

**“Propuesta de reforma de la regulación española sobre
inscripción de relaciones de filiación constituidas en el
extranjero mediante gestación subrogada”**

Madrid, 1 de octubre de 2018.

1- Presentación:

El Grupo de Trabajo constituido por la **Fundación Fide y la Fundación Garrigues**, se ha reunido desde abril de 2017 a febrero de 2018, en cuatro sesiones de trabajo, en las que se analizaron, entre otros, temas relativos a la **inscripción de relaciones de filiación constituidas en el extranjero mediante gestación subrogada**.

El objetivo primordial con el que se ha convocado este Grupo de Trabajo, desde la sociedad civil, **es dar solución a situaciones concretas creadas**. Haber alcanzado el consenso suficiente para proponer esta reforma, nos ayuda a plantear a futuro un debate abierto ante una situación internacional en profunda transformación. Cabe destacar que el **respeto al interés superior del menor**, tal y como éste aparece definido en los instrumentos europeos y convencionales en vigor en España, **es el eje sobre el que se estructura esta propuesta de reforma**.

Las que siguen son conclusiones elaboradas a partir de las aportaciones e intervenciones de todos los participantes en el Grupo, que si bien lógicamente **no representan la opinión unánime de todos**, señaladamente en las causas raíces de algunos de los problemas actuales y sus soluciones, sí reflejan las cuestiones en las que se ha centrado el debate y la reflexión colectiva.

2- Resumen de la propuesta del Grupo FIDE-FUNDACION GARRIGUES:

EL NUEVO ARTÍCULO 101 LRC.

La norma que se propone incorporar en la Ley del Registro Civil 2011 es la siguiente:

Artículo 101. Gestación subrogada.

“En el caso de la inscripción de títulos extranjeros que acrediten una relación de filiación constituida en el extranjero mediante gestación subrogada, la apreciación de la eventual contradicción con el orden público español deberá tener en cuenta necesariamente el respeto al interés superior del menor, tal y como éste aparece definido en los instrumentos europeos y convencionales en vigor en España”.

Es necesario tener presente, no obstante, que tras la finalización de las sesiones del Grupo de Trabajo y la elaboración del presente documento, se produjo una nueva ampliación de la *vacatio legis* de la LRC 2011, lo que supone que dicha Ley no entrará en vigor hasta el 30 de junio de 2020. Ante esta eventualidad, y con el objetivo de no demorar hasta tal fecha la aplicación de la norma propuesta, se sugieren dos alternativas.

- a) Adelantar la entrada en vigor del nuevo artículo 101 LRC 2011, al igual que se ha hecho con otras normas específicas de dicha Ley.
- b) Integrar la norma propuesta en la Ley de cooperación jurídica internacional en materia civil y mercantil, y, en concreto, en el seno del Capítulo VI del Título V en el que se regula la inscripción de títulos extranjeros en los registros públicos españoles. El precepto se podría alojar en un nuevo artículo 62 de la citada Ley,

3- Integrantes del grupo de trabajo:

El grupo de trabajo ha sido dirigido por: Antonio Garrigues Walker, Presidente de la Fundación Garrigues, **Cristina Jiménez Savurido**, Presidente de Fide y **Pedro García Barreno**, Doctor en Medicina y catedrático emérito de la Universidad Complutense.

Han participado en este trabajo de reflexión y debate colectivo: José Manuel Caamaño López, Director de la Cátedra Francisco José Ayala de Ciencia, Tecnología y Religión, Universidad Pontificia Comillas; **Asier Crespo**, Director Jurídico de Microsoft Ibérica; **Jesús de la Morena Olías**, Director de la Fundación Garrigues; **Pablo de Lora Deltoro**, Catedrático de Filosofía del Derecho, Universidad Autónoma de Madrid; **Federico de Montalvo Jääskeläinen**, Profesor propio agregado de Derecho Constitucional, Universidad Pontificia Comillas (ICADE); **Ibán Díez López**, Socio en Menta Abogados; **Carlos Espósito**, Catedrático de Derecho Internacional Público, Universidad Autónoma de Madrid; **María Teresa Fernández de La Vega**, Presidenta del Consejo de Estado; **Ana Fernández-Tresguerres García**, Notaria de Madrid, Letrada Adscrita a la DGRN. Registradora excedente; **Antonio García Paredes**, Magistrado de la Audiencia Provincial de Madrid; **Cristina González Beilfuss**, Catedrática de Derecho internacional Privado, Universidad de Barcelona; **Iván Heredia Cervantes**, Profesor Titular de Derecho internacional privado de la Universidad Autónoma de Madrid; **Eduardo López-Collazo**, Director Científico, IdiPAZ; **Javier Marqueta Sobrino**, Representante del grupo de interés de ética de la Sociedad Española de Fertilidad. Director Médico, Unidad de Medicina Reproductiva, Clínica IVI en Mallorca; **Irene Matarranz Pascual**, Coordinadora de Reproducción, Hospital Universitario de Guadalajara. Profesora, Universidad de Alcalá; **Ignacio Palomo**, Director de Arpa médica y de Ginexlab, Presidente de la Fundación Doctor Ignacio Palomo Álvarez; **Alma María Rodríguez Guitián**, Profesora Titular de Derecho Civil, Universidad Autónoma de Madrid; **Antonio Salas Carceller**,

Magistrado de la Sala de lo Civil, Tribunal Supremo; **Antonio Vila-Coro**, Vicepresidente de la Asociación Son Nuestros Hijos.

Coordinación Académica del Grupo de Trabajo: Victoria Dal Lago Demmi, Coordinación Académica, Fundación para la Investigación sobre el Derecho y la Empresa. FIDE

Todas las personas que han participado en este grupo de trabajo de Fide, lo han hecho a título personal y no en representación de las instituciones, despachos profesionales, universidades, o empresas donde llevan a cabo su labor profesional, por lo que **estas conclusiones no reflejan y no recogen posturas institucionales sino particulares de cada uno de los miembros del grupo.**

4- Agradecimientos:

La **Fundación Fide** y la **Fundación Garrigues**, agradecen a todos los integrantes del grupo, el haber participado activamente en todas las sesiones de trabajo, introduciendo los temas para el debate, aportando su experiencia, conocimientos en la materia y sus reflexiones personales. También agradecemos a **Iván Heredia Cervantes**, Profesor Titular de Derecho internacional privado de la Universidad Autónoma de Madrid, por redactar el borrador del documento de trabajo contemplado en el Anexo I e incorporar las aportaciones de cada uno de los integrantes del grupo de trabajo a esta propuesta de reforma. Han sido meses de un intenso e interesantísimo trabajo y ha sido un honor y un privilegio poder contar con las aportaciones de todos.

5- Comisión Ciencia y Derecho:

La **Fundación Fide** y la **Fundación Garrigues**, realizan periódicamente, desde hace cuatro años, una serie de **sesiones en las que reúnen científicos y juristas**, para abordar temas de muy diversa naturaleza con el objetivo de **promover líneas de acción y cooperación entre científicos y juristas que sean fructíferas y, en su caso, constituyan también una fuente de propuestas legislativas, formativas o de otro tipo, útiles para toda la sociedad.**

Ambas instituciones han constituido la **Comisión Ciencia y Derecho**, que tiene por finalidad avanzar en la investigación y el conocimiento de los campos de la ciencia, que por su mayor avance o complejidad, requieren este diálogo. Dicha **Comisión dirigida por Antonio Garrigues Walker**, Presidente de la Fundación Garrigues, **Cristina Jiménez Savurido**, Presidente de Fide y **Pedro García Barreno**, Doctor en Medicina y catedrático emérito de la Universidad Complutense.

Ambas fundaciones han convocado a este Grupo de Trabajo a profesionales de diferentes procedencias, juristas, médicos, académicos, entre otros, con el objetivo de elaborar una propuesta informada y consensuada de **reforma de la regulación española sobre inscripción de relaciones de filiación constituidas en el extranjero mediante gestación subrogada.**

6- ANEXOS I, II, III :

- I- Documento de trabajo completo.
- II- Otros grupos de trabajo en desarrollo por la Comisión Ciencia y Derecho.
- III- Otras materias que se abordan en las sesiones de Diálogos Ciencia y Derecho y que son objeto de análisis en la Comisión Ciencia y Derecho.

ANEXO I: Documento de trabajo completo:

Para la elaboración de la propuesta de reforma contenida en este documento, el grupo ha mantenido intensos debates en los que se han analizado las siguientes cuestiones:

- 1.- La limitación de la reforma a la inscripción registral de relaciones de filiación constituidas en el extranjero.
- 2.- La normativa vigente en España.
- 3.- La posición de las autoridades españolas hasta la fecha: la visión contrapuesta del TS y la DGRN sobre el juego de la cláusula de orden público.
- 4.- La posición del TEDH.
 - 4.1.- Las Sentencias Mennesson y Labassee.
 - 4.2.- Las Sentencias Foulon y Bouvet y Laborie.
 - 4.3.- Referencia a la Sentencia Paradiso.
- 5.- La incidencia de la jurisprudencia del TEDH en el ordenamiento español.
 - 5.1.- Cualquier restricción a la inscripción de relaciones de filiación constituidas en el extranjero mediante gestación subrogada debe estar “prevista por la ley”.
 - 5.2.- Las pautas dentro de las cuales debe realizarse la reforma.
6. El contenido concreto de la reforma: el nuevo artículo 101 LRC.

1.- LA LIMITACIÓN DE LA REFORMA A LA INSCRIPCIÓN REGISTRAL DE RELACIONES DE FILIACIÓN CONSTITUIDAS EN EL EXTRANJERO.

Ante las tremendas dudas que suscita la escasísima regulación de la gestación subrogada en España –regulación que se limita, básicamente, al artículo 10 LTRHA-, muchos ciudadanos españoles han decidido acudir a Estados en los que se admite esta figura para lograr posteriormente el reconocimiento en España de la relación jurídica de filiación constituida en

alguno de estos países mediante el recurso a la gestación subrogada. El panorama no difiere del existente en muchos Estados de nuestro entorno y el llamado “turismo reproductivo” es una práctica habitual que ha dado lugar a numerosas resoluciones de autoridades administrativas y de tribunales nacionales y transnacionales.

6

El objetivo de la reforma normativa que se propone se limita a la regulación de este tipo de situaciones; es decir, a la eficacia en España de relaciones de filiación derivadas del recurso a la gestación subrogada que hayan sido constituidas previamente en el extranjero por las autoridades locales y, más en concreto, a su eficacia registral en nuestro país. En concreto, se sugiere la introducción de un nuevo precepto (nuevo artículo 101) en la Ley del Registro Civil de 2011 y la adaptación de la Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010 a la normativa sobre inscripción de títulos extranjeros contemplada en dicha ley. No se analizará por tanto, ninguna reforma de la regulación relativa a filiación, reproducción asistida, etc. No obstante, tal y como ya se ha avanzado, dado el reciente aplazamiento de la entrada en vigor de dicha Ley hasta el 30 de junio de 2020, y en el caso de que no se admitiera la aplicación del nuevo artículo 101 con anterioridad a dicha fecha, se sugiere la incorporación del precepto propuesto en el seno de un nuevo artículo 62 de la Ley de cooperación jurídica internacional en materia civil y mercantil.

El porqué de realizar una reforma de naturaleza tan limitada se fundamenta, principalmente, en tres motivos:

- De un lado, y al margen de aquellos casos en los que se ha acudido a la jurisdicción laboral para obtener algún tipo de prestación o ver reconocido algún derecho, son precisamente estos supuestos los únicos que hasta la fecha han tenido que resolver nuestras autoridades como consecuencia de la solicitud de inscripción en el Registro Civil español de un título acreditativo de dicha filiación, fundamentalmente, resoluciones judiciales o certificaciones registrales extranjeras. Por el contrario, las autoridades españolas no han tenido que enfrentarse aún a situaciones en las que los padres comitentes o intencionales ejercitasen ante ellas una acción de filiación o acudieran ante nuestras autoridades registrales para solicitar la inscripción del nacimiento del menor de forma directa. Tampoco se ha planteado ninguna cuestión relativa al propio acuerdo de gestación subrogada, como, por ejemplo, la exigencia del cumplimiento de las obligaciones en él contempladas.

- En segundo lugar, a la largo de las sesiones que hemos mantenido hasta la fecha han quedado claras las dificultades a las que en la actualidad se enfrenta cualquier intento de realizar una modificación de la regulación española sobre gestación subrogada. No existe un nivel mínimo de consenso social o político que permita afrontar con éxito cualquier procedimiento de reforma normativa integral de nuestro ordenamiento

interno en este ámbito. En cambio, parece haber cierto acuerdo sobre la necesidad de reformar o, cuando menos clarificar la eficacia de relaciones de filiación derivadas de gestación subrogada previamente constituidas en el extranjero.

- Y finalmente, -y este podría ser el argumento de mayor peso que por sí solo justificaría una actuación normativa en este ámbito- la reforma del régimen de inscripción registral de relaciones de filiación constituidas en el extranjero mediante gestación subrogada, no parece ser ya, a la luz de la reciente jurisprudencia del TEDH, una mera decisión facultativa de política legislativa, sino una obligación impuesta por la reciente jurisprudencia del TEDH. Dicho de otro modo, se trataría de una reforma que vendría impuesta por las obligaciones internacionales asumidas por España y, en concreto, por las contempladas en el Convenio Europeo de Derechos Humanos. No obstante, de nuevo debe señalarse que tal reforma, en línea con la posición adoptada hasta la fecha por la jurisprudencia del TEDH, se limita a la eficacia registral en España de las relaciones de filiación subrogada constituidas fuera de nuestro país mediante gestación subrogada y que ya han sido reconocidas por las autoridades extranjeras. Por tanto, no debe verse en esta propuesta intento alguno de sugerir una reforma del régimen material relativo a la gestación subrogada previsto por nuestro ordenamiento para las situaciones meramente internas”.

Existen ya diversos pronunciamientos del TEDH en los que se ha analizado la posible restricción ilegítima por parte de alguno Estados del derecho a la vida familiar y personal de los menores, en supuestos en los que se pretendía inscribir en el Registro Civil relaciones de filiación constituidas en el extranjero derivadas de una gestación subrogada. La jurisprudencia del TEDH ha considerado que el respeto al interés superior del menor en este ámbito exige garantizar la continuidad transfronteriza de las relaciones de filiación constituidas mediante gestación subrogada como única vía de garantizar que su identidad sea común en todos los Estados, y ha identificado una serie de condiciones muy estrictas para entender que una denegación de la inscripción registral en estos supuestos no supondría una restricción injustificada de estos derechos y en particular, del derecho a la vida privada de los menores. La jurisprudencia del TEDH ha obligado a Estados como Francia a variar su posición sobre esta materia y a permitir la inscripción de relaciones de filiación constituida en el extranjero mediante gestación subrogada. Debe reseñarse que dicho país cuenta con una norma idéntica al artículo 10.1 de nuestra LTRHA en el artículo 16-7 *Code Civile* con la diferencia de que el propio *Code Civile* en su artículo 16-9 considera dicha norma como de orden público.

La necesidad de respetar la continuidad transfronteriza de las relaciones de filiación derivadas del recurso a la gestación subrogada en los términos estipulados por la jurisprudencia del TEHD ha incidido también de forma decisiva en el modo en que muchos países abordan ya la inscripción –y en general el reconocimiento- de relaciones de filiación extranjeras derivadas de

gestación subrogada. De este modo, es posible apreciar en el Derecho comparado una clara tendencia a diferenciar entre el modo de abordar la gestación subrogada en aquellos casos en los que se pretende constituir la relación de filiación ante las autoridades nacionales (tutela por declaración) y aquellos otros en los que lo que se persigue de las autoridades de un país es que reconozcan eficacia a relaciones de filiación previamente constituidas en el extranjero (tutela por reconocimiento). La Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado ha apostado por esta línea¹, y también muchos países de nuestro entorno como Austria o Alemania, cuyo ordenamiento material interno se muestra claramente contrario a la gestación subrogada, pero que permiten desde hace años la inscripción de relaciones de filiación constituidas en el extranjero a través de gestación subrogada, dentro del respeto a la normativa registral interna.

8

El caso de Alemania resulta especialmente relevante porque este país impone incluso sanciones penales a quienes actúen como intermediarios en la celebración del acuerdo de gestación subrogada. Sin embargo, el BGH (Tribunal Supremo alemán), puso de manifiesto en su sentencia de 10 de diciembre de 2014 la imposibilidad de aplicar sin matiz alguno las diversas normas que prohíben en el Derecho alemán la gestación por sustitución o las normas sobre filiación del BGB, porque dichas normas desempeñan una finalidad “preventiva”, mientras que en el caso de la inscripción de relaciones de filiación constituidas en el extranjero a través de gestación subrogada las autoridades alemanas tienen que dar respuesta a una relación de filiación que ya fue válidamente constituida en otro Estado y, por tanto, resulta necesario tener presentes otras circunstancias, como por ejemplo, el bienestar del niño como sujeto con plenos derechos. Es más, el BGH dejó claro que el menor de ningún modo puede ser responsable de las circunstancias de su concepción y por tanto no podía sufrir las consecuencias derivadas de la prohibición en Alemania de la gestación subrogada.

2.- LA NORMATIVA VIGENTE EN ESPAÑA.

En la actualidad no se encuentra en vigor en España norma alguna específicamente diseñada para el reconocimiento y eficacia registral de relaciones de filiación derivadas del recurso a la gestación subrogada constituida ante autoridades extranjeras, al margen de la Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010, cuyo contenido se recordará a continuación. Ello obliga a recurrir a las reglas generales de la normativa registral civil. De hecho, como se verá a continuación la mencionada Instrucción lo único que hace es adaptar dicha normativa a las particularidades de la gestación subrogada.

La normativa general sobre eficacia registral en España de títulos extranjeros se recoge a día de hoy, fundamentalmente, en el artículo 23 de la vigente Ley del Registro Civil (en adelante LRC) y

¹ Vid. <https://assets.hcch.net/upload/wop/gap2012pd10fr.pdf>

en los artículos 81-85 del Reglamento del Registro Civil (RRC). En la nueva Ley del Registro Civil de 2011 (LRC 2001) - todavía no en vigor - dicha regulación se contempla, básicamente, en los artículos 95-100. La LRC 2011, aunque no lo indique expresamente, sí cuenta con una norma adaptada a las particularidades de la gestación subrogada. Se trata del artículo 98.2, cuyo contenido se tomó de la Instrucción de la DGRN y que estipula que en el caso de que la certificación constituya mero reflejo registral de una resolución judicial previa, será ésta el título que tenga acceso al Registro.

9

Tanto la antigua como la nueva regulación, al margen de diferencias puntuales, condicionan la inscripción de resoluciones y certificaciones registrales extranjeras a dos grupos de requisitos de diferente naturaleza. De un lado, se requiere la verificación de ciertos imperativos formales por parte de nuestras autoridades para acreditar la autenticidad y regularidad del título que se quiere inscribir, así como determinadas exigencias respecto de la tarea desempeñada por las autoridades extranjeras. De otro, se exige un control material del contenido del propio documento, que se concreta en la denegación de la inscripción del título extranjero cuando con ello se viole nuestro orden público, esto es los derechos fundamentales y principios esenciales reconocidos por el ordenamiento español (de origen interno y convencional), tanto de naturaleza procesal (orden público procesal: derecho a la tutela judicial efectiva), como sustantivo (orden público material). Este requisito es común en las normas españolas, europeas e internacionales y no consiste en hacer un juicio en abstracto de la compatibilidad de una determinada figura o institución con nuestro orden público sino en determinar si *en cada caso concreto*, el reconocimiento de una determinada resolución dictada en el extranjero supone un atentado contra los valores y principios esenciales de nuestro ordenamiento.

3.- LA POSICIÓN DE LAS AUTORIDADES ESPAÑOLAS HASTA LA FECHA: LA VISIÓN CONTRAPUESTA DEL TS Y LA DGRN SOBRE EL JUEGO DE LA CLÁUSULA DE ORDEN PÚBLICO.

La DGRN y el TS no tienen hasta la fecha una postura unívoca a la hora de afrontar la inscripción en España de relaciones extranjeras derivadas de gestación subrogada. Por lo que se refiere a la DGRN, el Centro Directivo dictó una Instrucción de 5 de octubre de 2010, en desarrollo de la normativa sobre inscripción registral de títulos extranjeros, que ha constituido la base normativa sobre la que se ha articulado la inscripción en el Registro Civil español de relaciones de filiación constituidas en el extranjero a partir de gestación subrogada. En cuanto al TS, su posición ha quedado reflejada en la sentencia de 6 de febrero de 2014, una resolución que provocó una gran división dentro de la Sala 1ª y que contó con un voto particular suscrito por 4 magistrados. La posición del Alto Tribunal ha sido confirmada a través del Auto de 2 de febrero de 2015.

Al margen de otras diferencias de menor entidad, la principal divergencia entre los postulados de la DGRN y del TS estriba en la diametralmente opuesta concepción del orden público que manejan.

La DGRN considera que la gestación por sustitución no resulta *per se* contraria al orden público español. Ahora bien, ello no significa que en determinadas circunstancias reconocer e inscribir en España ciertas relaciones de filiación constituidas en el extranjero a partir de esta técnica sí pueda suponer su conculcación. Ello obliga a los encargados del Registro a verificar en cada caso concreto si la inscripción de la relación de filiación extranjera vulnera nuestro orden público. Por este motivo, a fin de facilitar a los encargados del Registro Civil la apreciación de una posible violación de nuestro orden público, la Instrucción de 5 de octubre de 2010 identifica los valores más destacados que lo integran en este ámbito y que podrían conculcarse en un supuesto de gestación por sustitución: el respeto al interés superior del menor y la garantía de que las mujeres gestantes que renuncian a sus derechos como madres, lo hicieron con total libertad.

En cambio, el TS, parte del presupuesto contrario, es decir: considera que la gestación subrogada resulta contraria *per se* al orden público español y por tanto debe rechazarse la inscripción de relaciones de filiación constituidas en el extranjero a partir de esta vía. Muy brevemente expuesto, a dicha conclusión se llega a partir de dos presupuestos:

En primer lugar, el TS entiende que el artículo 10 LTRHA es el elemento integrador esencial de la cláusula de orden público en este ámbito y dicho precepto -según el TS- prohibiría la gestación subrogada en España².

En segundo lugar, a la hora de integrar el interés del menor en la cláusula de orden público, el TS relativiza su carácter superior y prioritario sobre el resto de bienes jurídicos que pudieran estar en juego, como el respeto a la dignidad e integridad moral de la mujer gestante o la prohibición de la mercantilización de la gestación y la filiación. Además, para el TS el respeto al interés del menor en este ámbito no consistiría tanto en garantizar que el menor goce de una identidad única tanto en el Estado en el que se constituyó la relación de filiación como en España, sino en que se respete su dignidad,

² Sin ánimo de profundizar en esta cuestión, no parece que existan argumentos para deducir del artículo 10 LTRHA una prohibición de la gestación subrogada y así lo entiende la mayor parte de autores que han abordado esta cuestión. La naturaleza meramente obligacional de la norma contenida en el artículo 10.1 de la Ley 14/2006 impide compartir una opinión tan ampliamente extendida como absolutamente errónea, que considera que la gestación por sustitución está prohibida en nuestro ordenamiento. El hecho de que una norma establezca la nulidad de los contratos de gestación por sustitución no equivale necesariamente a que la celebración de tales contratos constituya una conducta prohibida. Para que la gestación por sustitución realmente estuviera prohibida en nuestro ordenamiento sería necesario que contáramos (dentro de la Ley 14/2006 o en otro lugar) con una norma que la calificase de forma categórica como una conducta prohibida, ilícita o que al menos estableciera algún tipo de sanción para este tipo de prácticas, tal y como sucede en otros ordenamientos de nuestro entorno. Buena prueba de lo apuntado es que en la Disposición Adicional segunda de la Proposición de Ley que dio origen a la primera Ley de Reproducción Asistida (Ley 35/1998, de 22 de noviembre) y cuyo artículo 10 era idéntico al actual artículo 10 de la Ley 14/2006, sí se contenía una prohibición formal de la figura y se hacía una llamada al establecimiento de sanciones, que posteriormente fue eliminada de la redacción definitiva.

dignidad que, según el propio Tribunal, se vería automáticamente vulnerada por el mero hecho de haber nacido mediante gestación subrogada.

4. LA POSICIÓN DEL TEDH.

La posición del TEDH sobre la inscripción de relaciones de filiación constituidas en el extranjero a partir de gestación subrogada se ha delimitado, fundamentalmente, mediante cuatro resoluciones derivadas de otros tantos recursos frente a resoluciones de la Corte de Casación francesa: las sentencias Mennesson, Labassee, Fouloun y Bouvet y Laborie. Las cuatro decisiones presentan un especial interés para España porque el argumento esencial manejado por las autoridades francesas para denegar la inscripción de las relaciones de filiación es la invocación del artículo 16-7 del Code Civile francés, un precepto que como ya se ha apuntado, es idéntico a nuestro artículo 10.1 LTRHA, pero que a diferencia de lo que acontece con éste, es considerado de forma expresa por el artículo 16-9 del propio Code Civile francés como configurador del orden público de ese Estado.

4.1.- Las Sentencias del TEDH Mennesson y Labassee.

En los asuntos Mennesson y Labassee el TEDH tuvo que determinar si la denegación por parte de las autoridades francesas de la inscripción de la filiación de unos menores nacidos en EE.UU. mediante gestación por sustitución a partir de la supuesta vulneración del ya mencionado artículo 16-7 del *Code Civil* francés, y con ello también del orden público de este Estado (recuérdese que el artículo 16-9 del *Code Civil* declara este precepto como de orden público), constituye una vulneración del artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, en el que se proclama el derecho al respeto a la vida privada y familiar³.

El TEDH aplicó a ambos supuestos el test habitual. De este modo, tras considerar, al igual que las partes enfrentadas, que el comportamiento de las autoridades francesas supuso una injerencia en la vida privada y familiar de los recurrentes, entró a valorar si se cumplían los requisitos que, según el artículo 8 CEDH, justifican dicha injerencia, esto es: a) que esté prevista por la ley; b) que persiga alguno de los fines legítimos

³ **Art. 8: Derecho al respeto a la vida privada y familiar:**

1. *Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia.*

2. *No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás.*

contemplados en el apartado 2º del artículo 8 y c), que resulte necesaria en una sociedad democrática.

Para el TEDH, los dos primeros requisitos se verificarían. Por un lado, el ordenamiento francés, a través del juego conjunto de los artículos 16-7 y 16-9 del Código Civil francés, no sólo proclama la nulidad de los contratos de gestación por sustitución sino también que dicha prohibición forma parte del orden público francés. Por otro lado, entiende que se trata de una injerencia que responde a uno de los fines considerados como legítimos por el artículo 8.2. En concreto considera que lo que pretenden las autoridades francesas es desincentivar a sus nacionales a recurrir a técnicas de reproducción admitidas en otros Estados pero prohibidas en Francia, lo que supondría que la injerencia que en el derecho a la vida privada y familiar perseguiría dos fines legítimos amparados por el artículo 8.2: la “protección de la salud” y la protección de los “derechos y libertades de los otros”.

Finalmente, el TEDH se planteó el cumplimiento del tercer requisito: si la denegación de la inscripción de las certificaciones estadounidenses supuso una injerencia “necesaria en una sociedad democrática”; es decir, si responde a una exigencia social imperiosa y si es proporcional con relación a los fines legítimos perseguidos. El Tribunal recuerda que aunque en principio los Estados disponen de un amplio margen de apreciación para determinar qué es “necesario” “en una sociedad democrática”, en especial en aquellos supuestos en los que el asunto plantea cuestiones morales o éticas delicadas, dicho margen queda sustancialmente reducido cuando está en juego, tal y como acontecía en los asuntos Mennesson y Labassee, la existencia o la identidad de un individuo. El TEDH indicó asimismo que, al margen de la mayor o menor amplitud del margen de apreciación de los Estados, éste siempre puede ser controlado por el propio Tribunal para revisar los argumentos empleados por las autoridades nacionales y determinar si existe un justo equilibrio entre los intereses estatales y los de los individuos directamente afectados⁴. Y además el Tribunal deja claro, en línea con lo señalado en decisiones anteriores como la Sentencia Wagner⁵, que sea cual sea la amplitud del margen de apreciación de las autoridades nacionales, éste siempre queda sometido a un imperativo: la necesidad de primar el interés de los menores cuando éstos puedan verse afectados por la injerencia estatal. Es decir, se proclama el carácter superior del interés de los menores sobre el resto de derechos e intereses que pudieran entrar en conflicto.

A la hora de determinar si la actuación de las autoridades francesas responde a una necesidad social imperiosa y su carácter proporcional, el TEDH diferencia entre las dos

⁴ Fto. 81 del Asunto Mennesson y 60 del Asunto Labassee.

⁵ Sentencia del TEDH de 28 de junio de 2007 (Recurso 76240/01).

vertientes del artículo 8: el derecho a la vida familiar y el derecho a la vida privada. En el caso del primero, el Tribunal entiende que ambos requisitos se cumplieron al considerar que los obstáculos a los que se debieron enfrentar los recurrentes no eran insalvables y que la falta de determinación de la filiación de los menores no había privado a éstos y a los padres comitentes de disfrutar del derecho a la vida familiar. El Tribunal estima, en concreto, que todos ellos se han podido establecer en Francia y viven en una situación equiparable a la de otras familias, y además no existe el riesgo de que las autoridades decidan separarlas como consecuencia de su situación con respecto al ordenamiento francés.

Por el contrario, en el caso del derecho al respeto a la vida privada de los menores, las sentencias Mennesson y Labassee llegan al resultado contrario. Para el TEDH este derecho exige que cada individuo pueda establecer los detalles de su identidad, entre los que evidentemente se incluye su filiación. Pues bien, las autoridades francesas, pese a ser concedoras de que para el ordenamiento californiano o de Minnesota los menores son considerados como hijos de los padres comitentes, les niega el reconocimiento de dicha filiación. Esta incertidumbre, según el TEDH, puede atentar contra su identidad en el seno de la sociedad francesa. A ello hay que añadir que aunque el artículo 8 del CEDH no garantiza el derecho a adquirir una nacionalidad determinada, no es menos cierto que la nacionalidad constituye un elemento de identidad de las personas, por lo que las dudas sobre la nacionalidad de que podrían ostentar los menores para el ordenamiento francés también podría afectar negativamente a la definición de la identidad de los menores. Por otro lado, considera el Tribunal que la incertidumbre relativa a la filiación de los hijos pueden afectar también a sus derechos sucesorios ya que, si se niega la existencia de una relación de filiación, a efectos sucesorios los menores serían tratados como terceros y por tanto, tendrían una situación peor que si se reconociera su carácter de hijos.

Según el TEDH, puede ser aceptable que Francia pretenda desanimar a sus nacionales para que recurran a técnicas de gestación por sustitución en el extranjero. Sin embargo, los efectos que se derivan de la actuación de las autoridades francesas no se limitan a los padres sino que por el contrario afectan también a los menores, cuyo derecho al respeto de la vida privada, que supone, entre otras manifestaciones, el derecho a que cada uno pueda establecer la naturaleza de su propia identidad, incluyendo su filiación, queda sustancialmente afectada⁶. Ello implica un serio riesgo de incompatibilidad de esta situación con el interés superior del menor que, una vez más hay que recordarlo, debe guiar cualquier tipo de actuación en este ámbito.

⁶ Fto. 99 del Asunto Mennesson y 79 del Asunto Labassee.

El TEDH pone de manifiesto además que el análisis expuesto adquiere una especial dimensión en aquellos casos en los que, tal y como acontecía en los asuntos *Menesson* y *Labassee*, los menores eran hijos biológicos de uno de los padres comitentes. A la luz de la importancia que el propio TEDH ha atribuido a la filiación biológica a lo largo de su jurisprudencia, para el TEDH no se respeta el interés superior del menor cuando las autoridades francesas privan a los menores de una relación de filiación de esta naturaleza desconociendo que las autoridades estadounidenses han establecido previamente la existencia de la realidad biológica. El TEDH destaca además que no se trata sólo de que no se reconozca en Francia la relación de filiación declarada en EE.UU sino que además el propio ordenamiento francés se opone al establecimiento de dicha filiación mediante cualquier vía (reconocimiento de la paternidad, adopción o posesión de estado). Por tanto, y a la luz de todas las circunstancias apuntadas, el TEDH llega a la conclusión en ambos supuestos de que el hecho de prohibir tanto la inscripción de la certificación californiana como el establecimiento de la relación de filiación de los menores en Francia rebasó los límites tolerables de su margen de apreciación a la hora de apreciar el carácter “necesario” en “una sociedad democrática” de la injerencia en el derecho al respeto de la vida privada de los menores.

4.2.- Las Sentencias *Foulon* y *Bouvent* y *Laborie*.

Tras las Sentencias *Menesson* y *Labassee*, la Corte de Casación francesa modificó su postura y a partir de dos sentencias de 3 de julio de 2015 acepta ya la inscripción en el registro civil francés de relaciones de filiación constituidas en el extranjero mediante gestación subrogada. Asimismo, a diferencia de lo que acontecía antes, ahora se permite ya a los padres comitentes establecer su vínculo de filiación mediante el reconocimiento de la paternidad (artículo 316 del código civil) o la posesión de estado (artículo 317 del código civil). Sin embargo, antes de que cambiara el criterio de las autoridades francesas, éstas se habían negado a inscribir en el Registro Civil francés unas certificaciones emitidas por las registrales de la India en las que se acreditaba la relación de filiación de los menores, y la Corte de Casación confirmó la prohibición a través de sendas sentencias de 13 de septiembre de 2013. Dichas sentencias fueron recurridas ante el TEDH y tras la acumulación de los procedimientos el resultado fue una nueva condena contra Francia a través de la Sentencia *Foulon* y *Bouvet*.

El mayor interés de esta resolución reside en una cuestión ya mencionada, que aparentemente quedaba abierta en las sentencias *Menesson* y *Labassee*. En concreto, el TEDH debía determinar si, pese a que las autoridades francesas denegaron la inscripción de la relación de filiación por tener su origen en una gestación subrogada, el hecho de que, a diferencia de lo que acontecía con anterioridad, los padres comitentes dispusieran ahora de la posibilidad de acudir a otras hipotéticas vías legales para

establecer la filiación (por reconocimiento o por posesión de estado) podía ser un argumento suficiente para considerar que la injerencia en el derecho a la vida privada de los menores estaba justificada. Es decir, si la existencia de esas otras alternativas para inscribir la relación de filiación en Francia permitía convalidar la injerencia de las autoridades francesas en el derecho a la vida privada de los menores y la convertía en una injerencia “necesaria en una sociedad democrática”, que respondía a “una exigencia social imperiosa y proporcional con relación a los fines legítimos perseguidos”.

La respuesta del TEDH fue negativa y la Corte de Estrasburgo parece tener muy clara su posición porque la argumentación en la Sentencia Foulon y Bouvet es mínima. Es decir, para el TEDH, en aquellos casos en los que se deniega la inscripción en el Registro Civil francés de una relación de filiación constituida en el extranjero mediante gestación subrogada, existiría siempre una intromisión injustificada en el derecho a la vida familiar de los menores que no se convalidaría ni siquiera ofreciendo otras hipotéticas vías alternativas para establecer la filiación ante las autoridades francesas. Posteriormente el TEDH ha confirmado su posición y ha vuelto a condenar a Francia en un supuesto similar a través de la sentencia Laborie.

En todo caso, es necesario tener presente que la doctrina expuesta del TEDH sobre la inscripción de relaciones de filiación constituidas en el extranjero a partir de la gestación subrogada ha venido, hasta la fecha, referida a aquellos casos en los que existe un vínculo biológico entre el menor y, al menos, uno de los comitentes.

4.3.- Referencia a la sentencia Campanelli.

Además de las resoluciones mencionadas, existe una reciente resolución del TEDH que también incide en el ámbito de la gestación subrogada. Se trata de la Sentencia Campanelli, dictada por la Gran Sala del Tribunal el 24 de enero de 2017⁷. Dicha sentencia tiene su origen en un procedimiento que ya fue resuelto por la Sección Segunda del Tribunal a través de una sentencia de 27 de enero de 2015, pero que a instancias del gobierno italiano fue remitido a la Gran Sala en virtud del artículo 43 del CEDH. El recurso ante el TEDH tiene su origen en la denegación de la inscripción en el Registro Civil italiano de una certificación de nacimiento rusa en el que se establecía la filiación del menor a favor de los padres comitentes. Sin embargo, este precepto posee una incidencia muy limitada sobre la cuestión que estamos analizando. El motivo es que en este caso el recurso ante el TEDH no se debió a la denegación de la inscripción de la relación de filiación constituida en el extranjero sino al comportamiento posterior de las autoridades

⁷ Sentencia de la Gran Sala de 24 de enero de 2017.

italianas, que pusieron al menor bajo la custodia de una entidad pública italiana con el argumento de que no existía una relación genética entre el menor y los padres comitentes y de que éstos habían violado la normativa italiana que prohíbe la gestación por sustitución (cid. Cdo. 133). De hecho, como señala la propia resolución, las autoridades italianas pusieron el acento a la hora de denegar la inscripción en la vulneración de la normativa italiana de adopción internacional y en la violación de la prohibición de utilizar gametos donados, tal y como se establece en el artículo 4 de la Ley de Reproducción Asistida Italiana. A ello debe añadirse que, al contrario de lo que acontecía en las sentencias dictadas contra Francia, no existía correspondencia genética entre el menor y los comitentes. Ello supuso la no condición de víctima del menor concernido en relación con el art. 8 del Convenio Europeo al no ser considerado parte demandante. Debe quedar claro por tanto, que al contrario de lo que se ha señalado desde algunos ámbitos, la sentencia no constituye una rectificación de la posición expresada por el TEDH en las Sentencias Mennesson, Labassee y Foulon.

5.- LA INCIDENCIA DE LA JURISPRUDENCIA DEL TEDH EN EL ORDENAMIENTO ESPAÑOL.

El análisis de la jurisprudencia del TEDH pone de manifiesto dos circunstancias. La primera es que para la Corte de Luxemburgo cualquier restricción al derecho al respeto a la vida privada y familiar de los menores contemplada en el artículo 8 CEDH debe estar prevista “por la ley”. La segunda es que los Estados no tienen absoluta libertad a la hora de diseñar la regulación futura de esta cuestión y que cualquier restricción a la inscripción de relaciones de filiación constituidas en el extranjero mediante gestación subrogada, debe adaptarse a los requisitos impuestos por el artículo 8 CEDH (es decir, debe ser una injerencia “necesaria en una sociedad democrática”, tal y como ha interpretado esta expresión el TEDH). Centrémonos con más detalle en ambos requisitos.

5.1.- Cualquier restricción a la inscripción de relaciones de filiación constituidas en el extranjero mediante gestación subrogada debe estar “prevista por la ley”.

Es necesario recordar una vez más que para el TEDH toda denegación de la inscripción en el Registro Civil de un Estado de una relación de filiación derivada del recurso a la gestación subrogada ya reconocida en el extranjero constituye una injerencia en la vida privada de los menores que únicamente estaría justificada si se cumplieran los requisitos antes apuntados. Y el primero de estos requisitos, recuérdese, es que se trate de **una injerencia “prevista por la ley”**, algo que, desde ahora hay que indicarlo, a día de hoy en absoluto se cumple en nuestro ordenamiento.

Como señala el TEDH en las sentencias Mennesson y Labasse citando argumentos ya expuestos en anteriores resoluciones, sólo se puede considerar como “ley” en el sentido

del artículo 8 del CEDH una norma o, en general, una regulación expresada con la precisión suficiente para que el ciudadano pueda acomodar a ella su conducta; y pueda ser capaz, en su caso, recabando asesoramientos autorizados, de prever, en la razonable medida que permitan las circunstancias, las consecuencias que pueda producir un acto determinado. En similares términos, la Sentencia Paradiso y Campanelli, de 24 de enero de 2017, afirma que para entender que una restricción al artículo 8 CEDH está “prevista por la ley”, no sólo es necesario que exista una norma nacional en la que se contemple, sino que se exige un mínimo de “calidad”; de tal modo que sea accesible para las personas afectadas y previsibles en cuanto a sus efectos.

17

En los asuntos *Mennesson* y *Labassee* el TEDH consideró que se cumplía este requisito por dos motivos fundamentales. Por un lado, el ordenamiento francés no sólo considera nulos los contratos de maternidad subrogada en el artículo 16-7 del *Code Civil*, sino que además, el artículo 16-9 *expresamente* considera esta prohibición como de orden público. Por otro lado, existía ya jurisprudencia de la propia Corte de Casación (Sentencias de 31 de mayo de 1991 y 29 de junio de 1994), en la que se declaraba que el principio de inalienabilidad del cuerpo humano y del estado civil eran también materias de orden público. Es cierto que se trataba de sentencias que abordaban supuestos no exactamente iguales a los que dieron origen a las Sentencia del TEHD porque en realidad, negaban la validez de adopciones realizadas tras recurrir los padres adoptantes a técnicas de gestación por sustitución en el extranjero, pero lo relevante es que en ellas claramente se señalaba que los acuerdos de este tipo contravenían el orden público francés incluso en la “versión atenuada” del orden público internacional y fueron tenidas en cuenta de forma uniforme y sin fisuras por las autoridades francesas. A partir de ambas circunstancias el TEDH consideró que, aunque no existiera una norma en la que expresamente se denegara la inscripción de relaciones de filiación constituidas en el extranjero al amparo de las técnicas de gestación por sustitución, los padres comitentes no podían ignorar el carácter de norma de orden público que poseía, incluso en el ámbito internacional, la prohibición de los contratos de gestación por sustitución y, por tanto, el serio riesgo de que los certificados de nacimiento estadounidenses de los menores no pudieran acceder al Registro de Nacimiento y defunciones francés.

Asumido lo anterior, la pregunta que cabe plantearse es evidente. ¿La denegación de la inscripción registral de relaciones de filiación constituidas en el extranjero mediante gestación subrogada está “prevista por la ley”? Dicho en otros términos, tal y como exige el TEDH, ¿en el ámbito de la inscripción registral de relaciones de filiación constituidas en el extranjero mediante gestación subrogada, existe una norma expresada con la precisión suficiente para que el ciudadano pueda acomodar a ella su conducta; y pueda ser capaz, en su caso, recabando asesoramientos autorizados, de prever, en la razonable medida que

permitan las circunstancias, las consecuencias que pueda producir un acto determinado? La respuesta es evidente. No existe tal norma en España.

Es cierto que el artículo 10.1 de la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida es idéntico al artículo 16-7 del *Code Civil* francés y que esta norma, aunque en sí no tiene como finalidad regular la inscripción de relaciones de filiación extranjeras derivadas de gestación subrogada, sí ha sido el argumento esencial empleada por las autoridades francesas para denegar la inscripción. Sin embargo, existen dos grandes diferencias entre España y Francia. Por un lado, recuérdese, el artículo 16-7 es declarado como de orden público por el artículo 16-9 del propio *Code Civil* y esa circunstancia ha sido invocada por las autoridades de ese Estado para oponerse a la inscripción. Por el contrario, ninguna norma española atribuye al artículo 10.1 LTRHA, o en general al artículo 10 LTRHA, el carácter de norma de orden público. Pero además, en claro contraste con lo que acontecía en Francia, donde la posición de sus autoridades sobre esta cuestión hasta las sentencias *Menesson* y *Labasse* era indiscutible y unívoca, la postura de nuestras autoridades dista de ser uniforme y clara. Basta con recordar las tremendas diferencias entre la posición adoptada en la jurisdicción laboral, parte de la jurisprudencia y la DGRN, y la que sostiene el TS sobre el juego de la cláusula de orden público en este ámbito.

Por otro lado, aunque contamos con la Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010 que regula la eficacia registral de las relaciones de filiación constituidas en el extranjero mediante gestación subrogada, no parece que dicha norma pueda cumplir los imperativos exigidos por el artículo 8 CEDH. Al margen de su mínimo rango normativo, lo que parece evidente es que tras la Sentencia del TS de 6 de febrero de 2014, existen dudas sobre la vigencia de la Instrucción. A ello hay que añadir la incertidumbre sobre el verdadero alcance de la Sentencia del TS. Dado que el supuesto resuelto por el TS tiene su origen en la denegación de la inscripción de una certificación registral se discute si los postulados del TS pueden ser extrapolados también a aquellos casos en los que se pretenda la inscripción de la filiación, no ya mediante una certificación registral extranjera, sino a través de una resolución dictada en otro Estado.

En definitiva, a día de hoy no es posible garantizar en España que, tal y como exige el TEDH, un ciudadano pueda ser capaz, en su caso, recabando asesoramientos autorizados, de prever, en la razonable medida que permitan las circunstancias, la eficacia registral en España de una relación de filiación constituida fuera de nuestro país mediante gestación subrogada.

5.2.- Las pautas dentro de las cuales debe realizarse la reforma.

El respeto al derecho a la vida familiar privada contemplado en el artículo 8 TEDH no sólo obliga a que toda restricción a tal derecho –incluida la invocación del orden público–

esté “prevista en la ley” en los términos antes expuestos, sino también a que se realice dentro de unos límites determinados. Por un lado, debe ser una restricción que responda a algunos de los objetivos que el propio artículo 8 considera legítimos: seguridad nacional, seguridad pública, bienestar económico del país, defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, protección de la salud o de la moral, o protección de los derechos y las libertades de los demás. Pero además, ha de tratarse de una restricción “necesaria en una sociedad democrática”, lo que implica, según el TEDH, que debe responder a una exigencia social imperiosa y ha de ser proporcional con relación a los fines legítimos perseguidos.

Lo señalado tiene una incidencia directa sobre el modo en el que debe configurarse la cláusula de orden público en nuestro ordenamiento como límite a la inscripción registral de las relaciones de filiación constituidas en el extranjero mediante gestación subrogada. Para que la invocación del orden público sea respetuosa con el artículo 8 CEDH es necesario que las autoridades españolas consideren que en su concreción se integre como elemento absolutamente esencial y prevalente sobre los demás, la defensa del interés del menor. Dicho en otros términos, no se trata de que el interés superior del menor pueda ser invocado para atenuar o modificar el juego de la cláusula de orden público. Lo que en realidad nos viene a decir el TEDH es que en estos supuestos el interés del menor es un elemento que debe formar parte de la propia cláusula de orden público, y además no es un elemento más, sino el de mayor relevancia. Recuérdese además que el TEDH limita todavía restringe más las restricciones al artículo 8 CEDH cuando los menores son hijos biológicos de uno de los padres comitentes.

Es más, el TEDH no sólo exige tener en cuenta el interés del menor como valor superior frente a los demás que pudieran entrar en juego, sino que además determina cómo debe concretarse en este ámbito. Para el TEDH el respeto al interés superior del menor pasa necesariamente por permitir que pueda establecer los detalles de su identidad, entre los que evidentemente se incluye su filiación. Según la Corte de Luxemburgo hay que garantizar la continuidad transfronteriza de las relaciones de filiación. Por tanto, el hecho de que una relación de filiación ya reconocida en un Estado no sea reconocida en otro genera una incertidumbre sobre la identidad de los menores que resultaría incompatible con el artículo 8 CEDH. El TEDH, igual que el BGH alemán, considera aceptable que un país se posicione en contra de la gestación subrogada y pretenda desanimar a sus nacionales para que recurran a técnicas de gestación por sustitución en el extranjero. Sin embargo, lo que no entiende tolerable es que en el caso de que finalmente nazcan menores en el extranjero mediante el recurso a esta técnica, los efectos derivados de esa regulación afecten también a su derecho a la vida privada y, en

concreto, al derecho a que cada uno pueda establecer la naturaleza de su propia identidad, incluyendo su filiación⁸.

A la luz de lo indicado, huelga decir que las autoridades españolas no pueden denegar la inscripción de relaciones extranjeras derivadas de gestación subrogada amparándose en que la gestación subrogada *per se* viola el orden público español. El TEDH condiciona la denegación de la inscripción al requisito de que la restricción al derecho a la vida familiar y personal que ello supone pueda estar justificada en los términos antes apuntado. Evidentemente, ello impide que el control del orden público que realicen los Estados consista en hacer un juicio en abstracto de la compatibilidad de la gestación subrogada con la normativa de un Estado determinado y obliga a analizar las circunstancias concretas de cada supuesto.

Finalmente, el TEDH ha puesto de manifiesto en las sentencias Foulon y Bouvet que el hecho de que haya hipotéticas vías alternativas para establecer la relación de filiación (posesión de estado, reconocimiento de la filiación, adopción) no permite considerar justificada la denegación de la inscripción de las relaciones de filiación extranjera. En otros términos, cuando lo que se pide de las autoridades de un Estado es la *tutela por reconocimiento* de una relación de filiación y dicha tutela se deniega, cabe entender que la injerencia en el derecho a la vida privada del menor no estaría justificada, aunque con posterioridad se ofrezca la posibilidad de establecer la filiación a través de la *tutela por declaración* de sus autoridades. Ello supone una clara contradicción con los postulados del TS, que en su Auto de 2 de febrero de 2015 consideró que la sentencia de 6 de febrero de 2014 no era contradictoria con las sentencias Mennesson y Labassee, precisamente porque entendía que, a diferencia de lo que acontecía entonces en el ordenamiento francés, no existían vías alternativas para constituir la filiación en favor de los padres comitentes.

6- EL NUEVO ARTÍCULO 101 LRC.

La adaptación de nuestro ordenamiento a las demandas del artículo 8 CEDH, tal y como lo ha interpretado el TEDH en el ámbito de la gestación subrogada simplemente obligaría a añadir un nuevo artículo a la Ley del Registro Civil de 2011 así como a una modificación de la Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010, que permitiera su adaptación a las normas sobre inscripción registral de títulos extranjeros contempladas en la LRC 2011 (no se olvide que la Instrucción se dictó antes de que se aprobara dicha Ley). Las normas de la LRC sobre inscripción de títulos extranjeros son *lex specialis* respecto de la Ley de Cooperación Jurídica internacional

⁸ Fto. 99 del Asunto Mennesson y 79 del Asunto Labassee.

(Disp. Ad. 1ª c) LCJI) y también frente a la Ley de Jurisdicción Voluntaria, por lo que no resulta necesario realizar cambio alguno en dichas normas.

El nuevo precepto debería incluirse dentro del Título X (normas de Derecho internacional privado) de la LRC 2011 y en concreto, en un nuevo artículo 101, siempre que dicho precepto pudiera entrar en vigor en breve, sin tener que esperar hasta la fecha de entrada del resto de la LRC 2011 (30 de junio de 2020). En caso contrario, la norma propuesta debería incorporarse a un nuevo artículo 62 de la Ley de cooperación jurídica internacional en materia civil y mercantil.

21

En cuanto a su contenido, el respeto a la jurisprudencia del TEDH obligaría a la nueva norma a cumplir los siguientes objetivos:

- 1.- Garantizar que nuestro ordenamiento cuenta con una norma –en este caso de rango legal– dedicada específicamente a la inscripción de relaciones de filiación constituidas en el extranjero mediante gestación subrogada. Dicha norma, complementada de forma adecuada mediante la mencionada modificación de la Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010, garantizaría una de las exigencias impuestas por el artículo 8 para poder establecer cualquier tipo de restricción a la inscripción de estas relaciones de filiación: que dicha restricción o injerencia “esté prevista por la ley”, tal y como este requisito ha sido interpretado por la Corte de Estrasburgo.
- 2.- Dejar claro que la inscripción de una relación de filiación constituida en el extranjero mediante gestación subrogada no constituye siempre una violación manifiesta de nuestro orden público y que nuestras autoridades están obligadas a realizar un control caso por caso de la supuesta contradicción de la inscripción de la relación de filiación constituida en el extranjero con nuestro orden público, sin realizar un juicio en abstracto a la figura de la gestación subrogada.
- 3.- Adaptar el contenido de la cláusula de orden público a los postulados del TEDH, precisando la necesidad de dotar al interés de los menores de un carácter superior y prevalente frente al resto de derechos en juego.

A la luz de todo lo apuntado, **la norma que se propone incorporar en la Ley del Registro Civil 2011 es la siguiente:**

Artículo 101. Gestación subrogada.

“En el caso de la inscripción de títulos extranjeros que acrediten una relación de filiación constituida en el extranjero mediante gestación subrogada, la apreciación de la eventual contradicción con el orden público español deberá tener en cuenta

necesariamente el respeto al interés superior del menor, tal y como éste aparece definido en los instrumentos europeos y convencionales en vigor en España”.

ANEXO II: Otros grupos de trabajo en desarrollo por la Comisión Ciencia y Derecho

- **GT El valor de las pruebas forenses y los límites de su uso.**

Fide y la Fundación Garrigues, han convocado a un conjunto de profesionales, con el objetivo de reflexionar sobre esta materia y **elaborar un documento informado** que aporte a la sociedad y a la comunidad científica y jurídica.

Este grupo de trabajo está dirigido por: **Ángel Carracedo**, Catedrático de Medicina Legal en la Universidad de Santiago de Compostela y **Pedro García Barreno**, Doctor en Medicina. Catedrático emérito de la Universidad Complutense. Ambos miembros del Consejo Académico de Fide y miembros de la Comisión Ciencia y Derecho creada por ambas Fundaciones.

- **GT Neurociencia y Derecho.**

Fide y la Fundación Garrigues, han creado este grupo de trabajo, en el que participan un conjunto de profesionales **del ámbito científico y del ámbito jurídico para avanzar en el análisis de esta materia desde ambos enfoques** y establecer un **Comité de Neurociencias y Derecho**, formado por científicos y juristas relevantes, que favorezca el conocimiento mutuo de las respectivas áreas de interés y contribuya a la mejora del conocimiento científico-técnico de los juristas y a la formación jurídica de los científicos. Todo ello en el marco de una estructura institucionalizada en permanente conexión con las instancias científicas y legislativas del más alto rango de representación.

Este grupo de trabajo está dirigido por: **Ramón López de Mantaras**, Profesor de Investigación del CSIC y Fundador y Director del Instituto de Investigación en Inteligencia Artificial del CSIC y **Pedro García Barreno**, Doctor en Medicina. Catedrático emérito de la Universidad Complutense. Ambos miembros del Consejo Académico de Fide y miembros de la Comisión Ciencia y Derecho creada por ambas Fundaciones.

ANEXO III: Otras materias que se abordan en las sesiones de Diálogos Ciencia y Derecho y que son objeto de análisis en la Comisión Ciencia y Derecho

23

Fide y la Fundación Garrigues desarrollan una serie de sesiones de **debate y reflexión** en las que se abordan temas de muy diversa naturaleza y se analiza el papel del Derecho y del jurista en la sociedad actual, en lo referido especialmente a los avances científicos y tecnológicos. En estas sesiones pretendemos detectar aquellos campos de innovación que van a reclamar una **respuesta urgente de los legisladores y una contribución decisiva del derecho**.

En este sentido estamos analizando cuestiones que engloban materias como: **dignidad al final de la vida; transexualidad; investigación con medicamentos en menores de edad**; retos de la **genómica** y el futuro de la **medicina regenerativa, células madre y la generación de órganos**; **Big Data e Inteligencia Colectiva** aplicada a la salud; estado actual de la regulación europea/española de las **Apps en materia de salud; Inteligencia Artificial; bioética; medicina personalizada; neurociencias y coches autónomos**, entre otras.