

# Filiación biológica *versus* filiación intencional: dos caminos para asumir la misma responsabilidad

Mayte Echezarreta, Universidad de Málaga, España

**Resumen:** En este artículo se abordan diferentes ejemplos de “filiación colaborativa” en la que los actores participan con su intención y/o con su biología para conseguir una filiación propia o ajena. Solo un estricto control de la determinación de la filiación y un reconocimiento de la identidad del menor lo más internacional posible, contribuirán en el futuro a que los complejos procesos de filiación que hoy se abren camino en el Derecho, respeten los derechos de todos los sujetos intervinientes presididos siempre por el interés del menor.

**Palabras clave:** filiación biológica, filiación intencional, filiación colaborativa, técnicas de reproducción asistida, gestación por sustitución, turismo reproductivo, interés superior del niño

**Abstract:** This article discusses several examples of “collaborative filiation” in which actors are involved with their intention or biology to get an own or others filiation. Single a strict control to the filiation and international recognition of the minor’s identity, will contribute in the future with the new and complex filiation process, which are gaining ground in the law, respecting the rights of participating parties always conditioned by the best interest of the child.

**Keywords:** Biological Filiation, Intentional Filiation, Collaborative Filiation, Assisted Reproduction, Surrogate Motherhood, Reproductive Tourism, Best Interest of the Child

## Introducción

Cada día cobra más valor en la determinación de la filiación “la intención de ser padres”, ya sea mediante la voluntad adoptiva, la voluntad procreacional (Kasnow, 2014:8), o la pura complacencia (Ayarza,2008), es decir, el libre, informado, comprometido e irrevocable propósito de asumir las obligaciones inherentes a la responsabilidad parental independientemente de la vinculación biológica (genética o gestacional). Hoy, por tanto, la filiación no es, necesariamente, un efecto jurídico derivado de un hecho biológico (Diez Picazo, 2102:235), ni la vinculación biológica genera siempre la filiación.

La filiación es un tema recurrente a lo largo de la historia que ha trascendido incluso a lo divino en los debates teológicos sobre la filiación de Cristo (Tamayo, 2002). El anhelo filial no es actual ni tampoco los desequilibrios que genera su frustración. Recordemos a Sara que llegó a incitar a su marido Abraham a que tuviera un hijo con su esclava Agar (Génesis, 16), o de Raquel con su sierva Bilhá (Génesis, 30). Desde los orígenes del mundo ha existido una preocupación constante por la propagación de la especie, lo que llevó a justificar el incesto con fundamentos económicos, demográficos, sociales y políticos (Engels, 1884:39). Recordemos la concepción de las hijas de Lot con su padre ante la ausencia de otros hombres que las tomaran como esposas (Génesis 19, 31-36); o el matrimonio de Cleopatra con sus hermanos menores, e incluso los límites incestuosos de la política matrimonial de la Dinastía de los Habsburgo y de los Reyes Católicos por intereses imperialistas. La filiación ha sido causa también de enormes atropellos como los protagonizados en el siglo XX en España y en otros muchos lugares del mundo por juristas, sanitarios, religiosos y ciudadanos en una red de robo de menores a familias vulnerables por su estado civil, ideología o escasos recursos económicos, para satisfacer los deseos filiales de otras familias acomodadas y de posición social e ideológica acorde con los dictados de la época. Fue una práctica extendida, conocida, permitida y ocultada en aquellos años, cuyas denuncias terminaban archivándose en los juzgados. Esta injusticia



se ha conseguido destapar recientemente gracias al movimiento asociativo, a los medios de comunicación y a la relajación de la impunidad que médicos, religiosos y jueces gozaron en otras épocas<sup>1</sup>.

Los avances de la ciencia y la promoción de figuras filiales como la adopción, han permitido ampliar considerablemente el índice de filiaciones en los países desarrollados dentro de escenarios colaborativos en los que pueden llegar a participar más de dos personas. Ello exige una determinación legal clara de la vinculación y de la responsabilidad de cada una de ellas, aunque todas las fórmulas deben pasar, necesariamente, por una rigurosa protección de la identidad del menor al ser un valor consustancial al ser humano<sup>2</sup>. Y ello, porque la verdad biográfica no es solo un derecho sino un interés vital de especial trascendencia en el desarrollo de la personalidad. Ello no significa que la verdad biológica (genética o gestacional) deba ser siempre o la única fuente de la filiación, pero sí que deba estar siempre protegida por el Derecho. De aquí que los beneficios de los avances científicos puedan ponerse al servicio de la propagación de la especie cuando esta no sea posible por medios naturales, pero con riguroso control de todos los elementos de la identidad de la persona y de la responsabilidad jurídica en el proceso de creación de la vida, ya sean estos intencionales o biológicos, para una armónica y pacífica convivencia familiar y social, y la protección del ser humano. Este objetivo no debe relajarse en los múltiples caminos que hoy se abren a la filiación ante la necesidad de reemplazo generacional en las sociedades envejecidas, debido a la mayor expectativa de vida y a la disminución de nacimientos por problemas estructurales (Cahn, 2009:134-135) o patológicos y por la llamada infertilidad social o postergación de la procreación por problemas sociales, económicos, laborales... (Hardy & Makuch, 2002:272). Todo ello ha llevado a que la creación de una nueva vida requiera de la intervención de varias personas, las intencionales, es decir las protagonistas del compromiso filial y las biológicas (donantes o cedentes de material genético o útero) sin intención filial, que aportarán los elementos ausentes según los casos.

Este trabajo solo trata de repasar la filiación en el derecho español para comprobar el valor de la intención despojada de la biología y el valor de la biología despojada de la intención, así como supuestos combinados, teniendo en cuenta el derecho de las personas a hacer uso de las técnicas de reproducción asistida para concebir un hijo como parte integrante del derecho a la vida privada y familiar del art. 8 Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales de 1950 (CPDHLF)<sup>3</sup>; y, de otro lado, la vinculación de la procreación con el libre desarrollo de la personalidad del art. 10.1 de la Constitución española (CE), entendida como la expresión de la autonomía personal para elegir, libre y responsablemente, entre las diversas opciones vitales, la que sea más acorde con las propias preferencias (Fresno y Jiménez, 2014:20)<sup>4</sup>.

## Filiación intencional con o sin vinculación biológica

La intención filial es hoy una de las piezas claves de la filiación al ser la mayor expresión del compromiso para asumir las trascendentes obligaciones que con el hijo y con la sociedad se asumen con la filiación. Por ello debe estar rodeada de garantías jurídicas que impidan el fracaso global de tan alto grado de responsabilidad.

La intención filial se supone en la presunción legal de filiación natural del marido de la mujer gestante [arts. 116, 117 y 118 Código Civil (CC)] que podrá inscribir la filiación sin necesidad de

<sup>1</sup> Vid. Ley 19/2015, de 13 de julio, de medidas de reforma administrativa en el ámbito de la Administración de Justicia y del Registro Civil, en particular la futura redacción del art. 44 de la ley 20/2011 de Registro Civil.

<sup>2</sup> STEDH 7/06/1989 (Caso *Gaskin contra Reino Unido*) "...el respeto a la vida privada exige que todos puedan ser capaces de establecer los detalles de su identidad como seres humanos individuales y que el derecho de una persona a tal información es de gran importancia por sus implicaciones formativas para su personalidad".

<sup>3</sup> Vid. STEDH 1/04/2009 que condena a Austria al impedir su ordenamiento el acceso a la donación de óvulos y de espermatozoides para la fecundación *in vitro* de dos parejas; STEDH de 26/04/2014, en la que el Tribunal concluye que la prohibición francesa de establecer un vínculo de filiación entre un padre y su hijo biológico nacido en el extranjero mediante gestación por sustitución es contraria al art. 8 en lo que se refiere al respeto a su vida privada.

<sup>4</sup> Esta idea inspiró la ley 35/1988 y la vigente 14/2006 de reproducción asistida en referencia solo a las expectativas procreativas de la mujer (Lasarte, 2012:9).

acreditación de la verdad biológica, solo con su intención y la acreditación del matrimonio. Sin embargo, no existe una maternidad natural intencional, esta debe ser acreditada biológicamente por el parto sin que la exclusiva aportación genética genere derechos de filiación si no va unida a la gestación [arts. 120.4 y 139 CC y 49.3 LRC], *pater est quem nuptiae demonstrant* y *mater semper certa est*. Inscrita la paternidad, podrá ser cancelada por expediente gubernativo si la declaración auténtica del marido para desvirtuar la presunción de paternidad (art.117CC) se ha formulado en el tiempo y forma. La intención sin embargo, no será suficiente cuando la madre estuviera casada con otra persona (art. 44.4 de la ley 20/2011 LRC).

Una mención especial merecen los llamados reconocimientos filiales de “complacencia”<sup>5</sup>, es decir aquellos reconocimientos de filiación que se producen a sabiendas de que no es hijo biológico y las posibilidades de impugnación cuando surgen las desavenencias. Entra en tensión aquí la verdad biológica frente a los intereses del hijo, pues no resulta lícito disponer del estado civil de las personas según las circunstancias (Rivero, 2005:1049). Sin embargo el Derecho permite la impugnación de la filiación en estos casos, en unas condiciones de legitimación y plazos (SSTS 29/11/2010, 10/5/2012; arts. 140 y 141CC), que si no se dan, prevalecerá la filiación intencional reconocida aunque no coincida con la verdad biológica.

La filiación adoptiva es otro de los supuestos de filiación intencional sin aportación biológica, con excepción de la adopción de nacidos mediante gestación por sustitución cuando estuviera determinada la filiación biológica respecto de su cónyuge varón y ella hubiera aportado los óvulos. Salvo esta excepción, en la adopción, la voluntad de los solicitantes unida a la acreditación de su idoneidad y al desamparo del menor tras la extinción de la filiación biológica, justifica la creación de nuevos vínculos de filiación con la familia adoptiva con la que se crea un *status familiae*, no solo un *status filii*, acreedor de los mismos derechos y obligaciones. Anotemos que este fenómeno jurídico de extinción/creación de vínculos filiales no es universal. Países como Guatemala por ejemplo, reconocen efectos de filiación a los adoptantes pero no extinguen la filiación biológica, lo que ha supuesto la denegación de inscripción en el RC español de estas “adopciones simples” constituidas en el extranjero cuando los adoptantes son españoles. Para solucionar el problema, el derecho español prevé un proceso de conversión previsto en el art. 30.4 LAI entre cuyos requisitos figura el consentimiento de la familia biológica<sup>6</sup> a la ruptura definitiva de su vínculo filial siempre que lo permita su derecho al objeto de que la relación filial del menor sea idéntica en todos los Estados (Calvo y Carrascosa, 2011-2012:347; Rodríguez Benot, A. 1989).

De otro lado, los países islámicos consideran inamovible la filiación biológica por imposición religiosa de la *Sharia* islámica, sin perjuicio de la existencia de instituciones protectoras del menor como la *Kafala* con valor de simple acogimiento familiar para España (art. 34.1 LAI)<sup>7</sup>. Ello no ha sido obstáculo para que los españoles hayan abrazado la religión islámica para constituir *kafalas* en Marruecos que luego han reconvertido en “adopciones plenas” en España regidas por el derecho español al ser menores extranjeros residentes en España (arts. 18 y 19 LAI) y por tanto no ser necesaria la propuesta previa de la entidad pública al estar ya en acogida (art. 176.2.II. regla 3ª CC). Estas adopciones no solo no son reconocidas en Marruecos sino que además han supuesto un desencontro entre ambos Estados recientemente<sup>8</sup>, lo que debería conllevar una aplicación más escrupulosa en el futuro de la toma en consideración de la ley extranjera que opcionalmente prevé el art. 20 LAI que impida transformar en España instituciones extranjeras que nunca serían reconocidas en los países de origen de los menores donde se encuentra su familia biológica.

<sup>5</sup> La Instrucción DGRN de 20/03/2006, niega la inscripción si se prueba que no ha podido haber cohabitación en la gestante y el presunto padre y, en general, cuando haya pruebas concluyentes de que no se ajusta la filiación a la realidad.

<sup>6</sup> Elevado a la categoría de orden público en la modificación del art. 26.2º de la Ley de adopción internacional operada por ley 26/2015 de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia /artículo tercero veinticuatro).

<sup>7</sup> Redactado según ley 26/2015, de 28 de julio

<sup>8</sup> De la que se derivó la Circular n° 40 S/2, del Ministerio de Justicia marroquí por la que se restringieron las *Kafalas* a los no residentes en Marruecos “*Afin d’assurer une bonne application des dispositions de la loi précitée et considérant la priorité accordée à l’intérêt supérieur de l’enfant abandonné nous vous demandons*”.

La adopción, como modelo de filiación intencional se caracteriza porque el proceso de selección del menor y de la familia adoptiva lo realizan autoridades públicas o agencias privadas acreditadas, y no es revocable (art. 26.2 LAI). Se entiende que si se han observado todos los requisitos, la intención de ser padres unida a ciertas garantías, tiene la suficiente fuerza para el derecho como para convertir el vínculo filial en inamovible para adoptantes y adoptado. Sin embargo, los adoptantes españoles constituyen adopciones en países cuyos ordenamientos permiten la revocación tanto de los padres como de los hijos (China, Vietnam o algunos estados mexicanos). Para lo cual también tiene solución el derecho español. El art. 26.2 LAI exige la renuncia de los adoptantes a su derecho de revocación antes del traslado del menor a España para que pueda inscribirse en el RC español la adopción, aunque dicha renuncia no tenga efectos en el país de origen en el que siempre seguirá siendo posible (Arenas y González 2009).

Otro supuesto de filiación intencional sin vinculación biológica es el del cónyuge, varón o mujer, de una mujer gestante que no aporte material genético. El art. 6.3 Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida (LTRHA) dice: “Si la mujer estuviera casada, se precisará, además, el consentimiento de su marido, a menos que estuvieran separados legalmente o de hecho y así conste de manera fehaciente. El consentimiento del cónyuge, prestado antes de la utilización de la técnica de reproducción, deberá reunir idénticos requisitos de expresión libre, consciente y formal”. Y ello al objeto de la presunción de filiación matrimonial que recaerá sobre el marido de la mujer que se presta a la asistencia reproductiva. Sin embargo, en el caso del cónyuge cuando es mujer, al no operar dicha presunción, deberá manifestar ante el Encargado del RC del domicilio conyugal, que consiente en que cuando nazca el hijo de su cónyuge, se determine a su favor la filiación respecto del nacido (art. 7.3 LTRHA. Callejo, 2014:1-9), y ello, independientemente de que aporte sus óvulos, pues dicha vinculación genética no genera filiación como hemos visto.

En último lugar, debemos mencionar la posesión de estado, entendida como aquel complejo de circunstancias que, atribuidas en su conjunto a un sujeto, lo presentan ante la sociedad como titular de un determinado status. La situación de hecho que sustenta la posesión de estado ha de ser pacífica, pública, continua o ininterrumpida, y actual, es decir se exige *nomen, tractatus y fama*. Su propósito es dotar de seguridad jurídica a ciertas situaciones partiendo de la tutela de la apariencia jurídica creada. Si se acredita el hecho o hechos de los que deriva la posesión de estado, es razonable deducir que quienes se comportan *ad intra* y *ad extra* como protagonistas de una relación de filiación, lo sean en realidad (Callejo, 2014:6) sin necesidad de acreditación de la vinculación biológica. En España su regulación se recoge en el art. 131CC: “Cualquier persona con interés legítimo tiene acción para que se declare la filiación manifestada por la constante posesión de estado. Se exceptúa el supuesto en que la filiación que se reclame contradiga otra legalmente determinada”. Este precepto sirvió de sustento a las STS de 5/12/2013, que resolvía la reclamación de la filiación respecto de unas niñas por posesión de estado nacidas de su cónyuge gestante mediante técnicas de reproducción asistida iniciadas antes de contraer matrimonio. En este caso, así como en la sentencia posterior de 15/01/2014, deja claro el TS la equivalencia entre intención filial y realidad biológica en cuanto a sus efectos jurídicos como filiación por naturaleza en los procesos de reproducción asistida previstos en la ley española en aras a la estabilidad familiar<sup>9</sup>.

## Vinculación biológica sin efectos de filiación

En España la donación de gametos no genera filiación (art. 8.3 Ley de Técnicas de Reproducción Asistida, LTRHA). En estos supuestos existe una presunción *iuris et de iure* de ausencia de intención filial, extremo que debe manifestar conocer expresamente el donante al prestar su consen-

<sup>9</sup> La STS de 15/01/2014, consideró probado el propósito común de dos mujeres solteras para recurrir a la técnica de reproducción asistida, la existencia de una posterior unidad familiar entre las dos convivientes y el hijo biológico de una de ellas, así como el consentimiento prestado en su momento, por la conviviente que no es la madre biológica del menor investido por un claro interés moral o familiar plenamente legitimado en su aspiración de ser madre, cuya efectividad depende, precisamente, del éxito de la acción de filiación entablada por posesión de estado que el TS acepta en interés del menor.

miento de forma libre, consciente e informada. El Derecho sustrae la intención filial al negocio jurídico de donación (Art. 5.5 LTRHA), de aquí el carácter anónimo de los registros de donantes (STC 116/1999; SSTEDH de 7/02/2002, 13/02/2003; STEDH de 7/07/1989) y el consentimiento informado de renuncia a la reclamación de la filiación. El problema se complica cuando la donación se produce a una pareja directamente, con intención filial, de forma privada y sin mediación de profesionales. En este caso podríamos estar ante una triple filiación prevista desde 2013 por las leyes de Vancouver (Canadá) y en Reino Unido<sup>10</sup>.

La intención filial más la aportación de óvulos no determina la filiación en España, se requiere además el parto o reiterar la voluntad filial en un procedimiento de adopción. Sin embargo la gestación sin aportación de óvulos genera automáticamente la filiación (art.10.2 LTRHA), por lo que se requiere la renuncia (art. 177.2.2.ºCC) para evitar dicho efecto (en derecho comparado, *vid.* Farnós, 2010: 10 y ss.; Quiñones, 2009:8 y ss.; Krasnow, 2014: 28 y ss; Larm, 2012: 12 y ss.). Resulta, cuanto menos curioso, que el Derecho no le reconozca vínculo alguno al concebido con la persona con la que comparte su material genético y que además muestra intención filial, y sin embargo se lo reconozca a la persona que lo ha gestado sin intención filial y a la que ha renunciado expresamente ante la confianza del compromiso de terceros y que, en la mayoría de las veces no ha aportado material genético.

En España es legalmente imposible el parto anónimo cuando es conocida la madre gestante (RDGRN 8/11/2001) tras la declaración de inconstitucionalidad sobrevenida del art. 47.1 LRC y el art. 182 RRC por la STS de 21/09/1991<sup>11</sup>, lo que influye en la huida de los partos de los circuitos sanitarios y pone en riesgo la integridad de la madre y de los nacidos (Kemelmyer, 2004:511-530). Por tanto, la verdad biológica como determinante de la filiación quiebra en los casos de donación genética pero no de gestación, aunque en ambos esté ausente la intención filial

## Filiación intencional y genética derivada de la gestación por sustitución

### Contexto

Hasta aquí hemos mencionado algunos ejemplos de filiación sin aportación biológica (ni genética ni gestacional) y las posibilidades de aportación biológica sin efectos de filiación automática o con una filiación atenuada. Ello nos permite afirmar que “verdad biológica y filiación” no siempre es equivalente y que la intención filial va conquistando terreno en aras a la protección del menor y de la seguridad y estabilidad de la familia. Vivimos por tanto un proceso de consolidación de la filiación intencional desprendida de la carga biológica y paralelamente, un proceso de desprendimiento de la intención filial en algunos procesos biológicos de procreación. Los retos y desafíos planteados están en función del control público de la libertad, consciencia, información y compromiso de las decisiones respecto a la creación de una nueva vida y del respeto a los derechos del nacido como ser humano por encima de los intereses de terceros.

Esta combinación de intención y biología encuentra su expresión más controvertida en la determinación de la filiación en los procesos de gestación por sustitución, ya sea *total*, es decir cuando la mujer gestante es además genética, o *parcial* en la que la mujer comitente es la genética. Encontramos razones a favor y en contra de dicha práctica (Larm, 2012:5 y ss.). Quienes rechazan este proceso de gestación se basan en la instrumentalización de mujeres vulnerables para la gestación con fines comerciales (feministas y católicos entre otros, Vila, en AAVV, 2015, 290)<sup>12</sup>. A favor, se alzan voces que tratan de terminar con las clásicas teorías paternalistas que proclaman la incapacidad de la mujer para tomar decisiones sobre su cuerpo (Farnós,2010:p 6). El mayor peligro deriva de los efectos nocivos de la codicia y de la debilidad ética y moral de quienes puedan llegar a mani-

<sup>10</sup> <http://www.justicebc.ca/en/fam/fla/>.

<sup>11</sup> *Vid.* el art. 44 Ley 20/2011 de Registro Civil, aún no en vigor, pero ya modificado por artículo segundo, uno, de la Ley 19/2015, de 13 de julio, de medidas de reforma administrativa en el ámbito de la Administración de Justicia y del Registro Civil, que sigue la misma línea de evitar el anonimato aunque quizás más atenuado.

<sup>12</sup> *Vid.* el manifiesto de filósofas, juristas y sociólogas de 2015 en <http://nosotrasdecidimos.org/nosomosvasijas/>

pular las emociones e intereses de personas “desempoderadas” y por ende vulnerables por problemas sociales, familiares, emocionales o económicos, preocupación que no es ajena a los procesos de filiación mediante técnicas de reproducción asistida o por adopción, y sin embargo se permiten garantizados mediante procesos de control público.

### *Estado de la cuestión en España*

En España, tras las últimas resoluciones judiciales, la gestación por sustitución no genera un título de filiación automático respecto de las personas comitentes de la gestación, ya aporten o no material genético. De momento, la filiación aparenta ser opcional para los padres intencionales, ya que requiere la interposición de una acción de filiación por el comitente biológico, si lo hubiera, una solicitud de adopción de su cónyuge, aunque hubiera aportado material genético o, finalmente una acción de filiación por posesión de estado si no hubiera entre los comitentes padre biológico ni, por supuesto mujer gestante. Veamos muy sucintamente el marco legal.

El art. 10.1 de la LTRHA solo prevé, de un lado, la nulidad del contrato entre mujer gestante y comitentes, ya sean estos aportadores o no de material genético, efecto que derivaría también de un hipotético contrato entre padres biológicos y adoptantes. Sin embargo, esta previsión legal resultaría relevante solo para los casos en los que se reclame el cumplimiento de dicho contrato, supuesto aún no planteado en España.

De otro lado, el art. 10.2 LTRHA prevé que el parto determina la maternidad, extremo que resultaría relevante solo para los casos en que la mujer gestante reclamara la filiación, pero irrelevante en los casos que haya renunciado legalmente a la maternidad<sup>13</sup> en un proceso con garantías, al igual que ocurre en los procesos de adopción. Sería contrario al interés del menor que el derecho imponga la filiación a quien no manifiesta intención filial alguna y menos cuando, no solo ello, sino que gestó porque existía un compromiso filial de terceros. Imponer la filiación a la mujer gestante no intencional, podría resultar ajeno a la verdad genética, social, familiar e incluso jurídica del país de nacimiento y del de la gestación cuando coincidan en un Estado extranjero (Quiñones, 2009:20). Para la STSJ de Madrid de 23/12/2014, la filiación, a efectos sociales y respecto a la gestante, equivale a origen biológico, no a *madre*<sup>14</sup>.

En tercer lugar, el art. 10.3 LTRHA, reconoce al padre biológico la posibilidad de reclamación de la paternidad, por lo que, en España, podemos decir que la gestación por sustitución puede ser título de filiación en determinados casos, sin que exista prohibición expresa ni sanción a la realización de estas prácticas<sup>15</sup> (Díaz, 2010:2) como prevé el derecho alemán o el código penal francés hasta hace poco<sup>16</sup> (Farnós, 2010:17), pero no deja de ser una regulación tosca (Atienza, 2008:6) e insuficiente, tanto para afirmar su prohibición como su permisividad (Atienza, 2009:55-56), aunque no parece que sea imperativa como para excepcionar la aplicación de un derecho extranjero (Álvarez G., 2013:427). Urge por tanto una nueva normativa que aclare la respuesta del Derecho español (Lamm, 2013; Farnós, 2010, 3:6, 12, 14; Lasarte, 2012:13; Heredia, 2014b; Álvarez G., 2010: 90; Álvarez de Toledo, 2014:48 entre otros muchos).

<sup>13</sup> Vid. la redacción del art. 45 de La Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil, dado por la Ley 19/2015, de 13 de julio, de medidas de reforma administrativa en el ámbito de la Administración de Justicia y del Registro Civil.

<sup>14</sup> “...Como consecuencia de lo anterior, con la misma plena libertad, consentimiento e información para ser inseminada, debe entenderse que la gestante renunció si bien no a la filiación sí a la titularidad de la relación jurídico parental y a sus derechos derivados de su gestación o maternidad biológica a favor de D. Ramón . Sería un contrasentido dar validez a la determinación de la filiación biológica que del mismo se deriva y no dar validez a la renuncia de los derechos que efectúa la gestante. Sería tanto como decir que su consentimiento es válido para ser inseminada y gestar para entregar el nacido a otro, pero no es válido para renunciar a la relación jurídica parental (progenitor-hijo) a favor del otro progenitor”.

<sup>15</sup> Difícil de incluir en la legislación española tras la STC 116/1999, de 17/06/1999 que resolvió a favor de la constitucionalidad del carácter administrativo de las sanciones a las infracciones en materia de reproducción asistida (fto. 16). Se intentó en la Proposición de Ley que dio origen a la primera Ley de Reproducción Asistida (Ley 35/1998, de 22 de noviembre), pero finalmente no se incluyó sanción ni prohibición expresa.

<sup>16</sup> Hoy ya existe una *Proposition de loi relative à l'accès égalitaire pour toutes aux techniques d'assistance à la procréation*, de 7 de mayo de 2014 (disponible en [www.senat.fr](http://www.senat.fr)).

En los casos de nacimientos en España o en el extranjero a instancia de comitentes españoles a través de estas técnicas y sin que se hubiera determinado la filiación, supuesto aún no planteado en España, el juez español ante el que se solicite el reconocimiento, aplicará el art. 9.4 CC en virtud del cual la determinación y el carácter de la filiación por naturaleza se regirán por la ley de la residencia habitual del hijo en el momento del establecimiento de la filiación. A falta de residencia habitual del hijo, se aplicará la ley nacional del hijo en ese momento, y si el hijo careciere de residencia habitual y de nacionalidad, se aplicará la ley sustantiva española<sup>17</sup>. Difícilmente nos vamos a encontrar con casos de nacidos mediante estas técnicas que no tengan determinada la filiación y sin embargo si tengan determinada una nacionalidad, por lo que lo más habitual sería la aplicación del derecho material español por ser el de la residencia habitual del nacido y, por tanto, se podrá reconocer la filiación mediante las tres vías mencionadas más arriba (filiación biológica, adopción del cónyuge, posesión de estado).

La inseguridad generada por la legislación española ha supuesto la huida de españoles con una decidida intención filial hacia destinos extranjeros permisivos<sup>18</sup>. Lo que algunos han llamado “desobediencia civil” (Pennings, 2002; en contra Orejudo, 2012) o fraude (Vela, 2011:1; Fernández y Sánchez, 2013:459; Espinar, 2012: 591-604, Guillaumé, J., 2014-1; en contra Fresno y Jiménez, 2014:29) se produjo cuando los españoles buscaban en el extranjero el divorcio y se sigue produciendo en la adopción internacional nutrida por menores dados en adopción por la precariedad económica, social y *desempoderamiento* de sus familias, algo impensable en nuestros ordenamientos “éticamente más desarrollados”<sup>19</sup>. Se produce también en países extranjeros que limitan o impiden las técnicas de reproducción asistida, hacia España convertida en destino estrella para estas prácticas (Farnós, 2010b:7)<sup>20</sup>. Dicha deslocalización o turismo legal (Orejudo, 2012), o procreativo (Fulchiron, M., 2014-2) producto de la globalización (Inhorn, 2010 y Culley *et al*, 2010, cit. Farnós, 2009:7) supone serias anomalías a la hora del reconocimiento del *status familiae* creado en el extranjero y un trato de pasajeros clandestinos a los niños (Blanco, 2015). Ello siempre ha supuesto un debate entre el rechazo al reconocimiento en defensa del orden público y la defensa de los derechos fundamentales que causa la discontinuidad de las relaciones jurídicas en el espacio y, en particular respecto a la necesidad de un estado civil seguro, estable e internacionalmente reconocido (SSTEDH 28/06/2007, Wagner y 3/05/2011, Negreptotis-Giannis; SSTJUE 2/10/2003, *García Avello* y 14/10/2008, *Grunkin-Paul*)<sup>21</sup>, que no genere lesión de intereses y de derechos (Lagarde, 2008:496, 21).

Dicha batalla termina habitualmente con la importación de las instituciones aunque con un diseño legal nacional y en ocasiones armonizado a nivel internacional como ocurrió con el Convenio de La Haya de 1993 sobre adopción internacional, que nació para tratar de paliar los efectos nocivos del tráfico de menores transfronterizo por parte de solicitantes de filiaciones adoptivas, mediadores sin escrúpulos y familias biológicas en estado de extrema vulnerabilidad. Esta es la situación que

<sup>17</sup> Redacción según la ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia

<sup>18</sup> Lo que llama Inhorn & Patrizio (2009), “exilios reproductivos”, son Ucrania, Georgia, Rusia, algunos Estados de EEUU, la India entre otros.

<sup>19</sup> La capacidad del ser humano de adecuar la moral a su causa la comprobamos en la moral adoptiva en supuestos internos en contraste con la aplicada en la adopción internacional. *Vid.* al respecto la STEDH, 21/06/2014, *Zhou c. Italy*, relacionada con el acogimiento preadoptivo en la que el TEDH consideró que Italia había vulnerado el artículo 8 de la Convención por considerar que los servicios sociales italianos, al colocar a un niño en acogimiento preadoptivo, no habían realizado todos los esfuerzos para garantizar que ese niño pudiera seguir viviendo con su madre. A juicio del Tribunal, estos servicios no habían llevado a cabo una evaluación completa de la situación familiar; por el contrario, se habían fijado únicamente en las dificultades en vez de apoyar a la madre que se encontraba en una situación de vulnerabilidad. Situación que contrasta con el desamparo de padres de otros lugares menos desarrollados, cuya única opción para mantener la vida de sus hijos es renunciar a ellos para siempre.

<sup>20</sup> El estudio más reciente de la European Society of Human Reproduction and Embriology llevado a cabo en seis países de destino en técnicas de reproducción asistida (Bélgica, República Checa, Dinamarca, Suiza, Eslovenia y España), evidencia que cada vez son más los ciudadanos que viajan a otro país de la UE para evadir las limitaciones legales restrictivas de sus países de residencia. En particular destacan los alemanes, noruegos, italianos y franceses [Shenfield *et al* (2010)]. Es lo que llama Farnós “de turistas reproductivos a consumidores globales” (Farnós, 2010: p.7)

<sup>21</sup> *Blog* De Miguel, P.: 2014.

estamos viviendo en la actualidad con el fenómeno de la gestación por sustitución cuya demanda se ha disparado, de aquí el debate abierto en la Conferencia de La Haya al respecto (Lamm,2012:28) para la elaboración de un convenio internacional que armonice los límites éticos y jurídicos y coordine las actuaciones de la movilidad reproductiva transfronteriza<sup>22</sup>. Mientras tanto el problema jurídico se va resolviendo en España a golpe de resolución, lejos de la seguridad jurídica que debe presidir el estado civil de las personas y, en general, cualquier respuesta jurídica.

De momento, la controversia planteada se refiere al reconocimiento en España e inscripción en el Registro Civil (RC) de la filiación ya determinada en el extranjero<sup>23</sup>, situación, en principio, equivalente al reconocimiento de la filiación adoptiva regida por la ley 54/2007. Para ello son de aplicación los arts. 23 LRC y 81 y 85 RRC<sup>24</sup>, pero su aplicación ha chocado con la deficiente regulación de la gestación por sustitución en España y ha desembocado en el caos jurídico en el que nos encontramos. Se pasó de permitir las inscripciones (RDGRN de 18/02/2009 defendida por Calvo, 2009: 294-319) a la revocación de una de ellas mediante recurso del Ministerio Fiscal (Sentencia Juzgado Primera Instancia Valencia de 17/09/2010, ratificada por la Sentencia Audiencia Provincial de 23/11/2011 y confirmada por la sentencia del Tribunal Supremo de 6/02/2014). Ello no impidió el reconocimiento de dichas filiaciones a efectos de derechos públicos<sup>25</sup>, por lo que personal, familiar y socialmente los niños siempre han disfrutado del *estatus filial* por “posesión de estado”<sup>26</sup>, aunque no reconocido judicialmente, y por un título judicial extranjero<sup>27</sup>, tampoco reconocido siempre por la jurisdicción española<sup>28</sup>. En medio de la batalla judicial se dictó la Instrucción DGRN de 5/10/2010, que, en un afán garantista, exigía la resolución judicial extranjera para la inscripción y no una mera certificación registral (en contra de dicha Instrucción, Calvo Caravaca, 2011: 247-262). Sin embargo, la negativa de la inscripción del TS en 2014, se fundamentó en la defensa global y abstracta del orden público internacional amenazado por la instrumentalización de las mujeres gestantes, sin descender al caso concreto como lo hace el Voto particular en línea con la jurisprudencia

<sup>22</sup> “The private international law issues surrounding the status of children, including issues arising from international surrogacy arrangements”, (Doc. Prel. núm. 11, de marzo de 2011). [http://www.hcch.net/index\\_es.php?act=text.display&tid=178](http://www.hcch.net/index_es.php?act=text.display&tid=178).

<sup>23</sup> STS de 6/02/2014: ...2.- Tal como ha sido planteada la cuestión ante este tribunal, no estamos ante un “hecho” que haya de ser objeto por primera vez de una decisión de autoridad en España y que al presentar un elemento extranjero (el lugar de nacimiento, cuanto menos) deba ser resuelto conforme a la ley sustantiva a la que remita la norma de conflicto aplicable. La técnica jurídica aplicada no es la del conflicto de leyes, sino la del reconocimiento. Existe ya una decisión de autoridad, la adoptada por la autoridad administrativa del Registro Civil de California al inscribir el nacimiento de los niños y determinar una filiación acorde con las leyes californianas. Hay que resolver si esa decisión de autoridad puede ser reconocida, y desplegar sus efectos, en concreto la determinación de la filiación a favor de los hoy recurrentes, en el sistema jurídico español.

<sup>24</sup> Para Quiñones se debió solicitar el exequátur de la sentencia californiana de filiación para que obtuviera, alcanzado su reconocimiento, efectos de cosa juzgada y no solicitar la inscripción en el RC español de la certificación californiana con efectos de simple presunción de filiación (2009:14-15, 25-26). Lo que para el TS en su sentencia de 6/02/2014 resulta irrelevante: “...Ciertamente podría cuestionarse si la decisión de autoridad extranjera a reconocer es la de la práctica del asiento registral en el que aparece recogida la filiación de los menores o la de la sentencia previa dictada por la autoridad judicial que determinó tal filiación con base en el contrato de gestación por **sustitución** y por aplicación de las leyes de California. Pero este problema no ha sido planteado en ningún momento en el litigio, y no es imprescindible abordarlo para decidir las cuestiones relevantes objeto del recurso, por lo que entrar en consideraciones sobre el mismo cambiaría completamente los términos en que se ha producido el debate procesal y solo oscurecería la solución del recurso.

<sup>25</sup> STSJ de Oviedo de 9/04/2012; STSJ de Madrid, de 18/10/2012; STSJ Principado de Asturias, de 20/09/2012; Las SSTJUE de 18/3/2014 en los asuntos C-167/12 y C-363/12 sin embargo, deniegan el permiso de maternidad a las madres no gestantes al no estar el supuesto comprendido en la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación. Vid. Diago (2014). Sin embargo, la STSJ de Madrid, de 23/12/2014, reconoce el derecho del padre soltero a la prestación correspondiente al subsidio por maternidad en su calidad de padre monoparental del menor nacido e inscrito como español en el Régistro Consular de España en Nueva Delhi (INDIA)

<sup>26</sup> Opción que se intentó en el caso francés “Labassee” sin éxito y que terminó en la STEDH de 16/04/2014 de forma favorable.

<sup>27</sup> Decisión del TS de California de 14/07/2000, que estableció la filiación de los padres intencionales según el *California Family Code*, Sections 7630.3 f y 7650 (a).

<sup>28</sup> La SJPI de Pozuelo de Alarcón 25/06/2012 otorgó el exequátur a la sentencia californiana de determinación de la filiación y permitió el acceso al RC



alemana<sup>29</sup> y defiende la doctrina (Heredia, 2014b; Fresno y Jiménez, 2014:27) en contra de utilizar el orden público como control preventivo. La decisión preconcebida del TS fundamenta que le sirviera la mera certificación registral aportada por las partes para el rechazo, sin solicitarles, como hubiera sido preceptivo (Heredia 2014b), la resolución judicial californiana para comprobar la veracidad de los hechos inscritos y el control y garantías del procedimiento (arts. 23 LRC y 85 RRC). Parece que el TS quería zanjar el tema sin más dilaciones, nada más lejos de la realidad.

Sin embargo, las SSTEDH 26/06/2014<sup>30</sup> y 27/01/2015<sup>31</sup> han prohibido el recurso al orden público como motivo de oposición *in genere* al reconocimiento de una filiación ya determinada en el extranjero (De Miguel Asensio, 2014, Flores 2014, Farnós, Roca, Heredia, 191 y ss., 325 y ss. y 375 y ss. respectivamente en AAVV, 2015). Y ello, en virtud del art. 8 del CEDH en cuanto se refiere al derecho a la vida privada del menor dentro del cual el TEDH ha considerado integrado el derecho a una identidad única, lo que está en directa consonancia con la continuidad de las relaciones jurídicas en el espacio función del Derecho Internacional Privado<sup>32</sup>. Tras ello, la DGRN emitió una circular el 11 de julio de 2014 por la que se autorizaba a los Cónsules españoles a seguir aplicando la Instrucción de 5 de octubre de 2010. Pero el TS quiso reafirmar su postura, y lo hizo mediante el Auto de 2/02/2015 resultado de un incidente de nulidad de actuaciones en el que explica que razona sobre la inexistencia de similitud del supuesto enjuiciado con el resuelto por el TEDH, ya que en el caso español existen opciones legales en manos de las partes para obtener la filiación deseada por los solicitantes (Durán, 2015), solución que alteraría la identidad de los menores, sin que repare en ello el TS, aunque consigue legalizar sin quererlo, la gestación por sustitución.

Al interés del menor le reconoció el TS un valor “primordial” según el art. 3 de la Convención de Derechos del Niño de 1989, término que reproduce la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea<sup>33</sup>, y no “prioritario” como defienden algunos con base en el art. 2 LO de Protección Jurídica del Menor (De Torres, 2014: 2-3)<sup>34</sup>. Lo cierto es que para el TS el interés del menor no puede hacer tabla rasa de cualquier vulneración de los demás bienes jurídicos implicados (fto. 5º), por lo que no parece integrar los primeros peldaños del orden público al menos no en los términos de la Observación General núm. 14 de las Naciones Unidas de 2013 sobre la Convención de los Derechos del Niño en la que se dice : “...Lo mismo debe hacerse si entran en conflicto con el interés superior del niño los derechos de otras personas. Si no es posible armonizarlos, las autoridades y los responsables de la toma de decisiones habrán de analizar y sopesar los derechos de todos los interesados, teniendo en cuenta que el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial significa que

<sup>29</sup> STS alemán (*Bundesgerichtshof* o BGH) de 10/12/2014 que optó por considerar que el reconocimiento en Alemania de una resolución judicial de California relativa al establecimiento de filiación por maternidad subrogada no resultaba en el caso concreto contraria al orden público, destacando la importancia de una interpretación restrictiva del orden público respetuosa con el interés superior del menor y la conveniencia de evitar situaciones jurídicas claudicantes. Ahora bien, el BGH puso expresamente de relieve que tal conclusión se vinculaba con las peculiares circunstancias del caso concreto y se reservó de manera expresa la posibilidad de alcanzar un resultado distinto en situaciones diferentes, en particular en las que ninguno de los comitentes fuera el padre biológico del niño o en el que la madre gestante fuera la madre genética (“*Ob eine andere Beurteilung angebracht ist, wenn kein Wunschernteil mit dem Kind genetisch verwandt oder die Leihmutter auch genetische Mutter ist, bedarf im vorliegenden Fall keiner Entscheidung.*” ap. 53) (Blog De Miguel. P, 12/03/2015)

<sup>30</sup> *Affaire Mennesson c. Francia* (Demanda nº 65192/11) y *Labasse c. Francia* (Demanda nº 65941/11)

<sup>31</sup> STEDH 27/01/2015, *Affaire Paraíso et Campanelli c. Italia*, (Demanda nº 25358/12). Cdo.80. Selon la Cour, la référence à l'ordre public ne saurait toutefois passer pour une carte blanche justifiant toute mesure, car l'obligation de prendre en compte l'intérêt supérieur de l'enfant incombe à l'État indépendamment de la nature du lien parental, génétique ou autre. SI bien condena a Italia por la violación del derecho a la vida privada y familiar en una situación derivada de una gestación por subrogación en el extranjero no reconocida en Italia, lo hace al hilo de la, la violación por parte de Italia de la aplicación de manera injustificada de una medida extrema como la separación del menor de los comitentes de la gestación por subrogación (Blog De Miguel, P.)

<sup>32</sup> El derecho a la preservación de la identidad del menor y de los padres biológicos es reiteradamente recogido en la ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación de la ley de Protección al menor 1/1996.

<sup>33</sup> Art. 24.2 :En todos los actos relativos a los menores llevados a cabo por autoridades públicas o instituciones privadas, el interés superior del menor constituirá una consideración primordial”

<sup>34</sup> Al no incluir la LTRHA una norma protectora del menor específica, el TS recurrió a la fuente internacional tal y como le ordena el art. 10 Constitución española.

los intereses del niño tienen máxima prioridad y no son una de tantas consideraciones. Por tanto, se debe conceder más importancia a lo que sea mejor para el niño. Este juego terminológico se extingue con la entrada en vigor de la ley 26/2015, de 28 de julio de modificación del sistema de protección a la infancia y adolescencia que reconoce la supremacía del interés superior del menor como principio rector de la actuación de los poderes públicos (artículo primero, apartado seis, que modifica el art. 11 de la ley 1/1996 de 15 de enero). Dicha defensa del interés superior del menor deberá ser interpretada como derecho sustantivo, principio interpretativo y norma de procedimiento, tal y como recomendó la ONU en 2013<sup>35</sup> y acoge la STSJ de Madrid de 23/12/2014.

Consciente el TS de la desprotección del menor que genera su negativa a la inscripción de la doble filiación, recuerda las opciones protectoras abiertas para las partes según el mencionado art. 10.3 LTRA, que permite la reclamación de la paternidad respecto del padre biológico. Asimismo, -continúa la sentencia- figuras jurídicas como el acogimiento familiar o la adopción, permiten la formalización jurídica de la integración real de los menores en tal núcleo familiar” (apartado 11)<sup>36</sup>. Por tanto, en el caso de que ambos cónyuges hubieran sido donantes pero con compromiso entre ellos de anonimato para ignorar la titularidad genética, la imposición de la prueba biológica determinará la filiación respecto de uno solo y al cónyuge le corresponderá el derecho de adopción o la guarda, aunque ambos han manifestado expresamente la misma intención filial y han aportado material genético, aunque con espermatozoides que trabajan a distinta velocidad (Echezarreta, 2014:8). Solución criticable a mi juicio al dejar en manos de la iniciativa de los comitentes la determinación de la filiación como si fuera algo potestativo para quienes son los máximos responsables de los nacidos. Mucho más garantista fue el BHG alemán en su sentencia de 10/12/2014 al reconocer la filiación determinada en California de dos hombres, uno biológico, a pesar de estar prohibida en Alemania la gestación por sustitución y ser objeto de sanción para terceros participantes en el proceso, al priorizar el interés del menor por encima de cualquier interés de política legislativa o ideológico (Heredia en AAVV 2015, 371).

Preocupado el TS del riesgo que supone una filiación opcional ante el temor al arrepentimiento, fortalece el interés del menor en su sentencia con la autoridad del Ministerio Fiscal (apartado 12) que deberá ser siempre parte en los procesos de determinación e impugnación de la paternidad (art. 749 y 765 LEC). Podría llegar el caso de que el mismo Ministerio Fiscal que impugnó la resolución de la DGRN de 2009 de inscripción en el RC español de la certificación de filiación californiana por ser contraria al orden público español, lo veamos en el futuro interponiendo la acción de filiación biológica en interés del menor si los comitentes se negaran a interponerla<sup>37</sup>. Y más aún, el art. 764.4 LEC prevé que la negativa injustificada a someterse a la prueba biológica de paternidad permitirá al tribunal declarar la filiación reclamada, siempre que existan otros indicios y la prueba de ésta no se haya obtenido por otros medios. Por lo que nos preguntamos ¿que interés de orden público ha protegido el TS denegando el reconocimiento de la certificación de la filiación californiana a favor de los comitentes? Creo que ninguno (Echezarreta, 2014)<sup>38</sup>. Las mujeres seguirán gestando en las mismas condiciones, las agencias negociando y los nacidos inscribiéndose en España si acceden sus promotores a la determinación de la filiación biológica, a la adopción o a la posesión de estado, o permaneciendo en el limbo jurídico en el peor de los casos si el Ministerio Fiscal no interviene, solución menos garantista que la propuesta por la Instrucción de 5/10/2010.

El problema se complicaría si la filiación se hubiera determinado en Inglaterra o en Grecia, dos de los países de la UE que permiten, con límites, la gestación subrogada. Y ello en virtud de la

<sup>35</sup> Vid. El Convenio Europeo sobre el Ejercicio de los Derechos de los Niños, hecho en Estrasburgo el 25 de enero de 1996 que entrará en vigor para España el 1 de abril de 2015.

<sup>36</sup> Estos argumentos se vuelven a utilizar en el ATS de 2/02/2015, para diferenciar la normativa española de la francesa y alejarse de las sentencias *Labassee* y *Mennesson* del TJUE.

<sup>37</sup> Que por cierto, el TS advierte en el Auto de 2/02/2015, que los promotores aún no han instado la filiación biológica tal y como le propusieron en la Sentencia de 16/02/2014, advirtiéndoles de que ya podría estar muy avanzado el procedimiento.

<sup>38</sup> Prueba de lo cual es la publicidad de las agencias mediadoras que aparece en la prensa española <http://www.malagahoy.es/article/sociedad/1763216/unas/parejas/espanolas/contratan/vientres/alquiler/extranjero/cada/ano.html>

vulneración a la libertad de circulación de personas (art. 21 TFUE) que el rechazo al reconocimiento podría conllevar. El supuesto no está debatido, tan solo existe algún tímido guiño con la sentencia del Tribunal de Apelación de Bari de 19/02/2009 (Álvarez, 2010: 88).

La reforma legal de este asunto comenzó con la ley 20/2011, de 21 de julio de RC, que consagra un nuevo diseño registral desjudicializado<sup>39</sup>. Del art. 96 se concluye que en el caso de que la certificación extranjera constituya un mero reflejo registral de una resolución judicial previa, será ésta el título que tenga acceso al Registro de acuerdo a alguno de los procedimientos contemplados en dicho artículo 96 que prevé el reconocimiento automático por parte del Encargado del RC. Este deberá verificar:

- a) La regularidad y autenticidad formal de los documentos presentados (art.95).
- b) Que el Tribunal de origen hubiera basado su competencia judicial internacional en criterios equivalentes a los contemplados en la legislación española.
- c) Que todas las partes fueron debidamente notificadas y con tiempo suficiente para preparar el procedimiento.
- d) Que la inscripción de la resolución no resulte manifiestamente incompatible con el orden público español. Excepción que ya no podrá apreciarse con la generalidad que lo hizo el TS en su sentencia de 6/02/2014 tras la STEDH de 26/06/2014, que declaró dicha postura contraria al interés del menor pues supondría alterarle la identidad filial ya reconocida y ello sí iría en contra del derecho a la vida privada del menor. El respeto a la vida privada exige que cada persona pueda establecer los detalles de su identidad como ser humano. En este caso concreto, existe una relación directa entre la vida privada de los niños nacidos de una gestación por sustitución y la determinación jurídica de su filiación (punto 38). Extremo que el TS sigue sin aceptar tras su Auto de 2/02/015 (Heredia, en AAVV, 2015, 381).

El siguiente se produjo el 13/06/2014, con el Proyecto de Ley de Medidas de reforma administrativa en el ámbito de la Administración de Justicia y del Registro Civil, que modifica la ley 20/2011 de RC aún sin haber entrado en vigor<sup>40</sup>. El proyecto incluyó un apartado séptimo al art. 44: "En los casos de nacimiento fuera de España, cuyo régimen de filiación esté sujeto a la legislación extranjera, se consignará en todo caso la filiación materna correspondiente a la madre gestante, siendo necesaria para hacer constar la filiación paterna no matrimonial la declaración conforme del padre y de la madre sobre dicha filiación; si la madre estuviera casada y la legislación extranjera lo exigiera, se precisará la conformidad del marido respecto de tal filiación. En cualquier otro caso, para la inscripción en el RC de la filiación del nacido será necesario que haya sido declarada en una resolución judicial reconocida en España mediante un procedimiento de exequátur".

De la confusa redacción del precepto (Durán Agayo, A. 2014) podemos extraer una voluntad legal "obligada" de reconocimiento de la decisión extranjera de filiación, encapsulada entre requisitos de difícil cumplimiento cuando no estén incluidos en la legislación extranjera ya que la consignación de la filiación materna de la mujer gestante solo será posible si existe la previsión y el cauce legal en el ordenamiento de origen. De otro lado, la exigencia de control judicial en origen y destino, chocan con las previsiones generales de los arts. 96 y 98 que no se reforman y con el control en las adopciones transfronterizas en las que pueden participar en el proceso otro tipo de autoridades (art.26.1.1º LAI)<sup>41</sup>, cuanto más en unos momentos en que en España se está produciendo un importante trasvase de funciones de los Jueces a los Registradores y Notarios. Sin embargo, el proyecto convertido en ley supuso la desaparición de cualquier mención a la gestión por sustitución<sup>42</sup>

<sup>39</sup> El art. 96 regula el acceso de resoluciones judiciales extranjeras al RC español y el art. 98 hace lo propio respecto de las certificaciones de asientos extendidos en Registros extranjeros

<sup>40</sup> La ley 20/2011, ha sufrido otro aplazamiento hasta 30/06/2017 por la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria (Disp.Final cuarta, doce).

<sup>41</sup> En la anterior redacción del art. 26.1.1º LAI, se especificaba la naturaleza judicial o no de la autoridad pública extranjera competente para constituir la adopción, especificidad que ha desaparecido en la reforma de la ley 26/2015, de 28 de julio, en que se omite haciendo solo una referencia a la autoridad pública.

<sup>42</sup> BOE nº. 167, de 14 de julio de 2015.

Por tanto, la reforma de 2011 elevó a la categoría de ley la RDGN de 5/10/2010 sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución (Heredia, 2014a:306), ya que permitía la inscripción de aquellas decisiones judiciales extranjeras que declaren la filiación de un nacido de español (alguno de los comitentes ha debido aportar gametos masculinos para poder transmitir la nacionalidad española, art 17.1CC), siempre que la resolución extranjera supere el control de legalidad procesal que no material, cifrado en los cuatro requisitos mencionados. Esta es la dirección por la que camina la propuesta de Convenio de la Conferencia de La Haya al regular el reconocimiento de las filiaciones válidamente constituidas en el extranjero, aunque dicha práctica no esté permitida en el Estado de la inscripción. Sin embargo, la propuesta de modificación de junio pasado, parece cambiar la dirección con la consignación obligada de la mujer gestante y el control judicial mediante ejecutur. El recorrido legal no ha terminado (Durán, 2015), aunque el interés solo parece centrado en la regulación del reconocimiento de filiaciones determinadas en el extranjero, lo que supondrá la salida forzosa del país para conseguir el sueño filial, privilegio que solo alcanzarán las personas de mayor poder adquisitivo, lo que no es ninguna novedad en todos los procesos de filiación colaborativa.

## Conclusiones

1. La filiación sigue siendo un anhelo del ser humano al tiempo que la máxima expresión de la responsabilidad dentro del *status familiae*. Constituye a su vez la pieza clave del reemplazo generacional imperativo en sociedades envejecidas como la española y sigue siendo pieza clave del progreso social y del mantenimiento de la especie.
2. La “infertilidad estructural” derivada de la ausencia de elementos biológicos para la procreación (genéticos o gestacionales) y la “infertilidad social” derivada de la postergación de la procreación por razones, sociales, familiares o laborales, son algunas de las causas de un proceso de consolidación de la filiación intencional sin vinculación biológica y paralelamente de la supresión de la intención filial de los participantes biológicos en la procreación. Es a lo que he llamado filiación colaborativa. Los retos y desafíos planteados están en función del control público de la libertad, información y compromiso de los consentimientos, de la consideración del interés del menor por encima de los intereses de terceros, así como de la altura moral de participantes y mediadores.
3. En este debate ocupa un lugar destacado la gestación por sustitución, promocionada por algunos ordenamientos, prohibida o permitida con condiciones en otros, y “soportada irremediablemente” en los demás, entre los que, a mi juicio, se incluye España. Hoy por hoy, podemos decir que dicho proceso de gestación está permitido en España. Las empresas mediadoras captan clientes en todos los puntos de España sin control público alguno y con ofertas para todos los destinos extranjeros en los que el proceso está consolidado. De otro lado, los españoles están culminando el proceso de gestación solos, en parejas homosexuales o heterosexuales, aportando material genético o no, sin que tampoco exista control alguno del consentimiento ni condiciones de la mujer gestante ni de los comitentes. Según la reciente jurisprudencia del TS, para la inscripción en el RC español de los nacidos mediante estos procesos, es necesaria una resolución judicial española que determine la filiación del padre biológico si lo hubiera, la adopción del cónyuge en su caso, o la posesión de estado de ambos en los demás supuestos, sin que, al parecer, sea posible ni necesario el reconocimiento de resoluciones judiciales extranjeras que hayan controlado los consentimientos en los términos de la última Instrucción DGRN de 5/10/2010.
4. Aunque, como vemos, el proceso de gestación por sustitución se integra en España a través de mecanismos jurídicos alternativos, sin embargo, el ordenamiento español se afana por considerar prohibida estas prácticas que, sin embargo, han conseguido colarse en la vida civil y social de España ante una regulación que hace agua. La nulidad del contrato del art. 10.1 de la LTRHA solo significa que las partes no se pueden reclamar su contenido y, en la práctica, ese no es el asunto jurídico controvertido, pues la filiación no debe nacer nunca de un contrato sino de una resolución judicial que controle las renunciaciones y aceptaciones de los participantes, al igual que ocurre en la adopción. De otro lado, la determinación legal de la maternidad de la mujer gestante del

art.10.2LTRHA, tampoco es determinante, pues debe existir una renuncia libre, consciente e irrevocablemente a su filiación antes de la gestación para que pueda nacer una nueva respecto de los comitentes, al igual que ocurre también en la adopción. Si a una madre, en principio, intencional, genética y gestante es posible que el Derecho le extinga su vínculo filial por el hecho de no disponer de medios económicos para cuidar de su hijo como ocurre en numerosos casos en la adopción internacional, no parece descabellado pensar que el derecho suprima el efecto filial de una mujer gestante que desde el primer momento manifiesta no tener intención filial alguna, que, en la mayoría de los casos, no aporta material genético, y que gesta con la confianza de que existe el compromiso filial de unos terceros, siempre, lógicamente que el proceso esté rodeado de garantías suficientes.

5. Esta incongruencia exige una regulación urgente del proceso con las limitaciones necesarias para proteger la dignidad de las personas intervinientes y su autonomía para decidir tras una adecuada información, priorizando en todo caso, el interés del menor centrado en el reconocimiento de una única identidad personal y familiar, en el desarrollo de su personalidad en las mejores condiciones de protección que, en principio, pueden ofrecer mejor que nadie sus padres intencionales, y, sobre todo, evitando la comercialización del proceso, que es la causa principal de los riesgos que conlleva. Porque la gestación colaborativa no tiene porqué generar riesgos *in genere* pero sí los puede generar y muy graves, *ad casu* ante la ausencia de límites y de control.

6. La complejidad del problema y los altos riesgos que conlleva exigen la apertura de un debate sobre la reforma de la ley 14/2006 en paralelo con el debate abierto a nivel internacional en la Conferencia de La Haya sobre el tema para supuestos transfronterizos. Solo así se podría intentar alcanzar: a) la regulación del fenómeno con estrictas garantías protectoras, lo que supondría una contención mayor que su prohibición o deficiente regulación; b) el compromiso de un gran número de Estados interesados, lo que frenaría abusos y armonizaría los parámetros jurídicos mediante un consenso ético, y, c) mayor seguridad jurídica y estabilidad personal, familiar y social, hoy en peligro ante una práctica descontrolada. Si se cree que se consiguió con la adopción internacional o la reproducción asistida, se puede intentar también con la gestación por sustitución. No hacerlo podría pasar una elevada factura.

## REFERENCIAS

- AAVV (2015). “Treinta años de reproducción asistida en España: una mirada interdisciplinaria a un fenómeno global y actual”. Benavente, P. Farnós, E.(Coord.). *Boletín del Ministerio de Justicia*, LXIX, 2179, junio.
- Álvarez de Toledo Quintana, L. (2014). “El futuro de la maternidad subrogada en España: entre el fraude de Ley y el correctivo de orden público internacional”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 6, 2, pp. 5-49.
- Álvarez González, S. (2010). “Efectos en España de la gestación por sustitución llevada a cabo en el extranjero”. *Anuario Español de Derecho Internacional privado*, X, pp.339-377.
- (2013) “Filiación natural y filiación adoptiva”, *Tratado de derecho de la persona física*. Solé Resina, J. y Gete-Alonso y Calera, M.C. (dir.), vol. 2.
- Arenas García,R. y González Beilfuss,C. (2009). “La Ley 54/2007 de 28 de diciembre de adopción internacional: entre la realidad y el deseo”. *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, 17.
- Atienza Rodríguez.(2008).“Sobre la nueva Ley de Reproducción Humana asistida”. *Revista de Bioética y Derecho*, (14), <http://www.bioeticayderecho.ub.es>
- (2009): “De nuevo sobre las madres de alquiler”, *Notario del Siglo XXI* (27). pp.52-56
- Ayarza Sancho, J.A. (2008). “La influencia de la autonomía de la voluntad en la filiación determinada por el reconocimiento”. *Diario La Ley*, núm. 6932, 24 abril.
- Blanco Morales, P. (2015). *Bitácora Millennium DIPr*. núm. 1. <http://www.millenniumdipr.com>
- Cahn (2009). *Test Tube Families (Why the Fertility Market Needs Legal Regulation)*. New York and London, New York University Press.
- Calvo Caravaca, A.L. y Carrascosa González, J. (2009). “Gestación por sustitución y Derecho Internacional Privado: consideraciones en torno a la Resolución de la Dirección General de los Registros y del notariado de 18 de febrero de 2009”. *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 1(2), pp.294-319.
- (2011). “Notas críticas en torno a la instrucción de la dirección General de os Registros y del notariado de 5 de octubre 2010 sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución”. *Cuadernos de Derecho Transnacional* 1(2), pp.247-262.
- Callejo Rodríguez, C. (2014). “La llamada doble maternidad «por naturaleza»”:la prevalencia de la voluntad de ser progenitora” (1). *Diario La Ley*, 8240, pp.1-9.
- De Torres Pera, J.M. (2014). “Comentario de la STS de 6 de febrero de 2014 sobre maternidad por sustitución desde la perspectiva del interés del menor”. *Diario La ley* (8281), pp.1-13.
- Diago Diago, M.P. (2014). “Igualdad de trato entre los trabajadores y las trabajadoras: negativa a concederle a una madre subrogante un permiso retribuido equivalente a un permiso de maternidad o a un permiso por adopción”. *Revista Jurídica de Cataluña*, 3, pp.256-262.
- Díaz Romero, M.R. (2010). “La gestación por sustitución en nuestro ordenamiento jurídico”, *Diario La Ley*, (7527), pp.1-9.
- Durán Ayago A. (2012). “ El acceso al Registro Civil de certificaciones registrales extranjeras a la luz de la Ley 20/2011: relevancia para los casos de filiación habida a través de gestación por sustitución”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, pp. 265-308
- (2015) Una encrucijada judicial y una reforma legal por hacer: la gestación por sustitución. *Bitácora Millenium Dipr*. <http://www.millenniumdipr.com/bitacora>, núm. 2.
- (2015) Gestación por sustitución. Y de repente, el PSOE...<http://diarium.usal.es/aduran>, 1 julio.
- (2014) “Valoración del proyecto presentado por el gobierno para regular la filiación de los niños nacidos por gestación subrogada”, <http://www.gestacion-subrogada.com/valoracion-proyecto-de-ley-registro>.
- Echezarreta Ferrer, M.(2014). “El espermatozoide veloz gana la carrera” (2014). *Diario Málaga-Hoy*, (26 de febrero).
- (2005). “La marca de familia” *Diario Málaga-Hoy*, (1 de septiembre).

- Engels, F. (1884). El origen de la familia, de la propiedad y del Estado. Versión castellana Mendoza, J.A. Buenos Aires.: Claridad, quinta edición, 1946.
- Espinar Vicente, J.M. (2011). La Ley 20/2011 de registro civil y la certificación registral extranjera como título de inscripción. *Anuario español de derecho internacional privado*, 1578-3138, 11, pp. 485-525.
- (2012) “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 en fraude de ley”. Esplugues Mota, C. et al. *Nuevas fronteras del Derecho de la Unión Europea*. pp.589-604.
- Farnós Amorós, E. (2010). “Inscripción en España de la filiación derivada del acceso a la maternidad subrogada en California”. *InDret*, (1). [www.indret.com](http://www.indret.com).
- (2010). “European Society of Human Reproduction and Embriology 26<sup>th</sup> Annual Meeting”. *InDret*, (1). [www.indret.com](http://www.indret.com).
- Fernández Rozas, J.C, Sánchez Lorenzo, S.(2013). *Derecho Internacional Privado*. Madrid. Civitas. pp.459-461.
- Flores Rodríguez, J. (2014). “Vientres de alquiler: más cerca de su reconocimiento legal en Europa (Comentario a la STEDH de 26 de junio de 2014, recurso no 65192/11)”. *Diario La Ley*. Derecho de familia, 7 de Julio, núm. 8363, Tribuna.
- Fulchiron, M. (2014-2) “La lutte contre le tourisme procréatif: vers un instrument de coopération international?”, *Journal du Droit International*, pp.563-587.
- Guillaumé, J. (2014-1) “Comentario a la Sentencia de la Cour de Cassation (1a cámara civil), de 13/09/2013. Gestación por sustitución. Fraude de ley”, *Journal du Droit International*, pp.133-148.
- Hardy&Makuch (2002). “Gender, infertility and ART”, en Effy Vayena; Rowe, P.J., and Griffin, P.D. (Eds.), *Current practices and Controversies in Assisted Reproduction (Report of a meeting on “Medical, Ethical and Social Aspects of Assisted Reproduction” held at Who Headquarters in Geneva, Switzerland 17–21 September 2001)*, Geneva, Who, 2002, 1-404. <http://whqlibdoc.who.int/hq/2002/9241590300.pdf>.
- Heredia Cervantes, I. (2014a). “La ley de Registro Civil de 2011 y la inscripción de las resoluciones extranjeras”, en Font, M. *El documento público extranjero en España y en la Unión Europea*. Bosch, pp.301-330.
- (2014b). “El Tribunal Supremo y la gestación por sustitución: crónica de un desencuentro”. *Notario del siglo XXI*. (54).
- Hernández Rodríguez, A. (2014). “Determinación de la filiación de los nacidos en el extranjero mediante gestación por sustitución:¿ Hacia una nueva regulación legal en España?”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*. Vol. 6, 2.
- Inhorn and Patrizio (2009). “Rethinking reproductive «tourism» as reproductive «exile»”. *Fertil Steril*, sep;92(3):pp.904-6.
- Kemelmajer de Carlucci, A., (2004). “El derecho humano a conocer el origen biológico y el derecho a establecer vínculos de filiación. A propósito de la decisión del Tribunal Europeo de Derechos Humanos del 13/2/2003 en el caso "Odièvre c/France", *El derecho de familia ante el siglo XXI: aspectos internacionales*. Calvo Caravaca, A.L. y Castellanos Ruiz, E. (coords.), pp. 511-530.
- Krasnow, A.N.,(2014). “La filiación y sus fuentes en el Proyecto de Reforma Código Civil y Comercial 2012 en Argentina”. *InDret* (3), 1-50. [http://www.indret.com/pdf/909\\_es.pdf](http://www.indret.com/pdf/909_es.pdf)
- Lagarde,,P., (2008).“La reconnaissance mode d’emploi“, in *Vers de nouveaux équilibres entre ordres juridiques*, MéL. Hélène Gaudemet-Tallon (21): pp.481 et ss.
- Lamm E. (2012). “Gestación por sustitución. Realidad y Derecho”. *InDret*, 3.
- (2013). *Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*, Universitat de Barcelona, Publicacions i Edicions.
- Lasarte, J. (2012). “La reproducción asistida y la prohibición legal de maternidad subrogada admitida de hecho por vía reglamentaria”. *Diario La Ley*, (7777): 1-16.
- Orejudo Prieto de los Mozos,P.(2009). “Nota a la Resolución DGRN 18.2.2009”. *Anuario Español Derecho Internacional Privado*. IX, pp.1249-1252

- (2012) “Reconocimiento en España de la filiación creada en el extranjero a través de una maternidad de sustitución”. *Iguales y Diferentes ante el Derecho privado*. Tirant Lo Blanch, Valencia, pp. 465-516. [http://eprints.ucm.es/23272/1/reconocimiento\\_en\\_espana.pdf](http://eprints.ucm.es/23272/1/reconocimiento_en_espana.pdf).
- Parkin,R.&Stone,L. (2007). *Antropología del parentesco y de la familia*. Editorial Universitaria Ramón Areces.
- Pennings, G., (2002). “Reproductive tourism as moral pluralism in motion”, *Journal of Medical Ethics*, 2002, vol. 28, pp.337-341.
- Quiñones Escámez,A. (2009a). “Nota a la Resolución DGRN 18/02/2009”. *Revista Española de Derecho Internacional*, pp.215-219.
- (2009b). “Doble filiación paterna de gemelos nacidos en el extranjero mediante maternidad subrogada. En torno a la Resolución a la DGRN de 18 de febrero de 2009”. *Indret* (3).
- Rivero Hernández.F. (2003). “De nuevo sobre el derecho a conocer el propio origen: el asunto Odièvre (sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 13 de febrero de 2003)”. *Actualidad Civil*, 2, pp.593-632.
- (2004). “La constitucionalidad del anonimato del donante de gametos y el derecho de la persona al conocimiento de su origen biológico” *Revista jurídica de Catalunya*, 103 (1), pp.105-134.
- (2005) “Los reconocimientos de complacencia”, *Anuario de Derecho Civil*, 58 (3), pp. 1049-1114.<http://www.fmyv.es/ci/es/Infancia/Igpi/13.pdf>.
- Rodríguez Benot, A. (1989). “La eficacia extraterritorial de la adopción simple. El reconocimiento en España de las adopciones simples constituidas al amparo de ordenamientos iberoamericanos. Rodríguez Benot, A. y N. González Martín (eds.), *Estudios sobre adopción internacional*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México DF, 2001, pp.365-389. <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/1/145/14.pdf>
- Rodríguez Mateos, P. (2013). “La diversidad normativa en la protección internacional del menor”. *Entre Bruselas y La Haya: Estudios sobre la unificación internacional y regional del Derecho internacional privado*. Liber amicorum Borrás, A. Forner i Delaygua, J.,González Beilfuss,C. Viñas Farré, R. (coords.),pp.785-798.
- Shenfield, F., de Mouzon, J., Pennings, G., Ferraretti, A.P., Nyboe A., Andersen, G. de Wert, and Goossens, V. the ESHRE Taskforce on Cross Border Reproductive Care, (2010). “Cross border reproductive care in six European countries”, *Human Reproduction*, 25(6), pp.1361-1368. <http://humrep.oxfordjournals.org/cgi/reprint/25/6/1361> .
- Tamayo Acosta, J.J. (2002). “Hijo de Dios”: Metáfora de la Teología cristiana” en Jesús y Dios, volumen 6 de la colección "Hacia la comunidad",Trotta, Madrid, capítulo IV, pp. 111-142.
- Tonolo S., (2014-1). “La transcripzione degli atti di nascita derivanti da maternità surrogata: ordine pubblico e interesse del minore”,*Rivista di Diritto internazionale privato e processuale*, pp. 81-108.
- Vela Sánchez, A.J (2011). “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”. *Diario La Ley*, (7621).

## SOBRE LA AUTORA

**Mayte Echezarreta Ferrer:** Profesora Titular de Derecho Internacional Privado. Doctora en Derecho. Directora del Observatorio Europeo de Gerontomigraciones. Investigadora principal de diferentes proyectos sobre movilidad transfronteriza de jubilados y participante en otros proyectos sobre violencia de género, Derecho contractual comparado, innovación educativa y participación y representación política de los extranjeros en España. Autora de diferentes publicaciones sobre el principio de autonomía personal, gerontomigración, protección de menor, innovación educativa, entre otros temas. Miembro del Comité académico del despacho de abogados GVA&Atencia desde 2007 (OTRI-UMA Ref. 8.06/5.08.2896).