

EL FUTURO DE LA MATERNIDAD SUBROGADA EN ESPAÑA: ENTRE EL FRAUDE DE LEY Y EL CORRECTIVO DE ORDEN PÚBLICO INTERNACIONAL

LORENZO ÁLVAREZ DE TOLEDO QUINTANA

Magistrado de la Audiencia Provincial de León

Profesor asociado de Derecho Civil en la Universidad de León

Recibido: 14.07.2014 / Aceptado: 04.08.2014

Resumen: La Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1ª, de 6 de febrero de 2014, ha concluido dentro de nuestro organigrama jurisdiccional –otra cosa será lo que dictamine el TEDH, en su caso– la pugna de dos padres para obtener la inscripción de dos niños, como hijos propios, en el Registro Civil español. Se trataba de un supuesto de maternidad subrogada, contrato celebrado en California, lugar en el que la maternidad por sustitución da lugar al establecimiento de vínculos legales de filiación entre los comitentes y el niño nacido de una tercera mujer, con independencia de que el nacido tenga o no material genético de tales comitentes.

Las razones del Tribunal Supremo para denegar la inscripción de una tal filiación en el Registro Civil español, no carecen de peso, pero tampoco son irrefutables. Las necesidades de la sociedad, el carácter abierto de la familia en nuestro ordenamiento, tantas veces proclamado por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, y la necesidad de un status civilis único para el niño nacido en un Estado con un sistema de filiación y llevado a otro Estado con un sistema radicado en principios opuestos, reclaman hoy que se abra un debate. ¿Debería suprimirse el art. 10 de la LTRA y abordarse una regulación justa del contrato de maternidad de sustitución?

Palabras clave: maternidad subrogada, contrato de maternidad subrogada, madre gestante, padres comitentes, filiación, orden público internacional, normas de policía, estado civil, fraude ley internacional, *forum shopping*, interés superior del menor, dignidad humana, reificación, mercantilización.

Abstract: The Judgment of the Supreme Court, 1st of February 6, 2014, has culminated within our jurisdictional pyramide, whatever could provide in this respect, the struggle of two parents for the registration of their children, in the Spanish Civil Registry. It was a case of surrogacy contract entered into in California, where Maternity substitution results in the establishment of legal ties of filiation between the principals and the child born of a third woman, regardless of whether the baby has or not genetic material of such constituents.

The reasons for the Supreme Court to refuse to register such a parental linkage in the Spanish Civil Registration, do not lack of weight, but are far to be conclusive. The needs of society, the family opened in our legal system, so often proclaimed by the jurisprudence of the Constitutional Court, and the need for a single status civilis for the child born in a state with a scheme of affiliation and taken to another State with a system based in opposing principles, claim today the opening of a deep debate. Should we remove art. 10 LTRA in order to tackle a fair regulation of surrogate motherhood contract?

Keywords: surrogate motherhood, surrogate arrangement, intended parents, filiation, international public policy, civil status, international legal fraud, forum shopping, interests of the child, human dignity, reification, commodification.

Sumario: I. Introducción. II. La Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 18 de febrero de 2009. III. El curso de las instancias jurisdiccionales. IV. La Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014. V. El orden público internacional español. 1. Planteamiento. 2. ¿Un orden público internacional de proximidad o un orden público “Atenuado”? 3. El discurso de la dignidad. 4. ¿Existe un orden público europeo superior al orden público internacional de los Estados miembros? VI. El interés superior de los menores. VII. Implicaciones de la doctrina del Tribunal Supremo. VIII. El fraude de ley y la búsqueda, por los padres comitentes, del foro de conveniencia. IX. Crítica a la doctrina del Tribunal Supremo. X. El mito de la verdad biológica y las posibilidades de la “filiación intencional”. XI. Modelos de regulación en el derecho comparado. XII. Lo que nos queda por hacer. La necesidad de un debate. XIII. Epílogo: El valor de una intención.

I. Introducción

1. En las últimas décadas hemos asistido a muchos cambios conceptuales y a uno en particular, de la mayor significación para el progreso y la evolución del Ser Humano: el concepto de *familia*.¹ Hemos presenciado la formación de nuevos tipos familiares en los que el matrimonio ha dejado de ser definitivamente la única opción de convivencia, abriendo paso a familias estructuradas en torno a uniones de hecho, heterosexuales u homosexuales, a familias monoparentales, entre otras formas de estructura grupal. El cambio de lo externo –lo que era la familia– y de lo interno –lo que entendíamos por tal– ha venido acompañado de unos avances tecnológicos que están a punto de darle al hombre la clave de la manipulación y gobierno de *la evolución misma de la especie*. Esperanzador horizonte, según algunos. Para otros, frontera peligrosa que convendría cruzar bien pertrechados y con recia armadura. Para una mayoría tan gruesa como respetable, abismo pavoroso con acceso directo a la puerta del *Inferno* de Dante.

El modelo que ha sido hegemónico hasta hace unas décadas, de la familia preordenada en torno a la idea de coito genital heterosexual, no es seguido de forma unánime ni uniforme por los actores sociales, los cuales tienen vivencias e instituciones sociales y jurídicas que no se corresponden con los conceptos de la familia nuclear heterosexual.² Por un lado, a pesar de la tendencia irresistible de cada antropólogo, como ser humano, a analizar los hechos y realidades culturales observadas desde su propio prisma cultural, su ideología, sus vivencias personales, e incluso, admitámoslo, su propio género, finalmente ha prevalecido la necesidad de analizar la familia como una realidad ontológica global, en todas sus posibilidades y manifestaciones. A lo largo de las últimas décadas, hemos asistido a una revolución de los comportamientos en nuestra cultura occidental, en la que el feminismo, la reforma sexual, la expansión de los métodos anticonceptivos y las nuevas técnicas de reproducción asistida, han quebrado el enlace entre *sexualidad y procreación*, abriendo el camino para superar el modelo cultural judeo-cristiano que situaba el coito heterosexual en el centro de la sexualidad, de la reproducción, del parentesco y muy singularmente, del matrimonio.

2. Desde que Atenea naciera de la cabeza del gran Zeus, sin intermediación de ningún elemento femenino, ni divino –ni Hera, la esposa y hermana del soberano del Olimpo– ni humano, los mortales no han dejado de desafiar las leyes de la naturaleza relativas a la procreación, en busca de cauces que nos conviertan en dioses.

Las técnicas de reproducción asistida, sin embargo, vienen a remediar carencias muy humanas y muy de los tiempos modernos. Los esposos y las parejas que no pueden obtener descendencia, como

¹ Vid. FR. ROTHENBACHER, “Social change in Europe and its impact on family structures”, en Eekelaar, Nhlapo ediciones, *The changing family. Family forms & Family Law*, Oxford, 1.998, pp. 3 y siguientes; G. WHITE, “When children have two fathers: effects of relationships with stepfathers an noncustodial fathers on adolescent outcomes”, *Journal of Marriage and Family*, 2.001, pp. 155 a 167; E. ROCA TRÍAS, “Familia y cambio social”, en *Anuario de Derecho Civil*, Núm. LIII-3, Julio 2000. G. CASSANO, “Evoluzione sociale e regime normativo della famiglia. brevi cenni per le riforme del terzo milenio”, en *Il diritto di famiglia e delle persone*, 2001, pp. 1.160 y siguientes; J. GAVIRIA SÁNCHEZ, “Matrimonio y uniones libres; el matrimonio homosexual”, en *Diario La Ley*, 3 de diciembre de 2001, N° 5431.

² Vid. D. M. SCHNEIDER, *American kinship. A cultural account*, Chicago, 1.980, The University of Chicago Press; M. STRATHERN, *After nature. English kinship in the late twentieth century*, Cambridge, 1.992. Cambridge University Press.

Zeus, sin intermedio de las leyes de la genética, acuden a la adopción, permitida y regulada en sus propios ordenamientos internos o, si cuentan con el respaldo económico necesario, recurren a tomar el cuerpo de una mujer fértil, ajena al proyecto familiar que han forjado, para asegurarse esa descendencia que la naturaleza les ha negado.

Esta última opción requiere dos cauces de realización: uno, *técnico*, consistente en el auxilio de la ciencia médica, puesta al servicio de la reproducción humana asistida. Y el segundo, *jurídico*, el contrato de maternidad subrogada, que ligará a los padres comitentes, movidos por una irreprochable intención procreadora, con una mujer que llevará en su cuerpo el material genético necesario para alumbrar un niño; un niño respecto del cual no podrá afirmarse como *madre*.

3. Muchas cosas han ocurrido en España desde que la Ley 35/1988 proclamara en su artículo 10 que el contrato de maternidad subrogada es nulo y que la condición de madre se fija en Derecho español en virtud del parto (*Criterio gestativo*); de manera que la madre es, en todo caso, la mujer gestante y alumbradora. Entre otras, que la misma fórmula fue llevada dieciocho años después a la ley que se encuentra vigente en la actualidad, la Ley 14/2006 de 26 de mayo. Pero tenemos que poner el acento ahora en un posicionamiento mantenido por la jurisprudencia de la DGRN que ha hecho posible que, durante años, las parejas españolas imposibilitadas de tener descendencia por sí, incluyendo a las homosexuales, hayan viajado a Estados en que se contemplaba la validez del contrato de maternidad por sustitución y se fijaba la filiación de los niños nacidos de la *madre portante* o de la *madre gestante*, en virtud de las técnicas de reproducción asistida, a favor de los comitentes o subrogantes.

Esa posibilidad, con un enfoque sustentado en el reconocimiento de decisiones extranjeras de inscripción de los niños resultantes de tales prácticas a favor de los comitentes, encontró regulación en la RDGRN de 18 de febrero de 2009 y en la posterior Instrucción de 5 de octubre de 2010, que, modificando en una dirección restrictiva los más abiertos planteamientos de la primera, mantenía, sin embargo, la posibilidad de que la inscripción de una filiación nacida bajo la cobertura de la maternidad por subrogación, no fuera contraria al orden público internacional español. Tal posibilidad ha sido recientemente arrumbada por una Sentencia del Tribunal Supremo, la de su Sala 1ª de 6 de febrero de 2014.

En esta Sentencia se aborda la cuestión de si dos sujetos casados entre sí pueden inscribir en el Registro Civil consular de Los Angeles (California, USA) como hijo de ambos, a un niño nacido de las técnicas de reproducción asistida, practicadas sobre una mujer que había concertado con aquellos un contrato de maternidad subrogada, comprometiéndose a entregarle el niño o niños que nacieran de su vientre al término de la gestación provocada por tales técnicas.

El proceso al que pone fin esta Sentencia nos ha ofrecido el raro espectáculo de dos instituciones del Estado lidiando entre sí, cada una de ellas en nombre de un *interés público* y probablemente, aunque los detalles de los respectivos escritos de alegaciones no nos han llegado, bajo el estandarte de dos antagónicos posicionamientos acerca de lo que en el *cassus* constituía el *interés superior de los menores* concebidos y nacidos en California de una madre que nunca quiso serlo. Por una parte, el Ministerio Fiscal, garante de la legalidad y defensor del interés social, según dispone el art. 124 de la CE, asumía la posición de demandante para que se dejase sin efecto una resolución, dictada por la Dirección General de los Registros y del Notariado (*En lo sucesivo, DGRN*) que había ordenado la inscripción de los niños como hijos de Estanislao y de Ginés.³

Por otra parte, el Abogado del Estado, representante de la DGRN, demandada en el proceso seguido en primera instancia, el cual se opuso, no sabemos con cuánta energía, a la demanda deducida por el Ministerio Fiscal, solicitando ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 15 de Valencia la desestimación de dicha demanda y la confirmación de la Resolución de 18 de febrero de 2009. Tras la estimación de la demanda por el Juez de Primera Instancia, el Abogado del Estado desaparece del campo de batalla

³ Los referidos padres comitentes eran varones, aunque la igualdad de sexo es una cuestión que ha perdido interés desde la nueva redacción del art. 44.II del Código Civil, por obra de la Ley 13/2005, proclamando que el matrimonio entre personas del mismo sexo tiene los mismos requisitos y efectos que el matrimonio entre personas del mismo sexo. La Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de noviembre de 2012 ha declarado conforme a la CE la apertura de nuestro sistema al matrimonio entre personas del mismo sexo.

y ni se adhiere al recurso de apelación interpuesto por los codemandados Don Estanislao y Don Ginés, ni toma tampoco posición respecto del recurso de casación que elevó al Supremo el conocimiento del asunto.

El silencio de la Abogacía del Estado en apelación y en casación tiene varias lecturas, algunas de ellas políticas, que abrirían heridas y exigirían entrar en honduras acerca de los agujeros de nuestro Estado de Derecho, pero no es éste el propósito que nos hemos trazado en estas páginas.

4. Algunas de las afirmaciones que se han hecho a lo largo de la extensa lid que se inicia con la denegación de la inscripción del niño como hijo de la pareja de padres comitentes, por parte del Encargado del Registro Civil español en Los Angeles, lo han sido tomando como referente la igualdad de los padres en la filiación natural y en los distintos caminos que la legislación española abre para el establecimiento y determinación legal de un vínculo de filiación.

Por eso me parece importante introducir algunas aclaraciones preliminares. La primera es que, en la filiación por naturaleza, nada hay más disparatado que afirmar la igualdad jurídica de ambos progenitores, padre varón y madre mujer. En nuestro sistema jurídico, el régimen legal de la filiación parte de una tajante distinción entre la *maternidad* y la *paternidad*; la primera, de acuerdo con el tradicional principio romano MATER SEMPER CERTA EST, se define y se prueba en juicio y fuera de él por el hecho del parto (*Criterio del alumbramiento*) en tanto que la paternidad se asienta en una *fictio iuris*, que descansa sobre los endebles y movedizos cimientos de la convivencia, la cohabitación y la fidelidad sexual de los cónyuges.

En nuestro Código Civil, el art. 116 establece que “Se presumen hijos del marido los nacidos después de la celebración del matrimonio y antes de los 300 días siguientes a su disolución o a la separación legal o de hecho de los cónyuges.”⁴ Fino es el hilo del que cuelga la paternidad.

La segunda cuestión preliminar que deseaba dejar clara es la de los criterios legales y doctrinales que marcan las coordenadas o soluciones alternativas al conflicto.

Tales criterios han sido magistralmente concretados en la doctrina italiana por la profesora CAMPIGLIO:⁵

- 1) **Criterio genético:** es padre el que aporta el material genético que va a formar el genotipo del niño. La LTRA toma este criterio como base para la atribución de paternidad al titular del material genético masculino en los casos de maternidad subrogada, siempre que no sea un donante anónimo, pero le hace cargar con el pesado gravamen de ejercitar la correspondiente acción de reclamación de tal paternidad (art. 10.3).⁶

⁴ El Parágrafo 1592 del BGB alemán dispone que “El padre de un niño es el hombre que: 1. Está casado con la madre en el momento del parto. 2. Haya reconocido la paternidad, o. 3. Cuya paternidad se haya determinado judicialmente...” Aunque el precepto necesita ser complementado y entendido a la luz de los Parágrafos 1593 y 1600, entre otros, del propio Código, es destacable que su redacción trata de huir de la *palabra de la mujer* como fuente determinadora de la filiación; aunque conviene dejar señalado que la jurisprudencia de los tribunales alemanes otorga al testimonio de la mujer, sobre la identidad del padre, un papel primordial.

Los plazos son variables de unos ordenamientos a otros pero lo más importante de este aspecto de la asociación de la presunción de concepción al matrimonio es que, todavía hoy, en los inicios del siglo XXI, es la palabra del padre, y no la de la madre, la que vale, la que puede destruir la presunción de paternidad. Así se desprende del artículo 117 de nuestro Código Civil, a cuyo tenor “*Nacido el hijo dentro de los ciento ochenta días siguientes a la celebración del matrimonio, podrá el marido destruir la presunción mediante declaración auténtica en contrario formalizada dentro de los seis meses siguientes al conocimiento del parto...*”

⁵ Cfr. C. CAMPIGLIO, “Lo stato di figlio nato da contratto internazionale di maternità”, en *Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale*, XLV, núm.3, 2009, pp. 589–604.

⁶ No obstante, nos sentimos inclinados a compartir la sugestiva interpretación que mantienen en este punto los profesores Calvo Caravaca y Carrascosa González, en el sentido de que el art. 10.3 de la Ley no pretende resolver un problema de atribución de la paternidad, sino una cuestión previa a la de la paternidad, cual es la de la *pertenencia del material genético a un varón o a otro*, y la de la prioridad del criterio genético sobre el criterio presuntivo favorable al marido de la madre; por lo que, planteada la cuestión como un *thema probationis*, conectado con una *presunción legal iuris tantum* (arts. 116 del CC y 385.2 y 3 de la LEC), concluyen estos autores afirmando que “Sólo es preciso acudir a la vía judicial en el caso de que haya aportado el material genético en un supuesto de gestación por sustitución impugne la paternidad atribuida *ope legis* al marido de la mujer que dio a luz.” Cfr. A.L. CALVO CARAVACA Y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, ob. cit., Vol. II., p. 306.

- 2) **Criterio gestativo.** La madre –nunca el padre– es la que gesta con su cuerpo y alumbró al niño, prescindiendo de que haya sido fertilizada con material genético de otros, donantes conocidos o anónimos, o de que aporte el suyo propio.
- 3) **Criterio social.** Es padre el que está dispuesto a cumplir las obligaciones de tal, dentro de la unidad familiar y cara a toda la colectividad social. A este **criterio social** nos referiremos más extensamente en el Epílogo de este trabajo.

El Tribunal Supremo es perfectamente consciente de que los tres criterios tienen en distinta medida encaje en nuestro Derecho civil de la filiación, y aún advierte que “...la filiación puede quedar legalmente determinada respecto de dos personas del mismo sexo. Con ello se reconoce que en la determinación legal de la relación de filiación tienen incidencia no solo factores biológicos, sino también otros de naturaleza social y cultural.”⁷

El interés de estos tres criterios posibles de establecimiento de un vínculo de filiación es el de que todos ellos se encuentran presentes en nuestro ordenamiento jurídico, según se expondrá más adelante, cuando, al hilo de las valiosas –pero objetables– enseñanzas del Tribunal Supremo, sostengamos nuestra opinión fundada acerca de si es contraria al orden público internacional español, la decisión extranjera de inscribir un niño como hijo de quienes, ni lo han alumbrado, ni consta con certeza hayan participado con sus propios cuerpos en el proceso biológico de la concepción, la gestación y el parto.

Ésta y no otra, ha sido la cuestión central que se ha debatido en la casación: la de la contravención, por la decisión de la autoridad californiana, del orden público internacional español. En efecto, la representación de Don Estanislao y Don Ginés asentaba el recurso de casación ante la Sala Primera del Supremo en un único motivo que se transcribe literalmente en los antecedentes de la Sentencia: “Infracción del art. 14 CE, por vulneración del principio de igualdad, en relación con el derecho a la identidad única de los menores y al interés superior de los menores consagrado en la Convención de Derechos del Niño, hecha en Nueva York el 2 de noviembre de 1989.”

Pero antes de entrar en el análisis de los motivos que llevan al Tribunal Supremo a desestimar el recurso de casación, conviene, para centrar la cuestión, saber cuáles fueron los que determinaron a la DGRN a ordenar la inscripción de los dos menores en el Registro Civil como hijos de los padres comitentes.

II. La Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 18 de febrero de 2009

5. La RDGRN de 18 de febrero de 2009 resolvía sobre una impugnación deducida por los padres comitentes, españoles con domicilio en España, del mismo sexo, frente a la resolución del cónsul español en California que les había denegado la inscripción como hijo suyo de dos niños nacidos en ese *State* en virtud del contrato de maternidad subrogada y ulterior aplicación de las técnicas de reproducción asistida.

Conviene poner de manifiesto desde este momento que, según se desprende de esa Resolución, la razón aducida por el cónsul español en California para denegar la inscripción en la sección del Registro Civil consular era la oposición de dicho contrato y del estado civil resultante, a lo dispuesto en el art. 10 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción asistida (En adelante, LTRA) en el que se prohíbe categóricamente la denominada “gestación de sustitución” con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero, disponiéndose que la filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto. Ninguno de los dos comitentes solicitantes de la inscripción –ambos varones– podía afirmar ser la madre alumbradora, por lo que, con arreglo a la legislación española, el libro de familia expedido por las autoridades californianas no tenía valor probatorio ni tampoco constitutivo del vínculo de filiación que los solicitantes pretendían mantener con los niños nacidos de tales técnicas.

La RDGRN de 18 de febrero de 2009 partía de la premisa previa de que existía una “decisión” previa dictada por las autoridades californianas, consistente en una certificación registral en la que ya

⁷ Fundamento de Derecho tercero, apartado 6 de la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014.

constaban el nacimiento y la filiación del nacido, de manera que el cauce metodológico no era el *conflictual*, que hubiera llevado, por la vía del art. 9.4 del Código Civil, a una situación especular sin fácil escapatoria: imposible saber la nacionalidad de los menores, cara a identificar a sus padres; imposible también saber quiénes son sus padres para aplicar o no la norma del art. 17 del Código Civil español.

La Resolución de 18 de febrero de 2009 fue saludada por la doctrina científica especializada, como fuente de una nueva savia para nuestro sistema de Derecho Internacional Privado. Por una parte, porque renunciaba al pensamiento conflictual para resolver una cuestión de validez extraterritorial de decisiones, lo cual nos situaba indudablemente en el camino y ante la técnica correctos desde el punto de vista de la dogmática del Derecho Internacional Privado; por otro lado, porque proseguía la línea ya iniciada por otras disposiciones legislativas, de descartar el *control de ley aplicable* en el área de la validez extraterritorial de decisiones, incluso en materia de estatuto personal; y por último, porque el *reconocimiento del derecho a una identidad única* aparecía ya como insoslayable, no solo en el marco territorial constreñido a la Unión Europea, sino en cualquier situación y circunstancia, dados los términos imperativos de los arts. 3.1, 7.1 y 8.1 de la Convención de 20 de noviembre de 1989 sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas.

Sin embargo, adolecía en su argumentación de algunos puntos débiles: En primer lugar, en la Resolución se menciona un paralelismo nada diáfano entre la situación de las mujeres casadas entre sí, en que una de ellas dirige al Registro Civil de su domicilio su declaración de voluntad de convertirse en madre del hijo de su cónyuge, supuesto contemplado en el art. 7.3 de la Ley 14/2006, y aquella otra en que dos varones se proponen establecer una relación paternofamiliar con el hijo que nazca de una madre sustituta.

El precepto citado dispone que “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.” El precepto se refiere, naturalmente, al supuesto en que, estando dos mujeres casadas entre sí, se ignora quién es el progenitor masculino, pero en cambio se sabe que una de ellas está amparada por el MATER SEMPER CERTA EST, porque va a ser la madre alumbradora y en este caso, las reglas fundamentales del sistema de filiación español se respetan plenamente: uno de los progenitores deriva su condición de tal del *criterio gestativo*. El otro, de una *intención o declaración de voluntad de ser progenitor*, emitida en el marco de un proyecto de vida en común con la mujer alumbradora.

Sobre esta premisa configuradora de tal supuesto, el razonamiento de la DGRN que pretendía establecer una *identidad de razón* entre ese supuesto y otro en el que ninguno de los progenitores puede decirse amparado por el criterio del alumbramiento, es fácilmente objetable. No se trata de una cuestión de discriminación por razones de género, sino de una falta de los presupuestos que imponen la aplicación del principio constitucional de igualdad en la aplicación de la ley, porque los supuestos no son iguales y, podría decirse, reclaman del legislador tratamientos diversos. En uno de ellos, haya o no progenitores del mismo sexo, uno de ellos va a ser la *madre alumbradora del niño*, en virtud de la utilización legítima de la técnicas de reproducción asistida.

En el segundo caso, haya igualmente o no comitentes del mismo o de distinto sexo, ninguno de ellos va a ser *madre alumbradora*: lo va a ser una tercera persona, y esta persona es la única a la que, en los supuestos de contrato ilícito de maternidad subrogada, se reconoce por la legislación española la condición de *madre*. (Art. 10 de la LTRA)

Así pues, el razonamiento de la DGRN, según el cual se incurriría en discriminación si se permitiese la inscripción de la maternidad de dos mujeres, pero no de dos varones, contenía una trampa argumental, en la que no ha caído el Tribunal Supremo, aunque tampoco haya hecho nada, en su Sentencia de 6 de febrero de 2014, por revelarla y ponerla de manifiesto.

6. La mayor parte de la doctrina científica aplaudió el criterio del Centro Directivo sobre la textura abierta del orden público internacional español, que hacía posible, en el caso, la inscripción de la filiación en el Registro Civil español sobre la base de la inscripción previa practicada en el extranjero. La Resolución de 18 de febrero de 2009 se hacía eco de la jurisprudencia del TJUE en relación con el derecho de todo ciudadano europeo a disponer de inscripciones coincidentes en todos los Estados miembros

en los que figurasen registrados, como consecuencia de un *derecho a una identidad única* que no puede ser conculcado por las normas de conflicto de los Estados en materia de nombre y apellidos.

En efecto, el derecho de los ciudadanos europeos a un único estado civil en todo el territorio de la Unión, es hoy un verdadero derecho fundamental reconocido por el TJUE y así se explica en la propia Resolución de 18 de febrero de 2009 con cita de las sentencias de dicho Tribunal de 2 de octubre de 2003, García Avello, y de 14 de octubre de 2008, *Grunkin-Paul*.

Las consecuencias de la no inscripción en el Registro Civil español de un acta de filiación otorgada en el extranjero en circunstancias como la descrita en la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 18 de febrero de 2009 pueden ser devastadoras para el interés superior del niño nacido en el extranjero, con una filiación fijada fuera de España, incompatible con la procedente según la ley española. El niño tendría dos filiaciones legamente reconocidas en distintos Estados. Incluso una vez producida, erróneamente o no, la transcripción del acta extranjera en el Registro Civil español, podría ser anulada en virtud de acción contenciosa de estado, promovida por el Ministerio Fiscal. Los menores, en uno u otro caso, no podrían hacer valer en España las actas de nacimiento expedidas en el extranjero, conforme a la ley tolerante del Estado de su nacimiento. Su madre sería, a los efectos del ordenamiento jurídico patrio, *la que nunca quiso serlo* y la posibilidad de hacer madre a la que siempre tuvo *intención procreativa*, quedaría a las expensas de una adopción del hijo del cónyuge o del hijo de la pareja no matrimonial, de una adopción por un *extraneus* en el caso de que el niño no tuviera material genético de ninguno de los comitentes.

La Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 18 de febrero de 2009, que la Sentencia ha dejado definitivamente sin base ni efectos, abordaba esta cuestión desde el punto de vista, indudablemente incompleto, del género de los padres, dos hombres casados entre sí. La admisión del matrimonio entre personas del mismo sexo, introducido en España por la Ley 13/2005, estaba todavía *sub iudice*, en el momento en que se dictó aquella Resolución, pendiente de una decisión del Tribunal Constitucional que nos ha llegado el 6 de noviembre de 2012, por la que se declaraba que la proclamación legal de que el matrimonio entre personas del mismo sexo tiene los mismos requisitos y efectos que el matrimonio heterosexual (art. 44.II del CC), no es contraria a la CE.

En la referida Resolución de 18 de febrero de 2009 se argumentaba 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 CE); a lo que se añadía que, dado 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), no puede decirse que la decisión californiana de registrar a un niño nacido de un madre sustituta como hijo de los comitentes, sea contrario a los principios fundamentales del ordenamiento patrio.

Sin embargo, esa visión del orden público era, efectivamente, sesgada. El Tribunal Supremo centra la cuestión en el asunto del *mercantilismo*. Indudablemente, el peso de la codificación es abrumador. Hay *res in commercium* y *res extra commercium*, no podíamos olvidarnos del art. 1271 del Código Civil.

La posibilidad de convertir el cuerpo de la mujer gestante en una mercancía, sin duda origina un problema ético que era susceptible de engrosar el contenido del orden público internacional con la referencia a la *moral* como límite de la autonomía de la voluntad de las partes (art. 1255 del CC.)

No obstante, a este planteamiento del riesgo del mercantilismo se le pueden dirigir dos objeciones. Por un lado, el art. 10 de la LTRA establece la nulidad del contrato de maternidad por sustitución en todo caso, no sólo cuando la mujer gestante alquila su útero y su cuerpo entero, puesto al servicio de la maternidad de otros, sino incluso cuando lo hace a título gratuito. En estas últimas circunstancias no está en juego, desde luego, la conversión en mercancía lo que el Derecho español considera *res extra commercium*, ni tampoco puede decirse que se coloque a la mujer gestante, necesitada de recursos económicos, en la indigna situación de tener que renunciar a lo irrenunciable para poder subsistir. Por otro lado, sin cuestionar ni minusvalorar el papel director que tiene el Tribunal Supremo en la definición de los principios fundamentales de nuestro orden público interno e internacional, tendríamos que poner de manifiesto que en los últimos años, el papel de la intención de los padres ha recibido un importante espaldarazo por parte del legislador y de la jurisprudencia de los Tribunales en el marco de la acciones de filiación.

7. Seguramente el argumento que con mayor fuerza puede impactar en la sensibilidad del ciudadano es el de la falta de igualdad económica de las partes. El panorama que nos ofrece el Alto Tribunal es el de un verdadero *contrato forzado*, en el que la mujer sumida en la pobreza presta su organismo a cambio de una limosna que necesita para sobrevivir. También se podría decir que el reconocimiento en nuestro sistema de cualquier forma de maternidad subrogada daría carta de naturaleza al control, sojuzgamiento y explotación de la mujer.⁸

Entiendo que tales argumentos han sido refutados con sólidas razones por los Magistrados disidentes del criterio de la mayoría de la Sala, haciendo notar que ese panorama que opone a la mujer depauperada y necesitada y a los comitentes ricos del hemisferio norte, no se puede generalizar, no tiene por qué corresponder a la realidad, no justifica que se subestime la capacidad para consentir de la madre gestante, cuya declaración de voluntad es emitida ante una autoridad competente según los propios criterios de competencia judicial internacional del Estado del foro; velando esa autoridad porque se preste tal declaración con libertad y pleno conocimiento de las consecuencias.

Con todo, quizás el contrato de maternidad subrogada no sea el objeto más apropiado para tener *in mente* cuando se piensa en un esquema de contratación entre iguales, pues es un contrato en el que una de las partes siempre es una mujer, mientras que ese factor –el del género– es variable respecto del/los comitente/s, es decir, el/los padre/s intencional/es.

Sin embargo, esa perspectiva de la desigualdad estructural del contrato de maternidad subrogada no puede apartarnos del enfoque fundamental de la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014, pues tanto la Mayoría de la Sala como los Magistrados disidentes, parten de la premisa de que no se trata de resolver una cuestión de Ley aplicable: la jurisdicción española no es la primera en adoptar una decisión acerca de la filiación del menor, sino que se parte de una *decisión previa* de las autoridades californianas y ello nos obliga a adoptar el enfoque propio de la transposición al Registro Civil español, del acta del Registro Civil extranjero, o del reconocimiento de una decisión extranjera en nuestro ordenamiento.

De ahí que esta cuestión, la de la posible desigualdad de las partes, deba abordarse desde el punto de vista de la constatación de que la mujer gestante prestó un verdadero y propio consentimiento en el momento apropiado, es decir, cuando todavía no estaba bajo los efectos emocionales de una gestación presente, ni de un parto reciente.

En todo caso, los problemas, tanto económicos como técnicos que pueda plantear la prestación del consentimiento por parte de las madres portadoras o madres gestantes, puede subordinarse por la ley a una supervisión o control, que es susceptible de una extensísima gradación, sin excluir una supervisión judicial previa en un procedimiento de jurisdicción voluntaria. El Informe Preliminar de la Conferencia de Derecho Internacional Privado de La Haya nos habla de algunos sistemas que han optado por la aprobación previa de los contratos de maternidad subrogada (*“pre-approval” of surrogacy arrangements*); sistemas caracterizados por el dato de que los padres comitentes y la futura madre portante o madre gestante se someten a unos exámenes médicos y psico-sociales que tienen como finalidad determinar si mantienen el perfil humano apropiado para sumir los compromisos propios del caso –cara, principalmente, a evitar retractaciones o cambios de planteamiento vitales que originarían un daño o un riesgo de incertidumbre jurídica para los menores que nazcan de tales acuerdos. Esa aprobación previa, ya sea dispensada por órganos de la Administración o de la Jurisdicción, tiene por objeto, además, que las partes reúnen los requisitos establecidos en la ley (*Informe, Apdo 17*).

III. El curso de las instancias jurisdiccionales

8. Todos los jueces que se han pronunciado sobre la inscribibilidad de los niños en el Registro Civil como hijos de los solicitantes, han llegado a una respuesta negativa, sustentada en distintos argu-

⁸ Cfr. H. KRIMMEL, “La posición en contra de la maternidad por sustitución”, en *Decisiones de Vida y muerte, Sudamericana*, (Eds. Luna, F. y Salles, A.); Buenos Aires, 1995; G. STOREY, “Ethical Problems Surrounding Surrogate Motherhood”, en *Bioethics*, vol. II, 5, 2000; J. VASANTL, y otros, “Surrogacy: the experiences of surrogate mothers”, en *Human Reproduction*, vol. 18, 2003, n.º, 10, pp. 2196-2204.

mentos, algunos de ellos centrados en la falta de realidad del hecho de la paternidad biológica de los comitentes respecto de los niños, y otros conectados con la imposibilidad de inscribir una filiación que sería contraria al orden público internacional español.

El Juzgado de Primera Instancia núm. 15 de Valencia, que estimaba la demanda formulada por el Ministerio Fiscal contra los padres coemitentes y la DGRN, partía de la premisa, incuestionable, del enfoque del reconocimiento de decisiones extranjeras, poniendo de manifiesto la exigencia, contenida en el art. 23 de la Ley de Registro Civil española, de un doble control, por parte del encargado del Registro Civil, de la realidad del hecho generativo de la filiación y de la legalidad de establecimiento del vínculo. El Juzgado se apartaba de las consideraciones de la Resolución de 18 de febrero de 2009 en lo que respecta al orden público internacional por entender, en primer lugar, que la improcedencia de la inscripción de la filiación a favor de los demandados no procede del hecho de que los mismos sean varones, sino de que los menores han nacido como consecuencia de un contrato de gestación por sustitución, por lo que nunca se daría una discriminación contraria al art. 14 de la CE, por agravio respecto del supuesto de hecho del que trata el art. 7.3 de la LTRA, maternidad a favor de una esposa de la madre tratada con las técnicas que la ley regula.

A lo largo de la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia se desarrollan diversos contraargumentos en relación con los motivos aducidos por la DGRN para excluir el correctivo de orden público internacional.

La Audiencia Provincial de Valencia, por su parte, en su Sentencia de 23 de noviembre de 2011, resolvía la cuestión prácticamente como si se tratase de un supuesto puramente interno, sin elementos extranjeros: “Encontramos ...en el texto de la ley un impedimento para la inscripción de la filiación certificada por los funcionarios estadounidenses, consistente en su contrariedad a la legalidad española, y en concreto al artículo 10 de la ley 14/2006 sobre técnicas de reproducción humana asistida, que como se ha dicho, declara la nulidad del contrato de gestación por sustitución; ni el artículo 85 del Reglamento del Registro Civil ...ni tampoco el artículo 81 de la misma... pueden ser invocados para contrariar lo dispuesto con claridad por el precepto legal transcrito, en virtud del principio de jerarquía normativa reconocido en el artículo 9.3 de la Constitución.”

Tanto la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia como la de la Audiencia colocaban en el mismo plano aplicativo los arts. 23, 81 y 85 del Reglamento del Registro Civil, que constituyen normas de Derecho Internacional Privado relativas a la inscripción de documentos extranjeros en el Registro Civil, y el art. 10 de la ley española sobre técnicas de reproducción asistida, cuya confrontación en términos de jerarquía normativa, con aquella normativa registral, no tiene sentido.

Tampoco consideraba la Audiencia valenciana que pudiera ser admisible el reconocimiento de una decisión extranjera en materia de filiación por maternidad subrogada, en virtud de “...las razones que llevaron al legislador español a prohibir, conforme al Derecho actualmente vigente en España, el contrato de gestación subrogada o por sustitución...” razones que hundirían sus raíces en “...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.” (Fundamento de Derecho segundo)

Por lo que se refiere a la posible comisión de un fraude de ley, la Audiencia estimaba que no se daba éste en el sentido riguroso que expresa el artículo 12.4 del Código Civil, al no haberse utilizado una norma de conflicto para eludir una ley imperativa española, pero el tribunal consideraba indudable que los demandados habían “huido” de la ley imperativa, representada en este caso por el art. 10 de la LTRA, “...poniendo la determinación de la filiación en manos de las autoridades californianas mediante el desplazamiento a aquel Estado y la suscripción allí de un contrato permitido según la ley de California, que tiene por objeto además una materia, como es la filiación y el estado civil, caracterizado por la indisponibilidad.” (Fundamento de Derecho tercero)

Por lo que respecta al interés superior del menor, la Audiencia estimaba que “...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 14/2006 y artículos 175 y siguientes del Código Civil).”, añadiendo que “...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.” (Fundamento de Derecho quinto). En el aspecto relativo a la lesión del supuesto derecho de los menores a una identidad única, se acogía el argumento suministrado en el proceso por el Ministerio Fiscal en el sentido de que los nacidos en California “...tienen la (identidad) que resulta de la certificación californiana que será la que publique el Registro Civil español si acceden a él de acuerdo con la ley.”

Por último la Audiencia de Valencia concluía considerando que el art. 10 de la LTRA tenía la condición de *norma de policía*, en el sentido del art. 9.1 del Reglamento (CE) 593/2008, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales, es decir, una previsión normativa cuya observancia se considera por el Estado 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.

IV. La Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014

9. La Sentencia del Supremo de 6 de febrero de 2014 ha desestimado el recurso de casación interpuesto por los dos demandados que pretendían inscribir como hijos a los gemelos nacidos en California, confirmando la cancelación, ya ordenada en primera instancia y en apelación, de la inscripción del nacimiento de los niños, realizada en el registro civil consular.

Como cualquier paso dado por el Tribunal Supremo, merece todo nuestro respeto y cualquier reflexión acerca del futuro exige pasar necesariamente por el análisis serio de su doctrina, sin más prejuicios que los que inadvertidamente reclamen paso desde el corazón a la pantalla del ordenador, sin pasar por el filtro de la razón.

Aunque sólo dos sentencias forman jurisprudencia (*Cfr. art. 1.6 del Código Civil: “...de modo reiterado”*) sería ingenuo pensar que el equilibrio de fuerzas en el Tribunal Supremo va a variar hasta el punto de desdecirse nuestro más alto Tribunal acerca del contenido del orden público internacional. Pues no olvidaremos que ésta es la declaración más trascendental que contiene la decisión judicial comentada: que el art. 10 de la LTRA pertenece al *orden público internacional*, lo que supone que el correctivo debe ser actuado en todo caso por nuestros jueces y autoridades –también los futuros encargados del Registro Civil, sean quienes fueren, tras la entrada en vigor de la Ley 21/12011 de 21 de julio, del Registro Civil– a salvo la oscura excepción que parece mantiene el Tribunal Supremo en cuanto a la aplicación del *orden público internacional atenuado*, cuestión que abordaremos con algún detalle más adelante.

El Pleno ha abocado para sí el conocimiento de una cuestión que tiene una incalculable trascendencia social, que afecta en lo más hondo a concepciones sólidamente arraigadas en nuestro Derecho histórico, como la intransmisibilidad del cuerpo humano y la intransigibilidad de las cuestiones de estado civil. Y frente a la mayoría, cuatro Magistrados disidentes, que resumen su parecer acerca de la solución más justa, en torno al voto particular emitido por el Magistrado Don José Antonio Seijas Quintana.⁹

Sólo las jubilaciones masivas que se esperan en los próximos años en la cúpula del Tribunal podrían determinar un cambio de rumbo, que, en cualquier caso podría ser inducido o torcido en cualquier momento, por una palabra del Legislador. La doctrina, sin embargo, no es en absoluto optimista acerca de un redireccionamiento de nuestro Derecho, tan profundo como para alterar esos valores y principios fundamentales que constituyen la esencia de nuestro orden público internacional.¹⁰

10. El Tribunal Supremo aborda, a lo largo de los Fundamentos Jurídicos Tercero, Cuarto y Quinto, las cuestiones que se suscitaban en las dos instancias recorridas por el Ministerio Fiscal y las partes demandadas –con el silencio clamoroso, casi un *allanamiento virtual*, de la Abogacía del Estado, tanto en la segunda instancia como en casación. Silencio tanto más dramático cuanto que, después de la

⁹ A este Voto particular se adhirieron los Magistrados D. José Ramón Ferrándiz Gabriel, D. Francisco Javier Arroyo Fiestas y D. Sebastián Sastre Papiol.

¹⁰ Para oír, por todas las que claman, una voz sabia, exigente y triste, Vid. A.J. VELA SÁNCHEZ, “Los hijos nacidos de convenio de gestación por sustitución no pueden ser inscritos en el Registro Civil español. A propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014”, en *Diario La Ley*, núm. 8279, 26 de marzo de 2014, pp. 11–15.

primera instancia, nadie ha defendido los intereses de los menores nacidos en California. Los demandados, ahora *guardadores de hecho* de los menores, defendían su propio interés procreativo y su propio derecho al reconocimiento de una situación jurídica individualizada dimanante del contrato de gestación. El Ministerio Fiscal defendía la legalidad, reconocidamente opuesta en este caso al interés de los menores, tal como reconoce la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014 en varios pasajes.¹¹

El Tribunal Supremo parte de la premisa de la corrección del enfoque mantenido tanto por el Juzgado de Primera Instancia como por la Audiencia Provincial, en el abordaje de tales cuestiones, las cuales son examinadas, como no podía ser de otro modo, desde el prisma del *método del reconocimiento de las decisiones extranjeras*.

Consiguientemente asume la obligada aplicación del art. 23 de la Ley del Registro Civil, que, tal como se había sostenido en las sentencias de primera instancia y de apelación, exige no un control meramente “formal”, sino que “...ha de extenderse a cuestiones de fondo”. Ese examen de fondo, para el Tribunal Supremo supone un juicio de valor acerca de la “legalidad conforme a la Ley española”, pero no debe pretenderse una conformidad de la situación internacional con todas y cada una de las exigencias de nuestra legislación, lo que, según se reconoce, haría prácticamente imposible el reconocimiento, sino que debe contraerse a una conformidad con “...las normas, principios y valores que encarnan el orden público internacional español. Esos principios y valores fundamentales deben ser buscados, explica el Supremo, en la referencia del art. 10.1 de la Constitución a la dignidad, en el reconocimiento del derecho a contraer matrimonio (art. 32), en el derecho a la intimidad familiar (art. 18.1), en los principios de protección de la familia, de protección integral de los hijos, la consagración de la igualdad de éstos ante la ley con independencia de su filiación, y de las madres, cualquiera que sea su estado civil (art. 39).

También formarían 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), y el derecho a la integridad física y moral de las personas, que también tiene reconocimiento constitucional (art. 15).

Más adelante expone el Tribunal Supremo que el orden público internacional de nuestro país, tal como ocurre en otros Estados de nuestro entorno, no tolera, en instituciones como la adopción o en la disciplina reguladora de las técnicas de la reproducción humana asistida, que se vulnere la dignidad de la mujer gestante y del niño, mercantilizando la gestación y la filiación, “cosificando” a la mujer gestante y al niño, al permitir a determinados intermediarios realizar negocio con ellos, posibilitando la explotación del estado de necesidad en que se encuentran mujeres jóvenes en situación de pobreza y creando una especie de “ciudadanía censitaria” en la que sólo quienes disponen de elevados recursos económicos pueden establecer relaciones paterno-filiales vedadas a la mayoría de la población.

“Consecuencia lógica de lo expuesto”, concluye el Tribunal Supremo, “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.”

Sigue diciendo nuestro más Alto Tribunal que el orden público internacional español se caracteriza por ser un orden público “atenuado”, aunque “...la intensidad de tal atenuación es menor cuanto mayores son los vínculos sustanciales de la situación jurídica con España.

En este marco o contexto, el Tribunal Supremo llega a analizar la posible consideración de la inscripción de la filiación como una cuestión “periférica” derivada del contrato de gestación concluido en California. Pero, según el Supremo, “No puede admitirse la disociación entre el contrato y la filiación que sostienen los recurrentes.” Y volviendo a la norma del art. 10 de la LTRA, se advierte que la misma no se limita a proclamar la nulidad de pleno derecho del contrato de gestación por sustitución, sino que alcanza a determinar cuál sea 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.

¹¹ Así, en el Fundamento de Derecho Quinto, apartado 8º: “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.” Y más adelante en el apartado 11 del mismo Fundamento Jurídico: “...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.”

Todo lo cual le llevaba a establecer, como doctrina del Pleno, que la inscripción de la filiación de los recurrentes sobre los nacidos en California, era “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...” (*Fundamento de Derecho Tercero*)

Más adelante el Pleno del Tribunal Supremo se desplazaba desde el correctivo de orden público internacional al otra técnica también conocida en el método del Derecho Internacional Privado, la del *fraude de ley*, pues expone 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).”

En los siguientes Fundamentos Jurídicos se ocupa el Tribunal Supremo de la inexistencia de discriminación por razón de sexo u orientación sexual, quizás el aspecto más endeble de la impugnación planteada por los comitentes;¹² y más adelante, de las delicadas cuestiones relacionadas con el alcance del principio de defensa del interés superior del menor.

El Tribunal Supremo establece, con rechazo del particular punto de vista de los recurrentes acerca del interés de los niños nacido en virtud de maternidad por sustitución, que “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.”, advirtiendo que “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.” El Supremo, tras citar el art. 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, y 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, reconoce 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. Seguidamente apunta el Tribunal Supremo que en nuestro Derecho de Familia, la anulación de una filiación que es contraria al ordenamiento jurídico, es compatible con la apertura de un periodo de indefinición en cuanto a la filiación, en tanto no se establezca otra determinada, por lo que esa situación de incertidumbre, en sí misma perjudicial, es coherente con el Derecho patrio. En cuanto al argumento esgrimido por los recurrentes relativo al *derecho de los menores a una filiación única*, concluye que “No existe un riesgo real de vulneración de una identidad única”, ya que el menor siempre tendría la identidad que deriva de la legislación española, que atribuye su maternidad a la mujer que alumbró a los menores aplicándose, a partir de aquí, las normas españolas sobre nombre y apellidos. A propósito de las Sentencias del TJUE en relación con el alcance del principio de inmutabilidad o estabilidad de los

¹² A este respecto deberíamos poder decir que la cuestión de la discriminación ha dejado de ser polémica en gran parte por mérito de los trabajos publicados por la doctrina civilista acerca del art. 7.3 de la LTRA en los años transcurridos desde la Resolución de la DGRN de 18 de febrero de 2009; y también, desde un plano argumental distinto, desde la Sentencia del Tribunal Constitucional de 6 de noviembre de 2012 en la que se desestimó el recuso de inconstitucionalidad planteado frente a la Ley 13/2005 por el que se daba nueva redacción al art. 44 del Código Civil. Pero no se puede desconocer que el motivo de la discriminación sexual, esgrimido por los recurrentes, carecía verdaderamente de fundamento: la denegación de la inscripción de la filiación no era la condición de varones de los solicitantes de la inscripción, sino antes bien, el hecho de que la filiación pretendida trajese causa de una gestación por sustitución contratada por ellos en California.

apellidos,¹³ hace notar el Supremo que la cuestión del nombre y apellidos de los menores en los casos resueltos por el Tribunal de Luxemburgo, es "... un bien jurídico de mucha menor importancia que los protegidos por la prohibición de gestación por sustitución."

11. En otro orden de cuestiones, el Tribunal Supremo niega también que la Sentencia de la Audiencia Provincial vulnere 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, pues en el caso de autos, se darían las dos exigencias que había mantenido la jurisprudencia del TEDH como condiciones para que no se produjera una vulneración de aquel derecho.

La *primera*, relativa a que la injerencia en la vida privada de las personas esté prevista en la ley, lo que encontraría realización en el tantas veces citado art. 10 de la LTRA; y la *segunda*, que tal injerencia sea "necesaria en una sociedad democrática", exigencia ésta que también concurriría porque, según se explicaba, tal necesidad sería la de proteger 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."

Finalmente el Tribunal Supremo rechazaba el vaticino catastrófico de los recurrentes acerca del oscuro destino de los menores privados de todo vínculo de paternidad, de regreso a un lugar donde ninguna madre tendrían; razonando que, constatada la existencia de "vínculos de hecho" entre los malogrados comitentes y los niños nacidos en California, cualquier solución que adoptasen las autoridades españolas competentes en materia de protección de menores, pasaría por "... permitir el desarrollo y la protección de estos vínculos."

12. La Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014 es plenamente coherente con la del mismo Tribunal de 21 de septiembre de 1999 en la que declaraba la inconstitucionalidad sobrevenida del art. 47 de la Ley del Registro Civil y del art. 167 del Reglamento del Registro Civil, en cuanto ambas normas hacían posible que la madre ocultase su maternidad, absteniéndose de dejar constancia de su identidad en el parte médico de asistencia al parto. Con arreglo aquella normativa, que la referida Sentencia declaraba inconstitucional, una madre podía negar su propia maternidad, por el sencillo expediente de pedir que no constase su identidad en esa documentación clínica, con lo que tampoco accedía esa circunstancia al Registro Civil.

En la normativa actual, el parte de asistencia no puede omitir la identidad de la mujer que dio a luz, con independencia de la encriptación de la inscripción correspondiente en caso de adopción (Cfr. art. 177.2.III del Código Civil y 16.3 y 4 de la LRC)¹⁴

Sin embargo, esa coherencia con planteamientos anteriores, que se puede citar como un mérito de nuestro Tribunal Supremo, no lo es necesariamente si tenemos en cuenta que: 1) La Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de septiembre de 1999 no estaba dando respuesta a un problema de validez o nulidad de un contrato relativo a la maternidad;¹⁵ sino que estaba resolviendo una cuestión relativa a la *identidad del nacido*, al derecho de éste a conocer la verdad sobre su origen y al derecho a una identidad única, reconocido en los arts. 7 y 8 de la Convención de Nueve York sobre los derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989.

2) La Sentencia del Supremo de 21 de septiembre de 1999 resuelve un supuesto meramente interno, mientras que la de 6 de febrero de 2014 aborda la cuestión del reconocimiento de la filiación en una situación clarete internacional, desde el prisma y los métodos propios del Derecho Internacional Privado.

¹³ Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 30 de marzo de 1993, asunto C-168/91, caso *Konstantinidis*; de 2 de octubre de 2003, asunto C-148/02, caso *García Avello*, de 14 de octubre de 2008, asunto C-353/06, caso *Grunkin-Paul*, y de 22 de diciembre de 2010, asunto C-208/09, caso *Ilonka Fürstin von Sajn-Wittgenstein*.

¹⁴ Cfr. T. HUALDE MANSO, "De nuevo sobre la filiación de los nacidos mediante gestación contratada", en *Revista Aranzadi Civil-Mercantil* núm. 10, 2012, pp. 35 a 47, especialmente p. 39.

¹⁵ Contrato que, en principio, debía reputarse nulo, incluso con anterioridad a la LTRA de 1988, en los supuestos internos, sin elemento extranjero, por su conexión con el estado civil, ex arts. 1814 del Código Civil y 460 de la LEC de 1881.

La solución final, contraria a la que refleja el voto particular del Señor Seijas Quintana y al que se adhirieron los otros tres Magistrados disidentes, nos deja un sabor agridulce; no sólo por la incertidumbre en cuanto a la suerte de los hijos de los demandados, sino por el mal lugar en que queda nuestro ordenamiento como unidad.

La parte dulce del trago yace en la enseñanza de algo que a veces olvidamos los estudiosos del Derecho de Familia: y es que *la DGRN no puede legislar*; que está sujeta en su proceder al propio Reglamento del Registro Civil, a la Ley del Registro Civil, a la CE y, a través de ésta, a los numerosos Convenios ratificados por España afectantes a los derechos de los menores.

El sabor final a almendras amargas proviene de la fricción entre los principios y los resultados. Que el interés superior del menor no puede sanar lo nulo e insanable, es algo evidente e inobjetable. Pero el Tribunal Supremo tenía en sus manos todas las herramientas necesarias para mantener la validez del negocio jurídico celebrado en el extranjero y aún, en última instancia, para desvincular la cuestión de la validez del contrato de maternidad subrogada y la del reconocimiento de vínculo paterno-filial ya inscrito en California.

V. El Orden público internacional español

1. Planteamiento

13. Hay que decir que el Tribunal Supremo no ha sido el único tribunal europeo que ha adoptado una posición radical en relación con la ubicación de la prohibición legal en sede de orden público internacional.

Esta línea sigue la jurisprudencia francesa en el caso resuelto por la Sentencia de la Corte de Apelación de Rennes, de 4 de julio de 2002, la cual anuló el reconocimiento de un hijo, hecho por una pareja estable no casada –sujeto de diferente sexo– que habían suscrito en California (USA) un contrato de maternidad subrogada con una mujer californiana residente en ese Estado, mediando precio. La madre californiana llevó adelante su embarazo y dio a luz a gemelos, los cuales fueron reconocidos luego en Francia por los padres comitentes. Es este reconocimiento el que declara nulo el Tribunal de Rennes, por entender que el tenor del art. 16.7 y 9 del Código Civil francés, que reputa nulo el contrato de gestación por sustitución, es una norma de orden público. Según el Tribunal, en Derecho francés tiene una trascendencia nuclear el principio de maternidad natural, que hace madre a la mujer que lleva al hijo dentro de sí y que le da la vida al alumbrarlo, con independencia del vínculo genético que puede no existir entre ellos; de manera que, según ese ordenamiento, no es la mera realidad genética la que crea la filiación materna. En segundo lugar, el tribunal sustentaba su criterio en los principios de indisponibilidad del cuerpo humano y del estado civil de las personas. Y por último, argumentaba que el derecho al respeto de la vida privada y familiar conduce a no admitir la incitación al abandono de un niño por su madre mediante una contraprestación económica y el uso del cuerpo de otro para satisfacer el deseo personal de tener un hijo.¹⁶

La Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014 también integra el contenido del orden público internacional con la referencia a la mercantilización del cuerpo de la mujer gestante y del propio fruto –persona humana– de la gestación, desarrollando luego el *discurso de la dignidad*; dignidad que atribuye tanto al niño o niños alumbrados como a la madre gestante, aludiendo sólo marginalmente a la indisponibilidad del propio cuerpo por parte de ésta.

En cambio, ninguna referencia se hace en este marco del orden público internacional a la *indisponibilidad del estado civil*, que era una de las líneas argumentales desarrolladas en la Sentencia del Tribunal de Rennes.

¹⁶ Cfr. T. VÁZQUEZ MUIÑA, “La inscripción en el Registro Civil Español de los hijos nacidos en el extranjero mediante gestación por sustitución”, Tesis Fin de Máster, 2013, <http://eprints.ucm.es/23416/>, pp. 70 y 71.

2. ¿Un orden público internacional “de proximidad” o un orden público “atenuado”?

14. El Tribunal Supremo no ha querido, al parecer, cerrar todas las puertas a la posibilidad de que se reconozca en España la filiación derivada de un contrato de maternidad subrogada celebrado en el extranjero: pero no se admite una modalización del orden público internacional en razón del inter superior del niño, sino una entrada en juego del correctivo o excepción, para los casos que mantengan uso vínculos estrechos con la sociedad española o con el ordenamiento español. A esta cuestión hace referencia el Supremo con una declaración acerca del *modo de ser* del orden público internacional español, que es un orden público «*atenuado*»; aclarando inmediatamente que “la intensidad de tal atenuación es menor cuanto mayores son los vínculos sustanciales de la situación jurídica con España.”¹⁷

El empleo de ambas fórmulas, una después de la otra revela que el Tribunal Supremo está confundiendo dos realidades nítidamente definidas y diferenciadas en la técnica y en la ciencia jurídica internacional privatista: el *orden público internacional atenuado* y el *orden público internacional de proximidad*.

El orden público internacional atenuado se caracteriza por excluir la aplicación de la institución de Derecho extranjero sólo en su dimensión constitutiva, esencial o nuclear, permitiendo, para preservar la seguridad jurídica internacional, que tal institución o relación jurídica constituida fuera de España despliegue en nuestro suelo ciertos efectos reputables como no nucleares, secundarios o marginales, orientados hacia planos jurídicos distintos.

En cambio, el orden público internacional de proximidad es el que sólo excluye la aplicación del Derecho extranjero cuando la situación privada internacional se mantiene tan próxima a la esfera del Estado del foro que puede poner en peligro las bases del comportamiento y las normas de cohesión de la sociedad.¹⁸

Según la teoría del “orden público internacional de proximidad” (*Inlandsbeziehung* en la doctrina y en la literatura alemanas) se justifica la aplicación del orden público, con el consiguiente rechazo de la aplicación de la ley extranjera, cuando exista una conexión importante entre la situación privada internacional y el Estado del foro. La concepción de *Inlandsbeziehung* se debe al alemán Kahn, el cual escribió en el primer tercio del siglo XX, para justificar en principio, la aplicación no del orden público, sino la *lex fori*. Kahn, un gran conocedor de la jurisprudencia alemana de su época, constató que los tribunales solo encontraban caminos argumentales para aplicar la *lex fori* en casos de la realidad muy vinculados al territorio del Estado del foro,¹⁹ lo que le llevaba a argumentar que el Derecho alemán no se consideraría dañado en el caso de que tuviera que admitirse la validez o la eficacia de situaciones o relaciones nacidas en el extranjero, cuyos protagonistas o cuyo objeto no mantuvieran vínculos lo suficientemente estrechos con el Estado o con el propio ordenamiento germano.

El enfoque del orden público internacional de proximidad no es aceptado por todos los internacionalistas como un método conflictual adecuado, pues gran número de autores, dentro y fuera de España, advierten que puede suponer una intolerable *relativización de los derechos fundamentales*, y por lo tanto por una renuncia a las conquistas jurídicas que nos han traído, desde hace más de dos siglos, la senda y la perspectiva de los Derechos del Hombre. Y es que la perspectiva de cuál es la organización social o estatal que puede resultar dañada, no es la cuestión vertebradora del método conflictual justo; antes bien, lo será la pregunta de qué derechos subjetivos fundamentales pueden quedar obviados, ignorados o inaplicados por los jueces que juraron darles aplicación. “Fundamentales” no son sólo los derechos que se corresponden con los bienes jurídicos más preciados e irrenunciables de la persona, sino,

¹⁷ Fundamento de Derecho tercero, apartado 7.

¹⁸ Vid. H. MUIR-WATT, “Les principes généraux en Droit International Privé français”, en *Journal du Droit International*, Clunet, 1997, pp. 403 a 415; P. HAMMJE, “Droits fondamentaux et ordre public”, en *Revue Critique de Droit International Privé*, 1997, pp. 1 a 31.

¹⁹ Vid. K. FRANZ, “Die lehre vom ordre public (prohibitivgesetz)”, en *Abhandlung zum internationalen privatrecht*, 1.928, Vol. I, pp. 161 a 254 (1928); A.J. BAUMERT, *Europäischer ordre public und Sonderanknüpfung zur Durchsetzung von EG-Recht: unter besonderer Berücksichtigung der sogenannten mittelbaren horizontalen Wirkung von EG-Richtlinienbestimmungen*, Frankfurt, 1994; F. CADET, “L’ordre public en Droit international de la famille”, en *L’Harmattan; Collection Logiques juridiques*, 2005.

muy significativamente, los que se reconocen a *toda persona*, en cualquier circunstancia y en cualquier coordenada espacio-temporal. La dignidad de la persona no puede reducirse a una cuestión cuantitativa o de grado. El discurso de los derechos fundamentales no puede desviar nuestra atención de la afirmación de la *dignidad de la persona humana*, que no debe conocer excepciones, pues es independiente de la supuesta relatividad en el espacio de tales derechos y su pertenencia o no a determinados sistemas culturales.²⁰

Sin embargo, es lo cierto que el insatisfactorio criterio del *orden público internacional de proximidad* ha llegado a encontrar acomodo en nuestra Ley 54/2007 de 28 de diciembre de adopción internacional, muchos de cuyos criterios son susceptibles de ser trasladados, *mutatis mutandis*, al reconocimiento de decisiones extranjeras en materia de maternidad subrogada.²¹

La Sentencia del Tribunal Supremo comentada no ofrece suficientes datos como para esclarecer si con la expresión arriba trascrita, ha querido referirse a un orden público internacional “de proximidad” o un orden público “atenuado”.

Esta proyección del orden público atenuado ha sido defendida por los profesores *Calvo Caravaca* y *Carrascosa González*, comprometidos en alto grado con el mantenimiento de la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado. Ese enfoque permitiría reconocer ciertos efectos jurídicos en España a la filiación contratada fuera de nuestro territorio, sin perjuicio de reconocer la eficacia estrictamente territorial del art. 10.1 de la LTRA, en cuanto excluiría una institución dañosa para la organización de la sociedad española.²²

El acceso al Registro Civil español de la filiación del nacido en el extranjero en el marco del negocio nulo según el Derecho público español pero válido según la *lex loci contractus*, no sería sino una consecuencia refleja y meramente periférica del contrato de gestación por sustitución. Así pues, el orden público internacional español operaría de modo radical ante la celebración en España del contrato de maternidad por sustitución, pero no intervendría de la misma manera en el marco de la inscripción de la certificación de la filiación de unos menores nacidos como consecuencia de dicho contrato, del mismo modo que, por ejemplo, una Sentencia extranjera que concede alimentos a la segunda esposa de un varón polígamo puede surtir efectos en España sin que ello suponga que ese segundo matrimonio poligámico sea considerado válido en España.²³

Sin embargo, no es ésta la opinión dominante en la doctrina española, muy crítica en general con la RDGRN de 18 de febrero de 2009, la cual, según se ha dicho, no estaría asignando meros efectos periféricos a una institución prohibida por el Derecho español, sino que estaría permitiendo la recepción sustantiva de *lo nuclear* de dicha institución.²⁴

²⁰ En este sentido, tenemos que compartir la opinión de Fernández Rozas en el sentido de que “...si la aplicación de la ley extranjera resulta gravemente contraria a la *dignidad de la persona* o atenta al *principio de no discriminación e igualdad de sexos*...es difícil que el intérprete pueda evitar, por imperativo constitucional y de los tratados internacionales suscritos por España en materia de derechos humanos, la aplicación del correctivo de orden público, independientemente de la ausencia de conexión del supuesto con el ordenamiento del foro.” Cfr. J.C. FERNÁNDEZ ROZAS Y S. SÁNCHEZ LORENZO, *Derecho Internacional Privado*, 6ª Edición, Thomson-Civitas, Pág 149).

²¹ En efecto, el art. 23 de la Ley de Adopción Internacional dispone que “En ningún caso procederá la aplicación de una ley extranjera cuando resulte manifiestamente contraria al orden público internacional español. A tal efecto se tendrá en cuenta el interés superior del menor y **los vínculos sustanciales del supuesto con España**.” Significa esto que el orden público internacional español sólo entrará en juego cuando esos vínculos sean estrechos, por ejemplo, porque los adoptantes y el adoptando van a mantener en España su residencia habitual y/o porque este último va a adquirir la nacionalidad española de los adoptantes en virtud de lo establecido en el art.19 del Código Civil.

²² R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, “Hijos made in California”, *ob. cit.*, pp. 12 y 13; A. FERNÁNDEZ-SANCHO TAHOCES, “Eficacia jurídico-registral del contrato de gestación subrogada”, en *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº 6, Parte Estudio, 2011, *ob. cit.*, p. 13.

²³ A.L. CALVO CARAVACA Y 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” *ob. cit.*, p. 315.

²⁴ Cfr. T. VÁZQUEZ MUIÑA, “La inscripción en el Registro Civil Español de los hijos nacidos en el extranjero mediante gestación por sustitución”, p. 59; J.R. DE VERDA Y BEAMONTE, “Inscripción de hijos nacidos mediante gestación por sustitución (a propósito de la sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 15 de Valencia, de 15 de septiembre de 2010)”, en *Diario La Ley*, nº 7501, Sección Tribuna, 3 de noviembre de 2010, año XXXI, pp. 1-9. *ob. cit.*, p. 9.

15. Nos inclinaremos, en razón de ese interés superior de los menores, al que indirectamente nos tenemos que referir, por un *orden público internacional atenuado*, por dos razones de peso: 1ª Los vínculos sustanciales del caso con España no pueden ser determinantes del mayor o menor grado de reconocimiento de la *dignidad*, tanto de la madre portadora/gestante, como del propio niño nacido de la operación de maternidad por sustitución. Cualquiera que sea el alejamiento de ese contrato y de la relación originada, reconocimiento de la esfera española, la dignidad y los derechos fundamentales deben ser observados en todo supuesto del que conozcan nuestras autoridades.²⁵ 2ª La dinámica que abre el método del orden público internacional atenuado permite distinguir lo **nuclear** (La inscripción de la filiación en el Registro Civil Español) de lo **periférico** (Nombre y apellidos, obligaciones alimenticias, derechos sucesorios y, sobretodo, *patria potestad*). Por este camino, podría defenderse la posibilidad de atribuir a la decisión extranjera, californiana o no, el efecto propio de la *atribución de patria potestad a los padres comitentes*, aunque éstos no puedan inscribir su paternidad en el Registro Civil español hasta haber obtenido una resolución constitutiva de la adopción de los menores.

3. El discurso de la dignidad

16. Sobre la dignidad del ser humano, proclamada como principio básico del ordenamiento en el art. 10 de la CE, se ha escrito mucho y se han escrito muchas proclamaciones ideológicas –antagónicas– con pretensiones de ser verdades reveladas. Es lo cierto que al amparo de la dignidad han combatido tanto los partidarios de hacer de ella un arma contra la maternidad subrogada, como los defensores de la admisión de ésta como componente inseparable del derecho del ser humano a la procreación.²⁶

Siempre es difícil tomar postura en relación con un valor tan versátil en cuanto a las causas que puede amparar, y más en este caso, en que la opinión jurídica sobre el alcance del art. 10 del texto constitucional, corre el riesgo de asemejarse a un mero juicio moral. Pero nos aventuramos a mantener que no hay nada *indigno* en facilitar a otros la paternidad, con sacrificio del propio cuerpo, siempre que ello no suponga la prestación de un servicio remunerado. La mujer que, sin percibir un precio, se niega como madre a sí misma a través de una subrogación contractual, le reconoce ese papel a otra mujer y juntas hacen posible el nacimiento de un vínculo filial.

La mujer que alumbra a un niño sobre el que no ejercerá la maternidad, haciendo posible el *proyecto procreativo de otra mujer*, no niega más de lo que da, ni se niega a sí misma como madre en una forma menos radical ni más censurable que la mujer que ingresa en una orden religiosa con voto de castidad, o se entrega al deleite sexual utilizando los medios anticonceptivos que la ciencia ha introducido en el mercado.

17. Según lo que antes hemos avanzado, el *discurso de la dignidad* tiene un marcado carácter ambivalente, comportándose como un sable que puede cortar por la empuñadura, a quien lo esgrime. El sostenimiento de un *derecho individual la procreación*, en sede de derechos fundamentales, está im-

²⁵ Arg.: art. 1 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Públicas: “Las Altas Partes Contratantes reconocen a *toda persona dependiente de su jurisdicción* los derechos y libertades definidos en el título I del presente Convenio.”

²⁶ Cfr. M. PÉREZ MONGE, “Cuestiones actuales de la maternidad subrogada en España: regulación versus realidad”, en *Revista de Derecho Privado*, julio–agosto 2010, pp. 41–64; en cambio, A.J. Vela Sánchez considera que la dignidad debe llevarnos a la posición opuesta, es decir, a aceptar la existencia, asociada a esa misma dignidad humana de un *derecho a la procreación*. Cfr. A.J. VELA SÁNCHEZ, “La gestación por sustitución o maternidad subrogada: el derecho a recurrir a las madres de alquiler. Cuestiones que suscita la Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución”, en *Diario LA LEY*, núm. 7608, 11 de abril de 2011, pp. 1 a 17; “Propuesta de regulación del convenio de gestación por sustitución o de maternidad subrogada en España. El recurso a las madres de alquiler: a propósito de la Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010”, en *Diario LA LEY*, núm. 7621, 3 de mayo de 2011, pp. 1 y ss.; “Problemas prácticos del convenio de gestación por sustitución o de maternidad subrogada en nuestro ordenamiento jurídico”, en *Revista de Derecho de Familia*, núm. 53, 2011, pp. 67 y siguientes; “De nuevo sobre la regulación del convenio de gestación por sustitución o de maternidad subrogada en España. A propósito de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 23 de noviembre de 2011”, en *Diario LA LEY*, núm. 7815, 9 de marzo de 2012, pp. 8 y siguientes. *La maternidad subrogada: estudio ante un reto normativo*, Comares, Granada, 2012; y “La gestación por encargo desde el Análisis Económico del Derecho. Medidas anticrisis desde el Derecho de Familia”, en *LA LEY*, núm. 8055, 2013, pp. 8 y ss.

pregnado de dignidad como atributo de toda persona, y no sólo de la mujer. El TEDH ha reconocido en varias ocasiones un tal derecho en el marco del Convenio Europeo de 1950, en sus Sentencias de 27 de octubre de 1994, caso K contra Bélgica, y de 7 de marzo de 2006, caso E contra el Reino Unido. En el párrafo 57 de esta última establece el Tribunal que el derecho a la vida privada comprende, entre otros, “aspectos de la identidad física y social del individuo, singularmente el derecho a la autodeterminación, el derecho al desarrollo personal y el derecho a entablar y mantener relaciones con otros seres humanos y con el mundo exterior”, siendo así que tal derecho comprendería igualmente el “derecho al respecto a la decisión de tener hijos o de no tenerlos.”²⁷

4. ¿Existe un orden público europeo superior al orden público internacional de los Estados miembros?

18. Son numerosas las sentencias del Tribunal de Justicia que han puesto de manifiesto que, si bien los Estados son soberanos para articular sus propios sistemas conflictuales en la forma que mejor realización se dé a sus particulares intereses de política legislativa, tales peculiaridades no pueden poner en peligro las libertades comunitarias.²⁸ La Profesora *Gaudemet-Tallon* ha explicado cómo se lesiona la libertad de circulación cuando una situación existente según un ordenamiento jurídico, se reputa inexistente en otro ordenamiento con el que el mismo sujeto resulta mantener algún vínculo real. Si, al cruzar la frontera la persona, no le acompaña la misma situación jurídica que resultaba existir en el Estado de procedencia –e. g., no se considera ya casado con una persona de su propio sexo, o no se le considera padre o hijo adoptivo de otra persona– entonces el sujeto no es libre de trasladarse del primer Estado al segundo, por los perjuicios que podría irrogarle la *inexistencia* de aquella situación en el Estado de destino.²⁹

La mayor parte de estas Sentencias del tribunal de Luxemburgo se refieren al nombre y apellidos de ciudadanos comunitarios.³⁰ La cita de la libertad comunitaria de circulación y de establecimiento, en los procesos nacionales con elemento extranjero, relativos al estado civil, es constante y decisiva en muchos casos.³¹ Por ello es sorprendente que, ni el Tribunal Supremo en su Sentencia de 6 de febrero de 2014, ni la Audiencia Provincial valenciana en la Sentencia de instancia, hayan querido aceptar la traslación, al marco de las relaciones paternofiliales, de las enseñanzas del TJUE acerca del derecho de los ciudadanos europeos a un *único nombre en todo el suelo europeo*.

La STJUE 14 octubre 2008, Grunkin-Paul vino a confirmar la doctrina anterior del TJUE³² en el sentido de que en aquellos casos en que el Derecho de un Estado Miembro asigna un nombre y unos apellidos a un ciudadano comunitario, dicha persona tiene derecho a utilizarlo tales nombre y apellidos en los demás Estados Miembros, con total independencia de los puntos de conexión de las normas de conflicto del Estado Miembro de destino. El derecho del ciudadano comunitario a circular libremente por los Estados de la Unión encontró una forzosa prolongación, según estas resoluciones, en el derecho del propio ciudadano, cuando ostentase dos o más nacionalidades de la Unión, a ostentar un *nombre único en todo el territorio de la Unión*.

La solución adoptada por el TJCE en estas sentencias ha extendido en la ciencia jurídica internacionalista el anhelo de que todas las situaciones privadas conectadas con el estatuto personal puedan solucionarse en el futuro, mediante la actividad legislativa de las instituciones o la exegética y hermenéu-

²⁷ B. DE CASTRO CID, “Biotecnología y derechos fundamentales”, en *El Juez y la cultura jurídica contemporánea*, Consejo General del Poder Judicial & Centro de Documentación Judicial, 2008, p. 114 y 115.

²⁸ SSTJUE de 30 de marzo de 1993, caso *Konstantinidis*; de 2 de diciembre de 1997, caso *Dafeki*; de 23 de noviembre de 2000, caso *Elsen*; de 9 de marzo de 1999, caso *Centros*; de 5 de noviembre de 2002, caso *Überseering*; de 30 de septiembre de 2003, caso *Inspire Art.*; de 2 de octubre de 2003, caso *García Avello*; 14 octubre 2008, caso *Grunkin-Paul*, entre otras.

²⁹ H. GAUDEMÉT-TALLON, “De l'utilité d'une unification du Droit International Privé de la famille dans l'union européenne?”, *Estudos em homenagem á Isabel de Magalhaes Colago* (Coimbra 2002), pp. 159 a 185.

³⁰ STJCE 30 marzo 1993, as. C-168/91, *Konstantinidis*; STJCE 9 marzo 1999, as. C-212/97, *Centros*; STJCE 5 noviembre 2002, as. C-208/00, *Überseering*; STJCE 30 septiembre 2003, as. C 167/01, *Inspire Art.*; STJCE 2 octubre 2003, as. C-148/02, *García Avello*; STJCE 14 octubre 2008, as. C 353/06, *Grunkin-Paul*.

³¹ CHR. LAMBERT, “La dimensión procesal de la libertad de circulación de personas”, en *Estudios de Derecho Judicial*, núm. 132, Consejo General del Poder Judicial & Escuela Judicial, 2008, pp. 429-453.

³² Solución ya presente en las SSTJUE de 30 marzo 1993, (*Konstantinidis*) y 2 octubre 2003, (*García Avello*).

tica de los tribunales y los juriconsultos, mediante una fórmula idéntica, ya intuita y propugnada por el genial *Francescakis*: Las situaciones legalmente nacidas al amparo del Derecho de un Estado Miembro deben ser reconocidas, en caso de cruce de frontera, en cualquier otro Estado Miembro.³³ Lo que las decisiones del TJUE aportan es el elemento de respeto a la voluntad del ciudadano comunitario que es soberano para decidir cuál de sus nacionalidades va a ser la determinante de su estatuto personal.³⁴

19. Algunos autores han venido defendiendo la existencia de un “orden público europeo” que partiría de la constatación de “círculos concéntricos de valores compartidos por pueblos, naciones o sociedades”.³⁵

Si los textos normativos y los discursos de los principales responsables de las instituciones comunitarias nos hablan de una “comunidad de Derecho”³⁶ para expresar las metas trascendentales del Derecho comunitario, es forzoso convenir que esa magna aspiración se sustenta en una “comunidad de valores”. La frustrada Constitución para Europa recogía en su art. 1.2 algunos de los nutrientes de esa esfera de valores comunes, proclamando que “La Unión se fundamenta en los valores de respeto de la dignidad humana, libertad, democracia, igualdad, estado de derecho y respeto de los derechos humanos, incluidos los derechos de las personas pertenecientes a las minorías”.

En realidad, la idea de un orden público europeo es ya vieja,³⁷ hasta tiempos recientes no ha tenido reflejo en la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo,³⁸ ni en la del Tribunal Europeo de Derechos

³³ A. LARA AGUADO, “Incidencia del Derecho comunitario sobre el régimen jurídico del nombre en el Derecho Internacional Privado. (STJCE 30.III.1993, Konstantinidis, as.C-168/91)” en *Revista de Derecho Privado*, 1995, pp. 671 a 694; Id., *El nombre en Derecho Internacional Privado*, Granada, Ed. Comares, 1998; Id., Doctrina de la DGRN relativa a los nombres y apellidos”, en Homenaje al profesor Rafael Arroyo Montero, Madrid, 2003, pp. 155-173; Id., “Libertades comunitarias, doble nacionalidad y régimen de los apellidos”, en *La Ley*, 15 de octubre de 2004, núm. 6107; Id., “El caso Niebüll o el derecho al reconocimiento de las certificaciones registrales extranjeras”, en *La Ley UE*, núm. 6560, 29 septiembre 2006; S. POILLOT-PERUZZETTO, “Nota a STJCE 2 octubre 2003, García Avello”, en *Journal du Droit International*, Clunet, 2004, pp. 1219 a 1237; A. QUIÑONES ESCÁMEZ, “Derecho comunitario, derechos fundamentales y denegación del cambio de sexo y apellidos: ¿Un orden público europeo armonizador? (a propósito de las SSTJCE, asuntos K.B. y García Avello)”, en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n. 18, 2004, pp. 507-529; S. TONOLO, “La legge applicabile al diritto al nome dei bipoliti nell’ordinamento comunitario”, en *Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale*, 2004, pp. 957 a 976.

³⁴ Esa libertad de la voluntad es perfectamente visible en la Sentencia del TJUE del caso García Avello, que afectaba a unos menores de nacionalidad belga y española, también en relación con el nombre y apellidos materia como la transmisión de los apellidos, ajena a la competencia de la Unión, el TJCE se pronunció sobre la nacionalidad en tanto que conexión aplicable por la norma de conflicto de ambos Estados. Ante la práctica belga de hacer primar la ley del foro, el TJCE, tras declarar que “la ciudadanía de la Unión, prevista en el artículo 17 TCE, no tiene por objeto extender el ámbito de aplicación material del Tratado también a situaciones internas que no tienen ningún vínculo con el Derecho comunitario”, dejaba claro que no se estaba censurando la postura de las autoridades belgas por el hecho de hacer uso de la conexión “nacionalidad”, sino la preferencia que se daba a la nacionalidad belga sobre la española. El TJUE declaraba que “existiendo conexión con el Derecho comunitario, es posible que los hijos del demandante pueden invocar el derecho previsto en el art. 12 a no sufrir ninguna discriminación por razón de la nacionalidad por lo que respecta a las normas por las que se rigen sus apellidos... Los arts. 12 TCE y 17 TCE deben interpretarse en el sentido de que se oponen a que, en circunstancias como las del procedimiento principal, la autoridad administrativa de un Estado Miembro deniegue una solicitud de cambio de apellido para los hijos menores que residen en dicho Estado y que tienen la doble nacionalidad de dicho estado y de otro Estado Miembro, cuando dicha solicitud tiene por objeto que los hijos puedan llevar el apellido de que serían titulares en virtud del Derecho y de la tradición del segundo Estado Miembro.” Así, la consecuencia es que las dos nacionalidades están en posición de igualdad y han de ser los afectados los que elijan la ley estatal que deba regir su nombre y apellidos. Vid. M.D. ORTIZ VIDAL, “El caso Grunkin-Paul: notas a la STJUE de 14 de octubre de 2008” en *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Marzo 2009), Vol. 1, No 1. p. 143 a 151. www.uc3m.es/cdt

³⁵ Vid. E. ORTEGA MARTÍN, “La cláusula de orden público ante el fenómeno multicultural”, en *Sociedad multicultural y derechos fundamentales*, *Cuadernos de Derecho Judicial*, Escuela Judicial & Consejo General del Poder Judicial, 2007, pp. 330 a 333.

³⁶ Vid. B. BANASZAK WROCLAW, “La unión europea: un empeño hacia una comunidad de derecho y de valores en Europa”, en *Sociedad multicultural y derechos fundamentales*, *Cuadernos de Derecho Judicial*, Escuela Judicial & Consejo General del Poder Judicial, 2007, pp. 330 a 338.

³⁷ Vid. J.H. BRUNN, “Der europäische ordre public”, en *Neue Juristische Wochenschrift*, 1962.

³⁸ Cfr. M. GÓMEZ JENE, “La interpretación de la cláusula de orden público en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas”. Op. publicado con ocasión del XXVI del Seminario Nacional de la Academia Mexicana de Derecho Internacional Privado y Comparado, 13 de noviembre de 2002, A. C.; M. GUZMÁN ZAPATER, “¿Hay avances en la construcción de una noción de orden público en el ámbito comunitario? (A propósito de las SSTJCE de 1 de junio de 1999, 28 de marzo y 11 de mayo de 2000 sobre el art. 27.1 del Convenio de Bruselas)”, *Aranzadi Civil*, junio 2001, núm. 5, pp. 15 a 40.

Humanos,³⁹ y las primeras aseveraciones sobre su existencia se vertieron en relación con supuestos alejados del Derecho de Familia, pues, aunque la sensibilidad en relación a los principios básicos justificadores del orden público es menor en los litigios de carácter patrimonial que en los de carácter familiar,⁴⁰ lo cierto es que la armonización del Derecho de la contratación es empresa vieja,⁴¹ mientras que la uniformidad de las normas de conflicto en materia de familia, no se ha emprendido hasta tiempos recientes.

La aceptación de que existe un “orden público comunitario” diferenciado de los “órdenes públicos internacionales” de cada uno de los Estados Miembros de la Unión, tiene que significar algo; cuando menos, tiene que conducirnos a plantearnos el interrogante de la posible relación jerárquica entre esos superprincipios que conforman el orden público comunitario y los principios fundamentales que integran el orden público internacional de cada Estado.

El natural solapamiento de los primeros, que tendrán presencia, lógicamente, en los dos planos jurídicos, el nacional y el supranacional, no puede excluir esa idea de jerarquía.

Sin duda tendrá que ser el TJUE el que clarifique esta cuestión tan trascendental para la ontología jurídica y para el desarrollo del Derecho comunitario en los años por venir.

Por lo pronto, importa constatar que los Jueces no son absolutamente libres en la definición de lo que, en cada caso, constituye el orden público internacional; existen limitaciones normativas en los Reglamentos comunitarios que constituyen límites jurídico materiales, como aquel adverbio, “manifiestamente”, que desde hace décadas aparece sistemáticamente en todas las formulaciones de las normas de aplicación de los Convenios auspiciados por la Conferencia de Derecho Internacional Privado de La Haya, y también en los Reglamentos comunitarios sobre ley aplicable;⁴² o la norma del art. 25 del Reglamento 2201/2003, que prohíbe a los Jueces que conozcan del reconocimiento de una decisión extranjera de separación o de divorcio, hacer uso de la excepción de orden público del art. 22.a) “alegando que el derecho del Estado Miembro requerido no autorizaría el divorcio, la separación judicial o la nulidad matrimonial basándose en los mismos hechos”.

Sin duda no son éstos los únicos límites jurídico–materiales que los Estados Miembros participantes deberán observar en el empleo del correctivo de orden público internacional del art. 12 del

³⁹ Vid. Sentencia de 3 de enero de 1998, partido comunista unificado de Turquía y otros contra Turquía. No menos significativa es la sentencia del TEDH de 8 de julio de 2004 que abunda en los valores –que no principios– de la multiculturalidad y la tolerancia: “Desde el punto de vista ético, el carácter multicultural de la sociedad europea invita a la tolerancia mutua tanto por parte de los pueblos como de los responsables políticos de las naciones de Europa que han elegido, de amera única, establecer su destino asegurando el respeto mutuo de tradiciones históricas particularmente fuertes. Desde el punto de vista jurídico, este multiculturalismo tiene por base el art. 6 del tratado de Amsterdam (antiguo art. f) del Tratado de Maastricht) que hace derivar los derechos fundamentales reconocidos a nivel de la Unión, de manera notable, de las tradiciones constitucionales comunes de los Estados Miembros y que proclama, por tanto, que la Unión respeta la identidad nacional de sus Estados Miembros...”

⁴⁰ Así lo hace notar la profesora Borrás en su Explanatory Report acerca del *no-n nato* Convenio de 28 de mayo de 1998 sobre la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial, DOUE de 16 de julio de 1998, C- 221/27. Apartado 69. Vid. S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, “Orden público y reconocimiento de resoluciones extranjeras: límites a la valoración del juez nacional y orden público comunitario”, en *La Ley*, nº 5108, de 31 de julio de 2000, pp. 1 a 4.

⁴¹ Vid. PH. MALAURIE, “Loi uniforme et conflit de lois”, en *Travaux du Comité Français de Droit International Privé*, París, 1967, pp. 83 y siguientes.

⁴² Vid. art. 13 del Protocolo sobre la Ley aplicable a las obligaciones alimenticias, hecho en La Haya el 13 de noviembre de 2007; art. 26 del Reglamento (CE) nº 864/2007, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio de 2007, relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (Roma II); art. 21 del Reglamento (CE) 593/2008, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la Ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I).

Igualmente es de destacar la consideración que tiene la *prohibición de discriminación por razón de sexo*, en el Reglamento 1259/2010, sobre ley aplicable en materia de separación y divorcio, como verdadero *superprincipio* protegible, no por la vía del orden público (art. 12) sino a través de la cláusula extraordinaria de rechazo directo del Derecho extranjero (art. 10), con esta trascendental consecuencia: la apreciación de si un Derecho material extranjero lesiona los principios del orden público internacional del foro tiene que ser valorada y mensurada en el plano de los resultados concretos; y si la consecuencia o resultado concreto de la aplicación del correctivo de orden público se traduce en un resultado discriminatorio para un cónyuge, entonces no puede prevalecer el orden público del foro sobre el Derecho extranjero no discriminatorio, que debe ser aplicado integralmente. Así lo dispone de forma terminante el Considerando (25) del Reglamento 1259/2010, estableciendo que “...los órganos jurisdiccionales no deben poder aplicar la excepción de orden público con el fin de descartar una disposición de la ley de otro Estado si con ello se vulnera la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, en particular su artículo 21, que prohíbe toda forma de discriminación.”

Reglamento 1259/2010. Una vez más tendremos que dejar en manos del TJUE la labor de creación jurisprudencial de esos contornos, que, aunque sería incumbencia y responsabilidad de los propios Estados, al tratarse de principios fundamentales para la convivencia según los modelos de vida en ellos albergados, deben ser revisados por la más alta instancia jurisdiccional en Europa, a fin de que no se quiebren los cimientos básicos del edificio comunitario. En este sentido tiene un enorme interés la Sentencia del TJCE, 28 de marzo de 2000, C-7/98, Dieter Krombach y André Bamberski, Rec. I- 1935, en la que el Tribunal señalaba que, "...si bien no corresponde al Tribunal de Justicia definir el contenido del concepto de orden público de un Estado contratante, sí le corresponde controlar los límites dentro de los cuales los tribunales de un Estado contratante pueden recurrir a este concepto para no reconocer una resolución dictada por un órgano jurisdiccional de otro Estado contratante." (Parágrafo 23)

20. La línea dura de la doctrina presente en las sentencias del TJUE en los casos *García Avello y Grunkin–Paul* sufrió una matización, que no una quiebra, en la célebre **Sentencia del TJUE de 22 de diciembre de 2010**, en el caso *Ilonka Sayn–Wittgenstein*. En esta Sentencia, la decisión de las autoridades austríacas de imponer a una ciudadana de esa nacionalidad un cambio de sus apellidos, por considerar los que tenía atribuidos, incompatibles con los valores presentes en la Constitución austríaca, se mira por el Tribunal europeo desde un prisma nuevo: en el escenario jurídico no se dirime la compatibilidad de la ley ordinaria de un Estado miembro con el Derecho comunitario, sino la fuerza con que el orden público internacional de un Estado puede oponerse al mantenimiento de unas barreras que, sin dañar ostensiblemente el derecho de libre circulación, vienen exigidas por la preservación de valores presentes en el Derecho constitucional de aquel Estado.

Desde 1919, existe en Austria una Ley de Abolición de la nobleza a la cual el Tribunal constitucional austríaco reconoció rango constitucional, ya que aplica el principio de igualdad entre los ciudadanos. En virtud de esta ley, un ciudadano austriaco no puede, por ejemplo, adquirir un apellido que incluya un título nobiliario tras su adopción por un ciudadano de otro Estado miembro que tenga legalmente dicho título y que lo utilice como elemento constitutivo de su apellido.

La ley fue impugnada por una ciudadana de nacionalidad austríaca residente en Alemania, donde obtuvo, como apellido de nacimiento, tras su adopción por el Sr. Lothar Fürst von Sayn-Wittgenstein, ciudadano alemán, el apellido de este último, con su título nobiliario, con la forma "Fürstin von Sayn-Wittgenstein" ("Princesa de Sayn-Wittgenstein"). Ilonka Fürstin von Sayn-Wittgenstein obtuvo en Alemania, con este apellido, un permiso de conducir y creó una sociedad, utilizándolo sin incidentes durante quince años. Pero en Austria, después de haberse inscrito en el Registro Civil el nombre adquirido de su padre adoptivo, la autoridad vienesa inició de oficio un expediente de rectificación del Registro Civil, comunicando a Ilonka que debería cambiar sus apellidos de manera que no contuvieran el sintagma "Fürstin" (Princesa).

Desde el punto de vista estricto del Derecho Internacional Privado, la cuestión planteaba escasas dudas, porque Ilonka era de nacionalidad austríaca y conforme al Código de Derecho Internacional privado austríaco de 1978, la ley aplicable al nombre y apellidos era la de su nacionalidad. Sin embargo, en este caso se daba la singularidad de que Ilonka había utilizado durante quince años su apellido en Alemania, y que el propio Registro Civil austríaco había admitido la inscripción de su nombre con el apelativo de **Princesa** (Fürstin).

Así pues, la demandante planteaba, no sólo la cuestión nuclear de la libertad de residencia y de circulación de todo ciudadano comunitario, al amparo del art. 21 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, sino que, además, sostenía que modificar el apellido *Fürstin von Sayn–Wittgenstein* que había usado de manera continua durante quince años, supondría una violación del derecho al respeto de la vida familiar garantizado por el artículo 8 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950.

En el procedimiento ante el TJUE, el Gobierno austriaco aducía en favor de su propia potestad en orden a la rectificación del apellido de Ilonka, que las disposiciones controvertidas en el litigio principal pretenden garantizar la identidad constitucional de la República de Austria. La Ley de abolición de la nobleza, exponía, aun cuando no es un elemento del principio republicano, principio rector de la Ley constitucional federal, constituye una resolución fundamental en favor de una igualdad formal de

trato de todos los ciudadanos ante la Ley, ningún ciudadano austriaco debía ser singularizado por complementos de apellido en forma de predicados nobiliarios, de títulos o de honores, cuya única función es distinguir a la persona que lo lleva y que no tienen ninguna relación con su profesión o sus estudios. En este procedimiento fueron varios los gobiernos de Estados de la Unión que se posicionaron al lado del Gobierno austriaco; los Gobiernos checo, italiano, lituano y eslovaco.

El Tribunal comienza por recordar que “cada vez que el apellido utilizado en una situación concreta no coincida con el que figura en el documento presentado como prueba de la identidad de una persona o cuando el apellido que figure en dos documentos presentados conjuntamente no sea el mismo, esa divergencia de apellidos puede generar dudas sobre la identidad de esa persona, así como sobre la autenticidad de los documentos presentados o la veracidad de los datos contenidos en éstos” (*considerando 69*). Sigue el tribunal: “el riesgo concreto, en circunstancias como las del litigio principal, de tener, debido a la diversidad de apellidos, que disipar dudas sobre su identidad constituye una circunstancia que puede obstaculizar el ejercicio del derecho que se deriva del artículo 21 TFUE.” (*considerando 70*). Por consiguiente, existe “una restricción a las libertades reconocidas por el artículo 21 TFUE a todo ciudadano de la Unión” (*considerando 71*).

Aunque las normas por las que se regulan los apellidos y los títulos nobiliarios son competencia de los Estados, no deben obstaculizar la aplicación del Derecho de la Unión europea.

Sin embargo, recuerda el Tribunal, un obstáculo a la libre circulación puede justificarse si se basa en consideraciones objetivas y si es proporcionado al objetivo legítimamente perseguido por el Derecho nacional (*considerando 81*).

Por lo que se refiere a la justificación, la Unión Europea debe respetar la identidad nacional de sus Estados miembros, de la que forma también parte el carácter republicano del Estado. El Tribunal admite pues que “*en el contexto de la historia constitucional austriaca, la ley de abolición de la nobleza, como elemento de la identidad nacional, puede ser tomada en cuenta al ponderar los intereses legítimos con el derecho de libre circulación de las personas reconocido por el derecho de la Unión*” (*considerando 83*). Además, la ley de abolición de la nobleza, como recuerda el Gobierno austriaco, aplica el principio de igualdad de los ciudadanos, principio que no sólo es compatible con el derecho de la Unión sino que constituye un principio general del derecho comunitario y está consagrado por el artículo 20 de la Carta de Derechos Fundamentales.

Para el TJUE, el orden público sólo puede invocarse en caso de que exista una amenaza real y suficientemente grave que afecte a un interés fundamental de la sociedad; que la Unión respeta la identidad nacional de sus Estados miembros, de la que forma parte también la forma republicana del Estado.

Por lo que se refiere a la proporcionalidad de la medida al objetivo perseguido, el Tribunal juzga que no parece desproporcionado que un Estado miembro pretenda realizar la consecución del objetivo de preservar el principio de igualdad prohibiendo la adquisición, la posesión o el uso por sus nacionales, de títulos nobiliarios o de elementos nobiliarios susceptibles de hacer creer que la persona que los utiliza ostenta tal honor (*considerando 93*).

21. La lejanía entre las parcelas propias del nombre y apellidos y de la constitución del vínculo paterno filial, a la que aluden tanto la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia como la del Tribunal Supremo, es una verdad no refutable. A esa falta de proximidad han aludido numerosos autores al comentar la posición adoptada por la DGRN en los últimos años.⁴³ Pero en este punto, tendríamos que hacer tres matizaciones: la primera es que ambas parcelas se mueven en el marco más general del *estatuto personal*; la segunda, que tanto el derecho a una filiación prefijada como el derecho a disponer un nombre desde el nacimiento, son inescindibles del *derecho del niño a tener una identidad única*, derecho que debe considerarse garantizado por el art. 7 de la Convención de Nueva Cork sobre los derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989, que en todas las Sentencias dictadas en torno a este

⁴³ Cfr. G. CAMARERO GONZÁLEZ, “Notas sobre la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 18 de febrero de 2009, en un caso de gestación por sustitución”, en *Diario La Ley*, nº 7910, Sección Tribuna, p. 5; T. VÁZQUEZ MUIÑA, T., “La inscripción en el Registro Civil Español de los hijos nacidos en el extranjero mediante gestación por sustitución”, ob. cit., p. 56.

caso, se citaba sin dársele relevancia decisiva en ordena la definición de lo que en el mismo, supondría la realización del interés superior de los menores. Y tercera: el TJUE no ha podido hasta el momento extender a las cuestiones de filiación su doctrina sobre la libertad de circulación y de establecimiento, por la sencilla razón de que no existe ninguna norma comunitaria sobre la determinación, la reclamación y la impugnación de la filiación, parcela implícitamente excluida del Reglamento nº 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil,⁴⁴ y expresamente excluida del Reglamento 2201/2003 del Consejo de 27 de noviembre de 2003 relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el reglamento (CE) nº 1347/2000.⁴⁵

Es, pues, una incógnita cual sería la decisión del Tribunal de Luxemburgo si tuviera que afrontar esta cuestión, pero lo cierto es que el hecho de que no tenga, hoy por hoy, competencia para resolver esta cuestión, no justifica una lectura restrictiva ni sesgada de los razonamientos de dicho Tribunal, relativos a la existencia de un derecho a una identidad única.

22. Aunque trascendental, la jurisprudencia del TJUE en orden al derecho de todo ciudadano europeo a una identidad única, lleva el lastre de todo lo vinculado a una libertad comunitaria: sólo pueden ser invocadas por ciudadanos comunitarios. ¿Y los niños nacidos en California, hijos sólo de una mujer californiana según el Derecho español?

La necesidad de encontrar un cauce universal de realización del art. 8 de la CNY sobre los derechos del Niño no es ajena a la sensibilidad de las instituciones comunitarias, las cuales han venido sustituyendo persistentemente en los Reglamentos sobre ley aplicable, la conexión nacionalidad, heredada por casi todos los Estados europeos de la codificación napoleónica, por la *residencia habitual*, como un referente irrenunciable para el arrumbamiento de los obstáculos que se levantan frente a las libertades comunitarias de circulación de personas, bienes, capitales y decisiones de las autoridades europeas; y es que, si bien hasta ahora se ha venido atribuyendo decididamente la libertad de circulación a los *ciudadanos comunitarios*, es decir, a los sujetos que ostentan la nacionalidad de un Estado Miembro, no lo es menos que el mercado comunitario sólo alcanzará las más altas cotas de perfección si se atribuye ese mismo derecho subjetivo de libre circulación a todos los sujetos que intervienen activamente en el tráfico jurídico, *sean o no ciudadanos comunitarios*.⁴⁶

Las perspectivas de arreglar este problema desde las instituciones comunitarias se han mostrado en la jurisprudencia del TJUE de los últimos años, alentadoras, pero también limitadas.

Las previsiones originarias del Tratado de Roma relativas a la *prohibición de toda discriminación* parecían mantener una rigurosa compartimentación entre el estatuto jurídico de los ciudadanos comunitarios y los nacionales de terceros Estados, carentes de dicha condición, hasta el punto de que llegó a hablarse en la literatura jurídica de una discriminación justificada por el derecho comunitario, impidiéndose a los no ciudadanos la invocación de la preceptiva de no discriminación. Ello hizo posible que el Tribunal de Justicia llegase a una conclusión que se ha repetido en un buen número de sus pronunciamientos: a saber, que “La vocación del estatuto de ciudadano de la Unión es convertirse en el estatuto fundamental de los nacionales de los Estados Miembros, que permite a aquellos entre dichos nacionales que se encuentran en la misma situación obtener, independientemente de su nacionalidad y sin perjuicio de las excepciones expresamente previstas a este respecto, el mismo trato jurídico”.⁴⁷

Así lo ha declarado expresamente el Tribunal de Justicia para supuestos anteriores a la propia entrada en vigor del Tratado de Funcionamiento, en la Sentencia de 4 de junio de 2009, dictada en los

⁴⁴ Diario Oficial núm. L 012 de 16 de enero de 2001.

⁴⁵ DOCE núm. L 338/1, de 23 de diciembre de 2003.

⁴⁶ Cfr. V. GAERTNER, “European choice of law rules in divorce (Rome III): an examination of the possible connecting factors in divorce matters against the background of private international law developments”, ob. cit., pp. 99-136.

⁴⁷ Cfr. J.L. GIL IBÁÑEZ, “Algunas sombras en la ciudadanía europea”, en *Libro Homenaje a Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer*, CARLOS R. FERNÁNDEZ LIESA, CARLOS J. MOREIRO GONZÁLEZ y EDUARDO MENÉNDEZ REXACH (Dir.), Consejo General del Poder Judicial, pp. 47 a 63. Vid. Sentencias de 20 de septiembre de 2001, Grzelczyk (C-184/99, Rec. p. I-6193), apartados 31 y 32; y de 2 de octubre de 2003, García Avello, citada, apartados 22 y 23.

asuntos Vatsouras y Koupatantze,⁴⁸ resolución que afrontaba el ajuste al Derecho comunitario de una norma estatal en la que, excluyéndose del derecho a las prestaciones de asistencia social a los nacionales de los Estados Miembros, en cambio reconocía el derecho a su percepción a los nacionales de Estados terceros, en concreto inmigrantes ilegales.

En esta sentencia se razonaba que la norma prohibitiva de toda discriminación contenida en el Tratado fundacional “se refiere a las situaciones comprendidas en el ámbito de aplicación del Derecho comunitario en las que un nacional de un Estado Miembro sufre un trato discriminatorio en relación con los nacionales de otro Estado Miembro únicamente por razón de su nacionalidad y no se aplica a los supuestos de una eventual diferencia de trato entre los nacionales de Estados Miembros y los de Estados terceros” (apartado 52). La misma observación se podría aplicar, claro está, a las situaciones inversas a las que el Órgano consultante planteaba al Tribunal de Justicia, es decir, aquellos casos en que la discriminación favorece a los ciudadanos de la Unión en perjuicio de los nacionales de terceros Estados.

Pero la incorporación de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea al Derecho originario, por obra del art. 6 del Tratado de la Unión Europea, estaba llamada a cambiar el punto de vista de la jurisprudencia acerca del alcance del principio de no discriminación, y su invocabilidad por nacionales de terceros Estados.

La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea,⁴⁹ proclamada en el momento de su alumbramiento, en el seno del Consejo Europeo de Niza el 7 de diciembre de 2000 como instrumento sin valor jurídico obligatorio o vinculante,⁵⁰ tiene hoy reconocido un rango equivalente al de los Tratados constitutivos de la Unión, en cuanto, según establece el artículo 6 del Tratado de la Unión Europea, la Unión reconoce los derechos, las libertades y los principios enunciados en la Carta, a la que otorga “el mismo valor jurídico que los Tratados”.⁵¹ Con ello se deben dar por definitivamente zanjadas las dudas que se habían suscitado en torno, no sólo a su carácter vinculante sino incluso a su condición de norma genuinamente jurídica.

La Carta es el primer texto que en el entorno europeo, recoge en un cuerpo unificado derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales. Muchas han sido las fuentes de las que han bebido sus redactores,⁵² y el resultado ha sido el reconocimiento de un conjunto extenso de derechos que ya

⁴⁸ C-22/08 y C-23/08, Rec. p. I-4585.

⁴⁹ Texto consolidado en DOUE C 83/389 de 30 de marzo de 2010.

⁵⁰ La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea fue proclamada por el Consejo Europeo de Niza el 10 de diciembre de 2000, pero se decidió su no inclusión en el propio texto del Tratado, por lo que no forma parte del derecho originario de la Unión Europea, y por lo que, al menos formalmente, nació sin vocación de texto vinculante y rector en materia de derechos fundamentales. Manero Salvador, Ana, “El valor jurídico de la Carta de Derechos Fundamentales: de Niza a Lisboa”, en *El Tratado de Lisboa, análisis y perspectivas*, CARLOS R. FERNÁNDEZ LIESA y CASTOR M. DÍAZ BARRADO, Instituto Universitario de Estudios internacionales y Europeos Francisco de Vitoria, Dykinson S.L., pp. 113 a132, especialmente 115 a 117.

⁵¹ El Tribunal de Justicia de la Unión Europea ya ha adquirido la práctica inveterada de recordarnos, en cada uno de sus pronunciamientos en que hace aplicación de la Carta, su carácter de Derecho originario. Cfr. L. MILLÁN MORO, “La aplicación de la carta de los derechos fundamentales de la unión europea por las instituciones de la unión europea”, en *Libro Homenaje a Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer*, CARLOS R. FERNÁNDEZ LIESA, CARLOS J. MOREIRO GONZÁLEZ y EDUARDO MENÉNDEZ REXACH (Dir.), Consejo General del Poder Judicial, pp. 96 y 97.

⁵² Cfr. R. ALONSO GARCÍA, “*La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*”, Cívitas, Madrid 2006; R. ALONSO GARCÍA y D. SARMIENTO, “*La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Explicaciones, Concordancias, Jurisprudencia*”. Editorial Aranzadi S.A. Navarra, 2006; M. CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA, “Los jueces nacionales ante la Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea: algunas cuestiones que suscita el Título VII de la Carta”, en *Noticias de la Unión Europea*, n° 291, 2009; J.A. CARRILLO SALCEDO, “Notas sobre el significado político y jurídico de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea”, en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 2001; CHUECA SANCHO, “*Los derechos fundamentales en la Unión Europea*”, 2ª edición revidada. 1ª, Bosch, Barcelona, 2002; J. DUTHEIL DE LA ROCHE, “La Charte des droits fondamentaux de l’Union Européenne: quelle valeur ajoutée, quel avenir?”, en *Revue du Marché Commun et de l’Union Européenne*, n° 443, 2000; C. ESCOBAR HERNÁNDEZ, “Los Derechos Humanos en el Tratado por el que se establece una Constitución para Europa.” *Los Tratados de Roma en su cincuenta aniversario. Perspectivas desde la Asociación Española de profesores de derecho internacional y Relaciones Internacionales*. Marcial Pons, Madrid 2008. N. FERNÁNDEZ SOLA, “À quelle nécessité juridique répond la négociation d’une Charte des droits fondamentaux de l’Union Européenne?”, *Revue du Marché Commun et de l’Union Européenne*, n° 442, octubre-noviembre, 2000, p. 595; A. FERNÁNDEZ TOMÁS, “*La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea*”, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001; Mangas Martín, Araceli. (Dir.), “*Carta de los Derechos fundamentales de la Unión Europea. Comentario artículo por artículo*”, Fundación BBVA, Bilbao, 2008; J. ROLDÁN BARBERO, “La Carta de Derechos fundamentales de la UE: su estatuto constitucional”, en *Revista de Derecho*

estaban reconocidos por la mayoría de los Estados miembros de la Unión europea, pero cuyo encuentro en un código único les atribuye ahora un indudable valor intrínseco añadido, a saber, el de erigirse en la sustancia de la primera declaración formal de derechos dentro de la Unión.

Por otro lado, en el terreno conceptual, la Carta contribuye en una alta medida a la clarificación del estatuto de ciudadanía europea, pues, si bien algunos de los derechos consagrados se abrazan bajo la bandera del universalismo, reconociéndose a toda persona, con independencia de su nacionalidad o su lugar de residencia, no ocurre lo mismo con los derechos más directamente vinculados a la ciudadanía de la Unión, muchos de ellos ligados, aunque sea lejanamente, a la idea de estado civil y a la necesidad de arrumbar cualquier barrera, incluso la de la posible diversidad de estados civiles de un mismo sujeto según el suelo que pise, que se oponga a su libertad de circulación.

También se ha insertado en la Carta una serie de derechos que, sin representar una novedad respecto del acervo europeo de Derechos fundamentales y libertades públicas, sirven al fin de afrontar el desafío del desarrollo de las tecnologías de la información o la ingeniería genética”.⁵³

En el Capítulo III, bajo la rúbrica de la “Igualdad” se proclama con un alcance universal, en el art. 21.1, la prohibición de toda discriminación” y “en particular la ejercida por razón de sexo, raza, color, orígenes étnicos o sociales, características genéticas, lengua, religión o convicciones, opiniones políticas o de cualquier otro tipo, pertenencia a una minoría nacional, patrimonio, nacimiento, discapacidad, edad u orientación sexual.”

Esta fórmula prohibitiva de toda discriminación que contiene el art. 21 de la Carta, es una de las más completas que ofrece el panorama jurídico internacional, pues recoge todos los fundamentos que pueden excusar o fundar un tratamiento injustificadamente desigualitario.

La fórmula está inspirada principalmente en los arts. 13 (Hoy, 19) del Tratado de la Unión Europea, 14 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales y 11 del Convenio Europeo sobre los Derechos Humanos y la Biomedicina. La genealogía de la norma tiene interés porque, según algunos autores, la consagración, en la carta, del principio de igualdad, llevaría incorporado, de forma implícita, todo el “acervo comunitario” en materia de igualdad de hombres y mujeres, además de la interpretación que de la misma ha realizado el Tribunal de Estrasburgo.⁵⁴

En la redacción del art. 21 se dan cita casi todas discriminaciones posibles de las que puede ser objeto el ser humano. Pero, con independencia de la prohibición de cualquier trato discriminatorio por razón de género, el imperativo de igualdad entre hombres y mujeres se aborda desde una formulación positiva en el art. 23 de la Carta, en el que se previene que “La igualdad entre hombres y mujeres será garantizada en todos los ámbitos...”

Los sujetos destinatarios de las proclamaciones de derechos fundamentales que la Carta contiene no son sólo los ciudadanos de la Unión Europea, sino todas las personas físicas y jurídicas.⁵⁵ Los derechos reservados a los ciudadanos de la Unión aparecen reconocidos en el Título V de la Carta en el que se consagra el derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones al Parlamento Europeo y en las elecciones municipales y el derecho a la protección diplomática y consular (arts. 39, 40 y 46). Los restantes derechos fundamentales reconocidos en este Título, aparecen vinculados, bien a la ciudadanía, o bien al domicilio o residencia habitual de las personas físicas en un Estado de la Unión. (Arts. 42, 42.3, 44 y 45.2); salvo el derecho a una buena administración, reconocido en el art. 41, a toda persona física o jurídica.

El Tribunal de Justicia se ha inclinado en algunos fallos recientes por el reconocimiento de libertades básicas a personas que no ostentan la ciudadanía, pero que mantienen una relación personal es-

Comunitario Europeo, vol. 16, 2003; A. VITORINO, “La charte des droits fondamentaux de l’Union européenne”, en *Revue du Droit de l’Union Européenne*, 2000, nº 3.

⁵³ Comunicación (COM(2000) 644 final) de la Comisión de las Comunidades Europeas “Sobre la naturaleza de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea”.

⁵⁴ Cfr. D. ORDÓÑEZ SOLÍS, “La igualdad entre hombres y mujeres en el derecho europeo”, en *Estudios (Ministerio De Asuntos Sociales)*. Madrid: Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Instituto de la Mujer, 1999, pp. 342 y siguientes; T. FREIXES SANJUÁN, “La igualdad entre mujeres y hombres en el proceso de integración europea”, en *Mujer y Constitución en España*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000, pp. 60 a 64.

⁵⁵ D. SARMIENTO, “Los Derechos Fundamentales de la Unión en el Tratado de Lisboa”, *El Tratado de Lisboa. Análisis y perspectivas*, CARLOS R. FERNÁNDEZ LIESA y CASTOR M. DÍAZ BARRADO (Dir.). p.145.

trecha con ciudadanos comunitarios. Así, la jurisprudencia ha venido manteniendo en pronunciamientos recientes una doctrina según la cual, un Estado Miembro no puede denegar la residencia y el permiso de trabajo al nacional de un Estado tercero que asume deberes, impuestos legalmente, respecto de ciudadanos de la Unión, para cuyo cumplimiento se requiera la residencia en ese Estado de la Unión.

En la Sentencia del TJUE de 8 de marzo de 2011, se declara que el artículo 20 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea “se opone a que un Estado Miembro, por un lado, deniegue a un nacional de un Estado tercero, que asume la manutención de sus hijos de corta edad, ciudadanos de la Unión, la residencia en el Estado Miembro de residencia de éstos, del cual son nacionales, y, por otro, deniegue a dicho nacional de un Estado tercero un permiso de trabajo, en la medida en que tales decisiones privarían a dichos menores del disfrute efectivo de la esencia de los derechos vinculados al estatuto de ciudadano de la Unión”.

La situación a que la sentencia se refiere alcanza al cumplimiento de deberes asistenciales en general, por ciudadanos extracomunitarios a favor de ciudadanos de la Unión. Con esta doctrina puede ya decirse que el Tribunal de Justicia se ha dejado llevar por el viento de los derechos fundamentales y principios consagrados en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, así como en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, y ha dado los pasos necesarios para evitar que el concepto estricto de ciudadanía europea origine una lesión de la prohibición de toda discriminación, presente en los Tratados y en la Carta; prohibición que también protege a los nacionales de Estados terceros.⁵⁶

Si la cuestión de la invocabilidad del art. 21 de la Carta por quienes no tengan la condición de ciudadanos comunitarios se presenta altamente espinosa y difícil de abordar desde el prisma del Derecho originario, más ardua se divisa todavía, si se contempla desde un observatorio menos elevado: el de los Derechos constitucionales de los Estados Miembros de la Unión.⁵⁷ La mezquina limitación a los españoles de la proclamación de la igualdad de todas las personas ante la ley en la Constitución española (art. 14) ha sido oportunamente rectificadas por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en base a los arts. 1.1 y 139.1 de nuestra Ley Fundamental; y en las Cartas Magnas que venían coronando la jerarquía normativa de todos los ordenamientos europeos hasta la aparición de un Derecho supranacional, se impone a los Tribunales y a las Administraciones públicas estatales la incorporación de tal directriz, excluyente de toda discriminación, a todas las resoluciones, jurisdiccionales o no jurisdiccionales, que se dicten dirimiendo conflictos interpersonales, tanto si tales conflictos mantienen una conexión comunitaria, como si no es así.⁵⁸

VI. El interés superior de los menores

23. He aquí otro concepto jurídico indeterminado al que cada cuál da el contenido que le suministra su propia experiencia, formación jurídica o ideología. En la ciencia jurídica española se han sostenido, siempre bajo la bandera del interés superior, toda clase de posturas, desde la de quienes postulan que se violaría el interés del menor si no se inscribiera en el Registro Civil la filiación de los comitentes, hasta la de quienes mantienen que la prohibición legal del art. 10 de la LTRA responde al objetivo de

⁵⁶ Vid. J.E. PECES MORATE, “Los ciudadanos no comunitarios en la unión europea: un mundo para los jueces”, ob. cit, pp. 121 y 122.

⁵⁷ Vid. D. SARMIENTO, “Discriminaciones inversas comunitarias y Constitución española”, en *Revista Española de Derecho Europeo*, 15, 2005, pp. 375 y siguientes; R. ALONSO GARCÍA Y RICARDO Y D. SARMIENTO, *La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, Thomson & Cívitas, Madrid, 2006.

⁵⁸ Por lo que se refiere a los Tribunales Constitucionales de los Estados Miembros, conviene recordar que no todos ellos han compartido el criterio del Tribunal de Justicia de la Unión Europea acerca de la fuente de la imperatividad del Derecho comunitario. Para los Tribunales Constitucionales alemán, italiano y español, el Derecho de la Unión no deriva su autoridad de los Tratados, sino de las Constituciones de los Estados Miembros, de manera que serán los propios Tribunales Constitucionales los que marquen las pautas acerca del alcance de los derechos fundamentales que, con análoga denominación y evolución histórica, tengan distinto alcance en la Carta de los Derechos Fundamentales y en los textos constitucionales estatales. Vid. Sarmiento, Daniel, “Los Derechos Fundamentales de la Unión en el Tratado de Lisboa”, en *El Tratado de Lisboa. Análisis y perspectivas*, C.R. FERNÁNDEZ LIESA y C.M. DÍAZ BARRADO (Dir.). P. 145.

velar por el interés del menor, de su derecho a conocer sus orígenes biológicos y de proteger a las partes débiles de la relación jurídica.⁵⁹

La cuestión del interés superior de los menores ha sido tratado en las tres Sentencias jurisdiccionales dictadas a lo largo del *iter*, con sumo respeto y cautela pero sin que, en definitiva, se haya considerado que ese interés se encuentre por encima de las demás consideraciones propias de la legalidad interna (art. 10 de la LTRA).

Así, la Audiencia Provincial de Valencia, en el Recurso de Apelación del que conoció frente a la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia, declaraba que "...la satisfacción de dicho interés no puede conseguirse infringiendo la ley..."⁶⁰ Y la Sentencia del Tribunal Supremo, declara que "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."⁶¹

La argumentación del Tribunal Supremo en relación con este punto merece, cuando se trata del interés superior de los menores, que está reconocido en textos internacionales, una objeción. En términos generales, las normas que toman como supuesto de hecho un ámbito extenso de la realidad, excluyen la validez de una norma de rango inferior que la excepcione para un supuesto particular; salvo que la propia norma superior haya previsto la excepción –por ejemplo, una deslegalización operada desde la propia norma con rango de ley.

Y he aquí que el tratamiento que el Supremo dispensa al principio de prioridad del interés del menor, no resulta acorde con el principio de jerarquía normativa, pues la propia Ley Orgánica de Protección del Menor, Ley Orgánica 1/1996 de 15 de enero, coloca por encima de la legalidad ordinaria los tratados internacionales ratificados por España y muy en particular la Convención de Nueva York sobre los derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989 (art. 3).⁶² La prioridad aplicativa de los Convenios internacionales sobre las leyes internas españolas está extensamente aceptada y ha encontrado expresa cristalización en la propia Ley 54/2007 de Adopción Internacional, de la que hemos dicho que ofrece un material en gran parte aprovechable para la maternidad subrogada. En efecto, el art. 25 de esta Ley dispone que las normas contenidas en el Convenio de La Haya de 29 de mayo de 1993, relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional, "... prevalecerán, en todo caso, sobre las reglas contenidas en esta Ley."

24. En realidad la cuestión del interés superior de los menores debía ser abordada bajo un prisma de futuro, preguntándose el Supremo desde una perspectiva *ex ante* qué sería de ellos en el caso de denegárseles la misma filiación que tienen inscrita en Registro Civil de California.

Preguntémonos, pues: ¿Qué sucederá ahora con los menores nacidos en el marco de la maternidad subrogada californiana, que no pueden ser inscritos como hijos de quienes ostentan su guarda?

Ciertamente, el oscuro pronóstico de su regreso a los Estados Unidos para crecer en un orfanato, lejos del abrigo y del calor de una familia, constituía un recurso argumental de la defensa de los padres comitentes demandados, disculpable en términos de estrategia defensiva pero indudablemente exagerado y realmente distanciado de la política de protección de los menores que inspira en nuestro país la labor de las entidades públicas autonómicas y de los jueces y tribunales.⁶³ Incluso cuando fracasa

⁵⁹ En este sentido, J.M. ESPINAR VICENTE, "Nuevas reflexiones en torno a la heterodoxa doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado. La Gestación por sustitución y el amparo a los actos de fraude a la Ley", en *Nuevas fronteras de la Unión Europea: Liber amicorum: Jose Luis Iglesias Buhigues* (Coord.: C. Esplugues Mota, G. Palao Moreno. M. A. Penadés Fons), 2012, pp. 589-604; M. GUZMÁN PECES, "Hacia un derecho dispositivo en materia de estatuto personal y familiar? Reflexiones a la luz del Derecho Internacional Privado español", en *Anuario de Derecho Internacional Privado*, Tomo X, 2010, pp. 497-501.

⁶⁰ Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 10ª de 23 de noviembre de 2011. Fundamento de Derecho quinto.

⁶¹ Fundamento Jurídico cuarto, apartado 7º.

⁶² Cfr. A. DURÁN AYAGO, "El interés del menor en el conflicto de civilizaciones: elementos para su concreción en un contexto intercultural", en: A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *El Derecho de Familia ante el Siglo XXI: aspectos internacionales*, Madrid, Colex, 2004.

⁶³ Labor que, en todo caso, debe subordinarse al mandato de observancia del interés superior del menor, a tenor de lo establecido en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor. De los siete principios rectores que deben

una adopción, el retorno o repatriación del menor adoptado constituye el último recurso conforme a lo previsto en el Convenio de La Haya de 29 de mayo de 1993 relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de protección de menores.⁶⁴

Ahora bien, esto no significa que no haya sido dañada, en el caso concreto, la seguridad jurídica.

Las recomendaciones del Tribunal Supremo relativas al respeto de los vínculos afectivos creados, no son vinculantes para ninguna autoridad que no haya participado en el proceso.

El recuerdo de cómo se forjó en California la convicción acerca de la legalidad y la conformidad al orden público del *State* del primer contrato de maternidad subrogada, nos tiene que traer a la fuerza la certeza de que lo trágico siempre puede volver a repetirse.

La decisión del Tribunal Supremo no parece la más coherente con un ordenamiento que hasta ahora decía inspirarse en todo lo relativo a medidas paternofiliales, en el *interés superior del menor*.

Cuando un niño nace en un Estado en el que el contrato de maternidad por subrogación es lícito y es llevado a otro en el que no lo es, se da con relativa frecuencia el desenlace que el propio Tribunal Supremo considera previsible: se aplican las reglas generales de atribución de la paternidad y de la responsabilidad parental propias del Estado en el que el menor va a tener su residencia habitual legal⁶⁵ y el menor termina viviendo y desarrollando su personalidad bajo la custodia de hecho de quien no puede ejercer ninguna potestad legal; situación de grave inseguridad jurídica que puede extremarse en un resultado indeseable si la madre biológica se arrepintiese de lo hecho en los últimos meses y quisiese reclamar la maternidad sobre el fruto de su vientre. En tal caso, ante una eventual demanda de la madre biológica, la aplicación de la ley española devendría inexorable: la madre es la que ha alumbrado al niño (art. 10 de la LTRA) y es a ella a quien corresponde el ejercicio de la patria potestad (arts. 154 a 156 del Código Civil).

La benevolencia de las instituciones puede prolongar por el tiempo necesario una *guarda de hecho*⁶⁶ de los padres recurrentes –eso es lo que son ahora: guardadores de hecho– bajo la vigilancia no demasiado intensa de la autoridad judicial (art. 303 y 304 del Código Civil); situación que podría transitar a medio plazo hacia una *tutela*, en cuanto los menores no están sujetos a ninguna potestad o responsabilidad parental (art. 222.1º del Código Civil): ni a la de sus guardadores, que no son *padres*, ni a la de su madre biológica, que carece de potestad legal según su propia legislación californiana, la cual ha expresado en un contrato, todo lo *ilícito* que se quiera pero radicalmente real como *hecho jurídico*, que no pretende mantener ningún vínculo jurídico ni ejercer potestad alguna, sobre el nacido de su vientre.

Una vez constituida tal tutela, pero siempre bajo la espada de Damocles de una reclamación por parte de la madre biológica, se puede acceder a la *adopción* por los comitentes que hayan tenido a los niños bajo su guarda legal durante al menos un año, sin necesidad de solicitud, aunque sí de audiencia, de la entidad pública competente en materia de protección de menores (art. 176.2.3º del Código Civil). A esta adopción se le aplica la ley española al tener el menor adoptando su residencia habitual en España en el momento de la adopción (art. 18.1 de la Ley 54/2007 de Adopción Internacional).

Así que, siendo de aplicación la ley española, aunque sólo uno de los comitentes llegue a adoptar al niño, quedará extinguida toda relación jurídica del adoptando con su familia de origen (art. 178 del Código Civil).⁶⁷

presidir la acción de los poderes públicos en materia de protección de menores, a tenor del art. 11.2 de la Ley, los tres primeros pueden ser conectados con el criterio social en materia de determinación de la paternidad/maternidad: “2. Serán principios rectores de la actuación de los poderes públicos, los siguientes: a) La supremacía del interés del menor. b) El mantenimiento del menor en el medio familiar de origen salvo que no sea conveniente para su interés. c) Su integración familiar y social...”

⁶⁴ Cfr. art. 21 del Convenio de La Haya de 29 de mayo de 1993.

⁶⁵ Cfr. arts. 15 y 16 del Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996 Relativo a la Competencia, la Ley Aplicable, el Reconocimiento, la Ejecución y la Cooperación en materia de Responsabilidad Parental y de Medidas de Protección de los Niños.

⁶⁶ En la propia Sentencia se advierte que, como consecuencia inexorable del FALLO, “...los menores tienen relaciones familiares “de facto” con los recurrentes”. Es esa relación meramente fáctica lo que lleva al Tribunal a postular una solución que parta de este dato y que permita “...el desarrollo y la protección de estos vínculos.” (Fundamento de Derecho Quinto, apartado 11º).

⁶⁷ Cfr. A.J. VELA SÁNCHEZ, “Los hijos nacidos e convenio de gestación por sustitución no pueden ser inscritos en el Registro Civil español. A propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014”, ob. cit., p. 10.

A estas consideraciones aún debemos añadir que los menores nacidos de gestación por sustitución, cuya filiación no se haya reconocido en España, no tienen derechos sucesorios sobre los comitentes que fallezcan, como tampoco tendrían conforme a nuestro Derecho público, derecho alguno a percibir pensión alguna de orfandad por causa de la muerte de éstos. El Tribunal Constitucional ha garantizado el igual tratamiento a efectos de pensiones públicas de todos los hijos, matrimoniales o no, con independencia de su filiación,⁶⁸ pero, claro está, dada la ubicación del art. 39 fuera del Capítulo II del Título I, lo que sea o no sea “hijo”, queda sujeto a las determinaciones del Derecho civil por legislación ordinaria.

Así pues, aunque el debate social debe extenderse a escuchar todas las voces y todas las versiones posibles sobre lo que representa en cada caso el interés superior, no podemos dejar de considerar la posibilidad de que la exclusión radical de la maternidad subrogada pueda producir más efectos dañosos que favorables en términos de proyección de menores. Los profesores A. Van Niekerk y L. Van Zyl, en su “Commercial surrogacy and the commodification of children: An ethical perspective”, muestran su parecer en el sentido de que la gestación por sustitución no supone necesariamente una cosificación o degradación del niño, y que la prohibición legal origina más problemas de los que resuelve.⁶⁹

VII. Implicaciones de la doctrina del Tribunal Supremo

25. Las valoraciones que contiene la Sentencia del Tribunal Supremo en relación con el contenido del orden público internacional implican:

- 1º. Que no es posible ya utilizar la técnica de Derecho Internacional Privado de reconocimiento de decisiones extranjeras favorables a la inscripción de los nacidos en el marco de la maternidad subrogada.
- 2º. Por un razonamiento *a fortiori*, que tampoco es posible inscribir tal filiación en virtud de una mera certificación extranjera favorable a los padres comitentes, aunque esta prohibición ya aparecía establecida en la Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 5 de octubre de 2010, instrumento ahora ya de inviable aplicación.
- 3º. Por un razonamiento lógico, teniendo en cuenta ese mismo contenido que el Tribunal Supremo da a nuestro orden público internacional, tampoco es posible hacer uso de una técnica conflictual, articulable en torno al art. 9.4 del Código Civil, el cual manda aplicar la ley nacional del nacido, en los supuestos en que sea la jurisdicción española o el encargado del Registro Civil el que tenga que resolver sobre la paternidad de los comitentes, sin partir de una previa decisión o de una certificación extranjera, de la ley nacional de aquel. La jurisprudencia venía manteniendo, en efecto, que el artículo 9.4 del Código Civil es aplicable sólo cuando se insta a través de declaración del sujeto (art. 168 RRC), la inscripción en el Registro Civil español del nacimiento de un español en el extranjero, sin decisión previa. En ese caso, el encargado del Registro Civil debía determinar la filiación mediante la ley material a la que remite el artículo 9.4 del Código Civil, que en la inmensa mayoría de los casos, es la ley española.

⁶⁸ Como destaca la STC 200/2001, de 4 de octubre, dentro de la prohibición de discriminación del art. 14 CE y, específicamente, dentro de la no discriminación por razón del nacimiento, este Tribunal ha encuadrado la igualdad entre las distintas clases o modalidades de filiación (SSTC 7/1994, de 17 de enero, 74/1997, de 21 de abril; 67/1998, de 18 de marzo), de modo que éstas deben entenderse absolutamente equiparadas. Igualmente ya declarado el Tribunal Constitucional que el art. 14 CE opera aquí con el trasfondo del art. 39.2 y 3 en cuanto obliga a los poderes públicos a asegurar “la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la Ley con independencia de su filiación” (STC 7/1994, de 17 de enero), y a los padres a “prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio”, de manera que toda opción legislativa de protección de los hijos que quebrante por sus contenidos esa unidad de tratamiento incurre en una discriminación por razón de nacimiento expresamente prohibida por el art. 14 CE, ya que *la filiación no admite categorías jurídicas intermedias* (SSTC 67/1998, de 18 de marzo, y 200/2001, de 4 de octubre, y 154/2006 de 22 de mayo).

⁶⁹ Cfr. A. VAN NIEKERK, A. y L. VAN ZYL, “Commercial surrogacy and the commodification of children: An ethical perspective”, en *Medicine and Law*, vol. 14, nº 3/4, pp. 163–170. Los mismos autores, en su trabajo “Interpretations, perspectives and intentions in surrogate motherhood”, en *Journal of Medical Ethics*, vol. 26, nº 5, octubre de 2000, pp. 404–409, defienden que es más probable que la prohibición de la maternidad subrogada acabe originando un perjuicio sustancial para los nacidos.

En los casos de niños nacidos fuera de España de la situación de madre portante/gestante, se plantea la situación conocida como de *dobles espejo*, que es la que suscita cualquier supuesto en que la determinación de la nacionalidad se vincula por vía del criterio del *ius sanguinis* a la cuestión de la filiación y, al propio tiempo, la cuestión de la filiación se hace depender, cual hacen el art. 9.4 del Código Civil de y un buen número de normas de Derecho Internacional Privado de otros Estados de nuestro entorno, a la determinación de la nacionalidad del nacido.

Pues bien, en lo sucesivo, ya no podrán utilizarse las enseñanzas de la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado y de la doctrina científica española acerca del escape del círculo inextricable del doble espejo, pues es inútil preguntarse cuál sería la nacionalidad de un sujeto nacido fuera de España bajo la cobertura de cualquier régimen de maternidad por sustitución: la solución del Tribunal Supremo es que, tenga la nacionalidad que tenga, los tribunales españoles vendrán obligados a aplicar el art. 10 de la LTRA, bien porque la ley española resulte llamada en aplicación en virtud de lo dispuesto en el art. 17.1 en relación con el 9.4 del Código Civil, o bien por forzosa inaplicación de la ley extranjera contraria a nuestro orden público internacional: el artículo 12.3 del Código Civil dispone que en ningún caso se aplicará la ley extranjera cuando resulte contraria al orden público internacional.

Los Magistrados que votaron a favor de la solución contenida en el fallo de la Sentencia eran perfectamente conscientes de la necesidad de formar un cuerpo de doctrina pacífica en la delicada materia del estado civil propio de los niños nacidos de madres que no desean tenerlos y acogidos por padres putativos que desean hacerlos suyos; y por tal razón se acordó someter el asunto al pleno del Tribunal, "...advertida la posibilidad de que la resolución que hubiera de recaer en el presente recurso pudiera formar doctrina." (Antecedente de hecho *undécimo* de la Sentencia).

Ahora bien, la precisión del art. 1 del Código Civil que sujeta la función integradora del Derecho que incumbe al Tribunal Supremo a una doctrina *reiterada*, nos lleva a hacer una reflexión en el marco de la teoría general de las fuentes: la Sentencia dictada por la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo y en el marco de un contencioso privado, ha dejado sin efecto la resolución de la DGRN de 18 de febrero de 2009, que, dictada en relación con un supuesto concreto de filiación entre partes conocidas y determinadas, no era *Derecho objetivo*. Pero no ha dejado sin efecto, en cambio, la posterior Instrucción de 5 de octubre de 2010, dictada cuando ya había surgido el conflicto interpersonal que dio lugar a aquella Resolución de 2009. Esta instrucción sí es *Derecho objetivo* y, aunque la exclusión del reconocimiento de meras certificaciones es contraria a las determinaciones contenidas ahora en la NLRC de 2011,⁷⁰ es indudable que constituye un referente jurídico acerca de los requisitos de inscripción en el Registro Civil de una certificación registral extranjera. La Instrucción de 2010 no hace ninguna referencia a un correctivo de orden público internacional, en referencia a las certificaciones extranjeras que no traigan causa de una resolución extranjera. Solución sorprendente, que en todo caso no impide que el orden público internacional español despliegue su fuerza excluyente del reconocimiento. En todo caso, las soluciones contenidas en la Instrucción que deban considerarse subsistentes al día de la fecha, cuando todavía no ha entrado en vigor la NLRC,⁷¹

⁷⁰ Como no podía ser de otro modo, la Ley 20/2011 de 2 de julio no hace ninguna referencia a la maternidad subrogada. Las disposiciones que se dedican a la inscripción del nacimiento, como hecho, y la filiación, como relación jurídica perteneciente al arco de las menciones de la identidad, quedan embebidas, no contienen ningún material jurídico sustantivo, y ello mismo debe sorprendernos. Una ley registral no es el enclave apropiado para definir lo que sea o no el orden público internacional, máxime cuando confiesa desde el primero de sus artículos la modesta pretensión de servir de instrumento probatorio para unas realidades extrarregistrales que son susceptibles de prueba por otros medios.

Lo que sí incorpora la nueva ley registral (en adelante, NLRC) es una regulación del traslado de las inscripciones registrales practicada en registros extranjeros que aparece presidida por las siguientes pautas fundamentales:

1ª. Toda inscripción practicada en un registro extranjero que sea mero reflejo de una decisión del Estado del foro, sólo puede ser trasvasada a nuestro registro español cumpliendo inexorablemente las exigencias propias del reconocimiento de esa decisión.

2ª. Prioridad del Derecho comunitario y del Derecho convencional sobre las disposiciones de la propia Ley registral.

⁷¹ La Disposición adicional decimonovena del Real Decreto-ley 8/2014, de 4 de julio, de aprobación de medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y la eficiencia dispone que "La Ley 20/2011, de 21 de julio, en la parte que al día de la publicación de este Real Decreto-ley no hubiera entrado en vigor, lo hará el día 15 de julio de 2015."

no son compatibles con la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014, que los jueces vienen obligados a considerar en el estudio de los casos que ante los mismos se plantean, pero que no están obligados a acatar como una verdadera *doctrina jurisprudencial*.

VIII. El fraude de ley y la búsqueda, por los padres comitentes, del foro de conveniencia

26. Aunque el Tribunal Supremo elude referirse en términos explícitos a un posible fraude a la ley española por parte de los recurrentes, sí hace consideraciones de las que se desprende un juicio de valor acerca de la intención de los mismos de eludir la aplicación de la ley material imperativa española (art. 10 de la LTRA) en cuanto reputa *nulo* el contrato de maternidad subrogada.

“... 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).”

¿Constituye fraude de ley, para los padres comitentes, la suscripción, asunción y ejecución, fuera de España, de las estipulaciones propias de un contrato de maternidad subrogada?

El Art. 12.4 del Código Civil dispone que “Se considerará como fraude de ley la utilización de una norma de conflicto con el fin de eludir una ley imperativa española.”

Aunque la doctrina científica no suele reconocer un papel destacado al fraude de ley en el campo del Derecho Internacional Privado, ni en España ni en el extranjero, principalmente por conducir en el plano finalístico a unas consecuencias parejas a las del correctivo de orden público internacional,⁷² el Tribunal Supremo ha utilizado la dialéctica del fraude en el terreno del reconocimiento de decisiones extranjeras, para efectuar un control de competencia de las mismas, cuando las partes han salido de su propio suelo buscando un foro de conveniencia.⁷³

Es fácil llegar a pensar que quienes viajan a un Estado cuyo Derecho permite fijar la filiación en base a una composición entre padres comitentes y madre portante o gestante, están sustrayéndose, sencillamente, a una norma imperativa del ordenamiento jurídico, de manera que su comportamiento tendría encaje tanto en el citado art. 12.4 como en la figura genérica del fraude de ley del art. 6.4 del Código Civil.

Sin embargo, aunque es patente que los sujetos imposibilitados de procrear marchan al extranjero para hacer allí lo que les prohíbe el Derecho del Estado de procedencia –España en este caso– sus motivaciones últimas merecen una reflexión acerca de los exactos motivos que les determinan a desplazarse. El más evidente es el de que, en España, no encontrarían una mujer dispuesta desde el momento de la concepción a renunciar a la maternidad, por consideraciones derivadas del propio art. 10 de la LTRA, y de las ingenuas y limitadas alternativas al aborto que proporciona la Ley Orgánica 2/2010 de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo. (Cfr. arts. 14 y 17). Otro, quizás menos visible, puede ser el de la mejor calidad de los servicios sanitarios asociados a las técnicas de reproducción asistida que hayan de emplearse en el caso concreto según la particulares circunstancias del sujeto o sujetos comitentes, o acaso el inferior coste de tales servicios.

⁷² A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, ob. cit., Vol. I., pp. 345 y 346.

⁷³ Autos del Tribunal Supremo de 7 de abril de 1998, 27 de octubre de 1998, 23 de marzo de 1999, 30 de marzo de 1999, 21 de septiembre de 2000, 17 de octubre de 2006, 19 de junio de 2007, entre otros. Cfr. J.C. FERNÁNDEZ ROZAS y S. SÁNCHEZ LORENZO, *Derecho Internacional Privado* Cívitas & Thomson Reuters, 6ª edición, p. 239; S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, “Efectos en España de la gestación por sustitución llevada a cabo en el extranjero”, ob. cit., pp. 351 y 364.

En un muy último plano puede explicarse la migración con fines reproductivos, pero no justificarse racionalmente, por el temor de sufrir en España una incriminación *ex art. 220.2 del Código Penal*,⁷⁴ por el deseo de aparentar ante los familiares o a los miembros de una colectividad social una situación de normalidad reproductiva, o el propósito, más que razonable, de alejar del hijo venidero las fuentes de la verdad acerca de su origen; lo que incluye la busca de la madre biológica más alejada posible, geográficamente, del punto en el que se desarrollará la vida de dicho hijo.⁷⁵

Las motivaciones posibles son demasiado numerosas como para que deba presumirse una finalidad de fraude en el sujeto o sujetos que cruzan nuestras fronteras para procrear en el extranjero a través de los mecanismos de la maternidad subrogada.

El hecho de que los sujetos con residencia en nuestro país se desplacen al extranjero para aprovechar las técnicas de reproducción asistida y suscribir un contrato de maternidad subrogada, no es equivalente a un *forum shopping for law shopping*, cuando existen conexiones objetivas con el Estado de recepción, en el que normalmente coincidirán la *residencia de la madre gestante*, su *nacionalidad*, y el *nacimiento* en ese mismo suelo estatal del niño nacido de tales técnicas.

27. En todo caso, la técnica del *fraude de ley*, nacido y desarrollado históricamente en el extenso campo del Derecho civil patrimonial, no debe erigirse en el sistema de indagación de soluciones apropiadas para la identificación del interés superior del menor. La concreción de la situación jurídica familiar que se corresponda con ese interés superior debe seguir una metodología abierta en base al modelo de los tres criterios de filiación que señalaba la profesora *Campiglio*: el *criterio gestativo*, el *criterio genético* y el *criterio social*.⁷⁶

No son pocos los Estados cuyos tribunales consideran que el interés superior del menor debe colocarse por encima de cualquier otra consideración acerca de la ilicitud del contrato de maternidad subrogada celebrado en el extranjero.

Y, finalmente, pero en conexión con ese relevantísimo criterio social que el propio Tribunal Supremo reconoce está presente en la ordenación jurídica española de los vínculos de filiación, no se puede obviar que, en cualquier razonamiento que ligue el fraude de ley a la imposibilidad de inscribir la filiación fraudulentamente constituida –pero según un modelo válido en el lugar de constitución– se encuentra la semilla injusta de castigar al hijo por los pecados de los padres. Y esa posibilidad no sólo viene terminantemente excluida en el art. 2 de la Convención de Nueva York sobre los derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989,⁷⁷ sino que también nos ha advertido contra ella el Tribunal Constitucional al resolver sobre la inconstitucionalidad del art. 133 del Código Civil.⁷⁸

⁷⁴ Nótese que el delito del art. 220.2 del Código Penal sólo expresa una conducta punible para el que da al niño, no para el que lo recibe. Cfr. Auto de la Audiencia Provincial de Cáceres, Sección 2ª, de 26 de marzo de 2007, dictado en los autos de apelación núm. 160/2007: “...no concurre el delito del art. 221.2 del Código Penal. Si este Tribunal entiende que el delito del art. 220 sólo sanciona como sujeto activo del delito a quien entrega al menor, pero no a quien lo recibe, y a ello añadimos que la madre, también imputada en este procedimiento, su filiación en absoluto quedó alterada, ya que la menor figura inscrita como hija de la misma, sin que conste alteración ni modificación alguna, volvemos a encontramos ante una situación atípica con respecto a estos imputados, a juicio de este Tribunal.” (Fundamento de Derecho 3º) de 26

⁷⁵ Está fuera de toda duda que, si en algún momento se aborda por el legislador español la regulación, con todo el control que se quiera, de la maternidad por sustitución, los hijos nacidos de tales prácticas tendrán reconocido el derecho de conocer sus orígenes, con igual alcance que el que se reconoce a los adoptados en resolución firme. (art. 180.5 del Código Civil)

⁷⁶ Cfr. A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, 13ª edición, Vol. II., p. 301.

⁷⁷ A tenor del art. 2.2 de la Convención, “ Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para garantizar que el niño se vea protegido contra toda forma de discriminación o castigo por causa de..... las actividadesde sus padres, o sus tutores o de sus familiares.”

⁷⁸ Cfr. Sentencia del Tribunal Constitucional núms. 14/1990 de 15 de noviembre y 273/2005 de 27 de octubre, señalándose en esta última que las previsiones contenidas en el art. 39 de la CE “...obedecen precisamente, y entre otros motivos, al hecho de que su filiación y su condición de habidos dentro o fuera del matrimonio es el resultado de circunstancias ajenas a los mismos...”

IX. Crítica a la doctrina del Tribunal Supremo

28. El examen de las razones incorporadas a la fundamentación de la Sentencia, por el Tribunal Supremo, revela una cierta ingenuidad en relación con los planteamientos económicos relativos a la diferente posición de las partes en el contrato de maternidad por sustitución. Si bien es cierto que los comitentes suelen disponer de cierto respaldo económico, que les permita costear las prácticas propias de la reproducción asistida y mantener una continuada supervisión de la madre gestante durante todo el proceso de embarazo, ello no significa que el consentimiento de esta última aparezca condicionado siempre, ni en la mayor parte de los casos, por una situación económica paupérrima.

Las razones aducidas por el Tribunal Supremo no han ido más allá del arsenal argumental de motivos éticos —absolutamente respetables desde cualquier óptica de un Estado de Derecho— expuestos en el año 1986 en el Informe Palacios que se recabó por el Congreso de los Diputados para adoptar criterios que debieran llevarse a la que sería nuestra primera Ley de Técnicas de Reproducción Asistida, la ya derogada Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre Técnicas de Reproducción Asistida.

En efecto, en el Informe Palacios se concluía que la gestación por sustitución debía ser rechazada, en parte por las dificultades jurídico—empíricas de su regulación y de su ulterior operatividad en el marco de la sociedad española;⁷⁹ pero también por razones éticas, que son, sencillamente, las que con una dicción adaptada a la literatura jurídica de los últimos años, hemos leído en los Fundamentos jurídicos de la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014:

“...al considerar que hay una unidad de valor en la maternidad que en ella no se respeta y que crea una distorsión deshumanizadora. También, porque puede constituirse en una nueva forma de manipulación del cuerpo femenino (a la que la situación desfavorable de la mujer en el mercado puede contribuir), un abuso y una comercialización, a todas luces condenables y punibles...”⁸⁰

⁷⁹ Recomendaciones de la Comisión Palacios. Informe de la Comisión Especial de Estudio de la Fecundación in Vitro y la Inseminación Artificial Humana (aprobado en el Pleno del Congreso de los Diputados en su sesión del día 10 de abril de 1986).

“Hay en la gestación de sustitución —se afirmaba en el informe— cuestiones de gran trascendencia a considerar, que pueden ser fuente de conflictos de intereses y desencadenantes de graves problemas entre la pareja estéril solicitante, la mujer sustituta o portadora, y el hijo, que en algunos casos pueden repugnar a su aceptación ética y en otros derivarían en interrogantes de carácter legal sin duda de difícil interpretación:

— Si la mujer portadora está casada o forma pareja estable, debiendo contar con el consentimiento del varón.

10 Informe de la Comisión Especial de Estudio de la Fecundación in Vitro.

— Si la mujer gestante contrae una grave enfermedad por efectos del embarazo, de carácter crónico, que pueda afectarla toda su vida.

— Si la mujer gestante contrae una enfermedad que puede producir graves anomalías al feto, por ejemplo, de tipo vírico, y la pareja estéril solicitante pide la interrupción del embarazo.

— Si se invierte el caso anterior y es la mujer estéril quien realiza o pretende realizar el aborto.

— Si la pareja solicitante se divorcia, o muere uno de los miembros o los dos, durante el embarazo.

— Si el hijo nace con malformaciones o anomalías y no es aceptado por la pareja estéril.

— Si la mujer embarazada no renuncia a la maternidad y desea que el hijo sea plena y legalmente suyo.

— Si existieran conflictos derivados de una comercialización descubierta por la crisis originada.

— Si la mujer gestante cede al hijo y ello le produce daños psicológicos de importancia.

— Si hubiere otras personas (la donante de óvulos, por ejemplo) con intenciones pleitistas, etc.”

— Si el hijo reivindica su origen genético y obstetricia”

⁸⁰ Años después, y hasta muy poco antes de promulgarse la vigente Ley 14/2006, el principal responsable de este Informe, el Profesor Palacios Alonso, seguía postulando la necesidad de mantener la prohibición del art. 10 de la primitiva Ley 35/1988, con los mismos argumentos: “En el Informe que me fue encomendado hacer por la Comisión Especial de Estudio del Congreso de los Diputados que presidí, se dan argumentos —admitidos general-mente, con alguna excepción— contra la aceptación y la validez del contrato de gestación de sustitución, en especial por el rechazo a la prevalencia intelectual o económica que puedan inducir la decisión de una mujer a tal gestación, los posibles daños que puedan afectar a su salud o a la de la descendencia, o el cambio de criterio sobre la decisión tomada, decidiendo finalmente retener para sí al hijo (por diversas razones, entre otras y fundamentalmente, por la vivenciación del hijo en las entrañas —el “amor entrañable” de la madre— durante los nueve meses). Sin duda, la gestación de sustitución puede ser fuente de mercado, abuso o degradación de la mujer utilizada como gestante/máquina/incubadora...” M. PALACIOS ALONSO, “Ley Sobre Técnicas de Reproducción Asistida (35/88): de 1988 a 2005”, en *Estudios jurídico penales sobre genética y biomedicina, Libro homenaje al Prof. Dr. Ferrando Montovani*, VV.AA. (Coord.: I. Benítez, L. Morillas, J. Peris), Dykinson, Madrid, 2005 p. 20.

29. Las consideraciones que contiene la Sentencia del Tribunal Supremo en relación con el *mercantilismo* no pueden descartar la procedencia de inscribir en el Registro Civil español una filiación derivada de la maternidad por sustitución, cuando no haya mediado retribución, recompensa, promesa, ni siquiera reembolso de gastos, entre los padres comitentes y la madre portante o gestante; como tampoco revelan consideraciones que impidan, cara al futuro, al legislador, optar por un sistema en el que se subordina el contrato de maternidad subrogada a la gratuidad de la prestación de una madre gestante que, al entregarse a otros sin compensación económica, nada perdería de su dignidad humana, resultando ésta, por el contrario, realzada a niveles épicos. Y ello sin perder de vista la posibilidad de optar por un sistema que, sin ser remuneratorio, pueda considerarse meramente retributivo de gastos o indemnizatorio de daños personales de la mujer gestante.⁸¹

En suma, el Tribunal Supremo no ha tenido en cuenta las voces de la doctrina que, aunque todavía dividida, reclaman un debate que la Sentencia comentada parece dar por cerrado. Tan cerrado, que no sólo ha puesto coto a las valiosas enseñanzas que contenía aquella Resolución de la DGRN de 18 de febrero de 2009, sino que además ha ignorado la postura todavía abierta a un orden público multicultural, que se mantiene en la Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 5 de octubre de 2010.⁸²

30. Poco respeto ha mostrado el Tribunal Supremo en su fundamentación jurídica a las enseñanzas del Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea acerca de la existencia de un derecho de todo niño-ciudadano-de-la-Unión a mantener *una misma y única identidad y un mismo y único estado civil en el territorio de la Unión*.

Sin duda el efecto directo del art. 21 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) tiene que tener el significado de que los particulares pueden invocar su aplicación y esgrimirlo en cualquier proceso matrimonial y ante cualesquiera autoridades competentes para conocer del mismo, jurisdiccionales o no.

Ahora bien, nos equivocáramos si afirmáramos que el art. 21 del TFUE soluciona todos los problemas relativos a esa *identidad* y a ese *estado civil únicos* del niño venidero, fruto de las prácticas de la maternidad subrogada. El art. 21 sólo se refiere al derecho a la libertad de circulación y de establecimiento de los *ciudadanos europeos*. Así, en el plano de los resultados, la recta aplicación por los jueces europeos de dicha norma supranacional no nos separa demasiado de las consecuencias de un *orden público de proximidad*, pues en realidad lo que se está haciendo es imponer la primacía de la solución comunitaria sólo cuando la situación privada internacional mantiene una conexión con la Unión Europea, por razón de la condición personal de una de las partes.

31. Se echa en falta, en la fundamentación jurídica del Supremo, una valoración a nivel constitucional de los *derechos fundamentales* que se encuentran juego. Por una parte, colocados hipotéticamente del lado de sustentar la nulidad del contrato de maternidad subrogada, tendríamos que saber hasta

⁸¹ En este sentido, el Informe Preliminar de la Conferencia de Derecho Internacional Privado de La Haya nos trae un ejemplo llamativo que nos brinda el Derecho comparado: “Israel stands as an exception because its legislation authorises the committee which pre-approves surrogacy arrangements to allow monthly “compensation payments” to the surrogate for “pain and suffering”, as well as reimbursement for her expenses. The Act does not require such compensation and specifies no minimum or maximum payments, leaving it to the discretion of the parties and, ultimately, the committee.” (Apartado 18 del Informe Preliminar)

⁸² Con todo, no es inoportuno poner de manifiesto en este tramo final del trabajo que la Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010 estaba de todas maneras destinada a perder parte de su efectividad con la entrada en vigor, el 22 de julio de 2014, de la Ley 20/2011 de 21 de julio, del Registro Civil, en cuyo artículo 98 se establecen los presupuestos en virtud de los cuales una certificación registral del Registro extranjero que no constituya “mero reflejo registral de una resolución judicial previa”, puede acceder al Registro Civil español. En dicho precepto no se establece ninguna excepción relativa a la maternidad subrogada ni, por extensión, a las inscripciones de filiación, por lo que, en esa fecha, la previsión de la Instrucción de 2010 de que sólo en virtud de *resolución judicial firme extranjera* puede inscribirse una filiación derivada de la maternidad por sustitución, devendría ineficaz por meras consideraciones de jerarquía normativa. Vid. la crítica que los profesores Calvo Caravaca y Carrascosa dirigen a esta Instrucción en su *Derecho Internacional Privado*, ob. cit., Vol. II., pp. 304-306. Vid. M.V. JIMÉNEZ MARTÍNEZ, “La inscripción de la filiación derivada de la gestación por sustitución. Problemas actuales”, en *Anuario Facultad de Derecho* – Universidad de Alcalá V, 2012, pp. 365-381.

qué punto y con qué alcance vinculante para los jueces españoles, podemos invocar ante la jurisdicción, en orden a traer a primer plano la dignidad y derechos fundamentales de la madre portante/gestante y del propio niño, la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, adoptada y abierta a la firma y ratificación, o adhesión, por la Asamblea General en su resolución 34/180, de 18 de diciembre de 1979, el Protocolo de las Naciones Unidas para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, Especialmente Mujeres y Niños –más conocido como Protocolo contra la trata de personas– adoptado en Palermo el 15 de diciembre de 2000, o la Convención de Nueva York sobre los derechos del niño, de 20 de noviembre de 1989.

Pero, por otra parte, también se ha omitido, situados en el plano argumental opuesto, cualquier consideración referente a un posible *derecho fundamental a la procreación*, derecho que, ciertamente, no ha encontrado reconocimiento en nuestra Constitución,⁸³ ni en nuestra legislación ordinaria;⁸⁴ pero del que sí halló acogida en la Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de octubre de 2000, en la que, con ocasión de valorar el daño producido en la esfera jurídica personal del demandante, derivada de por una intervención de vasectomía, se valoraba el derecho de dicho demandante a procrear.

Pero en la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014 no aparece ninguna consideración relativa a tal derecho, aún cuando el estado de la jurisprudencia patria e internacional reclamaba alguna apreciación del Alto Tribunal a este respecto, aun cuando se concluyese, como era de esperar, que el derecho a la procreación tampoco es, como tantos otros, un derecho subjetivo absoluto, estando sujeto a límites que deberían ser adecuadamente trazados.⁸⁵

En realidad la propia LTRA parte de la base de la existencia de un derecho a la procreación, que tiene unos límites definibles por el Estado, si bien los contornos no aparecen claramente señalados en la propia Ley. Si fuera posible sostener que la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea consagra en su artículo 9 un verdadero derecho fundamental, sería necesario asumir que, desde luego, está subordinado a los dictados de la Ley, pues la propia norma reconoce el derecho de fundar una familia “...según las leyes nacionales que regulen su ejercicio.”

X. El mito de la verdad biológica y las posibilidades de la “filiación intencional”

32. El hecho de que la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014 se haya limitado a mencionar la *dignidad* como fundamento de su aseveración de que el art. 10 de la LTRA pertenece al bloque del orden público internacional, suscita la duda de si existen otras previsiones constitucionales con relevancia en esta materia.

El artículo 39.2 de la CE dispone que “Los poderes públicos aseguran... la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación, y de las madres, cualquiera que sea su estado civil.” añadiendo que “La ley posibilitará la investigación de la paternidad”.

El apartado 4 del propio precepto constitucional establece que “Los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos.”

⁸³ Aunque algunos han llegado a afirmar que existe un verdadero derecho a la reproducción que sería inherente a la dignidad humana y al derecho al libre desarrollo de la personalidad (art. 10 CE) y además interesado en los valores fundamentales del ordenamiento jurídico (art. 1 de la CE) y en distintos derechos fundamentales: el derecho a la vida, general a la libertad, y el derecho a la intimidad personal y familiar. Cfr. E. ROCA TRÍAS, “Derechos de reproducción y eugenesia”, en *Biotecnología y Derecho. Perspectivas en Derecho comparado*, Bilbao–Granada, 1998, p. 127.

⁸⁴ Aunque la Ley Orgánica 2/2010 de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, dispone en su art. 3.2 que “Se reconoce el derecho a la maternidad libremente decidida”, tal declaración no constituye una proclamación del derecho a la paternidad, pues tiene un alcance conceptual limitado dentro del campo aplicativo de dicha Ley Orgánica.

⁸⁵ Cfr. I.F. BENÍTEZ ORTÚZAR, “Aspectos jurídico–penales de la reproducción asistida y la manipulación genética humana”, Madrid, 1997, p. 190; B. SOUTO GALVÁN, “Aproximación al estudio de la gestación de sustitución desde la perspectiva del bio-derecho”, ob. cit., pp. 285 y siguientes.

Aunque la verdad biológica debe imponernos un saludable respeto, dados los términos del art. 39 de la Constitución, sí puede decirse que hoy, en el Derecho español de la filiación, el *favor filiationis* ocupa un lugar destacado, aunque no preeminente, junto al *favor veritatis*.⁸⁶

El tripe criterio que avanzara la profesora *Campiglio*, –genético, gestativo e *intencional* o *social*– puede justificar que podamos defender que, junto a la verdad genética y a la realidad maternal de la gestación, debe reconocerse la virtualidad de un contrato, y por lo tanto de la *voluntad de ser padre*, a los mismos efectos constitutivos de la relación paterno–filial.⁸⁷

¿Existe algún obstáculo derivado de la propia CE que, al margen de la proclamación de la *dig-nidad del ser humano*, presente en el art. 10, impida atribuir un valor jurídico constitutivo de la filiación a la declaración de voluntad de las partes?

A estas alturas de la andadura de Tribunal Constitucional, se nos ha enseñado lo suficiente para saber que la CE contiene unas reglas de juego mínimas que no se pueden sobrepasar, pero que es, en gran medida un *continente de libertad* y no necesariamente un *contenido de límites*; de manera que el legislador conserva un extenso margen de libertad para articular el ejercicio de los derechos reconocidos y de las libertades consagradas en el texto constitucional.

Por tal razón, es posible aventurar que, si en algún momento se cuestionara ante el Tribunal Constitucional la posible conformidad con la Carta Magna del art. 10.1 y 2 de la LTRA, se nos respondería que el legislador es libre para configurar los criterios de constitución de la filiación, y por ende, el concepto de “hijo”, de “padre y de “madre”, necesitados de protección en cada caso, sin romper el restringido contenido esencial de las previsiones contenidas en los arts. 32 y 39.

Ciertamente, la CE mantiene para el legislador un ámbito de libertad y de soberanía que deja en sus manos muchas opciones para regular la convivencia, y también para configurar el orden público internacional español en unos términos acordes con los valores y principios fundamentales proclamados en aquella.

Y además, no deberíamos olvidar que, como nos recuerda el profesor *Álvarez González*, el que una conducta o un resultado no se oponga al orden público internacional español, no significa que no puedan estar prohibidos por la ley.⁸⁸

XI. Modelos de regulación en el Derecho comparado

33. A tenor del Informe Preliminar de la Conferencia de Derecho Internacional Privado de La Haya acerca de la maternidad subrogada, en los Estados en los que se establece la invalidez del contrato de maternidad por sustitución, así como en aquellos otros en los que no está autorizada ni tampoco expresamente permitida, el estatuto jurídico de los niños nacidos de las declaraciones de voluntad propias de la maternidad subrogada se rige por disposiciones generales acerca de la filiación, algunas tan antiguas como el primer Código Civil de cada Estado que siguiera la inspiración napoleónica del Código francés de 1804; textos manifiestamente inadecuados, pues estaban muy lejos de vislumbrar las posibilidades que hoy nos brinda la ciencia y de los intereses públicos que sólo después de *Cicu* se han ligado conscientemente a las cuestiones de estado civil.⁸⁹

⁸⁶ Durán Ayago se atreve a dar un paso más. Según esta autora, “Puede decirse que se ha derogado el *favor veritatis* en nombre del *favor filiationis*, lo que implica también que se hayan superado los tradicionales tipos de filiación. A la filiación natural y a la adoptiva, se ha incorporado la filiación intencional que es el concepto en el que se enmarcaría la filiación habida a través de gestación por sustitución y el concepto en el que se encuadra, en el caso de matrimonios entre mujeres, la filiación a favor de la cónyuge de la mujer que se somete a un embarazo a través de reproducción asistida (art. 7.3º Ley 14/2006)” Cfr. 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”, en *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, Tomo XII, 2010, pp. 274 y 275.

⁸⁷ C. CAMPIGLIO, “Lo stato di figlio nato da contratto internazionale di maternità”, ob. cit., pp. 593 y 598.

⁸⁸ Cfr. S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, “Efectos en España de la gestación por sustitución llevada a cabo en el extranjero”, ob. cit., p. 363.

⁸⁹ “...it can tentatively be stated that there may be the beginnings of a “trend” in judicial approach in some of these States to try to facilitate establishment of the legal parentage of a genetically-related intending mother. The unenforceability of the con-

En el derecho comparado, encontramos que la mayoría de los países europeos de nuestro entorno, prohíben la maternidad subrogada: Alemania,⁹⁰ Austria⁹¹, Francia⁹² e Italia,⁹³ e incluso fuera de la Unión Europea, debe mencionarse el caso ejemplar de Suiza.⁹⁴

Dentro de este grupo de países cuyo derecho no reconoce efectos al contrato de maternidad subrogada, merecen especial mención algunos de ellos que han dado un paso más en contra de la figura: pretenden excluir también la eficacia, dentro de su territorio, de los contratos de maternidad celebrados fuera del suelo de su soberanía, reputando la filiación obtenida por vía de contratación contraria al orden público internacional de tales Estados.

La *Cour de Cassation* francesa consagró como doctrina propia, al conocer del célebre asunto *Mennesson*, la afirmación solemne de que, de acuerdo con la legislación francesa en vigor, los acuerdos de maternidad por subrogación violan un principio fundamental del Derecho francés: el estado civil es inalienable. De conformidad con este principio, no se pueden establecer excepciones a la ley de la paternidad mediante un mero contrato (arts. 16-7 y 16-9 del Código Civil).⁹⁵

Y es también el caso de España, tras la reciente Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014.

En cambio, otros ordenamientos reconocen al contrato de maternidad subrogada efectos generadores de vínculo de filiación, siguiendo técnicas distintas: En el Derecho griego existe una presunción de maternidad a favor de la madre comitente que obtuvo autorización judicial para acceder a la maternidad subrogada, previa acreditación de los requisitos legales.⁹⁶

Israel cuenta desde la promulgación de la Ley 5746 de 1996 con uno de los sistemas más avanzados en materia de maternidad subrogada, si bien utiliza los mecanismos propios de la adopción, bajo la supervisión de un Comité gubernamental que debe constatar que el acuerdo de maternidad subrogada

tract, however, also means that the intending parent(s) must often rely on the continuing consent of the legal, surrogate mother in order to secure their parental rights. In some of these States, legislation concerning surrogacy is currently being considered.” (*Preliminary report on the issues arising from international surrogacy arrangements*. Doc. N° 10, Marzo de 2012.

⁹⁰ En Alemania, el artículo 1, párr. 7 de la Ley Federal sobre la protección del embrión, de 13 de diciembre de 1990 (*Embryonenschutzgesetz*, *EschG*) dispone que el embrión ha de ser implantado en el vientre de la mujer de la que se ha obtenido el óvulo. El contrato de maternidad subrogada sería contrario a las buenas costumbres y al orden público (artículo 138 BGB).

⁹¹ La prohibición de la maternidad subrogada en Austria, está consagrada en la Ley de 1 de julio de 1992 sobre medicina reproductiva.

⁹² En Francia se aplica la Ley N° 94-653 de 29 de julio de 1994 relativa al respeto del cuerpo humano, que ha agregado el art. 16-7 al Código Civil: “Es nulo todo convenio relativo a la procreación o a la gestación por cuenta de otro”. Recientemente tres sentencias de la Corte de Casación de Francia del 7 de abril de 2011 establecieron que los acuerdos internacionales de subrogación violan el orden público francés. En todos los casos de filiación por maternidad contratada llevados a los tribunales galos, el niño o los niños nacieron en un *State* de Estados Unidos, donde la práctica es legal.

⁹³ Para Italia existe una Ley N° 40 de 19 de febrero de 2004 sobre procreación médica asistida, norma que no aborda directamente la cuestión, pero que, al ser interpretada por los tribunales a la luz de la Constitución italiana, ha servido de base para la formación de un cuerpo de doctrina judicial según el cual la maternidad por contrato es contraria a la dignidad humana, de la persona y a la preceptiva, considerada de orden público, que rechaza la idea de patrimonialidad del cuerpo humano y la posibilidad de considerar a la persona misma como *res intra commercium*.

⁹⁴ En Suiza, la maternidad subrogada se considera prohibida en todas sus modalidades por el artículo 119.2, d) de la Constitución Federal y por el artículo 4 de la Ley Federal sobre Procreación Médica Asistida de 1989, reformada en 2006; declarándose en el art.20 del Código de Obligaciones que el contrato de maternidad subrogada es nulo y los tribunales artículo 20 Código de obligaciones) y es considerado contrario al orden público internacional (Artículo 27 LFSDIP).

⁹⁵ Sentencia de la *Cour de Cassation* n° 370 de 6 de abril de 2011, cuyo texto puede leerse en la web del propio Tribunal Supremo francés, www.courdecassation.fr/. Sobre los antecedentes y detalles de este caso, Cfr. S. ALVAREZ GONZÁLEZ, “Efectos en España de la gestación por sustitución llevada a cabo en el extranjero”, en *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, 2010, pp. 343–345.

⁹⁶ En Grecia, la ley N° 3089/2002 sobre la Asistencia Médica a la Reproducción Humana modificó el Código Civil que actualmente recoge los principios rectores de la constitución del vínculo filial a través de la maternidad por sustitución, en los siguientes términos:

El art. 1458 del Código Civil griego dispone que “La transferencia de embriones en el cuerpo de otra mujer, extraños a ésta, y la gestación por ella, son permitidos mediante autorización judicial acordada antes de la transferencia si existe un acuerdo escrito y sin contrapartida, entre las personas que deseen tener un hijo y la mujer que lo gestará, así como su cónyuge, cuando ella sea casada. La autorización judicial se acordará luego del pedido de la mujer que desee tener un hijo, si se comprueba que la gestación le es médicamente imposible y que la mujer que se preste a la gestación es apta teniendo en cuenta su estado de salud.”

cumple los requisitos sustanciales y que las partes cumplen las exigencias de capacidad e idoneidad establecidas en esa normativa.

Una solución aún más sencilla, puesto que prescinde de la resolución judicial, es la prevista en Bélgica, que desde el año 2007 permite establecer la filiación a favor de la madre comitente a partir de un sistema mixto basado en el reconocimiento corroborado por la posesión de estado.

La Federación Rusa dispone en el art. 51.4 del Código de Familia que los cónyuges que hayan prestado consentimiento por escrito para la implantación del embrión en el útero de otra mujer, para su gestación y alumbramiento final, sólo serán inscritos como padres del nacido si lo consintiese expresamente la madre gestante.

En Brasil, la resolución número 1957, de 15 de diciembre de 2010 del Consejo Federal de Medicina (CFM) establece que “Las clínicas, centros o servicios de reproducción humana podrán crear una situación de gestación de sustitución, cuando se constate un problema médico que impida o contraíndique la gestación por parte de la portadora del material genético. En estos casos, la madre sustituta deberá pertenecer a la familia de la madre biológica, en una relación de parentesco hasta el segundo grado; los demás casos estarán sujetos a la autorización del Consejo Regional de Medicina. El alquiler temporal de vientre no podrá tener carácter lucrativo o comercial”.⁹⁷(Tania, p. 16.)

En Estados Unidos, donde no existe una ley federal sobre la maternidad por sustitución, reina la variedad: la mayor parte de los Estados no han acometido regulación alguna y el reconocimiento de efectos a la maternidad por contrato se admite o se prohíbe por vía jurisprudencial. No obstante, la prohibición tiene revestimiento de ley en los Estados de Kentucky, Indiana, Louisiana y Nebraska, llegando otros –Nueva York, Michigan, Washington– a perseguir como delito la gestación por sustitución de carácter oneroso.

En California se admite desde 1993, fecha en que se dictó por la Corte Suprema de California la Sentencia de 20 de mayo de 1993, en el célebre caso *Johnson vs. Calvert*,⁹⁸ disponiendo que el contrato

⁹⁷ T. VÁZQUEZ MUIÑA, “La inscripción en el Registro Civil Español de los hijos nacidos en el extranjero mediante gestación por sustitución”, ob. cit. p. 16.

⁹⁸ En California todavía se recuerda los tintes trágicos del caso *Jhonson vs. Calvert*, resuelto por la suprema Corte de California en el año 1993. (Sup. Corte de California (EE.UU.), 20/05/93 *Johnson vs. Calvert*- 1993, WL 167739)

Mark y Crispina Calvert eran una pareja casada que deseaba tener un hijo. Ella tuvo que someterse a una histerectomía que no suprimió la capacidad ovárica de su sistema, por lo que la pareja, ante la imposibilidad de procrear a un niño por medios naturales, consideró la posibilidad de una madre sustituta. Los Calvert entraron en contrato en 1989 con Anna Johnson quien aceptó se le implantase un embrión que fuera fruto de la conjunción, por las técnicas de fertilización, del esperma de Mark y el huevo de Crispina. Anna Johnson se mostró dispuesta a renunciar a todos sus derechos como madre respecto del niño que pudiera nacer, el cual sería entregado a Mark y a Crispina Calvert como legítimos padres de la criatura que llevaría el material genético de los mismos. Como contraprestación, Mark y Crispina satisfacerían a la *madre portante* la suma de 10.000 \$ en cuotas, la última de las cuales le sería abonada a Anna seis semanas después del alumbramiento del niño. Las operaciones de reproducción asistida discurrieron con normalidad pero las relaciones entre los padres comitentes y la madre portante del embrión se deterioraron mucho antes de la fecha esperada de alumbramiento.

Mark supo de una forma casual que Anna había ocultado que en el pasado había sufrido varios abortos e incluso algún parto en el que el niño no había sobrevivido. Por su parte, Anna consideró que Mark y Crispina no habían hecho todo lo necesario para negociar en su favor la póliza de seguro sanitario y de daños personales, a cuya suscripción se habían comprometido; asimismo se sintió desamparada al sentir unos dolores prematuros de parto en junio de 1990. En julio de 1990, Anna envió a Mark y a Crispina una carta exigiendo que se le pagara el saldo de la suma que se le debía o, de lo contrario, se rehusaría a entregar el niño. Al mes siguiente, Mark y Crispina ejercitaron una acción para que se declarase judicialmente que ellos y sólo ellos ostentaban la paternidad del bebé que naciera de Anna Johnson.

Esta, por su parte, inició una acción para ser declarada madre del niño que naciera de su vientre. Ambos casos fueron acumulados. El niño nació el 19 de septiembre de 1990; las pruebas analíticas practicadas sobre el nacido y la madre portante excluyeron la posibilidad de que Anna Johnson fuera la madre genética. Las partes aceptaron una decisión provisional del Juez, en virtud de la cual el niño permanecería temporalmente con Mark y Crispina, con un régimen de visitas en favor de Anna.

Durante el juicio, en octubre de 1990, las partes convinieron en que Mark y Crispina eran los padres genéticos del niño. Luego de la audiencia de prueba y de los alegatos, el juez de primera instancia resolvió que Mark y Crispina eran el padre y la madre “genéticos, biológicos y naturales” y que, a pesar de los alegatos en contra de Anna Johnson, el contrato de maternidad por sustitución era válido y exigible. Finalmente el tribunal suprimió las medidas que hacían posible un régimen de visitas a favor de la madre portante. Anna Johnson interpuso recurso de apelación contra la decisión del Juez de Primera Instancia. La Cámara de Apelaciones para el Cuarto Distrito, Tercera División, confirmó la decisión del Juez de instancia y la Corte Suprema del Estado de California declaró no haber lugar al recurso planteado ante la misma, declarando ya de manera inatacable que el contrato de maternidad subrogada celebrado entre las partes no era contrario al orden público del *State* y que no

era vinculante para la madre portante/gestante y que los padres legales sean los comitentes. No obstante, se declaraba en esta Sentencia que, para establecer la filiación jurídica, era necesario estar a la existencia de una verdadera *intención de ser madre del niño*, en la mujer comitente, en el momento de la concepción

La jurisprudencia californiana ha ido pautando el encauzamiento jurídico-formal de la declaración de paternidad en interés de los padres comitentes, los cuales pueden obtener antes del alumbramiento una decisión judicial (*pre-birth judgement*) que les atribuye la condición de padres desde un momento anterior al alumbramiento del niño.⁹⁹ En el Derecho californiano, ni la madre portadora/gestante ni su pareja tienen derecho alguno ni responsabilidad parental alguna sobre el nacido, disponiéndose expresamente que el personal del establecimiento donde tenga lugar el parto debe consignar el nombre de los padres comitentes en la declaración de nacimiento. La legislación californiana dispone, además, que la madre subrogada ha de residir en California, no estableciendo ningún otro requisito relativo al domicilio de los comitentes.

Por su parte, la legislación india utiliza un procedimiento oblicuo y muy peculiar para otorgar efectos a la maternidad subrogada en los casos en que el comitente masculino ha aportado su material genético: a los niños nacidos de esta manera se les extiende un certificado de nacimiento en el que figura el nombre del padre comitente, suministrador del gameto masculino, inscribiéndose en el Registro local, en el lugar correspondiente al nombre de la madre, la fórmula de “madre subrogante” o “madre sin estado”. El certificado no reconoce la nacionalidad india al nacido por estos procedimientos, de manera que, si al nacido no se reconoce la nacionalidad del padre comitente, adquiere el *status* de “apátrida”.

En Ucrania, el Código de Familia establece en su art. 123.2 que si un embrión concebido por una pareja como resultado de la aplicación de técnicas de reproducción asistida, es transferido dentro del cuerpo de otra mujer, los padres del niño serán los integrantes de la pareja de comitentes.¹⁰⁰

XII. Lo que queda por hacer. La necesidad de un debate

34. La dosis de seguridad *jurídica*, indefectible, que nos deja la aseveración del Tribunal Supremo acerca de inviabilidad de cualquier inscripción en España de un niño nacido de operaciones de maternidad por sustitución, se combina con la frustración de la necesidad humana de procrear, aún por encima de las limitaciones impuestas por la naturaleza; necesidades a las que es necesario dar una respuesta.

El sabor agridulce que la Sentencia nos deja reclama un debate en profundidad sobre la naturaleza de la norma del art. 10 de la LTRA y sobre la necesidad de un cambio jurídico, con tránsito hacia posiciones abiertas, que comprendan, cuando menos, la maternidad subrogada a título gratuito; figura que, de admitirse, ni podría censurarse por encubrir rebaja alguna en la dignidad de la madre portante/gestante, ni tampoco por fomentar el comercio de lo *extra commercium*.

Pero, incluso si se opta por mantener la redacción de la norma, en ésta o en futuras leyes sobre técnicas de reproducción asistida, sería necesario esclarecer cuál sea exactamente la naturaleza de la norma del art. 10.2 de la Ley 14/2006 LTRA. Y no por el vicio que padecemos los juristas de especular sobre todo lo especulable, sino porque, según cuál sea su naturaleza, bien una *norma de policía* o bien una *ley interna perteneciente a orden público internacional*, las consecuencias tendrían que ser muy distintas en orden a mantener la viabilidad de un cauce de reconocimiento de certificaciones o de decisiones extranjeras.

En efecto, si mantenemos que el art. 10.2 no es más que una *ley o norma de policía*, entonces no se puede dudar de su carácter de norma de ámbito estrictamente territorial, sin que pueda extenderse a

existía ninguna razón para dar eficacia al cambio de criterio de Anna Johnson respecto al status, filiación y destino del niño que naciera de sus entrañas.

⁹⁹ *California Family Code*, Section 7633. Cfr. 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”, ob. cit., p. 279.

¹⁰⁰ Cfr. T. VÁZQUEZ MUIÑA, “La inscripción en el Registro Civil Español de los hijos nacidos en el extranjero mediante gestación por sustitución”, pp. 26 y 27.

la validez o nulidad de los contratos de maternidad por sustitución que se suscriban mas allá de nuestras fronteras. Así resulta de lo dispuesto en el art. 8 del característico, según el cual “Las leyes penales, las de policía y las de seguridad pública obligan a todos lo que se hallen en territorio español.”¹⁰¹

En cambio, si admitimos que aquella norma pertenece al campo del orden público internacional y que no puede ser modalizado en función del interés superior del menor, cual parece ser el pensamiento de cuantos jueces han expresado en sus resoluciones la voluntad del Estado español, entonces cualquier petición de reconocimiento de decisiones extranjeras o de traslación de actas registrales extranjeras a nuestras *tabulae*, se topará inexorablemente con las distintas normas que incorporan la excepción de orden público internacional, contenidas en los convenios internacionales ratificados por España o en el art. 954 de la LEC de 1881.

La primera de las opciones apuntadas significaría que el legislador español habría renunciado a asumir una posición en su normativa de producción interna, relativa la validez de los contratos de maternidad subrogada celebrados en el extranjero. ¿Por qué sería defendible este planteamiento? Es indudable que el debate acerca de la naturaleza del art. 10.2 de la LTRA debe girar en torno a las propias cuestiones éticas que el Tribunal Supremo ha abordado, quizás no con la suficiente profundidad, en su Sentencia de 6 de febrero de 2014 y sobre las que viene disputando la doctrina científica, civilista e internacionalista, desde hace décadas.

Si la maternidad subrogada constituye siempre y en todo caso una rebaja –incluso una renuncia– a la dignidad de la madre gestante que se niega como persona y como tal madre, entonces es palmario que las autoridades españolas deben descartar cualquier proyección de efectos sobre la sociedad España, de un tal contrato aunque se haya celebrado en el extranjero, aunque la integridad del consentimiento de la madre portante/gestante sea intachable, y aun cuando hubiese prestado su ser para el nacimiento del niño a título gratuito.

Y además, en este punto no se podría hacer uso de la figura del *orden público de proximidad*, para descartar el correctivo de orden público en los supuestos más alejados de la esfera española; pues esa dignidad supone el reconocimiento universal de la misma a toda persona que deduzca o frente a la cual se deduzcan pretensiones ante la jurisdicción española, según el claro tenor del muy olvidado art. 1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

A ese debate deben asistir todos los sectores de la sociedad, sin excluirse a quienes mantienen un pensamiento creacionista del mundo y de la vida y a quienes postulan la opinión, tan respetable como cualquier otra, de que el mandato divino de “Creced y multiplicaos” exige el ajuste de la procreación a los medios naturales. Ninguna voz debe ser silenciada en la deliberación colectiva de una materia en la que está implicada la propia capacidad del ser humano de dirigir su evolución.

35. Sin dejar de reconocer la abismal distinción entre la entrega a otros padres de un niño vivo para la constitución de un vínculo parental nuevo, y la donación de tejidos o células, actualmente, tras la entrada en vigor del Real Decreto-ley 9/2014, de 4 de julio, por el que se establecen las normas de calidad y seguridad para la donación, la obtención, la evaluación, el procesamiento, la preservación, el almacenamiento y la distribución de células y tejidos humanos y se aprueban las normas de coordinación y funcionamiento para su uso en humanos,¹⁰² puede decirse que disponemos de un marco jurídico

¹⁰¹ Los profesores Calvo–Caravaca y Carrascosa hacen notar que el art. 10 de la LTRA no contiene un indicador de aplicación espacial, por lo que no tiene una vocación intrínseca de ser aplicada en los casos internacionales. De donde derivan su conclusión de que, en los supuestos en que se adopte una *metodología conflictual*, de conformidad con lo dispuesto en el art. 9.4 del Código Civil, sólo se aplicará dicha norma cuando tal conexión nacionalidad nos remita al Derecho español. Cfr. A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, ob. cit., Vol. II., p. 306.

¹⁰² BOE núm. 163 de 5 de julio de 2014. La nueva normativa, que ha entrado en vigor en la misma fecha de su publicación en el BOE, según proclama su Disposición Final Cuarta, viene a trasponer a nuestro Derecho positivo la Directiva 2004/23/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, relativa al establecimiento de normas de calidad y de seguridad para la donación, la obtención, la evaluación, el procesamiento, la preservación, el almacenamiento y la distribución de células y tejidos humanos; la Directiva 2006/17/CE de la Comisión, de 8 de febrero de 2006, por la que se aplica la Directiva 2004/23/CE del Parlamento Europeo y del Consejo en lo relativo a determinados requisitos técnicos para la donación, la obtención y la evaluación de células y tejidos humanos; y la Directiva 2006/86/CE de la Comisión, de 24 de octubre de 2006, por la que se aplica la Directiva 2004/23/CE del Parlamento Europeo y del Consejo en lo que se refiere a los requisitos de trazabilidad, la notificación de las reacciones y los efectos adversos graves y determinados requisitos técnicos para la codificación, el procesamiento, la preservación, el almacenamiento y la distribución de células y tejidos humanos.

completo –en realidad ya iniciado con la ya lejana Ley de Trasplantes de Órganos de 1979– acerca del consentimiento informado y la prohibición de toda remuneración que debe presidir cualquier sacrificio de bienes y derechos personalísimos.

La nueva normativa contenida en el referido Real Decreto–Ley, tiene carácter supletorio respecto de las disposiciones de la Ley 14 de 2006 de Técnicas de Reproducción Humana Asistida (art. 1.4).

En su art. 3 se proclama el carácter voluntario y altruista de la donación de células y tejidos, sin que pueda percibirse contraprestación económica o remuneración alguna ni por el donante ni por cualquier otra persona física ni jurídica, sin perjuicio de la eventual “compensación” que los donantes vivos de células o tejidos puedan recibir de la institución responsable de la extracción, limitada, estrictamente, a cubrir los “gastos e inconvenientes” derivados de su obtención en concepto de dietas, restitución de ingresos económicos perdidos o similares. (art. 3.1 y 3).

El carácter “informado” del consentimiento se ha llevado al artículo 7, norma que, no concebida, naturalmente, para los supuestos de maternidad subrogada, no tiene el alcance garantista para los derechos y la seguridad jurídica de la madre alumbradora. Pero hay que decir que ese alcance sí fue determinado por la DGRN en la Instrucción de 10 de octubre de 2010 cuyos aspectos más criticables,¹⁰³ no nos pueden impedir juzgar que la delimitación de la extensión del consentimiento exigible a la mujer fue abordada con el mayor acierto.

XIII. Epílogo: el valor de una intención

I. En nuestra opinión, a pesar del respeto que debe inspirar cualquier consideración presente en la doctrina del Tribunal Supremo, guía iluminador y guardián de los principios fundamentales de nuestro Derecho privado, en este caso han quedado en mal lugar el interés superior de los menores y la *protección jurídica* que la CE (art. 39) manda dispensar en todo caso a los hijos, con independencia de su filiación.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014 engendra, desde los puntos de vista examinados, más enigmas que certezas. El fallo judicial no puede derogar una norma jurídica, sino sólo complementar el ordenamiento jurídico; así que, ¿Vamos a seguir tratando de obtener el reconocimiento de las decisiones de las autoridades californianas a través del cauce instaurado por esa Instrucción de 2010?

Parece claro que el Tribunal Supremo tiene un enfoque del orden público internacional español, diametralmente opuesto al que la Dirección General de los Registros y del Notariado ha mantenido en las distintas resoluciones que se han dictado como fruto de esa Instrucción.

¿Es suficiente una Sentencia del Tribunal Supremo para definir de forma inobjetable el contenido del orden público internacional?

No, si nos atenemos al nivel que se confiere a la jurisprudencia, en el marco de las fuentes del Derecho, en el art. 1.6 del Código Civil. La jurisprudencia debe ser *reiterada*, es decir, la doctrina debe encontrar acomodo en dos decisiones del Tribunal Supremo, cuando menos, para que cumpla esa función de complementariedad o contribución a la forja del Derecho.

La interpretación que del orden público internacional español mantiene el Tribunal Supremo, no nos vincula como si se tratase de una Sentencia del Tribunal Constitucional (arts. 164.1 de la CE, 1 de la LOTC y 5 de la LOPJ); pero no puede dejar de inquietarnos y de motivar nuestras reflexiones, nuestros debates y nuestras conclusiones, aunque no constituya más que una nueva versión, afortunadamente recortada,¹⁰⁴ del –dignísimo y respetabilísimo– Informe Palacios emitido ya hace casi tres décadas.

¹⁰³ J. CERDÀ SUBIRACHS, “La insostenible legalización de facto de la maternidad subrogada en España. A propósito de la Instrucción de 5 de octubre de 2010 de la DGRN”, en *Abogados de Familia*, Nº 60, Sección Tribuna Abierta, Segundo trimestre de 2011, Editorial LA LEY.

¹⁰⁴ Recortada, porque el Tribunal Supremo no ha entrado en todas las consideraciones puramente morales que planteaba el Informe del Profesor Palacios Alonso. Lo cual es muy de agradecer, porque un *Estado de Derecho* no puede ser reputado como un *agente activo de moralización*. Cfr. J.M. SERRANO RUIZ CALDERÓN, “La desaparición legal del matrimonio como figura reconocible en el Derecho español”, en *Matrimonio y adopción por personas del mismo sexo*, en Cuadernos de Derecho Judicial, Escuela Judicial & Consejo General del Poder Judicial, XXVI, 2005, p. 392.

II. En nuestra opinión, el *criterio social* de determinación de la filiación, que hace padres a los que ostentan y manifiestan una firme *intención procreadora*, tampoco es ajeno a nuestro *ius civile* en materia de filiación: es el que ha inspirado al legislador patrio para reconocer, el derecho de la esposa de la madre, en el matrimonio de mujeres, de optar por la maternidad sobre del hijo de su consorte; derecho que el art. 7.3 de la LRHA restringe a la mujer casada con la madre fecundada según técnicas de reproducción asistida.¹⁰⁵

El más perfecto cauce de realización de ese *criterio social* sería la instauración de una regulación completa de la maternidad subrogada, con regulación de todos los mecanismos necesarios de control del Estado, control que se proyectaría sobre todos los requisitos sustanciales y formales de validez del contrato y muy en particular, como hasta ahora se ha venido manteniendo la DGRN¹⁰⁶ en base al art. 23 de la Ley del Registro Civil, sobre la *libertad, integridad e irrevocabilidad* del consentimiento de la madre portante/gestante.

No podemos dejar a un lado la constatación de que el *criterio social* ya forma parte de nuestro sistema jurídico de filiación; que padres no son sólo los que han aportado su Código genético, y madre no sólo es la mujer que ha alumbrado al niño.(art. 7.3 de la LTRA). La *intención de ser padre* tiene un valor, y el compromiso social que acompaña a esa intención no está ausente de nuestras instituciones jurídicas más antiguas, como la *posesión de estado*, a la que nuestras leyes atribuyen un valor, no sólo probatorio (art. 767.3 de la LEC) sino también *constitutivo* (art. 131 del CC); como tampoco está ausente de nuestra propia jurisprudencia, emanada en el marco general de la filiación aunque no en relación con casos de maternidad por sustitución.

Ahora, mientras los menores del *cassus* resuelto por el Tribunal Supremo afrontan su incierto futuro, nosotros tenemos que abrir un debate extenso e intenso sobre la necesidad de suprimir el art. 10 de la LTRA, y optar por una regulación que mantenga un control eficaz del Estado sobre los supuestos de maternidad por sustitución, que conjure la confirmación de los temores expresados en la Sentencia del Tribunal Supremo comentada, relativos a la cosificación y mercantilización del ser humano; tanto del nacido de las técnicas de reproducción asistida, como de la propia madre gestante, cuyo consentimiento debe ser íntegro e informado, es decir, reforzado con un perfecto conocimiento de las consecuencias de los compromisos asumidos frente a los comitentes y frente a toda la sociedad.

Sería conveniente que esa regulación, que se llevaría al Código Civil para asegurar la unidad sistemática de toda la regulación de la filiación, incluyera normas de conflicto en orden a la aplicación de la ley más previsible para las partes que, en los supuestos que impliquen un conflicto de leyes, decidan contratar la maternidad por sustitución, y/o gestar y/o alumbrar al niño en nuestro país.

III. Incluso si el legislador español persiste en el mantenimiento de fórmulas cerradas a la maternidad subrogada que incorpora la vigente LTRA, el Derecho internacional Privado no puede dejar de asumir el reto de garantizar la continuidad de las relaciones jurídicas, y en particular, el derecho del nacido a una *identidad*, a una *nacionalidad* y, por extensión, y un *estado civil únicos*, desde su nacimiento.

Quizás, si alcanzásemos una perspectiva del orden público internacional menos severa que la que mantiene el Tribunal Supremo en la Sentencia comentada, podríamos apartarnos del *enfoque*

¹⁰⁵ Igualmente encontramos asiento de ese criterio social en el art. 8.1 de la LRHA en cuanto dispone que “Ni la mujer progenitora ni el marido, cuando hayan prestado su consentimiento formal, previo y expreso a determinada fecundación con contribución de donante o donantes, podrán impugnar la filiación matrimonial del hijo nacido como consecuencia de tal fecundación.” No cabe duda que en la norma trascrita la intención de ambos esposos de convertirse en padres lleva al legislador español a operar una singular traslación del *non venire contra factum proprium*, que no siempre va a resultar coherente con la supremacía del interés del menor que proclama el art. 3 de la Convención de Nueva York sobre los derechos del niño.

¹⁰⁶ Cfr. Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 3 de mayo de 2011, en la cual se reproduce el texto de la declaración de la madre gestante en el caso examinado, incorporado en la propia resolución judicial dictada por la Corte Superior del Estado de C., Condado de San Diego, Distrito Central, de 18 de diciembre de 2009, que servía de base a la petición de inscripción:

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

del reconocimiento de decisiones extranjeras y asumir el *cauce o enfoque conflictual*, que puede permitir la aplicación de la *lex loci contractus* al menos en los casos de nacidos de madre gestante no española cuyo ordenamiento atribuye esa misma nacionalidad al niño. (Criterio del *ius sanguinis*). En tal caso, la jurisprudencia podría llegar a mantener la validez del negocio jurídico de maternidad celebrado en un ordenamiento y conforme a un ordenamiento extranjero, el de la *nacionalidad niño*, en virtud de lo establecido en el art. 9.4 del Código Civil, siguiendo el mismo modelo de razonamiento que ha llevado al legislador español a admitir la validez de una adopción simple o menos plena constituida por autoridad extranjera "...si se ajusta a la ley nacional del adoptado con arreglo al art. 9.4 del Código Civil." (art. 30 de la Ley 54/2007 de 28 de diciembre, de Adopción Internacional).

Pero, sin necesidad de pasar por el complejo expediente de la nacionalización del niño en el Estado en que se celebra el negocio jurídico, es posible argumentar con arreglo a los métodos del Derecho Internacional Privado, que el derecho del menor a una identidad única y a un estado civil único pasa necesariamente por considerar el agotamiento del nacimiento de ese estado civil con arreglo a un Derecho extranjero. Partiendo de esta premisa del derecho a una identidad única, Patrick Kinsch, ha defendido la posibilidad de invocar en los casos de maternidad por sustitución, los arts. 6 y 8 del CEDH con la condición de que el *status* haya sido adquirido de buena fe por las partes y éstas tengan unas expectativas legítimas de continuidad de ese *status* en otros Estados. Naturalmente, esa legitimidad dependerá de los vínculos que los sujetos involucrados mantengan con el estado extranjero en el que se originó la relación paterno-filial.¹⁰⁷

La postura de Kinsch es enormemente sugestiva y tiene un interesante punto de entronque con las teorías vinculadas al *reconocimiento de la situación nacida y agotada en el extranjero* y al *reconocimiento por identificación del ordenamiento competente*, cuyo mayor representante es el italiano Paolo Picone.

Existen situaciones que aparecen creadas más allá de las fronteras del Estado del foro, por decisiones judiciales o no judiciales, a las que se asigna un efecto constitutivo, pero a las que la doctrina reserva un modelo distinto del reconocimiento en sentido clásico, quizás por la participación preeminente que tienen los particulares en la producción de tal efecto. Respecto de estas situaciones, se dice, el enfoque tradicional no resultaría adecuado, pues no es necesario localizarlas en un Derecho determinado; ya se encuentran localizadas en el ordenamiento en el cual han sido creadas, tomando como referencia los presupuestos de validez que ese ordenamiento suministra.

A este respecto, podemos citar la posición peculiar de Picone, el cual entiende por situación formalmente extranjera la que surge por aplicación de reglas arbitradas y generales de un derecho distinto del del foro, como por ejemplo, el derecho de guarda atribuido *ex lege* por la ley de la anterior residencia habitual del menor o toda aquella situación que encuentra su fuente de regulación inmediata, cualquiera que sea la ley que lo rija, en un órgano público extranjero.

Picone nos da tres directrices fundamentales de su método de reconocimiento por identificación del ordenamiento competente, que son las siguientes: 1) En primer lugar, la finalidad de la técnica es la de adoptar el punto de vista extranjero acerca de la existencia, validez y efectos de una situación dada –nuestra situación sujeta a cuestión previa, e. g. – en ese mismo ordenamiento. 2) En segundo lugar, el ordenamiento se toma como un "todo", es decir, como un conjunto global de normas, sin razonarse exclusivamente a través de las normas de conflicto. Y 3) El correctivo de orden público internacional funciona también globalmente, sustituyendo a cualquier otro modelo de control de requisitos de validez.¹⁰⁸

Las autoridades del Estado de reconocimiento no pueden desconocer que la autoridad que adoptó la decisión en cuestión aplicó, no sólo sus propias normas de competencia judicial internacional sino

¹⁰⁷ P. KINSCH, "Recognition in the forum of a Status Acquired Abroad", en *Private International Law, Liber Amicorum Kart Siehr*, La Haya y Zurich, 2010, pp. 259.274, esp. pp. 272 y 273. 2222

¹⁰⁸ P. PICONE, "I conflitti tra metodi diversi di coordinamento tra ordinamenti", en *Rivista di Diritto Internazionale*, 1999, núm. 2, pp. 327 a 362 ; "Les méthodes de coordination entre ordres juridiques en Droit International Privé", *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, 1999, Tomo 276. Págs 9 y siguientes.

Sobre la aplicación del pensamiento de Picone a los efectos de coordinar los Derechos de los Estados de procedencia y de destino del menor en la adopción internacional, Vid. M.S. NAJURIETA, "Coordinación de ordenamientos jurídicos en materia de adopción internacional" Academia nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba (Republica Argentina), 2004.

también sus propias normas de conflicto, que le habrán conducido previsiblemente a aplicar la *lex magistratus*, cuando menos a la forma, y a alguno de los requisitos sustanciales de validez material del acto. Para estas situaciones, el enfoque que hoy se viene considerando como más adecuado es el del reconocimiento por identificación del ordenamiento competente o de la situación creada en el extranjero.¹⁰⁹

La técnica del *reconocimiento de la situación creada en el extranjero* es fruto de ya añejas creaciones doctrinales, como la construcción anglosajona conocida como la *Foreign Court Theory*, asociada a la técnica del doble reenvío o del “reenvío total”, aplicada por primera vez en la jurisprudencia británica en el caso *Collier vs. Rivaz* (1841), y después, sucesivamente, entre otras, en los celebres casos *In re Annesley* (1926), *In re Ross* (1930), *In Re Askew* (1930), *In re O’Keefe* (1944), *In re Duke of Wellington* (1947), *In re C.W.Addams* (31 julio 1985), algunas concepciones ligadas al unilateralismo introverso,¹¹⁰ o como la teoría de la situación creada y agotada en el extranjero, de *Philippe Francescakis*,¹¹¹ entre otras.¹¹²

El reconocimiento de la libertad de circulación en el Derecho Comunitario, al máximo nivel normativo, ha dado una fuerza inesperada a la vieja idea de que el Derecho Internacional Privado tiene como misión la de garantizar la continuidad de las situaciones y relaciones jurídicas.¹¹³ Y en ese impulso alineado con la doctrina del ordenamiento competente, ha tenido no poca influencia la jurisprudencia del TEDH en torno al reconocimiento de situaciones nacidas en el extranjero, aunque hasta el momento se ha centrado en las adopciones constituídas por autoridad extranjera.¹¹⁴

IV. La decisión de cambiar de rumbo no es fácil, como no fue fácil, para el Tribunal Supremo –y de ello daba buena cuenta el voto particular formulado por el Magistrado Sr. Seijas Quintana– adoptar una decisión que parece cerrar el camino de cualquier vía de reconocimiento en España de la decisión extranjera, y *a fortiori*, la inscripción en el Registro Civil España de la filiación consignada en una certificación registral extranjera.

De los diversos temores que puede inspirar un cambio de rumbo, no es el más pequeño el de que algún resquicio legislativo deje el paso franco al *turismo reproductor*,¹¹⁵ aunque también es cierto que tal peligro se conjuraría exigiendo la residencia habitual en España a, al menos, uno de los padres comitentes, solución adoptada en el Reino Unido y en otros Estados de la Commonwealth, o bien subordinando la licitud del contrato a la gratuidad de la prestación de la madre portante/gestante.

¹⁰⁹ Cfr. A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, ob. cit., Vol. I. P. 471 y 472.

¹¹⁰ Ver, al respecto, la bibliografía más antigua citada en el trabajo de G.P ROMANO, “La bilateralité éclipsée par l’authorité”, en *Revue Critique de Droit International Privé*, ob. cit., núm. 3, 2006, pp. 457 a 519.

¹¹¹ Cfr PH. FRANCESCAKIS, *La théorie du renvoi et les conflits de systemes en Droit International Privé*, 1.968. Id., “Conflits de lois (principes généraux)”, Encyclopédie Dalloz, Droit International, vol. I, París, 1968, pp. 470 y siguientes.

¹¹² Cfr. A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, ob. cit., Vol. I, pp. 354 y 472.

¹¹³ M. GUZMÁN ZAPATER, “Sobre la función del Derecho Internacional Privado y técnicas de reglamentación”, en *Pacis Artes. Obra homenaje al Profesor Julio Diego González Campos*, Universidad Autónoma de Madrid & Ed. Eurolex, Madrid, 2005, pp. 1.626 a 1.628.

¹¹⁴ Así, el TEDH, en su Sentencia de 3 de mayo de 2011 (Negreponitis–Gianninis contra Grecia, Asunto C–56759/08), relativa a una adopción constituida en USA, el Tribunal confirma el criterio que ya había desarrollado en su Sentencia de 28 de junio de 2007 en el asunto Wagner y J.M.W.L. contra Luxemburgo, en el sentido de favorecer el reconocimiento de decisiones extranjeras en los Estados miembros del Convenio Europeo, pues concluye que las obligaciones positivas conectadas al deber de los Estados de respetar la vida familiar, consagrado en el art. 8 del Convenio, se proyectan sobre las relaciones de estado civil y familiares constituidas en el extranjero, de modo que la negativa al reconocimiento de decisiones extranjeras en virtud de las cuales se constituyen tales relaciones, suponen una injerencia en tal derecho reconocido en ese precepto. Asimismo, a tenor de la jurisprudencia del TEDH, para que la injerencia pueda resultar compatible con los términos del Convenio y no suponga violación del mismo, es imprescindible que responda a una necesidad social imperiosa y sea proporcionada al fin perseguido. Además, en la sentencia comentada, el Tribunal considera que la denegación de reconocimiento y ejecución de una decisión extranjera que implique una injerencia en la vida privada y familiar con base en la interpretación del orden público, según la cual la denegación del reconocimiento no responda a una necesidad social imperiosa, se traduce en un empleo arbitrario y desproporcionado de la noción de orden público; de tal manera que ello determinaría se deba considerar también transgredido el art. 6 del propio Convenio Europeo.

¹¹⁵ Cfr. A.J. VELA SÁNCHEZ, “La gestación por encargo desde el análisis económico del Derecho. Medidas anticrisis desde el Derecho de Familia”, en *Diario La Ley*, n.º 8055, Sección Doctrina, 4 de abril de 2013, año XXXIV, pp. 1-14.

Lo que en modo alguno podrá evitarse –salvo que el timón se gire para toda la Unión Europea en bloque– es que el recurso lícito a la maternidad subrogada y a las técnicas de reproducción asistida, sea utilizado en nuestro suelo por extranjeros que sean ciudadanos europeos, en igualdad de condiciones que los españoles; pues cualquier otra opción constituiría una discriminación prohibida por el Derecho comunitario al máximo nivel normativo.

La decisión adoptada por el Tribunal Supremo en su Sentencia de 6 de febrero pasado –que, insistimos, no ha sido camino de flores– no supone, sin embargo, ni un cambio de rumbo, ni el hallazgo de una senda hacia soluciones aceptables. En los últimos ocho años el Derecho español ha vivido la confirmación del criterio contrario a la maternidad subrogada en nuestro territorio (Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, que sigue el criterio de la ilicitud que ya mantenida la Ley 36/1988); dos versiones de una regulación del reconocimiento de decisiones extranjeras favorables a la inscripción de la filiación derivada de la maternidad subrogada (RDGRN de 18 de febrero de 2009 e Instr. de 5 de octubre de 2010) y la propia Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014 que acaba con toda viabilidad de una petición de reconocimiento por consideraciones de orden público internacional, y también con la posibilidad de utilizar un enfoque conflictual.

El panorama actual no puede ser más caótico. La Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014 no constituye doctrina jurisprudencial y no es una guía segura de lo que nuestro orden público internacional dispone en referencia al contrato de maternidad subrogada celebrado en el extranjero y la reconocibilidad en España de una decisión extranjera al respecto. La Instrucción de 5 de octubre de 2010 constituye el único referente utilizable en la praxis judicial, pero no establece ningún control de orden público internacional, craso error, sin duda, de una Dirección General de los Registros lamentablemente desorientada por los impulsos doctrinales contrarios. Y la NLRC, que sí impone un control de orden público internacional en todo caso, no entrará en vigor hasta el 15 de julio de 2015.

Nuestra nave no puede dirigirse a buen puerto si no se enarbolan las velas del interés superior del menor, como máximo parámetro para discernir lo ilícito de lo lícito.

Estamos, pues, a la deriva. Y para un barco a la deriva, ningún viento es favorable.