

NO SE PUEDE INSCRIBIR EN EL REGISTRO CIVIL ESPAÑOL LA
FILIACIÓN SURGIDA EN EL EXTRANJERO MEDIANTE GESTACIÓN
POR SUSTITUCIÓN. COMENTARIO A LA STS DE 6 DE FEBRERO DE
2014

*IT IS NOT POSSIBLE THE REGISTRATION OF THE CHILDREN BORN IN OTHER
COUNTRIES USING SURROGATE MOTHERHOOD IN THE SPANISH CIVIL REGISTER.
COMMENTARY ON THE JUDGMENT OF THE SUPREME COURT OF FEBRUARY 6, 2014*

Dra. TANIA VÁZQUEZ MUIÑA
Profesora Colaboradora Honorífica Derecho Civil UCM
vazquezmuina.tania@gmail.com

RESUMEN: El presente trabajo ofrece un estudio sobre la regulación y la situación actual de la gestación por sustitución en el Derecho español, así como de la problemática que suscita la inscripción en el Registro Civil español de los hijos nacidos en el extranjero mediante esta práctica. A este respecto, se analizará la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014, que concluye que no puede inscribirse en el Registro Civil español la filiación surgida en el extranjero mediante gestación por sustitución aportando certificación registral californiana.

PALABRAS CLAVE: gestación por sustitución; maternidad subrogada; filiación; registro; inscripción.

ABSTRACT: The present work offers a study on the regulation and the current situation of surrogate motherhood in Spanish Law, as well as the problematic that provokes the registration in the Spanish Civil Register of the children born in other countries using this practice. In reference to that, will be analyzed the Judgment of the Supreme Court of February 6, 2014, which concludes that the filiation using surrogate motherhood cannot be registered in the Spanish Civil Register if parties provide Californian certificate.

KEY WORDS: surrogacy; surrogate motherhood; filiation; registration.

FECHA DE ENTREGA: 24/09/2017/ FECHA DE ACEPTACIÓN: 12/12/2017.

SUMARIO: I. LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN: CONCEPTO Y MARCO NORMATIVO.- II. EL PROBLEMA DE LA INSCRIPCIÓN EN EL REGISTRO CIVIL ESPAÑOL DE LOS HIJOS NACIDOS EN EL EXTRANJERO MEDIANTE MATERNIDAD SUBROGADA.- 1. El *cross-border reproductive care*.- 2. La Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014.- III. REFLEXIÓN CRÍTICA FINAL.

I. LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN: CONCEPTO Y MARCO NORMATIVO.

En España, el art. 10 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida (en adelante, LTRHA)¹, define el contrato de gestación por sustitución como aquel por el que se conviene la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero. Este precepto expresa de manera tajante la nulidad de pleno derecho de tal contrato en nuestro derecho interno (apartado primero), y preceptúa que la filiación de los hijos nacidos mediante gestación por sustitución será determinada por el parto (apartado segundo), en consonancia con el aforismo romano *mater semper certa est* que inspira nuestro ordenamiento jurídico. También deja a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales (apartado tercero).

A la hora de la determinación de la filiación materna, tanto la LTRHA como el Código Civil, giran y construyen su reglamentación alrededor del hecho del alumbramiento. El ordenamiento español no toma en consideración el origen del gameto femenino utilizado para la procreación, siendo indiferente que sea el de la propia madre gestante o el de una mujer donante de óvulo; tampoco tiene en consideración si la fecundación fue corpórea o extracorpórea. La filiación materna se construye sobre la verdad biológica, pero no en el sentido de verdad genética, sino sobre la verdad gestacional, de ahí que cuando la gestación se haya llevado a cabo con material reproductor femenino ajeno, la donante nada puede pretender en orden a la filiación. Así se explica que las consecuencias de esa gestación prohibida sean las que se pretendieron evitar con el contrato de gestación por sustitución: la maternidad seguirá siendo determinada a favor de la madre gestante. El art. 10.2 LTRHA no es más que la estricta aplicación de las reglas ordinarias de la determinación de la maternidad².

Hay que señalar que la definición ofrecida por el art 10.1 LTRHA ha sido completada por la doctrina y la jurisprudencia, de tal manera que se entiende por maternidad subrogada aquel contrato, oneroso o gratuito, a través del cual una

¹ BOE núm. 126, de 27 de mayo de 2006.

² HUALDE MANSO, T.: “De nuevo sobre la filiación de los nacidos mediante gestación contratada. Comentario a la SAP de Valencia de 23 de noviembre de 2011”, *Revista Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 10, 2012, p. 38.

mujer consiente en llevar a cabo la gestación, mediante técnicas de reproducción asistida, aportando o no también su óvulo, con el compromiso de entregar el nacido a los comitentes, que pueden ser sujetos individuales (hombre o mujer) o una pareja (matrimonial o no, heterosexual u homosexual), que a su vez pueden aportar o no sus gametos³.

En otras palabras, se habla de un contrato en el que podrá mediar precio o realizarse gratuitamente, con dos partes intervinientes: por un lado, los futuros padres que efectúan el encargo –padres comitentes–, que podrán ser una persona o una pareja, matrimonio o no, de carácter heterosexual u homosexual, y que pueden aportar sus propios gametos o no; y, por otro, la mujer –madre subrogada, gestante, portadora, etc. –, que se compromete a gestar en su vientre a un niño, el cual entregará a los padres comitentes una vez producido el parto, con la consiguiente renuncia a todos los derechos que le pudieran corresponder sobre el niño, fundamentalmente, a la filiación que le pertenecería como madre⁴.

Coincidiendo con VELA SÁNCHEZ, la expresión idónea para referirse a esta práctica sería gestación por encargo, pues esta locución, además de eliminar otras que poseen una connotación peyorativa—como madres de alquiler, alquiler o arriendo de vientre o de útero, etc.—, abarca todos los supuestos que pueden darse, ya que no sólo las mujeres optan por este instrumento contractual para ser madres —en cuyo caso sí convendría el término maternidad subrogada o gestación por sustitución o subrogación—, sino también los hombres, solos o en pareja homosexual. No obstante, no se nos oculta la posible polémica que puede causar esta terminología, de ahí que se empleen otro tipo de denominaciones más suaves, como gestación por sustitución o subrogación. De hecho, esta última es la expresión utilizada por la Iniciativa Legislativa Popular para la Regulación de la Gestación por Subrogación en España para referirse a esta práctica (art. 1)⁵.

³ DE LA IGLESIA MONJE, M. I.: “Actualidad de la gestación por sustitución en nuestro ordenamiento jurídico. Inscripción de los hijos nacidos en el extranjero mediante dicha técnica”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 725, mayo de 2011, p. 1670; DÍAZ ROMERO, M. R.: “La gestación por sustitución en nuestro ordenamiento jurídico”, *Diario La Ley*, núm. 7527, Sección Doctrina, 14 de diciembre de 2010, año XXXI, p. 1. Esta misma definición aparece contemplada en la Sentencia núm. 826/2011, de la Audiencia Provincial de Valencia (Sección 10ª), de 23 de noviembre (AC 2011, 1561), FD 1º, que será abordada más adelante.

⁴ VILAR GONZÁLEZ, S.: “Situación actual de la gestación por sustitución”, *Revista de Derecho UNED*, núm. 14, 2014, p. 901.

⁵ VELA SÁNCHEZ, A. J.: “Comentario a la iniciativa legislativa popular para la regulación de la gestación por subrogación en España”, *Diario La Ley*, núm. 8457, Sección Doctrina, 13 de enero de 2015, año XXXVI, p. 3 y 4; VELA SÁNCHEZ, A. J.: “La gestación por encargo desde el análisis económico del Derecho. Medidas anticrisis desde el Derecho de Familia”, *Diario La Ley*, núm. 8055, Sección Doctrina, 4 de abril de 2013, año XXXIV, p. 3; VELA SÁNCHEZ, A. J.: “El interés superior del menor como fundamento de la inscripción de la filiación derivada del convenio de gestación por encargo”, *Diario La Ley*, núm. 8162, Sección Doctrina, 3 de octubre de 2013, p. 6. La defensa de la gestación por encargo como expresión más adecuada ya se ha sostenido en VÁZQUEZ MUIÑA,

Se ha llegado a afirmar por algún autor que el ordenamiento español no sanciona penalmente la participación o la intermediación en un supuesto de maternidad subrogada, lo que pone en duda que dicha práctica esté prohibida en nuestro ordenamiento jurídico. Según esta posición, para que la gestación por sustitución estuviera vedada en el Derecho español sería necesario que una norma (dentro de la propia LTRHA o en otro lugar) la calificase de forma categórica como una conducta prohibida, ilícita o que al menos estableciera algún tipo de sanción para este tipo de práctica, algo que no se contempla en nuestro Derecho positivo actual y que tampoco se puede colegir de la Exposición de Motivos de la propia LTRHA⁶.

Sin embargo, no se puede compartir dicha postura porque nuestro Derecho positivo actual sí sanciona penalmente la realización de contratos de maternidad subrogada. Si bien es verdad que el propio art. 10 LTRHA no impone sanciones administrativas ni penales –sólo civiles– a aquellos que celebren un contrato de gestación por sustitución, no es menos cierto que los arts. 220 a 222 del Código Penal sancionan los delitos de suposición de parto y de la alteración de la paternidad, estado o condición del menor.

Ahora bien, debe tenerse presente que nuestro ordenamiento jurídico sanciona penalmente la realización de un contrato de maternidad subrogada en territorio español. Por tanto, a pesar de que la recepción del niño realizada por nacional español en un país extranjero constituya una actividad ilícita, el art. 23.2 LOPJ excluye del conocimiento de la jurisdicción penal española los hechos que no sean punibles en el lugar de ejecución⁷. En otras palabras, para atribuir competencia a los tribunales españoles en virtud del principio de personalidad del delito (cometido por españoles en el extranjero), el art. 23.2 LOPJ exige doble incriminación, esto es, que la conducta realizada por españoles en el extranjero susceptible de tipificarse como delito por la ley española también sea delito en el lugar en el que se lleva a cabo dicha conducta. De ahí que los españoles viajen a aquellos países en los que la maternidad subrogada sí está permitida con el fin de celebrar el contrato: su actividad no va a tener consecuencias penales⁸.

Por otra parte, cabe poner de manifiesto que el art. 10 LTRHA establece la nulidad de pleno derecho de los contratos de gestación por sustitución y que la filiación vendrá determinada por el parto. Ello implica no sólo la prohibición tajante de tal

T.: *La inscripción en el Registro Civil español de los hijos nacidos en el extranjero mediante gestación por sustitución*, Tesis Fin de Máster, 2013, p. 118.

⁶ HEREDIA CERVANTES, I.: “La Dirección General de los Registros y del Notariado ante la gestación por sustitución”, *ADC*, Tomo LXVI, fasc. II, 2013, pp. 690 y 709.

⁷ HUALDE MANSO, T.: “De nuevo”, cit., p. 43.

⁸ OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, P.: “Reconocimiento en España de la filiación creada en el extranjero a través de una maternidad de sustitución”, en NAVAS NAVARRO, S. (dir.), CAMACHO CLAVIJO, S. y DE LAMA Y AYMÁ, A. (coords.), *Iguales y diferentes ante el Derecho privado*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012, p. 7 del documento publicado [online](#) en E-Prints de la Universidad Complutense de Madrid.

práctica, sino también una sanción de carácter civil. A este respecto, llama la atención que nuestro ordenamiento jurídico imponga la mayor penalización posible a la madre comitente en el orden civil –que a efectos legales la madre del niño sea la madre gestacional y no ella–, y que deje a salvo la acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, cuando éste puede haber sido parte en el contrato de gestación por sustitución. Como señala HEREDIA CERVANTES, dado que existen muchas posibilidades de que el padre biológico sea también el comitente, es decir, quien contrató con la madre gestante, resulta extraño que el partícipe en un contrato prohibido pueda recibir el “premio” de ver reconocida su relación de paternidad⁹.

II. EL PROBLEMA DE LA INSCRIPCIÓN EN EL REGISTRO CIVIL ESPAÑOL DE LOS HIJOS NACIDOS EN EL EXTRANJERO MEDIANTE MATERNIDAD SUBROGADA.

1. El *cross-border reproductive care*.

Como se ha puesto de manifiesto, en nuestro ordenamiento jurídico el contrato de gestación por sustitución se encuentra tajantemente prohibido, quedando la filiación determinada por el parto (art. 10 LTRHA). Sin embargo, esta no es la posición que han adoptado todos los países a la hora de regular el contrato de gestación subrogada. Entre los países que prohíben dicho convenio se encuentran, además de España, Francia, Italia, Suiza y Alemania; y entre aquellos que lo aceptan, si bien bajo ciertas condiciones, cabe citar, por excelencia, el Estado de California, y por su reciente aprobación y cercanía geográfica, Portugal.

El Estado de California es uno de los destinos preferidos por los individuos que desean recurrir a la gestación por sustitución por dos motivos. En primer lugar, porque en dicho estado el convenio de maternidad subrogada cuenta con un marco de seguridad jurídica muy elevado, además de existir una desarrollada industria dedicada a la promoción de esta actividad. Y, en segundo lugar, porque, a diferencia de otros Estados como el Reino Unido, Israel o Grecia, que también admiten la gestación por sustitución y exigen la residencia habitual o el domicilio del padre o los padres comitentes en su territorio, en el Estado de California únicamente se requiere que sea la madre gestante quien resida en California¹⁰.

Sin embargo, debe tenerse presente que la aprobación del convenio de maternidad subrogada en Portugal a través de la Ley n° 25/2016, de 22 de agosto, puede llegar a tener un efecto llamada respecto de los posibles interesados de otros países en general, y de los españoles en particular, pues el legislador portugués no limita el convenio de gestación por sustitución a los nacionales portugueses. Para los españoles, la cercanía de Portugal supondría un notable recorte de gastos en

⁹ HEREDIA CERVANTES, I.: “La Dirección”, cit., p. 710.

¹⁰ HEREDIA CERVANTES, I.: “La Dirección”, cit., p. 690.

comparación con otros países más lejanos a los que se tendrían que desplazar para llevar a cabo este negocio jurídico procreativo¹¹.

La regulación permisiva del contrato de gestación por sustitución en otros países hace que los individuos interesados en utilizar esta práctica para tener un hijo y en cuyo territorio la maternidad subrogada esté prohibida, se desplacen a otros países donde el convenio de gestación por sustitución sí está permitido con el fin de satisfacer su deseo de ser padres. Es lo que se conoce como turismo reproductivo o, de una manera más neutra, *cross-border reproductive care*, que es la expresión utilizada por la *European Society of Human Reproduction and Embriology* (ESHRE)¹², y puede definirse como toda la organización que lleva implícita la elección por las personas interesadas de la maternidad subrogada como técnica reproductiva y que incluye los viajes previos de contacto con la clínica u hospital que se encargará del procedimiento y la selección de la madre gestante; la donación de gametos; los sucesivos encuentros para evaluar la evolución del embarazo; el viaje final para asistir al parto y toda la tramitación de los certificados y documentos legales necesarios para poder inscribir en el Registro Civil consular correspondiente, la filiación del nacido¹³.

Precisamente esta última cuestión ha suscitado en nuestro país una gran controversia, provocando el pronunciamiento no sólo de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sino también de nuestros tribunales, llegando incluso a instancias del Tribunal Supremo.

2. La sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014.

A pesar de su importancia para el estudio de la inscripción en el Registro Civil español de los hijos nacidos en el extranjero mediante gestación por sustitución, en este apartado no será objeto de examen ni la Resolución de 18 de febrero de 2009 de la Dirección General de los Registros y del Notariado, ni la Instrucción de 5 de

¹¹ VELA SÁNCHEZ, A. J.: “La gestación por sustitución se permite en Portugal. A propósito de la Ley Portuguesa n.º 25/2016, de 22 de agosto”, *Diario La Ley*, núm. 8868, Sección Doctrina, 22 de noviembre de 2016, pp. 9 y 10.

¹² La ESHRE se ha mostrado especialmente crítica con la terminología “turismo reproductivo” porque considera que banaliza las razones por las cuales los individuos acceden a las técnicas de reproducción asistida y, en su lugar, ha optado por la ya conocida expresión más neutra *cross-border reproductive care*. Se puede llegar a entender esta preferencia, pues la palabra “turismo” asocia el viaje inevitablemente a la idea de placer y relajación (FARNÓS AMORÓS, E.: “European Society of Human Reproduction and Embriology 26th Annual Meeting. Roma, 27-30 de junio, 2010”, *InDret, Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 3, 2010, p. 7).

¹³ VELARDE D’AMIL, Y.: “Comentario a la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia núm. 949/2011 826 23-11-2011: No inscripción en el Registro Civil de los menores nacidos mediante gestación por sustitución”, *Revista sobre la infancia y la adolescencia*, n.º 3, septiembre de 2012, p. 62.

octubre de 2010, del mismo Centro Directivo¹⁴. Tampoco se analizarán los argumentos jurídicos expuestos en la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Valencia, de 15 de septiembre de 2010, ni los manifestados por la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, de 23 de noviembre de 2011¹⁵, pues todo ello ya se llevó a cabo en otro trabajo de esta misma autora, de una manera profunda y concienzuda¹⁶. En este apartado, será objeto de estudio la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014, que pone fin al proceso judicial mencionado, concluyendo que no puede inscribirse en el Registro Civil español la filiación de unos menores nacidos en California mediante maternidad subrogada aportando certificado registral californiano¹⁷.

Cabe destacar el hecho de que el Tribunal Supremo resuelva la controversia a través de una sentencia del Pleno, pues ello pone de manifiesto el ánimo de nuestro Alto Tribunal de sentar jurisprudencia sobre la cuestión de la inscripción en el Registro Civil español de la filiación surgida en el extranjero mediante maternidad subrogada¹⁸. La doctrina fijada en la Sentencia de 6 de febrero de 2014 fue confirmada un año más tarde por el Auto de 2 de febrero de 2015, también dictado

¹⁴ Resolución de 18 de febrero de 2009 de la Dirección General de los Registros y del Notariado (RJ 2009, 1735); Instrucción de 5 de octubre de 2010 de la Dirección General de los Registros y del Notariado (BOE núm. 243, de 7 de octubre de 2010).

¹⁵ Sentencia del Juzgado de Primera Instancia, núm. 15, de Valencia, núm. 193/2010, de 15 de septiembre (AC 2010, 1707); Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia (Sección 10ª), núm. 826/2011, de 23 de noviembre (AC 2011, 1561).

¹⁶ *Vid.* VÁZQUEZ MUIÑA, T.: *La inscripción*, cit., p. 44 y ss.

¹⁷ Sentencia núm. 835/2013, del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), de 6 de febrero (RJ 2014, 833).

¹⁸ El Acuerdo sobre criterios de admisión de los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal dictado por la Sala Primera del Tribunal Supremo el 30 de diciembre de 2011, exige en su página 14 que en el escrito de interposición del recurso de casación por razón de interés casacional se citen dos o más sentencias de la Sala Primera del Tribunal Supremo, y que se razone cómo, cuándo y en qué sentido la sentencia recurrida ha vulnerado o desconocido la jurisprudencia que se establece en ellas. Sin embargo, en la página 15, este requisito se exceptúa cuando se trate de sentencias del Pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo o de sentencias dictadas fijando doctrina por razón de interés casacional. En estos casos, basta la cita de una sola sentencia invocando su jurisprudencia, siempre que no exista ninguna sentencia posterior que haya modificado el criterio seguido. Asimismo, el Acuerdo de 9 de octubre de 2012, de la Comisión Permanente del Consejo General del Poder Judicial, por el que se publica el Acuerdo de la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo, sobre composición y funcionamiento de las Salas y Secciones y asignación de ponencias que deben turnar los Magistrados en el año 2013, pone de manifiesto que “la Sala en Pleno será convocada por el Presidente cuando se considere necesario que la deliberación sobre un asunto se lleve a cabo por todos los Magistrados, atendiendo a la función unificadora y de creación de doctrina jurisprudencial que incumbe al Tribunal” (BOE núm. 256, de 24 de octubre de 2012, p. 75079). Este criterio aún se mantiene en la actualidad (*vid.* Acuerdo de 21 de diciembre de 2016, de la Comisión Permanente del Consejo General del Poder Judicial, por el que se publica el Acuerdo de la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo, relativo a la composición y funcionamiento de las Salas y Secciones y asignación de ponencias que deben turnar los Magistrados en 2017, BOE núm. 315, de 30 de diciembre de 2016, p. 91617).

por el Pleno del Alto Tribunal¹⁹. Tanto la sentencia como el auto fueron pronunciados con cinco votos a favor y cuatro en contra, existiendo un voto particular redactado por uno de los magistrados al que se adhieren los otros tres, lo que evidencia lo controvertido de la cuestión.

La argumentación utilizada por el Tribunal Supremo para fundamentar su decisión de no permitir el acceso al Registro Civil español de los hijos nacidos mediante gestación por sustitución en el Estado de California aportando certificado registral californiano, pivota sobre los siguientes razonamientos:

a) El reconocimiento de certificaciones registrales extranjeras

El Tribunal Supremo confirma, con acierto, que no estamos ante un “hecho” que haya de ser objeto por primera vez de una decisión de autoridad en España y que al presentar un elemento extranjero (el lugar de nacimiento) deba ser resuelto conforme a la ley sustantiva a la que remita la norma de conflicto aplicable (art. 9.4 CC). La técnica jurídica aplicada no es la del conflicto de leyes, sino la del reconocimiento, pues existe ya una decisión de autoridad: la adoptada por la autoridad administrativa del Registro Civil de California al inscribir el nacimiento de los niños y determinar una filiación acorde con las leyes californianas. En consecuencia, lo que hay que resolver es si esa decisión de autoridad puede ser reconocida y desplegar sus efectos en el sistema jurídico español, en concreto, la determinación de la filiación a favor del matrimonio de varones recurrentes²⁰.

Aunque el Tribunal Supremo reconoce que podría cuestionarse si la decisión de autoridad extranjera a inscribir es la de la práctica del asiento registral en el que aparece recogida la filiación de los menores o la de la sentencia previa dictada por la autoridad judicial que determinó la filiación con base en el contrato de gestación por sustitución y por aplicación de las leyes de California, afirma que este problema no ha sido planteado en ningún momento en el litigio, y no es imprescindible abordarlo para decidir las cuestiones relevantes objeto del recurso, por lo que entrar en consideraciones sobre el mismo cambiaría completamente los términos en que se ha producido el debate procesal y sólo obscurecería la solución del recurso²¹.

¹⁹ Auto del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección Pleno), de 2 de febrero de 2015 (RJ 2015, 141).

²⁰ Sentencia núm. 835/2013, del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), de 6 de febrero (RJ 2014, 833), FD 3º, apartado 2. Entre la doctrina, reconocen como un acierto esta manifestación del Tribunal Supremo, CALVO CARAVACA, A. L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: “Gestación por sustitución y Derecho Internacional Privado. Más allá del Tribunal Supremo y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Octubre 2015), vol. 7, núm. 2, p. 67 y 68; HEREDIA CERVANTES, I.: “El Tribunal Supremo y la gestación por sustitución: crónica de un desencuentro”, *El Notario del Siglo XXI*, 9 de abril de 2014, <http://www.elnotario.es>

²¹ Sentencia núm. 835/2013, del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), de 6 de febrero (RJ 2014, 833), FD 3º, apartado 2.

En efecto, el Tribunal Supremo aplicó correctamente el principio de congruencia procesal, pues debatir sobre si la sentencia judicial extranjera debe ser o no el título que ha de acceder al Registro Civil en este tipo de casos hubiera supuesto la modificación del *thema decidendi*, tal y como fue configurado por las partes al inicio del procedimiento en su calidad de *domini litis*.

Sin embargo, debe saberse que la inscripción practicada en California no hace sino reflejar una previa decisión judicial que es la que, en realidad, determina el régimen de filiación de los nacidos. Y esta circunstancia tiene una consecuencia evidente sobre el procedimiento a seguir para que la inscripción californiana goce de efectos en España. No nos encontramos ante un supuesto que atañe al mero control de eficacia probatoria de los certificados californianos de nacimiento, y por ende, de su acceso al Registro Civil español. Tampoco se trata simplemente de inscribir una mera realidad jurídica registral extranjera. Por el contrario, lo que se pretende es dar eficacia en España a una inscripción extranjera que tiene su origen y fundamento en una previa decisión judicial que, al margen de convalidar y atribuir efectos a un contrato de gestación por sustitución, establece una relación de filiación y excluye la de la madre gestante, lo que supone *de facto* que es tal decisión judicial la que está llamada a desplegar efectos en España. De hecho, la certificación registral constituye en realidad un mero reflejo distorsionado de la decisión judicial, ya que el Derecho de California impide que en ella se recoja referencia alguna ni a la previa celebración de un contrato de gestación por sustitución ni a la identidad de la madre gestante o biológica. Por tanto, la existencia de una decisión judicial y, sobre todo, su contenido, es el elemento esencial que nuestras autoridades registrales deben tener presente al decidir si permiten o no el acceso al registro de una relación de filiación establecida en California²².

Así también lo ha entendido nuestro legislador, pues el art. 98.2 de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil²³, establece que “en el caso de que la certificación constituya mero reflejo registral de una resolución judicial previa, será ésta el título que tenga acceso al Registro. Con tal fin, deberá reconocerse la resolución judicial de acuerdo a alguno de los procedimientos contemplados en el artículo 96 de la presente Ley”.

b) El art. 23 de la Ley sobre el Registro Civil y el orden público español.

El Tribunal Supremo recuerda el contenido del art. 23 de la Ley sobre el Registro Civil, según el cual “las inscripciones se practican en virtud de documento auténtico o, en los casos señalados en la Ley, por declaración en la forma que ella prescribe. También podrán practicarse, sin necesidad de previo expediente, por certificación de

²² HEREDIA CERVANTES, I.: “La Dirección”, cit., pp. 698 y 699. Asimismo, HEREDIA CERVANTES, I.: “El Tribunal”, cit. Esta posición ya se ha mantenido en VÁZQUEZ MUIÑA, T.: *La inscripción*, cit., pp. 119 y 120.

²³ BOE núm. 175, de 22 de julio de 2011.

asientos extendidos en Registros extranjeros, siempre que no haya duda de la realidad del hecho inscrito y de su legalidad conforme a la Ley española”. En consecuencia, para que la certificación registral extranjera objeto de litigio pueda acceder al Registro Civil español, ésta deberá cumplir dos requisitos: a) Que no haya duda de la realidad del hecho inscrito; y b) Que no haya duda de su legalidad conforme a la Ley española.

En la situación que se discute ante el Alto Tribunal, no se cumplen ninguna de estas dos previsiones, pues, por una parte, resulta imposible, según el estado de la ciencia a día de hoy, que dos varones puedan ser los padres biológicos de un niño, es decir, no se verifica el requisito de la realidad del hecho inscrito; y, por otra, el art. 10.1 LTHRA establece la nulidad de pleno derecho del contrato de gestación por sustitución, por lo que no se cumple la condición de su legalidad conforme a la Ley española. Por tanto, la certificación registral californiana no puede acceder a nuestro Registro Civil²⁴.

En este sentido, el art. 10 LTRHA opera como norma de orden público, en tanto refleja una serie de principios y valores de la sociedad que deben ser respetados: la protección de la dignidad de la mujer gestante y del niño, la ausencia de mercantilización de la gestación y la filiación, la no “cosificación” de la mujer gestante y el niño, la no explotación del estado de necesidad en que pueden encontrarse mujeres jóvenes en situación de pobreza, y el ánimo de no crear 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 población²⁵.

Para el Tribunal Supremo, el orden público internacional español se caracteriza por ser un orden público “atenuado”, si bien debe tenerse presente que la intensidad de tal atenuación es menor cuanto mayores son los vínculos sustanciales de la situación jurídica con España. En el caso objeto de litigio, 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

²⁴ Esta posición ya se ha sostenido en VÁZQUEZ MUIÑA, T.: *La inscripción*, cit., p. 119.

²⁵ Sentencia núm. 835/2013, del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), de 6 de febrero (RJ 2014, 833), FD 3º, apartados 6 y 7.

ciertos supuestos como delito, también cuando la entrega del menor se ha producido en el extranjero (art. 221.1 CP)²⁶.

La actuación llevada a cabo por el matrimonio de varones se conoce como *Bad Forum Shopping*. El *Forum Shopping* tiene lugar cuando las partes plantean la situación privada internacional ante autoridades de un determinado estado, porque persiguen con ello la aplicación de una ley, sustantiva y/o procesal, que resulta favorable a la pretensión suscitada. Es legítimo cuando no tienen intención de “escapar” a los tribunales y a las leyes de un estado concreto porque el caso está conectado “razonablemente” con varios países. Pero es ilegítimo (*Bad Forum Shopping*) cuando las partes acuden o litigan ante autoridades de un país con el que el supuesto no tiene ningún contacto sustancial con el único objetivo de obtener una resolución destinada a producir efectos, exclusivamente en otro país, que es el país con el que el supuesto está “naturalmente conectado”, país cuyas autoridades o tribunales habrían rechazado la pretensión en el caso de haber conocido directamente del asunto²⁷.

Resulta llamativo que los recurrentes reconozcan la contrariedad al orden público español del convenio de gestación por sustitución, lo cual impide considerar válido y ejecutar en España tal contrato. Sin embargo, sostienen que la inscripción de la filiación que pretenden es solamente una consecuencia “periférica” de dicho convenio, por lo que no existe incompatibilidad con el orden público. A este respecto, el Tribunal Supremo afirma, con acierto, que tal argumento no puede estimarse, puesto que la filiación cuyo acceso al Registro Civil se pretende es justamente la consecuencia directa y principal del contrato de gestación por sustitución, de tal manera que no puede admitirse la disociación entre el contrato y la filiación que sostienen los recurrentes²⁸.

Si bien es verdad que la idea de “orden público atenuado” permite reconocer ciertos efectos jurídicos en España a instituciones desconocidas en nuestro Derecho, como, por ejemplo, que, existiendo varias mujeres unidas a un único varón, el matrimonio pueda ser tenido en cuenta en orden a la percepción de una pensión de viudedad, en estos casos, no se admite la recepción sustantiva de la institución misma, es decir, no se permite la inscripción de un matrimonio en el que los cónyuges sean más de dos personas. En el supuesto que nos ocupa, no es que se pretenda atribuir ciertos

²⁶ Sentencia núm. 835/2013, del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), de 6 de febrero (RJ 2014, 833), FD 3º, apartado 7.

²⁷ CAMARERO GONZÁLEZ, G. J.: “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”, *Diario La Ley*, núm. 7910, Sección Tribuna, p. 3. Esta posición ya se ha mantenido en VÁZQUEZ MUIÑA, T.: *La inscripción*, cit., p. 119.

²⁸ Sentencia núm. 835/2013, del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), de 6 de febrero (RJ 2014, 833), FD 3º, apartado 11. Esta posición ya se ha sostenido en VÁZQUEZ MUIÑA, T.: *La inscripción*, cit., p. 59.

efectos jurídicos a una institución prohibida por el Derecho español, sino que se está proponiendo la recepción sustantiva de la misma, lo que no parece admisible²⁹.

c) El principio de legalidad y el principio del interés superior del menor.

A pesar de que el Tribunal Supremo reconoce la importancia del principio del interés superior del menor contenido en numerosos textos normativos, tanto nacionales como internacionales, manifiesta, muy adecuadamente, que la aplicación de tal principio ha de hacerse para interpretar y aplicar la ley y colmar sus lagunas, no para contrariar lo expresamente previsto en la misma. De lo contrario, ello podría conllevar la desvinculación del juez del sistema de fuentes, lo cual es contrario al principio de sujeción al imperio de la ley que establece el art. 117.1 CE. Como afirma nuestro Alto Tribunal, hay cambios en el ordenamiento jurídico que, de ser procedentes, debe realizar el parlamento como depositario de la soberanía nacional, con un adecuado debate social y legislativo, sin que el juez pueda ni deba suplirlo³⁰. Además, supondría posibilitar que los jueces crearan una regla de atribución de la filiación contraria a la claramente establecida por el legislador, en una aplicación discutible de un concepto jurídico indeterminado como es el “interés del menor”, respecto del cual no existe unanimidad³¹.

Por otra parte, los menores no quedan desprotegidos –teniendo que ir a un orfanato o volver a los Estados Unidos, como arguyen los recurrentes–, pues existen en nuestro ordenamiento jurídico diversas instituciones que permiten que los menores continúen en el núcleo familiar constituido *de facto*. En concreto, el propio art. 10.3 LTRHA permite la reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, por lo que si alguno de los recurrentes lo fuera, podría determinarse la filiación paterna respecto del mismo. Asimismo, figuras jurídicas como el acogimiento familiar o la adopción permiten la formalización jurídica de la integración real de los menores en tal núcleo familiar³².

²⁹ DE VERDA Y BEAMONTE, J. R.: “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)”, *Diario La Ley*, núm. 7501, Sección Tribuna, 3 de noviembre de 2010, año XXXI, p. 6.

³⁰ Sentencia núm. 835/2013, del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), de 6 de febrero (RJ 2014, 833), FD 5º, apartado 6.

³¹ DE VERDA Y BEAMONTE, J. R.: “La filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida (un análisis crítico de la experiencia jurídica española, treinta años después de la aprobación de la primera regulación legal sobre la materia)”, en *Principi, regole, interpretazione, contratti e obbligazioni, famiglie e successioni. Scritti in onore di Giovanni Furginele*, Mantova, Universitas Studiorum, 2017, p. 609.

³² Sentencia núm. 835/2013, del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), de 6 de febrero (RJ 2014, 833), FD 5º, apartado 11. Esta posición ya se ha sostenido en VÁZQUEZ MUIÑA, T.: *La inscripción*, cit., p. 119. En este sentido, VELA SÁNCHEZ, A. J.: “El interés”, cit., p. 1, para quien el interés superior del menor, aun siendo un postulado esencial, no es absoluto ni ilimitado, de tal manera que la satisfacción de dicho interés superior no puede conseguirse infringiendo o defraudando la ley imperativa española, máxime cuando nuestra propia legislación ofrece cauces para la inscripción de

Además, como indica ÁLVAREZ DE TOLEDO QUINTANA, “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. Incluso cuando fracasa 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”³³.

La protección de los menores no puede lograrse aceptando acriticamente las consecuencias del contrato de gestación por sustitución suscrito por los recurrentes, tal como fueron aceptadas por las autoridades de California con base en la legislación de dicho estado, que admite el contrato oneroso de gestación por sustitución y que la filiación quede determinada a favor de quienes realizan el encargo, pues la protección ha de otorgarse partiendo de las previsiones de las leyes y convenios aplicables en España, y de la jurisprudencia que los interpreta y aplica, tomando en consideración su situación actual³⁴.

Y dado que la acción ejercitada no tiene por objeto adoptar una decisión sobre la integración de los menores en la familia constituida por los recurrentes en forma distinta al pretendido reconocimiento de la filiación fijada en el registro de California, ni ha resultado probado que alguno de los comitentes aportara sus gametos, o, en caso de haberlos aportado alguno de ellos, quien sería el padre biológico, se insta al Ministerio Fiscal a ejercitar las acciones pertinentes para determinar en la medida de lo posible la correcta filiación de los menores, procurando la efectiva integración de los mismos en el núcleo familiar constituido *de facto* con el fin de protegerles³⁵.

d) Inexistencia de discriminación por razón de sexo u orientación sexual.

El Tribunal Supremo manifiesta que no considera discriminatorio que no se permita la inscripción en el Registro Civil español de la filiación por naturaleza de los hijos

la filiación de los menores a favor de los españoles interesados. En concreto, el autor se refiere al mecanismo que consagra el mismo art. 10.3 LTRHA de “la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales” y a la institución jurídica de la adopción regulada en los arts. 175 y ss CC.

³³ ÁLVAREZ DE TOLEDO QUINTANA, L.: “El futuro de la maternidad subrogada en España: Entre el fraude de ley y el correctivo de orden público internacional”, *Cuadernos de Derecho Transnacional* (octubre 2014), vol. 6, núm. 2, pp. 31 y 32.

³⁴ Sentencia núm. 835/2013, del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), de 6 de febrero (RJ 2014, 833), FD 5º, apartado 11.

³⁵ Sentencia núm. 835/2013, del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), de 6 de febrero (RJ 2014, 833), FD 5º, apartados 11 y 12.

nacidos en California a favor de dos varones, y sí sea posible inscribir la filiación a favor de dos mujeres en el caso de que una de ellas se someta a un tratamiento de reproducción asistida y la otra sea su cónyuge (art. 7.3 LTRHA), pues existe una desigualdad sustancial entre los supuestos de hecho que excluye la existencia de un trato discriminatorio. En concreto, la causa de la denegación de la inscripción de la filiación no es que los solicitantes sean ambos varones, sino que la filiación pretendida trae causa de una gestación por sustitución contratada por ellos en California. En este sentido, la solución habría sido la misma si los contratantes hubieran constituido un matrimonio homosexual integrado por mujeres, un matrimonio heterosexual, una pareja de hecho, o una sola persona, hombre o mujer³⁶.

III. REFLEXIÓN CRÍTICA FINAL.

De manera muy acertada, el Tribunal Supremo en su Sentencia de 6 de febrero de 2014 ha concluido –confirmando la postura sostenida en primera y segunda instancia– que, aplicando el Derecho vigente en nuestro ordenamiento jurídico, no puede inscribirse en el Registro Civil español la filiación de los menores nacidos en California mediante maternidad subrogada aportando certificado registral californiano, y lo ha hecho en una sentencia dictada por el Pleno con el fin de sentar jurisprudencia en esta materia. Esta doctrina ha sido corroborada un año después, también por el Pleno del Alto Tribunal, mediante Auto de 2 de febrero de 2015, lo cual no debería dejar lugar a dudas sobre la posición del Tribunal Supremo sobre esta cuestión, a pesar de lo ajustado de la votación en ambos pronunciamientos: cinco votos a favor, cuatro en contra.

Como indica la STS de 6 de febrero de 2014, la certificación registral californiana objeto de litigio no supera los requisitos de realidad y legalidad establecidos en el art. 23 de la Ley sobre el Registro Civil, por lo que no puede acceder al Registro Civil español. Sin embargo, se puede dar un paso más allá y afirmar, aunque no se exprese en la sentencia, que no procede la entrada a nuestro Registro Civil de ningún documento extranjero, sea certificado registral o sentencia judicial, que refleje una filiación surgida en otro país a través de maternidad subrogada, pues el requisito de la legalidad y de compatibilidad con el orden público español debe cumplirse tanto si se aporta certificado registral como si se insta el reconocimiento de la sentencia a través de control incidental por parte del Encargado del Registro o mediante *exequátur*.

Esta situación no variará con la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil, pues los arts. 96 y siguientes exigen que la inscripción no sea manifiestamente incompatible con el orden público español, tanto en el reconocimiento de

³⁶ Sentencia núm. 835/2013, del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), de 6 de febrero (RJ 2014, 833), FD 4º.

certificaciones registrales como de resoluciones judiciales extranjeras, se inste control incidental o *exequátur* en este último caso.

En cuanto a las resoluciones e instrucciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado que permiten la inscripción en el Registro Civil de los hijos nacidos en el extranjero mediante gestación por sustitución, estas no deberían cumplirse de manera automática, pues una norma inferior a la ley no puede contradecir a esta última, dando lugar a una legalización administrativa de la maternidad subrogada en España³⁷.

BIBLIOGRAFÍA

ÁLVAREZ DE TOLEDO QUINTANA, L.: “El futuro de la maternidad subrogada en España: Entre el fraude de ley y el correctivo de orden público internacional”, *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Octubre 2014), vol. 6, núm. 2.

BARBER CÁRCAMO, R.: “La *legalización administrativa* de la gestación por sustitución en España (Crónica de una ilegalidad y remedios para combatirla)”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm.739.

CALVO CARAVACA, A. L y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: “Gestación por sustitución y Derecho Internacional Privado. Más allá del Tribunal Supremo y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Octubre 2015), vol. 7, núm. 2.

CAMARERO GONZÁLEZ, G. J.: “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”, *Diario La Ley*, núm. 7910, Sección Tribuna.

DE LA IGLESIA MONJE, M. I.: “Actualidad de la gestación por sustitución en nuestro ordenamiento jurídico. Inscripción de los hijos nacidos en el extranjero mediante dicha técnica”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 725, mayo de 2011.

DE VERDA Y BEAMONTE, J. R.: “La filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida (un análisis crítico de la experiencia jurídica española, treinta años después de la aprobación de la primera regulación legal sobre la materia)”, en *Principi, regole, interpretazione, contratti e obbligazioni, famiglie e successioni. Scritti in onore di Giovanni Furguele*, Mantova, Universitas Studiorum, 2017.

³⁷ El término “legalización administrativa” se extrae de BARBER CÁRCAMO, R.: “La *legalización administrativa* de la gestación por sustitución en España (Crónica de una ilegalidad y remedios para combatirla)”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n° 739, p. 2905.

DE VERDA Y BEAMONTE, J. R.: “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)”, *Diario La Ley*, núm. 7501, Sección Tribuna, 3 de noviembre de 2010, año XXXI.

DÍAZ ROMERO, M. R.: “La gestación por sustitución en nuestro ordenamiento jurídico”, *Diario La Ley*, núm. 7527, Sección Doctrina, 14 de diciembre de 2010, año XXXI.

FARNÓS AMORÓS, E.: “European Society of Human Reproduction and Embriology 26th Annual Meeting. Roma, 27-30 de junio, 2010”, *InDret, Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 3, 2010.

HEREDIA CERVANTES, I.: “El Tribunal Supremo y la gestación por sustitución: crónica de un desencuentro”, *El Notario del Siglo XXI*, 9 de abril de 2014.

HEREDIA CERVANTES, I.: “La Dirección General de los Registros y del Notariado ante la gestación por sustitución”, *ADC*, Tomo LXVI, fasc. II, 2013.

HUALDE MANSO, T.: “De nuevo sobre la filiación de los nacidos mediante gestación contratada. Comentario a la SAP de Valencia de 23 de noviembre de 2011”, *Revista Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 10, 2012.

OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, P.: [“Reconocimiento en España de la filiación creada en el extranjero a través de una maternidad de sustitución”](#), en NAVAS NAVARRO, S. (dir.), CAMACHO CLAVIJO, S. y DE LAMA Y AYMÁ, A. (coords.), *Iguals y diferentes ante el Derecho privado*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012 (<http://eprints.ucm.es>)

VÁZQUEZ MUIÑA, T.: [La inscripción en el Registro Civil español de los hijos nacidos en el extranjero mediante gestación por sustitución](#), Tesis Fin de Máster, 2013

VELA SÁNCHEZ, A. J.: “Comentario a la iniciativa legislativa popular para la regulación de la gestación por subrogación en España”, *Diario La Ley*, núm. 8457, Sección Doctrina, 13 de enero de 2015, año XXXVI.

VELA SÁNCHEZ, A. J.: “El interés superior del menor como fundamento de la inscripción de la filiación derivada del convenio de gestación por encargo”, *Diario La Ley*, núm. 8162, Sección Doctrina, 3 de octubre de 2013.

VELA SÁNCHEZ, A. J.: “La gestación por encargo desde el análisis económico del Derecho. Medidas anticrisis desde el Derecho de Familia”, *Diario La Ley*, núm. 8055, Sección Doctrina, 4 de abril de 2013, año XXXIV.

VELA SÁNCHEZ, A. J.: “La gestación por sustitución se permite en Portugal. A propósito de la Ley Portuguesa n.º 25/2016, de 22 de agosto”, *Diario La Ley*, núm. 8868, Sección Doctrina, 22 de noviembre de 2016.

VELARDE D’AMIL, Y.: “Comentario a la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia núm. 949/2011 826 23-11-2011: No inscripción en el Registro Civil de los menores nacidos mediante gestación por sustitución”, *Revista sobre la infancia y la adolescencia*, núm. 3, septiembre de 2012.

VILAR GONZÁLEZ, S.: “Situación actual de la gestación por sustitución”, *Revista de Derecho UNED*, núm. 14, 2014.