

# Doble filiación paterna de gemelos nacidos en el extranjero mediante maternidad subrogada

En torno a la RDGRN de 18 de febrero de 2009

## Ana Quiñones Escámez

Facultad de Derecho  
Universitat Pompeu Fabra

### Abstract\*

*Las páginas que siguen se centran en los aspectos de Derecho internacional privado que plantea la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado (en adelante, DGRN) del pasado 18 de febrero. La resolución estima el recurso interpuesto contra el auto del Encargado del Registro Consular, y ordena la transcripción en el Registro Civil español de los certificados de nacimiento extranjeros que establecen la doble paternidad de unos gemelos nacidos de una madre subrogada en California. Una vez examinada la cuestión resuelta por la DGRN, trataremos las no resueltas y los métodos de DIP concurrentes para resolverlas (leyes de policía, conflicto de leyes y reconocimiento de documentos públicos, decisiones judiciales y situaciones jurídicas). Se hará hincapié en la relación existente (causa-efecto) entre la decisión judicial y el certificado de nacimiento como título (artículo 83 RRC). A continuación, se tendrán en cuenta los límites internacionales que prevén algunas legislaciones nacionales para evitar la creación de situaciones claudicantes, válidas en el país que se crean, pero no en el país del reconocimiento. Se destacará, aquí, el fraude a la jurisdicción (forum shopping) y el “fraude a los conflictos de calificaciones”. Ambos aspectos son relevantes, pues es la voluntad de las partes a partir del contrato de maternidad subrogada la que permite atraer la cuestión de la filiación ante los tribunales (y la ley) del país donde la práctica médica se realiza y van a nacer los menores. A modo de conclusión, analizaremos el papel de la cláusula del “interés superior del Niño” (norma supra-nacional) y el “interés de los niños” in casu.*

*The following pages focus on Private International Law issues raised by the Resolution of the Spanish “Dirección General de los Registros y del Notariado” (DGRN) of last February the 18<sup>th</sup>. Reversing the previous decision of the Consular Register, the Resolution agrees to register in the Spanish Office of foreign birth certificates the double paternity of twins born by means of surrogate motherhood in California. Once submitted the main issue settled by the DGRN, we will examine the pending questions and the resolution methods available at Private International Law (mandatory rules, conflict of laws and recognition of official certificates, judicial decisions and legal situations). At this point we will take into account the relationship (cause-effect) between the judicial decision and the birth certificate as a title (artículo 83 RRC). Later on, we will review the limits provided by some domestic laws in order to avoid creating “limping situations” valid in the country of origin but illegal abroad. We will follow remarking the aspects of fraud in the jurisdiction (forum shopping) and the “fraud in the conflict of qualifications”. Both aspects are relevant since the contract issue (surrogacy) is the one which attracts affiliation issues before the courts (and law) of the country where surrogacy is practised and where the children will be born. We will conclude with some remarks regarding the role of “the best interest of the Child clause” (supra-national rule of law) and the “best interest of the children” in this case.*

*Title: Double Paternity of Twins Born Abroad by Surrogate Motherhood*

*Palabras clave: Certificados de nacimiento, Gestación por sustitución, Leyes de policía, fraude a la jurisdicción, Fraude al conflicto de calificaciones, Orden público internacional, Interés superior del Niño*

---

\* El presente trabajo se vincula al Proyecto DER2008-01809, “El derecho de filiación ante los conflictos entre identidad biológica y parentalidad social”, bajo la dirección del Prof. Dr. Joan EGEA FERNÁNDEZ. Este artículo trae causa en el Seminario del Área de Derecho Civil de la UPF, de 21 mayo de 2009, y en el cual la Prof. Esther FARNÓS AMORÓS presentó los aspectos civiles de derecho material de la Resolución analizada.

*Keywords:* Birth Certificate, Foreign Surrogacy, Mandatory Rules, Forum Shopping, Fraud in the Conflict of Qualifications, International Public Order, Best Interest of the Child

## *Sumario*

### 1. Introducción

1.1. Hechos relevantes, planteamiento de la cuestión y límites de la Resolución

1.2. Reconocimiento de la “gestación por sustitución” californiana en Europa

### 2. Cuestión que se resuelve: la transcripción de los certificados de nacimiento extranjeros

2.1. Eficacia probatoria de los documentos públicos extranjeros y acceso al registro

2.2. Control de legalidad del título: los certificados de nacimiento y la sentencia californiana

### 3. Cuestiones de fondo no resueltas y pluralidad de métodos en DIP: reconocimiento de decisiones y situaciones creadas en el extranjero

3.1. El método de las *leyes de policía* y de los *intereses gubernamentales*: licitud del contrato de maternidad subrogada y sus efectos en la filiación

a) El art. 10 de la LTRHA como ley de policía

b) Ámbito de aplicación

c) Consecuencias de su aplicación y de su no-aplicación: disociación entre el contrato y el *status filii*

3.2. El método conflictual y sus correctivos: aplicación de la ley española a la filiación de los menores

3.3. El método del reconocimiento de sentencias, actos públicos y situaciones creadas en el extranjero

a) Exclusión de la revisión de fondo y del control de la ley aplicada en el ámbito del *exequátur*

b) Control de la competencia judicial internacional

c) El fraude a la ley y a la competencia

### 4. Límites internacionales en el acceso a la maternidad subrogada

4.1. Límites en el acceso a la técnica respecto a los extranjeros no residentes (Grecia)

4.2. Límites al reconocimiento y establecimiento de la filiación (Reino Unido)

4.3. El fraude al conflicto de calificaciones: el contrato y la filiación

### 5. Conclusiones

## 1. Introducción

Las páginas que siguen tratan los aspectos de Derecho internacional privado que plantea la gestación de sustitución siguiendo la Resolución de la DGRN de 18 de febrero de 2009, que estima el recurso interpuesto contra el auto del Encargado del Registro Consular, y ordena que se proceda a la transcripción al Registro Civil español de las menciones contenidas en los certificados de nacimiento extranjeros de dos gemelos que nacieron mediante maternidad subrogada en California. Introducido el tema (I), y el punto en el que se encuentra el caso, nos adentraremos en la cuestión resuelta por la DGRN (II) y en las que no resuelve, al hilo de los argumentos que va dando esta última y de los métodos de DIP que concurren para resolverla (III). A continuación, se examinarán los límites internacionales que envuelven a la maternidad subrogada, lo que evita la creación de situaciones claudicantes (válidas en el país de origen, pero no en el país del reconocimiento) y permite un freno al fraude (o el llamado “turismo procreativo”). Se hará, aquí, hincapié, en el fraude a la jurisdicción (competencia judicial internacional) y en el “fraude al conflicto de calificaciones”, pues la voluntad de las partes en el acuerdo contractual permite atraer la cuestión de la filiación ante los tribunales (y la ley) del país donde el contrato de maternidad subrogada y la práctica médica se realizan y donde van a nacer los menores (IV). Terminaremos con unas conclusiones finales en torno al orden público internacional y unas propuestas *de lege ferenda* (V).

### 1.1. Hechos relevantes, planteamiento de la cuestión y límites de la Resolución

La RDGRN resuelve un recurso, interpuesto por dos hombres casados, ambos ciudadanos españoles y residentes en España, contra el auto del Encargado del Registro Civil Consular español en Los Ángeles-California (USA), en el que se deniega la inscripción del nacimiento de sus dos hijos nacidos de una madre subrogada en dicho Estado norteamericano<sup>2</sup>.

El Encargado del Registro Civil Consular, en su función calificadora, relativa a la veracidad de los hechos y al control de la legalidad, fundamenta la denegación en el artículo 10 de la

---

<sup>2</sup> Los padres de los menores se dirigieron al Registro Consular español en California con la finalidad de obtener la documentación que les permitiera volver a España con los mismos. En la demarcación consular (zona 17: EE.UU-Los Ángeles) existe un Registro cuyos asientos, certificaciones y diligencias se autorizarán por el Encargado, conforme al artículo 52 RRC. El Encargado del Registro Consular, califica los hechos o los documentos aportados, y ordena la transcripción practicando el asiento correspondiente, siempre que no haya duda de la realidad del hecho inscrito y de su legalidad conforme a la ley española (artículo 23 LRC). Ha de dar cuenta al Ministerio de Justicia, trasladando al Registro Central los datos para su debida incorporación, pues las inscripciones que abren folio en el Registro a su cargo se extienden por duplicado remitiéndose al Registro Central un ejemplar de las mismas (artículo 12 LRC). El control sobre los hechos relativos a los nacimientos, la filiación y los matrimonios, se ha visto reforzado, en nuestros días, a los efectos de evitar el fraude a la normativa de extranjería (el procedimiento de reagrupación familiar) y sobre la nacionalidad española. Si bien, en este caso, no son tales los motivos que conducen al Encargado del Registro a denegar la inscripción sino el que los menores hayan nacido por medio de maternidad subrogada prohibida por el artículo 10 LTRHA.

Ley 14/2006, de 26 de mayo, *sobre técnicas de reproducción humana asistida* (LTRHA). Este artículo prohíbe la "gestación de sustitución", tanto a título oneroso como gratuito, y la renuncia pactada de la filiación materna en favor del contratante o de un tercero (artículo 10.1). Asimismo, establece que la filiación materna de los hijos nacidos por gestación de sustitución la determina el parto, de modo que la mujer que da a luz es la madre legal del niño (artículo 10.2). Sin embargo, deja abierta la posibilidad de que se establezca la filiación con respecto al padre biológico (artículo 10.3)<sup>3</sup>, lo que era plausible, en tal caso<sup>4</sup>. El derecho español, a través del artículo 10 LTRHA, permite que los niños no queden sin una filiación biológica paterna establecida. Pero el establecimiento no es automático o inmediato, pues requiere el reclamar la paternidad acudiendo a los tribunales, siguiendo la acción las normas generales. Puesto que ni madre gestante ni, en su caso, la madre biológica<sup>5</sup>, constan en los certificados de nacimiento extranjeros, los menores se verían privados de la filiación materna, salvo que los reclame la madre que ha dado a luz.

La maternidad subrogada es una práctica médica y legal importada del extranjero que plantea el problema del reconocimiento de su eficacia en nuestro país. El contrato de maternidad subrogada -prohibido en nuestro país- tiene lugar en California, donde nacen los menores. Las consecuencias sobre el *status filii* o la filiación de los menores, nacidos en California, quedan sujetas a las normas de DIP, lo que incluye el reconocimiento de las decisiones de las autoridades californianas o el conocimiento de nuestros tribunales y la posible aplicación de la ley española a la cuestión de la filiación. E incluso, la posible aplicación del artículo 10 de la LTRHA como ley de policía (de aplicación necesaria e inmediata) o como fundamento que coadyuva al límite del "orden público internacional español". Solución por la que pareció haberse decantado el Encargado del Registro Civil.

El procedimiento seguido por los particulares no consiste en solicitar ante los tribunales españoles el exequátur de la decisión californiana que establece la filiación para que adquiera eficacia de cosa juzgada en nuestro país. Los documentos extranjeros que se aportan son las certificaciones de nacimiento de los menores emitidos por la autoridad administrativa del Registro norteamericana (*The California Office of Vital Records*) para el reconocimiento de la eficacia probatoria registral (fe pública registral). La expedición de tales documentos, empero, fue ordenada por los tribunales civiles de California con

---

<sup>3</sup> L 14/2006: Artículo 10. Gestación por sustitución

1. Será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero.
2. La filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto.
3. Queda a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales.

<sup>4</sup> La práctica en el caso de parejas del mismo sexo (hombres) es la de mezclar el semen de la pareja, siendo muy difícil que aniden al mismo tiempo dos embriones fecundados con el esperma de cada padre.

<sup>5</sup> La maternidad suele estar disociada. Es de destacar que, en algunos casos, la madre intencional es, también, la genética siendo la madre sustituta la que gesta y da a luz al hijo biológico de los padres intencionales.

anterioridad al nacimiento de los menores (*pre- birth judgement*<sup>6</sup>). Es la decisión judicial la que establece la doble paternidad de los menores en favor de los padres intencionales y la que ordena la expedición de los certificados, en los que no figura ya ni la madre genética ni la que da a luz (tampoco consta, ésta última, en el parte médico del hospital relativo al parto), lo que es conforme al derecho y a la jurisprudencia de dicho Estado norteamericano<sup>7</sup>.

La decisión judicial californiana, que es la que confirma los derechos de los padres, es necesaria para la expedición de los certificados de nacimiento. Las normas a las que atienden los tribunales son el *California Family Code*, Sections 7630.3 f y 7650 (a). El primero de los artículos se refiere a los padres: “Una parte en un acuerdo de reproducción asistida puede interponer una acción en cualquier momento para establecer la relación de filiación existente entre padres e hijos en consonancia con la intención expresada en el acuerdo de reproducción asistida.”<sup>8</sup>. El segundo, trata de la posible acción por la que se determina la existencia o no-existencia de la filiación materna<sup>9</sup>. La decisión, previa al nacimiento de los menores, extingue los derechos de la madre gestante y los de su cónyuge de ésta, para evitar el juego de la presunción de paternidad matrimonial contenida en el artículo 7611 del *California Family Code*<sup>10</sup>. Esta última es la, única disposición a la que alude la resolución que nos ocupa. Nótese que, por esta vía judicial, se homologa un “contrato de maternidad subrogada”, preparado, generalmente, por una agencia privada que ofrece los servicios médicos y jurídicos necesarios<sup>11</sup>, dentro de un procedimiento parecido al de la adopción privada con homologación judicial seguido en los Estados Unidos. En algunos casos se mantiene algún tipo de contacto con la madre sustituta acercándose a lo que sería la *open*

---

<sup>6</sup> *California Family Code*, Section 7633.

<sup>7</sup> *California Family Code*, Sections 7630.3 f y 7650 (a) y Supreme Court (California) *Johnson v. Calvert* [851 P.2d 776 (1993)]. En este caso, los padres intencionales fueron declarados como tales al ser su voluntad de tener un hijo la que originó el nacimiento de los menores. Ver, respecto a otros casos relativos al reconocimiento de la doble maternidad de gemelos en California, Esther FARNÓS AMORÓS y Margarita GARRIGA GORINA (2005), “¿Madres? Pueden ser más de una”, *InDret* 4/2005 ([www.indret.com](http://www.indret.com)).

<sup>8</sup> *California Family Code*, Section 7630.3: (f) A party to an assisted reproduction agreement may bring an action at any time to establish a parent and child relationship consistent with the intent expressed in that assisted reproduction agreement.

<sup>9</sup> *California Family Code*, Sections 7650 (a) que prevé: (a) Any interested person may bring an action to determine the existence or nonexistence of a mother and child relationship. Insofar as practicable, the provisions of this part applicable to the father and child relationship apply.

<sup>10</sup> En la RDGRN se cita en este sentido el artículo 7611 del Código de Familia de California (*California Family Code*, Section 7611). Si bien, esta norma establece sólo una presunción de paternidad para el cónyuge.

<sup>11</sup> Que, en California, incluyen la elección por catálogo (foto) de los donantes de gametos, lo que hace variar el precio en función de las cualidades (estudios etc.) del donante.

*adoption* (adopción abierta). Y, en algunos Estados norteamericanos (Minnesota), la vía de la “adopción” es la seguida para determinar la maternidad intencional<sup>12</sup>.

En el caso que nos ocupa, el Ministerio Fiscal es notificado del recurso de los interesados, pero no presenta alegaciones. Esto podría deberse a que considera que la cuestión no afecta aún al orden público español, pues el Encargado del Registro Consular deniega la inscripción del nacimiento de los menores. La transcripción en el Registro Civil español es necesaria para, en su caso, instar de oficio la anulación posterior por el Ministerio Fiscal.

La DGRN ordena la transcripción, pero deja claro que su decisión no prejuzga las cuestiones de fondo; ni la relativa a la filiación, ni la que concierne a la validez del contrato, ni, tampoco, la relativa al eventual exequátur o al efecto de cosa juzgada de la decisión extranjera. Así, el FJ. 5º de la Resolución precisa que no se trata de dilucidar la cuestión de fondo relativa a la filiación de los menores sino de un problema de reconocimiento de la eficacia probatoria de las certificaciones registrales extranjeras:

“... si una filiación ya determinada en virtud de certificación registral extranjera puede acceder al Registro Civil español.”

De manera que, con respecto a la cuestión de fondo relativa a las menciones contenidas en dichos certificados y, notablemente, a la filiación:

“... cualquier parte legitimada puede impugnar el contenido de dicha inscripción ante los Tribunales españoles en la vía civil ordinaria. En tal caso, los Tribunales españoles *establecerán de modo definitivo la filiación de los nacidos*. Por tanto, la certificación registral extranjera no produce el efectos jurídicos de ‘cosa juzgada’.”

No se exige un procedimiento (previo) de exequátur o de reconocimiento de la sentencia judicial californiana.

En resumen, compete a los tribunales el decidir sobre las cuestiones de fondo ya sea la relativa a la filiación o la relativa al reconocimiento de la eficacia de cosa juzgada de la decisión californiana, que es la que ha ordenado y ha servido de título para la expedición de los certificados de nacimiento californianos.

El control de legalidad al que se procede la DGRN no es ni un control conflictual ni un control basado en la exigencia previa del exequátur de la decisión judicial californiana. Si bien, la sentencia judicial extranjera es la que establece la filiación de los menores y la que ordena la expedición de los certificados de nacimiento. El control de legalidad se ciñe a la *eficacia probatoria* de los certificados de nacimiento; y, se basa, notablemente, en el límite del

---

<sup>12</sup> Por ejemplo, la decisión de la *Court of District de Beltrami* (Minnesota), de 4 de junio de 2001, por la que se decide tras abandono de la madre, la adopción de menores nacidos de maternidad subrogada. La *Cour d'appel de Paris*, en su decisión de 26 de febrero de 2009, anula –a demanda del Ministerio Público- la transcripción efectuada de los certificados de nacimiento extranjeros sobre la base de la concepción francesa del orden público internacional (Nº 07/18559, Nº JurisData: 2009-000867).

“orden público internacional”, que atiende al interés superior de los menores en el caso concreto.

Ahora bien, aunque compete a los tribunales la decisión de fondo (*status filii*) y no se exija el previo exequátur, los argumentos que aporta la DGRN respecto a las cuestiones que pueden obstaculizar tal reconocimiento (notablemente, la competencia judicial internacional y el orden público internacional) dan a pensar en una suerte de “control incidental” no ya de los certificados administrativos extranjeros, sino de la sentencia californiana. La DGRN deja claro que no trata la eficacia de cosa juzgada de la sentencia extranjera (no prejuzga la cuestión de fondo), pero difícilmente cabe separar, aquí, el título que permite establecer la filiación de los menores y los documentos que ordena expedir.

## 1.2. Reconocimiento de la “gestación por sustitución” californiana en Europa

La mayoría de países europeos prohíben la maternidad subrogada (Alemania<sup>13</sup>, Austria<sup>14</sup>, España, Francia<sup>15</sup>, Italia<sup>16</sup>, entre otros). En Suiza, la prohíbe el artículo 119.2, letra d) de la Constitución Federal <sup>17</sup> y el artículo 4 de la *Ley Federal sobre Procreación Médica Asistida* (1989, reformada en 2006) en todas sus modalidades (tanto a título oneroso como gratuito). Así, el contrato de maternidad subrogada es nulo (artículo 20 Código de obligaciones) y es considerado contrario al orden público internacional (Artículo 27 LFSDIP). Otros países no la regulan (Suecia, Noruega) y otros la toleran (Bélgica<sup>18</sup> y Holanda).

---

<sup>13</sup> En el artículo 1, párrf. 7 de la Ley Federal sobre la protección del embrión, de 13 de diciembre de 1990 (*Embryonenschutzgesetz, EschG*) por cuanto prevé que el embrión ha de ser implantado en el vientre de la mujer de la que se ha obtenido el óvulo. El contrato de maternidad subrogada sería contrario a las buenas costumbres y al orden público (artículo 138 BGB). E igualmente al orden público internacional.

<sup>14</sup> Ley de 1 de julio de 1992 sobre medicina reproductiva.

<sup>15</sup> Artículo 16-7 del CC, introducido por la Ley de bioética nº 94-653 de 29 de julio de 1994. El artículo 227-12 del Código penal la sanciona con un año de prisión y una multa de 15.000 euros.

<sup>16</sup> Ley nº 40 de 19 de febrero de 2004 sobre procreación médica asistida. Si bien calla sobre este extremo, existen decisiones de los tribunales en su contra sobre la base de los artículos del CC que se refieren a la dignidad de la persona, a la no patrimonialidad del cuerpo humano y a las cosas fuera del comercio.

<sup>17</sup> Artículo 119.2 d): “La donación de embriones y todas las formas de maternidad de sustitución están prohibidas”.

<sup>18</sup> La Ley belga de 6 de julio de 2007 relativa a la procreación asistida no trata la cuestión. En el año 2005 hubo proposiciones de ley destinadas a prohibir o limitar la práctica, pero finalmente se decidió no tratar la cuestión por el momento. Con respecto a la práctica, es conocido que el Hospital Universitario de Saint-Pierre cuenta con un equipo multidisciplinar de médicos que atiende a las demandas de los futuros padres intencionales que presentan una “madre portadora con la que guardan vínculos afectivos”. Muchas de estas parejas proceden de Francia y de países vecinos.



El contrato y la práctica están prohibidos. El *status filli* o las consecuencias sobre la filiación no siempre están determinadas. Los tribunales encuentran, en el interés del menor, cierto cauce, a través del reconocimiento de la filiación biológica paterna y la adopción (Holanda) o el reconocimiento del menor tras confirmarse la “posesión de estado” (Bélgica<sup>19</sup>).

En el Reino Unido, si uno de los padres intencionales tiene su domicilio en el territorio, puede solicitar -bajo ciertas condiciones- una *parental order* que establecerá en su favor la transferencia de la filiación de los menores nacidos por medio de maternidad subrogada en el extranjero. Un ejemplo, anterior a la vigencia de la Ley de 2008 (que ha entrado en vigor el 1 de abril de 2009), que sigue sus parámetros (el tribunal alude a la ley en curso en el Parlamento) lo ofrece la sentencia de la *High Court of Justice* de Londres, de 9 de diciembre de 2008, en el asunto X & Y, que afecta a gemelos nacidos en Ucrania por medio de maternidad subrogada<sup>20</sup>, sobre el que volveremos. No se produce, por tanto, un reconocimiento automático del estado civil constituido en el extranjero.

En el vecino país francés, sigue pendiente ante los tribunales un supuesto, el de la transcripción de los certificados de nacimiento de las gemelas del matrimonio *Menesson*, que se ha visto mediatizado por la prensa al hilo del debate sobre la reforma de las leyes de bioética. Las gemelas nacieron mediante “gestación por sustitución” efectuada en California siendo los padres intencionales un matrimonio francés residente en Francia. El matrimonio se desplazó en el año 2000 a California para celebrar con una norteamericana, residente en dicho Estado norteamericano, el contrato de “gestación por sustitución” por el que dará a luz a un hijo de los esposos *Menesson* concebido *in vitro* con los gametos del padre y de la madre de intención. Nótese que la madre intencional es la madre biológica (genética) en este caso. La madre que da a luz gesta, en este caso, el embrión de los padres intencionales en razón de la disfunción uterina (no ovárica) de la esposa. La filiación, con respecto a los padres intencionales, fue establecida por decisión del TS de California de 14 de julio de 2000, conforme a las ya citadas disposiciones del *California Family Code* (*Sections 7630 y 7650*).

El Consulado francés en Los Ángeles (California) denegó la inscripción -al igual que en el caso español lo hiciera el correspondiente consulado- al sospechar que las gemelas habían nacido por medio de una maternidad subrogada, hecho que fue ocultado por el matrimonio, que no pudo aportar la prueba física del parto de la esposa. El Ministerio Fiscal instó dos acciones: una civil y otra penal. La acción civil -sobre la base del artículo 16-7 del CC francés, que prohíbe la maternidad subrogada<sup>21</sup>, comportaba la transcripción de oficio de las actas de nacimiento en el registro civil francés (*État Civil*), pero a los únicos efectos de interesar la anulación de la misma por motivos de orden público, lo que

---

<sup>19</sup> Por ejemplo, en Bélgica, tras la reforma del artículo 330.1 del CC.

<sup>20</sup> High Court of Justice (Family Division), 9 de diciembre de 2008, X & Y, WC2A 2LL. [2008] EWHC 3030 (Fam). URL: <http://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/Fam/2008/3030.html>

<sup>21</sup> Fue introducida la prohibición en el CC a través de la ley de bioética (Ley nº 94-653 de 29.7.1994).

comportaría la consecuencia negativa de que los documentos públicos californianos no podrían tener eficacia probatoria en Francia.

La acción penal se funda en el artículo 227-12 CP relativa al delito de simulación de parto y alteración del estado civil (similar al artículo 220 de nuestro CP) que, aunque se archivaron posteriormente las actuaciones, tuvo en jaque al matrimonio durante nada menos que tres años. En estos casos, el que la maternidad subrogada tenga lugar en el extranjero (territorialidad de las leyes penales) limita la acción penal (no siendo frecuente tampoco la persecución de tales actos), salvo –claro está– que se opte por considerar que el fraude relativo a la alteración del registro civil se produce al volver al país y solicitar la inscripción. Pero, en principio, tratándose de nacionales y de residentes la internacionalización del supuesto evita la aplicación del derecho penal de carácter territorial. Ocurre, aquí algo parecido a la bigamia. Está penalizada y no es posible celebrar un segundo matrimonio en nuestro país, pero es posible reconocer determinados efectos (pensión de viudedad, acceso al divorcio de la segunda esposa etc.) a un matrimonio poligámico validamente celebrado en el extranjero<sup>22</sup>.

El Ministerio Público pidió la transcripción en el Registro francés a los efectos de instar la posterior anulación al *Tribunal de grande instance de Créteil*<sup>23</sup> por motivos de orden público (artículos 16-7 y 16-9 del Code civil). Sin embargo, el Tribunal desestimó la demanda por considerar que no reunía determinadas condiciones legales (“irrecevable”). Si bien, no lo hizo por la razón de considerarla infundada. Con posterioridad, la *Cour d’Appel* de París, el 25 de octubre de 2007<sup>24</sup>, rechaza la acción de nulidad del Ministerio Fiscal. Argumenta que el ministerio público no había contestado ni el reconocimiento de la decisión californiana ni la fuerza probatoria de los documentos públicos relativos al estado civil californianos sobre la base del artículo 47 del CC, relativo a la transcripción en el registro, sin necesidad del *exequatur*, de las actas relativas al estado civil (de nacimiento) extranjeras. E invoca un orden público internacional atento al interés superior del menor, sobre la base del artículo 3 del Convenio de NU sobre Derechos del Niño (1989).

En otras palabras, el considerar que la decisión que homologa el contrato de maternidad subrogada no produce efecto alguno (nulidad absoluta) y que el fraude todo lo corrompe (*fraus omnia corrumpit*), conduciría a que las menores pudieran quedar huérfanas y ser

---

<sup>22</sup> Ver la reflexión en Ana QUIÑONES ESCÁMEZ (2009), “Impedimentos matrimoniales, Leyes de policía e internacionalidad. Alcance de las prohibiciones propias (bigamia) y las ajenas (adopción del menor venido en kafala)” en Santiago ÁLVAREZ *et al.* (coord.), *De Conflictu Legum*, Santiago de Compostela, esp., pp. 247-256.

<sup>23</sup> En Francia el Tribunal de Gran Instancia es el competente en materia de estado civil. En este caso el de Créteil es el competente en virtud de la residencia de los esposos. En España, a diferencia de otros países, los registros no tienen sólo una función administrativa sino jurisdiccional.

<sup>24</sup> *Cour d’appel de Paris*, 25.10.2007. Véase Gilles CUNIBERTI (2008), *Journal du Droit International* (Clunet), p. 145; y Jean HAUSER (2008), “Personnes et droits de la famille”, *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, nº1, p. 93.

consideradas extranjeras hasta que no fuera determinada la filiación paterna. Lo que viene a decir que, si bien los *Menesson* contravinieron la prohibición francesa internacionalizando la situación jurídica (California), las menores no han de pagar los actos en fraude a la ley (el llamado, despectivamente, turismo reproductivo) de los padres que las tienen a su cargo y las cuidan, y que al parecer viajaban a EE.UU por motivos profesionales<sup>25</sup>.

La decisión fue, empero, recurrida por el Abogado General del Tribunal de Apelación en un recurso de casación en interés de ley, ante la *Cour de Cassation* francesa (2008)<sup>26</sup>. El alto tribunal, empero, se limita a resolver la cuestión relativa a la facultad del Ministerio Fiscal, considerando su demanda “recevable” en tales condiciones. Es decir, que el Ministerio Fiscal tenía facultad para instar la anulación por motivos de orden público. El T.S. francés omite la referencia al interés superior del menor no tomando partido por las cuestiones de fondo, y reenvía la cuestión al Tribunal de Apelación. De manera que está aún pendiente ante los tribunales. Novelado<sup>27</sup> y mediatizado por la prensa, gracias a los propios protagonistas y a la asociación *Clara* que crearon, el caso -aún pendiente- tiene como telón de fondo la revisión de las leyes de bioética en Francia (prevista para 2010) donde la maternidad subrogada se muestra como la “manzana de la discordia”. Existe, al respecto, un informe favorable del Senado (2008) que opta por regular la maternidad subrogada de manera estricta, inspirándose en la ley inglesa de 2008; y otro informe del Consejo de Estado (2009) favorable al mantenimiento de la prohibición. Cabe añadir que, si la *Cour d'Appel de Paris* sigue el pronunciamiento dado, en un asunto similar, el pasado 26 de febrero de 2009, es posible que resuelva anulando la transcripción efectuada<sup>28</sup>.

---

<sup>25</sup> Cabe añadir, a mayor abundamiento, que la esposa y madre de intención, cuya imposibilidad de dar a luz fue dictaminada por la profesión médica, argumentaba que, aún cuando el matrimonio tuviera su residencia habitual en Francia, ella viajaba a los Estados Unidos frecuentemente por motivos profesionales. Al parecer, fue de este modo cómo tuvieron los *Menesson* conocimiento de las posibilidades legales que ofrecía la legislación del Estado de California (USA) y que haría realidad su deseo de ser padres. El argumento se destinaba a alejar la idea del fraude o del llamado “turismo reproductivo”.

<sup>26</sup> *Cour de cassation* (1ª Ch. civ.), 17 de diciembre de 2008 (Ministère public c. esposos X-Y), recurso número 07-20.468, *Juris-Data* núm. 2008-046272. Ver Dominique SARCELET (2009), “La gestation pour autrui à nouveau devant la Cour de cassation. Convention de mère porteuse et ordre public : le droit d'agir du ministère”, *Recueil Dalloz*, núm. 5; y Paul LAGARDE (2009), *Revue Critique de droit international privé*, núm. 3 (en prensa), a cuyo autor agradezco el envío del texto provisional, que, distinguiendo entre contrato y filiación, se manifiesta favorable al reconocimiento de la transcripción de las certificaciones californianas en interés de los menores, siguiendo en este punto la decisión de la *Cour d'Appel* de Paris de 25.10.2007.

<sup>27</sup> Sylvie y Dominique MENNESSON (2008), *Interdits d'enfants. Le témoignage unique de parents ayant eu recours à une mère porteuse*, Michalon, Paris.

<sup>28</sup> *Cour d'appel Paris*, 26 de febrero de 2009, N° 07/18559, N° *JurisData*: 2009-000867: “...les jugements prononcés aux États-Unis qui ont eu pour effet de valider une telle convention sont contraires à la conception française de l'ordre public international dont il ne peut être valablement soutenu qu'elle conduit à une méconnaissance des dispositions de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'Homme, pas plus que de l'intérêt supérieur de l'enfant. En conséquence, la transcription de l'acte de

Vemos que, tanto aquí como más allá de los Pirineos, la maternidad subrogada pasa de autoridad a autoridad, y queda a la espera de la decisión de los tribunales o del legislador. Las decisiones existentes, que no versan aún sobre las cuestiones de fondo relativas a la filiación, aportan, empero, elementos de reflexión para la solución de los casos que se presentan y para un futuro debate.

## ***2. Cuestión que se resuelve: La transcripción de los certificados de nacimiento extranjeros***

La cuestión que resuelve la RDGRN es la relativa a la transcripción en el Registro Civil español, que puede ser de oficio o a instancia de parte, de las menciones contenidas en los certificados de nacimiento extranjeros.

### **2.1. Eficacia probatoria de los documentos públicos extranjeros y acceso al registro**

La DGRN sujeta la eficacia probatoria de los certificados de nacimiento a lo previsto en el artículo 81 RRC, y al régimen del reconocimiento de los documentos públicos extranjeros previsto en el artículo 323 de la LEC. El requisito de la legalización se sustituye, en este caso, por el sistema de la apostilla previsto en el Convenio de La Haya de 5 de octubre de 1961<sup>29</sup>, al tratarse de documentos públicos expedidos en un Estados parte del mismo<sup>30</sup>. La autenticidad de los documentos aportados, conforme a la *lex loci*, no es, empero, el obstáculo al reconocimiento en estos casos. Si lo es, en el control de legalidad, el límite del orden público internacional<sup>31</sup>. Pero la RDGRN lo descarta invocando el interés superior del menor, recogido en la norma supra-nacional del artículo 3 del Convenio de Naciones Unidas sobre Derechos del Niño (1989), vigente en España desde el 5 de enero de 1991.

Junto al interés superior del menor, y en la misma dirección, se invoca la necesidad de garantizar una identidad única de los menores a través de las fronteras; y, por ende, el reconocimiento de la creada en un “Estado amigo” al amparo de su ordenamiento. En definitiva, se apela al adecuado funcionamiento de los servicios registrales, en un ámbito europeo e internacional, en el reconocimiento efectivo del derecho fundamental a la identidad de los menores (artículos 7 y 8 del Convenio de Naciones Unidas sobre Derechos del Niño de 1989), que ha de ser única y no distinta en el país de nacimiento y en el país donde viven.

---

naissance de l'enfant effectuée sur les registres français de l'état civil, au vu de l'acte de naissance américain, lequel comporte l'indication du nom de la femme du père en qualité de mère doit être rectifiée conformément à la demande du ministère public. Les mentions sont donc annulées”.

<sup>29</sup> En vigor en España desde el 25 de septiembre de 1978.

<sup>30</sup> EE.UU, al igual que España, es un país contratante del Convenio de La Haya de 5 de octubre de 1961 (conocido como “convenio apostilla”) que suprime la exigencia de legalización diplomática o consular de los actos públicos extranjeros.

<sup>31</sup> En este sentido, la opinión del profesor Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (2009), “Hijos made in California”, *Aranzadi Civil*, núm. 3, pp. 11-13.

Cabría objetar, empero, a lo anterior, que un tal reconocimiento procede siempre que la identidad no ofrezca dudas y que el Estado de origen sea competente para establecerla.

## **2.2. Control de legalidad del título: los certificados de nacimiento y la sentencia californiana**

La transcripción en el Registro Civil español de las menciones contenidas en las certificaciones registrales extranjeras no es imprescindible para que tales documentos extranjeros constituyan un medio de prueba. Sin embargo, aunque sean medio de prueba y den fe de lo ahí consignado, una vez que acceden al Registro Civil español devienen un medio de prueba cualificado o privilegiado. Obtienen la “fe pública registral”, que sienta una presunción *iuris tantum* sobre la veracidad y la regularidad de las menciones transcritas, y que facilitará la vida de los menores y de la familia en nuestro país.

Una cuestión que nos parece importante, pero que no es clarificada, es la relación existente entre los certificados de nacimiento y la decisión judicial, que ordena su expedición y que determina la filiación de los menores incluso antes de su nacimiento<sup>32</sup>. En estos casos, existe una relación de causa-efecto, que hace a la sentencia inseparable de los documentos administrativos. Sin embargo el título que, conforme al artículo 81 RCC, sirve de base para practicar el asiento correspondiente al nacimiento, de gran importancia al ser el inicial, es, en este caso, el certificado administrativo expedido por las autoridades administrativas californianas encargadas del Registro civil.

Cabe preguntarse si, de haberse tenido en cuenta la sentencia extranjera, el control de legalidad hubiera estado sujeto a un previo exequatur conforme al artículo 83 RRC. Es decir, si el título extranjero por el que se inscribe el asiento relativo al nacimiento en los supuestos de maternidad subrogada (certificados de nacimiento) es inseparable de la sentencia californiana que establece la filiación y ordena su expedición, y cuyo reconocimiento de su eficacia registral estaría sujeto al del reconocimiento de las decisiones extranjeras (en este caso, no existiendo tratado con los EE.UU de Norteamérica, al régimen común del artículo 954 y siguientes de la LEC).

En cierto modo, la DGRN alude a la “competencia internacional” de las autoridades norteamericanas y al límite del orden público internacional dentro de lo que podría ser una suerte de “control incidental” de la sentencia extranjera, que va más allá del marco que ofrece el artículo 323 LEC. De ser así, el control de legalidad de los documentos vinculados a la maternidad subrogada iría algo más allá de lo previsto en el artículo 81 RRC. En definitiva, requeriría el exequátur previo de la sentencia californiana (no es exigido al no requerirse el efecto de cosa juzgada) previsto en el artículo 83 RRC.

---

<sup>32</sup> Cabe añadir que el art 7 del citado Convenio de Naciones Unidas sobre Derechos del Niño (1989) como el artículo 24 del Pacto Internacional de derechos civiles y políticos, adoptado por Naciones Unidas el 16.12.1966, ratificado por España el 24 de abril de 1977, concreta los derechos registrales del niño señalando que: “Todo niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento ...”.

Pero a pesar de tener en cuenta algunos de los requisitos de reconocimiento de los certificados, que serían comunes a los del exequátur de la sentencia, además de otros que no son comunes, la DGRN deja claro que el control de legalidad al que procede sigue el método del reconocimiento (sobre la base del 81 RRC), pero que no consiste ni en un control conflictual ni, tampoco, en la exigencia previa del exequátur de la sentencia californiana. Y que esto es así, dado que la cuestión que resuelve no prejuzga las cuestiones de fondo ni las relativas a la filiación ni las relativas a la eficacia de cosa juzgada de la sentencia californiana. Centra su quehacer sólo en el control de la eficacia probatoria de los certificados extranjeros de nacimiento y su posible transcripción en el Registro civil español. En definitiva, la transcripción hará que la vida cotidiana de los menores y de su familia (nacionales españoles y residentes en España) se vea facilitada en España al constar en el Registro Civil español, que es un medio de prueba cualificado o privilegiado (fe pública registral), pero que sólo sienta una presunción *iuris tantum* respecto al contenido, ya que su función propia es la de dar publicidad registral a los hechos, actos o circunstancias personales, que han tenido lugar incluso con independencia de su inscripción. Tales documentos obedecen, cuando menos, a un acto público extranjero o a una “realidad jurídica registral” extranjera (amparada por su ley y autoridades). Lo que parece olvidarse –a nuestro entender– es que tal realidad jurídica se sustenta en la decisión judicial californiana que establece la filiación.

Tal inscripción tiene, empero, un carácter declarativo<sup>33</sup>. La función jurídica que cumple el Registro Civil como instrumento para constituir pruebas exige para su eficacia que los hechos que acceden al Registro sean previamente objeto de valoración jurídica por parte del Registrador, a fin de garantizar, en la medida de lo posible, que sólo se inscriban los hechos y actos jurídicos veraces, exactos y legales. La fe pública registral permite sentar, en todo caso, una presunción *iuris tantum* de la exactitud y legalidad de los hechos inscritos. Pero la transcripción puede ser impugnada ante la autoridad judicial solicitando la nulidad o la rectificación correspondiente (artículo 3 LRC).

La inscripción del nacimiento da fe del hecho; y, en su caso, de la filiación del inscrito (artículo 41 LRC). Es así en la certificación norteamericana que, al igual que ocurre con los métodos de procreación asistida, no menciona la maternidad subrogada, pues tales datos no acceden a los registros. Sólo figuran en la sentencia extranjera, que es el título constitutivo del vínculo jurídico de la filiación entre los menores y los padres intencionales. A través de la decisión judicial extranjera se homologa y ejecuta el contrato de maternidad subrogada, y se establece la filiación, antes del nacimiento de los menores, y se ordena la

---

<sup>33</sup> Las inscripciones registrales con carácter constitutivo son excepcionales, y se limitan a los casos en los que el acto jurídico implica una modificación de las circunstancias de la persona, de tal forma que sin la inscripción dicho acto no produciría efectos. Es el caso del cambio de nombre y apellidos (artículo 62 LRC) o de la adquisición derivativa de la nacionalidad española (artículo 23 del CC, 63 y ss. LRC y 220 y ss. RRC) y de las declaraciones de conservación, recuperación de la nacionalidad española y de vecindad civil (artículo 15 y 26 del CC y 225 y ss. RRC).

inscripción en el registro civil norteamericano y la expedición de los certificados de nacimiento de los menores.

La DGRN al ordenar la transcripción de tales documentos no resuelve las cuestiones de fondo relativa a la licitud del contrato de maternidad subrogada (conforme al artículo 10 de la Ley de Reproducción asistida) ni la relativa a filiación de los menores (conforme a la ley designada por el artículo 9.4 del CC) ni, tampoco, la relativa al eventual reconocimiento en España de la sentencia californiana (conforme a los artículos 951 y siguientes de la LEC) a los efectos de su eficacia substancial de cosa juzgada con respecto a la filiación de los menores (el artículo 83 del RRC indica que: "No podrá practicarse inscripción en virtud de sentencia o resolución extranjera que no tenga fuerza en España; si para tenerla requiere exequátur, deberá ser previamente obtenido.") Aunque la DGRN siga el procedimiento previsto en el artículo 81 RRC para que los certificados de nacimiento surtan una eficacia probatoria registral en nuestro país, ¿no hubiera sido exigible el reconocimiento previo de la sentencia para pasar el control de legalidad, dada la relación de causa-efecto existente? ¿No es tal decisión el título en el que se basa la inscripción? Tal es la duda que nos plantea la Resolución.

### ***3. Cuestiones de fondo no resueltas y pluralidad de métodos en DIP: Reconocimiento de decisiones y situaciones creadas en el extranjero***

El procedimiento seguido por los particulares y las cuestiones de fondo, subyacentes y anunciadas por la DGRN, apelan a una variedad de métodos en el Derecho internacional privado, que pueden deducirse del FJ. 5º de la RDGRN, de 18 de febrero de 2009, donde se resumen los principales argumentos:

*"En séptimo lugar, es indudable que los contratos de gestación por sustitución están expresamente prohibidos por las Leyes españolas (vid. artículo 10.1 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida). Es indudable también que "la filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto" (artículo 10.2 de la Ley 14/2006). Ahora bien, dicho precepto no es aplicable al presente caso, ya que no se trata de determinar la filiación de los nacidos en California, pues no procede determinar el "Derecho aplicable" a la filiación y tampoco procede determinar la filiación de tales sujetos. Se trata, por el contrario, de precisar si una filiación ya determinada en virtud de certificación registral extranjera puede acceder al Registro Civil español. Tampoco se pretende, de ningún modo, con la inscripción en el Registro Civil de la certificación registral californiana de nacimiento de los nacidos, la ejecución o el cumplimiento de un presunto contrato de gestación por sustitución. Es claro que la certificación registral californiana se expide a los solos efectos de acreditar la identidad de los nacidos, y establece una presunción de paternidad que puede ser destruida por sentencia judicial (California Family Code section 7611). Ahora bien, debe recordarse que la inscripción en el Registro Civil español de la certificación registral californiana surte los efectos jurídicos señalados por las Leyes registrales españolas (vid. artículo 2 Ley del Registro Civil). Por ello, cualquier parte legitimada puede impugnar el contenido de dicha inscripción ante los Tribunales españoles en la vía civil ordinaria. En tal caso, los Tribunales españoles establecerán de modo definitivo la filiación de los nacidos. Por tanto, la certificación registral extranjera no produce efectos jurídicos de "cosa juzgada". Y debe también subrayarse que en la certificación registral expedida por las autoridades californianas no consta en modo alguno que el nacimiento de los menores*

haya tenido lugar a través de gestación por sustitución. *En la disyuntiva de dejar a unos menores que son indudablemente hijos de ciudadano español (artículo 17.1 del CC) sin filiación inscrita en el Registro Civil y admitir una situación de no certeza en la filiación de los menores en la que dichos menores cambiarían de filiación cada vez que cruzan la frontera de los Estados Unidos con destino a España y viceversa, lo que vulneraría el artículo 3 de la Convención sobre los derechos del niño hecha en Nueva York el 20 noviembre 1989, o de permitir la inscripción en el Registro Civil español de la filiación determinada en virtud de la certificación californiana, siempre es preferible proceder a dicha inscripción en nombre del "interés superior del menor".*

Se ha constatado, más arriba, que la DGRN sujeta la eficacia probatoria de los documentos extranjeros al método del reconocimiento (artículo 81 RRC y 323 LEC). En el control de legalidad rechaza el método conflictual y no exige tampoco el reconocimiento de la sentencia californiana (aunque sí hace referencia a algunas condiciones de *exequátur*). Se centra en la certificación registral extranjera más que en la sentencia californiana aunque, entre ambas exista una relación de causa-efecto. En todo caso, es el límite del orden público internacional la pieza clave del control, en el marco del reconocimiento, lo que permite atender a un orden público aligerado: o, más bien, atento a la eficacia en el territorio de las *situaciones jurídicas ya creadas en el extranjero*. Esto requiere, empero, que en el momento de la creación de la relación jurídica ésta se encontrara alejada del foro. Tal ocurriría, por ejemplo, si los promotores de la inscripción fueran un matrimonio entre español y norteamericano, residente en California, que hubiera tenido un hijo por medio de maternidad subrogada y solicitaran su inscripción en el Registro consular o en el Registro de la localidad española donde viven tras su instalación en España. Pero no es éste el caso que nos ocupa. Los vínculos con el territorio español son intensos, lo que disminuye las posibilidades de atenuación del orden público o el que se considere que estamos ante un supuesto de eficacia extra-territorial de las situaciones *validamente* creadas (sin fraude de ley) en el extranjero.

Asimismo, la DGRN precisa que incumbe a los tribunales el tratar las cuestiones de fondo relativas a la filiación y al contrato, y al reconocimiento de la sentencia extranjera, lo que se solventa a través de otros métodos en el Derecho internacional. Tres concurren en este caso: el método de las leyes de policía, el método conflictual o de los conflictos de leyes y el método del reconocimiento de la eficacia normativa (substancial o de cosa juzgada) de las decisiones y los actos públicos extranjeros.

### **3.1. El método de las *leyes de policía* y de los *intereses gubernamentales*: licitud del contrato de maternidad subrogada y sus efectos en la filiación**

El método conflictual -al igual que el método del reconocimiento (al que se refiere la DG)- atiende a los *intereses privados*. Es decir, a que las personas no vean modificado su estado civil o su identidad por el cruce de una frontera. Sin embargo, existen materias donde la protección de los intereses públicos (políticas legislativas) se acentúa. Esto ocurre, allí donde existe mayor disparidad jurídica entre los Estados y en presencia de normas de carácter imperativo. Es decir, allí donde no es posible estar al postulado universalista de F.C. de Savigny relativo a la neutralidad o la igualdad (si es que existe en puridad) entre el derecho propio y el derecho extranjero. Cuando estamos en un ámbito donde existe una



fuerte presencia de intereses estatales encontrados que afectan a las relaciones privadas de carácter internacional, la necesaria atención a los intereses estatales o al llamado “orden público” cobra mayor protagonismo, y se manifiesta, para aspectos concretos, a través del método de las *leyes de policía*. Tal método de las leyes de policía guarda cierto aire de familia con el llamado de los “intereses gubernamentales” preconizado en Los Estados Unidos por B. Currie. No es un método desconocido ni en uno ni en el otro lado del Atlántico.

La maternidad subrogada es, hoy, una de estas cuestiones. Allí donde está regulada suele estar prohibida con carácter imperativo (incluso a veces penalizada); y, allí donde se admite o se tolera, la regulación o bien es escasa o bien se reglamenta de manera estricta. Siendo la maternidad subrogada un ámbito proclive a la presencia de leyes de policía, cabe examinar si el artículo 10 de la LTRHA tiene tal naturaleza<sup>34</sup>. Si es así, cabrá aún verificar si es aplicable al caso que nos ocupa, y las consecuencias de su aplicación o de su no-aplicación en el caso concreto.

#### a) El artículo 10 de la LTRHA como ley de policía

La posibilidad de que estemos ante una ley de policía no se descarta, aunque quizás no sean quizás conscientes de su carácter, ni por el Encargado del Registro Civil consular ni por el Ministerio Fiscal. Ni siquiera lo descarta la DGRN para las cuestiones relativas al contrato o a la filiación, cuando afirma que: “... es indudable que los contratos de gestación por sustitución están *expresamente prohibidos por las Leyes españolas* (vid. artículo 10.1 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida)”; y, que: “Es indudable también que “la filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto” (artículo 10.2 de la Ley 14/2006). Lo que no quiere decir, tampoco, el que la DGRN comparta que estamos necesariamente ante una ley de policía. Ahora bien, considera que dicho precepto no es aplicable al presente caso, ya que *no se trata de determinar la filiación...*”. Si bien, entendemos, que puede coadyuvar a fundamentar los motivos que nutren el obstáculo relativo al “orden público internacional” en el marco del reconocimiento.

El que se invocara el artículo 10 de la citada ley como una ley de policía permitiría asegurar el respeto a una determinada política legislativa, prohibitiva de la maternidad subrogada, y que interpreta que tal prohibición es necesaria para impedir que la persona humana sea objeto del comercio de los hombres. Es decir, que pusiera al abrigo a la persona humana de la lógica de la concurrencia y del beneficio que rige el mercado. En un ámbito jurídico, se trataría de evitar que el niño pudiera ser considerado como objeto de un contrato. Y,

---

<sup>34</sup>Una noción de ley de policía cabe extraerla del artículo 9.1 del Reglamento nº 593/2008 *sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales* (“Roma I”) a cuyo tenor: “Una ley de policía es una disposición cuya observancia un país considera esencial para la salvaguardia de sus intereses públicos, tales como su organización política, social o económica, hasta el punto de exigir su aplicación a toda situación comprendida dentro de su ámbito de aplicación, cualquiera que fuese la ley aplicable al contrato según el presente Reglamento.” (Ver, también, en este mismo sentido, la definición que da el TJCE C-369/96, 23.11.99, en el asunto *Arblade*).

asimismo, el evitar, particularmente en un contexto internacional con grandes diferencias sociales, el incentivar la explotación de la mujer joven con escasos recursos (las llamadas vulgarmente en la India “granjas de mujeres”). Más aún cuando, cabe dudar, de la capacidad de obrar y del consentimiento informado (consecuencias y riesgos de un parto múltiple etc.) de las gestantes en países donde la mujer casada no tiene capacidad para contratar. Breve, en algunas geografías no sería descabellado el pensar que tales mujeres se vieran espoloadas a ser “generosas” para ayudar a traer a un niño de otros por comer a diario ellas y su familia, aportando a las mafias locales e intermediarios (abogados y clínicas), que explotan el deseo de ser padres en parejas de otros países o acomodadas, grandes beneficios económicos. Se dirá que hay partes del cuerpo humano que ya están en el comercio de los hombres. Pero nadie que haya dado a luz, dirá que el llevar un hijo en el vientre es equivalente a llevar un hígado o un riñón o a donar los gametos. La gestación genera, de un modo u otro, vínculos entre la madre y el niño. Prueba de ello, es que algunos países den a la madre subrogada un plazo de reflexión<sup>35</sup>.

Los efectos perversos de la maternidad subrogada nos llegan a través de los supuestos de reclamación del menor por la madre gestante; o de los casos de rechazo, por ruptura de la pareja intencional, antes de que el menor nazca, o en aquéllos en los que el menor nace con dificultades. Ciertamente, podremos encontrar, aquí, parejas cuya imposibilidad de tener niños es dolorosa, pero no es menospreciable el riesgo que la mercantilización de la práctica (el llamado *baby business* en la India) o la incitación publicitaria en la “elección del niño perfecto” por catálogo -a través de la madre que aporta el óvulo- como ocurre en algunos Estados norteamericanos. Las repercusiones en el Niño (en la persona humana en general) han de sopesarse. Al igual que ha de conciliarse con la inversión que supone respecto al principio del “derecho del niño a una familia”, que no puede ser tampoco visto como la solución a una infertilidad. Ha de tenerse en cuenta que, el que los niños sean considerados como humanos autónomos y con derechos es reciente en la historia, y que desgraciadamente no lo es aún en todas partes.

Si estamos ante una ley de policía, no es que la ley extranjera competente –designada por la norma de conflicto- pueda verse descartada por la excepción de orden público internacional (como ocurre en el método conflictual) sino que la misma técnica conflictual, toda ella en bloque, ha de ser descartada al considerarse el artículo 10 de la LTRHA es una norma de aplicación necesaria (de orden público) e inmediata (sin necesidad del reclamo o la intermediación de la norma de conflicto) al ámbito internacional. Ahora bien, siendo una ley de policía, ¿se aplica a todos los supuestos internacionales?

### **b) Ámbito de aplicación**

La maternidad subrogada es una materia en la que están presentes intereses estatales encontrados. Pero todo y siendo el artículo 10 de la LTRHA una ley de policía, es necesario

---

<sup>35</sup> No se aviene tampoco *mutatis mutandis* con el hecho de que, en caso de adquisición de un animal doméstico (gato) los criadores –merecedores de tal nombre- hagan esperar a los adquirentes el destete y la presencia, de menos tres meses, con la madre.

todavía, establecer su ámbito de aplicación en el espacio, pues puede ser sólo una norma de orden público interno o territorial (en el sentido que ofrece el artículo 8 del CC). En tal caso, sólo se aplicaría a los contratos y a la práctica médicas de maternidad subrogada que tuvieran lugar en el territorio, ya afectara ésta a los nacionales o a los extranjeros que se hallaren en el mismo. De hecho, el que podamos encontrar empresas con sede social en la misma ciudad de Barcelona (Gran Vía) que se anuncien como intermediarias para llevar a cabo un contrato de maternidad subrogada en el extranjero podría dar a pensar que estamos ante tal ley de policía. No parece que, en estos casos, se persiga –a diferencia de lo que ocurre en otros países<sup>36</sup>– tal publicidad, lo que parece un contrasentido.

Si se tratara de una ley de orden público interno o territorial, estaríamos, en tal caso, en una situación similar a la del matrimonio poligámico que no puede celebrarse en España (ni entre españoles ni entre nacionales de un estatuto personal permisivo), pero sí sería posible el reconocer determinados efectos a los matrimonios poligámicos celebrados en el extranjero. Ahora bien, en este caso, la creación de la relación jurídica tendría que tener lugar en un momento en el que ésta no tuviere vínculos o estuviere alejada del foro (v. gr., el extranjero que tiene más de una esposa antes de entrar para residir en nuestro territorio o la citada pareja hispano-norteamericana que se instala en España con un niño nacido por maternidad subrogada en California). Sin embargo, en el caso que nos ocupa, ni faltan vínculos ni hay alejamiento con el foro en el momento en que tiene lugar la maternidad subrogada al ser los padres intencionales españoles y residentes en España (lo que ya fue, en su momento, y es el caso todavía), pues viajaron a los EE.UU con el objetivo de ver cumplido su deseo de ser padres.

Cabe avanzar que, como indica la DGRN- no hay fraude al “punto de conexión” de la norma de conflicto. No cambian artificialmente su domicilio o nacionalidad, al no ser necesario a tenor de la legislación californiana<sup>37</sup>. Pero entendemos que sí hay fraude a la norma de conflicto si se atiende a la pretensión o a la situación jurídica en su conjunto como objeto del conflicto de calificaciones que subyace a la maternidad subrogada (lo veremos más adelante al tratar este fraude). Y, hay, en cualquier caso, fraude a las leyes imperativas españolas. Cabe recordar que el artículo 12.4 del CC indica al respecto: “Se considerará como fraude de ley la utilización de una norma de conflicto con el fin de eludir (no sólo la ley sino) una ley imperativa española.”. Si el artículo 10 LTRHA es una ley de policía tendría vocación de aplicarse a este caso, que se ha visto internacionalizado por la voluntad de los particulares, y al amparo de una ley extranjera que no establece límites internacionales ni para el acceso a la práctica médica ni para el establecimiento de la filiación.

---

<sup>36</sup> Por ejemplo en Francia, ha sido el caso de la empresa “Alma Mater”, entre otras. En el Reino Unido se penaliza la publicidad a título lucrativo.

<sup>37</sup> Veremos, más adelante, cómo este fraude trae causa en la falta de límites internacionales en el acceso a la práctica de la maternidad subrogada (respecto a los extranjeros no residentes), lo que arrastra la competencia internacional de los tribunales y de su ley para la cuestión distinta de la determinación de la filiación.

Sin embargo, podríamos considerar que el fraude no lo corrompe todo (en este caso), y que estamos ante una ley de policía contractual, que no entraña la nulidad absoluta. En tal caso, podríamos disociar la nulidad del contrato de sus efectos sobre la filiación de los menores.

**c) Consecuencias de su aplicación y de su no-aplicación: disociación entre el contrato y el *status filii***

No se le plantea a la DGRN un problema relativo a la ejecución del contrato de maternidad subrogada celebrado en California. La homologación, empero, de dicho contrato por los tribunales californianos es lo que desencadena la inscripción californiana cuyas menciones se transcriben, ahora, en el Registro. La prohibición de tales contratos y las consecuencias que se derivan con respecto a la maternidad (filiación) es ciertamente un elemento a tener en cuenta para valorar la incidencia en la filiación de los menores de la ley de policía contractual. Entendemos, empero, que la nulidad del contrato (total o parcial) y los efectos de la filiación son disociables. De hecho, el propio artículo 10 LTRHA procede a tal disociación, pues permite el establecer la filiación biológica paterna, aunque ello requiera el acudir a los tribunales.

En otras palabras, no cabe pensar, aunque estemos ante un fraude de ley (imperativa), que el fraude todo lo corrompe (*fraus omnia corrumpit*) con la sanción correspondiente. Estamos ante una ley de policía contractual y los tribunales pueden establecer, por reconocimiento, la paternidad biológica. E incluso, en algunos casos, cabría pensar en establecer (siendo imposible el determinar la madre gestante) la filiación biológica de la madre de intención cuando es la genética, lo que se correspondería, en tal caso, con la verdad biológica. Y, si no fuera el caso, cabría abrir la adopción del hijo biológico por parte del cónyuge o su paternidad/maternidad social tras cierta “posesión de estado”. Salvo, claro está, que la madre gestante lo reclamara, pero siempre que ello fuera en el interés del menor.

La transcripción en el registro español de los certificados de nacimiento, expedidos en el extranjero según la ley local (*lex loci*), una vez efectuada, podría ser anulada a demanda del Ministerio Fiscal por motivos de orden público. Pero si tal hiciera, las consecuencias para los menores serían que no podrían hacer valer en España las actas de nacimiento extranjeras. Cabría sólo el reconocimiento de la paternidad biológica de uno de los padres. La madre, empero, sería la madre norteamericana que da a luz, pero que es ajena a la verdad social y biológica de la filiación. E incluso a la verdad jurídica en un contexto internacional, pues en las actas de nacimiento de California no es la madre, y no lo ha sido en ningún momento en California (ni consta siquiera como tal madre en los documentos del hospital).

En definitiva, el que la madre sea la madre norteamericana que da a luz (conforme al artículo 10 LTRHA) no es una solución. Es una solución ajena a la verdad biológica. Es una solución ajena a la verdad social. E, incluso, es una solución ajena a la verdad jurídica en el otro país (al que está conectado el supuesto, aunque mediante fraude), pues en California a la madre californiana no se la tiene por tal y se desinteresa como madre de los menores.

Podría decirse que estamos ante una ley de policía contractual. Una norma -como las leyes penales- de aplicación territorial (en el sentido del artículo 8.1 del CC español: “Las leyes penales, las de policía y las de seguridad pública obligan a *todos* los que se *hallen* en territorio español”), que se aplicaría a los españoles y a los extranjeros residentes que llevan a cabo una maternidad subrogada en el territorio. Con respecto a la determinación de la filiación, el artículo 10 LTRHA sería aplicable sólo cuando la ley española fuera la aplicable a la filiación. La cuestión de la filiación de los menores tendría autonomía propia (con respecto a la cuestión contractual). Pero si las cuestiones de filiación se suscitaran ante los tribunales estaríamos ante un problema de conflicto de leyes que habría que resolver conforme a la ley que le es aplicable. Es decir, mediante el método conflictual. Si esta ley fuera la española, el artículo 10 LTRHA se vería aplicado.

### **3.2. El método conflictual y sus correctivos: aplicación de la ley española a la filiación de los menores**

La DGRN distingue dos formas en las que puede tener la inscripción en el Registro Civil español del nacimiento ocurrido en el extranjero de un sujeto español: o bien a través de la declaración del sujeto o bien por medio de la presentación de un certificado registral extranjero en el cual consta el nacimiento y la filiación del nacido (“La inscripción en el Registro Civil español del nacimiento de sujeto español acaecido en el extranjero puede tener lugar a través de la correspondiente declaración del sujeto -artículo 168 del Reglamento del Registro Civil- o a través de la presentación de una certificación registral extranjera en la que conste el nacimiento y la filiación del nacido”). En el caso de inscripción del nacimiento por declaración, señala la DGRN, los interesados hubieran aportado los hechos que dan lugar al nacimiento (por ejemplo, los documentos del hospital) sobre los que el Encargado del Registro Civil procedería a un control de legalidad de los hechos referidos conforme al ordenamiento que le es aplicable (artículo 12.6 del CC). Estaríamos ante un problema de ley aplicable (conflicto de leyes) a través de las normas de conflicto españolas (artículo 9.4 del CC), que -en este caso- conduciría a la aplicación de la ley española tanto por la nacionalidad del menor como, si no pudiera determinarse, por la residencia habitual del menor)<sup>38</sup>.

Asimismo, las cuestiones relativas a la filiación de los menores podrían suscitarse ante los tribunales españoles tanto a título principal como mediante una cuestión previa. Por

---

<sup>38</sup> “...el Encargado deberá aplicar las normas jurídicas pertinentes y si el supuesto presenta elementos extranjeros, deberá, en primer término, concretar la Legislación, española o extranjera, reguladora de dichos hechos y declaraciones. A tal efecto, el Encargado deberá aplicar inexcusablemente, las normas de conflicto españolas, que son aplicables de oficio (artículo 12.6 del CC). Es decir, en estos supuestos surge una cuestión de ‘Derecho aplicable’ a ciertos hechos y declaraciones y ello exige la precisión de la Ley reguladora de los mismos a través de las normas de conflicto españolas.”

ejemplo, a título principal, si (como ha sucedido en diversas ocasiones<sup>39</sup>) la madre que ha dado a luz, reclamara a los menores en nuestro país amparándose en lo previsto en el artículo 10 LTRHA. Y, como cuestión previa, si –imaginemos- falleciera el padre/madre de (no biológico) y un hijo (hermano) nacido de un matrimonio anterior del mismo, opusiera en el marco de una sucesión intestada que es el único heredero legítimo impugnando, en el marco de la sucesión, la filiación derivada de la maternidad subrogada. O, todavía, y con respecto a la relación contractual, si la madre subrogada reclamara a los herederos de los contratantes fallecidos los honorarios contractuales que aún no ha percibido, caso en el que el artículo 10 LTRHA podría incidir como ley de policía o en el marco de la excepción de orden público internacional.

Los problemas de conflicto de leyes relativos a la filiación que pudieran plantearan tendrían que resolverse conforme a la ley que le es aplicable; es decir, mediante el método conflictual. Y, aquí, no plantea excesivas dudas el que los tribunales españoles serían competentes (artículo 22 LOPJ) y que la ley española se vería reclamada para las cuestiones relativas al establecimiento de la filiación de los menores (y, con ella, se vería aplicado el artículo 10 LTRHA). El citado artículo 9.4 del CC designa como aplicable la ley nacional del menor; y, si indeterminada, la ley de su residencia habitual (“El carácter y contenido de la filiación, incluida la adoptiva y las relaciones paterno-filiales, se regirán por la Ley personal del hijo<sup>40</sup> y si no pudiera determinarse ésta, se estará a la de la residencia habitual del hijo.”). La DGRN no pone en duda la nacionalidad española de los menores (nacidos de español)<sup>41</sup>, y aunque pudiera requerirse la transcripción del nacimiento para que desplegara sus efectos, ya estaríamos, en tal caso, si se suscitara el pleito en España, pues la transcripción la ordena la DGRN. Cabe añadir que, el que los menores pudieran ser

---

<sup>39</sup>Baste recordar la decisión de la *Supreme Court* (California) *Johnson v. Calvert* [851 P.2d 776 (1993)]. En este caso, el tribunal decide que los padres intencionales son los padres al ser su intención, o voluntad de tener un hijo, la que originó el nacimiento de los menores.

<sup>40</sup> Además del citado artículo 9.4 del CC, el artículo 9.1 de ese mismo texto legal prescribe: “La ley personal correspondiente a las personas físicas es la determinada por su nacionalidad. Dicha ley regirá la capacidad y el estado civil, los derechos y deberes de familia y la sucesión por causa de muerte”. En el caso de un doble nacional, cuando concurren una extranjera y otra española, la española se privilegia para la aplicación de la norma de conflicto (artículo 9.9 del CC: “Prevalecerá en todo caso la nacionalidad española del que ostente además otra no prevista en nuestras leyes o en los tratados internacionales”). No existiendo tratado en este caso ni siendo posible el invocar el principio de no-discriminación por razón de nacionalidad del TCE (Ver el célebre caso *García Avelló*, TJCE 23.10.2003, que incide –a nuestro entender– en tal previsión, como ya señalamos, en Ana QUIÑONES ESCÁMEZ (2004), “Ciudadanía europea, doble nacionalidad y cambio de los apellidos de los hijos: autonomía de la voluntad y conflicto positivo entre las nacionalidades de dos Estados miembros”, *Revista Jurídica de Catalunya*, Vol. 103, núm. 3, pp. 203-224.

<sup>41</sup> “VI. Debe por último recordarse que los menores nacidos en California ostentan la nacionalidad española con arreglo al artículo 17.1.a) del CC, ya que son españoles de origen los nacidos de español o española. (...) Por tanto, el precepto no exige que haya quedado “determinada legalmente” la filiación. Es suficiente que quede acreditado el “hecho físico de la generación”. Por ello, para considerar “nacido” de español a un individuo, basta que consten “indicios racionales de su generación física por progenitor español”.

norteamericanos –en el marco de lo establecido en la XIV enmienda de la Constitución norteamericana<sup>42</sup>- y españoles (tener una doble nacionalidad) no sería un obstáculo a la aplicación de la ley española que, en este caso, se vería privilegiada (artículo 9.9 del CC). En definitiva, aún no estando ante una ley de policía del foro, podría el juez español aplicar la norma (artículo 10 de la LRA) a tal supuesto internacional al ser la ley española la designada por la norma de conflicto española que regula la filiación (artículo 9.4. del CC). Pero siempre, claro está, que fuera éste el caso planteado, lo que no ocurre (al menos aún) en el caso que nos ocupa.

En el hipotético caso de que se retuviera sólo la nacionalidad norteamericana (pues no se ha determinado aún la filiación paterna ni hay transcripción que haga efectiva la nacionalidad) la ley norteamericana (como el reconocimiento de la decisión californiana) podría ser descartada en virtud de la excepción de orden público internacional del artículo 12.3 del CC (“En ningún caso tendrá aplicación la ley extranjera cuando resulte contraria al orden público”) o del límite de orden público (artículo 954 LEC), que actuaría aquí con intensidad en atención a los vínculos del caso con nuestro país (matrimonio nacional y familia residente, y que no residía en California en el momento del nacimiento del hijo). La alarma del orden público internacional sólo suena si la solución a la que nos llevan las normas extranjeras supusiera la introducción en nuestro país de un resultado que cause impacto o sea sorprendente para la sociedad española –y la organización social, política y económica del país- en el momento en que conocen del asunto nuestras autoridades (nota de la actualidad del orden público). El orden público se caracteriza por ser relativo en el espacio y el tiempo. Mayor es su intensidad cuando mayores son los vínculos con el foro, desentendiéndose cuando la situación jurídica está alejada del foro. Un caso-tipo sería el cobro de la pensión de viudedad por parte de la segunda esposa de un marido polígamo: si la pensión llega a ser solicitada –el acceso a la justicia se ve obstaculizado al no admitirse la segunda esposa dentro del marco del procedimiento de la reagrupación familiar-; y, si es otorgada -o mejor dicho repartida-, el orden público internacional no actúa al no introducirse en España un nuevo modelo matrimonial (el polígamo ha fallecido) ni afectar el supuesto a nacionales o a extranjeros residentes.

### **3.3. El método del reconocimiento de sentencias, actos públicos y situaciones creadas en el extranjero**

El método conflictual, construido en el S. XIX por F.C. de Savigny, tiene por objetivo el coordinar los ordenamientos jurídicos estatales a fin de salvaguardar la *continuidad* en el espacio y en el tiempo de las relaciones y situaciones privadas internacionales. Esta idea de reconocer las situaciones privadas creadas válidamente al amparo de otro ordenamiento se ha visto renovada, en nuestros días, con el llamado método del reconocimiento, no ya de

---

<sup>42</sup> En virtud de la XIV Enmienda a la Constitución norteamericana, los niños nacidos en los EEUU adquieren la ciudadanía estadounidense al nacer, independientemente de la nacionalidad de sus padres. Un niño nacido en los EEUU también puede adquirir otra nacionalidad, si uno o ambos padres son ciudadanos de otros países.

decisiones judiciales y actos públicos sino, de *situaciones creadas en el extranjero*<sup>43</sup>, y en las que las partes hayan podido fundar sus legítimas expectativas. El método del reconocimiento de las situaciones, al igual que el de las sentencias o los actos públicos, se ha visto fortalecido por el principio de la confianza y el reconocimiento mutuo en el ámbito comunitario, que tiende a excluir el control conflictual (sobre la norma de conflicto aplicada o la ley aplicada o la equivalencia en el resultado en la aplicación de las normas) confiando o confirmando tal control al país de origen. En tal método se ubica la argumentación de la DGRN –situándose a caballo del reconocimiento de documentos o actos públicos extranjeros (certificados de nacimiento) y de sentencias judiciales o de la homologación de un acto de jurisdicción voluntaria- cuando señala que:

“La certificación registral extranjera constituye una ‘decisión’ adoptada por las autoridades extranjeras y en cuya virtud se constata el nacimiento y la filiación del nacido. En consecuencia, y visto que existe una ‘decisión extranjera’ en forma de certificación registral extranjera, el acceso de la misma al Registro Civil español constituye no una cuestión de ‘Derecho aplicable’, sino una cuestión de ‘validez extraterritorial de decisiones extranjeras en España’, en este caso, una cuestión de acceso de las certificaciones registrales extranjeras al Registro.”

A tenor de tal método de reconocimiento (sea cual sea la calificación retenida: documento, acto público, sentencia o situación) no se indaga la ley competente (la ley española ni se aplica ni es la competente), y el control basado en el límite del orden público internacional es excepcional y relativo en el espacio y en el tiempo. Este exige una valoración, en el momento actual e *in casu* del impacto o de los efectos nocivos que produciría la recepción de tal decisión en el foro (país de reconocimiento).

No ha de olvidarse, empero, que para ser legítimas las expectativas han de haberse creado al amparo de una autoridad pública y de un derecho extranjero (comprendiendo sus normas de conflicto)<sup>44</sup> en un momento en el que la situación jurídica está vinculada al país de origen; es decir, estando el supuesto alejado del país de reconocimiento. Podría decirse, para el país de reconocimiento, sin fraude a la jurisdicción ni de ley, particularmente en ámbitos sensibles al orden público. La atención a los intereses privados, al reconocimiento de las situaciones creadas en el extranjero, es menor allí donde existe notoria disparidad jurídica y normas de carácter imperativo o prohibitivo, como ocurre en los contratos de maternidad subrogada. Si bien, el método del reconocimiento busca que las personas (menores afectados) no vean modificado su estado civil (identidad registral), validamente adquirido, por el hecho de que pasen a residir a otro territorio. Al valorar el impacto del orden público internacional se tiene en cuenta la protección de los derechos e intereses subjetivos de los particulares (orden público de protección), pero sin menosprecio de los

---

<sup>43</sup> Pierre MAYER (2005), “Les méthodes de la reconnaissance en droit international privé”, *Le Droit international privé: esprit et méthodes. Mélanges en l’honneur de P. Lagarde*, Dalloz, Paris, pp. 547-573.

<sup>44</sup> Con respecto a la diferenciación entre actos públicos y actos privados o situaciones en el ámbito del reconocimiento, nos remitimos al trabajo Ana QUIÑONES ESCÁMEZ (2007), *Uniones conyugales o de pareja: formación, reconocimiento y eficacia internacional. Actos públicos y hechos en el DIP*, Atelier, Barcelona.



intereses públicos o de carácter general (orden público de dirección), que han de conjugarse.

Sin embargo aún es posible atender, dentro del método del reconocimiento, al exequátur de la decisión californiana que establece la filiación (doble paternidad) de los menores, sobre la base del primer párrafo del artículo 83 del Reglamento del Registro Civil, que indica que:

“No podrá practicarse inscripción en virtud de sentencia o resolución extranjera que no tenga fuerza en España; si para tenerla requiere exequátur, deberá ser previamente obtenido.”

A falta de normas específicas para los actos de jurisdicción voluntarios relativos a la maternidad subrogada ha de acudir a las normas de reconocimiento o de exequátur que, en este caso, tratándose de decisiones judiciales procedentes de California, se sujetarían al régimen común del artículo 954 LEC y siguientes de la LEC, a falta de convenios internacionales en la materia con los Estados Unidos (artículo 951 LEC). En este marco no hay control incidental<sup>45</sup>. Sin embargo, el procedimiento seguido por los particulares no conduce al reconocimiento de la sentencia californiana dentro de un procedimiento de homologación o de exequátur. Éstos vuelven simplemente a España y al solicitar el pasaporte, para volver al país de residencia con los menores, se les exige en el consulado la inscripción del nacimiento, y ésta se ve obstaculizada.

Entendemos que en el caso que nos ocupa existe una estrecha relación entre las certificaciones registrales extranjeras y la sentencia de los tribunales californianos, que es la que establece la doble filiación paterna de los menores y la que ordena la inscripción de tales asientos y la expedición de tales certificaciones en California. Más aún existe una relación de causa-efecto. Los certificados de nacimiento y la sentencia que ordena su expedición son inseparables por lo que cabría entender que procede el control del exequátur o del reconocimiento de la decisión judicial californiana, pues ésta es el título que permite establecer la filiación de los menores. No es posible, empero, el que pueda hacerse aquí una suerte de control de exequátur incidental al margen del procedimiento exigido por los artículos 955 y siguientes LEC. Como se ha señalado, el reconocimiento de las decisiones judiciales (cabría hablar aquí de la homologación de un acto de jurisdicción voluntaria que trae causa en el contrato de maternidad subrogada) se sujeta -a falta de normas específicas -similares a las del reconocimiento de las adopciones constituidas en el extranjero (Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción Internacional)- a las normas de reconocimiento o de exequátur que, tratándose de decisiones judiciales procedentes de California, se sujetarían al régimen común del artículo, 954 y siguientes de la LEC, a falta de convenios internacionales.

---

<sup>45</sup> Sin embargo, la referencia que la DGRN hace a algunos requisitos de exequátur pudiere dar a entenderlo, pues tiene en cuenta algunas de las condiciones o requisitos del exequátur (v. gr., la competencia judicial internacional de las autoridades californianas).

La obtención del exequátur produce el efecto de cosa juzgada y permite reconocer la filiación establecida por el juez extranjero. No es, empero, la solicitud del exequátur la vía seguida en estos casos por los particulares.

#### **a) Exclusión de la revisión de fondo y del control de la ley aplicada en el ámbito del exequátur**

El exequátur de la sentencia californiana que establece la doble filiación paterna de los menores no supone una revisión del fondo del asunto, salvo en la medida que fuera indispensable para asegurar el respeto a los principios esenciales de nuestro ordenamiento a través del límite del orden público internacional, criterio éste consagrado tanto en la teoría general del DIP como por el Tribunal Constitucional<sup>46</sup>. Tampoco supone, en nuestra jurisprudencia, un control relativo a la ley aplicable (a través de las normas de conflicto del foro o de la equivalencia de soluciones). El método del *reconocimiento de las situaciones creadas en el extranjero* excluye el control conflictual, al considerar que una situación que ha sido válidamente constituida en el Estado de origen (con el concurso de las autoridades y su propio control conflictual) debe ser reconocida en los otros Estados. El método implica, empero, el considerar que tal derecho es el ordenamiento competente o de referencia<sup>47</sup>, cuyas autoridades han dictado una sentencia justa aplicando sus normas de conflicto. En definitiva, el control conflictual se realiza en el Estado de origen y no en el Estado de reconocimiento.

La exclusión del control conflictual se ha visto reforzada en un ámbito europeo. Se desplaza el control al país de origen en el marco de la confianza mutua entre Estados Miembros y del reconocimiento mutuo. Sin embargo, un tal reconocimiento es más plausible dentro de un marco comunitario donde los criterios de competencia son uniformes, y donde se tiende a suprimir el exequátur al considerar las decisiones de los otros EE.MM como nacionales dentro de un espacio común integrado. Ya es así, para algunas decisiones como el derecho de visita y el retorno del menor en caso de sustracción parental intra-comunitaria, al estar previsto en el Reglamento CEE nº 2201/2003 *en materia matrimonial y de responsabilidad parental*. El texto que excluye, sin embargo, la filiación de su ámbito material de aplicación. No obstante cabe dudar que la maternidad subrogada sea una materia proclive al reconocimiento mutuo; y, en todo caso, que lo sean las sentencias californianas. En este ámbito *la competencia judicial internacional* no está coordinada.

Con el Estado de California existen relaciones paritarias u horizontales, y encontradas, pues se trata de una materia en la que los distintos países están interesados en mantener sus políticas legislativas o gubernamentales. Las soluciones no pueden tener como saldo final el sacrificar las propias concepciones en favor de las de otro Estado en el marco de un supuesto reconocimiento mutuo. Éste tiene como presupuesto la existencia de un orden público común o de cierta homogeneidad legislativa. La alusión, que hace la DGRN, a que

---

<sup>46</sup> STC, 2ª, 54/1989, de 23 febrero.

<sup>47</sup> Paolo PICONE (1986), *Ordinamento competente e diritto internazionale privato*, CEDAM, Padua.

California es un “Estado amigo” no es suficiente. Sólo las normas supra-nacionales relativas a los derechos del Niño, aplicadas al caso, pueden coadyuvar al reconocimiento de la filiación en el interés de los menores.

En el ámbito de la adopción (TEDH, asunto *Wagner c. Luxemburgo*, de 28 de junio de 2007) se atiende, a veces, a situaciones consolidadas en el extranjero (en el citado caso a la adopción plena en Perú de un menor por una madre soltera cuya ley nacional no le permitía a ella sola ser adoptante). Pero se trata del reconocimiento de adopciones constituidas por la autoridad extranjera competente al amparo de su ley (*lex auctoris*) y del ordenamiento de la nacionalidad del menor (y de los padres biológicos que han de prestar su consentimiento), pudiéndose considerar la denegación del reconocimiento contraria al interés del menor y al derecho a una vida familiar y privada previsto en el artículo 8 del Convenio del Consejo de Europa sobre derechos fundamentales.

Cabe tener en cuenta, además, que, en el marco de la adopción internacional, los Estados suelen tener en cuenta las leyes extranjeras de la nacionalidad del adoptando y de los adoptantes, aunque puedan hacer obstáculo a la constitución de la adopción internacional, cuando tal adopción, constituida por la autoridades del país, pudiere resultar claudicante. Es lo que hacía el artículo 9.5 del CC y es lo que hacen en nuestro país los artículos 18-20 de la Ley 54/2007 sobre adopción internacional. Otro ejemplo, en este mismo sentido, lo ofrece, el artículo 77 de la Ley Federal Suiza de DIP en materia de reconocimiento de las adopciones extranjeras. E, igualmente, en el ámbito matrimonial, el artículo 606 del ZPO alemán, entre otros.

El reconocimiento puede reforzarse con las normas supra-nacionales (artículo 3 del Convenio de Nueva York). Si bien, en este caso, exigen no sólo el respeto al interés del menor *in casu* sino al interés superior del Niño en general. No hay, empero, jerarquía normativa con las normas o las decisiones dictadas en el Estado californiano. No hay reconocimiento mutuo privilegiado. Existe un reconocimiento de las decisiones relativas a la filiación que está sujeto a las condiciones del régimen común (artículo 954 y ss. de la LEC).

#### **b) Control de la competencia judicial internacional**

El método del reconocimiento de las situaciones -creadas en el extranjero al amparo de una autoridad y de un ordenamiento- presupone un cierto alejamiento inicial de la situación con el país al que se solicita el reconocimiento. Es decir, la ausencia de fraude, pues sería sancionado el que se “deslocalizara” o internacionalizara artificial o ficticiamente la situación jurídica para eludir a las autoridades y la ley del país en el que, ahora, se pretende hacer valer la decisión adoptada (Estado de reconocimiento). Si tal fuera el caso, no estaríamos ante una suerte de derechos “validamente” adquiridos ni ante la necesidad de respetar las “legítimas”, “ciertas” o “fundadas” expectativas de las partes.

Ocurriría algo parecido, por ejemplo, si dos italianos que vinieran a España como estudiantes Erasmus y pasaran unas vacaciones y larga luna de miel en Sitges se casaran en dicha localidad y a la vuelta pretendieran inscribir o hacer valer dicho matrimonio, celebrado ante la autoridad española y conforme a la ley española, en Italia<sup>48</sup>. En otras palabras, las legítimas expectativas de los particulares, la cristalización de las situaciones válidamente creadas en el extranjero, no implican que el Estado de reconocimiento que contiene una ley prohibitiva, se vea obligado a aceptar las situaciones creadas por la voluntad de los interesados con el concurso de las autoridades y al amparo de una legislación permisiva que, de manera militante, abre sus instituciones tanto a nacionales como a extranjeros no residentes sin tener en cuenta el riesgo de crear situaciones claudicantes, válidas en el país que las crea, pero no en los otros. Cuando tales situaciones claudicantes afectan a adultos que consienten la situación es más o menos sostenible, pero cuando afecta a menores -a su estado civil y a su filiación- la cuestión es delicada, y cabe esperar de los Estados que admiten la maternidad subrogada mayores cautelas, pues la situación de los menores podría resultar incierta en el país de reconocimiento (donde realmente viven o tienen su residencia habitual).

Sería oportuno establecer normas de competencia y de reconocimiento (un acuerdo internacional de reconocimiento con condiciones) en el que los Estados más laxistas limitaran la competencia judicial internacional y los Estados más estrictos sujetaran, en sede de reconocimiento, el control de la competencia de las autoridades, que homologan los contratos de maternidad subrogada y establecen la filiación, a un sistema flexible (basado en la residencia habitual de al menos uno de los padres intencionales en el territorio). Tal control de la competencia permitiría limitar el *forum shopping malus* o fraudulento o el llamado, algo despectivamente, "turismo reproductivo". La tendencia, empero, es a controlar sólo el respeto a las competencias exclusivas.

La competencia judicial internacional de la autoridad extranjera (californiana) para pronunciarse sobre la filiación de los menores se basa en el contrato de maternidad subrogada o, si se quiere, en el lugar de nacimiento de menores. Es una conexión débil para nosotros (aunque la RDGRN no la pone en duda), pues afecta a una familia de españoles residentes. Cosa distinta es el que las autoridades administrativas o registrales californianas sean competentes para inscribir los nacimientos habidos en el territorio. Evidentemente, para esta cuestión registral son las autoridades competentes en su territorio sin perjuicio de la competencia de las autoridades consulares españolas con respecto a los nacionales (artículo 15 RRC).

El tribunal californiano decide, de hecho, sobre la filiación de unos menores que no han nacido todavía (no son aún norteamericanos en el momento en que se pronuncia sobre la

---

<sup>48</sup> Para el Estado de reconocimiento sería un caso contrario al orden público; e, incluso, en fraude a la ley, pues se ha buscado cristalizar una situación para hacerla valer en un país que no la permite y al que la pareja está estrechamente vinculada por la nacionalidad y la residencia. Poco importaría que el Estado de origen los hubiera casado invocando el *ius nubendi* de los interesados y el principio de igualdad o una estancia superior a tres meses en el territorio.

doble filiación paterna). La competencia se funda, en realidad, en el contrato de maternidad subrogada y en la práctica médica realizada.

### c) El fraude a la ley y a la competencia

Vinculado al límite del orden público internacional, el fraude a la ley es valorado por la DGRN acotándolo a lo que se entiende estrictamente por fraude a la ley en los conflictos de leyes (derecho aplicable). Es decir, a la manipulación artificial o maliciosa del punto de conexión previsto en la norma de conflicto española.

En el Derecho internacional privado español, a tenor de lo previsto en el artículo 12.4 del CC, el fraude a la norma de conflicto se limita a sancionar la evicción de una norma imperativa española que sin tal maniobra hubiere sido aplicable (“Se considerará como fraude de ley la utilización de una norma de conflicto con el fin de eludir una ley imperativa española.”). La parca solución que ofrece dicho artículo –suele extenderse con la previsión genérica del artículo 6.4 del mismo cuerpo legal<sup>49</sup>– se reconduce a través del límite o excepción del orden público internacional (“En ningún caso tendrá aplicación la ley extranjera cuando resulte contraria al orden público”), lo que restringe sus posibilidades.

Para la DGRN no existe, aquí, tal fraude:

“... no cabe afirmar que los interesados han llevado a cabo un fraude de Ley, fenómeno al que aluden el artículo 12.4 del CC para los casos internacionales y, en general, el artículo 6.4 del CC. Los interesados no han utilizado una "norma de conflicto" ni tampoco cualquier otra norma con el fin de eludir una ley imperativa española. No se ha alterado el punto de conexión de la norma de conflicto española, mediante, por ejemplo, un cambio artificioso de la nacionalidad de los nacidos para provocar la aplicación de la Ley de California mediante la creación de una conexión existente pero ficticia y vacía de contenido con el Estado de California.”

Por el contrario, entendemos que la maternidad subrogada sirve de banco de pruebas para tratar en DIP la cuestión del fraude en sus distintas modalidades. Notablemente, el fraude a la competencia y a la ley (*forum shopping malus*) y el “fraude al conflicto de calificaciones”, que implica a la norma de conflicto.

Pero antes conviene verificar, por contraste con el Estado de California, los límites internacionales existentes en los otros países que admiten la maternidad subrogada. Límites al acceso de los extranjeros y al establecimiento del parentesco, a fin de evitar filiaciones claudicantes o contradictorias.

---

<sup>49</sup> Artículo 6.4: “Los actos realizados al amparo del texto de una norma que persigan un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, o contrario a él, se considerarán ejecutados en fraude de ley y no impedirán la debida aplicación de la norma que se hubiere tratado de eludir”.

#### 4. Límites internacionales en el acceso a la maternidad subrogada

Como se ha señalado más arriba no considera la DGRN que haya “fraude a la jurisdicción”, pues estima que los interesados no han “incurrido en el conocido como “*Forum Shopping fraudulento*” deslocalizando o internacionalizando “la cuestión de la determinación de la filiación en manos de las autoridades californianas con el fin de eludir la Ley imperativa española”. Recuerda que los documentos extranjeros no producen el efecto de cosa juzgada en nuestro país: “la certificación registral californiana no es una sentencia judicial que causa estado de cosa juzgada y que se intenta introducir en España para provocar un estado inalterable de filiación oponible *erga omnes*”. Y, en definitiva, excluye o se encarna en el fraude en el interés del menor:

“debe ser vinculado con el interés del menor, que es un interés ‘superior’, de forma, modo y manera que dicho interés se impone sobre cualquiera otra consideración en juego, tal y como podría ser la represión de movimientos presuntamente fraudulentos a los que, por cierto, el auto recurrido denegatorio de la inscripción ni siquiera se ha referido.”.

Sin embargo, tratándose de una materia (estado civil y filiación) que no es de la libre disposición de las partes, el reconocimiento se vería facilitado si el país de origen limitara el acceso a la maternidad subrogada con respecto a los extranjeros no residentes.

Existe cierta estrategia jurídica al permitir la competencia judicial internacional para la cuestión de filiación sobre la base de un acuerdo contractual (maternidad subrogada) y una técnica de reproducción asistida regulada en el territorio. Subyace a tal procedimiento un “fraude al conflicto de calificaciones”, pues por esta vía los tribunales californianos se consideraran internacionalmente competentes para analizar el contrato y la filiación de los menores, lo que comporta, en tal sistema, la aplicación de su ley.

El *forum shopping* se inicia por la voluntad de las partes y mediante el contrato de maternidad subrogada, desplaza toda la situación (incluyendo la relativa al estado civil y a la filiación) al foro contractual (y de la práctica médica), incluso antes del nacimiento de los hijos.

La legislación californiana pone límites inter-federales<sup>50</sup>, pero no es respetuosa con las legislaciones prohibitivas de los otros países.

En Europa dos países que sí admiten, bajo determinadas condiciones, la maternidad subrogada, merecen especialmente nuestra atención: Reino Unido y Grecia.

---

<sup>50</sup> La madre subrogada ha de residir en California.

#### 4.1. Límites en el acceso a la técnica respecto a los extranjeros no residentes (Grecia)

Grecia admite la gestación por sustitución<sup>51</sup>. Su legislación exige una decisión judicial para que se establezca la filiación, y prohíbe que se remunere a la subrogada, si bien deja a salvo la posibilidad de que haya una indemnización razonable por la pérdida de salarios de la madre subrogada y por los gastos que suponen la gestación y el parto. Requiere que la madre gestante no sea la madre biológica sino la portadora de un embrión de los padres intencionales (la mujer no puede dar a luz por razones médicas)<sup>52</sup>. En definitiva, la ley griega renuncia al principio según el cual es el parto el que hace la madre, y confiere la cualidad de madre legal a la genética y de intención. Nótese que, en este caso, se atiende a la verdad biológica (y que será una verdad sociológica). El establecimiento de la filiación materna supone una adaptación a los tiempos y una ruptura con el principio de *mater semper certa est*, para el que era impensable que la madre biológica no fuera la que trajera al hijo al mundo. En este caso, son los genes y no el parto los que determinan la maternidad.

Pero lo que es importante destacar, a nuestros fines, es que se exigen vínculos con Grecia para que la gestación por sustitución tenga ante los tribunales las consecuencias previstas en la ley griega, que permite establecer una maternidad legal. La madre intencional y la subrogada deben tener su domicilio en Grecia, como lo indica el artículo 8 de la Ley 3089/2002 de 19 de diciembre de 2002<sup>53</sup>.

---

<sup>51</sup> Leyes 3089/2002 y 3305/2005. El artículo 1458 vigente de su CC establece: "The transfer of fertilized ova to another woman and pregnancy by her is allowed by a court authorization issued before the transfer, given that there is a written and, without any financial benefit, agreement between the involved parties, meaning the persons wishing to have a child and the surrogate mother and in case that the latter is married of her spouse, as well. The court authorization is issued following an application of the woman who wants to have a child, provided that evidence is adduced not only in regard with the fact that she is medically unable to conceive but also with the fact that the surrogate mother is in good health condition and able to conceive."

<sup>52</sup> Penelope AGALLOPOULOU (2007), "La procréation médicalement assistée selon le droit hellénique", *Centre de documentation multimédia en droit médical*, pp. 1-4 ([www.droit.univ-paris5.fr](http://www.droit.univ-paris5.fr)); de la misma autora (2004), "La loi hellénique concernant les procréations médicalement assistées", *Droit de la famille*, núm. 5, Etude 11; Ismini KRIARI - CATRANIS (1997), "Human Assisted Procreation and Human Rights. The Greek response to the felt necessities of the time", *European Journal of Health Law*, Vol. 4, núm. 1, pp. 43-67 (<http://bioethics.org.gr>); y Maria MITROSSILI (2007), "Medically Assisted Reproduction," *Hellenic Medicine*, Vol. 24, núm. 6 ([www.mednet.gr](http://www.mednet.gr)).

<sup>53</sup> "Los artículos 1458 y 1464 sólo se aplican en el caso de que la madre solicitante y la sustituta tengan su domicilio en Grecia."

#### 4.2. Límites al reconocimiento y establecimiento de la filiación (Reino Unido)

El Reino Unido ha venido manteniendo una actitud prohibitiva con respecto a la práctica comercial de la maternidad subrogada<sup>54</sup>, prohibiendo el contrato y penalizando la actividad comercial (los intermediarios y la publicidad). Pero admite la maternidad subrogada justificada por motivos médicos, y que no implica la ejecución de un contrato. La filiación se determina con respecto a la madre que da a luz. Sólo se transfiere (pasado un periodo de reflexión) a los padres intencionales si éstos lo solicitan ante los tribunales. La maternidad subrogada ha de serlo a título gratuito. Si bien, admite -como en Grecia- el pago a la gestante de los *gastos razonables* que se deriven de la misma.

En las condiciones exigidas por la ley, el juez inglés puede establecer la filiación del niño respecto los padres intencionales mediante una *parental order* que transfiere la filiación inicialmente establecida con respecto a la madre gestante a los mismos. Se suceden así dos actas o certificados de nacimiento. En el primero, la madre que da a luz es la que consta como tal y tiene un plazo para retractarse. Si da su consentimiento se establece una nueva acta de nacimiento, esta vez, en favor de los padres intencionales. De tales requisitos se hacían eco las leyes de 1985 y la reformada de 1990 (al igual que la práctica de los tribunales).

Esta regulación se ha visto reforzada, desde el pasado 1 de abril de 2009, con la entrada en vigor la Ley sobre Embriología y fertilización Humana (*Human Fertilisation and Embryology Act, 2008*)(en adelante, HFEA) que flexibiliza algunas condiciones. Notablemente, la que extiende la posibilidad que se establezca la filiación del menor respecto de las personas unidas en una unión civil registrada del mismo sexo.<sup>55</sup>

A nuestros fines, conviene destacar que la ley inglesa exige vínculos con el territorio del Reino Unido para que sus jueces dicten una *parental order* que establezca la filiación con respecto a los padres intencionales; y, que este requisito ha sido igualmente exigido cuando la maternidad subrogada ha tenido lugar en el extranjero. Así, conforme al artículo 54 (4) letra b) de la HFEA (2008), para que los tribunales del Reino Unido, declaren en favor de los padres intencionales la filiación legal del menor nacido de una maternidad subrogada:

---

<sup>54</sup>*Subrogacy Arrangements Act*, de 18 de julio de 1985, modificada por Ley de 1 de noviembre de 1990. A partir del pasado 1 de abril de 2009 entra en vigor la Ley sobre Embriología y fertilización Humana (*Human Fertilisation and Embryology Act, 2008*), que viene a seguir los mismos principios.

<sup>55</sup> La *Civil Partnership Act* (2004) ya establece una equivalencia de efectos entre el matrimonio entre personas del mismo sexo y la unión civil que regula. La adopción conjunta de niños ya estaba permitida a las uniones registradas del mismo sexo. Ahora, el artículo 42 de la nueva ley extiende la maternidad subrogada se extiende a estas parejas a través del artículo 42 de la nueva Ley (*Human Fertilisation and Embryology Act, 2008*).



“uno o ambos deben estar domiciliados en el Reino Unido o en las Islas del Canal o en la Isla de Man.”<sup>56</sup>.

Por tanto, los padres intencionales que se trasladan al extranjero para acordar una maternidad subrogada han de acudir a los tribunales para que establezcan o reconozcan la filiación teniendo en cuenta la ley inglesa siempre que al menos uno de ellos esté domiciliado en el territorio. No se produce un reconocimiento automático de la filiación establecida en el extranjero.

Tal requisito funciona como una condición de competencia judicial, interna e internacional, y de ley aplicable, permitiendo limitar los casos en los que la filiación y la responsabilidad parental del menor (*parental responsibility*) se verá establecida de acuerdo con la ley inglesa, y tanto si la maternidad subrogada tiene lugar en el territorio como en el extranjero. Las condiciones o requisitos materiales, que prevé la ley inglesa vienen a precisar su alcance extraterritorial (como condiciones de reconocimiento), punto éste que es objeto de discusión en los tribunales.

Un ejemplo, anterior a la vigencia de la Ley de 2008, pero que sigue los mismos parámetros (el tribunal alude a la ley en curso en el Parlamento) nos lo ofrece la sentencia de la *High Court of Justice* de Londres, de 9 de diciembre de 2008, en el asunto X & Y, que afecta a gemelos nacidos a partir del recurso a la maternidad subrogada en Ucrania<sup>57</sup>. En este caso, los padres intencionales eran un matrimonio de nacionalidad inglesa que residía habitualmente en Reino Unido. Éstos concluyeron un acuerdo de maternidad subrogada con una mujer casada de Ucrania a la que se le implantaron dos embriones concebidos con los óvulos de una donante y con el espermatozoides del marido de la pareja. En el acuerdo se prevé una indemnización por la pérdida de salarios y por los gastos necesarios para el parto. Conforme a la legislación de Ucrania, en el certificado de nacimiento de los menores figuraban como padres los intencionales, omitiéndose a la madre que dio a luz. Pero, en este caso, la legislación de Ucrania no permitió a los menores obtener ni la nacionalidad ni la residencia en dicho país.

Conforme a la legislación inglesa, los menores serían huérfanos y apátridas si no se establecía la filiación a favor de los padres intencionales o, en un primer momento, con respecto al padre a fin de que no se les privara de la nacionalidad inglesa y del derecho de

---

<sup>56</sup> 54 Parental orders

(4) At the time of the application and the making of the order –

(a) the child’s home must be with the applicants, and

(b) either or both of the applicants must be domiciled in the United Kingdom or in the Channel Islands or the Isle of Man.

(10) Subsection (1)(a) applies whether the woman was in the United Kingdom or elsewhere at the time of the placing in her of the embryo or the sperm and eggs or her artificial insemination.

<sup>57</sup> High Court of Justice (Family Division), 9 de diciembre de 2008, X & Y, WC2A 2LL. [2008] EWHC 3030 (Fam). URL: <http://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/Fam/2008/3030.html>

entrada y residencia legal en Reino Unido. A tales fines, un test de ADN permitió probar la filiación de los menores nacidos en Ucrania, de manera que fueron autorizados a entrar en el territorio para permitir a los padres intencionales solicitar ante los tribunales ingleses la *parental order*, que estableciera en su favor la filiación de los menores de acuerdo con el artículo 30 de la *HFEA* (1990), vigente en el momento en el que se planteó el asunto.

La decisión del tribunal inglés gira en torno a las condiciones exigidas por el artículo 30 de dicha Ley (presentes igualmente en la Ley de 2008, en vigor desde el 1 de abril de 2009) atendiendo a su carácter extra-territorial. Notablemente en las condiciones del artículo 30 (5)<sup>58</sup> y el artículo 30 (7) relativas a los consentimientos relevantes (el de la madre gestante y el del marido de ésta, para descartar las presunciones de paternidad) y al control del carácter razonable de los gastos pagados<sup>59</sup>. Este control "económico" nutre, en parte, el examen de los motivos de orden público internacional. Es de destacar que la *High Court* indica, al respecto, que: "no hay razón alguna para que no se extiendan extra-territorialmente" tales exigencias materiales. El derecho inglés establece la filiación materna a favor de la madre que da a luz. No se considera ejecutable el contrato de maternidad subrogada ni es posible modificar la filiación materna en contra de la voluntad de la madre que trae el niño al mundo. Ahora bien, la ley inglesa permite, bajo las citadas condiciones y con el acuerdo de ésta, que los tribunales establezcan la transferencia de la filiación de los menores a favor de los padres intencionales.

El tribunal atiende, asimismo, en el control del reconocimiento y dentro de lo que sería el límite del orden público a que los padres intencionales o comanditarios hayan actuado de

---

<sup>58</sup> Section 30(5) provides as follows:

"The Court must be satisfied that both the father of the child (including a person who is the father by virtue of Section 28 of this Act), where he is not the husband, and the woman who carried the child have freely, and with full understanding of what is involved, agreed unconditionally to the making of the order."

It should be noticed that, unlike the adoption legislation, the court has no power to dispense with a required consent however unreasonable the withholding of that consent may be or however much the welfare of the child is prejudiced by such refusal; even if they bear no legal responsibility for the child under their own domestic law, the persons whose consent is required truly have an absolute veto. Again no specific reason for that can be ascertained. That is of some importance to the applicant's argument on this point. The Ukrainian surrogate mother has given the requisite consent and that has been proved before me although there is no prescribed form of consent nor does it have to be witnessed by the parental order reporter who in this case is also the guardian. As it happens the same is true of her husband though I am urged to find that his consent is not required.

<sup>59</sup> Que consistían en 325 € por mes de embarazo y una suma global de 25.000 euros. El nivel del país donde se lleva a cabo esta técnica de reproducción asistida ha de contar a la hora de determinar si los gastos son razonables. Pero lo anterior puede ser la cantidad (a la baja) que percibe una madre portadora en EE.UU, pues suele ser la cuarta parte del gasto total que pagan los padres intencionales. La otra parte, la mayor, la perciben las clínicas y las agencias o los intermediarios (despachos de abogados vinculados a las clínicas) a los que se suman los gastos de los viajes. Pero el precio puede elevarse mucho más en función no tanto de la madre portadora sino de la donante de los óvulos. Por ejemplo, si la donante es estudiante universitaria. Las agencias cuentan con catálogos con fotos y el perfil social de las donantes.

“buena fe”<sup>60</sup> con la madre subrogada y con las autoridades (sin fraude a la ley competente). Esto significa, por una parte, el que hayan respetado tanto las condiciones exigidas por la ley inglesa (con alcance extraterritorial); y, por otra, las de la ley ucraniana.

Interesa constatar que a las condiciones materiales examinadas se unen las condiciones conflictuales o de reconocimiento. La competencia de los tribunales ingleses (y de su ley) para el establecimiento de la filiación exige determinados vínculos con el foro. Estos se cumplían, en el caso, al tratarse de un matrimonio (inglés) domiciliado en Reino Unido y siendo, además, el menor hijo biológico del padre. Si bien, basta que uno de los padres intencionales esté domiciliado en el Reino Unido, Islas del Canal o la Isla de Man para que los tribunales ingleses se pronuncien al respecto aplicando la ley inglesa, que permite establecer la filiación legal.

#### 4.3. El fraude al conflicto de calificaciones: El contrato y la filiación

Fue mérito de Kahn y Bartin el haber aislado el “problema de las calificaciones” en el DIP, incluso antes de que se hiciera en otras disciplinas, acercándolo a la cuestión de los “conjuntos normativos”, al que hace referencia un reciente trabajo en el ámbito de la medicina procreativa y el DIP<sup>61</sup>. Sin embargo, en esa época (S. XIX), el análisis presentaba lagunas, pues la doctrina y la jurisprudencia no habían profundizado aún en las cuestiones relativas a la aplicación de oficio de la norma de conflicto, el fraude a la ley y al orden público internacional. Con posterioridad, la doctrina ha razonado sobre si el objeto de la calificación es el derecho (la norma) o los hechos o, más bien, la pretensión en su conjunto, y los argumentos que la sostienen<sup>62</sup>. En materia de maternidad subrogada, existiendo intereses estatales contrapuestos, la solución *lege fori* es la más lógica. Si en el país de reconocimiento se prohíbe el contrato, no sería adecuado ni una calificación contractual de la pretensión ni, tampoco, que el contrato pudiera absorber o ocultar la cuestión de la filiación a la hora de calificar para decidir la competencia y el derecho aplicable (o establecer su control de reconocimiento).

La maternidad subrogada concierne al orden público del foro. No se admite tal contrato. Parece lógico que no pueda admitirse, tampoco, ni el que un juez extranjero pueda pronunciarse (en base a su ley) sobre la filiación (de los futuros hijos de españoles

---

<sup>60</sup> Otra muestra de que el derecho inglés no es tan reticente a un principio o a una regla general de la buena fe contractual para el actual debate sobre el derecho contractual europeo.

<sup>61</sup> Con respecto a la necesidad de preservar los conjuntos normativos frente a la práctica de disociación de la medicina procreativa y la filiación, Caroline HENRY (2007), *Médecine créative et globalisation: nouveaux enjeux et nouvelles polémiques pour le DIP*, Paris I, Paris, pp. 318-360.

<sup>62</sup> Bertrand ANCEL (1980), “L’objet de la qualification”, *Journal du Droit International (Clunet)*, p. 227. Así, cabe recordar que en el caso Bartholo lo que se trataba de saber no era si la mujer era viuda y pobre y si los inmuebles estaban en una colonia francesa sino de saber si la *pretensión* de la demandante debía, para las autoridades francesas, integrarse en la categoría de matrimonial o en la de sucesiones.

residentes), cuando su competencia no está basada más que en la voluntad de las partes (contrato), y no siendo ni la filiación ni el estado civil de los menores de la libre disposición de las mismas. Subyace al contrato de maternidad subrogada un fraude al conflicto de calificaciones. La pretensión jurídica relativa al establecimiento de la filiación queda deslocalizada por la voluntad contractual (y la práctica médica) operándose un fraude al conflicto de calificaciones. Por tanto, a la norma de conflicto. .

El conflicto entre la calificación de la pretensión sea como “contrato”, sea como “filiación”, subyace al litigio. De la misma se derivan un foro (competencia) y unas normas conflicto distintas (que son aplicables de oficio por el juez) y unas normas aplicables distintas (que no son de la libre disposición de las partes). En otras palabras, cabe dudar que competa al juez y a la ley californiana –para las autoridades españolas de reconocimiento- el establecer la filiación de los nacidos de españoles residentes, aunque el contrato y el acceso a la práctica prohibida (con el consiguiente nacimiento de los menores) tuvieren lugar en California, por voluntad de las partes y al desplazarse a dicho país (y Estado) los futuros padres.

El contrato de maternidad subrogada permite anticipadamente al juez californiano homologar el contrato y establecer, siguiendo el derecho de familia de California, la cuestión relativa al estado civil -o la relativa a la filiación- conforme a la ley americana, antes de que nazcan los menores de la madre subrogada.

La competencia judicial internacional para establecer la filiación la decide el contrato que se homologa (la voluntad de las partes) y el que la práctica de reproducción asistida tenga lugar en dicho territorio. Es decir, decide no sólo la ejecución del contrato sino, también, la cuestión de la filiación.

## ***5. Conclusiones***

Las páginas precedentes se han centrado en los aspectos de Derecho internacional privado que plantea la Resolución de la “Dirección General de los Registros y del Notariado” de 19 de febrero de 2009, que estima el recurso interpuesto por un matrimonio de españoles residente en España, contra el auto del Encargado del Registro Consular que deniega la transcripción en el Registro Civil de los certificados de nacimiento extranjeros en los que constaba la doble paternidad de sus hijos (gemelos) nacidos a partir del recurso a una madre subrogada en California. Sin perjuicio de las ideas ya apuntadas y de su mayor desarrollo a lo largo del trabajo, cabe concluir con los extremos siguientes:

### **(1) La cuestión resuelta: la transcripción y la eficacia probatoria (registral) de las certificaciones de nacimiento extranjeras**

La DGRN ordena que se proceda a la transcripción de los certificados de nacimiento extranjeros, pero deja claro que su decisión no prejuzga las cuestiones de fondo relativas a

la validez del contrato, la filiación y el efecto de cosa juzgada de la decisión judicial extranjera, que establece la doble paternidad de los menores antes de su nacimiento. Así, el FJ. 5º precisa que: "... cualquier parte legitimada puede impugnar el contenido de dicha inscripción ante los Tribunales españoles en la vía civil ordinaria. En tal caso, los Tribunales españoles *establecerán de modo definitivo la filiación de los nacidos*. Por tanto, la certificación registral extranjera no produce el efectos jurídicos de 'cosa juzgada'."

## **(2) El control de legalidad: título y objeto del control**

El control de legalidad al que procede la DGRN no es un control conflictual. Tampoco se basa en la exigencia previa del exequátur de la decisión judicial californiana. Si bien, existe -a nuestro entender- una relación de causa-efecto entre la sentencia judicial y los certificados de nacimiento de los menores.

La DGRN acota el control de legalidad -sobre la base del artículo 81 del RRC- a la cuestión de la *eficacia probatoria* de los certificados de nacimiento como documentos públicos extranjeros (artículo 323 LEC); y, notablemente, al límite del "orden público internacional". Los argumentos que aporta la DGRN, respecto a la competencia judicial internacional podrían, empero, dar a pensar en una suerte de "control incidental" de la sentencia californiana. Lo que suscita la duda de si la vía que debiera seguirse para el control de legalidad es la del artículo 81 RRC o la del artículo 83 del RRC. ¿Acaso es separable la sentencia judicial californiana de los certificados de nacimiento cuando la expedición de éstos exige un título (sentencia) que establezca la filiación?

## **(3) Las cuestiones no resueltas y los métodos concurrentes en el Derecho internacional privado para resolverlas**

Ordenada la transcripción, para las cuestiones de fondo, no resueltas por la RDGRN, concurren varios métodos en el DIP: el de las leyes de policía, el de los conflictos de leyes y el del reconocimiento de las decisiones judiciales y las situaciones jurídicas creadas en el extranjero.

El método de las leyes de policía (art, 10 LTRHA), afecta, ante todo, a la nulidad del contrato. Las cuestiones relativas al establecimiento del *status filii* de los menores, se sujetarían al derecho español aplicable (artículo 9.4 CC). A su tenor, es posible reconocer la filiación *biológica* paterna ante los tribunales (artículo 10 LTRHA). Ahora bien, difícilmente tendrán los menores una *doble filiación* si la madre que da a luz -que no consta ni en los certificados de nacimiento ni en los documentos del hospital- no los reclama. La solución no es afortunada. Cabría *de lege ferenda* estudiar otras posibilidades como la adopción del hijo del cónyuge (Holanda) o el reconocimiento de la filiación tras confirmación de la "posesión de estado" (Bélgica).

La cuestión de la filiación podría plantearse a título principal (si la madre gestante reclama a los menores) o al hilo de una cuestión previa (por ejemplo, si falleciera el padre

intencional no-biológico y un hijo anterior de éste impugnara, en la sucesión intestada, la cualidad de hijos de los gemelos). En todo caso, si los tribunales españoles llegaran a pronunciarse sobre la filiación, aplicando el derecho español (artículo 10 LTRHA) su decisión podría acarrear la nulidad de la trascripción ahora ordenada por la DGRN. Salvo, claro está, que se reconociera, mediante el exequátur, la doble filiación paterna establecida por la sentencia californiana (siguiendo el régimen común del artículo 954 LEC).

#### **(4) Reconocimiento de decisiones y de situaciones jurídicas creadas en el país de origen y alejadas del país de reconocimiento**

El método del reconocimiento de las situaciones creadas en el extranjero al amparo de otra autoridad y su ordenamiento -al que se refiere la DGRN, y que goza, hoy, de gran favor doctrinal- presupone, empero, un alejamiento inicial de la situación con el país al que se le solicita el reconocimiento. Es decir, la ausencia de fraude. En caso contrario, difícilmente se respetarían, por no serlo, las “legítimas” expectativas de las partes.

El Estado de reconocimiento, que prohíbe la maternidad subrogada, no está obligado a aceptar las situaciones creadas por la voluntad de sus ciudadanos residentes, con el concurso de las autoridades y al amparo de una ley permisiva, cuando dicha legislación no establece límites a los extranjeros no residentes y a la competencia judicial de sus tribunales (y su ley) que eviten filiaciones claudicantes (el *forum shopping malus* no busca la armonía internacional de soluciones y no tiene como recompensa la recíproca o un reconocimiento mutuo).

En definitiva, lo que cabe esperar de un “Estado amigo” (palabras de la DGRN) es que limite el acceso de los extranjeros no residentes a la práctica médica de la maternidad subrogada (no alentando el llamado, despectivamente, “turismo procreativo”) y que no extienda la competencia judicial internacional de sus tribunales (y su ley) para la determinar la filiación de menores -que todavía no han nacido- y que serán educados en una familia de extranjeros no residentes (en el país de reconocimiento).

Otros países (Grecia, Israel o Reino Unido) establecen límites internacionales a la maternidad subrogada y a la competencia internacional de sus tribunales (o de su ley) para determinar las consecuencias legales de la filiación en los supuestos de maternidad subrogada. No es, empero, el caso del Estado norteamericano de California, que sólo exige que la gestante resida en dicho Estado norteamericano a fin de tener en cuenta los conflictos inter-federales (pues la maternidad subrogada no está admitida en todo el país).

#### **(5) Un fraude al conflicto de calificaciones; y, por ende, a la norma de conflicto**

El fraude a la ley es acotado por la DGRN a lo que en la normativa se entiende estrictamente por fraude a la ley en los conflictos de leyes (artículo 12.4 CC). La parca solución que ofrece dicho artículo -y que suele extenderse con la previsión genérica del artículo 6.4 CC-, se reconduce a través del límite o excepción del orden público internacional. Es más, no considera la DGRN que exista, aquí, tal fraude. Sin embargo, la

maternidad subrogada puede servir de banco de pruebas al “fraude al conflicto de calificaciones”; y, por tanto, a la norma de conflicto. Cabe recordar que fue mérito de Kahn y Bartin el haber aislado el “problema de las calificaciones” en el DIP, acercándolo a la cuestión de los “conjuntos normativos”. Con posterioridad, la doctrina ha trabajado el objeto de la calificación, teniendo en cuenta a la “pretensión en su conjunto”. Pues bien, en la maternidad subrogada el contrato absorbe (oculta) la pretensión de la filiación, deslocalizando tal cuestión o internacionalizando la situación jurídica para atraer la competencia de los tribunales y el derecho aplicable al país donde se celebra el contrato y la práctica médica se realiza.

El juez extranjero se pronuncia (en base a su ley) sobre la filiación de unos futuros hijos de españoles residentes, antes incluso de su nacimiento, no teniendo su competencia origen más que en la voluntad de las partes (contrato) en una materia (la filiación y el estado civil de los menores) que no es de la libre disposición de las mismas. El contrato de gestación por sustitución permite un “fraude al conflicto de calificaciones”; y, por ende, a la norma de conflicto.

**(6) El límite del orden público internacional como pieza clave en el control del reconocimiento: El “interés superior del Niño” y el “interés de los menores *in casu*”**

La cláusula del “interés superior del Niño” en los pleitos que le conciernen conduce a la DGRN a ordenar, sin prejuzgar la cuestión de fondo (filiación), la transcripción de las menciones contenidas (incluida la doble filiación paterna) en los certificados de nacimiento extranjeros en el Registro Civil español. Es una solución de justicia material que trata de facilitar la vida de los menores y de su familia en nuestro territorio dando a los certificados de nacimiento extranjeros la fe pública registral, y una presunción *iuris tantum* de veracidad y legalidad. La solución retenida atiende al interés de los menores en el caso concreto.

Sin embargo, el mismo principio (el interés superior del Niño) puede conducir a una solución opuesta en éste ámbito de la maternidad subrogada, pues el interés del “Niño”, de todos los niños en general, exige poner a la persona humana al abrigo del comercio; es decir, de los efectos perversos que entraña la mercantilización de la práctica médica y el contrato de gestación por sustitución. En otras palabras, el que un niño pueda ser “objeto” de contrato o la solución médica a algunos casos de infertilidad; y, el que jóvenes, en situación de precariedad, devengan instrumentos de alienación o explotación en manos de intermediarios. Cabe tener en cuenta que en algunos países la mujer casada gestante no tiene capacidad de obrar (contratar), y más que hablar de un “consentimiento informado” hay que hablar una elección económica y familiar.

Se trata de evitar, asimismo, el “derecho *al* niño” (que invertiría el derecho *del* niño a una familia, al que se han referido el TEDH en el caso de la adopción).

El interés del Niño y el interés de los menores *in casu* han de conjugarse. El principio es vacío sin cierta dosis de pragmatismo, pero el pragmatismo es ciego si niega el principio (valores) que prohíbe la maternidad subrogada. Sólo la unión de ambos, el principio y cierta dosis de pragmatismo, permite a las autoridades decidir *in casu* de acuerdo a los principios y a la justicia material que sustentan el interés superior del menor. Éste siempre de buena fe y que no han de cargar con el fraude de los padres.

Tal actitud está maximizada en la RDGRN, que –para la cuestión que se le plantea- atiende al interés superior de los gemelos acotando la cuestión a resolver; y, sobre todo, obviando el fraude. En cierta medida, ocurre con otras filiaciones no reconocidas. Fue, en otro tiempo, el caso de la inscripción de los niños adulterinos. Es incluso, hoy, el caso de los menores que nacen de relaciones incestuosas, pues nuestra legislación -aunque la limita y la condiciona-, no llega a excluir, completamente, la posibilidad de que el menor llegue a tener una doble filiación (artículo 125 CC).

### **(7) Disociación entre el contrato y el *status filii***

El artículo 10 LTRHA es una ley contractual de policía. Pero la nulidad del contrato no es de carácter absoluto ni entraña la consecuencia grave, para el *status filii*, de que no pueda reconocerse la filiación biológica paterna ante los tribunales.

No estamos ante una nulidad absoluta o ante la solución drástica del *fraus omnia corrumpit*, que dejaría a los menores huérfanos y apátridas (o extranjeros).

El que conforme al artículo 10 LTRHA la madre sea la que da a luz no es una buena solución, salvo que los reclamara y ello fuera en el interés superior del menor. Pero, por lo general, no es una buena solución. Es ajena a la verdad biológica y a la verdad social. E, incluso, en un contexto internacional, a una verdad jurídica (en otro país).

El legislador tendría que estudiar otras posibilidades, en los casos en los que fueran competentes los tribunales y la ley española, como serían la adopción del hijo del cónyuge o el reconocimiento de la maternidad/paternidad social por “posesión de estado”. Si bien, tal reconocimiento requeriría tiempo y podría no ser el inicial.

### **(8) Verdad biológica y verdad social: maternidad subrogada**

El legislador podría intervenir para atender a la *doble* verdad biológica (además de social) de los supuestos de una estricta “gestación por sustitución” en los que la madre intencional es, también, la madre genética (su infertilidad es uterina). Cabría sacrificar, en tal caso, el principio tradicional *mater semper certa est* - establecido en un momento en el que era impensable la disociación entre la madre genética y la gestante-, pues ambas maternidades obedecen a una realidad biológica.



En los casos de maternidad subrogada, como el que nos ocupa, empero, además de la vía del reconocimiento de la paternidad biológica de uno de los padres intencionales acudiendo a los tribunales (artículo 10 LTRHA), cabría *de lege ferenda* abrir la vía de la adopción del hijo del cónyuge (artículo 178 CC), salvo que, pasado un plazo, la madre gestante reclamara al hijo. En tal caso, no se vería en la maternidad subrogada (realizada en el extranjero) un medio para eludir la normativa relativa a la adopción.

Estas dos distintas previsiones no suponen una discriminación (artículo 14 CE) con respecto a las parejas del mismo sexo masculinas –como indica la RDGRN en relación a la doble filiación materna derivada de las TRA (artículo 7.3 LTRHA)- por cuanto se daría la misma solución en el caso de que la madre biológica y la madre de intención no fueran la misma (infertilidad ovárica y uterina). La propuesta se aviene, a nuestro entender, con la prohibición actual del contrato de gestación por sustitución, con la verdad biológica (y social) y con la verdad biológica del nacimiento de los menores. Si bien, el supuesto de que pudiera determinarse la verdad biológica en la “gestación por otra” supone la inversión del criterio (presunción) al que se atiende en las de técnicas de reproducción asistida.

En todo caso, los efectos de la filiación, sea natural u adoptiva, serían los mismos.

#### **(9) Reconocimiento mutuo de la realidad jurídica de la filiación en un contexto internacional (en otro país)**

Junto al interés superior del menor, y en la misma dirección, la DGRN invoca la necesidad de garantizar una identidad única de los menores a través de las fronteras; y, por ende, el reconocimiento de la creada en un “Estado amigo” al amparo de su ordenamiento. Se apela, así, a un adecuado funcionamiento de los servicios registrales, en un ámbito europeo e internacional, atento al reconocimiento efectivo del derecho fundamental a la identidad de los menores (artículos 7 y 8 del Convenio de Naciones Unidas sobre Derechos del Niño de 1989), que ha de ser única y no distinta en el país de nacimiento y en el país donde viven.

Sin embargo, cabría objetar, a lo anterior, que el reconocimiento no es incondicionado, y que procede siempre que la identidad de los menores no ofrezca dudas, y que el Estado de origen sea competente (es decir, siempre que existan vínculos) para establecerla, pues de lo contrario no se logrará una uniformidad de soluciones en los Estados de reconocimiento. No trata el método del reconocimiento de aplicar, simplemente, la regla *prior tempore, potior iure* (que siempre designaría al Estado donde se efectúa el contrato de maternidad subrogada, pues se pronuncia antes del nacimiento de los menores), y no hay ni en un ámbito europeo ni internacional normas de competencia uniformes que garanticen el reconocimiento mutuo en esta materia (respecto a las decisiones de los EE.MM de la Unión, el Reglamento CEE núm. 2201/2003 *en materia matrimonial y de responsabilidad parental* excluye, expresamente, el establecimiento de la filiación de su ámbito material de aplicación).

En el ámbito de la adopción (TEDH, asunto *Wagner c. Luxemburgo*, de 28 de junio de 2007) se atiende a decisiones y situaciones jurídicas consolidadas en el extranjero, pero los Estados suelen tener en cuenta si tal adopción internacional pudiere resultar claudicante (v. gr., artículos 18-20 de la Ley 54/2007 *sobre adopción internacional*; artículo 77 de la Ley Federal Suiza de DIP en materia de reconocimiento de las adopciones extranjeras, o, en el ámbito matrimonial, del artículo 606 del ZPO alemán, entre otros).

Es posible reconocer, bajo ciertas condiciones, la realidad jurídica de la filiación existente (ya determinada) en otro país relativa a la maternidad subrogada. Así, la filiación derivada de una “gestación por sustitución” en Grecia no plantea problemas de orden público internacional. Si una familia mixta (de padre español) se instalara, con posterioridad, en nuestro territorio, en el control de legalidad (reconocimiento) se apreciaría que la autoridad griega es competente (existen vínculos con Grecia, pues la madre intencional y la gestante han de estar domiciliadas en Grecia par que las autoridades griegas determinen la maternidad legal conforme a la ley griega). Estaríamos ante un supuesto de reconocimiento de una situación válidamente creada en el extranjero (y al amparo de sus autoridades y ley) y sin fraude (alejada del país de reconocimiento en el momento de su creación). El impacto en el foro (motivos de orden público) sería mínimo pues el reconocimiento no supone un incentivo para los nacionales residentes, dados los límites internacionales o los vínculos exigidos por la legislación griega y que la existencia de vínculos es exigida para el reconocimiento por nuestras autoridades.