

# GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN EN ESPAÑA: *A HARD CASE NEEDS LAW*. DE POR QUÉ LA JURISPRUDENCIA NO PUEDE RESOLVER ESTE PROBLEMA

## SURROGACY IN SPAIN: A HARD CASE NEEDS LAW. WHY JURISPRUDENCE CAN NOT SOLVE THIS PROBLEM

ANTONIA DURÁN AYAGO

*Profesora Titular de Derecho Internacional Privado  
Universidad de Salamanca*

ORCID ID: 0000-0003-3112-0112

Recibido: 01.07.2019 / Aceptado: 17.07.2019

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2019.4977>

**Resumen:** El presente trabajo constituye un balance de los diez años que han transcurrido desde la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 18 de febrero de 2009 que por primera vez autorizó la inscripción en el Registro Civil de los hijos de un matrimonio de varones españoles que habían nacido en Estados Unidos a través de gestación por sustitución. Aunque esta Resolución fue anulada, los hechos que se han ido sucediendo, con pronunciamientos judiciales en cierto modo encontrados, demandan una actuación del legislador para clarificar la situación y garantizar la seguridad jurídica de todos los implicados en un proceso de gestación por sustitución, particularmente de los niños nacidos a través de esta técnica.

**Palabras clave:** gestación por sustitución, filiación intencional, reconocimiento de decisiones extranjeras, interés superior del menor

**Abstract:** This paper is a balance of the ten years since the Resolution of the General Directorate of Registries and Notaries of February 18, 2009 which for the first time authorized the registration in the Civil Registry of the children of a marriage of Spanish males who were born in the United States through surrogacy. Although this resolution was annulled, the facts that have been happening, with judicial different pronouncements in a certain way, require action by the legislator to clarify the situation and ensure the legal certainty of all those involved in a process of surrogacy, particularly of children born through this technique.

**Keywords:** surrogacy, intentional filiation, recognition of foreign decisions, best interest of the child

**Sumario:** I. Perspectiva situacional II. El papel forzado de la Dirección General de los Registros y del Notariado: Instrucciones de 5 de octubre de 2010, de 14 de febrero de 2019 y de 18 de febrero de 2019 III. Necesarias soluciones legislativas IV. A modo de conclusión.

### I. Perspectiva situacional

1. Cuando acaban de cumplirse diez años de la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado (en adelante, DGRN) de 18 de febrero de 2009<sup>1</sup> que, por primera vez en España,

<sup>1</sup> Disponible en <http://www.legaltoday.com/informacion-juridica/jurisprudencia/civil/resolucion-de-la-direccion-general-de-los-registros-y-del-notariado-de-18-febrero-2009>, consultado el 24 de junio de 2019. También en *Westlaw* RJ 2009\1735.

reconoció la posibilidad de que pudiera acceder al Registro Civil español la filiación de dos menores, hijos de un matrimonio de varones españoles, que habían nacido a través de gestación por sustitución en California, se constata un inmovilismo del legislador español sorprendente. Ha sido la jurisprudencia la que ha tenido que ir dando forzosamente respuesta ante esta impasibilidad.

2. La citada Resolución fue anulada por las tres instancias judiciales por las que logró pasar (fue inadmitida por defecto de forma en el Tribunal Constitucional y en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en adelante TEDH)<sup>2</sup>. En todos los pronunciamientos judiciales se destaca que la gestación por sustitución es una práctica que en nuestro ordenamiento jurídico no está admitida y como tal tampoco pueden ser reconocidos sus efectos, como dispone el artículo 10.1 Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida (en adelante, Ley 14/2016)<sup>3</sup> en relación con el artículo 23 de la todavía vigente Ley del Registro Civil de 1957<sup>4</sup>. Del mismo modo, unánimemente se destaca que es preciso y posible determinar “correctamente” la filiación de estos menores a través de los medios admitidos en el ordenamiento jurídico español, impugnando la paternidad biológica a través del artículo 10.3 LTRHA y de la correspondiente adopción por el otro miembro de la pareja. Incluso en la sentencia del Tribunal Supremo se insta al Ministerio Fiscal a adoptar las medidas precisas para que la filiación de los menores quede “debidamente” acreditada.

3. Pero en el camino fueron surgiendo elementos interesantes que ponían de manifiesto la complejidad de un tema que claramente no se va a resolver por la vía de los tribunales.

La Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 5 de octubre de 2010, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución<sup>5</sup>, inauguraba un camino que no se trasladó, de forma incomprensible, a la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil<sup>6</sup>. Al tiempo, el TEDH comenzó a dictar sentencias, la mayoría de ellas contra Francia (*Mennesson*<sup>7</sup>, *Labasee*<sup>8</sup>, *Foulon*<sup>9</sup>, *Laborie*<sup>10</sup>...), en las que ha considerado que, si ha habido aportación genética por parte de al menos uno de los comitentes, es preciso garantizar que la filiación pueda acreditarse a su favor, y así garantizar el derecho que tiene el niño a su identidad filial, conforme al artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos humanos (en adelante, CEDH). Posición ésta del máximo interés que, en puridad, haría salvable a nuestra legislación, por el conocido artículo 10.3 Ley 14/2016.

4. En este contexto, es de destacar que Francia ha sido el primer Estado que ha instado la aplicación del Protocolo nº 16 al Convenio Europeo de Derechos Humanos<sup>11</sup>, mediante la presentación de una solicitud de opinión consultiva presentada por la Corte de casación francesa el 16 de octubre de 2018, a través de una decisión adoptada el 5 de octubre de 2018 en el marco del asunto *Mennesson*<sup>12</sup>. En concreto, la Corte de casación francesa ha formulado al TEDH dos cuestiones, de enorme interés también para España<sup>13</sup>. De un lado, ha preguntado si excede el margen de apreciación que tienen los Estados parte

<sup>2</sup> Se anula en primera instancia por la sentencia de 15 septiembre 2010 Juzgado de Primera Instancia de Valencia, núm. 15 (ECLI: ES:JPI:2010:25); sentencia que fue confirmada por la Audiencia Provincial de Valencia, el 23 de noviembre de 2011 (ECLI: ES:APV:2011:5738) y posteriormente por la sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014 (ECLI: ES:TS:2014:247).

<sup>3</sup> BOE núm. 126, de 27 de mayo de 2006.

<sup>4</sup> BOE núm. 151, de 10 de junio de 1957.

<sup>5</sup> BOE núm. 243, de 7 de octubre de 2010.

<sup>6</sup> BOE núm. 175, de 22 de julio de 2011.

<sup>7</sup> Accesible en <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-145179>, consultado el 24 de junio de 2019.

<sup>8</sup> Accesible en <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-145180>, consultado el 24 de junio de 2019.

<sup>9</sup> Accesible en [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"itemid":\["001-164968"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{), consultado el 24 de junio de 2019.

<sup>10</sup> Accesible en [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"itemid":\["001-170369"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{), consultado el 24 de junio de 2019.

<sup>11</sup> Accesible en <https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=0900001680084832>, consultado el 27 de febrero de 2019.

<sup>12</sup> Vid. A. DURÁN AYAGO, “Protocolo nº 16 al Convenio Europeo de Derechos Humanos y gestación por sustitución: primera consulta planteada por la Corte de Casación francesa y primera respuesta para seguir sin desbrozar del todo el camino”, *Revista General de Derecho Europeo*, núm. 48, 2019, pp. 132-149.

<sup>13</sup> Accesible en <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000037495428&fastReqId=1352145603&fastPos=1>, consultado el 27 de febrero de 2019.

del CEDH si las autoridades francesas se niegan a transcribir en el certificado de nacimiento del niño la filiación de la madre de intención como madre legal, teniendo en cuenta que ya ha sido admitida la transcripción del padre de intención, siempre que sea padre biológico del menor, preguntándose si para que sea posible la transcripción del acta de nacimiento en que conste como madre legal la comitente es preciso que haya aportado sus gametos. En la segunda pregunta, y para el caso de respuesta afirmativa a cualquiera de las dos previas cuestiones, se inquiere al TEDH si la posibilidad para la madre de intención de adoptar al hijo de su cónyuge, padre biológico del niño, que constituye un medio para establecer la filiación, cumple con las exigencias establecidas en el artículo 8 CEDH.

5. La respuesta no se ha hecho esperar demasiado, pues la Gran Sala del TEDH ha resuelto por unanimidad el 10 de abril de 2019 (Demande nº P16-2018-001) que el derecho al respeto de la vida privada de un nacido en el extranjero exige que la ley nacional (*sic*) ofrezca la posibilidad de reconocer la relación de filiación entre este niño y la madre de intención, designada en el certificado de nacimiento en el extranjero como la "madre legal". Pero no exige que este reconocimiento se realice mediante la transcripción en el Registro Civil del certificado de nacimiento legalmente establecido en el extranjero. Puede hacerse por otros medios, como la adopción del niño por la madre de intención, siempre que los procedimientos previstos por la ley nacional garanticen eficacia y rapidez, de conformidad con el interés del niño<sup>14</sup>.

6. En realidad, que estas preguntas terminaran por aflorar era cuestión de tiempo<sup>15</sup>, y se ha encontrado en este Protocolo la vía adecuada para formularlas, anticipándose a nuevas posibles futuras condenas. Sin embargo, el TEDH ha rehusado responder directamente a la primera pregunta, puesto que, según ha especificado, se ha limitado a responder lo que tenía relación directamente con los hechos del caso *Mennesson*. Desde mi punto de vista, de alguna manera se le estaba pidiendo al TEDH que se pronunciara sobre un cambio de legislación, que no otra cosa implicaría si la determinación de la filiación materna pudiera llevarse a cabo no ya por el parto, sino por el aporte biológico que pueda haber realizado la madre de intención. En este contexto, hay que recordar que el artículo 311-14 del Código Civil francés determina que “[l]a filiación se rige por la ley personal de la madre en el momento del nacimiento del hijo; si la madre no fuera conocida, por la ley personal del hijo”. En los casos en que la madre comitente sea de nacionalidad francesa, el problema afloraría con toda intensidad.

7. En este sentido, y relacionándolo con la falta de una solución legislativa clara también en España, es menester recordar la situación de las familias españolas que se han desplazado a Ucrania para tener allí a sus hijos a través de gestación por sustitución. La actuación del actual Gobierno español, con continuos bandazos y cambios de criterio entre el Ministerio de Justicia y el de Asuntos Exteriores, ha dejado mucho que desear<sup>16</sup>. Las diferencias de criterio se han manifestado con toda intensidad en la propia DGRN, pues la interesante Instrucción DGRN de 14 de febrero, sobre actualización del régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución<sup>17</sup>, que no llegó a ser publicada en el *BOE*, fue derogada cuatro días después por la incatalogable Instrucción DGRN de 18 de febrero de 2019, del mismo título, ésta sí publicada en el *BOE* el 21 de febrero de 2019 que, realmente no aporta nada nuevo a la Instrucción de 2010, más que realizar un alegato en contra de la gestación por sustitución, afirmando que “constituye un fenómeno en el que se produce una grave vulneración de los derechos de los menores y de las madres gestantes”. En la Instrucción de 14 de febrero, en cambio, había matices muy interesantes a los que más adelante aludiremos con más detalle, pero quizás el más relevante, relacionándolo con la situación francesa, es que en la directriz tercera, sostiene que en los casos en

<sup>14</sup> Accesible en [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"itemid":\["003-6380431-8364345"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{), consultado el 10 de abril de 2019.

<sup>15</sup> Vid. A. DURÁN AYAGO, “Nota a las Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso *Mennesson c. France* (n.º 65192/11) y caso *Labassee c. France* (n.º 65941/11), de 26 de junio de 2014”, *Ars Iuris Salmanticensis*, vol. 2, diciembre 2014, pp. 281-282, accesible en <http://revistas.usal.es/index.php/ais/article/view/12785/13156>, consultado el 28 de febrero de 2019.

<sup>16</sup> Vid. P. JIMÉNEZ BLANCO, “La ‘crisis’ de la gestación por sustitución en Ucrania y el caos en el Ministerio de Justicia (Comentario a las Instrucciones de la DGRN de 14 y 18 de febrero de 2019)”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, núm. 37, 2019, pp. 24-31.

<sup>17</sup> Accesible en [https://e00-elmundo.uecdn.es/documentos/2019/02/16/instruccion\\_gestacion.pdf](https://e00-elmundo.uecdn.es/documentos/2019/02/16/instruccion_gestacion.pdf), consultado el 29 de junio de 2019.

que haya que determinar la legislación aplicable a la determinación de la filiación ante las autoridades españolas, y el artículo 9.4 Cc lleve a la aplicación de una legislación que no atribuya vínculo alguno con el niño a la gestante, siempre que haya aportado su óvulo la comitente, puede utilizarse con carácter análogo el artículo 10.3 de la Ley 14/2006 para la determinación de la filiación materna, pensado en principio sólo para la impugnación de la paternidad biológica.

## II. El papel forzado de la Dirección General de los Registros y del Notariado: Instrucciones de 5 de octubre de 2010, de 14 de febrero de 2019 y de 18 de febrero de 2019

8. Ante el inmovilismo del legislador, la DGRN decidió dar un paso que, a mi juicio, iba más allá de sus atribuciones<sup>18</sup>. En la Instrucción de 5 de octubre de 2010 se consideró que sólo podían acceder al Registro Civil español por la vía del reconocimiento los casos de filiación a través de gestación por sustitución en que hubiera intervenido una autoridad judicial y siempre que se hubieran garantizado los derechos de todas las partes, fundamentalmente se hace referencia a que se haya respetado el interés superior del menor y los derechos de la gestante, habiéndose constatado que tiene capacidad para dar su consentimiento (informado) de forma libre y voluntaria; también aparecen los derechos de los comitentes porque los consentimientos deben ser irrevocables<sup>19</sup>.

Específicamente, en su directriz segunda se especifica que “[e]n ningún caso se admitirá como título apto para la inscripción del nacimiento y filiación del nacido, una certificación registral extranjera o la simple declaración, acompañada de certificación médica relativa al nacimiento del menor en la que no conste la identidad de la madre gestante”.

9. Esta cuestión ha traído consigo numerosos problemas, porque muchas veces se ha recurrido a Estados en cuya legislación no está previsto que intervenga en el procedimiento de transferencia de la parentabilidad autoridad judicial alguna. En estos casos, se estaba recurriendo, bien al artículo 10.3 de la Ley 14/2006, práctica que, todo hay que decirlo, fue recomendada por el Tribunal Supremo en su sentencia de 6 de febrero de 2014, esto es, siempre que el semen lo aportaba el varón éste podía impugnar judicialmente su paternidad y posteriormente su pareja proceder a la adopción, bien a la vía del reconocimiento. Se exigía, de esta forma, una doble determinación de la filiación, obligándose a que, en todo caso, se determinara la filiación conforme a nuestro sistema de Derecho Internacional Privado. Así se venía haciendo también en Ucrania, hasta que afloró un conflicto, no bien aclarado, aunque sospecho que, de manifiesto contenido político, que desencadenó toda una tormenta de declaraciones, notas de prensa y, lo más preocupante, Instrucciones encontradas de la DGRN. Mientras en la de 14 de febrero, de forma detenida, se intentaba poner orden al procedimiento que se venía empleando, aportando importantes novedades interpretativas como las antes aludidas en la directriz tercera, en la de 18 de febrero se vuelve a la versión de 2010, reconociendo sólo aquellas solicitudes de inscripción en el Registro Civil que se respalden en una sentencia de las autoridades judiciales del país correspondiente que sea firme y que esté dotada del correspondiente reconocimiento (exequátur o reconocimiento incidental). La calidad

<sup>18</sup> A. DURÁN AYAGO, “El acceso al Registro Civil de certificaciones registrales extranjeras a la luz de la Ley 20/2011: relevancia para los casos de filiación habida a través de gestación por sustitución”, *Anuario español de Derecho internacional privado*, vol. XII, 2012, p. 295.

<sup>19</sup> Vid. P. OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, “Jurisprudencia española y comunitaria de Derecho internacional privado - Práctica española : Derecho civil internacional - Filiación : gestación por sustitución - Filiación establecida con arreglo a Derecho extranjero - Inscripción registral: Instrucción de 5 de octubre de 2010, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre el régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución (BOE núm. 243, de 7 de octubre de 2010)”, *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 62, núm. 2, 2010, pp. 264-266; A. L. CALVO CARAVACA, / J. CARRAS-COSA GONZÁLEZ, “Notas críticas en torno a la Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 5 octubre 2010 sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 3, núm. 1, 2011, pp. 247-262; A. SALAS CARCELLER, “El registro civil español y la filiación surgida de la gestación por sustitución”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 7, noviembre 2011, pp. 9-14; I. HEREDIA CERVANTES, “La Dirección General de los Registros y del Notariado ante la gestación por sustitución”, *Anuario de Derecho Civil*, vol. 66, núm. 2, 2013, pp. 687-715; L. PERTUSA RODRÍGUEZ, “Dimensión consular de la gestación por sustitución en Derecho internacional privado”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 10, núm. 2, 2018, pp. 597-614.

jurídica de esta Instrucción deja mucho que desear. Más bien parece un panfleto político. Basta leer la exposición de motivos para percatarse de ello.

Por el contrario, la *non nata* Instrucción de 14 de febrero, que no llegó a publicarse en el BOE, realiza un cuidadoso análisis, proponiendo un acompañamiento jurídico a todo el proceso e intentando reducir las altas dosis de inseguridad jurídica que en estos momentos caracteriza este escenario.

**10.** Y aunque, como decimos, esta Instrucción quedó derogada antes de ver la luz en el BOE, son muy interesantes las novedades que aportaba. Destacamos las que nos parecen que podían ser utilizadas para la necesaria reforma legislativa que ha de venir.

**11.** En la directriz primera, se acoge lo ya establecido en la Instrucción de 2010 respecto a la necesidad de que exista una resolución judicial, consecuencia de un proceso contencioso o de jurisdicción voluntaria, en que quede de forma indubitada establecida la filiación a favor de los comitentes, que además deberá contar con el reconocimiento en España, bien a través de exequátur o bien a través de reconocimiento incidental. Entre las exigencias que se encomiendan al Encargado del Registro para valorar que la resolución no contraríe nuestro orden público internacional, se introducen interesantes matizaciones que no estaban presentes en la Instrucción de 2010. Por ejemplo, respecto de la gestante, además de exigir evidencias de que su consentimiento se ha obtenido de forma libre y voluntaria, sin incurrir en error, dolo o violencia y con suficiente información y consciencia del alcance de su declaración de voluntad, además de contar con capacidad natural suficiente, se exige que dicho consentimiento haya sido confirmado en un momento posterior al nacimiento del niño/a. Esto último es muy relevante, porque parece establecer una posibilidad de revocación del consentimiento, y si así fuera chocaría con lo dispuesto en el apartado e) que indica que la resolución judicial debe ser firme y que los consentimientos prestados son irrevocables, o bien, si estuvieran sujetos a un plazo de revocabilidad conforme a la legislación extranjera aplicable, que éste hubiera transcurrido, sin que quien tenga reconocida facultad de revocación, la hubiera ejercitado. La exigencia de que el consentimiento dado por la gestante pueda ser revisado, incluye de manera implícita un control de la ley aplicada, que implica que sólo se reconocerán aquellos casos en que la ley aplicada contemple esta posibilidad, lo cual, considero, no resulta demasiado acertado.

Otra novedad respecto de la Instrucción de 2010 es la alusión específica a que debe garantizarse el derecho del niño a conocer sus orígenes biológicos. En este sentido, habría que plantearse el alcance de esta premisa, pues *a priori* parece que se está pensando sólo en garantizar que el niño puede conocer a la mujer que lo ha gestado, no a quién ha aportado los gametos para su concepción, o sí, y si así fuera, ello contravendría el carácter anónimo de la donación de gametos que rige en España.

La última novedad respecto de la Instrucción de 2010 no es menor. Por primera vez se habla de la idoneidad respecto de los padres comitentes para asumir las funciones tuitivas y protectoras del nacido propias de la patria potestad, lo cual me parece muy interesante y necesario. A mi juicio, esta exigencia debería estar presente en una futura regulación material de la gestación por sustitución en España. Pero plantea si con esta exigencia se está solicitando la constancia de un certificado de idoneidad para los padres comitentes y, si así fuera, quién debería emitirlo. Por las claras concomitancias con el procedimiento de adopción, parecería razonable que se emitiera por parte de las autoridades de la residencia habitual de los comitentes. La cuestión es que esto no está por el momento contemplado en nuestra legislación. Aunque en el momento en que se regule la gestación por sustitución en España este sería uno de los caballos de batalla, probablemente.

**12.** En la directriz segunda se regulan los casos en los que no hay sentencia que acredite la transferencia de parentabilidad, y siempre que el padre comitente sea también padre biológico del niño. En este caso, será necesario llevar a cabo un proceso de impugnación judicial de la paternidad conforme al artículo 10.3 de la Ley 14/2006, o bien a través del reconocimiento del padre, cumpliendo los requisitos exigidos por el Código civil español. En especial si el reconocimiento se hace mediante declaración del padre ante el Encargado del Registro Civil se requerirá el consentimiento expreso de la madre o del representante legal del menor, conforme al artículo 44.7 de la Ley del Registro Civil de 2011. Para que

sea posible la inscripción deberán concurrir, además, los requisitos para la validez o eficacia del reconocimiento exigidos por la Ley civil aplicable. Si la madre gestante estuviese casada y fuese aplicable la presunción de paternidad matrimonial, se exigirán igualmente el consentimiento del marido o cualesquiera otros requisitos impuestos, en su caso, por la legislación civil aplicable. Pero no bastará la simple declaración del padre, sino que, para prevenir todo supuesto de tráfico internacional de menores, habrá de acompañarse de una prueba de ADN para constatar que en efecto quien dice ser padre biológico lo es. En esta misma directriz, se contempla la posibilidad de que la pareja del padre biológico pueda adoptar al niño. En el proceso de adopción la gestante (denominada en todo momento como madre) deberá asentir, y ello sólo podrá hacerse cuando hayan transcurridos seis semanas desde el parto (art. 177 Cc). En el proceso de reconocimiento de la paternidad, por el contrario, se exige que la mujer gestante consienta, y si está casada, también deberá consentir su marido.

**13.** Pero, sin duda, es la directriz tercera la que aportaba mayores novedades, pensada para los casos en que el vínculo biológico se establezca respecto de la comitente, y en el caso de que la legislación aplicable conforme al artículo 9.4 Cc conduzca a la aplicación de una legislación que determine que la gestante no posee vínculo jurídico alguno con el menor. En estos casos, para que el menor no quede desprotegido se establece un procedimiento análogo al establecido en el artículo 10.3 de la Ley 14/2006 para impugnar la maternidad biológica. Esto supone un salto cualitativo, puesto que supondría por vez primera reconocer en España que la filiación materna no tiene por qué determinarse siempre y exclusivamente por el parto.

### III. Necesarias soluciones legislativas

**14.** Considero que una efectiva solución al escenario de inseguridad jurídica en el que nos encontramos debe venir dada por una regulación desde la perspectiva del reconocimiento<sup>20</sup>, y en este sentido los artículos 96 y 98 de la Ley 20/2011, del Registro Civil, aún no vigentes previsiblemente hasta el 30 de junio de 2020<sup>21</sup>, podrían servirnos de referencia para introducir los requisitos necesarios y específicos para el reconocimiento de las resoluciones judiciales y de las actas registrales en que conste la filiación de estos niños en el extranjero, tomando como referencia las Instrucciones de la DGRN de 2010 y la de 14 de febrero de 2019. Pero también desde la perspectiva material, reformando la Ley 14/2006 y aportando una regulación específica de la gestación por sustitución en nuestro país<sup>22</sup>.

**15.** Respecto del reconocimiento, recordemos que la Resolución de la DGRN de 18 de febrero de 2009, en puridad, estaba basada en el método de reconocimiento de situaciones jurídicas<sup>23</sup>. En ella, expresamente se aboga por el principio del reconocimiento mutuo de los estatutos personales o, al menos, de los actos públicos del estado de civil provenientes de un Estado miembro de la Unión Europea, con referencia incluida a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, TJUE) en materia de nombre, en la que se reconoce el derecho que tiene el menor a la continuidad de su nombre y, en consecuencia, a una identidad única (FJ 3º). En concreto, se alude a que el TJUE ha analizado esta cuestión y resuelto que, si la ley de un Estado miembro de la Unión Europea ofrece res-

<sup>20</sup> Es esta la solución por la que, en este momento, apuesta la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, *vid.* A. DURÁN AYAGO, “Los trabajos en el seno de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado sobre gestación por sustitución”, *Revista General de Derecho Constitucional*, en prensa.

<sup>21</sup> Según la disposición final primera de la Ley 5/2018, de 11 de junio, de modificación de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, en relación a la ocupación ilegal de viviendas, por la que se modifica la Disposición final décima de la Ley 20/2011.

<sup>22</sup> Considero un buen punto de partida para ello la Propuesta de bases generales para la regulación en España de la gestación por sustitución, elaborado por el Grupo de Ética y Buena práctica clínica de la Sociedad española de Fertilidad, accesible en <https://www.sefertilidad.net/docs/grupos/etica/propuestaBases.pdf>, consultado el 30 de junio de 2019.

<sup>23</sup> A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Gestación por sustitución y Derecho Internacional Privado: consideraciones en torno a la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 18 de febrero de 2009”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 1, núm. 2, 2009, pp. 294-319

paldo normativo a una relación jurídica, esa relación jurídica podrá desarrollarse en los demás Estados miembros, independientemente de lo que puedan decir las normas de conflicto del Estado de destino. En materia de filiación, debería procederse en los mismos términos de valoración, acrecentados si cabe en la medida en que el establecimiento de la filiación genera una serie de derechos para el menor que le son imprescindibles<sup>24</sup>.

**16.** Ciertamente, el método del reconocimiento de situaciones jurídicas se ha visto fortalecido por el principio de la confianza y el reconocimiento mutuo en el ámbito europeo, que tiende a excluir el control conflictual confiando o confiriendo tal control al país de origen. En tal método se ubica la argumentación de la DGRN, situándose a caballo del reconocimiento de documentos o actos públicos extranjeros (certificados de nacimiento) y de sentencias judiciales o de la homologación de un acto de jurisdicción voluntaria. Sin perjuicio de que en este caso la certificación provenía de un Estado no miembro la Unión Europea, quizás no debería de olvidarse que en realidad el método del reconocimiento de situaciones no es más que una derivada del conflicto de sistemas. Una vez que decidimos qué DIPr. es el que está más vinculado con la situación, aplicamos ese sistema, que será conforme al que se constituya una determinada relación jurídica y que en base al método del reconocimiento debería ser reconocida y respetada en el resto de sistemas de DIPr. No hay duda que es un método adecuado cuando se trata de reconocer estados civiles ya constituidos conforme a normativas extranjeras. Respeta la continuidad en el espacio de las cuestiones atinentes al núcleo duro de la persona considerada como sujeto de derecho. La aplicación de un determinado sistema de DIPr se hace sobre la base de una vinculación de la relación jurídica de que se trate con ese sistema. Pueden surgir dudas en su concreción cuando se ha buscado un determinado sistema para constituir una relación que conforme al sistema más vinculado no es posible. Hay que tener en cuenta que en este caso la relación se ha internacionalizado por la voluntad de las partes, y que la filiación es una de las pocas materias que aún se considera indisponible, entre otras cosas, con el presumible objetivo de garantizar y proteger de la mejor manera el interés superior del menor<sup>25</sup>.

**17.** La aplicación del método de reconocimiento de situaciones jurídicas en estos casos aporta una solución que dota de coherencia y seguridad jurídica al estatuto personal del niño. Para su aplicación sólo sería necesario comprobar que ha intervenido una autoridad pública, que lo ha hecho en base a sus normas de DIPr., articuladas en torno al principio de proximidad, y que el documento en el que consta es auténtico. No habría ni que controlar la ley aplicada por la autoridad extranjera, ni tampoco podría plantearse un control de orden público del Estado requerido. Bastaría con comprobar que no se vulnera el interés superior del menor.

**18.** Pero para que no se perpetúe la esquizofrenia jurídica que ahora existe, sería recomendable introducir una regulación específica en nuestro Derecho material sobre la gestación por sustitución.

Algunas de las premisas en que podría sustentarse dicha regulación se mencionan a continuación:

Sobre la mujer gestante, debería tener al menos un hijo, dado que sólo así se garantiza que conoce lo que significa gestar y que su consentimiento es informado; debería hacerlo de forma voluntaria, sin contraprestación (precio); otra cosa es la compensación que se le deba por el embarazo; no podría aportar también su óvulo, es decir, se trataría de una gestación parcial.

Sobre los comitentes, al menos uno de ellos debería aportar su material genético; debería acreditarse médicamente en las parejas heterosexuales o de mujeres la imposibilidad para gestar; sería recomendable que fuera necesario obtener por parte de los comitentes un certificado de idoneidad similar al que ahora existe para la adopción con el que pudiera acreditarse que se encuentran preparados para afrontar el proceso y asumir las responsabilidades parentales.

Sobre la mujer gestante y los comitentes, los consentimientos deberían manifestarse antes del nacimiento del menor ante autoridad judicial en un acto de jurisdicción voluntaria. Sería importante la

<sup>24</sup> A. DURÁN AYAGO, "Libre circulación de personas y familias en un mundo globalizado: cuestiones por resolver desde la perspectiva de los Derechos humanos", en Sanz Mulas, N. (dra.), *Los Derechos Humanos 70 años después de la Declaración Universal*, Tirant lo Blanch, 2019, pp. 75-99.

<sup>25</sup> A. DURÁN AYAGO, "El acceso al Registro Civil...", *loc. cit.*, p. 289.

intervención de un equipo multidisciplinar que antes de ese acto informara a las partes de todo lo relativo a la gestación y del alcance de los consentimientos. Todo para garantizar que una vez que se dé el consentimiento ante autoridad judicial éste sea irrevocable.

Sobre el niño, el interés superior del niño es que su filiación quede acreditada desde su nacimiento a favor de quienes lo han querido (filiación intencional). Esta filiación debería ser inimpugnabile.

#### IV. A modo de conclusión

19. Regular la gestación por sustitución en España supondría, en primer lugar, terminar con la esquizofrenia jurídica que ahora existe a todos los niveles, que se manifiesta con claridad en el propio Tribunal Supremo, con dos de sus salas (Civil y Social) optando por planteamientos diversos en torno a esta técnica<sup>26</sup>. Pero es que, además, se podría plantear un marco regulador garantista que evitara que el afán de lucro estuviera presente, algo en que ponen con insistencia el acento los sectores sociales que se oponen a esta técnica. No se trata de hacer negocio a costa de las mujeres gestantes, sino de hacer posible que alguien que por sus propios medios no puede, consiga ser padre/madre con todas las garantías y sin exponerse a un escenario de clara inseguridad jurídica. Se trataría, pues, con la experiencia comparada, de elaborar una legislación garantista que contemplara los derechos reproductivos en su más amplio alcance y también garantizara su ejercicio. Si sentamos los parámetros dentro de España, luego será más fácil y coherente fijar los casos que estarían fuera de la esfera del Derecho, puesto que habríamos ya construido nuestro orden público internacional sobre la base de una realidad admitida en nuestro ordenamiento jurídico y respaldada constitucionalmente por varios artículos, entre ellos, el artículo 10 que consagra el respeto a la dignidad humana y al libre desarrollo de la persona, en relación con el artículo 17 que garantiza la libertad individual y con los artículos 14 y 39 que prohíben la discriminación por filiación y garantizan el respeto a los derechos de los niños.

20. A diferencia de lo que ha apuntado el Comité de Bioética de España<sup>27</sup>, que aboga por prohibir la gestación por sustitución en el mundo, yo me alíneo en torno a los trabajos que desde la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado se están realizando<sup>28</sup>, buscando la mejor manera para garantizar los derechos de todas las partes que intervienen en el proceso, pero poniendo el acento en la necesidad de garantizar por encima de todo el interés superior del menor que, en estos casos, consiste en que se pueda acreditar su filiación desde su nacimiento a favor de quienes han querido traerlo al mundo y garantizar la continuidad en el espacio de dicha filiación.

<sup>26</sup> Vid. A. DURÁN AYAGO, "La gestación por sustitución ante el Tribunal Supremo: diacronía en dos actos", en A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *El Tribunal Supremo y el Derecho Internacional Privado*, en prensa.

<sup>27</sup> Informe accesible en [http://assets.comitedebioetica.es/files/documentacion/es/informe\\_comite\\_bioetica\\_aspectos\\_eticos\\_juridicos\\_maternidad\\_subrogada.pdf](http://assets.comitedebioetica.es/files/documentacion/es/informe_comite_bioetica_aspectos_eticos_juridicos_maternidad_subrogada.pdf), consultado el 1 de julio de 2019.

<sup>28</sup> Todos los trabajos accesibles en <https://www.hcch.net/fr/projects/legislative-projects/parentage-surrogacy>, consultado el 1 de julio de 2019.