

ANUARIO ESPAÑOL  
DE DERECHO  
INTERNACIONAL  
PRIVADO

TOMO XII



*Iprolex*  
2012

**Edición:****Iprolex, S.L.**

Mártires Oblatos, 19, bis  
28224 Pozuelo, Madrid (España)  
Teléfono: (34) 91 709 00 65  
Fax: (34) 91 709 00 66  
e-mail [iprolex@iprolex.com](mailto:iprolex@iprolex.com)  
<http://www.iprolex.com>

**Redacción:**

Profesora Dra. Patricia Orejudo Prieto de los Mozos  
Departamento de Derecho internacional público y de Derecho  
internacional privado  
Facultad de Derecho, Universidad Complutense  
Ciudad Universitaria  
28040 Madrid (España)  
Teléfono: (34) 91 394 55 92  
Fax: (34) 91 394 55 37  
[patricia.orejudo@der.ucm.es](mailto:patricia.orejudo@der.ucm.es)

**Impresión:****Torreblanca Impresores**

Paseo Imperial, 57  
28005 Madrid (España)  
Teléfono: (34) 91 365 20 07

**Distribución:****Marcial Pons**

Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A.  
San Sotero, 6,  
28037, Madrid (España)  
[www.marcialpons.es](http://www.marcialpons.es)

**Web:**

<http://www.aedipr.com>

ISBN: 84-931681-1-4 Obra completa  
ISSN: 1578-3138  
Depósito Legal: M-30684-2000  
Impreso en España

## Director

**José Carlos Fernández Rozas**  
Catedrático de Derecho internacional privado de la  
Universidad Complutense de Madrid, *Asociado del Institut  
de Droit International*

## Comité científico

**Bertrand Ancel**  
Professeur à l'Université Panthéon-Assas (Paris II)

**Tito Ballarino**  
Professore ordinario di diritto internazionale  
dell'Università di Padova

**Jürgen Basedow**  
Director del Max-Planck-Institut für ausländisches und  
internationales Privatrecht (Hamburgo)

**Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano**  
Catedrático de Derecho civil de la  
Universidad Autónoma de Madrid

**Alegría Borrás**  
Catedrática de Derecho internacional privado  
de la Universidad de Barcelona

**Nuria Bouza Vidal**  
Catedrática de Derecho internacional privado  
de la Universidad Pompeu Fabra de Barcelona

**Santiago Álvarez González**  
Catedrático de Derecho internacional privado  
de la Universidad de Santiago de Compostela

**Marc Fallon**  
Professeur ordinaire à l'Université  
Catholique de Louvain

**Rui M. de Gens Moura Ramos**  
Presidente del Tribunal Constitucional de Portugal

**Leonel Pereznieto Castro**  
Profesor de la Universidad Nacional de México

**Sixto A. Sánchez Lorenzo**  
Catedrático de Derecho internacional privado  
de la Universidad de Granada

**Evelio Verdera y Tuells**  
Profesor Emérito de Derecho mercantil de la  
Universidad Complutense de Madrid

## Consejo de redacción

**Juan José Álvarez Rubio** (Catedrático de la Universidad del País Vasco); **Rafael Arenas García** (Catedrático de la Universidad Autónoma de Barcelona); **Nerina Boschiero** (Prof.ssa Ordinaria, Università degli Studi di Milano); **Rodolfo Dávalos Fernández** (Profesor Principal de la Universidad de La Habana); **Pedro A. de Miguel Asensio** (Catedrático de la Universidad Complutense de Madrid); **Dário Moura Vicente** (Catedrático de la Universidad de Lisboa); **Carlos A. Esplugues Mota** (Catedrático de la Universidad de Valencia); **Fernando Esteban de la Rosa** (Catedrático habilitado de la Universidad de Granada); **Federico F. Garau Sobrino** (Catedrático de la Universidad de las Islas Baleares); **Francisco J. Garcimartín Alférez** (Catedrático de la Universidad Autónoma de Madrid); **Cristina González Beilfuss** (Catedrática de la Universidad de Barcelona); **Alejandro Garro** (Professor of Law, Columbia Law School); **Pilar Jiménez Blanco** (Catedrática habilitada de la Universidad de Oviedo); **Toshiyuki Kono** (Professor of Faculty of Law, Universidad de Kyushu, Fukuoka/Japón); **Stefan Leible** (Catedrático de la Universität Bayreuth); **Pedro Martínez Fraga** (DLA Piper, Miami, USA); **Guillermo Palao Moreno** (Catedrático de la Universidad de Valencia); **Marta Requejo Isidro** (Senior Research Fellow, Max Planck Institute Luxembourg); **Pilar Rodríguez Mateos** (Catedrática de la Universidad de Oviedo); **Paul Torremans** (Professor of Law, University of Nottingham).

## Secretaria

**Patricia Orejudo Prieto de los Mozos**  
Profesora titular de Derecho internacional privado de la Universidad Complutense

## Redactores

**Elena Artuch Iriberry** (Profesora titular de la Universidad Complutense de Madrid); **M<sup>a</sup> Victoria Cuartero Rubio** (Letrada del Tribunal Constitucional), **Ángel Espiniella Menéndez** (Profesor titular de la Universidad de Oviedo); **Victor Fuentes Camacho** (Profesor titular de la Universidad Complutense de Madrid); **Julio García López** (Profesor titular de la Universidad Complutense de Madrid); **Miguel Gardeñes Santiago** (Profesor titular de la Autónoma de Barcelona); **Iván Heredia Cervantes** (Profesor titular de la Universidad Autónoma de Madrid); **Mónica Herranz Ballesteros** (Profesora titular de Derecho Internacional Privado de la UNED); **Aurelio López-Tarruella Martínez** (Profesor titular de la Universidad de Alicante); **José Hernán Muriel Ciceri** (Profesor investigador, Universidad Santo Tomás, Bogotá); **Cristian Oró Martínez** (Senior Research Fellow, Max Planck Institute Luxembourg); **Carmen Otero García-Castrillón** (Profesora titular de la Universidad Complutense de Madrid); y **Benedetta Ubertazzi** (Università di Macerata).

## Comité evaluador de la calidad científica \*

**Paloma Abarca Junco** (Catedrática de la UNED); **Pilar Blanco-Morales y Limones** (Catedrática de la Universidad de Extremadura); **Alfonso Luis Calvo Caravaca** (Catedrático de la Universidad Carlos III de Madrid); **Fernando Castedo Álvarez** (Abogado del Estado); **Bernardo M<sup>a</sup> Cremades Sanz-Pastor** (Abogado); **Manuel Desantes Real** (Catedrático de la Universidad de Alicante); **Jose M<sup>a</sup> De Dios Marcer** (Profesor titular de la Universidad Autónoma de Barcelona); **José M<sup>a</sup> Espinar Vicente** (Catedrático de la Universidad de Alcalá de Henares); **Albert Font Segura** (Profesor titular de la Universidad Pompeu Fabra de Barcelona); **Joaquim-Joan Forner Delaygua** (Catedrático de la Universidad de Barcelona); **M<sup>a</sup> Paz García Rubio** (Catedrática de la Universidad de Santiago de Compostela); **Luis Garau Juaneda** (Catedrático de la Universidad de las Islas Baleares); **Eloy Gayán Rodríguez** (Profesor titular de la Universidad de A Coruña); **Mónica Guzmán Zapater** (Catedrática de la Uned); **Miguel A. Michinel Álvarez** (Catedrático habilitado de la Universidad de Vigo); **Luis Ortiz Blanco** (Profesor titular de la Universidad Complutense); **José Manuel Otero Lastres** (Catedrático de la Universidad de Alcalá de Henares); **Elisa Pérez Vera** (Catedrática Emérita de la UNED); **José Picón Martín** (Notario de Madrid); **Andrés Rodríguez Benot** (Catedrático de la Universidad Pablo de Olavide de Sevilla); **Juan Sánchez Calero Guilarte** (Catedrático de la Universidad Complutense de Madrid); **Ignacio Solís Villa** (Notario de Madrid); **Blanca Vilá Costa** (Catedrática de la Universidad Autónoma de Barcelona); **Miguel Virgós Soriano** (Catedrático de la Universidad Autónoma de Madrid); **Elena Zabalo Escudero** (Catedrática de la Universidad de Zaragoza); **Francisco Javier Zamora Cabot** (Catedrático de la Universidad Jaume I de Castellón).

---

\* A los efectos de cumplimentar el apartado 21 de los criterios de calidad editorial Latindex.

**Colaboran en el presente tomo**

**Santiago ÁLVAREZ GONZÁLEZ**  
**Juan José ÁLVAREZ RUBIO**  
**Beatriz AÑOVEROS TERRADAS**  
**Rafael ARENAS GARCÍA**  
**Unai BELINTXON MARTIN**  
**Gilberto BOUTIN ICAZA**  
**Nuria BOUZA VIDAL**  
**Rocío CARO GÁNDARA**  
**Clara Isabel CORDERO ÁLVAREZ**  
**Pedro Alberto DE MIGUEL ASENSIO**  
**Pilar DIAGO DIAGO**  
**Pilar DOMÍNGUEZ LOZANO**  
**Antonia DURÁN AYAGO**  
**María Jesús ELVIRA BENAYAS**  
**José María ESPINAR VICENTE**  
**Ángel ESPINIELLA MENÉNDEZ**  
**Fernando ESTEBAN DE LA ROSA**  
**Gloria ESTEBAN DE LA ROSA**  
**Lydia ESTEVE GONZÁLEZ**  
**Ana FERNÁNDEZ PÉREZ**  
**José Carlos FERNÁNDEZ ROZAS**  
**Josep M. FONTANELLAS MORELL**  
**Albert FONT I SEGURA**  
**Joaquim J. FORNER DELAYGUA**  
**Dale Beck FURNISH**  
**Federico F. GARAU SOBRINO**  
**Julio A. GARCÍA LÓPEZ**  
**Carmen María GARCÍA MIRETE**  
**Miguel GARDEÑES SANTIAGO**  
**Eloy GAYAN RODRÍGUEZ**  
**M<sup>a</sup> Esperança GINEBRA MOLINS**  
**Cristina GONZALEZ BEILFUSS**  
**Montserrat GUZMÁN PECES**  
**Iván HEREDIA CERVANTES**  
**Lerdys HEREDIA SÁNCHEZ**  
**Monica HERRANZ BALLESTEROS**  
**Pilar JIMÉNEZ BLANCO**

**Ángeles LARA AGUADO**  
**Enrique LINARES RODRÍGUEZ**  
**Nerea MAGALLÓN ELÓSEGUI**  
**Nuria MARCHAL ESCALONA**  
**Juan Ignacio MARCUELLO SALTO**  
**Manuel MEDINA ORTEGA**  
**Ramón MORRAL SOLDEVILA**  
**José Hernán MURIEL-CICERI**  
**Xabier ORBEGOZO MIGUEL**  
**Patricia OREJUDO PRIETO DE LOS**  
**MOZOS**  
**Cristian ORÓ MARTÍNEZ**  
**Carmen OTERO GARCÍA-**  
**CASTRILLÓN**  
**Giacomo PAILLI**  
**Guillermo PALAO MORENO**  
**Paula PARADELA AREÁN**  
**Ramón Santiago PAZ LAMELA**  
**Manuel PENADÉS FONTS**  
**José Ignacio PAREDES PÉREZ**  
**Elisa PÉREZ VERA**  
**Luana-Elena PICIARCA**  
**Isabel REIG FABADO**  
**Andrés RODRÍGUEZ BENOT**  
**Isabel RODRÍGUEZ-URÍA SUÁREZ**  
**Carmen RUIZ SUTIL**  
**Darío A. SANDOVAL SHAIK**  
**Jorge Alberto SILVA**  
**Gerald SPINDLER**  
**Elisa TORRALBA MENDIOLA**  
**Ramón VIÑAS FARRÉ**  
**Raúl LAFUENTE SÁNCHEZ**  
**Ricardo RUEDA VALDIVIA**  
**Rosa MIQUEL SALA**  
**Sara SÁNCHEZ FERNÁNDEZ**  
**Rebeca VARELA FIGUEROA**  
**Huang ZHANG**



## SUMARIO

	<b>Pág.</b>
José María ESPINAR VICENTE <i>IN MEMORIAM</i> JUAN ANTONIO CARRILLO SALCEDO .....	33-35
 <b><i>ESTUDIOS</i></b>	
José María ESPINAR VICENTE LA FUNCION DE LA NACIONALIDAD Y LA EXTRANJERÍA EN EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO CONTEMPORÁNEO .....	39-64
Jorge Alberto SILVA DELIMITACIÓN DISCIPLINAR DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO. UNA PERSPECTIVA MEXICANA .....	65-90
José Ignacio PAREDES PÉREZ ALCANCE Y CONTENIDO DE LA NOCIÓN DE EQUIVALENCIA EN EL DERE- CHO INTERNACIONAL PRIVADO .....	91-126
Luana-Elena PICIARCA EL DERECHO DE TRANSFORMACIÓN TRANSFRONTERIZA: ¿NUEVA EX- PRESIÓN DE LA LIBERTAD DE ESTABLECIMIENTO? .....	127-148
Juan Ignacio MARCUELLO SALTO LOS PRINCIPALES PROCEDIMIENTOS PRECONCURSALES DEL DERECHO COMPARADO EUROPEO EN EL MARCO DEL DERECHO INTERNACIO- NAL PRIVADO ACTUAL .....	149-188
Giacomo PAILLI DISUASIÓN GLOBAL DE CONDUCTAS ILÍCITAS: BÚSQUEDA DE UN FORO ÚNICO PARA LAS CONTROVERSIAS TRANSFRONTERIZAS EN MATE- RIA DE CONSUMO .....	189-226
Dale Beck FURNISH EL NACIONALISMO REGISTRAL DEL CÓDIGO UNIFORME DE COMERCIO ESTADOUNIDENSE: IMPLICACIONES PRÁCTICAS PARA OTROS SISTE- MAS NACIONALES Y EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO .....	227-242

Manuel PENADÉS FONTS	
LAS FISURAS DE ROMA I Y LOS INTERESES NACIONALES .....	243-264
Antonia DURÁN AYAGO	
EL ACCESO AL REGISTRO CIVIL DE CERTIFICACIONES REGISTRALES EX- TRANJERAS A LA LUZ DE LA LEY 20/2011: RELEVANCIA PARA LOS CASOS DE FILIACIÓN HABIDA A TRAVÉS DE GESTACIÓN POR SUSTI- TUCIÓN .....	265-308
Ángel ESPINIELLA MENÉNDEZ	
SUSTITUCIÓN Y ADICIÓN DE DEUDORES EN EL REGLAMENTO “ROMA I” ...	309-333
Montserrat GUZMÁN PECES	
LA TRAMITACIÓN DE LOS EXPEDIENTES DE ADQUISICIÓN DE LA NACIO- NALIDAD POR RESIDENCIA: LAS REFORMAS PROYECTADAS EN LA LEY 20/2011 DE REGISTRO CIVIL Y EN LOS SUCESIVOS ANTEPROYEC- TOS .....	335-364
Gerald SPINDLER	
LIBERTAD DE ESTABLECIMIENTO Y ELECCIÓN DE LA LEY SOCIETARIA DESARROLLOS RECIENTES EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA .....	365-376
José María ESPINAR VICENTE	
EL PROYECTO DE REFORMA INTEGRAL DE LOS REGISTROS. ALGUNAS CONSIDERACIONES EN TORNO AL REGISTRO CIVIL .....	377-407
Iván HEREDIA CERVANTES	
LA INSCRIPCIÓN DE RESOLUCIONES JUDICIALES EXTRANJERAS EN LA LEY DEL REGISTRO CIVIL DE 2011 .....	409-432
Patricia OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS	
REGULACIÓN DEL MATRIMONIO EN SITUACIONES INTERNACIONALES TRAS LA REFORMA DE LA LEY DE REGISTRO CIVIL DE 2011 .....	433-453
Clara Isabel CORDERO ÁLVAREZ	
ADOPCIÓN EN EUROPA Y EFECTOS DE LA <i>KAFÁLA</i> EN EL MARCO DEL CONVENIO EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS .....	455-489
Gilberto BOUTIN ICAZA	
DE LOS SISTEMAS REGISTRALES EN EL DERECHO INTERNACIONAL PRI- VADO PANAMEÑO Y LA DOCTRINA DE LOS ACTOS COMPORTANDO EFECTOS EXTRATERRITORIALES DE PLENO DERECHO .....	491-516

***VARIA***

Manuel MEDINA ORTEGA EL ESTATUTO POLÍTICO DEL CIUDADANO EUROPEO .....	519-536
Carmen OTERO GARCÍA-CASTRILLÓN INTERVENCIÓN ADUANERA E INFRACCIÓN DE LOS DERECHOS DE PRO- PIEDAD INTELECTUAL: CUESTIONES DE DERECHO APLICABLE .....	537-554
Carmen María GARCÍA MIRETE EL LUGAR EN EL QUE SE PRODUCE LA REUTILIZACIÓN DE UNA BASES DE DATOS ELECTRÓNICA EN INTERNET: EL CASO <i>FOOTBALL DATACO VS.</i> <i>SPORTRADAR</i> .....	555-565
José Hernán MURIEL-CICERI SUCESIONES INTERNACIONALES EN EUROPA Y COLOMBIA .....	567-580
Enrique LINARES RODRÍGUEZ HOMOLOGACIÓN EN TERCEROS ESTADOS DE LA SENTENCIA DICTADA EN <i>ECUADOR VS. CHEVRON</i> .....	581-606

***FOROS INTERNACIONALES***

Julio A. GARCÍA LÓPEZ PROTOCOLOS DE ADHESIÓN Y SOLUCIÓN DE DIFERENCIAS EN LA OMC: LOS AÑOS DEL DRAGÓN (2008-2012) .....	609-634
Raúl LAFUENTE SÁNCHEZ LAS ACTIVIDADES DE LA COMISIÓN EUROPEA EN MATERIA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO EN EL PERIODO MAYO 2012- MAYO 2013 ..	635-655
Nuria BOUZA VIDAL UNIDROIT ANTE LOS RETOS DEL SIGLO XXI .....	657-669

***TEXTOS LEGALES*****UNIÓN EUROPEA****REGLAMENTOS**

Reglamento (UE) nº 650/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo de 4 de julio de 2012 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación

## EL ACCESO AL REGISTRO CIVIL DE CERTIFICACIONES REGISTRALES EXTRANJERAS A LA LUZ DE LA LEY 20/2011: RELEVANCIA PARA LOS CASOS DE FILIACIÓN HABIDA A TRAVÉS DE GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN

Antonia DURÁN AYAGO \*

SUMARIO: I. Consideraciones previas. II. Contexto social y jurídico. 1. Concepto e implicaciones. 2. *Mater semper certa est*: filiación intencional e interés superior del niño. 3. Gestación por sustitución y adopción: dos realidades distintas con similitudes jurídicas. 4. La gestación por sustitución en países de nuestro entorno. III. El laberinto jurídico español. 1. La Res. DGRN de 18 de febrero de 2009 y el método del reconocimiento de situaciones jurídicas. 2. La judicialización del caso: ¿batalla en tres actos? 3. La Instrucción DGRN de 5 de octubre de 2010: confirmación del cambio de jurisprudencia con matizaciones de alcance incluidas. IV. El acceso de las certificaciones registrales extranjeras al Registro Civil: novedades introducidas por la Ley 20/2011. V. Conclusiones.

RESUMEN: *La nulidad que llevan aparejada los contratos de gestación por sustitución en España ha hecho que familias españolas que desean un hijo genéticamente propio decidan buscarlo en el extranjero. Los problemas que se generan una vez que el niño ha nacido para poder inscribirlo en el Registro Civil español no han sido convenientemente resueltos por el legislador español, único que tiene competencia para ello. La nueva Ley del Registro Civil aporta alguna innovación respecto del actual sistema, artificialmente modificado por la Dirección General de los Registros y del Notariado, pero se trata de una legislación de carácter adjetivo que no responde a todas las cuestiones planteadas.*

PALABRAS CLAVE: GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN – ACCESO AL REGISTRO CIVIL DE CERTIFICACIONES EXTRANJERAS – MÉTODO DEL RECONOCIMIENTO DE SITUACIONES JURÍDICAS – LEY APLICABLE AL ESTABLECIMIENTO DE LA FILIACIÓN – ACREDITACIÓN DEL ESTADO CIVIL.

ABSTRACT: *The invalidity of surrogacy agreements in Spain has made that Spanish families who want a genetically own child may decide to seek it abroad. The problems that arise once the child is born to be able to sign up in the Spanish Civil Register have not been suitably resolved by the Spanish legislator, the only one who has competence to do so. The new Law on Civil Registration brings some innovation with respect to the current system, artificially modified by the General Direction of the Registers and Notaries, but it's an adjective legislation that does not respond to all the issues raised.*

\* Profesora contratada doctora de Derecho internacional privado. Universidad de Salamanca

*KEYWORDS: SURROGACY AGREEMENTS – ACCESS TO CIVIL REGISTRATION OF FOREIGN CERTIFICATIONS – METHOD FOR RECOGNITION OF LEGAL SITUATIONS – LAW APPLICABLE TO THE ESTABLISHMENT OF FILIATION – ACCREDITATION OF CIVIL STATUS.*

## I. Consideraciones previas

1. La entrada en vigor de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil (en adelante, Ley 20/2011 o nueva LRC)<sup>1</sup>, el próximo 22 de julio de 2014 supondrá, si antes no lo remedia el legislador, la constatación de una especie de esquizofrenia jurídica en nuestro ordenamiento jurídico, puesto que, de un lado, el art. 10 Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida (en adelante, Ley 14/2006)<sup>2</sup> mantiene la nulidad de los contratos de gestación por sustitución<sup>3</sup>, especificando que la filiación así habida quedará determinada por el parto y, de otro, podrán acceder al Registro Civil en nuestro país las certificaciones registrales expedidas por las autoridades públicas competentes en los Estados en que sí se contemplen este tipo de prácticas. Sin que sea necesario ya, como lo es ahora tras la Instrucción DGRN 5 de octubre de 2010, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución<sup>4</sup> (en adelante, la Instrucción), cuyo precedente inmediato es la Res. DGRN de 18 de febrero de 2009<sup>5</sup> (en adelante, la Resolución), la existencia de una resolución judicial en que se constate que los intereses de todas las partes intervinientes han estado debidamente protegidos.

En la actualidad, los españoles que han recurrido a la gestación por sustitución por ejemplo en India, se encuentran en un compás de espera hasta la entrada en vigor de la Ley, puesto que este país, al no exigir resolución judicial que homologue el contrato de gestación por sustitución y que constituya la filiación a favor de los comitentes, no entra dentro de los supuestos que la DGRN permite que accedan al Registro Civil<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> *BOE*, 22-VII-2011.

<sup>2</sup> *BOE*, 27-V-2006.

<sup>3</sup> Utilizamos el término que acuñó la Comisión especial de Estudio de la Fecundación in Vitro y la Inseminación Artificial Humanas (Comisión Palacios), aprobado por el Pleno del Congreso de los Diputados el 10 de abril de 1986 y que se sigue utilizando en el art. 10 de la Ley 14/2006.

<sup>4</sup> *BOE*, 7-X-2010.

<sup>5</sup> *Westlaw* RJ 2009\1735.

<sup>6</sup> Tras la Instrucción DGRN 5 de octubre de 2010, las siguientes Resoluciones de este Centro directivo se han pronunciado a favor de la inscripción: 1/2011, de 3 de mayo (*Westlaw* JUR\2012\107637); 4/2011, de 6 de mayo (*Westlaw* JUR\2012\110698); 6/2011, de 6 de mayo (*Westlaw* JUR\2012\147776); 1/2011, de 9 de junio (*Westlaw* JUR\2012\151437); 2/2011, de 9 de junio (*Westlaw* JUR\2012\151438); 3/2011, de 9 de junio (*Westlaw* JUR\2012\151439); 1/2011, de 27 de junio (*Westlaw* JUR\2012\151441); 4/2011, de 23 de septiembre (*Westlaw* JUR\2012\168313); 5/2011, de 23 de sep-

Aunque la Ley 20/2011 no haga referencia expresa a la gestación por sustitución, lo cierto es que su entrada en vigor supondrá en la práctica que una regulación de carácter adjetivo altere lo dispuesto materialmente, con los consecuentes problemas que esto puede traer aparejado, sin ir más lejos desde la perspectiva de la igualdad de los españoles ante la Ley. También es verdad que la situación actual no es menos grave, puede decirse que cualitativamente es de mayor gravedad, puesto que la citada Instrucción de la DGRN, de carácter gubernativo, ha alterado lo dispuesto en el todavía aplicable art. 23 Ley de 8 de junio de 1957, sobre el Registro Civil (en adelante, LRC)<sup>7</sup>.

2. En este trabajo nos proponemos pues analizar los requisitos que la nueva LRC exigirá para el acceso al Registro Civil de las certificaciones registrales extranjeras y las consecuencias que este nuevo régimen tendrá respecto de la filiación habida a través de gestación por sustitución. No obstante, primero analizaremos el contexto social y jurídico en que ha de enmarcarse este tipo de filiación (II), para pasar después a exponer el laberinto jurídico en el que en estos momentos nos encontramos (III) y las implicaciones que puede tener para esta materia la regulación que proporciona la nueva LRC en sus arts. 96 y 98 (IV). Finalmente, pondremos de manifiesto cómo por no querer hacer frente a un cambio legislativo en el Derecho sustantivo, se ha colocado al Derecho internacional privado (en adelante, DIPr) en una difícil encrucijada en la que cualquier respuesta que se dé a estas situaciones adolece del grado de coherencia y mesura que sería deseable (V).

Para ello nos permitimos comenzar este trabajo con las palabras de la historiadora y psicoanalista francesa Élisabeth Roudinesco que, por otra parte, fueron las mismas con que cerró Eleanora Lamm un excelente trabajo publicado en *InDret* en julio del año pasado<sup>8</sup>:

“No deberíamos temer cambiar las leyes que correspondan a los cambios que se han producido en la sociedad y la ciencia. La gestación por sustitución es la continuación de la procreación médicamente asistida. Desde finales del siglo XIX, cualquier cambio relacionado con la familia ha llevado a la sociedad al pánico: el divorcio, la igualdad de derechos de los padres, el aborto... ¡Siempre se nos

---

tiembre (*Westlaw JUR\2012\168314*); 1/2011, de 12 de diciembre (*Westlaw JUR\2002\307191*) y 4/2011, de 22 de diciembre (*Westlaw JUR\2012\307190*). En todas ellas existía una resolución judicial. La mayoría provenientes de California; también alguna de Chicago y de Ohio. No se concede la práctica de la inscripción en las Resoluciones 5/2011, de 6 de mayo (*Westlaw JUR\2012\114782*) y 2/2011, de 23 de septiembre (*Westlaw JUR\2012\168312*). En estos casos los niños habían nacido en India, en el condado de Mumbai y no se había presentado junto con la solicitud de inscripción, resolución judicial en la que se acreditara la filiación del menor y se hiciera constar el respeto a su interés superior y en la que se recogiera el libre consentimiento y la renuncia expresa de la madre gestante.

<sup>7</sup> *BOE*, 10-VI-1957.

<sup>8</sup> E. Lamm, “Gestación por sustitución”, *InDret. Revista para el Análisis del Derecho*, nº 3/2012 ([http://www.indret.com/pdf/909\\_es.pdf](http://www.indret.com/pdf/909_es.pdf)).

está diciendo que un apocalipsis está a punto de pasar, y nunca pasa! Apocalipsis sería una humanidad que no quiera hijos”<sup>9</sup>.

## II. Contexto social y jurídico

### 1. Concepto e implicaciones

3. Probablemente uno de los casos que más debate ha suscitado en la doctrina española en los últimos tiempos ha sido el del reconocimiento en España de los casos de filiación habida a través de gestación por sustitución en el extranjero<sup>10</sup>.

<sup>9</sup> <http://www.rue89.com/2009/04/24/should-surrogate-mothers-be-legalised-ten-keys-to-the-debate>.

<sup>10</sup> Sin ánimo de exhaustividad, puede consultarse: M. Albert Márquez, “Los contratos de gestación de sustitución celebrados en el extranjero y la nueva Ley del Registro Civil”, *Diario La Ley*, nº 7863, de 22 de mayo de 2012, consultado en [www.laley.es](http://www.laley.es); M. Atienza, “De nuevo sobre las madres de alquiler”, *El Notario del Siglo XXI*, nº 27, 2009 [http://www.elnotario.com/egest/noticia.php?id=1981&seccion\\_ver=0](http://www.elnotario.com/egest/noticia.php?id=1981&seccion_ver=0); S. Álvarez González, “Efectos en España de la gestación por sustitución llevada a cabo en el extranjero”, *AEDIPr*, t. X, 2010, pp. 339–377; *id.*, “Reconocimiento de la filiación derivada de gestación por sustitución”, en J. Forner Delaygua, C. Gonzalez Beilfuss y R. Viñas Farré (coords.), *Entre Bruselas y La Haya. Estudios sobre la unificación internacional y regional del Derecho internacional privado. Liber amicorum Alegría Borrás*, Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 2013, pp. 77–90; P. Blanco-Morales Limones, “¿Y tú de quién eres? Problemas actuales del Derecho de familia”, Lección magistral presentada con ocasión del acto de inauguración del Curso académico 2010/2011 en la Universidad de Extremadura, el 27 de septiembre de 2010, pp. 1–32; R. Bercovitz Rodríguez-Cano, “Hijos made in California”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº 3/2009 (BIB 2009\411), pp. 2117–2119; A.L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González, “Gestación por sustitución y Derecho Internacional Privado: consideraciones en torno a la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 18 de febrero de 2009”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 1, nº 2, 2009, pp. 294–319 ([kusan.uc3m.es/CIAN/index.php/CDT/article/view/891/343](http://kusan.uc3m.es/CIAN/index.php/CDT/article/view/891/343)); *id.*, “Notas críticas en torno a la Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 5 octubre 2010 sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 3, nº 1, 2011, pp. 247–262 (<http://kusan.uc3m.es/CIAN/index.php/CDT/article/viewFile/1158/573>); J. Cerdá Subirachs, “La insostenible legalización de facto de la maternidad subrogada en España. A propósito de la Instrucción de 5 de octubre de 2010 de la DGRN”, *Abogados de Familia*, nº 60, Sección Tribuna Abierta, Segundo trimestre de 2011, Editorial la Ley; J.M. Espinar Vicente, “Nuevas reflexiones en torno a la heterodoxa doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado. La gestación de sustitución y el amparo a los actos en fraude de ley”, en C. Esplugues Mota y G. Palao Moreno (eds.), *Nuevas fronteras del Derecho de la Unión Europea. Liber amicorum José Luis Iglesias Buhigues*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012, pp. 589–604; E. Farnós Amorós, “Inscripción en España de la filiación derivada del acceso a la maternidad subrogada en California. Cuestiones que plantea la Resolución de la DGRN de 18 de febrero de 2009”, *InDret. Revista para el Análisis del Derecho*, nº 1/2010 ([http://www.indret.com/pdf/711\\_es.pdf](http://www.indret.com/pdf/711_es.pdf)); E. Lamm, “Gestación por sustitución”, *InDret. Revista para el Análisis del Derecho*, nº 3/2012 ([http://www.indret.com/pdf/909\\_es.pdf](http://www.indret.com/pdf/909_es.pdf)); C. Lasarte Álvarez, “La reproducción asistida y la prohibición legal de maternidad subrogada admitida de hecho por vía reglamentaria”, *Diario La Ley*, nº 7777, de 17 de enero de 2012, consultado en [www.laley.es](http://www.laley.es); A.S. Fernández-Sancho Tahoces, “Eficacia jurídico-registral del contrato de gestación subrogada”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº 6/2011 (BIB 2011\1357), pp. 127–146; M. Guzmán Zapater, “Gestación por sustitución y nacimiento en el extranjero: hacia un modelo de regulación (sobre la Instrucción DGRN de 5 de octubre de 2010)”, *AEDIPr*, t. X, 2010, pp. 731–743; *id.*, “Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010. El

Sustancialmente, debido a la complejidad de coexistir intereses y regulaciones con contenido hasta cierto punto inconciliables, como veremos.

España no ha sido un país que jurídicamente haya permanecido ajeno a los avances que se han producido en materia de reproducción asistida. De hecho, ya desde la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre técnicas de reproducción asistida<sup>11</sup> están presentes en nuestro ordenamiento diversas consecuencias jurídicas derivadas de estas técnicas. Es verdad que ya en aquella primera Ley, hoy modificada por la Ley 14/2006, se establecía la nulidad del contrato de gestación por sustitución, cuya redacción ha permanecido inalterada desde entonces<sup>12</sup>. En cambio, se han introducido modificaciones significativas, como la llevada a cabo por la Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas<sup>13</sup>, por la que se dio nueva redacción al apartado tercero del art. 7 Ley 14/2006, reconociéndose legalmente la posibilidad de que quede acreditada la filiación desde el nacimiento del niño a favor de dos mujeres casadas entre sí, si una de ellas se somete a las técnicas de reproducción asistida y la otra manifiesta ante el Encargado del Registro Civil del

---

acceso al Registro español de los nacidos en el extranjero mediante gestación por sustitución”, *El Notario del siglo XXI*, nº 34, 2010, [http://www.elnotario.com/egest/noticia.php?id=2430&seccion\\_ver=0](http://www.elnotario.com/egest/noticia.php?id=2430&seccion_ver=0); P. Orejudo Prieto de los Mozos, “Reconocimiento en España de la filiación creada en el extranjero a través de una maternidad de sustitución”, en S. Navas Navarro (dra.), S. Camacho Clavijo y A. de Lama y Ayná (coords.), *Iguals y diferentes ante el Derecho Privado*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012, pp. 465–516; *id.*, “Inscripción de la filiación conformada en el extranjero a favor de españoles a través de maternidad de sustitución: Nota a la RDGRN de 18 de febrero de 2009”, *AEDIPr*, t. IX, 2009, pp. 1244–1252; *id.*, “Maternidad de sustitución: Nota a la Sentencia JPI nº 15 de Valencia, de 15 de octubre de 2010”, *AEDIPr*, t. X, 2010, pp. 1072–1078; *id.*, “Nota la Instrucción de 5 de octubre de la DGRN sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución”, *REDI*, 2010, pp. 264–266; A. Quiñones Escámez, “Doble filiación paterna de gemelos nacidos en el extranjero mediante maternidad subrogada: En torno a la RDGRN de 18 de febrero de 2009”, *InDret. Revista para el Análisis del Derecho*, nº 3, 2009 ([www.indret.com/pdf/657\\_es.pdf](http://www.indret.com/pdf/657_es.pdf)); E. Rubio Torrano, “Inscripción como hijos de un matrimonio de varones nacidos mediante la gestación por sustitución”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº 9/2011 (BIB 2012/2505), pp. 11–14; A.J. Vela Sánchez, “La gestación por sustitución o maternidad subrogada: el derecho a recurrir a las madres de alquiler. Cuestiones que suscita la Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución”, *Diario La Ley*, nº 7608, de 11 de abril de 2011, consultado en [www.laley.es](http://www.laley.es); J. R. de Verda y Beamonte, “Inscripción de hijos nacidos mediante gestación por sustitución (a propósito de la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 15 de Valencia, de 15 de septiembre de 2010)”, *Diario La Ley*, nº 7501, de 3 de noviembre de 2010, consultado en [www.laley.es](http://www.laley.es).

<sup>11</sup> *BOE*, 24–XI–1988.

<sup>12</sup> Art. 10 Ley 14/2006: “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>13</sup> *BOE*, 16–III–2007.

domicilio conyugal que consiente en que cuando nazca el hijo de su cónyuge se determine a su favor la filiación respecto del nacido. Repárese que en este caso la filiación natural únicamente la ostenta la mujer que da a luz al hijo; la otra es madre porque así está categorizado legalmente en el presente precepto<sup>14</sup>.

Si bien es verdad, como decimos, que no se han producido cambios sustantivos en lo respecta a la nulidad de los contratos de gestación por sustitución y en consecuencia a los efectos que se puedan derivar de los mismos, lo cierto es que en los últimos años el debate ha estado muy presente en los medios de comunicación y en la doctrina acerca de la posibilidad de reconocer y regular este tipo de contrato y sus efectos en nuestro país<sup>15</sup>. Y ello porque los casos de parejas, fundamentalmente matrimonios de varones, pero también de parejas heterosexuales, que han acudido a otros países en que este tipo de contratos es válido y a través de los cuales se trasmite la filiación del hijo así nacido a la pareja comitente, son una realidad que a estas alturas ya no cabe esquivar. Sin embargo, los importantes movimientos que se han producido fundamentalmente desde la perspectiva del DIPr, contrastan con el absoluto inmovilismo del Derecho material que hoy como hace veinticinco años, sigue sancionando como nulos los acuerdos de gestación por sustitución, declarando que la filiación en estos casos se determinará por el parto, quedando a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico (art. 10 Ley 14/2006)<sup>16</sup>.

4. La gestación por sustitución es un contrato, oneroso o gratuito, a través del cual una mujer consiente en llevar a cabo la gestación, mediante técnicas de

---

<sup>14</sup> La Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida, dependiente del Ministerio de Sanidad, consideró poco tiempo después de la modificación del art. 7.3º Ley 14/2006, que en el caso de un matrimonio de mujeres era “perfectamente legal” que una de las mujeres gestara el óvulo de la otra a través de la técnica ROPA (acrónimo de recepción de óvulos de la pareja), tras ser éste fertilizado con esperma anónimo, de modo que hubiese una “madre biológica genética y una madre biológica gestante”.

<sup>15</sup> En estos momentos, un colectivo de personas está recogiendo firmas para presentar una Iniciativa Legislativa Popular solicitando la legalización en España de la gestación por sustitución. Puede consultarse su web: <http://xn—gestacionsubrogadaenespa—woc.es/index.html>. También <https://www.facebook.com/pages/Maternidad-subrogada-en-Espa%C3%B1a/455389424527309>.

<sup>16</sup> Incluso hay quien ha querido ver connotaciones penales para esta práctica en el art. 221 del Código Penal que establece: “1. Los que, mediando compensación económica, entreguen a otra persona un hijo, descendiente o cualquier menor aunque no concorra relación de filiación o parentesco, eludiendo los procedimientos legales de la guarda, acogimiento o adopción, con la finalidad de establecer una relación análoga a la de filiación, serán castigados con las penas de prisión de uno a cinco años y de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de la patria potestad, tutela, curatela o guarda por tiempo de cuatro a 10 años. 2. Con la misma pena serán castigados la persona que lo reciba y el intermediario, aunque la entrega del menor se hubiese efectuado en país extranjero. 3. Si los hechos se cometieren utilizando guarderías, colegios u otros locales o establecimientos donde se recojan niños, se impondrá a los culpables la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de las referidas actividades por tiempo de dos a seis años y se podrá acordar la clausura temporal o definitiva de los establecimientos. En la clausura temporal, el plazo no podrá exceder de cinco años”.

reproducción asistida, aportando o no también su óvulo, con el compromiso de entregar al nacido a los comitentes, que pueden ser una persona o una pareja, casada entre sí o no, que a su vez puede aportar o no sus gametos<sup>17</sup>.

La maternidad subrogada presenta dos modalidades: la tradicional, plena o total (*traditional surrogacy*) y la gestacional o parcial (*gestational surrogacy*). En la primera modalidad, la madre subrogada es también la madre genética (maternidad biológica)<sup>18</sup>, ya que sus propios óvulos son fecundados con espermia del padre comitente o de un donante<sup>19</sup>. En el segundo caso, la mujer que gesta al niño no aporta su material genético. Es en este segundo caso en el que existirá en sentido estricto subrogación de útero pensado para los casos en que la mujer comitente produzca óvulos fecundables, pero no pueda gestarlos, y encargue a otra mujer que los geste por ella (subrogación parcial)<sup>20</sup>.

La recepción de gametos femeninos exógenos está indicada para aquellas mujeres que carecen de ovarios o que pueden transmitir una enfermedad grave al nacido; en cambio, la mujer que produce óvulos fecundables pero no puede gestar, necesita, si quiere alcanzar la maternidad, de otra mujer que lleve a cabo la gestación. Suele tratarse, en el fondo, de una misma operación clínica: extracción de óvulos fuera del cuerpo de la mujer seguida de su posterior fecundación e implantación en el útero de otra mujer. Sin embargo, los ordenamientos jurídicos han valorado los dos fenómenos de forma muy diversa, puesto que mientras la mayoría de los ordenamientos europeos admiten la donación de óvulos, en cambio condenan la gestación por sustitución<sup>21</sup>.

5. La renuencia a admitir en nuestro país –y en otros, con consecuencias similares como veremos– la gestación por sustitución ha hecho que muchas parejas hayan cruzado la frontera buscando ordenamientos jurídicos en que esta práctica sea posible. Por ello, se habla con frecuencia de “turismo reproductivo”, “turismo procreativo” o “turismo de fertilidad”<sup>22</sup>. Sin embargo, la *European Society of*

<sup>17</sup> FJ 1º SAP Valencia 10ª 23 de noviembre de 2011.

<sup>18</sup> M. Pérez Monge, *La filiación derivada de técnicas de reproducción asistida*, Madrid, Centro de Estudios Registrales, 2002, pp. 330–331.

<sup>19</sup> E. Farnós Amorós, “Inscripción en España de la filiación derivada del acceso a la maternidad subrogada en California. Cuestiones que plantea la Resolución de la DGRN de 18 de febrero de 2009”, *InDret. Revista para el Análisis del Derecho*, nº 1/2010 ([http://www.indret.com/pdf/711\\_es.pdf](http://www.indret.com/pdf/711_es.pdf)), p. 5.

<sup>20</sup> I. Alkorta Idiakex, *Regulación jurídica de la medicina reproductiva. Derecho español y comparado*, Navarra, Thomson–Aranzadi, 2003, p. 276.

<sup>21</sup> *Ibid.*, p. 275.

<sup>22</sup> En el Informe preliminar sobre los problemas derivados de los convenios de maternidad subrogada de carácter internacional elaborado en el seno de la Conferencia de La Haya (marzo de 2012), disponible en <http://www.hcch.net/upload/wop/gap2012pd10fr.pdf>, se constata que entre 2006 y 2010 la cifra de estos contratos se ha incrementado en un 1000 % en las cinco grandes agencias especializadas que se han consultado, incrementándose los contratos internacionales de maternidad subrogada en un 40 % en

*Human Reproduction and Embryology* (ESHRE) se ha mostrado especialmente crítica con la utilización del término “turismo” en estos casos, por considerar que se banalizan las razones por las que los individuos acceden a las técnicas de reproducción asistida<sup>23</sup>. En su lugar ha optado por una expresión más neutra “*Cross-border reproductive care*”<sup>24</sup>.

Ciertamente, el término “turismo” encierra connotaciones negativas, entre ellas, que se trate de una opción únicamente para las personas que pueden económicamente permitírselo o que implique y aumente el riesgo de que las mujeres que viven en países en desarrollo sean explotadas por aquellos que provienen de países más ricos, con los posibles riesgos de tráfico que se pueden generar<sup>25</sup>. Pero más allá del término, lo cierto es que la posibilidad de que una persona se desplace al país donde la técnica de reproducción asistida esté contemplada legalmente, desde la perspectiva privada, únicamente puede combatirse desde dos frentes: de un lado, y en lo que respecta al Estado que permite este tipo de prácticas, fijando reglas de vinculación de la pareja comitente con ese Estado. Por su parte, el Estado en que residen los comitentes puede evitar reconocer los efectos de este tipo prácticas, en lo que atañe a la filiación. Sin duda, al tratarse de una acción posterior a que el hecho se produzca, las dificultades de ensamblaje que se originarán en el Estado de los comitentes serán de mayor complejidad, porque en ese momento ya no estaremos hablando únicamente de la voluntad de los comitentes, sino del derecho que tiene el niño a que su filiación quede determinada.

Mientras algunos autores creen que las leyes deberían reforzarse, convirtiendo este tipo de turismo en ilegal, otros ven una oportunidad de armonizar las leyes y facilitar la legislación para que las personas puedan satisfacer su deseo de tener un hijo donde sea posible; incluso hay quien ve en esta práctica una garantía de equidad y autonomía para los futuros padres<sup>26</sup>.

---

2008. Interesante análisis del término y sus connotaciones en P. Orejudo Prieto de los Mozos, “Reconocimiento en España...”, *loc. cit.*, pp.465–467.

<sup>23</sup> G. Pennings, “Reproductive tourism as moral pluralism in motion”, *Journal of Medical Ethics*, 2002, vol. 28, pp. 337–341; G. Pennings, G. de Wert, F. Shenfield, J. Cohen, B. Tarlatzis and P. Devroey, “ESHRE Task Force on Ethics and Law 15: Cross-border reproductive care”, *Human Reproduction*, vol. 23, n° 10, pp. 2182–2184, 2008 (<http://humrep.oxfordjournals.org/content/23/10/2182.full.pdf>).

<sup>24</sup> E. Farnós Amorós, “European Society of Human Reproduction and Embryology, 26th Annual Meeting”, *Indret. Revista para el Análisis del Derecho*, n° 3/2010 ([http://www.indret.com/pdf/751\\_es.pdf](http://www.indret.com/pdf/751_es.pdf)), p. 9.

<sup>25</sup> E. Lamm, *loc. cit.*, p. 22.

<sup>26</sup> *Ibid.*, p. 22; J. Cohen, “Le tourisme procréatif: un pis-aller”, *Gynécologie Obstétrique & Fertilité*, vol. 34, n° 10, october 2006, pp. 881–882.

6. Lo cierto es que ni la prohibición expresa ni el silencio de la ley evitan que esta práctica se realice. Se utilizan estrategias o subterfugios que generan conflictos que podrían ser evitados con una regulación legal que controle la práctica y resuelva los problemas que ocasiona<sup>27</sup>.

Las limitaciones legales o las que surgen por falta de regulación legal pueden resultar discriminatorias por tres razones fundamentalmente. En primer lugar, porque aunque el término no sea el más adecuado, fomentan el turismo reproductivo, ya que las parejas con recursos económicos siempre tienen la oportunidad de dirigirse a los países donde este tipo de gestación está permitida, mientras que las parejas con menos medios no tendrán esta opción. En segundo lugar, en los países que se permite recurrir a la donación de ovocitos, permitiendo a las mujeres que carecen de ovarios recurrir a esta técnica para ser madres, debería del mismo modo considerarse la posibilidad de regular esta práctica para ayudar a aquellas mujeres que no pueden gestar, por ejemplo, por carecer de útero<sup>28</sup>. Por último, la gestación por sustitución es la única opción que tiene una pareja de varones de tener un hijo genéticamente propio, por lo que conforme a los principios de libertad, igualdad y no discriminación, éste se convierte en un argumento más a favor de la legalización y regulación de estos convenios, en especial en nuestro país, después de la Ley 13/2005 que sí les permite la adopción<sup>29</sup>.

## 2. Mater semper certa est: *filiación intencional e interés superior del niño*

7. El aforismo romano, atribuido a Paulo, ‘*mater semper certa est*’<sup>30</sup> dejó de ser una realidad desde el mismo momento en que los avances médicos incorporaron la posibilidad de la reproducción asistida<sup>31</sup>. Con la incorporación de estas técnicas, es posible la diversificación de las “funciones” maternas. La aportación de gameto femenino (maternidad genética), la gestación (maternidad de gestación), la atribución de la función jurídico-social de madre (maternidad jurídica)

<sup>27</sup> E. Lamm, *loc. cit.*, p. 31.

<sup>28</sup> En Argentina se sostiene que la gestación por sustitución constituye una herramienta potencial para las personas que deseen tener un hijo y se encuentren imposibilitadas de lograrlo por otros medios. Se entiende que los derechos a la privacidad y libertad, como derechos personalísimos, se constituyen como el marco del derecho a procrear y el derecho a la procreación debe ser garantizado en torno a la libertad para seleccionar los medios necesarios para ejercitarlo. *Vid.* E. Lamm, *loc. cit.*, p. 31, nota 84.

<sup>29</sup> En opinión de A. Van Niekerk y L. Van Zyl, “Commercial surrogacy and the commodification of children: An ethical perspective”, *Medicine and Law*, vol. 14, n° 3/4, pp. 163–170, la gestación por sustitución no necesariamente implica una cosificación o degradación del niño. Los mismos autores en “Interpretations, perspectives and intentions in surrogate motherhood”, *Journal of Medical Ethics*, vol. 26, n° 5, october 2000, pp. 404–409, sostienen que es más probable que su prohibición acabe trayendo consigo un daño sustancial para el niño así nacido.

<sup>30</sup> Digesto de Justiniano, t. I, Libro 2, Título 4, apartado 5.

<sup>31</sup> P. Blanco-Morales Limones, *loc. cit.*, p. 18.

pueden corresponder a diferentes mujeres<sup>32</sup>. Puede decirse que se ha derogado el *favor veritatis* en nombre del favor *filiationis*<sup>33</sup>, lo que implica también que se hayan superado los tradicionales tipos de filiación. A la filiación natural y a la adoptiva, se ha incorporado la filiación intencional que es el concepto en el que se enmarcaría la filiación habida a través de gestación por sustitución y el concepto en el que se encuadra, en el caso de matrimonios entre mujeres, la filiación a favor de la cónyuge de la mujer que se somete a un embarazo a través de reproducción asistida (art. 7.3º Ley 14/2006), si bien este caso con peculiaridades propias.

Aceptar o no este último tipo de determinación de la filiación obviamente es un debate que trasciende lo jurídico<sup>34</sup>. A esta faceta sin duda determinante, se unen connotaciones éticas y morales. Del lado de los renuentes a este tipo de contrato, se alinean argumentos como que el ser humano es una *res extra commercium* (art. 1271 Cc); el respeto a la dignidad de la mujer y la indisponibilidad del cuerpo humano; la no mercantilización del cuerpo de la mujer unido al posible riesgo de abusos en los Estados con menores índices de desarrollo y el probable riesgo de tráfico internacional de menores<sup>35</sup>. Del otro lado, puede esgrimirse la solidaridad con las personas que desean ser padres y no pueden bien por infertilidad, bien porque biológicamente les es imposible (caso de matrimonios de varones). Se habla incluso del derecho fundamental a la reproducción enmarcado en el art. 17.1º CE (libertad personal)<sup>36</sup>.

8. El interés superior del menor, consagrado en el art. 3 de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989 (en

---

<sup>32</sup> M. Pérez Monge, *La filiación...*, loc. cit., pp. 319–320; *id.*, “Filiación derivada del empleo de las técnicas de reproducción asistida”, en F. Lledó Yagüe y A. Sánchez Sánchez (dirs.) / O. Monje Balsameda (coord.), *Los 25 temas más frecuentes en la vida práctica del Derecho de Familia*, Tomo I Parte Sustantiva, Madrid, Editorial Dykinson, 2011, p. 607; C. Campiglio, “Lo stato di figlio nato da contratto internazionale di maternità”, *Riv. dir. int. pr. proc.*, 2003, p. 598; P. Blanco-Morales Limones, loc. cit., p. 18.

<sup>33</sup> C. Campiglio, loc. cit., p. 593.

<sup>34</sup> C. L. García Pérez, “Gestación por sustitución”, en J.A. Corbacho Gómez (dir.) y J.J. Iniasta Delgado (coord.), *Comentarios a la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida*, Thomson Aranzadi, 2007, pp. 353–394; M. Pérez Monge, *La filiación...*, loc. cit., pp. 334–336; E. Lamm, *op. cit.*, pp. 5–11.

<sup>35</sup> Por todos puede verse, M. Pérez Monge, *La filiación...*, *op. cit.*, pp. 334–335; *id.*, “Filiación derivada...”, loc. cit., pp. 44–45; C. L. García Pérez, loc. cit., pp. 374 ss. y bibliografía allí citada.

<sup>36</sup> A. J. Vela Sánchez, “La gestación por sustitución o maternidad subrogada: el derecho a recurrir a las madres de alquiler”, *Diario La Ley*, nº 7608, de 11 de abril, consultado en [www.laley.es](http://www.laley.es); Y. Gómez Sánchez, *El derecho a la reproducción humana*, Madrid, Marcial Pons, 1994, pp. 151 ss; A. Berrocal Lanzarot, “Análisis de la nueva Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida. Una primera aproximación a su contenido”, *Revista de la Escuela de Medicina Legal*, enero 2007, p. 42. También relacionado con el derecho a la intimidad familiar o el libre desarrollo de la personalidad, *vid.* M. A. Presno Linera, *El Derecho europeo de familia*, Thomson Aranzadi, 2008, pp. 100 ss.

adelante, CDN), aconseja en cada caso proceder de la forma más adecuada para garantizar su efectiva protección. Este principio axiológico lo que defiende es que la filiación del niño quede determinada, pues de esta forma se le garantizan unos derechos de los que no dispondría si no pudiera acreditarse su filiación. En principio, no apuesta ni por el criterio gestativo (es hijo de la mujer gestante); ni por el criterio genético (es hijo de la mujer que aporta su material genético), ni por el criterio social (es hijo de la mujer comitente, esto es, de aquella que decide encargar la gestación a otra mujer). *A priori*, y en opinión de algunos autores, el debate jurídico no debería estar en la prevalencia de un criterio sobre otro, sino que se trataría de elegir en cada caso el criterio en que mejor encaje el interés superior del niño<sup>37</sup>. En los casos de gestación por sustitución, si de deshacer un conflicto de maternidades se trata, lo más beneficioso para el menor sería optar por la madre que ha querido a ese niño, por la maternidad intencional, independientemente de que esta mujer haya aportado o no su material genético. El juez debería efectuar un balance entre la exigencia de coherencia interna del ordenamiento (que conllevaría rechazar el reconocimiento en los países en que esta práctica no esté admitida) y la exigencia de protección del niño (que aconsejaría el reconocimiento)<sup>38</sup>.

9. Pero lo cierto es que el interés superior del menor sólo tiene sentido si se inserta dentro del contexto legal que corresponda. Si superponemos este principio a lo marcado legalmente se corre el riesgo de introducir inseguridad jurídica y arbitrariedad en su concreción. Al tratarse de un concepto jurídico indeterminado, su precisión debe realizarse siempre en atención al caso concreto, pero sin obviar que este concepto tiene sentido sólo dentro de la legalidad. Al igual que el respeto al interés superior del niño en una adopción exige respetar escrupulosamente la legalidad vigente, sin posibilidad de acortar caminos y tiempos por pensar que la adopción en un plano teórico es lo que más beneficiaría al menor, y sin embargo, eso sólo puede concretarse respetando las obligaciones que a las autoridades públicas competentes de cada Estado le exige la ley, del mismo modo, ha de tenerse en cuenta que aunque lo más beneficioso para el menor sea que su filiación quede acreditada, no podemos ignorar que el contexto legal es el que es y si lo obviamos se corre el riesgo de decidir de diferente manera en cada caso, lo que genera inseguridad jurídica y puede rayar en la arbitrariedad.

Sin embargo, es verdad que esta solución que aboga por la coherencia jurídica del sistema, puede no servirnos en los casos internacionales de gestación por sustitución; de hecho demostrado está, como veremos en breve, que no nos sirve.

---

<sup>37</sup> A. L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González (dirs.), *Derecho internacional privado*, vol. II, Granada, Comares, 2012, p. 301, citando a C. Campiglio, *loc. cit.*

<sup>38</sup> C. Campiglio, *loc. cit.*, p. 599.

Esto sucede cuando el Derecho no se encuentra adaptado a las nuevas exigencias y necesidades sociales. Lo cierto es que una vez que nos hemos percatado de que nuestro sistema no ofrece una respuesta adecuada a los casos de gestación por sustitución, todo el tiempo que reste hasta que esto se remedie será tiempo perdido.

### 3. Gestación por sustitución y adopción: dos realidades diferentes con similitudes jurídicas

10. Es cierto que adopción y gestación por sustitución son instituciones distintas; a nuestro juicio, diametralmente opuestas<sup>39</sup>, y es lógico que así sea, puesto que la gestación por sustitución está orientada a solucionar un problema de infertilidad o de incapacidad biológica para reproducirse (en el caso de parejas de varones), mientras que en la adopción lo que se pretende es proporcionar una familia a un niño que se encuentra privado de ella. Sin embargo, también es verdad que en el contexto internacional muchas de las herramientas garantistas que se han utilizado para la adopción podrían extrapolarse a la gestación por sustitución<sup>40</sup>.

La adopción es un mecanismo de protección del menor que surge cuando un niño ha sido abandonado por sus progenitores o cuando estos no se pueden hacer cargo de él. Si se considera por parte de las autoridades públicas competentes que en este caso lo mejor para el niño es encontrar una familia que pueda responsabilizarse de su educación y cuidado, podrá constituirse una adopción, que creará un vínculo de filiación que en nuestro ordenamiento además ha de ser pleno, esto es, deben romperse todos los vínculos jurídicos con la familia de origen, e irrevocable. En cambio, en la gestación por sustitución no hay *a priori* ningún niño que proteger. Con esta técnica se busca un niño para unos padres intencionales que biológicamente no pueden conseguir su fin. Aunque sea una decisión privada, la trascendencia que va a tener ese hecho, en el caso de tener como resultado un embarazo y en el mejor de los casos el nacimiento de un niño, aconsejaría que también en estos supuestos interviniera una autoridad pública que clarificara el escenario jurídico que esta decisión de recurrir a una madre

---

<sup>39</sup> Sentencia de 31 de mayo de 1991 de la *Cour de Cassation* francesa. En los mismos términos, M. Gobert, "Réflexions sur les sources du droit et les "principes" d'indisponibilité du corps humain et de l'état des personnes. (À propos de la maternité de substitution)", *Rev. trim. dr. civ.*, 1992, pp. 489 ss, la ha considerado una desviación de la institución de la adopción. Mientras en la adopción se protege el interés del niño, proporcionándole una familia, a través de la gestación por sustitución se proporciona un niño a la familia que lo desea, por tanto, gira en torno al deseo de los comitentes.

<sup>40</sup> Así se considera en el Informe de la Conferencia de La Haya sobre maternidad subrogada citado, en el que se afirma que la complejidad del fenómeno es tal y son de tal magnitud los intereses en juego, que parece necesario establecer unas pautas comunes con carácter internacional, a imagen del Convenio de La Haya de 1993 sobre adopción internacional.

gestante tiene<sup>41</sup>. La labor de la autoridad pública en estos casos sería, en primer lugar, y respecto del Estado en que tiene lugar el embarazo y el nacimiento del niño, garantizar que no se ha producido tráfico de ningún tipo en la situación concreta; esto es, que no se ha obligado a la madre gestante a gestar al hijo de otra y que ésta lo ha hecho conocedora e informada de las consecuencias de su decisión y, respecto del Estado de residencia de los comitentes, se debería garantizar que el niño así habido será inscrito como hijo de la pareja o persona que ha recurrido a este tipo de técnica para ser padre/madre.

Por supuesto, el Convenio de La Haya de 1993 podría constituir un buen punto de partida para un futuro y muy necesario convenio sobre esta materia. Pero por la singularidad de la filiación intencional debería regular además la competencia de las autoridades públicas, cuya intervención, entendemos que al igual que en la adopción, es del todo necesaria para garantizar el interés superior del niño. Y en este sentido, debería valorarse la necesidad de exigir criterios de vinculación de la pareja o la persona comitente con el Estado de nacimiento del niño, al tiempo que se debería optar por un sistema de reconocimiento automático de la filiación constituida respetando los criterios fijados por ese hipotético convenio.

En consecuencia, aunque se trate de instituciones distintas existen muchas semejanzas entre ambas, y de los pasos dados en adopción internacional se pueden extraer ideas acerca de cómo garantizar que el interés superior del niño inspire las normas que deben regular la filiación intencional.

#### 4. La gestación por sustitución en países de nuestro entorno

11. La gestación por sustitución tiene un tratamiento muy pluriforme en los países de nuestro entorno<sup>42</sup>. Un número significativo de países la prohíben (Alemania, China, Italia, México, Suecia, Suiza, entre otros). Se considera en estos Estados, como también en España, que este tipo de contratos viola la dig-

<sup>41</sup> En la primera versión del art. 2.3º de la propuesta de Iniciativa Legislativa Popular elaborada con el asesoramiento del Sr. Cerdá a propuesta de un colectivo de personas que pretenden que se legalice la gestación por sustitución en España, se introducía, a mi juicio con acierto, la exigencia de la idoneidad para los padres comitentes, en un claro paralelismo con la adopción. Esta exigencia ya ha sido eliminada en el texto que puede visualizarse en <http://gestacionsubrogadaenespaña.es/4.html>.

<sup>42</sup> Datos obtenidos del Informe preliminar sobre los problemas derivados de los convenios de maternidad subrogada de carácter internacional de la Conferencia de La Haya (marzo de 2012). Disponible en <http://www.hcch.net/upload/wop/gap2012pd10fr.pdf>. *Vid.* también “La gestation pour autrui”, Les Documents de Travail du Sénat, Janvier 2008, en <http://www.senat.fr/lc/lc182/lc182.pdf>; “Rapport d’information sur la maternité pour autrui”, Documento nº 421 del Senado francés de 25 de junio de 2008 (<http://www.senat.fr/rap/r07-421/r07-4211.pdf>); C. Pérez Vaquero, “Diez claves para conocer los vientres de alquiler”, *Noticias Jurídicas*, diciembre 2010; E. Lamm, *loc. cit.*, pp. 12 ss; C. Campiglio, *loc. cit.*, pp. 590 ss.

nidad humana del niño y de la madre portadora y los reduce a simples objetos contractuales. En aquellos Estados en que se autoriza expresamente la gestación por sustitución (Australia, Canadá, Grecia, EE UU (18 Estados la permiten), India, Israel, Reino Unido (Inglaterra y Gales), Rusia, Uganda, Sudáfrica, entre otros, se distingue entre los que exigen una resolución judicial previa al nacimiento del niño que constate que el acuerdo es válido (en el Estado de California, por ejemplo); aquellos que la exigen, pero una vez que se ha producido el nacimiento (Inglaterra y Gales) y los que no exigen la intervención de ninguna autoridad pública (India). En algunos de estos Estados la gestación por sustitución tiene carácter oneroso (EE. UU, India) y en otros no debe mediar contraprestación (Inglaterra, Gales, Grecia). Basten algunos ejemplos más detallados para ilustrar esta pluriformidad.

12. En Grecia, a partir de 2002 se admite la subrogación parcial, esto es, la gestación por parte de la mujer subrogada del embrión proveniente de los gametos de la comitente y de su marido o compañero<sup>43</sup>. El art. 1464 de su Código Civil exige que la subrogación sea gratuita y que los tribunales visen el contenido del contrato. Respecto de la filiación del nacido, se establece una presunción *iuris tantum* de maternidad de la comitente. La gestante sólo podrá impugnar la filiación así establecida demostrando que ella es la madre genética.

La madre intencional y la subrogada deben tener su domicilio en Grecia. Así se dispone en el art. 8 Ley 3089/2002, de 19 de diciembre de 2002, que especifica que los arts. 1458 y 1464 sólo se aplicarán en estos casos.

13. Por su parte, Reino Unido admite la maternidad subrogada justificada por motivos médicos y en este caso la filiación no implica la ejecución de un contrato. La filiación se determina con respecto a la madre que da a luz. Sólo se transfiere a los padres intencionales, pasado un periodo de reflexión, si estos lo solicitan ante los tribunales. La maternidad subrogada ha de serlo a título gratuito, si bien admite el pago a la gestante de los gastos razonables que se deriven de la misma<sup>44</sup>.

El juez inglés podrá establecer la filiación del niño respecto de los padres intencionales mediante una *parental order* que transfiere la filiación inicialmente establecida con respecto a la madre gestante a los mismos.

Conforme al art. 54 (4) letra b) de la HFEA (2008), para que los tribunales de Reino Unido declaren en favor de los padres intencionales la filiación legal del

---

<sup>43</sup> Leyes 3089/2002 y 3305/2005.

<sup>44</sup> *Human Fertilisation and Embryology Act*, 2008 que sustituyó a la *Surrogacy Arrangements Act*, 1985, modificada a su vez en 1990.

menor nacido de una maternidad subrogada “uno o ambos deben estar domiciliados en el Reino Unido o en las Islas del Canal o en la Isla de Man”.

14. En Estados Unidos, no existe una ley federal sobre la gestación por sustitución y una treintena de Estados no han legislado sobre esta materia. Ciertos Estados (Kentucky, Indiana, Louisiana y Nebraska) consideran nulos estos contratos, mientras otros (Nueva York, Michigan, Washington) consideran una infracción penal la gestación por sustitución de carácter oneroso. Sin embargo, la mayoría de Estados admite este tipo de contratos, todos ellos con carácter oneroso.

En California se admite desde 1993, fecha en que se dictó la decisión *Johnson vs. Calvert* por la Corte Suprema de California en la que se reconoció que los padres legales de un niño eran los padres intencionales. En este caso, la Corte reconoció que tanto la madre portadora como la madre genética eran madres naturales del niño. Se precisaba, no obstante, que para establecer la filiación jurídica, era necesario estar al momento de la concepción. En esta fecha, sólo la madre biológica tenía la intención de ser madre del niño. En consecuencia, era a ella a la que se debía reconocer como madre legal del niño.

Los tribunales han admitido progresivamente que los padres comitentes puedan, si son los padres genéticos del menor, obtener antes del nacimiento una decisión judicial que les atribuya la filiación (*pre-birth judgement*)<sup>45</sup>. A través de un procedimiento en el que la madre portadora y su pareja deben consentir antes del nacimiento en que los padres intencionales son los padres legales del niño; se clarifica que la madre portadora y su pareja no tienen derecho ni responsabilidad sobre la guarda del menor; y se especifica que el personal del establecimiento donde tenga lugar el parto debe consignar el nombre de los padres comitentes en la declaración de nacimiento. La legislación californiana dispone que la madre subrogada ha de residir en California; nada indica respecto de los comitentes.

En Illinois, la ley relativa a la gestación por sustitución, que entró en vigor el 1 de enero de 2005, prevé que la madre gestante debe tener al menos 21 años, haber tenido un hijo; haber superado un examen médico y ser titular de un contrato de seguro sanitario que cubra los principales gastos hospitalarios. Por su parte, los padres comitentes deben aportar al menos uno de los gametos para la fecundación. Ambas partes deben haber sido informadas de las consecuencias jurídicas de su contrato. La madre portadora debe entregar al niño a los padres comitentes inmediatamente después de su nacimiento y estos aceptar su guarda. En este Estado se dispensa a los padres comitentes de la necesidad de recurrir a la justicia para obtener la corrección del acta de nacimiento, ya que si se respeta

---

<sup>45</sup> *California Family Code*, Section 7633.

el procedimiento establecido por la ley, sus nombres figurarán en el acta originaria de nacimiento<sup>46</sup>.

15. En Francia, la gestación por sustitución está prohibida. El art. 16.7º del Code Civil establece que “todo acuerdo sobre la procreación o la gestación por otro es nulo”. Además, esta práctica está sancionada penalmente en el art. 227–12 de su Código Penal<sup>47</sup>.

Los arts. 311 a 314 del Código Civil francés precisan que la filiación se determina por la ley personal de la madre; el problema en estos casos es determinar quién es la madre: ¿es la madre gestante, la madre biológica o la madre intencional? En Francia se considera que la madre es la mujer que da a luz al bebé, por tanto, la que lo gesta. Habría que elegir por tanto la ley de la madre gestante que luego podría descartarse por la intervención del orden público internacional francés<sup>48</sup>.

Ha habido varias sentencias de la Corte de casación francesa que han considerado que no es posible admitir la inscripción en el Registro Civil francés de la filiación de un niño nacido a través de gestación por sustitución por considerarlo contrario al orden público francés, sobre la base del referido art. 16.7 Código civil (*cas. civil*, 17 diciembre 2008, confirmada por sentencia *Cas. Civ.* 6 de abril de 2011, caso *Menesson*)<sup>49</sup>: “en el Derecho positivo, es contrario al principio de indisponibilidad del estado de las personas, principio esencial del Derecho francés, el que produzca efectos, en relación con la filiación, una convención sobre gestación por sustitución que sea lícita en el extranjero, por ser de todo punto nulo y contrario al orden público”. En similares términos, la sentencia *cour d’appel* de París de 26 de febrero de 2009 también confirmada por la sentencia *Cas. Civ.* de 6 de abril de 2011.

Sin embargo, el 25 de octubre de 2007, la *cour d’appel* de París validó la transcripción al Registro Civil francés de un acta de nacimiento de gemelos na-

<sup>46</sup> “La gestation pour autrui”, *Les Documents de Travail du Sénat, cit.*, p. 39.

<sup>47</sup> Este precepto establece una pena de seis meses de prisión y multa de 15.000 euros al “hecho de intermediar, con fines lucrativos, entre una persona deseosa de adoptar un niño y un padre deseoso de abandonar a su hijo nacido o por nacer”.

<sup>48</sup> P. Lagarde, nota a la Sentencia de la *cour de cassation* de 17 de diciembre de 2008, *Rev. crit. dr. int. pr.*, vol. 98, nº 2, 2009, p. 327.

<sup>49</sup> *Vid.* A. Quiñones Escámez, *loc. cit.*, pp. 9 ss. Sentencia comentada por P. Lagarde, *loc. cit.*, pp. 320–331; S. Bollée, *Journ. dr. int.*, 2009, pp. 577–586. Su precedente se encuentra en la sentencia de la *cour d’appel* de París de 18 de marzo de 2010 que anuló la inscripción del nacimiento de dos menores nacidos en California mediante gestación por sustitución por considerar que la sentencia de la Corte Suprema de California en la que se basaban los certificados de estado civil de los menores era contraria al orden público francés.

cidos en California a través de gestación por sustitución<sup>50</sup>. A raíz de este caso, la Comisión de asuntos sociales y la Comisión de leyes constituyeron en enero de 2008 un grupo de trabajo en el Senado francés para que valoraran si era necesario y oportuno mantener la prohibición de la maternidad de sustitución<sup>51</sup>.

Por su parte, la *cour d'appel* de Rennes en su sentencia de 21 de febrero de 2012, ordenó la transcripción del acta de nacimiento de dos gemelos nacidos a través de gestación por sustitución en India, oponiéndose al Ministerio Público que había rechazado la transcripción por la forma de gestación. Esta sentencia confirma la sentencia dictada en primera instancia por el Tribunal de Grande Instance de 17 de marzo de 2011 que había optado por la transcripción en interés de los menores, criterio que a su juicio debía prevalecer en atención al art. 3 CDN. Según esta sentencia, los certificados de nacimiento han sido autorizados en base al art. 47 del Código civil francés, según el cual “todo acto de registro civil de franceses y extranjeros celebrado en un país extranjero y redactado según los usos habituales en aquel país será considerado un acto administrativo auténtico”. Cuando la filiación queda acreditada en los países de origen por una resolución judicial, esta resolución es reconocida de pleno derecho en Francia. Y después de la sentencia *Cornelissen* (*cass. civ.* 1, 20 de febrero de 2007), el juez francés no controla la ley aplicada por el juez extranjero<sup>52</sup>. Sólo cabría alegar contrariedad con el orden público internacional francés.

Respecto a pronunciamientos como los citados, el grupo de trabajo constituido en el Senado francés sostuvo que “incumbía únicamente al legislador, y no a los jueces, eliminar la prohibición de gestación por sustitución”<sup>53</sup>. Pero al tiempo, en este Informe, los expertos que en él participaron ofrecieron toda una documentada opinión de por qué consideraban que la gestación por sustitución debería ser admitida en Francia, desarmando uno a uno, todos los argumentos que se habían venido esgrimiendo para su no aceptación<sup>54</sup>.

Pese a este Informe, la única modificación propuesta hasta el momento se formuló el 31 de julio de 2012, fecha en la que se presentó en el Senado francés la Proposición de Ley nº 736 por la que se autoriza la transcripción al estado civil francés de las partidas de nacimiento de los niños nacidos en el extranjero a través de gestación por sustitución. En concreto, se propone añadir un nuevo apartado segundo al art. 336 del Código Civil en los siguientes términos:

<sup>50</sup> Vid. G. Cuniberti, *Journ. dr. int.*, 2008, pp. 145–153; J. Hausser, “Personnes et droits de la famille”, *Rev. trim dr. civ.*, nº 1, 2008, p. 93.

<sup>51</sup> En este sentido, puede verse el “Rapport d’information sur la maternité pour autrui”, Documento nº 421 del Senado francés de 25 de junio de 2008 (<http://www.senat.fr/rap/r07-421/r07-4211.pdf>).

<sup>52</sup> P. Lagarde, *loc. cit.*, p. 327.

<sup>53</sup> “Rapport d’information sur la maternité pour autrui”, *cit.*, p. 54.

<sup>54</sup> Su lectura es muy interesante, fundamentalmente en las pp. 55–66. También es verdad que existe otro informe del Consejo de Estado francés de 2009 que aconsejaba mantener su prohibición.

“Cuando el estado civil del menor haya sido establecido por una autoridad extranjera de conformidad con una decisión judicial sobre la base de un protocolo de gestación por sustitución, este estado civil será transcrito a los registros franceses sin posibilidad de impugnación, siempre que la decisión judicial sea conforme a las leyes locales aplicables, que el consentimiento libre e informado de la mujer gestante sea reconocido en esta decisión y que las posibilidades de recurso contra esta decisión se hayan agotado”<sup>55</sup>.

Este cambio se propone sin realizar modificación alguna en la legislación material, cuyo art. 16.7º del Código Civil permanece inalterado. Volveremos más adelante sobre esta propuesta de modificación y sus implicaciones para el debate abierto en España.

16. En otros países, como Argentina, los casos judicializados también han adquirido notoriedad pública<sup>56</sup>. Así, por ejemplo, la resolución del juzgado contencioso administrativo de la Ciudad de Buenos Aires de 22 de marzo de 2012, conoció del caso de una pareja de varones casados que decidieron recurrir a la gestación por sustitución en India. El 28 de junio de 2011, el jefe de la Sección Consular de la Embajada argentina en India le comunicó al matrimonio que no era posible inscribir la partida de nacimiento de su hijo porque en ella no figuraba el nombre de la madre, y ello no se ajustaba al art. 36.c) de la Ley 26.413 que impone dicha obligación. El matrimonio presentó un recurso de amparo el 15 de diciembre de 2011 para que el Ministerio de Relaciones Exteriores otorgara la documentación pertinente reconociendo la paternidad legal o copaternidad por parte de ambos integrantes del matrimonio. El 22 de marzo de 2012 se concedió el amparo, autorizándose al Registro Civil a proceder a inscribir el nacimiento del niño de los actores, fundando su resolución en la no discriminación por razón de orientación sexual, el derecho a la identidad, la protección de las relaciones familiares y el interés superior del niño, haciéndose efectiva la inscripción en Registro Civil de Buenos Aires el 31 de julio de 2012.

17. Es obvio que un fenómeno global, debe afrontarse desde una óptica del mismo calibre. Por ello, es relevante que la Conferencia de La Haya se encuentre trabajando conjuntamente con la Fundación Nuffield que subvenciona el proyecto “*International Surrogacy Arrangements: An Urgent Need for a Legal Regulation at the International Level*”<sup>57</sup> a cargo de los profesores Paul Beaumont y

<sup>55</sup> <http://www.senat.fr/leg/pp11-736.html>

<sup>56</sup> Seguimos a L. B. Scotti, “El reconocimiento extraterritorial de la ‘maternidad subrogada’: una realidad colmada de interrogantes sin respuestas jurídicas”, *Pensar en Derecho*, puede consultarse en <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/pensar-en-derecho/revistas/1/el-reconocimiento-extraterritorial-de-la-maternidad-subrogada-una-realidad-collmada-de-interrogantes-sin-respuestas-juridicas.pdf>, pp. 285 ss.

<sup>57</sup> K. Trimmings y P. Beaumont (ed.), *International Surrogacy Arrangements. Legal Regulation at the International Level*, Hart Publishing, 2013.

Katarina Trimmings. Estos profesores realizan un trabajo cuyo objetivo es preparar un documento que sirva de base para una futura convención internacional sobre el tema en el seno de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado<sup>58</sup>. En marzo de 2012 se presentó un Informe preliminar sobre los problemas derivados de los acuerdos de maternidad de sustitución con carácter internacional<sup>59</sup>. Se piensa en un instrumento que establezca reglas uniformes de competencia internacional de autoridades para adoptar decisiones sobre la filiación jurídica; reglas uniformes sobre la ley aplicable al establecimiento de la filiación jurídica de pleno derecho o por acuerdo y principios de ley aplicable o de reconocimiento relativo al establecimiento de la filiación jurídica por reconocimiento voluntario<sup>60</sup>. Como ya adelantamos, la Conferencia de La Haya observa concomitancias entre la gestación por sustitución y la adopción, por ello propone al Convenio de 1993 sobre adopción internacional como un buen referente sobre el que comenzar a trabajar.

También la Unión Europea ha comenzado a preocuparse por este asunto. En un documento de investigación elaborado por la Comisión de Asuntos Jurídicos del Parlamento Europeo, se ha recomendado a la Unión “poner esfuerzos en la elaboración de una convención internacional sobre los aspectos de Derecho Internacional Privado de la subrogación transfronteriza en una estrecha comunicación con la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado”<sup>61</sup>.

### III. El laberinto jurídico español

#### 1. La Resolución de la DGRN de 18 de febrero de 2009 y el método del reconocimiento de situaciones jurídicas

18. En España, la Res. DGRN 18 de febrero de 2009 ha marcado un punto de inflexión en nuestro ordenamiento jurídico en relación con el tratamiento de la gestación por sustitución. Y ello porque con sus pronunciamientos ha introducido un giro copernicano en su jurisprudencia y ha dado comienzo a una singladura, con pronunciamientos judiciales de nulidad de inscripciones incluidos, de resultado incierto. En estos momentos, el caso objeto de la Resolución se encuentra en el Tribunal Supremo, y existe una obvia expectativa por conocer si el

<sup>58</sup> E. Lamm, *loc. cit.*, pp. 28–29.

<sup>59</sup> <http://www.hcch.net/upload/wop/gap2012pd10fr.pdf>.

<sup>60</sup> P. 28 del Informe.

<sup>61</sup> V. Todorova, “Recognition of Parental Responsibility: Biological Parenthood v. Legal Parenthood, i. e. Mutual Recognition of Surrogacy Agreements: What is the Current Situation in the MS? Need for EU Action?”, Parlamento Europeo, 2010, <http://www.europarl.europa.eu/committees/en/studiesdownload.html?languageDocument=EN&file=34028>.

alto Tribunal ratificará lo que han dictaminado las dos instancias judiciales que le han precedido o, por el contrario, avalará la decisión adoptada por la DGRN.

19. La citada Resolución trae base en la denegación de la transcripción al Registro Civil español del acta de nacimiento de dos gemelos, hijos de un matrimonio español de varones que habían nacido en San Diego, California (Estados Unidos) a través de gestación por sustitución. El documento que se presenta ante el Encargado del Registro Consular de España en Los Ángeles es la certificación en la que consta el nacimiento y la filiación de los gemelos expedida por la autoridad a cuyo cargo estaba el Registro Civil del Condado de San Diego en California, y en el que figuran los recurrentes como padres de los niños<sup>62</sup>. El Encargado del Registro Consular deniega la inscripción alegando la prohibición de la gestación por sustitución en España e indicando que debía considerarse madre a la gestante, cuyos datos, por cierto y como ya antes apuntamos, no debían aparecer ya en esa certificación<sup>63</sup>.

Los interesados interponen recurso ante la DGRN contra este auto, solicitando la inscripción de los menores en el Registro Civil español como hijos de ambos. Antes de esta Resolución, la DGRN venía exigiendo para inscribir en el Registro Civil un nacimiento acaecido fuera de España, por transcripción del asiento extendido en un Registro Civil extranjero, tres requisitos plasmados en el art. 23 LRC en relación con los arts. 81 y 85 del Reglamento del Registro Civil de 14 de noviembre de 1958 (en adelante, RRC)<sup>64</sup>: en primer lugar, el certificado del Re-

---

<sup>62</sup> Como con acierto apunta, P. Orejudo Prieto de los Mozos, “Reconocimiento en España...”, *loc. cit.*, p. 473, esta autoridad sólo hubiera sido competente para resolver sobre la inscripción si ninguno de los promotores (padres comitentes) hubiera estado domiciliado en territorio español (art. 16 LRC y 68.2º RRC). Como ambos tenían su domicilio en España, la solicitud debería haberse presentado en el Registro Civil Central, el que, si hubiera acordado que se practicara la inscripción, debería haber dado traslado al Registro Consular de la demarcación territorial donde se produjo el nacimiento, para que también se inscribiera en aquél. En el mismo sentido, M. D. Moreno-Torres Sánchez, “El nacimiento. Inscripción en el Registro Civil”, en F. Lledó Yagüe y A. Sánchez Sánchez (dirs.), O. Monje Balmaseda (coord.), *Los 25 temas más frecuentes en la vida práctica del Derecho de Familia*, t. II Parte Registral y otros temas del procedimiento, Madrid, Dykinson, 2011, p. 39.

<sup>63</sup> Recordemos, aunque sólo sea tangencial al caso, la STS 21 de septiembre de 1999 que declaró la inconstitucionalidad sobrevenida de los arts. 47.1º LRC y 167 y 182 RRC en virtud de los cuales se facultaba a la madre biológica para ocultar la circunstancia registral de la filiación materna por entender que suponían una vulneración de los principios constitucionales de libre investigación de la paternidad y de igualdad. Esta sentencia recoge expresamente la argumentación basada en el derecho a conocer la filiación genética y la protección del libre consentimiento de la madre.

<sup>64</sup> *BOE*, 11-XII-1958. Como precisa el art. 15 LRC, en el Registro Civil constarán los hechos y actos inscribibles que afectan a los españoles y los acaecidos en territorio español, aunque afecten a extranjeros, matizándose que en todo caso se inscribirán los hechos ocurridos fuera de España, cuando las correspondientes inscripciones deban servir de base a inscripciones exigidas por el Derecho español. Este artículo se corresponde con el art. 9 de la nueva LRC que dispone: “En el Registro Civil constarán los hechos y actos inscribibles que afectan a los españoles y los referidos a extranjeros, acaecidos en

gistro extranjero; en segundo lugar, la realidad del hecho inscrito y, en tercer lugar, su conformidad con la Ley española<sup>65</sup>.

20. En esta ocasión, la DGRN ignora el art. 23 LRC (no lo cita ni una sola vez a lo largo de su Resolución) y admite el recurso, esgrimiendo una pluralidad de argumentos, de entre los que destacan dos.

En primer lugar, que se trata de un problema de validez extraterritorial de decisiones extranjeras en España en el que la certificación registral extranjera constituiría una decisión adoptada por autoridades extranjeras en cuya virtud se constataría el nacimiento y la filiación de los nacidos<sup>66</sup>. Según la *cour cass.* de Francia, de 17 de octubre de 2000, *Barney's*, una decisión es el acto de voluntad de una autoridad pública extranjera o asimilada, que resuelve una cuestión de Derecho privado mediante la aplicación imperativa de la voluntad de la Ley, y que produce efectos jurídicos en relación con las personas, o en relación con sus bienes, derechos y obligaciones. En consecuencia, una resolución dictada por una autoridad extranjera que se limita a “dar fe” de una situación jurídica no es una decisión<sup>67</sup>. No obstante, la DGRN, en su FJ IV, sostiene que

“... [n]ada hay que dudar en el presente supuesto, en el que la autoridad registral californiana no se ha limitado a “dar fe” de unas manifestaciones de voluntad de los interesados, sino que ha intervenido con la constatación registral del nacimiento y de la filiación, con un grado de implicación sustancial y constitutivo, es decir, mediante un control del ajuste de los hechos y de los actos a la Ley aplicable. La constancia registral del nacimiento y de la filiación de los nacidos es el resultado de un proceso lógico jurídico y constitutivo llevado a cabo por la autoridad registral extranjera competente. Por tanto, puede afirmarse que, en el presente caso, la certificación registral californiana constituye una auténtica “decisión” y ello permite comprobar que el Registro Civil de California desarrolla funciones similares a las españolas”.

---

territorio español. Igualmente, se inscribirán los hechos y actos que hayan tenido lugar fuera de España, cuando las correspondientes inscripciones sean exigidas por el Derecho español”.

<sup>65</sup> El art. 23 LRC dispone: “Las inscripciones se practican en virtud de documento auténtico o, en los casos señalados en la Ley por declaración en la forma que ella prescribe. También podrán practicarse, sin necesidad de previo expediente, por certificación de asientos extendidos en Registros extranjeros, siempre que no haya duda de la realidad del hecho inscrito y de su legalidad conforme a la ley española”.

<sup>66</sup> A juicio de J. M. Espinar Vicente, “La Ley 20/2011 de Registro Civil y la certificación registral extranjera como título de inscripción”, *AEDIPr*, t. XI, 2011, p. 499, la DGRN incurre en un error al haber querido dar a la certificación extranjera un tratamiento similar al de las “decisiones” judiciales o administrativas. En opinión de A. Quiñones Escámez, *loc. cit.*, p. 25, 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. En parecidos términos, P. Orejudo Prieto de los Mozos, “Reconocimiento en España...”, *loc. cit.*, *passim*.

<sup>67</sup> *Vid.* A. L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González, *Derecho internacional privado*, vol. I, Granada, Comares, 2012, p. 501.

Sin embargo, es posible realizar otra interpretación distinta. No se discute que la certificación del nacimiento y de la filiación que se presenta para su transcripción al Registro Civil español sea un documento público emitido por la autoridad competente en California, cuya principal virtud es estar recubierta de una presunción *iuris tantum* de veracidad, por cuanto quien la ha expedido ha sido una autoridad investida por la Ley para dar fe pública y los hechos o manifestaciones de voluntad que en ella se consignan se encuentran recubiertos de la misma fuerte presunción de veracidad de los asientos a los que se refieren. No obstante, si la inscripción registral no posee habitualmente un carácter constitutivo, la certificación no puede dar fe de lo que el asiento tampoco da<sup>68</sup>. En consecuencia, entiende J.M. Espinar Vicente, este tipo de documento público sirve para probar que, en los libros del Registro, constan unos hechos, unas manifestaciones de voluntad o unas resoluciones que están amparados por una presunción *iuris tantum* de veracidad, pero no puede servir para acreditar la existencia *iuris et de iure* de las situaciones o relaciones jurídicas que pudiesen nacer de tales acaeceres o declaraciones, ni que las resoluciones o sentencias que recogen puedan ser reconocidas *automáticamente* en otros países<sup>69</sup> (adverbio en cursiva añadido por nosotros). E insiste en que es necesario distinguir entre el valor probatorio de la certificación registral extranjera y su estimación como título suficiente para la inscripción<sup>70</sup>.

Ahondando en lo expuesto, si el nacimiento de un niño considerado español tiene lugar en el extranjero nos podemos encontrar con dos escenarios: uno, que la certificación registral dé fe de una resolución judicial adoptada por la autoridad del Estado de origen que sea obligatoria para poder luego inscribir esa filiación en el Registro Civil de ese Estado, en cuyo caso habrán de seguirse los trámites que exige el art. 83 RRC para su reconocimiento en nuestro país; dos, que la certificación registral dé fe de una declaración realizada por los padres comitentes en cuyo caso la autoridad registral extranjera deberá realizar un control de legalidad del hecho con análogas garantías a como lo haría la autoridad registral española (art. 81 RRC).

Tanto en un caso como en otro, cuando se pretenda la transcripción de ese acta registral al Registro Civil español deberá llevarse a cabo una valoración de la legalidad del asiento. Al menos así lo exige de momento (y también en un futuro

<sup>68</sup> Apunta J.M. Espinar Vicente, “La Ley 20/2011...”, *loc. cit.*, p. 494 que cuando la existencia de la situación o relación jurídica no dependa de la inscripción (inscripción del nacimiento) pero se exija la realización del asiento, estaremos ante un requisito formal *ad probationem* que constituirá el medio ordinario de acreditación de ese estado civil.

<sup>69</sup> J. M. Espinar Vicente, “La Ley 20/2011...”, *loc. cit.*, p. 490. R. Cafari Panico, *Lo stato civile ed il Diritto internazionale privato*, Cedam, 1992, pp. 54 ss.

<sup>70</sup> J. M. Espinar Vicente, “La Ley 20/2011...”, *loc. cit.*, pp. 492–493, matizando que reconocimiento e inscripción registral son dos conceptos distintos, aunque pueden llegar a converger.

inmediato la nueva LRC) tanto el art. 23 LRC como los arts. 81 y 83 RRC. Los caminos que deben seguirse son diferentes, pero ambos pasan por el tamiz del Derecho español, ya sea en el caso de la declaración porque debe adecuarse a lo dispuesto en el art. 9.4º Cc, y presumiendo que el niño es español debe aplicarse la ley española<sup>71</sup>; ya porque si se ampara en una resolución judicial, aun procediendo de un acto de jurisdicción voluntaria, ésta no debe contravenir el orden público internacional español<sup>72</sup>.

La DGRN considera que en el caso que nos ocupa habría de aplicarse el art. 81 RRC<sup>73</sup>; no estaríamos ante un caso de tutela declarativa, esto es, no se trataría de determinar la filiación, que ya estaba acreditada, por lo que no habría que aplicar ni el art. 9.4º Cc, que establece que es la ley nacional del hijo la que debe regir el establecimiento de la filiación, ni el art. 10.1º Ley 14/2006 como ley sustantiva española. A juicio de la DGRN, el control de legalidad que el art. 81 RRC exige se concreta en que la certificación registral extranjera ha de ser un documento público, que haya sido elaborado y adoptado por una autoridad con funciones equivalentes a las que en España tienen las autoridades registrales y que sea válida en España. Y en este punto relaciona validez con identidad de resultados, al precisar que el art. 81 RRC “no exige que la solución jurídica contenida en la certificación registral extranjera sea ‘idéntica’ a la solución jurídica que habría alcanzado una autoridad registral española mediante la aplicación de las normas legales españolas”. Y es cierto y nada hay que objetar a esta argumentación, si no fuera porque identidad de resultados no es lo mismo que validez.

21. Pero, sin duda, la argumentación que nos parece más interesante al hilo de este primer motivo para admitir el recurso es la alusión al método del reconocimiento de las situaciones jurídicas<sup>74</sup>, aunque la referencia al principio del reco-

<sup>71</sup> Recordemos que sólo en este caso tendría sentido que se solicitara la inscripción del nacimiento en el Registro Civil español (art. 15 LRC). Acerca de la interpretación de quiénes son españoles conforme al art. 17 Cc (“son españoles los nacidos de español”), puede verse lo señalado por la DGRN en esta misma Resolución (F. J. VI).

<sup>72</sup> *Vid.*, P. Orejudo Prieto de los Mozos, “Reconocimiento en España...”, *loc. cit.*, pp. 479–480. Específica J. M. Espinar Vicente, “La Ley 20/2011...”, *loc. cit.*, p. 503, que si la relación paterno filial de los españoles se determina por el parto, la ficción creada por la norma extranjera no podrá resultar operativa en nuestro Derecho, al menos en lo que respecta a nuestros ciudadanos, puesto que es una cuestión que debe quedar regulada por su ley personal. La certificación registral podrá servir para probar la existencia de los datos que fundamentan la ficción jurídica, pero la efectividad de ésta para crear los efectos pretendidos dependerá de lo que establezcan las normas que resulten aplicables al supuesto considerado.

<sup>73</sup> El citado precepto establece: “El documento auténtico, sea original o testimonio, sea judicial, administrativo o notarial, es título para inscribir el hecho de que da fe. También lo es el documento auténtico extranjero, con fuerza en España con arreglo a las leyes o a los Tratados internacionales”.

<sup>74</sup> A. L. Calvo Caravaca, “El ‘Derecho internacional privado multicultural’ y el revival de la ley personal”, *Diario La Ley*, nº 7847, de 27 de abril de 2012, consultado en [www.laley.es](http://www.laley.es); Ph. Francescakis, “Conflits de lois (Principes généraux)”, E. Dalloz DI, vol. I, París, 1968, pp. 370–497; P. Mayer, “Les

nocimiento mutuo en el contexto europeo no sea del todo acertada, dado que el Estado de procedencia de la certificación es EE UU. Como decimos, en la Resolución se aboga por el principio del reconocimiento mutuo de los estatutos personales o, al menos, de los actos públicos del estado de civil provenientes de un Estado miembro de la Unión Europea<sup>75</sup>, con referencia incluida a la jurisprudencia del TJ en materia de nombre en la que se reconoce el derecho que tiene el menor a la continuidad de su nombre y, en consecuencia, a una identidad única (FJ 3º)<sup>76</sup>. En concreto, se alude a que el TJ ha analizado esta cuestión y resuelto que si la ley de un Estado miembro de la Unión Europea ofrece respaldo normativo a una relación jurídica, esa relación jurídica podrá desarrollarse en los demás Estados miembros, independientemente de lo que puedan decir las normas de conflicto del Estado de destino<sup>77</sup>. En materia de filiación, debería procederse en los mismos términos de valoración, acrecentados si cabe en la medida en que el establecimiento de la filiación genera una serie de derechos para el menor que le son imprescindibles<sup>78</sup>.

Ciertamente, el método del reconocimiento de situaciones jurídicas se ha visto fortalecido por el principio de la confianza y el reconocimiento mutuo en el ám-

---

méthodes de la reconnaissance en droit international privé”, *Le Droit international privé: esprit et méthodes. Mélanges en l’honneur de P. Lagarde*, París, Dalloz, París, 2005, pp. 547–573; P. Picone, *Ordinamento competente e diritto internazionale privato*, Padua, 1986; Id., “Le méthode de la référence à l’ordre juridique compétent en droit international privé”, *Rec. des C.*, vol. 197, 1986, pp. 229–420; G.P. Romano, “La bilatéralité éclipse par l’autorité. Développements récents en matière d’état des personnes”, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 2006, pp. 457 ss.

<sup>75</sup> B. Ancel, “Les règles de droit international privé et la reconnaissance des décisions étrangères”, *Riv. dir. int. pr. proc.*, 1992, pp. 201–220; S. Bollée, “L’extension du domaine de la méthode de reconnaissance unilatérale”, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 2007, pp. 307–355; A. Bonomi, “Globalización y Derecho internacional privado”, *Globalización y comercio internacional*, XX Jornadas AEPDIRI, Madrid, 2005, pp. 223–237; L. D’Avout, “État civil constitué à l’étranger et méthode communautaire de reconnaissance”, *Journ. dr. int.*, 2009, pp. 203–216; H. Gaudamet–Tallon, “De l’utilité d’une unification du droit international privé de la famille dans l’Union Européenne”, *Estudos Magalhães Collaço*, vol. I, Almedina, Portugal, 2002, pp. 159–185; E. Jayme, “Il diritto internazionale privato nel sistema comunitario e i suoi recenti sviluppi normativi nei rapporti con Stati terzi”, *Riv. dir. int. pr. proc.*, 2006, pp. 353–360; L. P. Lagarde, “Développements futurs du droit international privé dans une Europe en voie d’unification: quelques conjectures”, *RabelsZ*, 2004, pp. 225–243; H. Ch. Pamboukis, “La renaissance–métamorphose de la méthode de reconnaissance”, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 2008, pp. 513–560; Pérez, *La réception des jugements étrangers dans l’ordre juridique français*, París, L.G.D.J., 2005; C. Ricci, “La ‘famiglia’ nella giurisprudenza comunitaria”, en S. Bariatti, *La familia nel diritto internazionale privato comunitario*, Milán, Giuffrè, 2007, pp. 91 ss.

<sup>76</sup> C. Campiglio, *loc. cit.*, p. 596. Véanse sentencias de 30 de marzo de 1993, *Konstantinidis*; de 2 de diciembre de 1997, *Dafeki*, de 2 de octubre de 2003, *García Avelló*, de 14 de octubre de 2008, *Grunkin–Paul*, de 22 de diciembre de 2010, *Sayn–Wittgenstein* y de 12 de mayo de 2011, *Runevič–Vardyn*.

<sup>77</sup> Libro Verde “Menos trámites administrativos para los ciudadanos: promover la libre circulación de los documentos públicos y el reconocimiento de los efectos de los certificados de estado civil”, Bruselas, 14.12.2010 COM(2010) 747 final; V. Todorova, *loc. cit.*, pp. 23 ss.

<sup>78</sup> P. Lagarde, *loc. cit.*, p. 330.

bito europeo, que tiende a excluir el control conflictual confiando o confiriendo tal control al país de origen<sup>79</sup>. 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<sup>80</sup>. Sin perjuicio de que en este caso la certificación proviene de un Estado no miembro la Unión Europea, quizás no debería de olvidarse que en realidad, el método del reconocimiento de situaciones no es más que una derivada del conflicto de sistemas. Una vez que decidimos qué DIPr es el que está más vinculado con la situación, aplicamos ese sistema, que será conforme al que se constituya una determinada relación jurídica y que en base al método del reconocimiento debería ser reconocida y respetada en el resto de sistemas de DIPr. No hay duda que es un método adecuado cuando se trata de reconocer estados civiles ya constituidos conforme a normativas extranjeras. Respeta la continuidad en el espacio de las cuestiones atinentes al núcleo duro de la persona considerada como sujeto de Derecho. No obstante, entendemos que la aplicación de un determinado sistema de DIPr se hace sobre la base de una vinculación de la relación jurídica de que se trate con ese sistema<sup>81</sup>. *Quid* si se ha buscado un determinado sistema para constituir una relación que conforme al sistema más vinculado no es posible. En ese caso, ¿también habría que concederle a este método toda su virtualidad? Porque en el caso que analizamos la situación se ha internacionalizado por la voluntad de las partes, y quizás no debiera de olvidarse que la filiación es una de las pocas materias que aún se considera indisponible, entre otras cosas, con el presumible objetivo de garantizar y proteger de la mejor manera el interés superior del menor<sup>82</sup>.

Y es que en el asunto que nos ocupa, la pareja española recurrió a Estados Unidos buscando una finalidad que la ley española no permite. La DGRN ad-

<sup>79</sup> A. L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González, “Gestación por sustitución...”, *loc. cit.*, pp. 299–305; A. Quiñones Escámez, *loc. cit.*, p. 24; G. Esteban de la Rosa, “El ‘método del reconocimiento’ como propuesta de regulación de las nuevas situaciones privadas internacionales vinculadas con la inmigración”, *Revista de Estudios Jurídicos – Universidad de Jaén*, nº 9/2009 (Segunda Época), <http://revistaselectronicas.ujaen.es/index.php/rej/article/view/130>.

<sup>80</sup> A. Quiñones Escámez, *loc. cit.*, p. 24.

<sup>81</sup> En parecidos términos, A. Quiñones Escámez, *loc. cit.*, p. 27–29; S. Álvarez González, *loc. cit.*, pp. 351–352.

<sup>82</sup> Resultaría demasiado forzado compararlo con el reconocimiento de los efectos en nuestro país de un matrimonio poligámico en España prohibido, pero que se ha constituido conforme a un ordenamiento que legítimamente lo reconoce y regula. En este caso, la creación de la relación jurídica tendría que tener lugar en un momento en el que ésta no tuviera vínculos o estuviere alejada del foro. 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, pues viajaron a Estados Unidos con el objetivo de ver cumplido su deseo de ser padres. A. Quiñones Escámez, *loc. cit.*, p. 19. *Vid.* además A. Dreyzin de Klor y C. Harrington, “La subrogación materna en su despliegue internacional: ¿más preguntas que respuestas?”, *Revista de Derecho de Familia*, octubre de 2011, pp. 301–329.

vierte que en este caso no cabe hablar de fraude de ley (art. 12.4º Cc), puesto que no se ha utilizado una norma de conflicto para eludir una ley imperativa española, ni tampoco se ha buscado un *forum shopping* fraudulento<sup>83</sup>. Tampoco las instancias judiciales que han intervenido en el caso se atreven a hablar de estas dos figuras. Pero lo cierto es que se busca la aplicación de un sistema que *a priori* no sería aplicable, para constituir una relación jurídica que de otro modo no sería posible<sup>84</sup>. Si a ello añadimos que el art. 23 LRC determina expresamente que únicamente puede practicarse una inscripción en el Registro Civil español en virtud de una certificación extranjera, cuando “no haya duda de la realidad del hecho inscrito y de su legalidad conforme a la ley española”<sup>85</sup>, esta argumentación en este caso en concreto parece poco sostenible<sup>86</sup>.

<sup>83</sup> Consideran que existe *forum shopping* fraudulento, J. C. Fernández Rozas y S. Sánchez Lorenzo, *Derecho internacional privado*, 5ª edición, Cizur Menor, Civitas, 2009, p. 484; P. Orejudo Prieto de los Mozos, “Reconocimiento en España...”, *loc. cit.*, p. 484; R. Bercovitz Rodríguez-Cano, *loc. cit.*, p. 2.

<sup>84</sup> Señala P. Kinsch, “Reconognition in the Forum of a Status Acquired Abroad – Private International Law Rules and European Human Rights Law”, en K. Boele-Woelki / T. Einhorn / D. Girsberger / S. Syneibudes (eds.), *Convergence and Divergence in Private International Law – Liber Amicorum Kurt Siehr*, Netherlands, Eleven International Publishing, 2010, pp. 272–273, que, partiendo de la base de que es una cuestión indiscutible sobre la base de los derechos humanos que un estado civil válidamente adquirido desde el punto de vista de un DIPr. extranjero sea reconocido, precisa no obstante que ese estado civil ha debido ser adquirido de buena fe por las partes y sus expectativas sobre la estabilidad del mismo tienen que haber sido expectativas legítimas, derivando la legitimidad de la intensidad de los vínculos de la situación con el sistema extranjero bajo el que se adquirió el estado civil en cuestión. Considera A. Quiñones Escámez, *loc. cit.*, p. 19 que no hay fraude al punto de conexión de la norma de conflicto, puesto que no cambian artificialmente su domicilio o nacionalidad, al no ser necesario a tenor de la legislación californiana. Pero entiende 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. Si el art. 10 Ley 14/2006 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 límite internacional ni para el acceso a la práctica médica ni para el establecimiento de la filiación.

<sup>85</sup> Entiende S. Álvarez González, *loc. cit.*, p. 356 que la remisión que se realiza a la ley española lo es al conjunto de su ordenamiento jurídico, incluidas por tanto sus normas de conflicto, aunque en este caso, dado que los menores se consideran nacidos de español serían españoles, y ambos caminos nos llevarían al mismo sitio: art. 10 Ley 14/2006. Esta cuestión queda zanjada no obstante, y como veremos, en la nueva LRC, en cuyo art. 98 se hace referencia expresa a las normas españolas de DIPr.

<sup>86</sup> Es curioso cómo la Instrucción de 20 de marzo de 2006, de la DGRN, sobre prevención del fraude documental en materia de estado civil (BOE, 24-IV-2006) se manifiesta en sentido diferente de lo establecido en esta Resolución. Así, partiendo de que para poder determinar la eficacia de un documento extranjero en España se ha de analizar la concurrencia de dos requisitos, de forma y de fondo (II), cuando analiza los requisitos de fondo, en su apartado V, sostiene: “[e]n cuanto al segundo requisito relativo a la legalidad del hecho o acto del estado civil al que se refiere la certificación extranjera conforme a la Ley española, resulta igualmente fundamentado en un doble sentido. Por un lado, la Ley española se debe aplicar, conforme a nuestro Derecho Internacional Privado, cuando el sujeto o persona a que afecte sea de nacionalidad española, como vimos anteriormente (art. 9.1º Cc) y, por tanto, es la propia Ley española la que se debe aplicar para valorar la legalidad del acto”. Y más adelante, en el apartado VI afirma que “[e]n definitiva, como puso de manifiesto este Centro Directivo en su Resolución de 23 de

22. El otro gran argumento de la Resolución es el orden público internacional español que, a juicio de la DGRN, no se ve vulnerado por la inscripción de este hecho en el Registro Civil español, y ello en base a los siguientes argumentos: 1) En España se admite la filiación a favor de dos varones en casos de adopción; 2) En España se permite la filiación de un hijo a favor de dos mujeres, no permitirlo en el caso de dos varones sería discriminatorio; 3) No permitir que quede acreditada de esta manera la filiación vulnera el art. 3 CDN; 4) El niño tiene derecho a tener una identidad única, y no identidades distintas según el Estado en que se encuentre.

Los argumentos que se proporcionan sobre este aspecto curiosamente parecen estar más en la línea de considerar que es el art. 10 de la Ley 14/2006 el que es contrario a nuestro orden público internacional, por ser contrario al interés superior del menor<sup>87</sup>. Porque todos los argumentos que se ofrecen para demostrar que el reconocimiento de la certificación californiana no contraría nuestro orden público internacional ignoran la sanción que el citado artículo realiza respecto de los contratos de gestación por sustitución.

Lo cierto es que más allá de la opinión que nos merezca la pervivencia del art. 10 de la Ley 14/2006 en nuestro ordenamiento jurídico, es un hecho que este artículo tiene su extensión a las relaciones privadas internacionales porque actúa como una ley de policía que coadyuva al límite del orden público internacional español que es la solución por la que en opinión de A. Quiñones, se decantó el Encargado del Registro Consular en Los Ángeles<sup>88</sup>.

A juicio de J.M. Espinar Vicente, en la base de la prohibición de convenir una gestación por sustitución subyace la defensa de tres intereses sociales capitales: el de evitar un tráfico internacional de menores al amparo de este tipo de contratos de gestación por sustitución; el de dotar de transparencia al origen biológico del nacido; y el de proteger a las mujeres que a cambio de un precio o no dan su consentimiento a una prestación que por su naturaleza y por el momento en que debe suministrarse no deja espacio suficiente para poder apreciar la expresión de una voluntad libre y consciente en obligarse<sup>89</sup>. Repárese, no obstante, que estos

---

abril de 1993 ‘el hecho de que los arts. 23 de la Ley del Registro Civil y 85 de su Reglamento permitan practicar sin expediente inscripciones por certificación de asientos extendidos en Registros extranjeros, no implica que el Encargado haya de asumir una actitud pasiva ante la presentación de tales certificaciones, limitándose a la transcripción automática de los datos en ellas consignados. Por el contrario, ha de cerciorarse de la realidad del hecho inscrito y de su legalidad conforme a la ley española’.

<sup>87</sup> J. M. Espinar Vicente, “Nuevas reflexiones...”, *loc. cit.*, p. 595.

<sup>88</sup> A. Quiñones Escámez, *loc. cit.*, p. 5. En el mismo sentido, P. Lagarde, *loc. cit.*, p. 328, que considera que la nulidad de este tipo de contratos opera como una ley de policía.

<sup>89</sup> J. M. Espinar Vicente, “Nuevas reflexiones...”, *loc. cit.*, pp. 595 y 596.

intereses, si de jurisdicción hablamos, podrían ser debidamente protegidos con una regulación positiva por parte del legislador español.

## 2. La judicialización del caso: ¿batalla en tres actos?

23. La citada Resolución fue impugnada por el Ministerio Fiscal y anulada por el Juzgado de Primera Instancia nº 15 de Valencia, en su sentencia de 15 de septiembre de 2010<sup>90</sup>. En ella se destaca que la Resolución de la DGRN olvida en su argumentación el art. 23 LRC, de superior rango normativo que el art. 81 RRC, en el que se hace clara mención a la necesidad de que las certificaciones de asientos extendidos en Registros extranjeros para poder acceder a los Registros españoles deben ser legales conforme a la Ley española, además de que no haya duda de la realidad del hecho inscrito.

En cuanto a la realidad del hecho inscrito, y aunque formalmente la pareja conste como padres de los niños, materialmente no es posible, dada su imposibilidad biológica. Por tanto, surge la duda sobre la realidad del hecho inscrito. Pero además la referencia a la legalidad conforme a la Ley española no deja lugar a dudas, según se expresa en la sentencia. En el art. 23 LRC no se habla de orden público<sup>91</sup>. El Encargado del Registro debe examinar si la certificación que se presenta es legal conforme a la ley española, es decir, si en el caso de que el hecho hubiera ocurrido en España se consideraría legal (FJ 3º)<sup>92</sup>.

Por otro lado, el juez considera que no hay discriminación respecto del matrimonio de varones, puesto que la misma solución se daría a un matrimonio heterosexual o a un matrimonio de mujeres si recurren a esta forma de alumbramiento. Destaca que el interés del menor tiene que insertarse siempre dentro de un contexto legislativo (el fin no justifica los medios), incidiendo además en que el ordenamiento español cuenta con otros medios para acreditar la filiación de los menores. En concreto, la vía adecuada, sugiere el juez, sería que el padre biológico de la criatura reclamara su paternidad y su cónyuge incoara un procedimiento de adopción, lo que haría que se respetara la coherencia del ordenamiento jurídico español. Por último, no entra a valorar si ha existido o no *forum shopping* fraudulento, aunque “lo que es claro es que nos encontramos ante un

<sup>90</sup> Referencia CENDOJ: ROJ: SJPI 25/2010.

<sup>91</sup> En opinión de L.F. Muñoz de Dios Sáez, “El Registro Civil admite el alquiler de vientres”, *El Notario del Siglo XXI*, nº 27, al art. 23 LRC no le basta con que el hecho a inscribir no sea contrario al orden público sino que es menester que además el hecho no infrinja la ley española y aquí, afirma el autor, se transgredió sin lugar a dudas el art. 10 Ley 14/2006 que contiene una norma prohibitiva de lo más explícita.

<sup>92</sup> M. Atienza, “De nuevo sobre las madres de alquiler”, *El Notario del Siglo XXI*, nº 27, considera que su reconocimiento no vulneraría el orden público porque no se trata de una práctica prohibida, sino simplemente no permitida por no haber regulado el legislador español los efectos que derivarían de este tipo de prácticas.

matrimonio español que acude a California, Estado que admite la gestación por sustitución, a diferencia de España” (FJ 4º).

24. Esta sentencia fue confirmada por la Audiencia Provincial de Valencia, el 23 de noviembre de 2011<sup>93</sup>. Para la Audiencia la certificación estadounidense es contraria a la legalidad española y en consecuencia no puede inscribirse en el Registro Civil español. Desde la perspectiva del reconocimiento, considera que la certificación registral californiana vulnera el orden público internacional español en la medida en que la persona humana no puede ser objeto del comercio de los hombres; el niño no puede ser objeto de transacción, pues ello atentaría contra la dignidad de la persona (FJ 2º). Tampoco considera la Audiencia que haya discriminación respecto de los matrimonios de varones por permitir el art. 7.3º Ley 14/2006 la filiación a favor de dos mujeres, en la medida en que “dos mujeres no necesitan acudir a otra mujer a la que encomendar la gestación”; no puede considerarse discriminatorio el tratar desigualmente lo que es desigual, sostiene. Tampoco es comparable el reconocimiento de la filiación con los efectos periféricos de la poligamia dado que lo que se solicita es la inscripción en el Registro Civil de algo mucho más vinculado al contrato prohibido, como es la filiación a que da lugar, mientras que en el caso de la poligamia se reconocen unos efectos considerablemente más alejados de la esencia de la institución prohibida. No se considera que la filiación sea sólo una consecuencia última y periférica de dicho contrato, sino que constituye su causa para los comitentes y el objeto de la prestación de la madre gestante, conforme al art. 1274 Cc y, por ello, un elemento esencial del mismo (FJ 4º). Por último, precisa que el interés del menor no puede conseguirse infringiendo la ley y apunta que los apelantes cuentan con otros medios para conseguir su finalidad de ser padres (FJ 5º).

25. Esta sentencia fue recurrida por los interesados en casación ante el Tribunal Supremo, cuya definitiva resolución no tardará mucho en conocerse. La expectación es máxima puesto que si el alto Tribunal confirmara lo que han dicho las otras dos instancias judiciales que lo han precedido, las directrices dadas por la Instrucción que a continuación veremos quedarían aún más en entredicho. Pero también puede confirmar la Resolución de la DGRN y, en ese caso, se pondría de manifiesto aún con mayor fuerza la esquizofrenia que late en este tema en nuestro ordenamiento jurídico.

No obstante, cabe intuir que los interesados, si no recibieran una respuesta acorde con lo que consideran que es su derecho, podrían recurrir al Tribunal

---

<sup>93</sup> Referencia CENDOJ: ROJ: SAP V 5738/2011.

Europeo de Derechos Humanos<sup>94</sup>. Ciertamente, esto es solo una conjetura. Pero el que hayan presentado recurso de casación ante el Tribunal Supremo después de conocer la Instrucción de la DGRN que los autorizaba a inscribir la filiación de sus hijos en el Registro Civil da pie a ello.

### *3. La Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010: confirmación del cambio de jurisprudencia con matizaciones de alcance incluidas*

26. Entre ambas resoluciones judiciales, se publica la Instrucción DGRN 5 de octubre de 2010, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestión por sustitución. Su objetivo principal, según consta en su Exposición de motivos, es proteger el interés superior del menor, así como otros intereses presentes en los supuestos de gestación por sustitución, especialmente la protección de las mujeres gestantes. Su principal consecuencia, permitir la inscripción en el Registro Civil español de los hijos habidos a través de gestación por sustitución en países que permitan este tipo de prácticas, siempre que se den una serie de circunstancias.

Se exige para ello la existencia de una resolución judicial en el país de origen que “tiene como finalidad controlar el cumplimiento de los requisitos de perfección y contenido respecto del marco legal del país donde se ha formalizado, así como la protección de los intereses del menor y de la madre gestante”. Si la resolución tiene como origen un procedimiento contencioso, la vía para lograr el reconocimiento será el exequátur. Si se ha dictado en un procedimiento equiparable a la jurisdicción voluntaria, el reconocimiento incidental.

Se podrá inscribir en el Registro Civil español la filiación así habida cuando se presente el auto concediendo el exequátur en España o en el caso de reconocimiento incidental siempre que se constate por parte del Encargado del Registro Civil los siguientes extremos: 1) Regularidad y autenticidad formal de la resolución extranjera y de cualesquiera otros documentos que se hubieran presentado. 2) Que el Tribunal de origen hubiera basado su competencia judicial internacional en criterios equivalentes a los contemplados en la legislación española. 3) Que se hubiesen garantizado los derechos procesales de las partes, en particular de la madre gestante. 4) Que no se ha producido una vulneración del interés superior del menor y de los derechos de la madre gestante. En especial, deberá verificar que el consentimiento de esta última se ha obtenido de forma libre y voluntaria, sin incurrir en error, dolo o violencia y que tiene capacidad natural

---

<sup>94</sup> Hay quien ha querido *vid.* en la STEDH 28 de junio de 2007, asunto *Wagner y J.M.W.L. v. Luxemburgo* un referente en el que sustentar el proceder de la Resolución de la DGRN anulada. En ella se condena a Luxemburgo por no haber reconocido una sentencia de adopción que se había constituido en Perú vulnerando la prohibición luxemburguesa de adoptar a personas solteras. El Tribunal consideró que era necesario asegurar ciertos derechos fundamentales evitando al tiempo situaciones claudicantes.

suficiente. 5) Que la resolución judicial sea firme y que los consentimientos prestados sean irrevocables, o bien, si estuvieran sujetos a un plazo de revocabilidad conforme a la legislación extranjera aplicable, que éste hubiera transcurrido, sin que quien tenga reconocida facultad de revocación la hubiera ejercitado (Disposición Primera, numeral 3).

Además, se precisa que no se admitirá como título apto para la inscripción del nacimiento y filiación del nacido, una certificación registral extranjera o la simple declaración, acompañada de certificación médica relativa al nacimiento del menor en la que no conste la identidad de la madre gestante.

27. Esta Instrucción, dictada por un equipo distinto al que elaboró la Resolución citada, asume un papel de cuasilegisador que obviamente no le corresponde<sup>95</sup>. A través de las Instrucciones de la DGRN se proporcionan directrices a los Encargados de los Registros Civiles para que procedan sobre unas pautas comunes. Estas pautas o directrices se deben fijar respetando, como no puede ser de otra manera, la legalidad vigente. Sin embargo, las matizaciones que se introducen en esta Instrucción van más allá de esta legalidad; la modulan sobrepasando lo que establecen los artículos que son aplicables al caso: 23 LRC y 81, 83 y 85 RRC, que tanto en el caso de la Resolución como en el de la Instrucción son ignorados o interpretados a conveniencia.

Lo primero que sorprende es que se afirme con rotundidad en su Directriz segunda que “[e]n ningún caso se admitirá como título apto para la inscripción del nacimiento y filiación del nacido, una certificación registral extranjera o la simple declaración, acompañada de certificación médica relativa al nacimiento del menor en la que no conste la identidad de la madre gestante”. Desde luego en esta cuestión, la DGRN no tuvo en cuenta la nueva Ley del Registro Civil cuyo proyecto ya conocía en el momento de elaborar esta Instrucción que confirma que es perfectamente posible que una certificación registral extranjera pueda acceder a nuestro Registro Civil, es verdad que no matiza por materias, pero la actual legislación tampoco. Es simple y llanamente equivocarse el objetivo. El problema no es que una certificación registral extranjera no pueda acceder al Registro Civil español<sup>96</sup>, sino el procedimiento que debería seguir si el asiento del que da fe está basado en una resolución judicial, en cuyo caso, sería ésta la debería ser objeto de reconocimiento. Y en la actualidad, ese reconocimiento

<sup>95</sup> Se pregunta C. Pérez Vaquero, *loc. cit.*, si no parece esta Instrucción un atajo, irregular, para reconocer consecuencias jurídicas en España a una conducta que nuestro ordenamiento prohíbe. En el mismo sentido, J. Cerdá Subirachs, *loc. cit.*; C. Lasarte Álvarez, *loc. cit.*

<sup>96</sup> A no ser que lo que la Instrucción pretendiera fuera dar las pautas para reconocer en España una filiación intencional constituida en el extranjero exigiendo como requisito esencial la intervención de una autoridad judicial, y en ese caso, ¿no estaríamos hablando de otra cosa? ¿No se estaría reconociendo *in genere* esta institución en nuestro ordenamiento jurídico por una vía distinta de la precedente?

podría encontrar obstáculos en dos aspectos: uno, derivado del control de la competencia del juez de origen vinculándolo con el *forum shopping* fraudulento y dos, derivado de si el orden público internacional español podría limitar su reconocimiento sobre la base del art. 10.3º Ley 14/2006, que como estamos viendo, es omnipresente en este tema. Curiosamente, en la Instrucción no se hace mención en ningún momento al orden público internacional<sup>97</sup>.

Establece además la Instrucción una serie de condiciones para el caso de reconocimiento incidental, especialmente adaptadas al caso que nos ocupa. Sin perjuicio de su falta de legitimación para poder hacerlo en el momento en que lo hizo, la propuesta nos parece interesante<sup>98</sup>. Especialización que, por otra parte es verdad como veremos no ha acogido la nueva LRC a pesar de ser muy recomendable en esta materia<sup>99</sup> y que, en todo caso, habría que pensar si sería posible seguir aplicando cuando la nueva LRC entre en vigor, teniendo en cuenta los pasos dados ya en esta Instrucción.

#### **IV. El acceso de las certificaciones registrales extranjeras al Registro Civil: novedades introducidas por la Ley 20/2011**

28. En este punto, la Ley 20/2011, en su Título X, ha introducido una serie de preceptos que regulan cuestiones de DIPr. En el Título X, bajo el epígrafe de “Normas de Derecho Internacional Privado”, el legislador ha considerado oportuno incluir siete artículos cuyo objetivo, según se desprende de su Exposición de motivos, es actualizar las soluciones jurídicas por la creciente importancia del elemento extranjero con acceso al Registro Civil y por el avance de la legislación europea. Se especifica además que “la complejidad inherente a las situaciones internacionales justifica que la inscripción de documentos extranjeros judiciales y no judiciales, así como de certificaciones extranjeras, corresponda con

---

<sup>97</sup> Lo destacan A. L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González, “Notas críticas...”, *loc. cit.*, pp. 253–254. En opinión de M. Guzmán Zapater, “Gestación por sustitución...”, *loc. cit.*, p. 734, la omisión de referencia al orden público en la Instrucción, aunque sorprende no es relevante en la medida en que se atiende de modo prioritario a asegurar los derechos fundamentales de las personas involucradas en el proceso de constitución de este tipo de filiación (dimensión procesal de la cláusula de orden público).

<sup>98</sup> De la misma opinión, S. Álvarez González, *op. cit.*, pp. 367.

<sup>99</sup> Con carácter general, indica N. Bouza Vidal, “La globalización como factor de cambio del Derecho internacional privado”, J. Martín y Pérez de Nanclares (coord.), Estados y organizaciones internacionales ante las nuevas crisis globales, (*XXIII Jornadas ordinarias de la Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales, AEPDIRI, celebradas en la Rioja el 10, 11 y 12 de septiembre de 2009*), Madrid, 2010, p. 305, que “deben también concretarse mejor las condiciones del reconocimiento, en particular por lo que respecta a: la exigencia de un mínimo de contactos con el Estado donde la situación jurídica se ha constituido; la ausencia de fraude de ley por parte de los interesados; la obligación de respetar las leyes de policía y la posibilidad de invocar la excepción del orden público internacional”.

carácter exclusivo a la Oficina Central del Registro”, configurándose ésta como la autoridad encargada en materia de cooperación internacional en todas aquellas materias sometidas a la Ley<sup>100</sup>. No obstante, las Oficinas Consulares del Registro Civil continuarán inscribiendo “los documentos extranjeros judiciales y no judiciales y certificaciones de Registros Civiles extranjeros que sirvan de título para practicar la inscripción” (art. 24.1º).

Son muchas y muy profundas las novedades que introduce esta Ley, más allá de su valoración genérica que en estos momentos no nos corresponde realizar<sup>101</sup> y de su probable falta de aplicación tal y como la conocemos, pues ya circula un Borrador de Anteproyecto de Ley de Reforma Integral de los Registros, que la modificaría sustancialmente<sup>102</sup>. Con carácter general, puede destacarse que con esta reforma el Registro Civil pasa a estar orientado a las personas, a ser único para toda España, a estar informatizado y ser accesible electrónicamente, a ser un Registro Civil individual, personalizado y continuado que supera la tradicional división en Secciones. Además, instaura un Registro Civil desjudicializado, con un nuevo modelo organizativo que reduce las Oficinas del Registro Civil y supera el anterior criterio rector de la territorialidad.

En efecto, en esta Ley se deslindan con claridad las tradicionales funciones gubernativas y judiciales que por inercia histórica todavía aparecen entremezcladas en el sistema de la Ley de 1957, y aproxima nuestro modelo de Registro Civil al existente en otros países de nuestro entorno, en los que también se ha optado por un órgano o entidad de naturaleza administrativa, sin perjuicio de la garantía judicial de los derechos de los ciudadanos. Cuando entre en vigor la reforma, la llevanza del Registro Civil será asumida por funcionarios públicos distintos de aquellos que integran el poder judicial del Estado, cuyo cometido constitucional es juzgar y ejecutar lo juzgado<sup>103</sup>.

29. Nos centraremos ahora, no obstante, en los dos preceptos de la Ley que nos interesan por ser objeto de este trabajo: arts. 96 y 98. El primero regula el acceso de resoluciones judiciales extranjeras al Registro civil español y el segundo hace lo propio respecto de las certificaciones de asientos extendidos en

---

<sup>100</sup> Esta encomienda de gestión además se precisa en el cuerpo de la Ley en su art. 21, apartado segundo. En su primer apartado, especifica que será el Ministerio de Justicia el que designe a los Encargados de esta Oficina, que serán funcionarios públicos no vinculados con la carrera judicial.

<sup>101</sup> Una valoración negativa le merece esta Ley a J.M. Espinar Vicente, “Algunas reflexiones sobre la nueva Ley del Registro Civil”, *Diario La Ley*, nº 7771, de 9 de enero de 2012, consultado en [www.laley.es](http://www.laley.es).

<sup>102</sup> <http://www.notariosyregistradores.com/CORTOS/2012/borrador-reforma-registros.pdf>.

<sup>103</sup> J. F. Merino Escartín, “Comentario a la Ley 20/2011 del Registro Civil”, <http://www.notariosyregistradores.com/doctrina/resumenes/2011-ley-registro-civil-resumen.htm>

Registros extranjeros. Por su importancia, transcribimos íntegramente ambos artículos para a continuación pasar a analizarlos.

Art. 96 *Resoluciones judiciales extranjeras*<sup>104</sup>. 1. Sólo procederá la inscripción en el Registro Civil español de las sentencias y demás resoluciones judiciales extranjeras que hayan adquirido firmeza. Tratándose de resoluciones de jurisdicción voluntaria, éstas deberán ser definitivas. En el caso de que la resolución carezca de firmeza o de carácter definitivo, únicamente procederá su anotación registral en los términos previstos en el ordinal 5.º del apartado 3 del art. 40 de la presente Ley.

2. La inscripción de las resoluciones judiciales extranjeras se podrá instar:

1.º Previa superación del trámite del exequátur contemplado en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881. Hasta entonces sólo podrán ser objeto de anotación en los términos previstos en el ordinal 5º del apartado 3 del art. 40 de la presente Ley.

2.º Ante el Encargado del Registro Civil, quien procederá a realizarla siempre que verifique:

- a) La regularidad y autenticidad formal de los documentos presentados.
- b) Que el Tribunal de origen hubiera basado su competencia judicial internacional en criterios equivalentes a los contemplados en la legislación española.
- c) Que todas las partes fueron debidamente notificadas y con tiempo suficiente para preparar el procedimiento.

---

<sup>104</sup> Nueva redacción propuesta por el Borrador de Anteproyecto de Ley de Reforma Integral de los Registros:

“1. Solo procederá la inscripción en el Registro Civil español de las sentencias y demás resoluciones judiciales extranjeras que hayan adquirido firmeza. Tratándose de resoluciones de jurisdicción voluntaria, estas deberán ser definitivas. En el caso de que la resolución carezca de firmeza o de carácter definitivo, únicamente procederá su anotación registral en los términos previstos en el ordinal 5.º del apartado 3 del art. 40 de la presente Ley.

2. La inscripción de las resoluciones judiciales extranjeras se podrá instar:

1.º Previa superación del trámite del exequátur contemplado en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881. Hasta entonces solo podrán ser objeto de anotación en los términos previstos en el ordinal 5º del apartado 3 del art. 40 de la presente Ley.

2.º Ante el Encargado del Registro Civil, cuando se trate de resoluciones recaídas en procedimientos que deban calificarse de jurisdicción voluntaria por no estar empeñada contienda entre partes, quien procederá a realizarla siempre que verifique:

- a) La regularidad y autenticidad formal de los documentos presentados.
- b) Que el Tribunal de origen hubiera basado su competencia judicial internacional en criterios equivalentes a los contemplados en la legislación española.
- c) Que todas las partes fueron debidamente notificadas y con tiempo suficiente para preparar el procedimiento.
- d) Que la inscripción de la resolución no resulta manifiestamente incompatible con el orden público español.

El Encargado del Registro Civil deberá notificar su resolución a todos los interesados y afectados por la misma. Contra la resolución del Encargado del Registro Civil los interesados y los afectados podrán solicitar exequátur de la resolución judicial o bien interponer en los términos previstos en la presente Ley. En ambos casos se procederá a la anotación de la resolución en los términos previstos en el ordinal 5º del apartado 3 del art. 40, si así se solicita expresamente.

3. El régimen jurídico contemplado en el presente artículo para las resoluciones judiciales extranjeras será aplicable a las resoluciones pronunciadas por autoridades no judiciales extranjeras en materias cuya competencia corresponda, según el Derecho español, al conocimiento de Jueces y Tribunales”.

d) Que la inscripción de la resolución no resulta manifiestamente incompatible con el orden público español.

El Encargado del Registro Civil deberá notificar su resolución a todos los interesados y afectados por la misma. Contra la resolución del Encargado del Registro Civil los interesados y los afectados podrán solicitar exequátur de la resolución judicial o bien interponer recurso ante la Dirección General de los Registros y del Notariado en los términos previstos en la presente Ley. En ambos casos se procederá a la anotación de la resolución en los términos previstos en el ordinal 5º del apartado 3 del art. 40, si así se solicita expresamente.

3. El régimen jurídico contemplado en el presente artículo para las resoluciones judiciales extranjeras será aplicable a las resoluciones pronunciadas por autoridades no judiciales extranjeras en materias cuya competencia corresponda, según el Derecho español, al conocimiento de Jueces y Tribunales.”

Art. 98 *Certificación de asientos extendidos en Registros extranjeros*<sup>105</sup>. 1. La certificación de asientos extendidos en Registros extranjeros es título para la inscripción en el Registro Civil español siempre que se verifiquen los siguientes requisitos:

a) Que la certificación ha sido expedida por autoridad extranjera competente conforme a la legislación de su Estado.

b) Que el Registro extranjero de procedencia tenga, en cuanto a los hechos de que da fe, análogas garantías a las exigidas para la inscripción por la ley española.

c) Que el hecho o acto contenido en la certificación registral extranjera sea válido conforme al ordenamiento designado por las normas españolas de Derecho internacional privado.

d) Que la inscripción de la certificación registral extranjera no resulta manifiestamente incompatible con el orden público español.

2. En el caso de que la certificación constituya mero reflejo registral de una resolución judicial previa, será ésta el título que tenga acceso al Registro. Con tal fin, deberá reconocerse la resolución judicial de acuerdo a alguno de los procedimientos contemplados en el art. 96 de la presente Ley.

3. Se completarán por los medios legales o convencionales oportunos los datos y circunstancias que no puedan obtenerse directamente de la certificación extranjera, por no contenerlos o por defectos formales que afecten a la autenticidad o a la realidad de los hechos que incorporan”.

30. Como puede apreciarse, la nueva LRC aporta alguna innovación de importancia para el tema que tratamos. La principal es que, en su apartado segundo, el art. 98 confirma lo ya avanzado por la DGRN, si bien ésta sin legitimación para ello, y en unos términos restrictivos que no comparte esta Ley: si una certificación registral extranjera constituye mero reflejo de una resolución judicial previa, será ésta el título que tenga acceso al Registro Civil, para lo cual primero habrá de ser reconocida.

Para llevar a cabo ese reconocimiento, el art. 96 regula dos vías: el exequátur y el reconocimiento incidental, según que haya existido o no contienda entre las partes<sup>106</sup>. El primero está pensado para los supuestos en que la resolución procede de un proceso contencioso, en cuyo caso se seguirán los pasos establecidos

<sup>105</sup> Este artículo no se vería afectado, en principio, y conforme al Borrador al que hemos tenido acceso, por la Ley de Reforma Integral de los Registros.

<sup>106</sup> Tomamos la expresión de la nueva redacción que se propone en el Borrador que manejamos.

bien en el Convenio que resulte aplicable, bien en la LEC/1881 que es la que todavía regula este procedimiento en el régimen autónomo en nuestro país. El segundo cuando la resolución provenga de un procedimiento equiparable a la jurisdicción voluntaria, que son la mayoría de los casos que tienen lugar en estos momentos en España y también el que originó la Resolución DGRN de 2009. En este último caso, será el Encargado del Registro Civil (funcionario no perteneciente a la carrera judicial)<sup>107</sup> el que se encargue de verificar los siguientes aspectos:

- a) La regularidad y autenticidad formal de los documentos presentados.
- b) Que el Tribunal de origen hubiera basado su competencia judicial internacional en criterios equivalentes a los contemplados en la legislación española.
- c) Que todas las partes fueron debidamente notificadas y con tiempo suficiente para preparar el procedimiento.
- d) Que la inscripción de la resolución no resulta manifiestamente incompatible con el orden público español.

Ningún matiz que realizar a los requisitos a) y c), más allá de que si se hubiera optado por un procedimiento específico para las resoluciones judiciales que constituyen el vínculo de filiación respecto de los comitentes, hubiera sido necesario quizás especificar lo relativo a los derechos de defensa que tal y como están configurados en el presente artículo parecen más orientados a un proceso contencioso que a uno de jurisdicción voluntaria. Y, en todo caso, habría que matizar que en el mismo deberían valorarse con carácter específico los derechos

---

<sup>107</sup> A juicio de J.M. Espinar Vicente, “Algunas reflexiones...”, *loc. cit.*, el haber otorgado esta función a un órgano no jurisdiccional se debe a que el legislador no distingue entre las dos funciones básicas del reconocimiento. Llega incluso a proponer su inconstitucionalidad en los siguientes términos: “[l]a ejecutoria que sustenta la sentencia constituye un documento público que contiene dos partes diferenciadas. De un lado establece una serie de hechos probados de los que da fe. Esos hechos probados o comportamientos realizados o declaraciones de voluntad acreditadas tienen en España el valor de los contenidos en cualquier otro documento autorizado por fedatario público extranjero y la ejecutoria, en este aspecto, está sometida al mismo régimen de aquéllos. Pero, por otro lado, la sentencia contiene una declaración judicial en la que se declara o constituye de modo definitivo y, a través de un dictado jurisdiccional, una situación o relación jurídica cuyos efectos ordena respetar (carácter de cosa juzgada y título ejecutivo). Ahí estriba la confusión entre los efectos constitutivos de una inscripción y los de una sentencia. Y es que, *en ningún caso la inscripción supone un acto decisorio, sino la culminación de un expediente comprobatorio. La norma actúa automáticamente ante un hecho que el Encargado del Registro comprueba. Pero lo establecido en la sentencia no participa de esa naturaleza. Constituye el mandato de un poder del Estado.* Por lo tanto, el reconocimiento del mandato de un poder judicial extranjero sólo puede ser asumido por el poder judicial español. Es muy posible que esta norma manifieste ciertos principios de inconstitucionalidad que no nos atrevemos a afirmar por las necesariamente deficientes conclusiones a las que puede llegarse tras la corta reflexión realizada sobre un texto tan reciente”.

procesales de la madre gestante. Más atención merecen, a nuestro juicio, los requisitos regulados en los apartados b) y d).

31. En cuanto al control de la competencia del juez de origen, se opta por el criterio de la equivalencia que a día de hoy no podemos aventurar si nos llevará a la durante mucho tiempo empleada técnica de la bilateralización de nuestros criterios de competencia judicial internacional regulados en la LOPJ, o si, por el contrario, debido a las consecuencias que podría tener esta técnica, se apueste por el sistema de los contactos razonables<sup>108</sup>.

Lo cierto es que en nuestro ordenamiento jurídico los foros de competencia judicial internacional en materia de filiación están sustentados sobre la base de un proceso contencioso, lo que no siempre va a suceder, es más, lo habitual será que en estos casos no se produzca litigio, aunque por supuesto no hay que descartarlo<sup>109</sup>. Pero si nos situamos en la base del caso tipo que analizamos lo que se pretenderá es que se reconozca en España una resolución judicial extranjera en la que haya quedado homologado el convenio de gestación por sustitución y el establecimiento de la filiación del niño respecto de la pareja comitente. Bilateralizar nuestros criterios de competencia, esto es, que se consideren “legítimamente” competentes desde nuestra óptica, las autoridades públicas extranjeras cuando: a) el hijo tenga residencia habitual en ese país; b) el demandante (solicitante en este caso) posea la nacionalidad o la residencia de ese país o c) el demandado (que en este caso no existe) tenga su residencia en ese país, nos llevaría a que en ningún caso podríamos considerar competentes a las autoridades extranjeras, si mantenemos como parece en el contexto actual, que la sumisión es un foro que no tendría cabida en esta materia, por tratarse de una materia indisponible para las partes. No obstante, esta es una cuestión sobre la que habría que seguir reflexionando, puesto que no olvidemos que tras toda gestación por sustitución hay una filiación intencional basada en una voluntad, lo que podría llevar, en el caso de admitirse este tipo de filiación en España a replantearse también la indisponibilidad de esta materia en relación con los criterios de competencia judicial internacional.

Si optamos por el sistema de los contactos razonables, sería la discrecionalidad del Encargado del Registro Civil la que imperaría. Hay que tener en cuenta que mientras existen Estados en que únicamente se exige que la madre gestante tenga su domicilio en el país de origen del niño para que la autoridad pública de ese Estado sea competente (*v.gr.*, California), en cambio otros, como Reino Uni-

<sup>108</sup> Vid. A. L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González, “Notas críticas...”, *loc. cit.*, pp. 254–256.

<sup>109</sup> Téngase en cuenta que de existir litigio éste se sustentaría sobre la base del cumplimiento/incumplimiento del contrato de gestación por sustitución, más alejado por tanto de lo que son sus efectos (filiación en sentido estricto).

do o Grecia, exigen un vínculo de la pareja comitente con el país del nacimiento del niño<sup>110</sup>. Parece que mientras más vinculaciones exija el Estado de origen para que se constituya esa filiación, más probabilidades habrá de ser reconocida en otro Estado y en concreto en España.

32. En cuanto al requisito del orden público internacional, y en sintonía de los razonamientos que ya hemos adelantado más arriba, el art. 10 Ley 14/2006 podría ser un argumento muy sólido para rechazar el reconocimiento. Recábase en que en esta vía (reconocimiento incidental de una certificación registral extranjera que es mero reflejo registral de una resolución judicial previa) no se exige la realización de ningún control del Derecho aplicado por la autoridad de origen por lo que es la cláusula del orden público internacional la que únicamente podría alegarse, y en ese caso no a través de la vía conflictual, esto es, no cabe entrar a valorar, a nuestro juicio, si la autoridad judicial extranjera debió aplicar la ley española para el establecimiento de la filiación, sino si en el caso concreto se vulnera el orden público internacional español. Y en este punto, el interés superior del niño aflora con toda su intensidad. Hasta tal punto es así que puede llegar por la vía de los hechos consumados a desplazar el rigor del art. 10 de la Ley 14/2006, y ello porque como sostiene Cuniberti<sup>111</sup>, el interés superior del niño exige que su estado civil quede acreditado, con independencia de la valoración que merezca la actuación de los padres por recurrir a la gestación por sustitución en un país extranjero. Además, si entendemos que con la nueva LRC, la Instrucción de la DGRN sanaría su vicio de ilegalidad, podríamos incluso utilizarla como una vía para concretar el orden público internacional, al que en ella directamente no se alude, a través de lo dispuesto en el ap. d) del numeral 3 de la Disposición primera: “Que no se ha producido una vulneración del interés superior del menor y de los derechos de la madre gestante. En especial, deberá verificar que el consentimiento de esta última se ha obtenido de forma libre y voluntaria, sin incurrir en error, dolo o violencia y que tiene capacidad natural suficiente”. Al que sería coherente añadir el apartado e) relativo a que la resolución judicial sea firme (o definitiva si se ha dictado en un procedimiento de jurisdicción voluntaria) y que los consentimientos prestados sean irrevocables, o bien, si estuvieran sujetos a un plazo de revocabilidad conforme a la legislación extranjera aplicable, que éste hubiera transcurrido sin que quien tenga reconocida facultad de revocación, la hubiera ejercitado, en la línea de lo que se exige también

<sup>110</sup> En el caso de Reino Unido, conforme al art. 54 (4) letra b) de la HFEA (2008), para que los tribunales de Reino Unido declaren en favor de los padres intencionales la filiación legal del menor nacido de una maternidad subrogada “uno o ambos deben estar domiciliados en el Reino Unido o en las Islas del Canal o en la Isla de Man”. En el caso de Grecia, la madre intencional y la subrogada deben tener su domicilio en Grecia (art. 8 de la Ley 3089/2002, de 19 de diciembre de 2002).

<sup>111</sup> G. Cuniberti, *Journ. dr. int.*, 2008, pp. 145–153.

en la adopción (art. 26.2º Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de adopción internacional<sup>112</sup>).

La resolución que adopte el Encargado del Registro Civil en el reconocimiento incidental podrá ser objeto de recurso ante la DGRN o bien los interesados y los afectados podrán solicitar el exequátur de la resolución judicial<sup>113</sup>.

En el caso de que la resolución se haya dictado en un procedimiento contencioso, el art. 954.3º LEC/1881 indica que “la obligación para cuyo cumplimiento se haya procedido sea lícita en España”. En este caso, ¿sería posible también realizar la misma valoración sobre el orden público internacional que hemos mantenido respecto de las resoluciones dictadas en un procedimiento de jurisdicción voluntaria? En principio, y dada la necesaria coherencia del sistema, así debiera de ser, aunque nada impide que se pueda ser más estricto y se haga valer el contenido del art. 10 Ley 14/2006 como una ley de policía que configura estrictamente el orden público internacional haciendo recaer el peso en la nulidad del contrato de gestación por sustitución sin reparar en sus efectos.

33. En los casos de certificaciones registrales extranjeras que no se basen en resoluciones judiciales, el art. 98.1º exige el control de los siguientes aspectos:

a) Que la certificación haya sido expedida por autoridad extranjera competente conforme a la legislación de su Estado.

b) Que el Registro extranjero de procedencia tenga, en cuanto a los hechos de que da fe, análogas garantías a las exigidas para la inscripción por la ley española.

c) Que el hecho o acto contenido en la certificación registral extranjera sea válido conforme al ordenamiento designado por las normas españolas de DIPr.

d) Que la inscripción de la certificación registral extranjera no resulte manifiestamente incompatible con el orden público español.

En este contexto, el control de la competencia de la autoridad de origen se torna una mera constatación de que la autoridad extranjera tenga competencia conforme a su legislación. Se trataría únicamente de comprobar que esa autoridad registral está legitimada para llevar a cabo esa inscripción, y eso sólo puede hacerse conforme a la ley del Registro, conforme a su propia ley.

Respecto del apartado b) no cabe hacer más precisión que esas análogas garantías deben buscarse en el art. 13 de la Ley que establece el principio de lega-

<sup>112</sup> BOE, 29-XII-2007.

<sup>113</sup> Este precepto está en contradicción con el art. 85.2º que establece que “en el caso de denegación de inscripción de sentencias y otras resoluciones judiciales extranjeras cuya competencia corresponde a la Oficina Central del Registro Civil, el interesado sólo podrá instar procedimiento judicial de exequátur”. Esta falta de concordancia no aparece corregida en el Borrador de Anteproyecto de Ley de Reforma integral de los Registros que manejamos.

lidad, según el cual “los Encargados del Registro Civil comprobarán de oficio la realidad y la legalidad de los hechos y actos cuya inscripción se pretende, según resulte de los documentos que los acrediten y certifiquen, examinando en todo caso la legalidad y exactitud de dichos documentos”<sup>114</sup>.

Pero más allá de estas dos primeras condiciones, tanto el orden público como la validez conforme al ordenamiento designado por las normas españolas de DIPr pueden seguir planteando problemas.

Si descartamos el orden público internacional realizando el control que la DGRN ahora exige, esto es, comprobando que no se haya vulnerado el interés superior de menor y se hayan respetado los derechos de la madre gestante, en especial, verificando que el consentimiento de esta última se ha obtenido de forma libre y voluntaria, sin incurrir en error, dolo o violencia y habiendo constatado que tiene capacidad natural suficiente, nos quedaría todavía salvar la validez conforme a las normas españolas de DIPr (art. 9.4º Cc) y, este caso, la elusión de la norma española sería imposible, ni siquiera en los supuestos que consideráramos que el niño tiene además de la española la nacionalidad del Estado en que nace, pues el art. 9.9º Cc es claro a la hora de elegir en estos casos, y siempre que no haya convenio aplicable, como nacionalidad prevalente la española.

34. Detrás de este enrevesado laberinto llegamos al punto de partida: o se acepta la gestación por sustitución y se la dota de un contenido material en el que se garanticen los intereses de todos los implicados, o estaremos haciendo equilibrios con cuestiones sobre las que no cabe realizar malabarismos. Si confluyamos en que el interés superior del niño es que quede acreditada su filiación; si entendemos que quien va a hacerse cargo del niño es quien lo ha querido (comitente/s); si consideramos que la mujer gestante debe ser asesorada en todo momento de la trascendencia de su acuerdo con la pareja o la persona comitente, si valoramos todo ello, sólo nos queda una vía, la modificación del Derecho sustantivo. Lo demás es utilizar al DIPr como excusa para remover obstáculos que sólo al legislador estatal incumben.

Esta sería la vía más coherente. Pero también cabe otra intermedia que es la que ahora mismo se debate en Francia. Sin modificar su legislación material y, por tanto, manteniendo la prohibición de los contratos de gestación por sustitución, autorizar el reconocimiento de las certificaciones registrales extranjeras basadas en una decisión judicial, siempre que la decisión judicial sea conforme a las leyes locales aplicables, que el consentimiento libre e informado de la mujer gestante sea reconocido en esta decisión y que las posibilidades de recurso co-

---

<sup>114</sup> M. Albert Márquez, *loc. cit.*, p. 9.

ntra esta decisión se hayan agotado<sup>115</sup>. Este proceder está muy cerca del método del reconocimiento de situaciones. Pero dos datos es necesario retener al respecto: de un lado, la necesidad de una decisión judicial firme (en la línea de lo que viene exigiendo la DGRN después de su Instrucción de 2010) y de otro que esa decisión se haya adoptado conforme a las leyes locales aplicables, cuestión esta última que no ha aparecido en ningún momento en el desarrollo jurídico que hasta el momento ha dado de sí esta materia en España.

En ambos casos, se opte por la vía de la modificación del Derecho sustantivo o por la vía de la introducción de un precepto especial en la LRC con el tenor indicado, se exige una intervención activa del legislador español que hasta el momento ha ignorado la gravedad de este tema y la necesidad de afrontarlo cuando antes.

## V. Conclusiones

35. Justo en el momento de concluir este trabajo, ha vuelto a captar la atención de los medios de comunicación una resolución judicial sobre la gestación por sustitución<sup>116</sup>. En esta ocasión, ha sido el auto del Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Pozuelo de Alarcón (Madrid) de 25 de junio de 2012, otorgando el exequátur a una resolución dictada por el Tribunal Superior de Justicia de California, Condado de San Diego, en la que se reconocía como madre de los gemelos nacidos en 2009 a través de gestación por sustitución en Los Ángeles a la comitente, de nacionalidad española<sup>117</sup>. En este caso, y según los datos a los que hemos tenido acceso<sup>118</sup>, la madre comitente acudió al Registro Civil español para formalizar la inscripción de sus hijos, exigiéndosele en ese momento documentos que acreditaran su embarazo y parto (realidad del hecho). Al no poder hacerlo optó por instar el exequátur de la resolución californiana en España que finalmente ha sido concedido. En este caso, y según parece, la juez se ha inclinado por dotar de plena protección jurídica el interés superior del menor, advirtiendo que la inscripción registral “en ningún caso puede permitir que con la misma se dote de apariencia de legalidad supuestos de tráfico internacional” y añade que

---

<sup>115</sup> Propuesta de redacción del apartado segundo del art. 336 del Código civil francés: “Cuando el estado civil del menor haya sido establecido por una autoridad extranjera de conformidad con una decisión judicial sobre la base de un protocolo de gestación por sustitución, este estado civil será transcrito a los registros franceses sin posibilidad de impugnación, siempre que la decisión judicial sea conforme a las leyes locales aplicables, que el consentimiento libre e informado de la mujer gestante sea reconocido en esta decisión y que las posibilidades de recurso contra esta decisión se hayan agotado”.

<sup>116</sup> <http://www.elmundo.es/elmundo/2013/03/31/madrid/1364728653.html>; [http://sociedad.elpais.com/sociedad/2013/03/31/actualidad/1364732233\\_808362.html](http://sociedad.elpais.com/sociedad/2013/03/31/actualidad/1364732233_808362.html)

<sup>117</sup> Referencia CENDOJ: ROJ: AJPII 12/2012

<sup>118</sup> *Diario La Ley*, nº 8054, Sección Hoy es Noticia, 3 Abr. 2013.

se debe cumplir con la exigencia de que no se haya vulnerado el derecho del menor a conocer su origen biológico. En este caso concreto dicho derecho no ha sido vulnerado porque en la sentencia californiana aparecen, como padres biológicos, los nombres de la pareja que gestó a los pequeños (*sic*). La juez concluye que se dan los requisitos para otorgar la homologación de la sentencia estadounidense y, por lo tanto, obligar al Registro Civil a la inscripción de los menores. Entre ellos, la firmeza de la resolución del tribunal estadounidense y que el consentimiento de la madre gestante se obtuvo de forma libre y voluntaria, sin incurrir en error, dolo o violencia.

Pocos meses después, sin embargo, la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 24ª), en su auto nº 1341/2012, de 3 de diciembre<sup>119</sup> confirmaba el auto dictado el Juzgado de Primera Instancia nº 46 de Madrid por el que se denegaba el reconocimiento a una sentencia dictada por el Tribunal del Distrito del Condado de Boulder en el Estado de Colorado (Estados Unidos) con fecha de 5 de noviembre de 2009, en la que se declaraba como padre de dos niñas nacidas a través de gestación por sustitución al recurrente, de nacionalidad española<sup>120</sup>. En este caso no se concede el reconocimiento ni se estima el recurso de apelación en base a los siguientes argumentos:

“... dado los términos del art. 10 Ley 14/2006 que establece en su punto 1 que ‘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’ y en el punto 2 que ‘la filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto’ no concurre el requisito establecido en el nº 3 del art. 954 LEC/1881”.

El que ante dos casos muy similares se haya procedido de diferente forma da idea de la inseguridad que en estos momentos impera en esta materia en nuestro país. A este contexto judicial, hay que añadir además las resoluciones judiciales que en el orden social se están produciendo, como consecuencia de haber denegado el Instituto Nacional de la Seguridad Social el permiso de maternidad/paternidad respecto de los hijos nacidos por gestación por sustitución. Se trata de resoluciones que además de reconocer este derecho a las personas que lo solicitan lo que supone una constatación más de que existe cierta esquizofrenia

<sup>119</sup> Referencia CENDOJ: ROJ: AAP M 19584/2012.

<sup>120</sup> En la sentencia norteamericana se precisaba “que inmediatamente después de producirse el nacimiento, el demandante sea declarado único padre legal de los niños a los que dé a luz la Demandada y que dichos niños tengan todos los derechos, privilegios y obligaciones de los niños nacidos de un matrimonio. Los Demandados, Belinda y Florian, no son los padres legales de los niños y no tendrán patria potestad ni responsabilidades con respecto a dichos niños. Asimismo, se ordena que al nacer los niños, el Demandante sea autorizado a incluir su nombre en las partidas de nacimiento de los niños formalizadas en el hospital donde deben nacer... Asimismo, se ordena que las partidas de nacimiento de los niños expedidas por el Departamento de Salud Pública y Medioambiente de Colorado no incluyan ningún nombre para la madre de los niños” (F. J. 2º).

en nuestro ordenamiento jurídico en esta materia, sus argumentaciones no se quedan en lo superficial sino que en todas ellas se profundiza en el análisis de la complejidad normativa de estos casos, por lo que es muy recomendable su lectura<sup>121</sup>.

36. De las líneas que anteceden, se podrá deducir que nuestra valoración de conjunto del sistema español en los casos de gestación por sustitución no es nada positiva. El papel que fortuitamente se le ha otorgado al DIPr, tras la Resolución DGRN de 2009, no es fácil de desempeñar<sup>122</sup>. Ciertamente, si algún mérito hay que concederle a esta Resolución es haber puesto de manifiesto las carencias tan palmarias que existen en nuestro sistema para afrontar una realidad que está llamada a alcanzar cada vez mayor significado. Y es que desde entonces se ha apostado por un sistema de reconocimiento amplio de estas resoluciones, sin tener en cuenta que cuanto más propicio al reconocimiento sea el sistema de DIPr., más incoherente será la decisión de mantener una regulación sustantiva interna contraria al reconocimiento de los efectos de la gestación por sustitución<sup>123</sup>. Coincidimos con S. Álvarez González, en que no parece que un sistema jurídico pueda soportar en términos valorativos un generosísimo sistema de reconocimiento de situaciones jurídicas consolidadas en el extranjero, junto a un rígido sistema conflictual<sup>124</sup>.

Si la citada Resolución fue el detonante, la Instrucción de la DGRN de 2010 vino a remover aún más el sistema, creando un procedimiento *ad hoc* de reconocimiento únicamente de resoluciones judiciales que además no tenían que obtener obligatoriamente en todos los casos el exequátur, sino que si no provenían de un contencioso, se podía optar por un reconocimiento incidental ante el Encargado del Registro Civil, cuyas condiciones podrían superar aquellas personas o parejas que habían tenido la suerte de dirigirse a un país que exigía la intervención de una autoridad judicial para homologar el contrato de gestación. Sin ningún refrendo legal, la DGRN denegaba el acceso al Registro Civil a las filiaciones que únicamente hubieran quedado acreditadas en los Registros Civiles de los

<sup>121</sup> Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Asturias (Sala de lo Social, Sección 1ª), 2320/2012, de 20 de septiembre (ROJ: STSJ AS 3514/2012); Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sala de lo Social, Sección 4ª), 668/2012, de 18 de octubre (ROJ: STSJ MAD 13355/2012); Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (Sala de lo Social, Sección 1ª), 7985/2012, de 23 de noviembre de 2012 (ROJ: STSJ CAT 12193/2012).

<sup>122</sup> Entiende J. M. Espinar Vicente, "Nuevas reflexiones...", *loc. cit.*, p. 604, que el paso dado con la Resolución DGRN de 2009 supone convertir al DIPr. en un vehículo hábil para que puedan eludir la voluntad del legislador español todas aquellas personas que dispongan de un buen asesoramiento y suficientes recursos económicos para poder tener los hijos que la naturaleza y las demás técnicas de reproducción asistida les niegan.

<sup>123</sup> S. Álvarez González, *loc. cit.*, p. 372.

<sup>124</sup> *Ibid.*, p. 373.

Estados en que hubiera nacido el niño, si en esos Estados no se exigía la intervención de una autoridad judicial. Por tanto, se introducía una discriminación más; no sólo se discriminaba a quien queriendo ser padre/madre no contaba con medios para poder gestar a su hijo a través de esta técnica desplazándose al extranjero, sino que entre los que sí habían podido hacerlo, se hacía una discriminación según que se hubieren dirigido a un Estado en que se exigiera o no intervención judicial. Todo ello sin amparo legal alguno.

Finalmente, la entrada en vigor de la nueva LRC acabará con esta última discriminación, pero no con la primera. No impedirá que siga habiendo resoluciones contradictorias y que impere la inseguridad jurídica, porque el art. 10 Ley 14/2006 seguirá existiendo y ese es el principal y de momento único freno que existe en nuestro ordenamiento para rechazar el acceso al Registro Civil de estas filiaciones. Es, por tanto, imperiosa la necesidad de afrontar la regulación sustantiva de una nueva filiación, la intencional, y una vez esto se haga<sup>125</sup>, al DIPr le corresponderá resolver todos los problemas jurídicos que se deriven de los acuerdos internacionales de gestación por sustitución, pero ya sin intentar salvar obstáculos de funambulista<sup>126</sup>.

---

<sup>125</sup> P. Blanco-Morales Limones, *loc. cit.*, p. 25, apunta a qué cuestiones debería dar respuesta esta necesaria reforma. Entre ellas: si es necesaria la intervención de una autoridad pública; si sólo debe admitirse la maternidad subrogada practicada con fines altruistas; qué cuantía aproximada debe considerarse “compensación razonable” a percibir por la madre subrogada por las molestias y gastos en los que incurrió durante la gestación y el parto; si debe existir algún tipo de vínculo familiar o afectivo entre la madre comitente y la madre subrogada; si sólo se debe reconocer la maternidad gestacional, es decir, aquella en que la madre subrogada es sólo gestante, o también debe desplegar efectos la maternidad subrogada o plena, en la que además de gestar, la madre subrogada aporta sus óvulos.

<sup>126</sup> A. V. M. Struycken, “Surrogacy, a New Way to Become a Mother? A New PIL Issue”, en K. Boele-Woelki, T. Einhorn, D. Girsberger y S. Syneibudes (eds.), *Convergence and Divergence in Private International Law – Liber Amicorum Kurt Siehr*, Netherlands, Eleven International Publishing, 2010, p. 369.