administrativo...)

VI.1.B.1. RESOLUCIONES JUDICIALES.

Si estamos ante una resolución judicial existen tres regímenes que se pueden aplicar: el del Reglamento Bruselas I, de número 44/2001; el contenido en algún tratado internacional suscrito por España y el proceso de Exequátur del artículo 954 y ss de la LEC de 1881.

VI.1.B.1.a) RÉGIMEN DE BRUSELAS I.

El sistema de reconocimiento de Bruselas I, se aplicará cuando la resolución judicial haya sido dictada en un país miembro de la UE. Por el contrario, no se aplica cuando estemos hablando de una sentencia que sea del Estado y capacidad de las personas, sobre regímenes matrimoniales, sobre sucesiones y sobre concurso de acreedores e instituciones análogas.

¹⁵ CALVO CARAVACA, A. L. Y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. “Gestación por sustitución y derecho Internacional Privado”, op. cit., página 301.

El régimen de Bruselas I se compone del denominado reconocimiento automático y el reconocimiento por homologación.

El reconocimiento automático o incidental, es aquel reconocimiento de una decisión de un Estado parte sin necesidad de procedimiento de homologación alguno reconocida por el art. 33.1 del reglamento.

El reconocimiento automático no goza de efectos de cosa juzgada y erga omnes, es decir, la decisión adoptada en el extranjero agota sus efectos en el proceso o ante la autoridad a la que se solicita. La ausencia de este efecto no implica que no se pueda hacer valer el efecto de cosa juzgada ante un tribunal determinado imponiendo una excepción de cosa juzgada cuando exista una resolución judicial extranjera. Una vez el tribunal constate que se cumplen las condiciones, del art. 32 y no esté dentro de las exclusiones del art. 34 y 35 del reglamento, dictará auto sobreseyendo el proceso.

El procedimiento por homologación, se encuentra en los arts. 38 a 52 del reglamento Bruselas I. Es un procedimiento que exige que la autoridad judicial declare el reconocimiento expresamente, tiene efectos de cosa juzgada y erga omnes por lo que tendrá su efecto negativo no podrá iniciarse un nuevo proceso con el mismo objeto ante los tribunales de un Estado miembro.

La solicitud de reconocimiento por homologación deberá plantearse de acuerdo con el art. 39.2 del Reglamento ante el juzgado de primera instancia, o bien en el domicilio del demandado o el lugar de ejecución.

Además se añade en el art. 41 de Bruselas I que se otorgará inmediatamente efecto ejecutivo a la resolución sin examen por parte del tribunal de las condiciones de los arts. 34 y 35 del Reglamento, por lo que solo se podrá denegar por falta de los documentos exigidos.

Podrán instarlo las partes así como sus sucesores y los terceros con interés legítimo.

En cuanto a los requisitos de forma se establecen en los arts. 53 a 55 del reglamento, estos son la presentación de una certificación y unos formularios.

Las decisiones que quieran ser reconocidas deben cumplir lo dispuesto en los

arts. 34 y 35 Reglamento:

-Que el reconocimiento de la decisión no sea contrario al orden público del Estado miembro, es decir que el reconocimiento sea contrario a los valores y principios esenciales de ese Estado miembro. Art 34.1

-Vulneración de sus derechos de defensa por declaración de rebeldía, estableciéndose dos supuestos: falta de notificación por cédula de emplazamiento o documento y falta de tiempo para que este pueda defenderse. Art 34.2

-Contrariedad de la resolución extranjera con otra resolución dictada en el Estado de destino o en un tercer Estado. Exigiéndose que haya identidad de partes, objeto y causa. At 34.4

-Cuando no se hayan apreciado las normas de competencia judicial internacional, en materia de contrato de seguro, consumidores. Art 35.1

VI. 1. B. 1.b). RÉGIMEN CONVENCIONAL.

En el plano extracomunitario existen convenios multilaterales y bilaterales que regulan el reconocimiento de decisiones. Este régimen es aplicable en defecto del Reglamento Bruselas I y con preferencia al exequátur de la LEC de 1881.

El convenio multilateral más relevante es el Convenio de Lugano de 2007 que regula el reconocimiento con países como Suiza, Islandia y Noruega. El régimen bilateral está compuesto por multitud de convenios con otros países, como por ejemplo: el convenio entre España y Uruguay de 4 de noviembre de 1987, entre otros.

VI. 1. B. 1.c). RÉGIMEN NACIONAL O AUTÓNOMO (EXEQUATUR).

El régimen nacional se aplicará en defecto del de Bruselas I y de tratado aplicable. El régimen autónomo está regulado en los artículos 951 a 958 de LEC de 1881. Existen dos sistemas autónomos: el de reciprocidad y el de condiciones.

El sistema de reciprocidad se regula en los artículos 952 y 953 de LEC antigua.

En estos preceptos se establece: que las resoluciones judiciales extranjeras tendrán el mismo efecto que se les otorgue en el extranjero a las españolas (denominada reciprocidad positiva); y que no se reconocerán las resoluciones extranjeras de aquellos países que no reconozcan a las españolas (reciprocidad negativa).

Este sistema en la práctica no es aplicable porque toda resolución, debe cumplir las condiciones establecidas en el artículo 954 LEC de 1881, condición soberana para llevar a cabo el otro sistema de reconocimiento.

El sistema de condiciones exige el cumplimiento de las condiciones del artículo 954 de la LEC de 1881, los requisitos son:

“1.ª Que la ejecutoria haya sido dictada a consecuencia del ejercicio de una acción personal.

2.ª Que no haya sido dictada en rebeldía.

3.ª Que la obligación para cuyo cumplimiento se haya procedido sea lícita en España.

4.ª Que la carta ejecutoria reúna los requisitos necesarios en la nación en que se haya dictado para ser considerada como auténtica, y los que las leyes españolas requieren para que haga fe en España.”

VI. 1. B. 2. OTRAS RESOLUCIONES.

Se exigen para reconocer al documento administrativos y actos de jurisdicción voluntaria los siguientes requisitos:

1. Documento público. El documento a reconocer debe estar autorizado por autoridad extranjera con arreglo al artículo 323.2 LEC, bien haya sido realizado con los requisitos que se exijan en el país donde se otorgue para ser considerado documento público o bien haga prueba plena en juicio.

2. Legalizado. El documento público a tenor de lo dispuesto por el artículo 88

Reglamento del Registro Civil debe estar legalizado o contener la apostilla, salvo que el encargado del registro tenga constancia de su autenticidad.

3. Traducido. Además en virtud del artículo 86 del RRC la certificación deberá estar correctamente traducida al español

4. Funciones autoridad. También se requiere que las autoridades extranjeras desempeñen funciones equivalentes a las que tienen las autoridades registrales españoles a virtud del artículo 85 RRC.

5. Orden público. A todo ello se une que la certificación no debe vulnerar el orden público español. Así lo determina el TS en su sentencia de 6 de febrero de 2014, entre otras sentencias, al considerarlo como límite fundamental al reconocimiento de decisiones.

Los tribunales en el caso que analizamos añaden a los requisitos la realización de un control de legalidad, ello en virtud del artículo 23 del Reglamento del Registro Civil, este es el argumento utilizado para determinar que la certificación californiana vulnera la legalidad española al ser contraria al artículo 10 de LTRHA.

VI. 2. EL ORDEN PÚBLICO.

Uno de los requisitos para reconocer una “decisión” es que no contradiga el orden público, dado que como hemos visto anteriormente es el límite fundamental al reconocimiento de decisiones, así lo determina el TS en la sentencia de 6 de febrero de 2014.

El orden público a tenor de lo dicho por FERNÁNDEZ ROZAS, JC. Y SÁNCHEZ LORENZO, S. es “el conjunto de principios que inspiran un ordenamiento jurídico y que reflejan los valores esenciales de una sociedad en un momento dado¹⁶.”. El TS en su sentencia de 6 de febrero de 2014 designa que el orden público es “el sistema de derechos y libertades individuales garantizados en la Constitución y en los

¹⁶ FERNÁNDEZ ROZAS, JC. Y SÁNCHEZ LORENZO, S.” Derecho internacional privado”, Editorial Civitas, año 2011, página 148.

convenios internacionales de derechos humanos ratificados por España, y los valores y principios que la encargan”.

En lo que respecta al caso que nos ocupa, se dan una serie de argumentos a favor y en contra de la vulneración de la certificación californiana, del orden público internacional español.

En contra de que la certificación vulnera el orden público se argumenta por la DGRN¹⁷; que esta no vulnera el orden público internacional español porque no lesiona principios jurídicos básicos del orden jurídico español. No daña intereses generales, ni lesiona la organización moral y jurídica general, básica y fundamental de la sociedad española.

A favor de la vulneración del orden público se argumenta:

En primer lugar, la certificación vulneraba el orden público porque se “vulnera la dignidad de la mujer gestante y del niño, mercantilizando la gestación y la filiación, “cosificando” a la mujer y al niño, permitiendo a determinados intermediarios realizar negocio con ellos, posibilitando la explotación del estado de necesidad en que se encuentran las mujeres jóvenes en situación de pobreza y creando una especie de ciudadanía censitaria en la que solo quienes disponen de elevados recursos económicos pueden establecer relaciones paterno-filiales¹⁸”.

En segundo lugar, la decisión es contraria la legislación española, más en concreto el artículo 10 de LTRHA, el cual determina que el contrato de gestación por sustitución es nulo de pleno derecho. Así como diversos preceptos del CC art 1271, 1275.

El artículo 10 de la LTRHA es una norma de policía. El CC establece en el artículo 8.1 que las normas de policía obligan a todos los que se hayan en el territorio español, entiende el artículo 9.1 del reglamento 593/2008 de ley aplicable a las obligaciones contractuales por norma de policía “aquella disposición cuya observancia un país considera esencial para la salvaguardia de sus intereses públicos, tales como su organización política, social o económica, hasta el punto de exigir su aplicación a toda situación comprendida dentro de su ámbito de aplicación”.

¹⁷ Resolución de 18 de febrero de 2009 de la Dirección General de los Registros y el Notariado.

¹⁸ Sentencia de 6 de febrero de 2014 de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo.

Por lo que puede concluirse que el artículo 10 de la ley 14/2006 LTRHA integra el orden público y que esta decisión lo vulnera.

Estas afirmaciones son apoyadas por el juzgado de Primera Instancia en su sentencia del 15 de septiembre de 2010, la Audiencia Provincial en la sentencia de 23 de noviembre de 2011 y el Tribunal Supremo en la resolución de 6 de febrero de 2014, así como por la doctrina¹⁹.

VI.3. EL SUPERIOR INTERÉS DEL MENOR.

La cuestión más controvertida y discutida es la satisfacción del superior interés del menor en este caso.

El superior interés del menor es un concepto jurídico indeterminado en el cual han de basarse todas las resoluciones de los poderes públicos cuando esta afecte a un menor, ello en virtud del artículo 3 de la Convención de los Derechos hecha en Nueva York el 20 de noviembre de 1989 que dictamina:

“1. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atender será el interés superior del menor.

2. Los Estados partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos u deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas.”

¹⁹ VELA SÁNCHEZ, A., “La gestación por sustitución o maternidad subrogada: El derecho a recurrir a las madres de alquiler”, Diario la ley, número 7608, año 2011, página 7. DE VERDAD Y BEAMONTE JR, “Inscripción de hijos nacidos mediante gestación por sustitución”, Diario La ley, número 7501, 201, página 7.

Las decisiones españolas esgrimen argumentos a favor de reconocer la decisión dado que no hacerlo supone la vulneración del superior interés del menor y en contra del reconocimiento porque no se vulnera el superior interés.

Los argumentos a favor de reconocer la decisión son los dados por la resolución de la DGRN de 18 de febrero de 2009, que determina que el no reconocimiento de la decisión e inscribir a los menores supone la vulneración del superior interés del menor, y son:

- Privación de filiación. Si no se procede al reconocimiento los menores quedarían privados de filiación y por tanto se vulneraría el superior interés del menor y el artículo 3 de la Convención de Nueva York de los derechos del niño.

- Cuidado y protección. El artículo 3 de la Convención exige que los menores estén al cuidado y la protección de los padres, es decir, aquellos que han dado su consentimiento para ser padres.

- Identidad única. Los menores en virtud del artículo 3 de la Convención de Nueva York tienen derecho a la identidad única como destacó recientemente el TJUE en las sentencias de 2 de octubre de 2003, caso García-Avello; y la de 14 de octubre de 2008, caso Grunkin-Paul. Este derecho es el derecho de los menores a tener una filiación en un país, y no una filiación en un país y otra distinta en otro, de modo que los padres sean unos u otros dependiendo del lugar donde estén los menores.

En contra de reconocer porque no supone la vulneración del superior interés del menor están los siguientes argumentos dichos por los tribunales.²⁰

- Invocación indiscriminada del Superior interés del menor. Se determina que “La invocación indiscriminada del "interés del menor" serviría de este modo para hacer tabla rasa de cualquier vulneración de los demás bienes jurídicos tomados en consideración por el ordenamiento jurídico nacional e internacional que se hubiera producido para situar al menor en el ámbito de esas personas acomodadas.”

²⁰ Sentencia del Juzgado de Primera Instancia del 15 de septiembre de 2010.

Sentencia de la Audiencia Provincial de 23 de noviembre de 2011

Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014.

Además, la aplicación del principio superior interés del menor se habrá de hacer para interpretar y aplicar la ley y suplir sus lagunas, no para contraria lo dispuesto por la ley.

Se Añade que “el superior interés del menor no es el único instrumento para tomar en consideración dado que deberán cumplirse “el respeto a la dignidad e integridad moral de la mujer gestante, evitar la explotación del estado de necesidad en que pueden encontrarse mujeres jóvenes en situación de pobreza, o impedir la mercantilización de la gestación y la filiación”.

En resumen, no puede alegarse el superior interés del menor para vulnerar una norma de orden público como es el artículo 10 de la ley 14/2006 TRHA.

- No vulneración de la identidad única. No se vulnera el derecho a la identidad única de los menores porque estos tienen la filiación que resulta de la certificación californiana.

Los dos menores no tienen o no gozan de un arraigo con los Estados Unidos de América, los recurrentes fueron a este país para concertar el contrato de gestación por sustitución estableciéndose la filiación a favor, por tanto no existe un peligro de la vulneración de identidad única.

- Turismo reproductivo. Se manifiesta que la solución dada por la DGRN “no es correcta porque, en definitiva, está prestando cobertura administrativa a un «turismo reproductivo», el cual trata de eludir la aplicación de un precepto legal (el art. 10.1 de la L 14/2006, de mayo), que, claramente, establece la nulidad del contrato de gestación por sustitución, norma ésta, que creo que debe ser considerada de orden público”²¹.

- Perjuicio para el menor. El hecho de no reconocer la filiación supone un perjuicio para el menor, con respecto a su posición jurídica; pero el establecimiento de la filiación contra las disposiciones de la ley es también un perjuicio pues supone una mercantilización por la consecución de un contrato a favor de quien realiza el encargo.

- No vulneración del respeto a la vida privada y familiar. No se vulnera el respeto a la vida privada y familiar el cual se establece en el artículo 8 del Convenio Europeo para la Protección de Derechos y las Libertades fundamentales. El no

²¹ DE VERDA Y BEAMONTE, JR. “inscripción de hijos nacidos mediante gestación por sustitución”, op. cit., página 11.

reconocimiento a pesar de ser una injerencia reúne los requisitos que según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos la justifican, estos son: la vulneración del orden público internacional y la necesaria protección del superior interés del menor, y la dignidad de la madre, así como evitar la explotación de la gestante.

VI.4. DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE SEXO.

Otra de las cuestiones debatidas por las resoluciones es la infracción del artículo 14 de la CE, ya que no se reconoce la inscripción de los dos menores nacidos a favor de dos varones, pero si se permite a favor de dos mujeres. El principal argumento a favor de que la no inscripción supone una discriminación es que si se pueden inscribir la filiación de los menores a favor de dos mujeres deberían hacerse a favor de dos hombres, y por tanto resulta discriminatorio (art. 14 CE). Este argumento lo da la DGRN en su resolución de 18 de febrero de 2009.

En contra que esto suponga una discriminación, porque la no procedencia de la inscripción no trae causa de que sean varones, sino de que los menores han nacido por un contrato de maternidad subrogada, esto pasaría si la pareja fuese de hombres, de mujeres como una pareja heterosexual.

Este último argumento es dado por: la Audiencia Provincial en la sentencia de 23 de noviembre de 2011, el juzgado de Primera Instancia en su sentencia del 15 de septiembre de 2010, y el Tribunal Supremo en la resolución de 6 de febrero de 2014.

VII. POSIBLES SOLUCIONES

Existen dos corrientes en torno a las posibilidades para solucionar la problemática actual: una que propugna la modificación de la ley y la otra que determina que se ejercite una acción de filiación y una posterior adopción.

VII.1. MODIFICACIÓN DE LA LEGISLACIÓN.

La primera corriente es seguida por diversos autores²² de la doctrina. Estos manifiestan que deben modificarse la ley dado que existen cauces legales para obtener los mismos resultados que pidiendo el reconocimiento ante el Registro Civil.

Un ejemplo es la solución que da VELA SÁNCHEZ, A., el cual determina que debe modificarse el artículo 10 de la ley 14/2006 de TRHA, este designaría “Será admisible el convenio de gestación por sustitución con los requisitos, formalidades y efectos que reglamentariamente se establezcan”.

El autor²³ da los siguientes requisitos para celebrar el contrato:

1. Los comitentes deben ser los que deben aportar el material genético.
2. El contrato habrá de hacerse en documento público notarial.
3. el menor podrá conocer su origen biológico.
4. El notario deberá verificar que el consentimiento de la madre gestante se ha obtenido de forma libre y voluntaria, sin incurrir en ningún vicio de voluntad (error, dolo, violencia o intimidación) y que tenga capacidad legal y aptitud psicofísica.
5. Además se establece que los consentimientos prestados son irrevocables.

²² DE VERDA Y BEAMONTE, JR. “inscripción de hijos nacidos mediante gestación por sustitución”, diario la ley, op. cit., página 11. VELA SÁNCHEZ, A., “La gestación por sustitución o maternidad subrogada: El derecho a recurrir a las madres de alquiler”, op. cit., página 17 y 18.

²³ VELA SÁNCHEZ, A., “La gestación por sustitución o maternidad subrogada: El derecho a recurrir a las madres de alquiler”, op. cit., página 17 y 18

También dice que deben modificarse los artículos 1271 y 1275 CC que establecen la teoría general contractual sobre el objeto y la causa de los contratos. En estos se añadiría la siguiente frase “Es válido el contrato de gestación por sustitución en los términos que establezca la ley”.

VII.2. ACCIÓN DE RECLAMACIÓN Y ADOPCIÓN.

La otra corriente es seguida por LLEDÓ YAGÜE y que también la siguen los tribunales, más en concreto el Juzgado de Primera Instancia número 15 en su sentencia de 15 de septiembre de 2010, la Audiencia Provincial de Valencia e la sentencia de 23 de noviembre de 2011 y el Tribunal Supremo en la sentencia de 6 de febrero de 2014.

Esta solución consiste en lo siguiente el progenitor biológico ejercite una acción de reclamación de la filiación de las establecidas en el CC, tal y como lo posibilita el artículo 10.3 de la LTRHA, y posteriormente el otro progenitor adopte al menor previo asentimiento de la gestante, madre biológica, según lo establecido en el artículo 177.2. CC y siguiendo el procedimiento legalmente establecido²⁴.

VELA SÁNCHEZ considera esta solución como un fraude de ley, porque se intenta vulnerar el artículo 10 de LTRHA siendo esta una norma imperativa del ordenamiento jurídico, utilizando otras posibilidades que otorgan las normas como es el caso de las establecidas en la legislación civil para adoptar²⁵.

VIII. CONCLUSIONES.

En primer lugar, podemos ver que existen dos posiciones en torno a la inscripción de los menores en el registro civil:

Los que consideran que si debe producirse la inscripción en aras al superior interés del menor, a la no vulneración del orden público de la certificación californiana

²⁴ LLEDÓ YAGÜE, F. “La ley sobre las Técnicas de Reproducción Humana Asistida, op. cit., página 1256 y ss.

²⁵ VELA SÁNCHEZ, A., “La gestación por sustitución o maternidad subrogada: El derecho a recurrir a las madres de alquiler”, op. cit., página 17 y 18

y la discriminación por razón de sexo dado que se permite a favor mujeres la filiación y no a favor de dos varones, esta se apoya en lo dispuesto por la DGRN²⁶

Y los que no aceptan la inscripción que son los juzgados y DE VERDAD Y BEAMONTE, JIMÉNEZ MARTÍNEZ, VICTORIA, entre otros, en base a que no puede satisfacerse el superior interés del menor incumpliendo la ley española; la vulneración del orden público español porque atenta contra la dignidad de la mujer, mercantiliza la filiación y cosifica al menor; y a la no discriminación porque la no inscripción deriva de la nulidad del contrato. Esta última, es la que parece que hasta la fecha se ha impuesto dado que es apoyada por todas las instancias judiciales.

En segundo lugar, frente a estas posturas se dan dos soluciones: la legalización seguida por DE VERDAD Y BEAMONTE Y VELA SÁNCHEZ, con la modificación del artículo 10 de la ley 14/2006.

Y la seguida por LLEDÓ YAGÜE que determina que el progenitor de la pareja que haya aportado material interponga acción de filiación artículo 10 LTRHA, y el otro varón inicie un proceso de adopción.

Mientras que la solución segunda es una solución útil dado que produce los mismos resultados que si se inscribiera en el registro civil, la primera solución es más difícil de conseguir dado que en la actualidad las técnicas de maternidad subrogada no son aceptadas por el conjunto de la sociedad ni por los juzgados y por tanto, esta solución se daría al largo plazo con un cambio en la mentalidad de la sociedad.

²⁶ Resolución de la Dirección General de los Registros y el Notariado de 18 de febrero de 2009.

IX. BIBLIOGRAFÍA.

LEONSEGUI GUILLOT, R. “La maternidad portadora, sustituta, subrogada o de encargo”, Boletín de la Facultad de Derecho, número 7, año 1994.

FERRER VANRELL, P. “Comentarios a la ley sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida”, editorial Aranzadi, año 2007.

JIMÉNEZ MARTÍNEZ, V: “La inscripción de la filiación derivada de la gestación por sustitución. Problemas actuales”. Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Alcalá. Año 2012.

GAMBOA MONTEJANO, C.: “Maternidad subrogada. Estudio teórico conceptual y de derecho comparado”, Informe de la Cámara de diputados de México, 2010. Página 27 y 28.

CALVO CARAVACA, A. L. Y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. “Gestación por sustitución y derecho internacional privado”, Cuaderno de derecho transnacional, año 2009.

FERNÁNDEZ ROZAS, JC. Y SÁNCHEZ LORENZO, S.” Derecho internacional privado”, Editorial Civitas, año 2011.

VELA SÁNCHEZ, A., “La gestación por sustitución o maternidad subrogada: El derecho a recurrir a las madres de alquiler”, Diario la ley, número 7608, año 2011.

DE VERDAD Y BEAMONTE JR, “Inscripción de hijos nacidos mediante gestación por sustitución”, Diario La ley, número 7501, 2010.

LLEDÓ YAGÜE, F. “La ley sobre las Técnicas de Reproducción Humana Asistida”. Anuario de Derecho Civil, 1998.

RESOLUCIONES:

- Resolución de la Dirección General de los Registros y el Notariado de 18 de febrero de 2009.

- Sentencia de 15 de septiembre de 2010 del Juzgado de Primera Instancia número 5 de Valencia.

- Sentencia de 23 de noviembre de 2011 de la Audiencia Provincial de Valencia.

- Instrucción de 5 de octubre de 2010 de la Dirección General de los Registro y el Notariado.

- Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014.

ANEXO I. EXTRACTOS RESOLUCIÓN DE LA DGNR DE 18 DE FEBRERO DE 2009.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

“...**Segundo.**-La inscripción en el Registro Civil español del nacimiento de sujeto español acaecido en el extranjero puede tener lugar a través de la correspondiente declaración del sujeto (art. 168 del Reglamento del Registro Civil) o a través de la presentación de una certificación registral extranjera en la que conste el nacimiento y la filiación del nacido...”

“...Por el contrario, en el caso de inscripción del nacimiento mediante presentación de la correspondiente certificación registral extranjera en la que conste el nacimiento y la filiación del nacido, la solución legal es completamente distinta. Una correcta perspectiva metodológica conduce a afirmar que el acceso de las certificaciones registrales extranjeras al Registro Civil español debe valorarse no a través de la aplicación del Derecho sustantivo español ni a través de las normas de conflicto españolas, sino a través de las normas específicas que en Derecho español disciplinan el acceso de las certificaciones registrales extranjeras al Registro Civil español. Perspectiva metodológica que ha asumido nuestro legislador. En efecto, para estos supuestos, el legislador ha previsto un mecanismo técnico específico que se encuentra recogido en el art. 81 del Reglamento del Registro Civil. La certificación registral extranjera constituye una "decisión" adoptada por las autoridades extranjeras y en cuya virtud se constata el nacimiento y la filiación del nacido. En consecuencia, y visto que existe una "decisión extranjera" en forma de certificación registral extranjera, el acceso de la misma al Registro Civil español constituye no una cuestión de "Derecho aplicable", sino una cuestión de "validez extraterritorial de decisiones extranjeras en España", en este caso, una cuestión de acceso de las certificaciones registrales extranjeras al Registro.

La aplicación del art. 81 del Reglamento del Registro Civil excluye, por tanto, la utilización de las normas españolas de conflicto de Leyes, y en concreto, la del art. 9.4

del Código Civil. Por tanto, también excluye la aplicación de la Ley sustantiva a la que tales normas de conflicto españolas pudieran conducir, como la Ley 14/2006, de 26 mayo 2006 sobre técnicas de reproducción humana asistida. Las normas de conflicto españolas y las normas sustantivas designadas por tales normas de conflicto son sólo aplicables a los supuestos que surgen ante las autoridades españolas sin que haya sido dictada una "decisión" por autoridad pública extranjera. Por consiguiente, son aplicables en el presente caso las normas jurídicas españolas que regulan el acceso al Registro Civil español de las certificaciones registrales extranjeras, esto es, el art. 81 del Reglamento del Registro Civil y no las normas de conflicto españolas y tampoco las normas sustantivas españolas que determinan la filiación..."

“...**Tercero.**-Con arreglo al art. 81 del Reglamento del Registro Civil, el legislador español no exige que la solución dada a la cuestión jurídica que consta en la certificación registral extranjera sea igual o idéntica a la solución que ofrecen las normas jurídicas españolas. En efecto, el art. 81 del Reglamento del Registro Civil acoge otra perspectiva diametralmente opuesta: las certificaciones registrales extranjeras deben superar, naturalmente, un "control de legalidad", pero dicho control de legalidad no consiste en exigir que la autoridad registral extranjera haya resuelto el caso de modo idéntico a como lo habría resuelto una autoridad registral española. Esta solución es lógica y se explica por varias razones, que a continuación se exponen separada y sucesivamente, aunque todas tengan importancia similar o pareja.

En primer lugar, exigir que la autoridad registral extranjera haya resuelto el caso de modo idéntico a como lo habría resuelto una autoridad registral española supondría desconocer que cada Estado dispone de su propio Derecho y de su propio sistema de Derecho internacional privado, y que, como regla general, y en virtud del principio de exclusividad del Derecho internacional privado, las autoridades públicas de un Estado sólo aplican a la resolución de los casos internacionales que se les plantean, sus propias normas de Derecho internacional privado..."

“...En tercer lugar, a mayor abundamiento, exigir que la autoridad registral extranjera haya resuelto el caso de modo idéntico a como lo habría resuelto una

autoridad registral española supondría igualmente para los particulares un elevado coste, pues les obligaría a volver a plantear la cuestión jurídica ante las autoridades españolas, de modo que la certificación registral extranjera no superaría el "cruce de frontera" y carecería de todo efecto jurídico en España. Con ello, además, la economía procesal sufriría un fuerte daño y se fomentarían los "dobles procedimientos", lo que perjudicaría no sólo a los particulares, sino a los Estados implicados. Es por ello que el art. 81 del Reglamento del Registro Civil permite que las certificaciones registrales extranjeras puedan acceder al Registro Civil español, ya que de ese modo, se evitan dobles procedimientos y se respeta la economía procesal.

Cuarto.-El art. 81 del Reglamento del Registro Civil dispone que: "el documento auténtico, sea original o testimonio, sea judicial, administrativo o notarial, es título para inscribir el hecho de que da fe. También lo es el documento auténtico extranjero, con fuerza en España con arreglo a las leyes o a los Tratados internacionales". A tenor de dicho precepto, el documento extranjero debe satisfacer diversas exigencias legales para acceder al Registro Civil español. Tales exigencias legales conforman el control de legalidad requerido a las certificaciones registrales extranjeras. Dicho control de legalidad se compone de diversos requisitos.

En primer lugar, se exige que la certificación registral extranjera sea un documento "público", esto es, un documento autorizado por una autoridad extranjera. Con arreglo al art. 323.2º de la Ley de enjuiciamiento civil, un documento extranjero puede ser considerado como "público" cuando en la confección de dicho documento se han observado los requisitos que se exijan en el país donde se hayan otorgado para que el documento pueda ser considerado como "documento público" o documento que hace "prueba plena en juicio" (art. 323.2º de la Ley de enjuiciamiento civil) y siempre que se acompañe de la correspondiente legalización (art. 88 del Reglamento del Registro Civil) o apostilla. Debe recordarse que quedan eximidos de legalización los documentos cuya autenticidad le consta directamente al Encargado del Registro, o los que le han llegado por vía oficial o por diligencia bastante. En el presente caso, no cabe dudar, ni se ha dudado, de la autenticidad de la certificación registral extranjera, que se ha presentado con las exigencias formales exigidas por la legislación española. Por otro lado, se exige

igualmente que el documento se presente con la correspondiente traducción (art. 86 del Reglamento del Registro Civil), como también ha sucedido en el caso.

En segundo lugar, se requiere también que la certificación registral extranjera haya sido elaborada y adoptada por una autoridad registral extranjera que desempeñe funciones equivalentes a las que tienen las autoridades registrales españolas. Así lo exige el art. 85 del Reglamento del Registro Civil, que indica que "Para practicar inscripciones sin expediente en virtud de certificación de Registro extranjero, se requiere que éste sea regular y auténtico, de modo que el asiento de que se certifica, en cuanto a los hechos de que da fe, tenga garantías análogas a las exigidas para la inscripción por la Ley española", como ha tenido ocasión de subrayar también este Centro Directivo (RDGRN de 23 de noviembre de 2006, RDGRN de 25 septiembre de 2006). Nada hay que dudar en el presente supuesto, en el que la autoridad registral californiana no se ha limitado a "dar fe" de unas manifestaciones de voluntad de los interesados, sino que ha intervenido en la constatación registral del nacimiento y de la filiación, con un grado de implicación sustancial y constitutivo, es decir, mediante un control del ajuste de los hechos y de los actos a la Ley aplicable. La constancia registral del nacimiento y de la filiación de los nacidos es el resultado de un proceso lógico jurídico y constitutivo llevado a cabo por la autoridad registral extranjera competente. Por tanto, puede afirmarse que, en el presente caso, la certificación registral californiana constituye una auténtica "decisión" y ello permite comprobar que el Registro Civil de California desarrolla funciones similares a las españolas.

En tercer lugar, se deduce del art. 81 del Reglamento del Registro Civil la necesidad de un control de legalidad del acto contenido en la certificación registral extranjera. Al Registro Civil español sólo acceden documentos en los que constan actos presumiblemente "válidos", lo que se acredita con la función de la calificación de la certificación extranjera presentada, que debe realizar el Encargado. No obstante, a tal efecto, el art. 81 del Reglamento del Registro Civil no exige que se lleve a término una aplicación de las normas de conflicto españolas y de la Ley española o extranjera a la que conducen tales normas de conflicto españolas, como antes se ha adelantado. El art. 81 del Reglamento del Registro Civil no exige que la solución jurídica contenida en la

certificación registral extranjera sea "idéntica" a la solución jurídica que habría alcanzado una autoridad registral española mediante la aplicación de las normas legales españolas, como tampoco se exige que la Ley extranjera designada por nuestras normas de conflicto presente un contenido "idéntico" al de las Leyes españolas (vid. art. 9.4 del Código Civil). Lo que exige el art. 81 del Reglamento del Registro Civil es que la certificación registral extranjera cumpla con determinadas exigencias imperativas ineludibles para que pueda tener "fuerza en España" y acceder, de ese modo, al Registro Civil español. Aparte la exigencia de la competencia de la autoridad registral extranjera y del respeto, en su caso, de los derechos de defensa de los interesados, extremos de los que no cabe dudar en el presente caso, se exige, como no puede ser de otro modo, que la certificación registral extranjera no produzca efectos contrarios al orden público internacional español.

Quinto.-En relación con el ajuste al orden público internacional español de la certificación registral californiana presentada, debe subrayarse que dicha certificación registral extranjera no vulnera dicho orden público internacional. En efecto, dicha certificación no lesiona los principios jurídicos básicos del Derecho español que garantizan la cohesión moral y jurídica de la sociedad española. Es decir, la incorporación de esta certificación registral extranjera al orden jurídico español no daña los intereses generales, esto es, no perjudica la estructura jurídica básica del Derecho español y, por ello, tampoco lesiona la organización moral y jurídica general, básica y fundamental de la sociedad española. En consecuencia, la introducción en la esfera jurídica española de la certificación extranjera presentada no altera el correcto y pacífico funcionamiento de la sociedad española, como estructura supraindividual, establecido por el legislador. En concreto, el ajuste de la certificación registral extranjera presentada al orden público internacional español se explica por los siguientes motivos.

En primer término, la inscripción en el Registro Civil español del nacimiento y de la filiación de los nacidos en California en favor de dos sujetos varones no vulnera el orden público internacional español ya que también en Derecho español se admite la filiación en favor de dos varones en casos de adopción, sin que quepa distinguir entre hijos adoptados e hijos naturales, ya que ambos son iguales ante la Ley (art. 14 de la Constitución española). Si la filiación de un hijo adoptado puede quedar establecida en

favor de dos sujetos varones, idéntica solución debe proceder también en el caso de los hijos naturales.

En segundo término, la inscripción en el Registro Civil español del nacimiento y de la filiación de los nacidos en California en favor de dos sujetos varones no vulnera el orden público internacional español, ya que en Derecho español se permite que la filiación de un hijo conste en el Registro Civil a favor de dos mujeres, personas del mismo sexo (art. 7.3 de la Ley 14/2006). Por esta razón, no permitir que la filiación de los nacidos conste en favor de dos varones resultaría discriminatorio por una razón de sexo, lo que está radicalmente prohibido por el art. 14 de la Constitución Española de 27 diciembre 1978.

En tercer lugar, el interés superior del menor aconseja proceder a la inscripción en el Registro civil español de la filiación que figura en el Registro extranjero y en la certificación registral extranjera a favor de dos mujeres o dos varones. En efecto, en el caso de rechazar la inscripción de la filiación en el Registro Civil español, podría resultar que los hijos, de nacionalidad española, quedarían privados de una filiación inscrita en el Registro Civil. Ello vulnera el art. 3 de la Convención sobre los derechos del niño hecha en Nueva York el 20 noviembre 1989 (BOE núm.313 de 31 diciembre 1990), en vigor para España desde el 5 enero 1991, cuyo texto indica que: "1. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño. 2. Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas." Denegar la inscripción en el Registro Civil español de la certificación registral extranjera vulnera también el citado precepto por cuanto el interés superior de los menores, recogido en el art. 3 de la citada Convención sobre los derechos del niño hecha en Nueva York el 20 noviembre 1989, exige que éstos queden al cuidado de los sujetos que han dado su consentimiento para ser padres, ya que ello constituye el ambiente que asegura al niño

"la protección y el cuidado que [son] necesarios para su bienestar".

En cuarto lugar, debe recordarse que el "interés superior del menor" al que alude el antes citado art. 3 de la Convención sobre los derechos del niño hecha en Nueva York el 20 noviembre 1989 se traduce en el derecho de dicho menor a una "identidad única", como ha destacado recientemente el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (STJUE 2 octubre 2003, caso G. A., STJUE 14 octubre 2008, caso G. -P.). Este derecho de los menores a una identidad única se traduce en el derecho de tales menores a disponer de una filiación única válida en varios países, y no de una filiación en un país y de otra filiación distinta en otro país, de modo que sus padres sean distintos cada vez que cruzan una frontera. La inscripción de la certificación registral californiana en el Registro Civil español es el modo más efectivo para dar cumplimiento a este derecho de los menores a su identidad única por encima de las fronteras estatales. Esta jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea presenta un valor supracomunitario, ya que no se trata, meramente, de subrayar el derecho a la identidad única de los ciudadanos comunitarios, sino que se trata de una jurisprudencia que destaca el derecho a una identidad única referido a los menores. Ello encaja con el interés superior del menor recogido en el art. 3 de la Convención sobre los derechos del niño hecha en Nueva York el 20 noviembre 1989.

En quinto lugar, es preciso recordar que en el Derecho español, la filiación natural no se determina necesariamente por el hecho de la "vinculación genética" entre los sujetos implicados, como se deduce el antes citado art. 7.3 de la Ley 14/2006, precepto que permite que la filiación natural de un hijo conste en el Registro Civil a favor de dos mujeres, personas del mismo sexo. Por ello, no existen obstáculos jurídicos a la inscripción en el Registro Civil español de una certificación registral extranjera que establezca la filiación en favor de dos varones españoles.

En sexto lugar no cabe afirmar que los interesados han llevado a cabo un fraude de Ley, fenómeno al que aluden el art. 12.4 del Código Civil para los casos internacionales y, en general, el art. 6.4 del Código Civil. Los interesados no han utilizado una "norma de conflicto" ni tampoco cualquier otra norma con el fin de eludir una ley imperativa

española. No se ha alterado el punto de conexión de la norma de conflicto española, mediante, por ejemplo, un cambio artificioso de la nacionalidad de los nacidos para provocar la aplicación de la Ley de California mediante la creación de una conexión existente pero ficticia y vacía de contenido con el Estado de California. Y tampoco se puede estimar que los interesados hayan incurrido en el conocido como "Forum Shopping fraudulento" al haber situado la cuestión de la determinación de la filiación en manos de las autoridades californianas con el fin de eludir la Ley imperativa española. En efecto, la certificación registral californiana no es una sentencia judicial que causa estado de cosa juzgada y que se intenta introducir en España para provocar un estado inalterable de filiación oponible erga omnes. Dicho aspecto debe ser vinculado con el interés del menor, que es un interés "superior" (vid. de nuevo el citado art. 3 de la Convención sobre los derechos del niño hecha en Nueva York el 20 noviembre 1989), de forma, modo y manera que dicho interés se impone sobre cualquiera otra consideración en juego, tal y como podría ser la represión de movimientos presuntamente fraudulentos a los que, por cierto, el auto recurrido denegatorio de la inscripción ni siquiera se ha referido. 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.

En séptimo lugar, es indudable que los contratos de gestación por sustitución están expresamente prohibidos por las Leyes españolas (vid. art. 10.1 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida). Es indudable también que "la filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto" (art. 10.2 de la Ley 14/2006). Ahora bien, dicho precepto no es aplicable al presente caso, ya que no se trata de determinar la filiación de los nacidos en California, pues no procede determinar el "Derecho aplicable" a la filiación y tampoco procede determinar la filiación de tales sujetos. Se trata, por el contrario, de precisar si una filiación ya determinada en virtud de certificación registral extranjera puede acceder al Registro Civil español. Tampoco se pretende, de ningún modo, con la inscripción en el Registro Civil de la certificación registral californiana de nacimiento de los nacidos, la ejecución o el cumplimiento de un presunto contrato de gestación por sustitución. Es claro que la certificación registral californiana se expide a los solos efectos de acreditar

la identidad de los nacidos, y establece una presunción de paternidad que puede ser destruida por sentencia judicial (California Family Code section 7611). Ahora bien, 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 (vid. art. 2 Ley del Registro Civil). Por ello, cualquier parte legitimada puede impugnar el contenido de dicha inscripción ante los Tribunales españoles en la vía civil ordinaria. En tal caso, los Tribunales españoles establecerán de modo definitivo la filiación de los nacidos. Por tanto, la certificación registral extranjera no produce efectos jurídicos de "cosa juzgada". Y debe también subrayarse que en la certificación registral expedida por las autoridades californianas no consta en modo alguno que el nacimiento de los menores haya tenido lugar a través de gestación por sustitución. En la disyuntiva de dejara unos menores que son indudablemente hijos de ciudadano español (art. 17.1 del Código Civil) sin filiación inscrita en el Registro Civil y admitir una situación de no certeza en la filiación de los menores en la que dichos menores cambiarían de filiación cada vez que cruzan la frontera de los Estados Unidos con destino a España y viceversa, lo que vulneraría el art. 3 de la Convención sobre los derechos del niño hecha en Nueva York el 20 noviembre 1989, o de permitir la inscripción en el Registro Civil español de la filiación determinada en virtud de la certificación californiana, siempre es preferible proceder a dicha inscripción en nombre del "interés superior del menor..."

ANEXO II. EXTRACTOS SENTENCIA DE 15 DE SEPTIEMBRE DE 2010 DEL JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA NÚMERO 5.

“FUNDAMENTOS DE DERECHO

“...CUARTO

El primer argumento que esgrime la resolución de la DGRN justificando que la inscripción no vulnera el orden público internacional español se formula en forma de silogismo, si los hijos adoptados pueden tener dos padres varones y la ley no distingue entre hijos adoptados e hijos naturales los hijos naturales deben poder tener dos padres varones naturales, la propia lectura del argumento provoca su desestimación, los hijos naturales no pueden tener dos padres varones naturales por la sencilla razón que los

varones no pueden, en el estado actual de la ciencia concebir ni engendrar.

Se alega en segundo lugar que no permitir la inscripción de la filiación por naturaleza en el registro civil a favor de dos varones, con el argumento de que se trata de sujetos del mismo sexo, resulta hoy insostenible por discriminatorio, pero la no procedencia de la inscripción no nace de que los solicitantes sean varones sino de que los bebés nacidos lo son como consecuencia de un contrato de gestación por sustitución, esta consecuencia jurídica le sería aplicable en el mismo supuesto tanto a una pareja de varones, como de mujeres, hombre o mujer sola o pareja heterosexual, pues la ley no distingue en estos supuestos de sexos sino que el hecho determinante es la forma del alumbramiento, quizá en supuestos de mujeres o parejas heterosexuales existirá el problema del conocimiento por parte del encargado del registro de que se encuentra ante un supuesto de gestación por sustitución, pero una vez conocida esta circunstancia la consecuencia debe ser la misma denegar la inscripción, como ocurrió en Francia en un supuesto similar, pero en este caso se trataba de un matrimonio francés heterosexual, el matrimonio Mennesson, al el que se denegó la inscripción de unas gemelas en el consulado francés en Los angeles, por la existencia de sospechas de gestación por sustitución, al no aportarse pruebas del parto por parte de la esposa. por lo tanto no puede entenderse que se trate de una resolución discriminatoria,

En tercer lugar se argumenta que el interés superior del menor aconseja la inscripción en el RC español de la filiación que consta en el registro extranjero pues en caso contrario los menores podrían quedar privados de filiación inscrita en el Registro civil y los menores tienen derecho a una identidad única, resulta indudable que esta afirmación es acertada pero el fin no justifica los medios, el ordenamiento jurídico español tiene medios e instrumentos suficientes para conseguir esa concordancia y que los hijos consten a nombre de sus Bienvenido y Genaro, pero la consecución de ese fin no legitima actuaciones contrarias a ese propio ordenamiento jurídico, sino que el resultado debe conseguirse a través de las vías que el derecho español establece.

La siguiente indicación parte de la afirmación de que no existe obstáculo jurídico para que se proceda a la inscripción a favor de dos varones españoles, este argumenta resulta reiterativo y ya se ha razonado que resulta indiferente que se trate de dos varones y que si que existe obstáculo jurídico para procederse a esta inscripción, la aplicación del artículo 10 de la ley 14/2006 al amparo del artículo 23 de la LRC.

El último de los argumentos es la ausencia de forum shopping fraudulento por parte de los interesados, sin entrar a valorar el carácter fraudulento o no de la acción lo que es claro es que nos encontramos ante un matrimonio español que acuden a California, Estado Americano que junto con otros del mismo país y unos cuantos países mas del mundo (Bélgica, Rusia, India etc.) en los que es legal la gestación por sustitución , a diferencia de en España, la única justificación posible a su acción es clara son conedores que en España la gestación por sustitución está prohibida y que de producirse el alumbramiento en este país no podrían inscribir a los nacidos como hijos naturales de ambos, es por ello y no por otra razón por la que acuden a California con el conocimiento de que allí está permitido y que allí los bebes podrán ser inscritos en su registro civil como hijos naturales de ambos, pero también son conedores que los registros españoles ponen trabas a la inscripción tal como ellos la pretenden, ello no obstante asumen el riesgo y actúan con conocimiento de que en cualquiera de las sucesivas instancias hasta la presente e incluso venideras su voluntad de proceder a inscribir a los nacidos como hijos naturales de ambos podía ser desestimada, pasando de una cuestión de probabilidad a absoluta certeza caso de que el nacimiento se hubiese producido en España, es por ello por lo que deciden acudir a EEUU, asumiendo con ello la consecuencia que su decisión conlleva...”

ANEXO III. EXTRACTO DE LA SENTENCIA DE 23 DE NOVIEMRBE DE 2011 DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE VALENCIA.

“FUNDAMENTOS DE DERECHO

SEGUNDO

También desde el punto de vista del llamado método del reconocimiento de las decisiones extranjeras, adoptado por la parte recurrente, que implica la consideración de las certificaciones registrales extranjeras como auténticas decisiones susceptibles de ser incorporadas al ordenamiento español, con los efectos en cada caso pertinentes, y que resultan de la aplicación de la norma de conflicto propia del Estado de origen, existen importantes obstáculos a la inscripción en Registro Civil español de la filiación pretendida, aun sin exigir, como preconiza este método, que la decisión extranjera coincida con la que se hubiera adoptado aplicando el Derecho español. Estos obstáculos

radican en la infracción por la certificación registral californiana del orden público internacional español (tal como prescriben para sus respectivos ámbitos los artículos 954-3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1.881 y el artículo 23 de la ley de Adopción Internacional y 34-1 del Reglamento 44/2001); y vienen a coincidir con las razones que llevaron al legislador español a prohibir, conforme al Derecho actualmente vigente en España, el contrato de gestación subrogada o por sustitución ; en concreto, se trata de los problemas que suscita esta figura en relación con principios tales como el 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 la propia dignidad de la persona. principios reflejados, además de en el artículo 10-1 de la Constitución , en su artículo 15 , que reconoce el derecho a la integridad moral, el artículo 39-2 de la misma norma fundamental, que proclama que los poderes públicos aseguran la protección integral de los hijos y de las madres cualquiera que sea su estado civil, el artículo 1.271 del Código Civil , que prescribe que pueden ser objeto de contrato todas las cosas que no están fuera del comercio de los hombres y el artículo 1.275 del mismo cuerpo legal, que impide la producción de efectos a los contratos con causa ilícita. Incluso puede considerarse al artículo 10 de la ley 14/2006 como una norma de policía , en el sentido del artículo 9-1 del Reglamento 593/2008 sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales: "una disposición cuya observancia un país considera esencial para la salvaguardia de sus intereses públicos, tales como su organización política, social o económica, basta el punto de exigir su aplicación a toda situación comprendida dentro de su ámbito de aplicación..."

“...CUARTO

No es aceptable tampoco el que la sentencia recurrida implique una infracción del principio de igualdad y de prohibición de discriminación por razón de sexo, de acuerdo con el artículo 14 de la Constitución española, en cuanto que en el artículo 7-3 de la ley 14/2006 (Cuando la mujer estuviere casada, y no separada legalmente o de hecho, con otra mujer, esta última podrá manifestar ante el Encargado del Registro Civil del domicilio conyugal, que consiente en que cuando nazca el hijo de su cónyuge, se determine a su favor la filiación respecto del nacido.) permite la inscripción en el Registro de la filiación por naturaleza a favor de dos mujeres, mientras que no se

permite la inscripción a favor de dos hombres, pues 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; lo contrario supondría afirmar la inconstitucionalidad del artículo 10 de la ley 14/2006 , lo que no se ha hecho, ni como se ha dicho, tendría suficiente base jurídica.

No se acepta por este Tribunal la equiparación entre el supuesto que nos ocupa y los casos de instituciones no admisibles en el Derecho español, que sin embargo producen determinados efectos derivados de ellas, como es el caso de la poligamia, que puede dar lugar a la percepción de pensiones de viudedad, (sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 2/4/2002 .) porque 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 el caso citado más arriba, se reconocen en España unos efectos considerablemente más alejados de la esencia de la institución prohibida. No se admite en consecuencia, que como dicen los apelantes, la filiación sea sólo "una consecuencia última y periférica de dicho contrato", sino que constituye su causa para los comitentes y el objeto de la prestación de la madre gestante, conforme al artículo 1.274 del Código Civil español, y por ello, un elemento esencial del mismo.

QUINTO

Es cierto que toda resolución que afecte a los menores de edad debe tener como guía el principio del interés del menor tanto por aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1.959 , que proclama este principio en su artículo 3 , como por aplicación del artículo 39 de la Constitución española o de las disposiciones de la Ley Orgánica 1/1.996 de 15 de enero de Protección Jurídica del Menor , así como de las normas concordantes del Código Civil, 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 (artículo 10 de la Ley 14/2.006 y artículos 175 y siguientes del Código

Civil). Además, también podría defenderse que la prohibición de la gestación por sustitución persigue, al menos en abstracto, la defensa del interés de los menores, pues como se ha dicho, pretende impedir que la vida humana sea objeto del comercio. La misma consideración puede hacerse respecto del respeto a la vida privada y familiar reconocido en el artículo 8 del Convenio para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, de 4 de noviembre de 1.950 . No existe prueba alguna que acredite la afirmación de los recurrentes de que en el caso de que su pretensión no fuera estimada el destino de los menores sería "ir a un orfanato o ser devueltos a los Estados Unidos donde también sufrirían un destino similar".

Por otro lado, tal como alega el Ministerio Fiscal en su oposición al recurso de apelación, la sentencia recurrida no atenta contra el derecho a la identidad única de los menores, pues éstos tienen la que resulta de la certificación californiana que será la que publique el Registro Civil español si acceden a él de acuerdo con la ley. La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que citan los recurrentes no tiene por objeto supuestos de gestación por sustitución.

Por todas las razones expuestas, procede desestimar el recurso de apelación interpuesto por los demandados...”

ANEXO IV. EXTRACTOS DE LA SENTENCIA DE LA SALA DE LO CIVIL DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 6 DE FEBRERO DE 2014.

“FUNDAMENTOS DE DERECHO

...TERCERO

“Valoración de la Sala. El reconocimiento de decisiones extranjeras y el orden público internacional español

1.- La cuestión objeto del proceso, tal como ha sido planteada por las alegaciones iniciales de las partes, es si procede el reconocimiento por las autoridades del Registro Civil español de la inscripción del nacimiento de los menores realizada por las autoridades del estado norteamericano de California en que se fija la filiación a favor de los hoy recurrentes. Estos solicitaron al encargado del Registro Civil consular de Los Ángeles, la práctica de las inscripciones de nacimiento de los menores y de la filiación

aparejada a tales inscripciones, no mediante la declaración del nacimiento sino mediante la aportación de las certificaciones de las inscripciones ya practicadas por el organismo de California equivalente al Registro Civil, en las que aparecían como padres los hoy recurrentes.

El Registro Civil consular denegó la inscripción pero la Dirección General de los Registros y del Notariado, al resolver el recurso interpuesto por los solicitantes de la inscripción, revocó la decisión denegatoria y acordó la práctica de la inscripción con base en dichas certificaciones extranjeras y, por tanto, con la filiación de los menores tal como resultaba de las mismas. Esa es la resolución cuestionada por el Ministerio Fiscal en la demanda que ha dado origen a este procedimiento.

2.- Tal como ha sido planteada la cuestión ante este tribunal, no estamos ante un "hecho" que haya de ser objeto por primera vez de una decisión de autoridad en España y que al presentar un elemento extranjero (el lugar de nacimiento, cuanto menos) deba ser resuelto conforme a la ley sustantiva a la que remita la norma de conflicto aplicable.

La técnica jurídica aplicada no es la del conflicto de leyes, sino la del reconocimiento. Existe ya una decisión de autoridad, la adoptada por la autoridad administrativa del Registro Civil de California al inscribir el nacimiento de los niños y determinar una filiación acorde con las leyes californianas. Hay que resolver si esa decisión de autoridad puede ser reconocida, y desplegar sus efectos, en concreto la determinación de la filiación a favor de los hoy recurrentes, en el sistema jurídico español.

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

3.- La forma en que se ha procedido al reconocimiento del título extranjero, la certificación registral de California, es la prevista en el art. 85 en relación al último inciso del art. 81, ambos del Reglamento del Registro Civil .

El control en que consiste este reconocimiento se extiende a que la certificación del Registro extranjero sea regular y auténtica, de modo que el asiento que certifica, en cuanto a los hechos de que da fe, tenga garantías análogas a las exigidas para la inscripción por la Ley española. Pero también ha de extenderse a que no haya duda de la realidad del hecho inscrito y de su legalidad conforme a la Ley española. Así lo exige el art. 23 de la Ley del Registro Civil, al que sirven de desarrollo los preceptos reglamentarios citados. Por consiguiente, la simplicidad en el procedimiento de reconocimiento en España de la decisión de la autoridad administrativa extranjera encargada del Registro Civil de California no significa que el control deba limitarse a los aspectos formales, sino que ha de extenderse a cuestiones de fondo, en los términos en que se precisará.

4.- La pluralidad de ordenamientos jurídicos en los diversos estados y la libre circulación de las personas hacen que cada vez sean más frecuentes las relaciones jurídicas personales y económicas que se proyectan sobre diversos ordenamientos, y que, consecuentemente, se planteen ante las autoridades administrativas y judiciales cuestiones relacionadas con el reconocimiento de situaciones jurídicas o decisiones de autoridades extranjeras.

La posibilidad de que ciudadanos y empresas elijan entre respuestas jurídicas diferentes cuando en una relación jurídica existen contactos con diversos ordenamientos es una realidad, y el Derecho internacional privado ha de buscar cada vez más normas de compatibilidad entre distintos ordenamientos jurídicos en vez de normas de supremacía que impongan un solo punto de vista.

Pero esta posibilidad de elección tiene unos límites que, en lo que aquí interesa, vienen constituidos por el respeto al orden público entendido básicamente como el sistema de derechos y libertades individuales garantizados en la Constitución y en los convenios internacionales de derechos humanos ratificados por España, y los valores y principios que estos encarnan.

De lo expuesto se deriva que la "legalidad conforme a la Ley española" de los asientos extendidos en Registros extranjeros que exige el art. 23 de la Ley del Registro Civil, sí bien no puede entenderse como absoluta conformidad de estos con todas y cada una de las exigencias de nuestra legislación (lo que haría prácticamente imposible el reconocimiento), sí ha de serlo como respeto a las normas, principios y valores que

encarnan el orden público internacional español, y a este aspecto ha de extenderse el control en que consiste el reconocimiento de la certificación registral extranjera (en realidad, del asiento objeto de la certificación).

Que dicha certificación registral extranjera no produzca efectos de cosa juzgada y cualquier parte legitimada pueda impugnar ante los tribunales españoles la inscripción en el Registro Civil español de la certificación extranjera, como pone de relieve la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado para justificar la solución adoptada, no elimina la realización por el encargado del Registro Civil español del control de contenido del asiento objeto de dicha certificación, de modo que deniegue su acceso al Registro Civil español cuando sea contrario al orden público internacional español, o deniegue el acceso de aquellos aspectos del asiento (como el relativo a la determinación de la filiación) en los que se observe tal contrariedad.

5.- Las normas que regulan los aspectos fundamentales de la familia y, dentro de ella, de las relaciones paterno-filiales, tienen anclaje en diversos preceptos constitucionales del Título I dedicado a los derechos y deberes fundamentales: derecho al libre desarrollo de la personalidad, entendido como la autonomía de la persona para elegir libre y responsablemente, entre las diversas opciones vitales, la que sea más acorde con sus preferencias (art. 10.1 de la Constitución), derecho a contraer matrimonio (art. 32), derecho a la intimidad familiar (art. 18.1), protección de la familia, protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación, y de las madres, cualquiera que sea su estado civil (art. 39).

También forma parte de este orden público la protección de la infancia, que ha de gozar de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos (art. 39.4 de la Constitución).

Asimismo, el derecho a la integridad física y moral de las personas tiene reconocimiento constitucional (art. 15), y el respeto a su dignidad constituye uno de los fundamentos constitucionales del orden político y de la paz social (art., 10.1 de la Constitución).

Por tanto, todos estos derechos fundamentales y principios constitucionales recogidos en el Título I de la Constitución integran ese orden público que actúa como límite al reconocimiento de decisiones de autoridades extranjeras (STC núm. 54/1989, de 23 de febrero , FJ 4º) y, en definitiva, a la posibilidad de que los ciudadanos opten por las

respuestas jurídicas diferentes que los diversos ordenamientos jurídicos dan a una misma cuestión...

...7.- Consecuencia lógica de lo expuesto es que las normas aplicables a la gestación por sustitución o maternidad subrogada, en concreto el art. 10 de la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida , integran el orden público internacional español.

Ciertamente, el orden público internacional español se caracteriza por ser un orden público "atenuado". Pero la intensidad de tal atenuación es menor cuanto mayores son los vínculos sustanciales de la situación jurídica con España.

En el caso objeto de este recurso, los vínculos eran intensos puesto que de lo actuado se desprende que los recurrentes, nacionales y residentes en España, se desplazaron a California únicamente para concertar el contrato de gestación por sustitución y la consiguiente gestación , parto y entrega de los niños, porque tal actuación estaba prohibida en España. La vinculación de la situación jurídica debatida con el estado extranjero cuya decisión se solicita sea reconocida es completamente artificial, fruto de la "huida" de los solicitantes del ordenamiento español que declara radicalmente nulo el contrato de gestación por sustitución , no reconoce la filiación de los padres intencionales o comitentes respecto del niño que nazca como consecuencia de dicha gestación por sustitución (sin perjuicio de la reclamación de paternidad que pueda efectuar el padre biológico), e incluso tipifica ciertos supuestos como delito, también cuando la entrega del menor se ha producido en el extranjero (art. 221.2 del Código Penal).

...10.- Lo expuesto lleva a considerar que la decisión de la autoridad registral de California al atribuir la condición de padres al matrimonio que contrató la gestación por sustitución con una mujer que dio a luz en dicho estado es contraria al orden público internacional español por resultar incompatible con normas que regulan aspectos esenciales de las relaciones familiares, en concreto de la filiación, inspiradas en los valores constitucionales de dignidad de la persona, respeto a su integridad moral y protección de la infancia.

11.- Los recurrentes reconocen la contrariedad al orden público español de dicho contrato de gestación por sustitución, que impediría considerar válido y ejecutar en España tal contrato. Pero afirman que la inscripción de la filiación que pretenden es solamente una consecuencia "periférica" de dicho contrato, por lo que no existe la

incompatibilidad con el orden público que apreció la sentencia de la Audiencia.

El argumento no puede estimarse, puesto que la filiación cuyo acceso al Registro Civil se pretende es justamente la consecuencia directa y principal del contrato de gestación por sustitución. No puede admitirse la disociación entre el contrato y la filiación que sostienen los recurrentes.

Además, es importante tomar en consideración que la ley no se limita a proclamar la nulidad de pleno derecho del contrato de gestación por sustitución. También prevé cuál debe ser el régimen de la filiación del niño que sea dado a luz como consecuencia de dicho contrato: la filiación materna quedará determinada por el parto y se prevé la posibilidad de ejercicio de la acción de reclamación de paternidad respecto del padre biológico.

La filiación cuyo acceso al Registro Civil se pretende es frontalmente contraria a la prevista en el art. 10 de la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida y, como tal, incompatible con el orden público, lo que impide el reconocimiento de la decisión registral extranjera en lo que respecta a la filiación que en ella se determina.

CUARTO

Inexistencia de discriminación por razón de sexo u orientación sexual

1.- En el recurso se alega que no permitir la inscripción en el Registro Civil español de la filiación por naturaleza de los sujetos nacidos en California a favor de dos varones resulta discriminatorio, porque sí es posible inscribir la filiación a favor de dos mujeres en el caso de que una de ellas se someta a un tratamiento de reproducción asistida y la otra sea su cónyuge (art. 7.3 de la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida).

El argumento no se considera admisible. Los propios recurrentes reconocen que uno y otro supuesto son diferentes, por razones evidentes. La desigualdad sustancial entre los supuestos de hecho excluye en principio la existencia de un trato discriminatorio por el hecho de que la consecuencia legal de uno y otro supuesto sea diferente.

2.- En todo caso, los argumentos expuestos en la sentencia recurrida muestran con claridad que la causa de la denegación de la inscripción de la filiación no es que los solicitantes sean ambos varones, sino que la filiación pretendida trae causa de una gestación por sustitución contratada por ellos en California.

Por tanto, la solución habría de ser la misma si los contratantes hubieran constituido un matrimonio homosexual integrado por mujeres, un matrimonio heterosexual, una pareja de hecho, o una sola persona, hombre o mujer.

QUINTO

El interés superior del menor

1.- Los recurrentes alegan que privar de su filiación a los menores vulnera el principio del interés superior del menor, pues (i) perjudica su posición jurídica y les deja desprotegidos; (ii) los recurrentes, como personas que han manifestado su consentimiento inicial a ser padres son los mejores padres por naturaleza que los menores pueden tener, frente a la mujer que los dio a luz, que asumió su papel de mera parte en un contrato y se limitó a cumplir con las prestaciones asumidas en el mismo; (iii) el menor tiene derecho a una identidad única que se debe respetar por encima de fronteras estatales.

2.- El art. 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 y ratificada por España, establece: «En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño». Este principio también se establece en el art. 24.2 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, tiene anclaje constitucional en el art. 39 de la Constitución española, se recoge en la legislación interna, en concreto en la regulación de las relaciones paterno-filiales del Código Civil y en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, y ha regido la jurisprudencia de este Tribunal, del Tribunal Constitucional y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (sentencias de 5 de noviembre de 2002, caso Yousef contra Países Bajos, de 10 de enero de 2008, caso Kearns contra Francia, y de 7 de marzo de 2013, caso Raw y otros contra Francia).

3.- El interés superior del niño, o del menor, es un concepto jurídico indeterminado, esto es, una cláusula general susceptible de concreción que el propio legislador introduce conscientemente para ampliar los márgenes de la ponderación judicial.

Pero en ocasiones estos conceptos jurídicos indeterminados son lo que se ha denominado "conceptos esencialmente controvertidos", esto es, cláusulas que expresan un criterio normativo sobre el que no existe una unanimidad social porque personas representativas de distintos sectores o sensibilidades sociales pueden estar en desacuerdo acerca del contenido específico de ese criterio.

Este carácter controvertido puede predicarse del "interés superior del menor" cuando el mismo ha de determinarse en supuestos como el aquí enjuiciado.

4.- Los recurrentes consideran que el único modo de satisfacer el interés superior del menor es reconocer la filiación que ha sido recogida en el asiento registral realizado por la autoridad registral de California, esto es, la que es consecuencia del contrato de gestación por sustitución conforme a la legislación de dicho estado. Los padres serían los comitentes, esto es, quienes "encargaron" la gestación del menor (en este caso, los menores, pues nacieron mellizos). No sería madre la mujer que les dio a luz. La justificación que dan los recurrentes es que los mejores padres son los que han manifestado su consentimiento inicial a ser padres, mediante un contrato de gestación subrogada, y están interesados en los menores.

Con dichos argumentos solicitan la confirmación de la resolución de la Dirección General de los Registros y el Notariado cuya impugnación constituye el objeto de este proceso. Esta resolución afirmó (párrafo cuarto del fundamento de derecho quinto) que «[...] el interés superior de los menores [...] exige que éstos queden al cuidado de los sujetos que han dado su consentimiento para ser padres, ya que ello constituye el ambiente que asegura al niño "la protección y el cuidado que [son] necesarios para su bienestar"».

5.- La aceptación de estos argumentos llevaría a concluir que el legislador español, al considerar nulo de pleno derecho el contrato de gestación por sustitución y atribuir la condición de madre a la mujer que da a luz al niño, no reconociendo por tanto la relación de filiación respecto de los padres intencionales o comitentes, ha vulnerado el interés superior del menor.

Asimismo, la aceptación de tales argumentos debería llevar a admitir la determinación de la filiación a favor de personas de países desarrollados, en buena situación económica, que hubieran conseguido les fuera entregado un niño procedente de familias desestructuradas o de entornos problemáticos de zonas depauperadas, cualquiera que

hubiera sido el medio por el que lo hubieran conseguido, puesto que el interés superior del menor justificaría su integración en una familia en buena posición y que estuviera interesada en él.

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

6.- La tesis de los recurrentes no puede ser aceptada. La cláusula general de la consideración primordial del interés superior del menor contenida en la legislación no permite al juez alcanzar cualquier resultado en la aplicación de la misma. La concreción de dicho interés del menor no debe hacerse conforme a sus personales puntos de vista, sino tomando en consideración los valores asumidos por la sociedad como propios, contenidos tanto en las reglas legales como en los principios que inspiran la legislación nacional y las convenciones internacionales.

La aplicación del principio de la consideración primordial del interés superior del menor ha de hacerse para interpretar y aplicar la ley y colmar sus lagunas, pero no para contrariar lo expresamente previsto en la misma. No hacerlo así podría llevar a la desvinculación del juez respecto del sistema de fuentes, que es contraria al principio de sujeción al imperio de la ley que establece el art. 117.1 de la Constitución . Hay cambios en el ordenamiento jurídico que, de ser procedentes, debe realizar el parlamento como depositario de la soberanía nacional, con un adecuado debate social y legislativo, sin que el juez pueda ni deba suplirlo.

7.- En el art. 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño , el interés superior del menor tiene la consideración de "una consideración primordial" a la que han de atender los tribunales y demás instituciones públicas y privadas en todas las medidas concernientes a los niños. Pero, además de lo expuesto respecto de la pertinencia de concretar tal principio conforme a las pautas de la legislación en la materia, ha de tenerse en cuenta que tal principio no es el único que se ha de tomar en consideración. Pueden concurrir otros bienes jurídicos con los que es preciso realizar una ponderación. Tales son el respeto a la dignidad e integridad moral de la mujer gestante, evitar la explotación del estado de necesidad en que pueden encontrarse mujeres jóvenes en situación de pobreza, o impedir la mercantilización de la gestación y de la filiación. Se

trata de principios amparados por los textos constitucionales de nuestro país y de los de su entorno y en convenios internacionales sobre derechos humanos, y otros sectoriales referidos a la infancia y las relaciones familiares, como es el Convenio relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en materia de Adopción Internacional, hecho en La Haya el 29 de mayo de 1993 .

8.- Es cierto que el no reconocimiento de la filiación establecida en la inscripción registral de California puede suponer un perjuicio para la posición jurídica de los menores. Pero no puede olvidarse que el establecimiento de una filiación que contradiga los criterios previstos en la ley para su determinación supone también un perjuicio para el menor. Y que la mercantilización que supone que la filiación de un menor resulte determinada, a favor de quien realiza el encargo, por la celebración de un contrato para su gestación, atenta contra la dignidad del menor al convertirlo en objeto del tráfico mercantil. Es necesario por tanto realizar una ponderación de la que resulte la solución que menos perjudique a los menores, empleando para ello los criterios establecidos en el ordenamiento jurídico.

En línea con lo expuesto, un dato a tomar en consideración es que el Código Civil no exige que cuando se formule una acción de impugnación de la filiación respecto de un menor haya de fijarse simultáneamente otra filiación alternativa, de modo que el éxito de tal acción supone privar al menor de la filiación hasta ese momento determinada. Por tanto, la anulación de una filiación que es contraria al ordenamiento jurídico, pese a que no se sustituya inmediatamente por otra que sí lo sea, tiene encaje adecuado en nuestro ordenamiento jurídico, pues este considera perjudicial para el menor, dentro de ciertos parámetros, la determinación de una filiación que no se ajuste a los criterios legales para su fijación.

9.- Otro argumento de los recurrentes es que el menor tiene derecho a una identidad única que se debe respetar por encima de fronteras estatales.

Las sentencias de tribunales internacionales que se citan en apoyo de este argumento no sirven para darle adecuado fundamento. Mientras que en los casos enjuiciados en esas sentencias los menores tenían una vinculación efectiva con dos estados distintos (por la diferente nacionalidad de sus padres o por ser distinto el estado de residencia del estado de nacionalidad), en el caso aquí enjuiciado los menores no tienen vinculación efectiva con Estados Unidos, puesto que los recurrentes acudieron a California solo

porque allí era posible concertar un contrato de gestación por sustitución, con la consiguiente determinación de la filiación a su favor, que en España y en los países más cercanos estaba prohibido. No existe un riesgo real de vulneración de una identidad única.

Además, en las sentencias invocadas el bien jurídico con el que entraba en conflicto el principio de identidad única del menor era el principio de inmutabilidad o estabilidad de los apellidos (sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 2 de octubre de 2003 , asunto C-148/02 , caso García Avello , y de 14 de octubre de 2008 , asunto C-353/06 , caso Grunkin-Paul). Es evidente que se trata de un bien jurídico de mucha menor importancia que los protegidos por la prohibición de gestación por sustitución.

10.- Tampoco se vulnera el derecho al respeto de la vida privada y familiar reconocido en el art. 8 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos y de las Libertades Fundamentales . La denegación del reconocimiento de la filiación determinada por las autoridades californianas con base en el contrato de gestación por sustitución , siendo efectivamente una injerencia en ese ámbito de vida familiar, reúne los dos requisitos que la justifican según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sentencia de 28 de junio de 2007 , caso Wagner y otro contra Luxemburgo : (i) está prevista en la ley, pues esta exige que en el reconocimiento de decisiones de autoridades extranjeras se respete el orden público internacional; y (ii) es necesaria en una sociedad democrática, puesto que protege el propio interés del menor, tal como es concebido por el ordenamiento jurídico, y otros bienes jurídicos de trascendencia constitucional como son el respeto a la dignidad e integridad moral de la mujer gestante, evitar la explotación de necesidad en que pueden encontrarse mujeres jóvenes en situación de pobreza, o impedir la mercantilización de la gestación y de la filiación.

11.- La última cuestión que ha de abordarse es la de la desprotección en que se dejaría a los menores.

La afirmación de los recurrentes de que los menores serían enviados a un orfanato o a los Estados Unidos carece de verosimilitud y no está apoyada en ningún dato.

No obstante, este tribunal es consciente de que la decisión que ha adoptado no es intrascendente en este aspecto, y que puede causar inconvenientes a los menores cuya filiación se discute. Pero considera que la protección de los menores no puede lograrse aceptando acríticamente las consecuencias del contrato de gestación por sustitución

suscrito por los recurrentes, tal como fueron aceptadas por las autoridades de California con base en la legislación de dicho estado, que admite el contrato oneroso de gestación por sustitución y que la filiación quede determinada a favor de quienes realizan el encargo.

La protección ha de otorgarse a dichos menores partiendo de las previsiones de las leyes y convenios aplicables en España, y de la jurisprudencia que los interpreta y aplica, tomando en consideración su situación actual.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, al interpretar el art. 8 del Convenio, ha considerado que allí donde está establecida la existencia de una relación de familia con un niño, el Estado debe actuar con el fin de permitir que este vínculo se desarrolle y otorgar protección jurídica que haga posible la integración del niño en su familia (sentencias de 28 de junio de 2007, caso Wagner y otro contra Luxemburgo , y de 4 de octubre de 2012 , caso Harroudj contra Francia).

El presente recurso no tiene por objeto, porque la acción ejercitada no lo tenía y porque no se han alegado y probado los hechos que permitirían decidirlo, adoptar una decisión sobre la integración de los menores en la familia constituida por los recurrentes en forma distinta al pretendido reconocimiento de la filiación fijada en el registro de California. También ha de tenerse en cuenta que no ha resultado probado que alguno de los comitentes aportara sus gametos, pues aunque en algún pasaje de sus alegaciones así se afirma, ni se concreta cuál de ellos lo habría aportado, ni menos aún se prueba cual fuera el padre biológico de cada uno de los niños. Pero de acuerdo con la jurisprudencia de este Tribunal y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, si tal núcleo familiar existe actualmente, si los menores tienen relaciones familiares "de facto" con los recurrentes, la solución que haya de buscarse tanto por los recurrentes como por las autoridades públicas que intervengan, habría de partir de este dato y permitir el desarrollo y la protección de estos vínculos.

Existen en nuestro ordenamiento jurídico diversas instituciones que lo permiten. El propio art. 10 de la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida , en su párrafo tercero, permite la reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, por lo que si alguno de los recurrentes lo fuera, podría determinarse la filiación paterna respecto del mismo. Asimismo, figuras jurídicas como el acogimiento familiar o la adopción permiten la formalización jurídica de la integración real de los menores en tal núcleo

familiar.

Ha de precisarse también que, a fin de dar cumplimiento a lo previsto en el art. 7.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, conforme al cual el niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre y a adquirir una nacionalidad, la denegación de reconocimiento de la certificación registral de California ha de afectar exclusivamente a la filiación en ella determinada, pero no al resto de su contenido.

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

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (sentencias de 28 de junio de 2007, caso Wagner y otro contra Luxemburgo , y de 4 de octubre de 2012, caso Harroudj contra Francia) ha declarado que el art. 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos , que establece el derecho al respeto de la vida privada y familiar, supone obligaciones positivas para los Estados que han de interpretarse a la luz de la Convención sobre los Derechos del Niño de Naciones Unidas. A tal efecto, procede instar al Ministerio Fiscal a que, de acuerdo con las funciones que le atribuye su Estatuto Orgánico, ejercite las acciones pertinentes para determinar en la medida de lo posible la correcta filiación de los menores, y para su protección, tomando en consideración, en su caso, la efectiva integración de los mismos en un núcleo familiar "de facto".”