

ANUARIO ESPAÑOL
DE DERECHO
INTERNACIONAL
PRIVADO

TOMO X

Iprolex
2010

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
<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

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

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

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

Juan Antonio Carrillo Salcedo
Catedrático de Derecho internacional público
de la Universidad de Sevilla

Marc Fallon
Professeur ordinaire à l'Université
Catholique de Louvain

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

Leonel Perezniето 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

Santiago Álvarez González (Catedrático de Derecho internacional privado de la Universidad de Santiago de Compostela); **Juan José Álvarez Rubio** (Catedrático de Derecho internacional privado de la Universidad del País Vasco); **Rafael Arenas García** (Catedrático de Derecho internacional privado 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 Derecho internacional privado de la Universidad Complutense de Madrid); **Carlos A. Esplugues Mota** (Catedrático de Derecho internacional privado de la Universidad de Valencia); **Federico F. Garau Sobrino** (Catedrático de Derecho internacional privado de la Universidad de las Islas Baleares); **Francisco J. Garcimartín Alférez** (Catedrático de Derecho internacional privado de la Universidad Rey Juan Carlos de Madrid); **Cristina González Beilfuss** (Catedrática de Derecho internacional privado de la Universidad de Barcelona); **Alejandro Garro** (Professor of Law, Columbia Law School); **Toshiyuki Kono** (Professor of Faculty of Law, Universidad de Kyushu, Fukuoka/Japón); **Stefan Leible** (Catedrático de Derecho privado, Derecho internacional privado y Derecho comparado, Universität Bayreuth); **Pedro Martínez Fraga** (DLA Piper, Miami, USA); **Guillermo Palao Moreno** (Catedrático de Derecho internacional privado de la Universidad de Valencia); **Pilar Rodríguez Mateos** (Catedrática de Derecho internacional privado de la Universidad de Oviedo).

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^a Victoria Cuartero Rubio** (Letrada del Tribunal Constitucional); **Fernando Esteban de la Rosa** (Profesor Titular de la Universidad de Granada); **Julio García López** (Profesor Titular de la Universidad Complutense de Madrid); **Katia Fach Gómez** (Profesora Titular de la Universidad de Zaragoza); **Miguel Gardes-ñes Santiago** (Profesor Titular de la Autónoma de Barcelona); **Pilar Jiménez Blanco** (Profesora Titular de la Universidad de Oviedo); **Aurelio López-Tarruella Martínez** (Profesor Titular de la Universidad de Alicante); **Cristian Oró Martínez** (Investigador Postdoctoral de la Universitat Autònoma de Barcelona); **Carmen Otero García-Castrillón** (Profesora Titular de la Universidad Complutense de Madrid); **Marta Requejo Isidro** (Profesora Titular de la Universidad de Santiago de Compostela) y **Benedetta Ubertaini** (Università IULM di Feltre).

Comité evaluador de la calidad científica*

Paloma Abarca Junco (Catedrática de Derecho internacional privado de la Uned); **Pilar Blanco-Morales y Limones** (Catedrática de Derecho internacional privado de la Universidad de Extremadura); **Alegría Borrás Rodríguez** (Catedrática de Derecho internacional privado de la Universidad de Barcelona); **Alfonso Luis Calvo Caravaca** (Catedrático de Derecho internacional privado de la Universidad Carlos III de Madrid); **Fernando Castedo Álvarez** (Abogado del Estado); **Bernardo M^a Cremades Sanz-Pastor** (Abogado); **Manuel Desantes Real** (Catedrático de Derecho internacional privado de la Universidad de Alicante); **José M^a Espinar Vicente** (Catedrático de Derecho internacional privado de la Universidad de Alcalá de Henares); **Carlos Aurelio Esplugues Mota** (Catedrático de Derecho internacional privado de la Universidad de Valencia); **Luis Fernández de la Gándara** (Catedrático de Derecho mercantil de la Universidad Complutense de Madrid); **Joaquim-Joan Forner Delaygua** (Catedrático de Derecho internacional privado de la Universidad de Barcelona); **M^a Paz García Rubio** (Catedrática de Derecho civil de la Universidad de Santiago de Compostela); **Luis Garau Juaneda** (Catedrático de Derecho internacional privado de la Universidad de las Islas Baleares); **Mónica Guzmán Zapater** (Catedrática de Derecho internacional privado de la Uned); **José Luis Iglesias Buhigues** (Catedrático de Derecho internacional privado de la Universidad de Valencia); **Antonio Ortiz-Arce de la Fuente** (Catedrático de Derecho internacional privado de la Universidad Complutense de Madrid); **José Manuel Otero Lastres** (Catedrático de Derecho mercantil de la Universidad de Alcalá de Henares); **Elisa Pérez Vera** (Magistrada del Tribunal Constitucional); **José Picón Martín** (Notario de Madrid); **Andrés Rodríguez Benot** (Catedrático de Derecho internacional privado de la Universidad Pablo de Olavide de Sevilla); **Juan Sánchez Calero Guilarte** (Catedrático de Derecho mercantil de la Universidad Complutense de Madrid); **Ignacio Solís Villa** (Notario de Madrid); **Blanca Vilá Costa** (Catedrática de Derecho internacional privado de la Universidad Autónoma de Barcelona); **Ramón Viñas Farré** (Catedrático de Derecho internacional privado de la Universidad de Barcelona); **Miguel Virgós Soriano** (Catedrático de Derecho internacional privado de la Universidad Autónoma de Madrid); **Elena Zabalo Escudero** (Catedrática de Derecho internacional privado de la Universidad de Zaragoza); **Francisco Javier Zamora Cabot** (Catedrático de Derecho internacional privado 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

Álvarez González, Santiago
Álvarez Rubio, Juan José
Amandi Rendueles, Raquel
Añoberos Terradas, Betraiz
Arenas García, Rafael
Asami, Etsuko
Bergé, Jean-Sylvestre
Borrás, Alegía
Boutin I., Gilberto
Caro Gándara, Rocío
Cordero Álvarez, Clara Isabel
Dávalos Fernández, Rodolfo
De Dios Marcer, Josep María
De Miguel Asensio, Pedro A.
Elvira Benayas, María Jesus
Espiniella Menéndez, Ángel
Fernández Pérez, Ana
Fernández Rozas, José Carlos
Font i Segura, Albert
Forner Delaygua, Joaquim J.
Fuentes Camacho, Victor
Fuentes, Mónica
Garau Sobrino, Federico F.
Gardenes Santiago, Miguel
Gayán Rodríguez, Eloy
González Beilfuss, Cristina
Guzmán Peces, Monserrat
Hellner, Michael
Herranz Ballesteros, Mónica
Hsu, Yao-Ming

Iruretagoiena Agirrezabalaga, Íñigo
Jacquet, Jean-Michel
Jiménez Blanco, Pilar
Lafuente Sánchez, Raúl
Lara Aguado, Ángeles
Magallón Elósegui; Nerea
Marchal Escalona, Nuria
Medina Ortega, Manuel
Michinel Álvarez, Miguel-Ángel
Guzmán Zapater, Mónica
Miquel Sala, Rosa
Nagi, Csongor István
Orejudo Prieto de los Mozos, Patricia
Oró Martínez, Cristian
Palazón Garrido, María Luisa
Paredes Pérez, José Ignacio
Patterson Hernández, Mariela
Pérez Milla, Javier
Requejo Isidro, Marta
Rodríguez Mateos, Pilar
Rodríguez-Uría Suárez, Isabel
Rühl, Giesela
Sáez Crespo, Ana María
Saldoval Sahik, Darío A.
Salvadori, Margherita
Sánchez Lorenzo, Sixto A.
Sánchez-Calero, Juan
Santos i Arnau, Lidia
Staath, Claire
Ubertazzi, Benedetta

SUMARIO

	Pág.
 <i>ESTUDIOS</i>	
Jean-Michel JACQUET LA APLICACIÓN DE LAS LEYES DE POLICÍA EN MATERIA DE CONTRATOS INTERNACIONALES	35-48
Jean-Sylvestre BERGÉ EL DERECHO EUROPEO ANTE LA FRAGMENTACIÓN DEL DERECHO APLICA- BLE A LAS RELACIONES INTERNACIONALES: LA MIRADA DEL INTER- NACIONALPRIVATISTA	49-68
Manuel MEDINA ORTEGA EL DERECHO PATRIMONIAL EUROPEO EN LA PERSPECTIVA DEL PROGRAMA DE ESTOCOLMO	69-90
Giesela RÜHL LA PROTECCIÓN DE LOS CONSUMIDORES EN EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO	91-120
Rosa MIQUEL SALA EL FRACASO DE LA ELECCIÓN DEL DERECHO A LA LUZ DEL REGLAMENTO ROMA I Y DE LAS LIBERTADES FUNDAMENTALES	121-154
Patricia OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS EL IDIOMA DEL CONTRATO EN EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO	155-182
Benedetta UBERTAZZI DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL Y COMPETENCIA EXCLUSIVA (POR RAZÓN DE LA MATERIA): ENTRE EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVA- DO Y PÚBLICO	183-257
Marta REQUEJO ISIDRO LITIGACIÓN CIVIL INTERNACIONAL POR ABUSOS CONTRA DERECHOS HUMANOS. EL PROBLEMA DE LA COMPETENCIA JUDICIAL INTERNA- CIONAL	259-300

Ángel ESPINIELLA MENÉNDEZ INCIDENCIA DE LA NACIONALIDAD DE LAS SOCIEDADES DE CAPITAL EN SU RESIDENCIA FISCAL	301-317
Miguel-Ángel MICHINEL ÁLVAREZ INVERSIONES EXTRANJERAS Y SOSTENIBILIDAD	319-338
Santiago ÁLVAREZ GONZÁLEZ EFECTOS EN ESPAÑA DE LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN LLEVADA A CABO EN EL EXTRANJERO	339-377
Michael HELLNER EL FUTURO REGLAMENTO DE LA UE SOBRE SUCESIONES. LA RELACIÓN CON TERCEROS ESTADOS	379-395
Cristina GONZÁLEZ BEILFUSS EL ACUERDO FRANCO-ALEMÁN INSTITUYENDO UN RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL COMÚN	397-416
Rocío CARO GÁNDARA (DES)CONFIANZA COMUNITARIA A LA LUZ DE LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA SOBRE EL REGLAMENTO BRUSELAS II <i>BIS</i> : AL- GUNAS CLAVES PARA EL DEBATE	417-439
Beatriz AÑOVEROS TERRADAS LOS PACTOS PREMATRIMONIALES EN PREVISIÓN DE RUPTURA EN EL DERE- CHO INTERNACIONAL PRIVADO	441-469
José Ignacio PAREDES PÉREZ LA INCIDENCIA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LA LEY APLICA- BLE AL ESTATUTO FAMILIAR	471-490
Montserrat GUZMÁN PECES ¿HACIA UN DERECHO DISPOSITIVO EN MATERIA DE ESTATUTO PERSONAL Y FAMILIAR?. REFLEXIONES A LA LUZ DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO ESPAÑOL	491-510
Csongor István NAGY EL DERECHO APLICABLE A LOS ASPECTOS PATRIMONIALES DEL MATRIMO- NIO: LA LEY RECTORA DEL MATRIMONIO EMPIEZA DONDE EL AMOR ACABA	511-529
Gilberto BOUTIN I. EL FIDEICOMISO-TESTAMENTARIO EN EL DERECHO INTERNACIONAL PRI- VADO PANAMEÑO Y COMPARADO	531-546

Rafael ARENAS GARCÍA	
CONDICIONANTES Y PRINCIPIOS DEL DERECHO INTERTERRITORIAL ESPAÑOL ACTUAL: DESARROLLO NORMATIVO, FRACCIONAMIENTO DE LA JURISDICCIÓN Y PERSPECTIVA EUROPEA	547-593
Juan José ÁLVAREZ RUBIO	
HACIA UNA VECINDAD VASCA: LA FUTURA LEY DE DERECHO CIVIL VASCO .	595-614
Javier PÉREZ MILLA	
UNA PERSPECTIVA DE RENOVACIÓN Y DOS PARÁMETROS DE SOLUCIÓN EN LOS ACTUALES CONFLICTOS INTERNOS DE LEYES ESPAÑOLAS	615-637
Isabel RODRÍGUEZ-URÍA SUÁREZ	
LA PROPUESTA DE REGLAMENTO SOBRE SUCESIONES Y TESTAMENTOS Y SU POSIBLE APLICACIÓN AL DERECHO INTERREGIONAL: ESPECIAL CONSIDERACIÓN DE LOS PACTOS SUCESORIOS	639-665
 <i>VARIA</i>	
Yao-Ming HSU	
LOS NUEVOS CÓDIGOS DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO DE CHINA Y TAIWÁN DE 2010-ESPECIAL REFERENCIA A LA MATERIA DE FAMILIA	669-689
Etsuko ASAMI	
LA LEY JAPONESA SOBRE LAS NORMAS GENERALES DE APLICACIÓN DE LAS LEYES (LEY 78/2006 DE 21 DE JUNIO)	691-705
María Jesús ELVIRA BENAYAS	
MATRIMONIOS FORZOSOS	707-715
Claire STAATH	
LA EXCEPCIÓN DE ORDEN PÚBLICO INTERNACIONAL COMO FUNDAMENTO DE DENEGACIÓN DEL RECONOCIMIENTO DEL REPUDIO ISLÁMICO	717-729
Mónica 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)	731-743
Juan SÁNCHEZ-CALERO y Mónica FUENTES	
LA ARMONIZACIÓN DEL DERECHO EUROPEO DE SOCIEDADES Y LOS TRABAJOS PREPARATORIOS DE LA <i>EUROPEAN MODEL COMPANY ACT</i> (EMCA)	745-758

Iñigo IRURETAGOIANA AGIRREZABALAGA

LOS APPRI EN LA UNIÓN EUROPEA POST-LISBOA 759-791

FOROS INTERNACIONALES

Alegría BORRÁS

LA APLICACIÓN DEL REGLAMENTO BRUSELAS I A DOMICILIADOS EN
TERCEROS ESTADOS: LOS TRABAJOS DEL GRUPO EUROPEO DE DE-
RECHO INTERNACIONAL PRIVADO 795-814

Sixto A. SÁNCHEZ LORENZO

ESTRATEGIAS DE LA OHADAC PARA LA ARMONIZACIÓN DEL DERECHO
COMERCIAL EN EL CARIBE 815-828

Margherita SALVADORI

EL CONVENIO SOBRE ACUERDOS DE ELECCIÓN DE FORO Y EL REGLA-
MENTO BRUSELAS I: AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD Y PROCEDI-
MIENTOS PARALELOS 829-844

Raúl LAFUENTE SÁNCHEZ

LAS ACTIVIDADES DE LA COMISIÓN EUROPEA EN MATERIA DE DERECHO
INTERNACIONAL PRIVADO EN EL PERIODO MAYO 2010- MAYO 2011 .. 845-865

TEXTOS LEGALES

UNIÓN EUROPEA

REGLAMENTOS

Reglamento (UE) n° 265/2010 del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de marzo de 2010 por el que
se modifica el Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen y el Reglamento (CE) n°
562/2006 por lo que se refiere a la circulación de personas con visados de larga duración 869

Reglamento (UE) n° 439/2010 del Parlamento Europeo y del Consejo de 19 de mayo de 2010 por el que
se crea una Oficina Europea de Apoyo al Asilo 869

Reglamento (UE) n° 541/2010, de 3 de junio de 2010, por el que se modifica el Reglamento (CE)
n° 1104/2008, sobre la migración del Sistema de Información de Schengen (SIS 1+) al Sistema de
Información de Schengen de segunda generación (SIS II)..... 870

Reglamento (UE) n° 542/2010, de 3 de junio de 2010, por el que se modifica la Decisión 2008/839/JAI,
sobre la migración del Sistema de Información de Schengen (SIS 1+) al Sistema de Información
de Schengen de segunda generación (SIS II) 870

Reglamento(UE) n° 1259/2010 del Consejo de 20 de diciembre de 2010 por el que se establece una
cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial 871

EFFECTOS EN ESPAÑA DE LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN LLEVADA A CABO EN EL EXTRANJERO

Santiago ÁLVAREZ GONZÁLEZ

Catedrático de Derecho internacional privado
Universidad de Santiago de Compostela

SUMARIO: I. Introducción. II. Recientes supuestos en la práctica en los países de nuestro entorno. III. La situación en España: hitos recientes del reconocimiento de la filiación derivada de gestación por sustitución llevada a cabo en el extranjero. 1. La Resolución DGRN 18 de febrero de 2009. 2. La Sentencia Juzgado de Primera Instancia nº 15 de Valencia 17 de septiembre de 2010. 3. La Instrucción de la DGRN 5 de octubre de 2010. IV. Los tópicos protagonistas y su papel en nuestro sistema: el orden público, el fraude a la ley española. V. La gestación por sustitución en los supuestos internacionales más allá de la actual regulación positiva. 1. Planteamiento. 2. Ley aplicable *versus* reconocimiento. 3. Ponderación de intereses: admisión o rechazo de los efectos de una gestación por sustitución llevada a cabo en el extranjero. 4. La estabilidad de la filiación reconocida: coordinación entre reconocimiento, ley aplicable y Derecho sustantivo. VI. Conclusiones.

RESUMEN: El presente trabajo estudia la situación creada en España tras los recientes y sucesivos acontecimientos ligados al reconocimiento de situaciones de gestación por subrogación generadas en el extranjero. Tras una primera Resolución de la DGRN, admitiendo la inscripción en el Registro Civil de la filiación surgida de una gestación por subrogación llevada a cabo en California, su posterior revocación por parte de un Juzgado de Primera instancia y la respuesta del Órgano Directivo dictando una Instrucción *ad hoc* sobre el tema, el panorama jurídico despierta a un nuevo tópico de innegable actualidad. El autor pone de manifiesto que lo dispuesto en la Instrucción o no es tan nuevo o es meramente ilegal y, en todo caso, insuficiente para ofrecer una respuesta adecuada a la multitud de problemas derivados de la maternidad subrogada. El hecho de que la gestación por subrogación no altere el régimen ordinario de la filiación en Derecho material español no es razón suficiente para considerar contrario al orden público el reconocimiento de las llevadas a cabo en el extranjero; al menos no en todos los casos; no con carácter general y absoluto. Por lo tanto, sería posible hoy en día reconocer la filiación derivada de algunas situaciones de maternidad subrogada, con los efectos propios del país de origen. La cuestión principal es establecer la vía o vías apropiadas para el reconocimiento y sus concretas condiciones o presupuestos, así como coordinarlos con el resto del sistema para proporcionar un grado adecuado de estabilidad en los supuestos reconocidos.

En este contexto, el autor considera necesario también un cambio en la legislación sustantiva: la admisión de la maternidad subrogada con las condiciones y requisitos que salvaguarden todos los derechos implicados. El reconocimiento bajo determinadas condiciones de supuestos de gestación por subrogación llevados a cabo en el extranjero junto con el manteniendo de su desconocimiento en la legislación

sustantiva española trae como consecuencia una discriminación elitista entre las personas que pueden y las que no pueden permitirse acudir a estas técnicas en el extranjero.

Desde una perspectiva metodológica, el autor aborda la delimitación recíproca de los ámbitos regulativos del método conflictual y del método de reconocimiento y, en relación a este segundo, presta especial atención a las nociones de orden público (relativizando la fuerza argumental del “interés superior del niño”) y de fraude a la ley.

PALABRAS CLAVE: MATERNIDAD SUBROGADA – RECONOCIMIENTO – ORDEN PÚBLICO – FRAUDE A LA LEY – INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR.

ABSTRACT: *This paper points out the current situation that arises in Spain after some recent events related to surrogacy. Two contradictory statements triggered new rules to be enacted at a civil registry level. The first one, delivered by the DGRN (administrative body depending on the Ministry of Justice), recognizes Californian surrogacy in order to register it on the Spanish civil register. This statement (resolución) was revoked by a Court of Justice, that ruled the statement of the DGRN was unlawful. The author deals with the new situation and points out that these new rules are clearly unsatisfactory to offer an adequate and proper answer to the wide constellation of problems arising from surrogacy. According to him, the fact that surrogacy is banned by the Spanish civil law is not enough reason to consider surrogacy as opposite to Spanish international public policy. So it would be possible nowadays to recognise some situations of foreign surrogacy. The main question is to determine the precise conditions to admit foreign surrogacy and to act in order to provide an adequate degree of stability for the recognized cases.*

In this context, the author also proposes a change at civil level: the admission of surrogacy in Spanish civil law. The admission under certain conditions of foreign surrogacy jointly with the maintenance of its ban in Spanish law brings as unsatisfactory outcome the promotion of a undesirable discrimination between people that can afford a foreign surrogacy and those who can not.

From a methodological perspective, the author deals with the delimitation between conflict of laws and recognition method and, related to this second issue, with the scope of public policy and the question of fraud legis.

KEYWORDS: SURROGACY – RECOGNITION – PUBLIC POLICY – FRAUS LEGIS – BEST INTERESTS OF THE CHILD.

I. Introducción

1. Hace algunos años, quienes nos dedicábamos al Derecho internacional privado estudiábamos un arcaico y heterogéneo conjunto de normas y lo exprimíamos en términos sistemáticos con ciertas dosis de esoterismo, a decir de quienes cultivaban otras disciplinas jurídicas. La ausencia de una práctica judicial y administrativa relevante fomentaba esta visión metodológica y sistemática en detrimento de otra más problemática y cercana a los particulares. Se hacía de la necesidad virtud y se envidiaba a la jurisprudencia extranjera, mucho más rica y ejemplificativa. Hoy la situación ha cambiado radicalmente. La cantidad y calidad (en términos jurídicos) de las situaciones privadas internacionales que llegan a la valoración de nuestras autoridades (en ocasiones previo o post paso por los medios de comunicación) desborda la capacidad de asimilación del especialista medio. Mientras que en el pasado el coordinador de una crónica de jurisprudencia

cia había de salir con un candil a la búsqueda de la sentencia o la resolución relevante, hoy se ve obligado a realizar una selección cruel, descartando decisiones de indudable interés en beneficio de otras igualmente interesantes. La gran mayoría de este nuevo caldo de cultivo internacional–privatista muestra que los órganos judiciales y administrativos españoles están cada vez más capacitados para abordar con solvencia los a veces intrincados problemas que cada situación plantea. Sin embargo, tampoco escasean los casos en los que el sistema y el método para implementarlo están ausentes en el discurso en beneficio, en el mejor de los casos, de una bienintencionada finalidad de asegurar la justicia (¿cuál?) en el caso concreto; o casos nuevos en los que se requiere al sistema para que evolucione, sin que el legislador esté a la altura de las circunstancias.

A las dos últimas descripciones creo que se acomodan algunos de los hitos jurídicos vinculados al muy conocido supuesto de la solicitud de inscripción en el Registro Civil español del nacimiento de dos gemelos que había tenido lugar en San Diego, California, mediante “gestación por sustitución”¹. Recordando brevemente los acontecimientos, un matrimonio de hombres españoles recurrió a esta técnica en los Estados Unidos de Norteamérica y solicitó en el Registro Civil Consular de Los Ángeles la inscripción del nacimiento de los gemelos como hijos de ambos, presentando al efecto certificados de nacimiento de los menores expedidos por los registros americanos, certificado de nacimiento de los promotores y su libro de familia². El Encargado del Registro consular denegó la inscripción solicitada, invocando la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, cuyo art. 10, en lo que ahora nos interesa, señala que “La filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto”. El recurso de los promotores (el matrimonio de varones españoles) fue estimado por la Dirección General de Registros y del Notariado (DGRN) por su también ampliamente conocida Resolución de 18 de febrero de 2009³ (en adelante la Resolución), que acordó la práctica de la inscripción en los

¹ Eludo en el presente estudio tanto las cuestiones terminológicas, cuanto las estrictamente técnicas. Respecto de las primeras, utilizaré preferentemente la expresión legal de nuestra Ley (gestación por sustitución), siendo consciente de las diferencias existentes tanto en términos genéticos como en términos ideológicos entre las alternativas (fundamentalmente “maternidad por sustitución” *versus* “gestación por sustitución”, pero también “madre de alquiler”). En consecuencia, también eludo diferenciar los supuestos en función del aporte de material genético, por más que en los casos analizados de la práctica comparada haya sido un elemento (implícita o explícitamente) relevante.

² Un estado de la cuestión en California nos lo proporciona el reciente trabajo de 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*, 1/2010, pp. 7–12.

³ Al margen del abundante eco en los medios de comunicación, esta Resolución ha sido objeto de señalados comentarios técnicos, entre los que hay encontradas valoraciones: resulta una Resolución impecable y sin tacha alguna para 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* (octubre

términos solicitados. La Sentencia del Juzgado nº 15 de Valencia de 15 de septiembre de 2010 (en adelante la Sentencia) ordenó la cancelación de la inscripción y, último paso hasta el momento, la DGRN reaccionó prontamente dictando para supuestos similares la Instrucción de 5 de octubre de 2010, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución⁴.

2. Las presentes reflexiones tienen como modesta finalidad poner de manifiesto cuál es el estado actual de la cuestión, evaluar la corrección de los pasos andados en términos de Derecho positivo y hacer una propuesta de futuro. Para ello, seguiré la secuencia temporal de los tres momentos hasta ahora relevantes: Resolución de la DGRN, Sentencia del Juzgado de Valencia e Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010. El propio supuesto de partida marcará también los tópicos tratados, por lo que no tendré en cuenta los aspectos estrictamente contractuales entre la madre gestante y los comitentes, ni las cuestiones vinculadas a la nacionalidad de los nacidos. Por último, la tipicidad del supuesto y el

2009), vol. 1, nº 2, pp. 294–319; mayor objetividad es la que muestran A. Quiñones Escámez, *REDI*, 2009–1, pp. 215–217; *id.*, “Doble filiación paterna de gemelos nacidos en el extranjero mediante maternidad subrogada. En torno a la Res. DGRN 18 de febrero de 2009”, *Indret*, 3/2009 (trabajo que conjuga una visión metodológica con un tratamiento problemático y realiza una equilibrada ponderación de todos los intereses en presencia –no sólo del “interés superior del niño”); P. Orejudo Prieto de los Mozos, *AEDIPr*, t. IX, 2009, pp. 1249–1252, se muestra crítica en términos de técnica jurídica; *id.*, “Reconocimiento en España de la filiación creada en el extranjero a través de una maternidad de sustitución”, (trabajo al que he tenido acceso por gentileza de la autora y que será citado por la numeración de sus párrafos). M. Atienza, “De nuevo sobre las madres de alquiler”, *El Notario del Siglo XXI*, nº 27, 2009, pp. 52–56; Directamente crítico, aunque sin desarrollar su posición, R. Bercovitz Rodríguez-Cano, “Hijos made in California”, *Aranzadi Civil* nº 3/2009 (*Tribuna*); crítico también con argumentos de distinta índole, L. Muñoz de Dios, “El Registro Civil admite el alquiler de vientres”, *El Notario del Siglo XXI*, *cit.*, pp. 57–61. Desde una perspectiva más trascendente para el Derecho sustantivo, E. Farnós Amorós, *cit.*

⁴ *BOE*, 7–X–10. Instrucción que ha tenido distintas valoraciones: no parecen ser muy partidarios de su contenido A.L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González, “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*, (marzo 2011), pp. 247–262; entre descriptivos y ambiguos (aunque entre líneas creo que puede entenderse su desaprobación), E. Rubio Torrano, “Inscripción como hijos de un matrimonio de varones, nacidos mediante gestación por sustitución”, *Aranzadi Civil*, nº 9/2011 parte *Tribuna*; A. Salas Carceller, “El registro civil español y la filiación surgida de la gestación por sustitución”, *Aranzadi Civil* nº 10/2011 parte *Tribuna*. En términos de fondo (morales) también contrario, L.F. Muñoz de Dios Sáez, “¿Se ha legalizado o no el alquiler de vientres?”, *El Notario del Siglo XXI*, nº 34, pp. 45–50. Se muestra favorable en términos técnicos, M. Guzmán Zapater, “Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010. El acceso al Registro español de los nacidos en el extranjero mediante gestación por sustitución”, *El Notario del Siglo XXI*, nº 34, pp. 51–55. Intuyo que favorable (pues la toma como punto de partida para una construcción sustantiva favorable a la gestación por sustitución), 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, Doctrina, de 11 de abril de 2011. Con una valoración muy similar a la que haré en más adelante, *vid.* el comentario de P. Orejudo Prieto de los Mozos, *REDI*, 2010–29–Pr.

enfoque tanto de la Resolución cuanto de las primeras opiniones publicadas sobre la misma hacen que dedique algunos desarrollos metodológicos a la proyección de la idea de reconocimiento *versus* norma de conflicto y sus implicaciones. A pesar de la recurrente apelación de la DGRN y de sus comentaristas más entregados a la jurisprudencia comunitaria en materia de nombre para extrapolar sus efectos intracomunitarios sobre el reconocimiento de la gestación por sustitución en el caso resuelto (recordemos, procedente de California), dejaré al margen de mi exposición esta dimensión⁵. Tampoco abordaré aspectos vinculados a una eventual regulación de los aspectos internacionales de una eventual y futura gestación por subrogación *llevada a cabo en España* en el caso de que se produjese una deseable modificación legislativa.

Aunque el discurso sea predominantemente doméstico, la coincidencia en el tiempo de otros supuestos análogos al que nos sirve de referencia y el interés despertado por ellos serán también tenidos muy en cuenta en mis desarrollos, siendo objeto de una somera exposición antes de abordar la situación española.

II. Recientes supuestos en la práctica en los países de nuestro entorno

3. En Francia sobresale el asunto *Mennesson*. En un primer momento, la Sentencia *Cas. Civ.*, de 17 de diciembre de 2008⁶ no entró en el fondo del asunto, pues tan solo se pronunció sobre la admisibilidad de la acción del Ministerio Público, remitiendo el caso al tribunal competente. Como auguraba A. Quiñones Escámez⁷, la Sentencia *Cour d'Appel* de París de 18 de marzo de 2010 estimó la acción del Ministerio Público y anuló la inscripción del nacimiento

⁵ Muy emparentada con el tema del reconocimiento globalmente considerado, pero que creo que no puede trasladarse en todos los casos a los supuestos extracomunitarios. *Vid.* N. Bouza Vidal, "La globalización como factor de cambio del Derecho internacional privado", *Estados y organizaciones internacionales ante las nuevas crisis globales*, J. Martín y Pérez de Nanclares (coord.), Madrid, 2010, pp. 283–306, pp. 299–301, para el desarrollo del tema y p. 301 sobre la inexistencia de un fundamento similar en situaciones intracomunitarias y situaciones extracomunitarias. Más matizado, con cita de opiniones diversas, P. Lagarde, "La reconnaissance. Mode d'emploi", *Vers de nouveaux équilibres entre ordres juridiques. Liber amicorum, Hélène Gaudemet-Tallon*, París, 2008, pp. 481–501, p. 482. El tema es tratado de forma sintética e interesante en el seno del GEDIP por A. Bucher, "De la reconnaissance mutuelle au droit à l'identité", *Rapport soumis à la discussion lors de la réunion de padoue*, 18–20 septiembre 2009, consultado en su página web (<http://www.gedip-egpil.eu/reunionstravail/gedip-reunions-19-fr.htm>). Contradiendo en parte esta visión C. Campiglio, "Lo stato di figlio nato da contratto internazionale di maternità", *Riv. dir. int. pr. proc.*, 2009, pp. 589–604, realiza un estudio genérico de la Sentencia *Trib. App.* de Bari de 19 de febrero de 2009, sin incorporar la clave comunitaria a pesar de que la gestación había tenido lugar en el Reino Unido (tan solo en pp. 596–597 se introduce esta clave comunitaria, pero sin un peso suficiente en la argumentación).

⁶ *Rev. crit. dr. int. pr.*, 2009, pp. 320–331, con nota de P. Lagarde; *Journ. dr. int.*, 2009, pp. 577–586, con nota de S. Bollée. *Vid.* G. Cuniberti sobre la precedente Sentencia *Cour d'Appel* de París, *1ère Ch. secc. C.*, de 25 de octubre de 2007, *ibid.*, 2008, 145–153.

⁷ *Indret*, p. 11.

de los 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 americanos era contraria al orden público internacional francés⁸. Esta sentencia ha sido recientemente confirmada por la Sentencia *Cas. Civ.*, nº 370, de 6 de abril de 2011⁹. Con anterioridad, la Sentencia *Cour d' Appel* de París de 26 de febrero de 2009, consideró que la gestación por sustitución contemplada en otro supuesto (cónyuges franceses, madre gestante en Minnesota, dos sentencias norteamericanas pronunciando, una, el abandono del menor y, la otra, la adopción del mismo) era contraria al orden público francés, sin que ello supusiera atentado al interés superior del niño o al art. 8 CEDH que se alegaban a favor del reconocimiento¹⁰. Esta sentencia también ha sido confirmada por la Sentencia *Cas. Civ.*, nº 369, de 6 de abril de 2011. En esta misma fecha, la *Cour de Cassation* dictó una tercera Sentencia (la nº 371) reproduciendo en esencia los mismos argumentos contrarios a la transcripción en el registro civil francés de un “acta de notoriedad” en este caso emitida por un juez francés pronunciándose sobre la posesión de estado de hijo del nacido en Minnesota mediante gestación por sustitución¹¹. Las tres sentencias dictadas por la *Cour de Cassation* el 6 de abril de 2011 utilizan los mismos argumentos en términos de contrariedad del reconocimiento con el orden público francés, aunque cada uno de los casos se habían recurrido de una forma legal distinta: solicitud de transcripción de actas extranjeras en el caso *Menesson*; reconocimiento de una subsiguiente adopción del nacido en el segundo de los casos¹² y acta de notoriedad expedida por un juez francés sobre la posesión de estado de filiación en el tercero. Un último supuesto sumamente interesante es el resuelto también recientemente por la Sen-

⁸ El texto de la sentencia lo he consultado en www.avocats.fr, blog de Caroline Mecary, el 10 de noviembre de 2010.

⁹ El texto de esta decisión y de las otras dos del mismo día a las que me referiré a continuación se puede ver en la web oficial de la Cour: www.courdecassation.fr/.

¹⁰ *Vid. post* de G. Cuniberti, en www.conflictoflaws.net, de 30 de junio de 2009; el texto también puede consultarse en www.avocats.fr, blog de Caroline Mecary.

¹¹ La *Cour* confirma la Sentencia *Cour d' Appel* de Douai, de 14 de septiembre de 2009 que había considerado que dicha posesión de estado estaba viciada como consecuencia del contrato ilícito de gestación por sustitución.

¹² La *Cour* contaba ya con un viejo precedente en la Sentencia *Cour Cas.* de 31 de mayo de 1991, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1991, pp. 716-717, y nota de C. Riou-Labrusse, pp. 717-731. En ella se casó la Sentencia *Cour d' Appel* de París de 15 de junio de 1990, que había considerado la adopción tras la práctica de una gestación por sustitución como plenamente legítima y había señalado expresa y argumentadamente que la maternidad subrogada no vulneraba el orden público francés (pp. 713-716). La *Cour de Cassation* consideró que se trataba de un fraude a la institución de la adopción, puesto que ésta no era sino el último paso de un proceso global atentatorio contra los principios de indisponibilidad del cuerpo humano y del estado civil.

tencia *Trib. Grande Instance* de Nantes de 10 de febrero de 2011¹³. En este caso parece abrirse una vía de reconocimiento que entiendo basada en una inacción siquiera parcial del orden público al estar el supuesto desconectado en origen del ordenamiento jurídico francés. Se trataba de dos varones americanos (del texto de la sentencia sólo deriva que eran extranjeros) que recurrieron en 2001 a la técnica de gestación por sustitución en California. Posteriormente al menos uno de ellos (no es taxativo el texto de la sentencia respecto del otro) adquirió la nacionalidad francesa que se extiende a su hija. Como francesa, la hija tendría derecho a disponer de un acta de nacimiento francesa inscrita en el registro civil francés, con mención marginal de la adquisición de la nacionalidad francesa. Los efectos futuros de la sentencia no son claros, puesto que, por un lado, ordena la inscripción alejando el supuesto del orden público francés: “... debe subrayarse –se lee– que los acuerdos judicialmente aprobados por la jurisdicción [extranjera], que podrían ser contrarios a la ley francesa, no han sido celebrados en territorio francés, en 2001, entre nacionales extranjeros no vinculados por la legislación francesa y que no podemos considerar aplicar las consecuencias de una ley de policía francesa interna a sus actos pasados y sobre todo a un niño nacido en el extranjero antes de la adquisición de la nacionalidad francesa”. El orden público, sin embargo, reaparece al admitir la inscripción con una única mención de la paternidad; paternidad que, se dice, no ha sido impugnada, pero sin constancia de la paternidad del segundo “padre”.

4. En Bélgica, la Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de Huy, de 22 de marzo de 2010, denegó la transcripción en los registros belgas del nacimiento de dos gemelas a favor de un matrimonio de varones casados en Bélgica. El nacimiento de las niñas había tenido lugar en California mediante la técnica de gestación por sustitución. Esta sentencia fue parcialmente revocada por la de la Corte de Apelación de Lieja, *1^{ère} Ch.*, 6 de septiembre de 2010, que aunque consideró contrario al orden público belga los contratos sobre seres humanos y sobre el cuerpo humano, introdujo el “interés del niño” como elemento de flexibilidad para aceptar el recurso, aunque sólo respecto del varón que era padre biológico¹⁴. En esta sentencia el punto de partida fue la aplicación de la ley belga, según la cual el padre biológico sí podría mediante reconocimiento establecer la paternidad si la madre gestante no estaba casada. El supuesto resulta sumamente significativo si tenemos en cuenta que Bélgica es

¹³ El texto puede consultarse en www.avocats.fr, blog de Caroline Mecary (última consulta 13 de abril de 2011).

¹⁴ Información obtenida a partir de los *posts* P. Wautelet en www.conflictoflaws.net, de 27 de abril de 2010 y de 2 de noviembre de 2010.

uno de los países de la UE en los que la gestación por sustitución se admite *de facto*¹⁵.

5. La Sentencia *Trib. App.* de Bari de 19 de febrero de 2009¹⁶, un día después de la resolución de nuestra DGRN, reconoció en Italia un supuesto de gestación por sustitución llevado a cabo en el Reino Unido. Los hermanos, nacidos en el Reino Unido en 1997 y 2000, respectivamente, constaban en el registro italiano como hijos de la madre subrogada y el padre biológico. Solo en 2007, como consecuencia de un proceso de separación matrimonial en Italia, se suscitó la rectificación de las actas del registro italiano. El tribunal accedió a la rectificación. Los argumentos sumarios fueron que la maternidad subrogada no era contraria al orden público internacional (parece que en su interpretación del orden público internacional italiano influyó decisivamente que la maternidad subrogada estuviese admitida en algunos países de la Unión Europea); que el orden público debe valorarse no en abstracto, sino en el caso concreto, valorando los efectos derivados del rechazo de la demanda de rectificación en contraste con los derivados de su aceptación; y que, en el caso, tres de los cuatro interesados eran extranjeros¹⁷.

6. En el Reino Unido es sumamente significativa la decisión de la *English High Court, Fam. Div.*, de 5 de noviembre y 9 de diciembre de 2008. El reconocimiento se concedió (realmente lo que se concedió fue una *parental order*, bajo la normativa inglesa), tras sopesar cuidadosamente las graves dudas suscitadas por el pago de dinero en el supuesto de gestación por sustitución (un matrimonio inglés había pagado 25000 Euros más 250 por mes de gestación a una madre subrogada en Ucrania); aspecto este claramente contrario a la emisión de la *order*. Es significativa esta decisión porque también en el Reino Unido la maternidad subrogada es posible, bajo los requerimientos legales establecidos por la legislación inglesa¹⁸, a pesar de lo cual la posibilidad de rechazo de los efectos de gestación por sustitución extranjeros es real¹⁹.

¹⁵ Vid. E. Farnós Amorós, pp. 21–22.

¹⁶ Vid. C. Campiglio, *loc. cit.*

¹⁷ Lectura entre líneas que hace de la sentencia C. Campiglio, *loc. cit.*, p. 594.

¹⁸ Los datos sumarios los he obtenido de A.V.M. Struycken, “Surrogacy, a New Way to Become a Mother? A New PIL Issue”, *Convergence and Divergence in Private International Law, Liber Amicorum Kurt Siehr*, La Haya y Zurich, 2010, 357–372, pp. 360–361 y 367.

¹⁹ Como lo es el de los llevados a cabo dentro del propio territorio, al exigir la normativa una determinada vinculación con el Reino Unido: “At the time of the application and of the making of the order (...) (b) the husband or the wife, of both of them, must be domiciled in a part of the United Kingdom or in the Channel Islands or the Isle of Man” (Sec. 30.3 de la Human Fertilisation and Embryology Act 1990).

III. La situación en España: hitos recientes del reconocimiento de la filiación derivada de gestación por sustitución llevada a cabo en el extranjero

1. La Resolución DGRN de 18 de febrero de 2009

7. La Res. DGRN de 18 de febrero de 2009 es el paradigma de cómo adaptar una argumentación a un resultado preconcebido. Ello no es en sí mismo rechazable si la argumentación resulta convincente conforme a los criterios generalmente utilizados para situaciones similares, o utilizables si es que el caso es una excepción que merece una argumentación también excepcional (pero, por ello, también generalizable para todos los casos –excepciones– similares). A mi juicio, sin embargo, la argumentación no fue convincente. Simplificando enormemente el discurso, aunque siendo fiel a su esencia, la DGRN vino a decir que la Ley 14/2006 no era aplicable al caso concreto. De serlo, la inscripción no cabría en los términos solicitados. No porque la gestación por sustitución esté prohibida en sentido estricto en nuestro Derecho, como se repite en la Resolución y en buena parte de sus comentaristas y comentaristas de la propia Ley²⁰, sino porque, en opinión de la DGRN, la forma de dar respuesta a la solicitud de los promotores no es indagando qué ley es aplicable a lo que piden, sino planteando si los certificados que presentan son bastante para practicar dicha inscripción: se trataría de una cuestión de *reconocimiento* y no de ley aplicable. La DGRN sienta su estructura argumental en el segundo Fundamento de Derecho, cuando distingue entre la inscripción practicada a partir de declaración y la practicada a partir de una certificación registral extranjera, y deriva que sólo en el primer caso existe un control de legalidad que puede exigir la intervención de la ley española o extranjera (en función de lo que diga una norma de conflicto); en el segundo, siempre a juicio de la DGRN, habría que ceñir el control a lo dispuesto en el art. 81 RRC y no entraría ningún control de ley aplicable. La Resolución insiste (hasta cuatro veces) en que la certificación extranjera es una “decisión” (FD Segundo y más adelante en FD Cuarto), probablemente como recurso de autoconvencimiento de que no deben aplicarse ni las normas de conflicto españolas ni el Derecho sustantivo español para decidir si se estima o no el recurso. Sorprendentemente no se hace referencia alguna a la, esta sí, *decisión* judicial cali-

²⁰ No es el caso de M. Atienza, “Sobre la nueva Ley de Reproducción Humana Asistida”, *Revista de Bioética y Derecho*, nº 14, 2008, pp. 4-9, p. 6 y, más contundente, refiriéndose ya a la Resolución DGRN, “De nuevo sobre las madres de alquiler”, *cit.*, pp. 52 ó 56. J. Delgado Echeverría, “El concepto de validez de los actos jurídicos de Derecho privado (Notas de teoría y de dogmática)”, *ADC*, 2005, pp. 9-74, p. 55, respecto del precedente art. 10 Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre técnicas de reproducción asistida (de tenor idéntico al actual). La prohibición formal, junto con una llamada al establecimiento de sanciones, se encontraba en la Disposición Adicional segunda de la Proposición de ley que dio origen a la primitiva ley y que no llegó a texto definitivo.

forniana en virtud de la cual se practicaron las inscripciones en el registro extranjero, cuyo reconocimiento podría requerir el executur en los términos del art. 83 RRC²¹, a salvo lo que diré más adelante en torno a las resoluciones extranjeras de jurisdicción voluntaria.

8. Llegados a este punto y antes de continuar con el análisis de la Resolución, creo que se impone adelantar que parte de lo dicho por la DGRN es cierto; pero sólo parte. Es verdad que si se pide que se practique una inscripción en virtud de certificación registral extranjera, uno de los preceptos de referencia es el art. 81 RRC, en donde nada se dice sobre aplicación de un Derecho sustantivo u otro. También lo es el art. 85 RRC, que se refiere específicamente a la práctica de inscripción en virtud de certificación registral extranjera. Y, por último, y esto se omite de forma un tanto burda en la Resolución, también lo es el art. 23 LRC, a cuyo tenor: “También podrán practicarse [las inscripciones], 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”. Como se aprecia, en este último caso, sí existe una mención expresa a la conformidad con la Ley española que más adelante analizaré²². Baste ahora quedarnos con el tenor de la norma; con el que se podrá estar de acuerdo o no en términos de adecuación de sus exigencias a la idea de “reconocimiento”, pero que es el requisito que, mientras no cambie la norma, ha de respetarse²³.

²¹ Para A. Quiñones Escámez el reconocimiento de las certificaciones debe ir intrínsecamente unido al de la resolución judicial que las justifica por lo que se plantea la eventual necesidad de executur (*REDI*, p. 215; *Indret*, pp. 13). Taxativa sobre esta exigencia P. Orejudo Prieto de los Mozos, *AEDIPr*, 2009, p. 1250; *id.*, “Reconocimiento en España...”, *loc. cit.*, n° 13 en el contexto de la nota 57. Referida al muy conocido y más atrás citado caso *Mennesson*, la lectura atenta de la nota de G. Cuniberti a la Sentencia *Cour d'Appel* de París, *I^{ère} Ch. secc. C*, de 25 de octubre de 2007, *Journ. dr. int.*, 2008, 145–153, es enormemente significativa de dónde está este interés (en p. 149, afirma contundentemente que el “certificado de nacimiento era una decisión, cuando no, la decisión”). Los desarrollos del profesor francés se corresponden sorprendentemente, aunque en versión coherente, con los de la Resolución DGRN, y se dirigían –como la Resolución– a forzar el régimen jurídico más favorable al reconocimiento.

²² *Infra*, n° 15.

²³ Es verdad que en términos de reconocimiento de una resolución extranjera, una verificación como la que plantea el art. 23 LRC puede considerarse anacrónica. El problema es que la certificación no es una decisión en los términos típicos del reconocimiento (*vid.* distinguiendo en función del objeto del reconocimiento, P. Orejudo Prieto de los Mozos, “Reconocimiento en España...”, *loc. cit.*, n°s 12 y 13). Y además, se trata de un requisito que sigue siendo plenamente eficaz (en términos de aplicación actual) tanto en la práctica de la DGRN como en la del TS en cuanto al reconocimiento de actos de jurisdicción voluntaria. Debe subrayarse que no estando presente en la primera versión del frustrado Proyecto de Ley sobre jurisdicción voluntaria (*BOCG, Congreso de los Diputados*, n° A–109–1 de 27 de octubre de 2006) se introdujo durante su tramitación un apartado 4° al art. 11 con el siguiente contenido: “Cuando los actos de jurisdicción voluntaria acordados por autoridades extranjeras deban surtir efectos en un proceso principal abierto en España, dichos actos deberán ajustarse a la ley que rija dicho proceso a tenor de las normas españolas de Derecho internacional privado” (*BOCG, Senado*, n° II–115–a de 24 de

A primera vista, puede resultar llamativo que la obtención de un mismo objetivo (práctica de la inscripción de nacimiento con, en su caso, las menciones de filiación, en los términos del art. 170.4º RRC) utilizando dos vías ofertadas por el mismo sistema registral pueda conducir a resultados tan opuestos como la denegación o la admisión de la inscripción. Denegación de inscripción, si los padres deciden ir al Registro con el parte de nacimiento de los gemelos y, por ejemplo, el contrato de gestación por sustitución; admisión de la inscripción si primero pasan por el Registro civil extranjero. La DGRN nos intenta convencer de la razón: en el primer caso, el control de legalidad pasa por la aplicación de la ley que sea (en el supuesto enjuiciado, al parecer, la española por mor del art. 9.4º Cc y la nacionalidad española de los menores, que no se discute en ningún momento²⁴); en el segundo, dicho control asumiría el método del reconocimiento, por el que la decisión extranjera habría de superar una serie de condiciones impuestas por el Derecho español. Se trataría en este último caso de un control de legalidad de las certificaciones registrales extranjeras que la DGRN circunscribe²⁵ a la constancia de que se trate de un documento público (que no se discute), que la autoridad registral extranjera desempeñe funciones equivalentes a las autoridades registrales españolas (que tampoco se discute); que dicha autoridad fuese competente; que se hubieran respetado los “derechos de defensa” de los interesados y, por último, que la certificación extranjera no produzca efectos contrarios al orden público internacional español. De estos cinco requisitos, la DGRN da por cumplimentados sin discusión los dos primeros y sobre los dos siguientes (competencia de las autoridades americanas y respeto de los “derechos de defensa”) estima que “no cabe dudar en el presente caso”, por lo que la argumentación se vuelca en el análisis de la posible contrariedad con el orden público español.

julio de 2007). Es verdad que la condición se refiere a la ley que rija dicho *proceso* y no el fondo del asunto, pero no sé si Sus Señorías estaban hilando tan fino o estaban sin más introduciendo el requisito de marras. Por otro lado, soluciones relativamente recientes en países de nuestro entorno siguen proponiéndola: el art. 27 del Código belga de Derecho internacional privado de 2004, aplicado para rechazar el reconocimiento en la citada Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de Huy 22 de marzo de 2010, dispone que “Un documento público extranjero será reconocido en Bélgica por cualquier autoridad sin recurrir a ningún tipo de procedimiento si su validez está establecido *conforme a la ley aplicable en virtud de la presente ley*, teniendo especialmente en consideración los arts. 18 [fraude a la ley] y 21 [orden público]”; en Italia, se prescinde de este control directo de la ley aplicable, pero se da juego a la norma de conflicto italiana para identificar la autoridad competente o el ordenamiento competente (arts. 65 y 66 Ley de 31 de mayo de 1995). Sobre nuestro Proyecto de Ley de Registro Civil, *vid. infra*, nº 25.

²⁴ Curiosamente, esta aproximación fue la que intentaron en primera instancia los solicitantes en el supuesto resuelto por la citada Sentencia *Cour d'Appel* de París, *1^{ère} Ch, secc. C*, de 25 de octubre de 2007; solo que ellos partían de la aplicación de la ley americana de la nacionalidad de los hijos (estadounidenses por haber nacido en territorio de los EE UU).

²⁵ Resulta, cuando menos, llamativo que la DGRN pueda derivar todas las condiciones analizadas del art. 81 RRC, donde, sin más, no aparecen. Se pregunta por qué tipo de control está haciendo la DGRN A. Quiñones Escámez, *Indret*, pp. 13–14 y p. 37.

9. La debilidad de esta propuesta tiene dos dimensiones distintas: por un lado, la distinción entre inscripción por declaración e inscripción a partir de certificaciones extranjeras es real, teórica y prácticamente defendible, pero no en los términos expuestos por la DGRN; este órgano venía aplicando en los dos casos un control de legalidad análogo, amparándose en el art. 23 LRC. El art. 23 LRC y el art. 85 RRC han venido de la mano en toda la práctica anterior de la DGRN y en este caso no se ha hecho ningún tipo de esfuerzo en justificar por qué ahora no; por qué ahora es diferente; sencillamente se ha silenciado la existencia del art. 23 LRC (que establece claras condiciones para el reconocimiento) y se ha sustituido por una serie de condiciones, que pueden ser aceptables o no, pero que aparecen como esencialmente voluntaristas: ¿por qué estas condiciones y no otras?²⁶ Si obviamos el discurso formal de la DGRN, empeñado en decir que está valorando la eficacia en España de una decisión (certificación) registral extranjera, lo cierto es que está aplicando las condiciones de reconocimiento de resoluciones extranjeras²⁷. Por otro lado, ya entrando en el análisis que la propia DGRN plantea, creo que existe una interesada omisión de los problemas planteados por el control de la competencia de las autoridades americanas y un desacertado planteamiento del orden público internacional que enturbia la fortaleza de la propuesta final (no habría contrariedad con el orden público) que, a mi juicio, es correcta. Paso a ocuparme de ambos aspectos.

10. En cuanto al primero, si hablamos exclusivamente de competencia de las autoridades registrales, malamente podemos estar en desacuerdo con la DGRN. ¿Cómo negarles a las autoridades americanas la competencia para practicar inscripciones de los nacimientos acaecidos en su territorio? Es un criterio absolutamente razonable. El art. 15 LRC lo consagra para nuestro Registro Civil²⁸. Si,

²⁶ Es interesante destacar que el art. 98 del actual Proyecto de Ley del Registro Civil, que se está tramitando en el Parlamento español cuando escribo estas líneas (*BOCG, Congreso de los Diputados*, IX Legislatura, Serie A, nº 90-1, de 8 de septiembre de 2010), establece un control similar al actual con un control de la competencia de la autoridad extranjera conforme a sus propias normas, la exigencia de que tal autoridad desarrolle funciones similares a las correspondientes autoridades españolas (equivalente al art. 85 del actual RRC), que no haya contrariedad con el orden público español y que *el hecho o acto contenido en el documento sea válido conforme al ordenamiento designado por las normas españolas de Derecho internacional privado* (actual art. 23 LRC, en la interpretación que considero más correcta: *infra*, nº 15)

²⁷ Sin que ello sea en absoluto criticable en términos teóricos si se tratase de un verdadero reconocimiento de decisión y siempre que fuese posible su reconocimiento incidental por el órgano registral. Es, creo, lo que propugna P. De Miguel Asensio, "La Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010 sobre gestación por sustitución", entrada de 8 de octubre de 2010, consultada en su blog: *pedrodemiguelasensio.blogspot.com*; a pesar de que este Profesor achaca que la Resolución de 18 de febrero de 2009 no aplicara en absoluto el régimen propio del reconocimiento de decisiones.

²⁸ Este tipo de control de competencia, que se haría conforme a las normas extranjeras (previsto en el Proyecto de Ley del Registro civil tanto para los documentos extranjeros extrajudiciales, cuanto para la certificación de asientos extendidos en Registros extranjeros) es de tipo formal y está relacionado princi-

por el contrario, como indica la elección de las condiciones, medimos la competencia de la autoridad judicial cuya decisión motivó la inscripción en el registro californiano, la respuesta es mucho más dudosa y discutible en función de la perspectiva que asumamos. Si partimos de un control, llamémosle, de vinculación o de proximidad (como parece recoger la Instrucción que más adelante analizaré y el propio Proyecto de Ley de Registro civil) nos encontramos con que en función de dónde pongamos el énfasis, los promotores y/o los nacidos y/o la madre gestante, la solución puede ser distinta. Son aleccionadoras, a este respecto, las opiniones vertidas por ilustres colegas franceses sobre el paralelo supuesto de los cónyuges *Mennesson*. P. Lagarde recuerda que si bien puede discutirse la vinculación del matrimonio con California, no puede decirse lo mismo de los hijos: concebidos, *portés* y nacidos en California²⁹. Más formalista, y quizá por ello, parece que menos convencido, Gilles Cuniberti pone el énfasis en que la pareja viajaba por motivos profesionales a EE UU, por lo que la elección de ese país no fue totalmente fortuita³⁰. Resulta interesante destacar que estos comentarios se realizan en el marco del *control del fraude* como condición de reconocimiento en Francia.

Volviendo a nuestro caso, partiendo del hecho verosímil de poder considerar a la decisión norteamericana como equivalente a una decisión española, al menos, de jurisdicción voluntaria, el control de la competencia se desplaza también hacia una especie de control de la “busca fraudulenta de un foro de conveniencia” al que el TS viene aparejando el control de la competencia del juez de origen, con base en los arts. 6.4º Cc y 11.2º LOPJ³¹, y que emparenta con la búsqueda de una ley más conveniente a los objetivos de los interesados, como cuestión indisolublemente unida a la anterior³². ¿Alguien duda que las partes buscaron específicamente el concurso de la ley californiana y de las autoridades de aquel Estado para obtener un resultado que de otra manera les estaría vetado? Con independencia de que quepa hacer otro análisis más formal³³, creo con A.

palmente con la validez de dichos documentos o certificaciones conforme al ordenamiento del que provienen. El control de competencia de las Resoluciones judiciales es distinto y obedece a otros intereses (*vid.* la diferente redacción del art. 96 del citado Proyecto).

²⁹ Nota *cit.*, pp. 330–331. Podría añadirse, además, la nacionalidad y la residencia habitual de la madre gestante.

³⁰ Nota *cit.*, p. 151. ¿Cambiaría la valoración si no viajasen a menudo a California? ¿Si hubiesen ido a Ucrania o a la India?

³¹ A 19 de junio de 2007, RJ 2007\6793; A 17 de octubre de 2006, JUR 2006\250609, entre otros muchos.

³² A 8 de marzo de 2005, RJ 2005\2684. La idea genérica de fraude a la ley entre la competencia y la ley aplicable está presente en numerosas resoluciones: ATS 8 de febrero de 2000, RJ 2000\765; ATS 5 de octubre de 1999, RJ 1999\8021; ATS 8 de junio de 1999, RJ 1999\4346; ATS 9 de febrero de 1999, RJ 1999\999; ATS 20 de octubre de 1998, RJ 1998\7380, entre otros.

³³ Por ejemplo, una bilateralización de los criterios de competencia del art. 22.3º LOPJ en materia de filiación, con incierto resultado: el tribunal californiano no sería ni el de la nacionalidad ni residencia

Quiñones que el método del reconocimiento (utilizado por la DGRN en su Resolución) exige un cierto alejamiento de la situación con el foro y una correspondiente proximidad con el ordenamiento jurídico en el que se consagra el objeto del reconocimiento. En caso contrario no habría *legítimas expectativas* que reconocer³⁴. Que este control vinculado a la idea de *fraude* pueda tener la cobertura del más formal y consolidado control de la competencia de la autoridad de origen o no es algo discutible³⁵. Baste señalar que en el sistema español de reconocimiento de origen interno el control de la competencia de la autoridad de origen es una creación eminentemente jurisprudencial, con igual origen que la idea de fraude a ella vinculada³⁶. En todo caso, no creo que pueda hacerse, ni hago, cuestión de honor de este aspecto, sobre el que volveré con carácter más general³⁷.

11. El tratamiento que la Resolución hace en su FD Quinto del orden público es, contrariamente al del control de la competencia judicial internacional, extenso; muy extenso, diría yo; pero terriblemente formalista en algunos supuestos y evidentemente naïf en otros. El mismo tipo de acercamiento al problema ya es indicativo de un cierto punto de partida débil. Los siete “argumentos” esgrimidos muestran un conglomerado heterogéneo de razones para negar la existencia de contrariedad con el orden público. Unos se esfuerzan en describir supuestos en los que aparentemente el ordenamiento jurídico español posee mecanismos para llegar a similares resultados (argumento primero y quinto), sin que, a mi juicio, exista la similitud que pretende la Resolución. Otro, el segundo, da la vuelta al mecanismo del orden público (que como es bien sabido –al menos hasta ahora– es una condición que eventualmente bloquea el reconocimiento y no al revés) para señalar que no practicar la inscripción vulneraría el principio de igualdad de sexos, lo cual sí sería contrario al orden público español; aunque la realidad es que no hay vulneración posible puesto que las situaciones que la Resolución compara para defender su postura son, sencillamente, distintas. Otro, el sexto, se esfuerza en señalar que no hay fraude en los términos del art. 12.4º Cc; algo que es verdad, pero que tampoco es determinante, ni siquiera condicio-

habitual del demandante, ni el de la residencia habitual de los hijos al tiempo de presentar la demanda (*vid.* art. 22.3º LOPJ).

³⁴ A. Quiñones Escámez, *Indret*, pp. 27–29. Ni siquiera, diría yo, meras expectativas o previsiones de las partes, sobre las que G. Cuniberti construye su comentario (pp. 148–149, especialmente). Es más, en las circunstancias del caso, las expectativas del sujeto medio deberían ser las de considerar el no reconocimiento de la filiación en España. Volveré más adelante (*infra*, nº 22) sobre este dato.

³⁵ Claramente lo niega P. Orejudo Prieto de los Mozos, “Reconocimiento en España...”, *loc. cit.*, nº 16 y 17; *id.*, *AEDIPr*, pp. 1250–1251.

³⁶ J.C. Fernández Rozas y S. Sánchez Lorenzo, *Derecho internacional privado*, 5ª, Cizur Menor, 2009, pp. 230–231.

³⁷ *Infra*, nº 22 y 23.

nante, de la vulneración o no del orden público español³⁸. En el resto del razonamiento el peso fundamental y categórico es “el interés superior del menor” o “interés superior del niño”. Dos aspectos me parecen especialmente significativos de la utilización de este interés superior del niño: en primer lugar, que, de nuevo, se invierte el proceso lógico al no verificar si la inscripción de las certificaciones vulnera o no este interés superior, sino todo lo contrario: si su no inscripción vulnera dicho principio³⁹. En segundo lugar, que se claudica en términos de discurso poniendo en solfa todo el resto de argumentos cuando se señala que “el interés superior del menor exige la continuidad espacial de la filiación... así como un respeto ineludible del derecho a la identidad única de los menores *que prevalece, en todo caso, sobre otras consideraciones*”⁴⁰. Otra vez, la falta de cuidado y el trazo grueso del argumento hacen que la DGRN sea totalmente inconsistente con su anterior práctica en la que, en la mayoría de sus *denegaciones* de inscripción con base en certificaciones extranjeras relativas a menores, se produjo lo que ahora se dice que es muy contrario al interés superior del hijo: una falta de continuidad de la filiación y, eventualmente, una ausencia de identidad única. Sin duda, tales aspectos podrán estar llamados a desempeñar un papel importante en la ponderación de la contrariedad con el orden público español en aquellos casos concretos en los que existan, realmente, razones de orden público contrarias al reconocimiento; mas no en los términos utilizados por la Resolución⁴¹.

12. Frente a toda esta verborrea de la Resolución bastaría con haber afirmado la inexistencia de un principio superior o superior valor contrario al reconocimiento. A mi juicio, no lo hay, o *no en todo tipo de gestación por sustitución*. Es más, mañana podría cambiarse la Ley 14/2006 en el sentido de admitir y regular la gestación por sustitución sin ningún menoscabo para ningún principio superior de nuestro ordenamiento jurídico. La actual regulación no fue fruto de la

³⁸ Y que no exista fraude en los estrictos y limitados términos del art. 12.4º Cc no significa que no haya habido un comportamiento fraudulento a la luz de todas las circunstancias del caso contempladas en su conjunto (A. Quiñones Escámez, *Indret.*, pp. 29, 35–36, 38–39, entre otras).

³⁹ Descarto que la Resolución esté procediendo en este punto a una ponderación entre principios contradictorios, puesto que en ningún caso ha planteado el principio antagónico al del interés superior del niño. *Vid.* este proceder descrito como última fase del test de aplicación del orden público material o sustantivo en relación con el reconocimiento de resoluciones extranjeras en M. Virgós Soriano y F. J. Garcimartín Alférez, *Derecho procesal civil internacional. Litigación internacional*, 2ª ed., Cizur Menor, 2007, pp. 645–647.

⁴⁰ La cursiva es mía. Muy gráfica es la *relectura* de M. Atienza: “...es posible que una inscripción registral extranjera que recoja un supuesto de gestación por sustitución vaya contra el orden público español pero, en todo caso, el valor ‘interés superior del menor’ tiene en el caso una mayor fuerza”. Yo lo diría con menos matices: “no sé si la inscripción vulnera o no el orden público español, pero el interés superior del menor me evita tener que planteármelo”.

⁴¹ *Vid. infra*, nº 21.

indefectibilidad valorativa de nuestro sistema, sino una mera opción de conveniencia⁴². Volveré también sobre este aspecto⁴³.

2. La Sentencia Juzgado de Primera Instancia nº 15 de Valencia, de 17 de septiembre de 2010

13. Una de las cuestiones que con mayor frecuencia se olvida en toda la materia relativa al estado civil, al Registro Civil y a la interpretación que del sistema hace la DGRN es su subordinación a los tribunales de justicia. La vía judicial, que planteé como plenamente posible aunque altamente improbable para combatir la doctrina de la DGRN en materia de celebración del matrimonio⁴⁴, fue activada en este supuesto por el Ministerio Fiscal y determinó la citada SJPI nº 15 de Valencia 17 de septiembre de 2010. Esta sentencia estima íntegramente el recurso del Ministerio Fiscal y deja sin efecto las inscripciones de nacimiento en el Registro Civil español de los gemelos, ordenando la cancelación de las mismas.

En honor a la Resolución hay que señalar que en sus idas y venidas argumentales ya planteaba esta posibilidad. Especialmente, el séptimo argumento (FD Quinto), en el que se defiende que no practicar la inscripción solicitada vulneraría el art. 3 de la Convención de 20 de noviembre de 1989 sobre los Derechos del Niño, realiza una muy correcta descripción de la situación: se trata "...de precisar si una filiación ya determinada en virtud de certificación registral extranjera puede acceder al Registro Civil español... a los solos efectos de acreditar la identidad de los nacidos, y establece una presunción de paternidad que puede ser destruida por sentencia judicial... por ello, cualquier parte legitimada puede

⁴² Así lo afirma M. Atienza, "De nuevo...", *loc. cit.*, p. 56, con remisión a las Actas de la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida; igualmente E. Farnós Amorós, p. 16, nota 22, haciéndose eco de la opinión de otro miembro de dicha Comisión. De hecho, ya la Exposición de motivos de la citada Ley 35/1988 se refería a este asunto en términos no categóricos; en términos de debate y opinión: "III. En esta Ley se hace referencia a dos previsibles aplicaciones de estas técnicas de reproducción asistida, en nuestra nación: la gestación de sustitución y la gestación en la mujer sola; posibilidades que llevan a interrogar si existe un derecho a la procreación; si este derecho es absoluto y debe satisfacerse por encima de conflictos entre las partes consideradas insalvables, de extracción ética, o porque chocan contra el bien común que el Estado debe proteger; o finalmente, en el caso de la gestación de sustitución, si las partes pueden disponer libremente en los negocios jurídicos del derecho de familia, aun en el supuesto de un contrato o acuerdo previo entre ellas. Son sin duda dos aplicaciones de las técnicas de reproducción asistida en las que las divergencias de opinión serán más marcadas, y cuya valoración jurídica resulta dificultosa, no solo en nuestra nación, como lo aprueban las informaciones foráneas. No obstante, desde el respeto a los derechos de la mujer a fundar su propia familia en los términos que establecen los acuerdos y pactos internacionales garantes de la igualdad de la mujer, la Ley debe eliminar cualquier límite que socave su voluntad de procrear y constituir la forma de familia que considere libre y responsablemente."

⁴³ *Infra*, nº 21.

⁴⁴ A mi juicio, contraria a la ley; *vid.* mis últimas manifestaciones al respecto en "Dimensión internacional del matrimonio entre personas del mismo sexo: lo que el ojo del legislador no vio", *Estudios de Derecho de familia y de sucesiones*, Santiago de Compostela, 2009, pp. 9-37, pp. 13-14.

impugnar el contenido de dicha inscripción ante los Tribunales españoles en la vía civil ordinaria...”. El Juez de Valencia, llamado a pronunciarse sobre el tema (no en una acción de filiación, sino de cancelación de las inscripciones practicadas), ha preferido ver las reglas en vez de los principios y (si se me permite tomar prestado el modo de discurrir de la Resolución) no ha considerado que nuestras reglas vulneren el mencionado art. 3 de la Convención sobre los derechos del niño. Su argumentación fue simple, pues no tuvo más que apoyarse en la constante práctica de la propia DGRN que ésta había omitido en su Resolución: la aplicación del art. 23 LRC⁴⁵. Aplicando este precepto al caso considerado, estima el Juez valenciano que existen evidentes dudas sobre el hecho inscrito (es más biológicamente, señala la sentencia, resulta imposible) y el control de legalidad conforme a la ley española no se supera, por aplicación de lo dispuesto en el art. 10 Ley 14/2006.

14. Aquí podría haber terminado la fundamentación jurídica de la Sentencia, pero el Juez se recrea también en “dar respuesta” a algunas de las apreciaciones de la Resolución sobre las consecuencias de no practicar la inscripción solicitada por los promotores. Dichas consideraciones son extravagantes a la *ratio decidendi*, puesto que ésta se centra en un control conforme a la ley española sobre el caso controvertido y dicha ley es meridianamente clara respecto de la imposibilidad de practicar la inscripción solicitada. No obstante, el Juez realiza una serie de valoraciones sobre la inexistencia de discriminación entre parejas de varones y parejas de mujeres, entre la situación de la filiación natural y la adoptiva a favor de dos personas del mismo sexo, sobre el interés del menor y sobre la ausencia de *forum shopping* fraudulento. A todas ellas me he referido al hilo del somero análisis de la Resolución. La Sentencia añade un dato respecto del interés de los menores que, a decir del Juez, puede verse igualmente respetado en su dimensión de mantenimiento de su identidad a través de “las vías que el derecho español establece”. Vías que algún autor identifica con la acción de filiación por parte del padre biológico y con la posterior adopción por parte de su cónyuge⁴⁶.

15. Siendo simple y formal en su razonamiento, tan sólo me gustaría hacer dos precisiones sobre el contenido de esta Sentencia: la primera es que incide, como es habitual, en el carácter prohibido de la gestación por sustitución. Es

⁴⁵ Si bien las Resoluciones citadas en la Sentencia de Valencia sobre aplicación del art. 23 LRC afectan, a mi juicio, más a la “realidad del hecho inscribible” que a la legalidad conforme a la Ley española, un caso paradigmático de sujeción a la Ley española, declarada expresamente aplicable por mediación del art. 9.4 °Cc, lo constituye, por ejemplo, la Res. DGRN 7 de noviembre de 1995 (RJ 1995\9809).

⁴⁶ J.R. de Verda y Beamonde, “Inscripción de los 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. Propuesta que también parece realizar R. Bercovitz Rodríguez-Cano, *loc. cit.*, y que, de acuerdo con informaciones periodísticas había propuesto el Ministerio Fiscal a los promotores (www.levante-emv.com, de viernes 10 de septiembre de 2010).

posible que este extremo pudiera ser irrelevante (podría serlo fundamentalmente a efectos de orden público⁴⁷), mas creo conveniente recordar, de nuevo, que no se trata, *propio sensu*, de una prohibición. Sencillamente, el contrato llamado de gestación por sustitución es nulo y la pretendida práctica no tendrá otro efecto jurídico que el que la ley prevé, que es que la filiación de los hijos nacidos será determinada por el parto⁴⁸. La segunda –probablemente deformación de especialización– es que el recurso a la Ley española que hace el art. 23 LRC ha de entenderse hecho a todo el ordenamiento jurídico, con inclusión de sus normas de conflicto, lo que, eventualmente, nos podría conducir a una ley extranjera⁴⁹. Aunque no es categórica, creo que la Sentencia entiende una remisión directa a la ley sustantiva española, algo que, por otro lado, es irrelevante en el caso actual, salvo que pongamos en tela de juicio una afirmación que se ha dado por verdad en todas las instancias y en todos los comentarios habidos y sobre la que no voy a entrar en este breve trabajo: que los menores son españoles⁵⁰.

3. La Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010

16. Una de las mayores virtudes que ha exhibido la DGRN en los últimos tiempos frente a situaciones privadas internacionales es su rapidez para abordar problemas de cierta enjundia legal o, simplemente, controvertidos. Es lo que ha hecho en el caso presente. Apenas quince días después de conocerse la Sentencia referida en el apartado anterior se dictó una escueta y pacificadora Instrucción que, en lo que los medios de comunicación han reflejado, ha sido bien acogida por los colectivos favorables al reconocimiento en España de la filiación derivada de un proceso de gestación por sustitución realizado en el extranjero. Por no dilatar mi opinión al respecto, diré que las expectativas mediáticas (y algunas

⁴⁷ Así lo ve L. Muñoz de Dios, *loc. cit.*, p. 59.

⁴⁸ No contemplo que esto pueda estar condicionado o determinado por lo dispuesto en el art 221.2º del Código Penal. La norma dispone que “1. Los que, *mediando compensación económica*, entreguen a otra persona un hijo, descendiente o cualquier menor aunque no concurra 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.*” Sin pretender emitir un juicio autorizado, para el que no estoy capacitado, creo que hay argumentos de distinta índole y nivel que descartan dicha aplicación en el caso tipo que analizamos: territorialidad de la ley penal (no se han eludido los procedimientos legales en el país de origen), interpretación estricta del tipo, el carácter subsidiario del Derecho penal...

⁴⁹ *Vid.* en este sentido la citada Res. DGRN 7 de noviembre de 1995 y, a título meramente indicativo, lo dispuesto en los también citados arts. 97 y 98 del Proyecto de Ley de Registro civil.

⁵⁰ Aunque es un tema sobre el que cabría discutir: *vid.* P. Orejudo Prieto de los Mozos, “Reconocimiento en España...”, *loc. cit.*, nº 8 en el contexto de la nota 39.

aproximaciones técnicas) son, a mi juicio, muy superiores a lo que la Instrucción puede hacer y, realmente, hace.

La parte dispositiva de la Instrucción contiene dos directrices: la Primera que la inscripción de nacimiento de un menor nacido en el extranjero como consecuencia de técnicas de gestación por sustitución *sólo podrá realizarse* presentando resolución judicial de tribunal competente en el que se determine la filiación del nacido. La resolución judicial debe ser objeto de *execuátur* salvo que otra cosa disponga un tratado internacional (puntos 1 y 2). Dentro de esta directriz Primera también se establece el régimen de reconocimiento de resoluciones extranjeras análogas a las de jurisdicción voluntaria españolas, fijando una serie de condiciones que verificará el Encargado del Registro Civil. La directriz Segunda excluye la admisión como título apto de la simple declaración más la presentación de certificación médica o de *certificaciones registrales extranjeras*.

17. Señalaré en primer lugar una obviedad: la Instrucción no varía ni un ápice el régimen jurídico aplicable a los efectos en España de los supuestos de gestación por sustitución que se desarrollen en el extranjero. Ni la LRC ni su Reglamento ni las eventuales normas de conflicto que, en su caso, pudieran tener algo que decir han sido alteradas por el legislador. La Instrucción, pues, dicta unas directrices en aplicación del sistema que vinculan a los Encargados del Registro Civil, donde lo novedoso es, por un lado, que considera que la vía de la inscripción a partir de certificados de registros extranjeros o de declaración del promotor más certificación médica de nacimiento es inaceptable; por otro, que establece unas condiciones de reconocimiento incidental para las resoluciones extranjeras análogas a las españolas de jurisdicción voluntaria. No es ninguna novedad la práctica de inscripción en función de sentencia extranjera reconocida en España conforme a convenio internacional o procedimiento de *execuátur* de la LEC. Es y era ya regla conocida en aplicación de los arts. 82 y 83 RRC. Es decir, ya con anterioridad, cualquier sentencia extranjera que resolviese sobre la filiación en un caso de gestación por sustitución era título suficiente para practicar inscripción, *una vez reconocida*. La clave, a nadie se le oculta, está en que ese reconocimiento se produjese. La adenda o novedad es ese carácter pretendidamente exclusivo que la Instrucción proclama (*sólo podrá realizarse*) y que, como intentaré demostrar, no cabe en el sistema⁵¹. Por otro lado, como ya ha puesto oportunamente de manifiesto P. de Miguel Asensio⁵², si el fundamento de esta exigencia se encuentra en el mencionado art. 10.3º Ley 14/2006 (algo que se deduce claramente de la introducción expositiva de la Instrucción) consecuencia lógica

⁵¹ De ilegal lo califican A. L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González, "Notas críticas...", *loc. cit.*, p. 260.

⁵² P. de Miguel Asensio, *blog. cit., supra*, nota 27 que también se cuestiona el porqué de esta exigencia de la sentencia extranjera para este tipo de filiación y no para el resto.

sería que mediante esta sentencia sólo pudiera determinarse la (una) filiación paterna y para ese viaje no hacían falta tantas alforjas. Lo cierto es que, como dije, la sentencia extranjera que *haya sido objeto de ejecución* era y es título bastante, tanto si declara la paternidad de un varón, de una mujer distinta de la madre portadora, de dos varones, de dos mujeres o de un varón y una mujer, sean quienes sean.

18. En segundo lugar, y sin salirnos de lo obvio, creo que se impone hacer una matización sobre la directriz Segunda que elimina la posibilidad de practicar inscripción en virtud de certificación registral extranjera (es decir, supuesto similar al que desencadenó los acontecimientos que analizamos). La matización es que si la DGRN no tiene competencia para modificar el régimen de la inscripción en el Registro Civil de los casos que nos ocupan instaurando nuevas vías, tampoco la tiene para excluir vías existentes. Quiero decir con ello que no es descartable que hoy se pueda practicar inscripción en virtud, al menos (eludo razonar sobre la vía de la declaración de interesado), al menos, digo, sobre la base de certificaciones de registro extranjero. De nuevo recuerdo lo obvio: basta con cumplir los requisitos fijados por los tan citados arts. 23 LRC y 85 RRC. Se me podrá objetar inmediatamente que tales requisitos nunca se cumplirán, pues la ley española (en su estado actual) lo impediría, como puso de manifiesto la Sentencia de Valencia. No creo que sea esa una indefectible consecuencia. Basta con echar un vistazo a la tipología de los casos en los que la DGRN ha echado mano de los arts. 23 LRC y 85 RRC para percatarnos de que una gran parte de ellos corresponden a supuestos de expedientes sobre inscripción de nacimiento y opción a la nacionalidad española. Vamos con el supuesto posible: padre y madre californianos recurrieron a la gestación por sustitución cuando residían en su país de origen; se trasladaron posteriormente a España por motivos de trabajo y adquirieron la nacionalidad española durante la menor edad del hijo o hijos nacidos por dicha técnica; una vez españoles, incoan ante el Registro Civil un expediente sobre inscripción de nacimiento y opción a la nacionalidad española del hijo o hijos por estar sujetos a la patria potestad de un español (art. 20 Cc), a cuyos efectos aportan certificaciones registrales californianas. En mi opinión, la objeción principal de su posible no “legalidad conforme a la Ley española”, se diluye por la aplicación del art. 9.4º Cc (ley aplicable a la filiación) que nos conduciría a la ley americana permisiva (ley personal del hijo)⁵³. Como dije antes –y volveré sobre ello– no creo que haya razones de orden público que obstruyan este razonamiento. Mi conclusión es que sí puede, y en algunos casos debe, ad-

⁵³ Y si se quiere objetar, que en este caso no cabe esta vía de reconocimiento porque lo que procede es el reconocimiento de la sentencia californiana que dio origen a la inscripción... pues suprimase la sentencia. Traslademos el supuesto a Ucrania o a otro país en el que la inscripción no se vea intervenida de forma necesaria por una previa decisión judicial.

mitirse como título apto para la inscripción del nacimiento y filiación del nacido una certificación registral extranjera⁵⁴.

19. Hecha referencia a la obviedad de la directriz Primera, puntos 1 y 2 (salvo en el extremo de la pretendida *exclusividad*, que a la postre no es tal), y de lo discutible, Derecho positivo en mano, de la directriz Segunda, nos queda abordar el alcance de la directriz Primera, punto 3, que es, por otro lado, la que más elementos novedosos presenta. Versa, recordemos, sobre la idoneidad de las resoluciones extranjeras de jurisdicción voluntaria, reconocidas incidentalmente por el Encargado del Registro Civil, tras un control en el que dicha resolución habrá de superar las cinco condiciones que la Instrucción establece.

Una primera y autorizada valoración doctrinal de estas condiciones ha sido positiva, al ver una traslación de las condiciones generales para el reconocimiento de resoluciones extranjeras⁵⁵. Llama la atención que nada se disponga sobre la ausencia de contrariedad con el orden público⁵⁶. Esta circunstancia podría entenderse como una exclusión de cualquier motivo no previsto en los puntos “c” (garantía de derechos procesales), “d” (interés superior del menor y de la madre gestante) y, quizá “e” (irrevocabilidad de los consentimientos)⁵⁷. En todo caso, considero que, en aras a cubrir todas las posibles situaciones que puedan presentarse la cláusula general de orden público, ésta suministra una cobertura más confortable y proporciona un mecanismo más flexible para dar una respuesta al caso concreto. Mas, por seguir con la línea discursiva que manejo en este epígrafe, se

⁵⁴ Salvando la objeción a la que me he referido en la nota anterior, reconozco que este razonamiento aplicado sin matices puede conducir a situaciones menos claras: como se pretendió por parte del matrimonio *Mennesson* en su primera solicitud ante las autoridades francesas, el matrimonio de varones españoles podría presentar las certificaciones registrales extranjeras y pedir la inscripción y opción a la nacionalidad española de los bebés *americanos* sobre los que, en virtud del art. 9.4º Cc y su remisión a la ley californiana (que como he señalado no vulneraría el orden público español), ostentan la patria potestad. A mi juicio, este resultado que, como señalaré más tarde, no considero admisible en todo caso (*infra*, nº 22 y 23), podría limitarse de dos maneras: la primera, excesivamente formalista, señalando que los bebés son españoles por ser “nacidos de padre o madre españoles”, con lo que el art. 9.4º Cc conduciría a la ley española e impediría la inscripción; la segunda, a través de un concepto de fraude a la ley, fundamentado no en el art. 12.4º, sino en el art. 6.4º Cc. *Vid.*, no obstante, P. Orejudo Prieto de los Mozos, “Reconocimiento en España...”, *loc. cit.*, nº 11, en el contexto de la nota 52, que en términos de ley aplicable aplicaría la ley americana en función del *favor filii* (o de una determinada concepción del *favor filii*).

⁵⁵ P. de Miguel Asensio, *blog. cit.*; este autor ya había defendido la aplicación analógica de las condiciones de reconocimiento generales para cualquier sentencia extranjera a las resoluciones de jurisdicción voluntaria; P. de Miguel Asensio, *Eficacia de las resoluciones extranjeras de jurisdicción voluntaria*, Madrid, 1997, pp. 134–136 entre otras.

⁵⁶ Destacan este hecho A. L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González, “Notas críticas...”, *loc. cit.*, pp. 253–254.

⁵⁷ P. de Miguel Asensio, *blog. cit.*

hace preciso señalar cuánto de novedad y cuánto de indefectibilidad tiene esta nueva Directriz.

20. Como antes señalé, los arts. 82 y 83 RRC, entre otros que pueden complementar o matizar su campo regulativo, establecen la posibilidad de que sentencias extranjeras sean títulos para la inscripción. El art. 83 RRC señala que “No podrá practicarse inscripción en virtud de sentencia o resolución extranjera que no tenga fuerza en España; si para tenerla requiere exequátur, deberá ser previamente obtenido”. Pues bien, dada la ausencia de reglamentación específica sobre los efectos en España de las resoluciones extranjeras de jurisdicción voluntaria, la jurisprudencia del TS viene negando para los actos extranjeros la vía del exequátur en beneficio de un “reconocimiento por vía incidental por el órgano o autoridad ante la cual quieran hacerse valer los particulares efectos que se deriven de él [ellos]”⁵⁸. Es decir, una resolución extranjera “análoga” a las españolas de jurisdicción voluntaria que establezca la filiación en un caso de gestación por sustitución podía ser título para la inscripción mediante el reconocimiento incidental por el Encargado del Registro Civil ya antes de la Instrucción, que nada cambia en este sentido⁵⁹. Sí son novedad las concretas condiciones, porque están concebidas de forma específica para los supuestos de gestación por sustitución, pero, lo que resulta más interesante aún, porque vienen a contradecir la jurisprudencia del TS que supedita la eficacia del acto extranjero de jurisdicción voluntaria no al cumplimiento de una serie de requisitos como los enumerados en la Instrucción (o con carácter general en el art. 954 LEC para el reconocimiento de resoluciones judiciales extranjeras), sino a su adecuación a la ley aplicable según la norma de conflicto española⁶⁰. Esta forma de concebir las condiciones de eficacia de los actos extranjeros de jurisdicción voluntaria ha sido contundentemente criticada por la doctrina⁶¹ y queda por saber cómo se resolverá, en su caso, la discrepancia entre lo que establece en sede administrativa la Instrucción de la DGRN y lo que viene estableciendo en vía judicial el TS. Piénsese que en el estado actual de nuestra normativa, la directriz Primera, punto 3, de la Instruc-

⁵⁸ ATS (Sala de lo Civil, Sección Única) 31 de julio de 2003, RJ 2003\6266; ATS (Sala de lo Civil) 24 de septiembre de 2002, JUR 2002\238646; ATS (Sala de lo Civil) 18 de julio de 2000, RJ 2000\7140; TS (Sala de lo Civil), A 30 de noviembre de 1999, RJ 1999\9912, entre otras. *Vid.* J.C. Fernández Rozas y S. Sánchez Lorenzo, *op. cit.*, pp. 195–196, con más jurisprudencia.

⁵⁹ P. de Miguel Asensio, *Eficacia...*, *op. cit.*, pp. 243–244.

⁶⁰ Citado A 18 de julio de 2000 y A 30 de noviembre de 1999, RJ 1999\9914 (remisión a la ley determinada por el art. 9.4º Cc –en el primero figura 9.8º Cc por error– en sendos casos de determinación de derechos de guarda y custodia); citados AA 24 de septiembre de 2002 y 30 de noviembre de 1999 y 29 de septiembre de 1998, RJ 1998\9004, (remisión a ley determinada por el art. 9.8º Cc, en casos de declaración de herederos y adjudicación de legado).

⁶¹ P. de Miguel Asensio, *Eficacia...*, *op. cit.*, pp. 137–145, con matizaciones que no alcanzan al supuesto de gestación por sustitución que nos ocupa. M. Virgós Soriano y F.J. Garcimartín Alférez, *Derecho procesal civil internacional. Litigación internacional*, 2ª ed., Cizur Menor, 2007, pp. 713–714.

ción es *concesiva o posibilista* del reconocimiento, mientras que supeditar éste a lo dispuesto en la ley aplicable a la filiación (9.4º Cc) reintegraría el supuesto tipo (nacidos que se consideren españoles) al doméstico amparo de la Ley 14/2006, con su correlativo rechazo de efectos.

IV. Los tópicos protagonistas y su papel en nuestro sistema: el orden público, el fraude a la ley española

21. Como hemos visto, desde la Resolución que estimó el recurso de los dos varones españoles hasta la Instrucción que supone el penúltimo capítulo en este enredo jurídico que venimos analizando, el orden público se erige en un obstáculo a salvar para quienes pretenden hacer valer la filiación determinada en el extranjero mediante gestación por sustitución e insalvable para quienes opinan lo contrario⁶². En los casos francés y belga citados⁶³, tal fue el argumento utilizado por los tribunales de justicia. Ya adelanté que considero un desafortunado acercamiento al tema el planteado por la Resolución, que casi llegó a decir que sería contrario al orden público español no reconocer la “decisión” californiana. Algunos de los argumentos utilizados servirían igualmente para defender que la regulación positiva del art. 10 Ley 14/2006 vulneraría ese mismo orden público (fundamentalmente los vinculados a la presunta desigualdad de trato entre hombres y mujeres⁶⁴). Y ya adelanté también que en un primer acercamiento al tema hubiese bastado con señalar que no existía ese valor fundamental o principio superior de nuestro ordenamiento jurídico vulnerado, para alejar el obstáculo del orden público del reconocimiento (sin perjuicio de la existencia de otros). Quienes aseguran lo contrario aducen una batería de razones de las que retendré, por considerarla relevante a los efectos que ahora nos ocupan, la dignidad de la mujer y del nacido o nacidos. Estaría involucrado, pues, el art. 10.1º CE⁶⁵. No me parece, sin embargo, que exista un atentado contra la dignidad de nadie; o no en todos los casos de gestación por sustitución. Siguiendo en este punto a M. Atienza, la autonomía de las personas participantes en la gestación por sustitución no

⁶² Entre estos últimos, desde perspectivas distintas R. Bercovitz Rodríguez-Cano, *loc. cit.*; J.R. de Verda y Beaumonde, *loc. cit.*; L. Muñoz de Dios, *loc. cit.* (ambos trabajos); P. Orejudo Prieto de los Mozos, *AEDIPr*, t. IX, 2009, p. 1251.

⁶³ *Supra*, nº 3 y 4.

⁶⁴ Como bien apunta E. Farnós Amorós, p. 15. el razonamiento de la DGRN conduciría a considerar que dicho precepto es inconstitucional, y no lo es.

⁶⁵ Autores citados en nota 61. Recientemente, también, M. Pérez Monge, “Cuestiones actuales de la maternidad subrogada en España: regulación versus realidad”, *RDPr*, julio-agosto, 2010, pp. 41–64, aunque en el contexto de las causas de nulidad del contrato de gestación por sustitución. Como se sabe, el art. 10.1º CE da para mucho y muy contradictorio: a A.J. Vela Sánchez, *loc. cit.*, le da para defender todo lo contrario: el derecho fundamental a la paternidad y la necesidad de canalizarlo a través de la gestación por sustitución.

causa –no necesariamente– un daño a nadie, ni su ejercicio afecta o menoscaba la dignidad de nadie⁶⁶. La dignidad del nacido no se ve ni puede verse afectada por el hecho de haber sido concebido para ser querido y educado por quien no lo parió y, en supuestos ordinarios, no se le causa ningún daño. La dignidad de los “comitentes” tampoco se ve afectada y, lo que parece más delicado, la dignidad de la madre gestante está tan salvaguardada cuando consciente y libremente decide prestar su cuerpo para gestar, como cuando consciente y libremente decide ingresar en un convento de clausura. La clave de la defensa de estos principios superiores que se consideran implicados es, cómo no, una regulación que impida su conculcación. Del mismo modo que la adopción ha podido, y puede de hecho, generar un tráfico ilegítimo que atente contra la dignidad de los niños y de sus madres, la gestación por sustitución puede generar un comercio ilegítimo que atente contra la dignidad, contra la autonomía, contra la propia libertad de las madres de sustitución. Pero del mismo modo que no se considera contraria al orden público español la adopción globalmente considerada, sino que se regula cuidadosamente para evitar aquellas consecuencias indeseadas, también puede (y, a mi juicio, *debe*⁶⁷) admitirse y regularse cuidadosamente la gestación por sustitución, y rechazar por motivos de orden público el reconocimiento de aquellos supuestos (que los habrá) en los que efectivamente exista afectación de los valores superiores (cualesquiera que sean) que consideramos irrenunciables.

22. La segunda cuestión a la que se refiere este epígrafe habla, de una manera deliberadamente amplia, de fraude a la ley española. El mensaje que espero haber lanzado en el párrafo anterior es que la gestación por sustitución, en sí misma considerada, no vulnera el orden público español: lo vulneraría, por ejemplo, la situación en la que se ha ejercido algún tipo de violencia contra la madre gestante para obligarla a acceder a esta técnica; lo vulneraría la situación en la que la concreta gestación por sustitución forma parte de un entramado generador –por emplear la misma terminología que usamos en materia de adopción internacional– de “beneficios materiales indebidos”⁶⁸. Sin embargo, que los efectos de la gestación por sustitución consistentes en la atribución de la filiación del nacido a los comitentes no sean contrarios al orden público español no determina automáticamente una aceptación de plano del reconocimiento de

⁶⁶ M. Atienza, “Sobre la nueva ley...”, *loc. cit.*

⁶⁷ Aunque aquí estoy emitiendo un juicio meramente moral. Que la gestación por sustitución no sea en sí misma contraria al orden público español no significa que deba necesariamente regularse y admitirse de una u otra manera. La actual regulación del art. 10 Ley 14/2007, es una de las constitucionalmente posibles, guste más o menos.

⁶⁸ Y admito aquí una amplia gama de posibilidades. Recuérdese, por ejemplo, que el tipo penal del art. 221 CP, habla de “mediando compensación económica”. La compra de un niño vulnera el orden público español. Y seguro que a partir de esta frase compartida probablemente con carácter general, la discusión se trasladaría a cuándo nos encontramos ante una tal compra.

cualquier situación, llamémosla, “limpia” de gestación por sustitución. Esto es especialmente claro ante una situación como la actual en la que la ley sustantiva española, como legítima *opción* legislativa, declara nulo el contrato de gestación por sustitución y establece la filiación materna de forma imperativa respecto de la madre gestante (aunque la regla valdría también si en España estuviese admitida y regulada la figura que nos ocupa⁶⁹). En otras palabras, no todo lo que no vulnera el orden público es admisible en todo caso. El legislador nacional opta por una de las variadas posibilidades que tiene dentro de los parámetros constitucionales y lo hace por alguna razón que considera mejor que las rechazadas. Esta valoración determina que el resto de las valoraciones eventualmente distintas que puedan haber hecho otros legisladores (por ejemplo, admitiendo y regulando la gestación por sustitución) no aparezca como una oferta libre e incondicionada para que los particulares opten sin más en una especie de libre mercado legislativo⁷⁰. Para estos supuestos, el DIPr sigue siendo tributario de una idea de vinculación razonable (al ordenamiento que crea la situación) que, en el supuesto que nos ocupa, es la que realmente fundamenta unas *expectativas legítimas*⁷¹. Es lo que convierte en admisible la inscripción de una filiación derivada de una gestación por sustitución en el ejemplo anteriormente descrito de los americanos que trasladan su residencia a España, y en no admisible (o no aún, o dudosamente admisible) la inscripción en el caso que generó la Resolución, la Sentencia de Valencia y la Instrucción. Resulta sumamente significativo a estos efectos el mensaje de Patrick Kinsch: en primer lugar, efectúa una muy ponderada defensa de la obligación de reconocer un *status* (un estado civil) válidamente adquirido desde el punto de vista de un sistema de DIPr extranjero, sobre la base de las exigencias de los derechos humanos consagrados, al menos, por la CEDH (esencialmente su art. 8, pero eventualmente, también su art. 6); y, en segundo lugar, establece la condición de que “el *status* ha debido ser adquirido de buena fe por las partes... y las expectativas de las partes sobre la estabilidad de su *status* tienen que haber sido expectativas legítimas. La legitimidad dependerá normalmente de la intensidad de los vínculos de la situación con el sistema extranjero bajo el que se adquirió el *status*”⁷².

⁶⁹ Como vale que no se reconozca necesariamente todo tipo de matrimonio celebrado en el extranjero, o toda adopción, por más que ambas realidades estén perfectamente admitidas en nuestro ordenamiento jurídico.

⁷⁰ De nuevo, esto es una opinión personal que choca con la práctica de una globalización que desdibuja la vieja vinculación entre legislador, sociedad que trata de ordenar y ley. *Vid.* cómo desarrolla y matiza esta afirmación G.P. Romano, “La bilatéralité éclipsée par l’autorité. Développements récents en matière d’état des personnes”, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 2006, pp. 457–519, pp. 512–515.

⁷¹ De nuevo se impone la cita de A. Quiñones Escámez, *Indret*, 24, y 27–29, entre otras.

⁷² P. Kinsch, “Recognition in the Forum of a Status Acquired Abroad—Private International Law Rules and European Human Rights Law”, *Convergence and Divergence in Private International Law, Liber Amicorum Kurt Siehr*, La Haya y Zurich, 2010, pp. 259–275, pp. 272–273, pero ya antes de forma

23. La idea de fraude en sentido lato aparece como un obstáculo intuitivo en el que podríamos considerar supuesto tipo, similar al resuelto por la Resolución. No haber mediado fraude a la ley es una condición propia de reconocimiento de decisiones extranjeras en Francia y en Bélgica; la Sentencia del Tribunal de Primera instancia de Huy 22 de marzo de 2010 (Bélgica) le concedió –junto al orden público belga– un cierto papel argumental⁷³. En España, como hemos visto, esta idea de fraude a la ley está presente en la jurisprudencia del TS en materia de control de la competencia de las autoridades extranjeras⁷⁴. A estas alturas de la exposición, cuando he rechazado el orden público como criterio indefectible de oposición al reconocimiento⁷⁵, podría ser el denominado control de la competencia de la autoridad de origen el llamado a servir de filtro a esta idea de “fraude”. Pero, a la vista de las dificultades y dudas que pueden surgir sobre esta condición⁷⁶, la aplicación directa de los arts. 6.4º Cc y/o 11.2º LOPJ, también debe jugar una papel importante. No obstante, la peculiaridad de los intereses y de las circunstancias que rodean un supuesto de gestación por sustitución hacen que no sea fácil establecer los casos concretos en los que una expectativa jurídica no aceptada en el foro y expresamente buscada por las partes en un país extranjero puede considerarse legítima o, mejor, cuándo, con independencia de que la expectativa no sea totalmente legítima, existe un contrapeso que pueda avalar igualmente el reconocimiento. Trataré de ampliar esta idea hablando del futuro y volviendo, ya con carácter general, sobre algunos temas ineludibles que condicionan las soluciones al problema del reconocimiento de los efectos de la gestación por sustitución llevada a cabo en el extranjero.

V. La gestación por sustitución en los supuestos internacionales más allá de la actual regulación positiva

1. Planteamiento

24. En las páginas anteriores he tratado de poner de manifiesto mi visión de un estado de la cuestión sobre un caso típico de gestación por sustitución desde

igualmente gráfica, p. 266, en relación con la muy conocida –y, a mi juicio, de efectos aún no claramente determinables– STEDH 28 de junio de 2007 (*Wagner y J.M.W.L. c. Luxemburgo*, demanda nº 76240/01). *Vid.*, P. Orejudo Prieto de los Mozos, *AEDIPr*, t. IX, 2009, p. 1152, sobre la idoneidad de esta sentencia para avalar el resultado buscado por la DGRN en su Resolución 18 de febrero de 2009.

⁷³ *Vid. supra*, nº 4. Curiosamente, los motivos de orden público que se barajaron se apoyaron en la interpretación del art. 7 de la Convención de Derechos del niño y en el art. 3 CEDH.

⁷⁴ *Vid. supra*, notas 31 y 32.

⁷⁵ Advierto que ello me ha llevado también a eludir un nivel de razonamiento muy común en este problema: el relativo a la gradación del orden público en función de la proximidad o lejanía del supuesto con el foro (*vid.*, en relación con el tema que nos ocupa, A. Quiñones Escámez, *Indret*, pp. 16).

⁷⁶ *Supra*, nº 10.

la perspectiva de nuestro actual Derecho positivo apoyándome en la secuencia administrativa y judicial del supuesto resuelto por la Resolución DGRN 18 de febrero de 2009. Típico, no por su gran frecuencia actual, sino por presentar unos caracteres que se repiten en otros países de nuestro entorno y que, sin duda alguna, se repetirán, sean conocidos o no, en la sociedad española en los próximos tiempos. Esta visión parte de las posibilidades ofrecidas por el Derecho vigente y de la confrontación de éste con la última Instrucción de la DGRN y con la jurisprudencia del TS sobre aspectos no regulados de manera positiva (esencialmente, el control de competencia de la autoridad extranjera y las condiciones de reconocimiento de actos extranjeros de jurisdicción voluntaria). El razonamiento ha sido (al menos ha pretendido ser) formal y predominantemente ortodoxo. En él no he excluido la posibilidad de reconocer la filiación determinada de una gestación por sustitución en determinados casos. He considerado que no contraría de plano el orden público español, pero que debe existir un filtro que evite el fraude a la ley, *lato sensu* considerado. Con todo, el balance se me antoja negativo desde diversos puntos de vista: desde una perspectiva metodológica –tan destacada en este caso por la propia Resolución y por los comentaristas de la misma–, aunque puede estar clara la diferencia entre abordar el tema desde la búsqueda de una ley que decida la filiación del nacido de gestación por sustitución o abordarlo en términos de reconocimiento de una decisión extranjera o (ahora añadido) de una situación de estado civil reconocida por una ley extranjera, resulta cuestionable cuándo tenemos que utilizar un método u otro. Y resulta cuestionable por qué habría tanta diferencia en cuanto al resultado utilizando uno u otro; también parece evidente, que en términos de especialización normativa, la aproximación *desde el reconocimiento* está huérfana de soluciones específicas y satisfactorias; por decirlo de alguna manera, la aproximación desde la ley aplicable parte de que durante años, muchos años, era la paradigmática, con lo que supuso de preeminencia y desarrollo normativo. En resumidas cuentas, al método del reconocimiento le falta el desarrollo y especialización que tiene el de la ley aplicable. Desde una perspectiva sustantiva, tanto la solución de reconocer la filiación del nacido de gestación por sustitución, cuanto rechazar dicho reconocimiento fomentan situaciones complejas y poco satisfactorias: que el interés del niño o la garantía de la continuidad de su estado civil no hayan sido manejados con habilidad en los supuestos analizados, no significa que no tengan un peso específico al que hay que conceder su justa importancia.

2. Ley aplicable versus reconocimiento

25. Comenzando por la primera de las cuestiones, resulta bien conocida entre los internacional–privatistas la actual revitalización del método del reconocimiento (bajo qué condiciones admito y recibo esta realidad –matrimonio, adopción, filiación constituida –¿”sentenciada”, declarada, consolidada?– bajo un

sistema jurídico extranjero) frente al método conflictual o de determinación de la ley aplicable (cuál es la ley que me dice si esta realidad es jurídicamente válida o no; existe jurídicamente hablando o no); es más, no es exagerado decir que se trata de uno de los tópicos estrella en el debate doctrinal de los últimos años⁷⁷. El ejemplo que nos ocupa es paradigmático de esta “confrontación metodológica”, pues tratado en términos de ley aplicable y siendo esta la española, la inscripción de la filiación de los gemelos resultaba imposible, mientras que tratándolo en términos de reconocimiento la inscripción resultaba posible, al menos a los ojos de la DGRN. Es obvio que esta confrontación sólo tiene sentido cuando de optar por una u otra vía las soluciones son distintas. De nuevo en el caso que nos ocupa, a los ojos de la Sentencia de Valencia (y del sistema positivo), la presencia de un requisito “conflictual” entre las condiciones del reconocimiento (art. 23 LRC tal cual lo hemos interpretado), nos sitúa ante un falso problema: si entre las condiciones del reconocimiento está verificar la situación a la luz de la ley española, da igual que optemos por un acercamiento *de ley aplicable* que optemos por uno *de reconocimiento*. Y esto no tiene por qué ser infrecuente, ni necesariamente criticable. Esta colaboración entre las dos dimensiones la vemos también en la proyectada regulación de la inscripción el Registro Civil en virtud de *documento extranjero extrajudicial* (art. 97 Proyecto de Ley de Registro Civil) o de *certificación de asientos extendidos en Registros extranjeros* (art. 98 Proyecto de Ley de Registro Civil); puesto que ambos contemplan un control conforme a la ley aplicable. Mas también hemos visto que las condiciones de reconocimiento pueden no contener tal tipo de control: es la regla tanto en el régimen común de reconocimiento de resoluciones extranjeras (art. 954 LEC/1881), como en el régimen que la Instrucción describe para el reconocimiento de los actos de jurisdicción voluntaria o el que prevé con carácter general el art. 96 del Proyecto de Ley del Registro Civil (*Resoluciones extranjeras*).

Enfrentar un caso de similares características al que analizamos desde la perspectiva del reconocimiento no sólo es lo correcto en términos técnicos, sino que también, con carácter general, vendría a ser más favorable a la eficacia en el foro de las realidades configuradas al amparo de un ordenamiento jurídico extranjero que la creación o constatación (podríamos decir) *ex novo* a través de su sometimiento a una ley determinada. Es correcto porque en esos casos no existe realidad jurídica que constatar, crear o modificar, puesto que ya existe una relación jurídica concreta, existente y efectiva en el sentido de objetivada por un ordena-

⁷⁷ La bibliografía es apabullante: una buena descripción general del estado de la cuestión, que voy a utilizar a efectos argumentales, la ofrece Ch. Pamboukis, “La renaissance-métamorphose de la méthode de reconnaissance”, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 2008, pp. 513–560, con abundantes referencias bibliográficas, a las que sin más me remito. Con posterioridad y con un ámbito problemático más amplio *vid.* el Cap. V del reciente curso general de A. Bucher, “La dimension sociale du droit international privé (Cours général)”, *R. des C.*, t. 341, 2009 (2010).

miento extranjero⁷⁸. Y es, por lo general, más favorable porque el test de reconocimiento se articula en términos más flexibles que la aplicación de una ley u otra; se suele articular en términos de proporcionalidad en la admisión o rechazo de la situación⁷⁹.

26. Dando por buena esta descripción surgen imperiosamente dos cuestiones a resolver: la primera se refiere a las condiciones del reconocimiento. La progresiva ocupación de espacios del *reconocimiento* como modelo para valorar la eficacia en el foro de realidades “extranjeras” plantea, a mi juicio, la necesidad de una especialización de estas condiciones, lo que, como he señalado, no acontece en el momento presente. No es satisfactorio aplicar un mismo régimen de condiciones para todos los casos, sea rústico y decimonónico como el de la LEC/1881, o moderno y sofisticado, pero general. Un ejemplo específico de esta necesaria especialización proyectado al caso que nos ocupa es el que muestran las condiciones exigidas por la Instrucción en su Directriz Primera, punto 3. Con independencia de la legitimación de la propia DGRN para hacer el papel de legislador (que no la tiene) y de que tales condiciones se puedan considerar más o menos satisfactorias, lo cierto es que son condiciones que se han concebido específicamente con vistas al reconocimiento de los efectos en España de los supuestos de gestación por sustitución. El convencimiento de que los supuestos internacionales de gestación por sustitución se van a convertir en un “tipo” específico de situación privada internacional (como, por ejemplo, la adopción internacional o el secuestro internacional de menores) exige, a mi juicio, una respuesta también específica. No considero que se den en estos momentos las condiciones en Derecho comparado para abordar una respuesta interestatal (un convenio internacional), debido, sobre todo, al mayoritario rechazo a la figura en los respectivos derechos estatales⁸⁰. Pero ello no excluye que, al menos dentro de cada sistema de DIPr y, en todo caso, en el nuestro, se proceda a una regulación específica de estas condiciones de reconocimiento⁸¹.

⁷⁸ Las concretas palabras las tomo de Ch. Pamboukis, *loc. cit.*, p. 540.

⁷⁹ *Ibid.*, p. 530. Por supuesto, que ello depende de las concretas condiciones del reconocimiento que, como hemos visto, pueden contener reglas de ley aplicable que introducen la misma rigidez que se achaca al método conflictual.

⁸⁰ No obstante, esta opinión, lo cierto es que en nota de prensa de 7 de abril de 2011, el Consejo de Política y Asuntos Generales de la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado ha invitado a la Oficina Permanente a intensificar su trabajo sobre los aspectos internacionales de la maternidad subrogada (información ampliada en www.hcch.net).

⁸¹ No me resisto a reproducir la petición que, con carácter general, hace N. Bouza Vidal, *loc. cit.*, p. 305, que parece pensada para el caso que nos ocupa: “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 de orden público internacional”.

27. La segunda (aunque primera en un orden lógico) es más peliaguda y se refiere a cuándo podemos recurrir al método del reconocimiento y cuándo a la identificación y aplicación de una ley estatal determinada. De vuelta al ejemplo de la Resolución, el caso nos muestra, al menos, dos realidades jurídicas: la sentencia californiana y las certificaciones registrales; y ambas dan soporte a una tercera, que no es otra que el vínculo de filiación (al menos para EE UU) entre el matrimonio español y los gemelos nacidos de gestación por sustitución. Planteémonos, como meras hipótesis de trabajo, que la existencia del vínculo de filiación para un Derecho extranjero pudiese manifestarse con la siguiente intensidad: lo decidido por una sentencia firme dictada como consecuencia de un procedimiento contencioso resolviendo una acción de filiación, lo establecido por un acto equivalente a los de jurisdicción voluntaria, una constancia documental registral como consecuencia de una declaración de los promotores y una mera “situación” de posesión de estado de filiación, como tal reconocida y amparada por una norma positiva⁸². Reduciendo, siempre como hipótesis de trabajo, nuestro sistema de DIPr a una norma de conflicto como el actual art. 9.4º Cc y a un régimen de reconocimiento con, por ejemplo, las condiciones marcadas por la citada Directriz Primera, punto 3, de la Instrucción, ¿cuál sería el ámbito regulativo del reconocimiento y cuál el de la norma de conflicto respecto de las cuatro hipótesis señaladas? En un acercamiento a la cuestión que podríamos calificar como clásico, podríamos afirmar que la sentencia firme se sometería a las condiciones de reconocimiento mientras que la mera “situación” de filiación probablemente a su confrontación con la ley nacional del hijo. Nos moveríamos en la distinción trazada por la Resolución: los promotores presentarían la sentencia como título para practicar la inscripción en un caso y, en el otro, solicitarían la inscripción de una filiación que les reconoce un derecho extranjero mediante la declaración y la aportación de documentos –distintos de resolución judicial– en virtud de los que defienden su solicitud (por ejemplo, el parte médico y el contrato de subrogación). La idea que daría soporte a esta distinción es que el *privilegio* del reconocimiento parte de una situación ya existente y en cierta medida cristalizada por el carácter decisional del *acto público extranjero*; no lo tendría la *situación* de la que meramente diera fe un acto público extranjero, ni la que no ha pasado filtro alguno.

28. Pues bien, esta descripción somera y muy simplificada está siendo revisada en la actualidad, reduciendo el juego de la ley aplicable y aumentando el del método del reconocimiento para proyectarse sobre actos en los que apenas exista

⁸² Sería esta última la regulación jurídica prevista por el Derecho de Ucrania, según C. Campiglio, *loc. cit.*, p. 591, nota 6.

una decisión de autoridad en sentido propio⁸³ e incluso sobre las meras *situaciones o status adquiridos conforme* a una ley extranjera⁸⁴. Dejemos constancia de que ni la Instrucción ni el Proyecto de Ley del Registro Civil acogen estos nuevos postulados. Probablemente tampoco sea algo relevante para las situaciones que analizamos, en las que la intervención de una autoridad, con mayor o menor intensidad, será frecuente. Sin embargo, el debate no se va a cerrar por ello, puesto que, en definitiva, esta cuestión de método determina en última instancia la admisión o rechazo (por reconocimiento o por declaración) de los efectos de la gestación por sustitución —que son efectos materiales—. Y determina la tutela de concretos derechos o intereses, como el inefable interés superior del niño o el derecho a conservar la identidad o el estado civil, que retroalimentan el debate metodológico y que, como señalé, en el momento actual no están suficientemente contemplados en nuestro sistema (ni en otros muchos), o no con la claridad necesaria, como, para finalizar, paso a exponer.

3. Ponderación de intereses: admisión o rechazo de los efectos de una gestación por sustitución llevada a cabo en el extranjero

29. Sea cual sea el acercamiento metodológico al supuesto que nos ocupa y cómo se repartan sus ámbitos respectivos las normas sobre ley aplicable y las normas sobre reconocimiento de decisiones extranjeras (o, yendo más allá, meras situaciones consolidadas en el extranjero), lo cierto es que la respuesta de cualquier sistema ante este tipo de situaciones puede ser su admisión o su rechazo. Probablemente pueda establecerse una gradación entre ambos polos, pero la eludo a los efectos explicativos que me animan en este momento. Sin perjuicio de que la vía del reconocimiento es la más apropiada para encarar los supuestos tipo como el que nos sirve de referencia, esta vía, como hemos visto, implica superar una serie de condiciones, más genéricas o más específicas (y vuelvo a reclamar que se especifiquen), que pueden determinar tanto un juicio positivo de reconocimiento, cuanto uno negativo. En este contexto, la actitud de la DGRN, claramente favorable al reconocimiento, hasta el punto de silenciar obscuramente la aplicación del art. 23 LRC, esta actitud favorable, digo, es también una constante en las aproximaciones que se hacen al tema fuera de nuestro país y

⁸³ Se trata ante todo de respetar las previsiones de las partes —dirá G. Cuniberti— por lo que el carácter decisonal del acto público debe depender más de los “efectos” en la concreción de los derechos de las partes que en la implicación de la autoridad (nota *cit.*, p. 149).

⁸⁴ Entre los últimos, P. Kinsch, *loc. cit.*, pp. 272–273; en profundidad, Ch Pamboukis, p. 540: “El objeto del reconocimiento es una relación jurídica de Derecho privado, *concreta y existente, efectiva* en el sentido de que ha sido ‘objetivada’ en un ordenamiento jurídico dado, sea por la intervención de una autoridad pública, que ha hecho su existencia tangible, sea por la eficacia fundada en una apariencia objetiva (creada por el despliegue de efectos durante un tiempo en el seno de un sólo ordenamiento jurídico) de un estado o de una relación oponible a terceros” (la cursiva es original). N. Bouza Vidal, *loc. cit.*, p. 305, punto i) parece plantear cautelas en forma de preguntas, ante esta posibilidad.

para supuestos y contextos similares. Las citadas opiniones de P. Lagarde, G. Cuniberti y S. Bollée, interpretando distintas instancias del caso *Mennesson*, son llamativas. En gran medida son desarrollos, como el de la DGRN, preordenados por el resultado. Se fuerzan los mecanismos legales para concluir la posibilidad del reconocimiento. Como también señalé al comienzo, ello en sí no es en absoluto censurable, en tanto en cuanto la interpretación propuesta quepa dentro de la ley; mas, como sucedió con la Resolución de la DGRN, creo que el debate está deliberadamente desequilibrado; que no se plantean todos los argumentos relevantes con la misma intensidad. Ante el temor o la posibilidad de un no reconocimiento de la filiación extranjera determinada por la gestación por sustitución, el interés del niño se convierte en omnipresente, llegándose a hablar (a mi juicio de forma un tanto alarmista y esencialmente emotiva) de un nuevo capítulo en el problema mundial de refugiados⁸⁵, con referencia a los supuestos en los que la ausencia de reconocimiento deja a los menores en tierra de nadie (en su “país de origen” ya no tienen orígenes, en el de “acogida” tampoco). La idea de que la ausencia de reconocimiento convierte a los nacidos en las víctimas de la discrepancia entre los distintos Derechos nacionales⁸⁶ ha tenido también presencia en el ámbito estrictamente interno, cuando se habla del nacido como víctima de las acciones de los adultos que recurren a la técnica de gestación por sustitución⁸⁷. Los derechos humanos irrumpen con fuerza en el discurso y difuminan las aproximaciones más ortodoxas basadas en la aplicación de unas reglas que aparecen de forma cuasi apriorística como insatisfactorias⁸⁸, como si sólo cupiese el reconocimiento de la filiación a pesar de los elementos que juegan en su contra⁸⁹.

30. En la otra parte sustantiva del problema se hacen valer, como hemos visto, las clásicas apelaciones al orden público, a la imperatividad internacional de

⁸⁵ A.V.M. Struycken, *loc. cit.*, p. 367.

⁸⁶ *Ibid.*, p. 366.

⁸⁷ Por ejemplo, C.L. García Pérez, “Art. 10”, *Comentarios a la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida* (J.A. Cobacho Gómez, dir. y J.J. Iniesta Delgado, coord.), Cizur Menor, 2997, pp. 391–394.

⁸⁸ P. Kinsch, *passim*; aunque este autor realiza un muy ponderado equilibrio entre el discurso en términos de derechos humanos y el más cercano a las técnicas clásicas del DIPr. Para el caso que nos ocupa de gestación por sustitución es meridianamente gráfico P. Lagarde, “La reconnaissance...”, *loc. cit.*, p. 499: nada de reglas apriorísticas; aplicación del art. 3 de la Convención de derechos del niño; C. Campiglio, *loc. cit.*, p. 599, también claudica al atractivo del interés superior del niño, aunque advirtiendo que este interés puede operar tanto a favor cuanto en contra del reconocimiento..

⁸⁹ “En conclusión –señala P. Lagarde– pensamos que incluso si el legislador debiese mantener la prohibición de los contratos de maternidad subrogada, convendría en todo caso reservar la integridad de la situación jurídica de los hijos que nacen de la misma” (*loc. cit.*, p. 331). La citada Sent. Corte de Apelación de Lieja, de 6 de septiembre de 2010 (*supra*, nº 4), se adhiere en cierta medida al razonamiento: pondera la posibilidad de que las gemelas queden sin filiación establecida para declararla respecto del padre biológico, a pesar de partir (a mi juicio de forma innecesaria) de la contrariedad con el orden público de los contratos sobre seres humanos.

algunas soluciones domésticas y, cómo no, también a derechos fundamentales como el de la dignidad de la persona (art. 3 CEDH) o derechos vinculados al propio niño (art. 7 Convención sobre los derechos del niño)⁹⁰. La ponderación de todos estos elementos es delicada. Como he señalado con anterioridad, el debate en términos absolutos no permite adoptar una posición global; ésta habrá de ser siempre concreta, puesto que sin duda puede haber supuestos en los que el reconocimiento atentará contra la dignidad de la madre gestante o del nacido y otros muchos en los que no. El interés del niño y el resto de los intereses en presencia deben valorarse *in concreto* y no en abstracto. Y, en este sentido, no puedo dejar de señalar que la ausencia de reconocimiento no genera necesariamente una situación inicua en términos de dicho interés del niño. La propia experiencia española anterior a la Ley de Adopción Internacional, frente a la denegación del reconocimiento de las llamadas adopciones simples (los niños seguían con los adoptantes hasta que regularizaban su situación) y la propia realidad de los casos que conocemos en los que no se ha producido el reconocimiento de la filiación derivada de gestación por sustitución (los niños en el país de destino continúan en compañía de quienes fueron declarados padres o madres en el país de origen) nos alertan de la necesidad de dar respuesta jurídica satisfactoria a estas situaciones claudicantes, pero sin claudicar ante las opiniones catastrofistas o no suficientemente justificadas apelaciones a un interés superior del niño, que en ocasiones es utilizado como verdadero rehén por quienes pretenden ser sus padres o madres.

Las citadas tres Sentencias de la *Cour de Cassation* de 6 de abril de 2011 tienen buena cuenta de esta idea para contrarrestar la fuerza tópica de interés superior del niño y, con independencia del alambique argumental que construye (y de su pertinencia), lo cierto es que expresamente niegan la afectación de este interés en los siguientes términos: "...una situación tal [el rechazo del establecimiento de la filiación respecto de los comitentes], que no priva al niño de la filiación materna y paterna que el Derecho del Estado de Minnesota le reconoce, ni le impide vivir con los cónyuges X [comitentes] en Francia, no atenta al derecho al respeto de la vida privada y familiar de este niño en el sentido del art. 8 CEDH, ni tampoco a su interés superior garantizado por el ar. 3.1º Convenio internacional de derechos del niño"⁹¹.

31. Lo que sí es nítidamente previsible es que una posición favorable al reconocimiento de los efectos de la gestación por sustitución "extranjera" genere una clara discriminación elitista en un ordenamiento que, como el caso español,

⁹⁰ Ambos fueron los argumentos de peso utilizados por la la Sent. del tribunal de primera instancia de Huy, de 22 de marzo de 2010 (*supra*, nº 4) para rechazar el reconocimiento. También estuvieron presentes en algunos de los casos franceses citados *supra*, nº 3.

⁹¹ Sentencia *Cour Cas.* nº 371 de 6 de abril de 2011, *cit.* Texto que se repite más con las matizaciones oportunas en las otras dos sentencias, de la misma fecha.

mantenga la imperatividad de la determinación de la filiación materna por el parto; más claramente, genere una discriminación entre quienes se puedan pagar el proceso en California, en Ucrania o en la India, y quienes no⁹². Este riesgo es un efecto potencial perfectamente conocido y descrito por quienes promocionan el método de reconocimiento de forma liberal; y es un riesgo que no debe soslayarse en un discurso global⁹³. 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. Por descender a lo concreto, las condiciones previstas por la Directriz Primera, punto 3, de la Instrucción DGRN se incardinan en este ambiente *promotor* del reconocimiento; no están determinadas ni condicionadas, creo que con razón, por la solución del art. 10 Ley 14/2007; sus condiciones, obvian el obstáculo del orden público como condición general y lo especifican en una serie de requisitos que se cumplirán en un buen número de ocasiones (probablemente se cumplen en el supuesto que dio origen a la Resolución y también en los supuestos que determinaron los citados pronunciamientos de las jurisdicciones francesa y belga). Ni siquiera hacen alusión a la eventualidad de que la madre gestante haya recibido o no dinero por prestarse a la gestación por sustitución⁹⁴; a salvo una posible interpretación estricta del control de la competencia del Tribunal de origen como la que he descrito⁹⁵, el reconocimiento y la consiguiente inscripción de la filiación se puede producir en un buen número de casos.

Si el futuro va en esta u otra dirección similar –y personalmente creo que es imposible que vaya en una dirección opuesta– estamos ante una clara invitación para que el legislador español modifique la normativa sustantiva interna, en orden a admitir y regular los efectos de la gestación por sustitución. De no hacerlo, estará colaborando a fomentar la discriminación señalada y, lo que puede ser más grave aún, a crear una situación potencialmente claudicante, objetivo que el reconocimiento se afana en atajar. Describo brevemente la situación en el epígrafe siguiente.

⁹² De “práctica elitista” habla M. Atienza, “Sobre la nueva ley...”, *loc. cit.*, p. 7, en un contexto próximo al aquí tratado. La idea la lleva de forma extrema a una vulneración del art. 14 CE, A.J. Vela Sánchez, *loc. cit.*, con quien coincido sobre la necesidad de reforma aperturista, aunque no en la fundamentación derivada de los presuntos derechos fundamentales que utiliza como base axiológica.

⁹³ Ch. Pamboukis, *loc. cit.*, pp. 543–545; a mi juicio liquidando el tema de manera excesivamente expeditiva.

⁹⁴ Tópico recurrente en este ámbito como de dudosa admisibilidad. E. Farnós Amorós, p. 23, se hace eco de lo dispuesto en el art. 21 CEDH y la biomedicina de 4 de abril de 1997: “Prohibición del lucro. El cuerpo humano y sus partes, como tales, no deberán ser objeto de lucro”. *Vid.* las dudas planteadas por la citada Sentencia *High Court (Family Division)* 5 de noviembre y 9 de diciembre de 2008, a propósito del reconocimiento de un caso procedente de Ucrania en el que había mediado pago de dinero (relatado por A.V.M. Struycken, *loc. cit.*, pp. 360–361 y 366–367).

⁹⁵ *Supra*, nota 33.

4. *La estabilidad de la filiación reconocida: coordinación entre reconocimiento, ley aplicable y Derecho sustantivo*

32. Una de las lecciones que debemos extraer del supuesto resuelto por la Resolución (y los análogos ejemplos del Derecho francés o belga) es que, por más que técnicamente abracemos el reconocimiento como aproximación fetén a la valoración de los efectos de la maternidad subrogada llevada a cabo en el extranjero, la discusión sobre dichos efectos sólo se cierra de forma definitiva mediante una decisión judicial (nacional o extranjera reconocida) con efectos de cosa juzgada. La propia Resolución nos advertía de que la admisión del recurso de los promotores y la práctica de las inscripciones no cerraba la vía judicial ordinaria. Esta constatación debe conducir a matizar la tradicional confrontación entre método de reconocimiento y búsqueda de la ley aplicable a una situación jurídica dada, puesto que pueden llegar a ser dos momentos sucesivos de una misma historia jurídica en supuestos, como el que nos ocupa, que pueden ser un “típico sector de la jurisdicción voluntaria”⁹⁶. El objetivo fundamental del método del reconocimiento, concretado en la necesaria continuidad y coherencia de la relación privada a través de las fronteras jurídicas, en definitiva, en la evitación de situaciones claudicantes, se quedará a medio camino si no existe una comunicación coherente entre ámbito y condiciones del reconocimiento y ámbito de la determinación de la ley aplicable en aquellos supuestos en los que el reconocimiento no se fundamente en una decisión con efectos de cosa juzgada. Por más que sean lógica y técnicamente distintos no parece que un mismo sistema jurídico pueda soportar en términos valorativos un generosísimo sistema de reconocimiento de situaciones jurídicas consolidadas en el extranjero, pero aún abiertas a la discusión judicial, junto a un rígido sistema conflictual. El problema que nos ocupa es especialmente ilustrativo de esta necesidad, que podemos reconducirla a la idea de garantizar la estabilidad de las situaciones reconocidas.

33. En los problemas de gestación de sustitución, no ha de resultar infrecuente, sino todo lo contrario, que el reconocimiento de relaciones jurídicas *concretas, existentes y efectivas*, en los términos más atrás descritos, se realice al margen de resoluciones judiciales con efectos de cosa juzgada material. Actas extranjeras de estado civil y decisiones judiciales similares a las de jurisdicción voluntaria españolas⁹⁷ serán instrumentos frecuentes que amparen la situación consolidada en el extranjero. Aunque no puedan descartarse sentencias dictadas

⁹⁶ A.V.M. Struycken, *loc. cit.*, p. 365.

⁹⁷ Como dirán M. Virgós Soriano y F.J. Garcimartín Alférez, *op. cit.*, pp. 712–713, “resoluciones de jurisdicción voluntaria *stricto sensu*”.

en procedimientos contradictorios o equivalentes⁹⁸, no puede asegurarse que siempre sea así. Pues bien, en estos términos, un juicio positivo de reconocimiento vendría a dejar la situación tal cual quedó tras la Resolución de la DGRN en el caso que nos sirve de punto de partida: a expensas de una eventual discusión judicial sobre la filiación. Es verdad que esa es la situación habitual siempre que la inscripción de nacimiento se realiza en casos meramente internos al margen de una resolución judicial con efectos de cosa juzgada material; es decir, en la gran mayoría de los casos. Pero no es menos cierto que, en tales supuestos, el control de legalidad que se hace coincide *mutatis mutandi* con el que tendría que hacer en su caso el Juez llamado a pronunciarse sobre la filiación en un proceso contradictorio. Es decir, si se practica inscripción de nacimiento mediante declaración, como bien pone de manifiesto la Resolución, el Encargado del Registro Civil aplicará la ley determinada por nuestras normas de conflicto para fundamentar su decisión: la misma que aplicará el Juez en caso de reclamación o impugnación judiciales. También es cierto que, en numerosos supuestos, las propias limitaciones previstas por los derechos sustantivos en cuanto a la legitimación activa en las acciones de filiación y los plazos para su interposición reducirán el espectro de posibles demandas; pero no pueden descartarse. En este sentido, creo que si no se impone, sí al menos resulta muy conveniente, una coordinación que tienda a garantizar que lo que se hace valer mediante el reconocimiento no se deshaga mediante la ley aplicable y la ley efectivamente aplicada, por seguir con la contraposición metodológica de la que ya parte la Resolución. ¿Cómo ha de ser tal coordinación?

34. Descendiendo al caso que nos ocupa, y siempre bajo la aceptación de que los supuestos de gestación por sustitución pueden ser reconocidos en España bajo determinadas condiciones (entre las que, por hipótesis, excluyo un control de ley aplicable, puesto que en tal caso no se daría el problema que ahora analizo), una opción para evitar el problema descrito pasaría por considerar que tales situaciones llevan su propio régimen jurídico a cuestras allá donde sean reconocidas: las vicisitudes se solventarían a la luz de la ley que las vio nacer. Por ejemplo, en el caso de los gemelos californianos, la ley de California se aplicaría a una potencial reclamación de maternidad de la madre gestante⁹⁹. Tal solución no parece que case bien con la actualidad de nuestro sistema, donde la aplicación de nuestras normas de conflicto es imperativa. Una segunda opción podría ser, ac-

⁹⁸ Los supuestos en los que la madre gestante se niega a entregar al nacido o los comitentes se niegan a recibirlo ya han deparado decisiones de este tipo (v.gr., *Johnson v. Calvert* o el popular *In Re Marriage of Buzzanca*, ambos descritos por E. Farnós Amorós, pp. 8–9).

⁹⁹ Es ésta una cuestión que recuerda (si bien no se identifica con ella) a la de la determinación de los efectos de las situaciones reconocidas. Y la solución no es ni pacífica ni clara. Vid. P. Lagarde, “La reconnaissance...”, *loc. cit.*, pp. 495–497; A. Bucher, (Informe GEDIP) *cit.*, ap. V; N. Bouza Vidal, *loc. cit.*, p. 305, punto iii).

tuar sobre dicha norma de conflicto (en nuestro caso, el art. 9.4º Cc) para flexibilizarla y que no supusiese una nueva condición de reconocimiento enmascarada en forma de norma de conflicto, aun reducida a los supuestos contenciosos. A primera vista, modificar la norma de conflicto, que hoy se remite, como sabemos, a la ley personal del hijo en materia de filiación, no resultaría eficaz a la luz del supuesto tipo con el que trabajamos y que seguramente será el supuesto tipo del futuro: nacionales españoles que recurren a la maternidad subrogada en el extranjero. Y no resultaría eficaz, puesto que las alternativas regulativas más plausibles en materia de filiación serían la ley nacional del hijo o la ley de la residencia habitual del hijo: ambas nos conducirían a la ley española con los resultados conocidos. Considerar cualquiera de los puntos de conexión señalados en el momento del nacimiento en función de un cierto *favor filii*¹⁰⁰ tampoco nos resolvería el tema, puesto que, por un lado, el criterio para optar entre el momento de la acción y el del nacimiento no sería fácil de determinar (ante, por ejemplo, una reclamación de la madre gestante ¿qué *favor filii*?) y, por otro lado, es posible que la interpretación de dichos puntos de conexión no determinasen alternativa real¹⁰¹. También cabría proponer una norma de conflicto específica para la filiación en los casos de gestación por sustitución; técnicamente podría articularse dotándose de una conexión a la ley del nacimiento (que presumiblemente ratificaría la filiación reconocida); sería una salida posible, si bien poco ajustada con la opción básica de nuestro sistema, tendente a una solución única para todos los títulos de legitimación de la filiación, a salvo la adoptiva, con base en el principio constitucional de igualdad de todos los hijos¹⁰². A la vista de todos los intereses implicados (también del aludido de la discriminación por razón de capacidad económica), creo que la vía más simple de solventar este posible peligro de ruptura de la situación reconocida sería modificar el Derecho sustantivo, la Ley 14/2006, dando entrada a la admisión de la maternidad por subrogación, regulándola detalladamente y proyectando los principios de tal regulación a las condiciones de reconocimiento de las situaciones generadas o consolidadas

¹⁰⁰ Desde la modificación del art. 9.4º Cc se ha barajado esta opción: *vid.* J.D. González Campos, *Comentarios del Código civil*, Madrid, Ministerio de Justicia, 1991, vol. I, p. 86.

¹⁰¹ La nacionalidad sería la misma y la residencia habitual de un recién nacido es una conexión no fácil de definir: *vid.* en la jurisprudencia estadounidense el caso *Kijowska v. Haines*, (7th Cir. Sept. 8, 2006) que interpretó el concepto de residencia habitual del menor en el caso de un recién nacido en EE UU cuya madre se lo llevó inmediatamente a su país de origen (Polonia) como la residencia habitual de la madre, puesto que los datos hacían prever que ésta no tenía ninguna intención de instalarse en EE UU (como en el supuesto tipo de gestación por sustitución). El texto completo lo he consultado en <http://openjurist.org/463/f3d/583/kijowska-v-l-haines> (última consulta 21 de noviembre de 2010). Por supuesto, sólo se trata de un ejemplo, aunque próximo a soluciones más cercanas, como muestra la STJ 22 de diciembre de 2010 (as. C-497/10, PPU: *Mercredi*), sobre la determinación de la residencia habitual de un lactante. Nosotros deberíamos tomar nuestra propia decisión desde el sistema español del DIPr.

¹⁰² J.D. González Campos, *loc. cit.*, pp. 84-85.

en el extranjero: es lo que indirectamente están pidiendo las condiciones establecidas por la Directriz Primera Punto 3 de la Instrucción.

VI. Conclusiones y peticiones

35. El supuesto que dio origen a la Resolución de la DGRN de 18 de febrero de 2009 es un buen banco de pruebas para medir la capacidad de nuestro sistema de DIPr a la hora de abordar satisfactoriamente intereses nuevos planteados por también nuevas situaciones. Como hemos visto, ni la novedad del problema ni la oportunidad de resolverlo es exclusiva de nuestro país. Las autoridades de países de nuestro entorno han lidiado recientemente con supuestos similares y, sin duda, al igual que ocurrirá en España, habrán de seguir lidiando con ellos en el futuro. La Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado parece que va a incluir el tema en su agenda. En nuestro caso, los distintos hitos del supuesto real de partida que dio origen a la Resolución DGRN de 19 de febrero de 2009 ponen de manifiesto la tensión entre las *reglas* de DIPr, cuya aplicación más intuitiva conduce a la negación de eficacia a estos supuestos de gestación por sustitución consolidados en el extranjero, y los *principios* (esencialmente el de interés de los niños en la continuidad de sus relaciones de filiación consolidadas conforme al país de origen). En otros países (también en España, si no existiesen obstáculos como el del art. 23 LRC), el tema se plantea en términos de conflicto entre principios, mediante el recurso al orden público o al fraude a la ley. En todos los casos, no obstante, el problema se ha enfocado correctamente en términos de reconocimiento de la situación consolidada en el extranjero. Los problemas más evidentes que surgen en este ámbito son, a mi juicio, los de determinación de las específicas condiciones del reconocimiento y los de la garantía de estabilidad de la situación una vez reconocida. Desde una perspectiva más global, más sociológica, si se quiere, la realidad es que en sistemas como el nuestro, cuyo Derecho sustantivo de manera imperativa sigue basando en el parto el establecimiento de la maternidad, las dos grandes opciones posibles conducen a resultados insatisfactorios: si rechazamos el reconocimiento, contribuimos a la consolidación de situaciones claudicantes en materia de estado civil y se nos echa encima la precaria situación de los niños. Una situación que por lo general no es tan dramática como se pretende hacer ver por quienes utilizan su “superior interés” como una especie de piedra filosofal con capacidad absoluta para transmutar cualquier supuesto de gestación por sustitución en universalmente válido, pero que no está normalizada en términos jurídicos: la descripción de las últimas sentencias de la *Cour de Cassation* (simplificando: ya existe una relación de filiación reconocida en el país de origen y en Francia seguirán viviendo juntos niños y comitentes) es, cuando menos, sorprendente. Si admitimos el reconocimiento (por supuesto, bajo unas condiciones que no supongan un

tratamiento indiferenciado de todo supuesto extranjero), estaremos favoreciendo esa especie de discriminación inversa respecto de las situaciones meramente internas y fomentando un elitismo en el acceso a la gestación por sustitución.

Desde el punto de vista del Derecho positivo, la situación creada por la Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010, no modifica sustancialmente la situación anterior, como he tratado de demostrar. Sin embargo no es en absoluto inocua. Al menos, envía un claro mensaje posibilista: bajo determinadas circunstancias –y en función de cómo se interpreten, puede que no excesivamente gravosas– el reconocimiento en España de la filiación extranjera derivada de la gestación por sustitución es posible. Como hemos visto, si el filtro para el reconocimiento de este tipo de situaciones no es lo suficientemente tupido y el Derecho sustantivo no varía, se corre el riesgo de provocar una evidente incoherencia valorativa entre lo que propondría la Instrucción y lo que sigue dictando la Ley 14/2006. En estas circunstancias, y teniendo en cuenta los valores superiores (todos) presentes en la gestación por sustitución, lo más coherente es, a mi juicio, modificar nuestro Derecho sustantivo admitiendo y regulando condiciones y efectos de dicha figura. Ello soluciona alguno de los problemas descritos. Por supuesto, no excluye, sino todo lo contrario, la necesidad de establecer también una coherente regulación del reconocimiento de las situaciones de gestación por sustitución provenientes del extranjero. La situación del Derecho positivo en este momento es de absoluta “indiferenciación”; la Instrucción tiene la virtud de iniciarnos en esa necesaria diferenciación en función de cada situación. Regulación sustantiva y regulación de DIPr han de ir de la mano. El ejemplo de la adopción internacional es tan próximo como ilustrativo. La forma y contenido de esa regulación sobre el reconocimiento de la filiación nacida de gestación por sustitución acaecida en el extranjero es una cuestión de futuro sobre la que los grandes trazos se me antojan de difícil determinación en este momento. Pero como la realidad va muy por delante del Derecho en este tema y, sobre todo, corre mucho más y es casi imposible poner puertas al campo en este mundo global, la regulación especial se impone ya: al menos, una nueva regulación legislativa estableciendo claramente vías y condiciones de reconocimiento –la Instrucción, aunque puede apuntar criterios regulativos, es ilegal y, en todo caso, absolutamente insuficiente–, junto con la modificación de la regulación sustantiva que he propuesto.