

# Registro de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución y su articulación en el régimen de reconocimiento de resoluciones judiciales en el Derecho Internacional Privado español

por

ANA MORENO SÁNCHEZ-MORALEDA  
*Profesora de Derecho Civil e Internacional Privado*  
*Facultad de Derecho de la Universidad de Sevilla*

## SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN.
- II. DOS POSTURAS DISTINTAS: LA RESOLUCIÓN DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE REGISTROS Y DEL NOTARIADO, DE 18 DE FEBRERO DE 2009, Y LA SENTENCIA DEL JUZGADO DE 1.<sup>a</sup> INSTANCIA DE VALENCIA, DE 17 DE SEPTIEMBRE DE 2010:
  1. LA CALIFICACIÓN REGISTRAL ESPAÑOLA RESPECTO DE LA CERTIFICACIÓN DE NACIMIENTO EXTRANJERA.
  2. CONFORMIDAD O NO DE LA INSCRIPCIÓN CON EL PRINCIPIO DE IGUALDAD Y EL PRINCIPIO DEL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR.
- III. INSTRUCCIÓN DE 5 DE OCTUBRE DE 2010, DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO, SOBRE RÉGIMEN REGISTRAL DE LA FILIACIÓN DE LOS NACIDOS MEDIANTE GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN:
  1. LOS INSTRUMENTOS NECESARIOS PARA QUE LA FILIACIÓN MEDIANTE GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN TENGA ACCESO AL REGISTRO CIVIL ESPAÑOL CUANDO

- UNO DE LOS PROGENITORES SEA DE NACIONALIDAD ESPAÑOLA: EL RECONOCIMIENTO DE LA RESOLUCIÓN EXTRANJERA.
2. EL RECONOCIMIENTO INCIDENTAL DE LA RESOLUCIÓN JUDICIAL PREVIO A LA ATRIBUCIÓN DE FILIACIÓN DE LOS NACIDOS MEDIANTE GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN.
  3. ¿HAY INCOMPATIBILIDAD MANIFIESTA CON EL ORDEN PÚBLICO SI PRIMA EL INTERÉS DEL MENOR?

## I. INTRODUCCIÓN

La Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida, establece en su artículo 10.1 que será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero. Para estos casos, en el párrafo segundo de dicho precepto se prevé que la filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto. Queda a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales.

Esta previsión legal contempla la posibilidad de atribuir la paternidad del nacido mediante esta técnica, por los medios ordinarios regulados en nuestra legislación, permitiendo la inscripción del menor en el Registro Civil. En efecto, el artículo 10.3 de la Ley 14/2006, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida, permite el ejercicio tanto de la acción de reclamación de la paternidad correspondiente al hijo como la de reclamación por parte del padre biológico de la filiación paterna. Las acciones a las que se refiere el precepto referido son las generales de determinación legal de la filiación, regulada en los artículos 764 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC), siendo competentes los Tribunales españoles, en virtud de los criterios sobre competencia judicial internacional fijados en el artículo 22 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ).

Aunque, como se ha indicado, la legislación española regula otras vías legales que permiten la atribución de paternidad del nacido, ante la Dirección General de Registros y Notariado (DGRN) se han interpuesto recursos contra resoluciones de distintos encargados de Registros Civiles Consulares, que deniegan la inscripción del nacimiento de niños nacidos en el extranjero de madres gestantes que, en virtud de un contrato de gestación de sustitución, han renunciado a su filiación materna (1).

---

(1) Es conocido que, frente a lo que resulta en España de la Ley 14/2006, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida, que considera nulos de pleno derecho los contratos por los que se acuerde la gestación por una mujer que renuncia a la filiación materna e impone que en tales casos la filiación de los hijos se determine por el parto, el fenómeno de los llamados «vientres de alquiler» es admitido por otros ordenamiento jurídicos que aceptan que en estos supuestos la mujer que da a luz no sea considerada madre del niño.

La eventual eficacia en España en casos de gestación por sustitución de la filiación a favor de quienes contratan con la madre biológica cuando el contrato y el parto tienen lugar en países que admiten esta práctica resulta especialmente controvertida. De hecho, ha alcanzado gran relevancia en los medios de comunicación las vicisitudes legales de la solicitud por parte de una pareja de ciudadanos españoles, de la inscripción de nacimiento como sus hijos en el Registro Civil, de los nacidos en California mediante gestación por sustitución, que tras el rechazo inicial por parte del encargado del Registro Civil Consular, fue aceptada por la DGRN mediante Resolución de 18 de febrero de 2009, en la que se ordenaba la inscripción en el Registro Civil de un nacido como consecuencia de un contrato de gestación por sustitución.

La inscripción registral practicada en ejecución de la referida Resolución fue recurrida en sede judicial, y fue anulada mediante sentencia del Juzgado de 1.<sup>a</sup> Instancia de Valencia, de 17 de septiembre de 2010 (2).

El problema que se plantea en el Estado español es la inscripción registral y el reconocimiento de la filiación determinada conforme a la legislación extranjera, que permite el uso de la maternidad subrogada y reconoce efectos legales a la renuncia de filiación de la madre gestante a favor del sujeto o sujetos comitentes.

## II. DOS POSTURAS DISTINTAS: LA RESOLUCIÓN DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE REGISTROS Y DEL NOTARIADO, DE 18 DE FEBRERO DE 2009, Y LA SENTENCIA DEL JUZGADO DE 1.<sup>a</sup> INSTANCIA DE VALENCIA, DE 17 DE SEPTIEMBRE DE 2010

En el origen de la cuestión, como se ha apuntado, está la pretensión de dos varones españoles casados, de que en el Registro Consular de España en Los Ángeles se inscribiera a dos menores como hijos suyos, aportando, con tal finalidad, un certificado de nacimiento, expedido por las autoridades californianas, en el que constaba la paternidad de los varones, integrantes del matrimonio, respecto de dichos menores.

El encargado del Registro Civil Consular denegó la inscripción solicitada, argumentando que los hijos habían sido concebidos a través de gestación por

---

En el Reino Unido desde la entrada en vigor de la *Surrogacy Arrangements Act* (1985), los acuerdos de maternidad subrogada son homologables judicialmente si no se persiguen fines lucrativos, no se publicitan y se realizan sin la intervención de intermediarios o agencias. El ordenamiento griego establece efectos legales a la maternidad subrogada, previa acreditación de los requisitos del artículo 1 de la Ley 3089/2002, sobre reproducción humana médicaamente asistida.

(2) Confirmada por la SAP de Valencia, Sección 10.<sup>a</sup>, de 23 de noviembre de 2011 (Rec. 949/2011).

sustitución, la cual está prohibida por la legislación española, que, en este supuesto, considera a la gestante como madre legal del niño.

Sin embargo, la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado (RDGRN), de 18 de febrero de 2009, estimó el recurso de los varones, revocando el auto recurrido, de modo que ordenó que se procediera a la inscripción de los gemelos como hijos de los recurrentes.

La DGRN explicaba que la inscripción en el Registro Civil español del nacimiento de sujeto español acaecido en el extranjero puede tener lugar a través de la correspondiente declaración del sujeto [art. 168 del Reglamento del Registro Civil (RRC)] (3) o a través de la presentación de una certificación registral extranjera en la que conste el nacimiento y la filiación del nacido.

Dicha Resolución aplicó el artículo 81 RRC, el cual considera como título para la inscripción el «documento auténtico extranjero, con fuerza en España con arreglo a las leyes o Tratados internacionales».

Apoyándose en este precepto, la DGRN entendió que el funcionario encargado del Registro Consular debía limitarse a comprobar si, como exige el artículo 85 RRC, el documento aportado era «regular y auténtico, de modo que el asiento [...] en cuanto a los hechos de que da fe, tenga garantías análogas a las exigidas para la inscripción por la Ley española».

En definitiva, básicamente, postulaba un control formal de la certificación, consistente en la comprobación de que se trataba de un documento público autorizado por una autoridad registral extranjera, que desempeñara funciones equivalentes a las de las correspondientes españolas (lo que en el caso contemplado se cumplía).

Excluía, pues, que hubiera que verificar si la filiación, cuya inscripción se pretendía, se ajustaba, materialmente, a la legislación española (que, como he señalado, prohíbe la gestación por sustitución) (4).

---

(3) En el caso de inscripción del nacimiento por declaración, el encargado del Registro deberá proceder a un control de legalidad de los hechos referidos en la declaración y de esta misma. Para ello, el encargado deberá aplicar las normas jurídicas pertinentes y si el supuesto presenta elementos extranjeros, deberá, en primer término, concretar la legislación, española o extranjera, reguladora de dichos hechos y declaraciones. A tal efecto, el encargado deberá aplicar inexcusablemente, las normas de conflicto españolas, que son aplicables de oficio [art. 12.6 Código Civil (CC)]. Es decir, en estos supuestos surge una cuestión de «ley aplicable» a ciertos hechos y declaraciones y ello exige la precisión de la Ley reguladora de los mismos a través de las normas de conflicto españolas (art. 9.4 CC).

(4) Como explican CALVO CARAVACA A. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., «Gestación por sustitución y Derecho Internacional Privado: consideraciones en torno a la Resolución de la DGRN, de 18 de febrero de 2009», en *Cuadernos de Derecho Transnacional*, núm. 2, 2009, págs. 297 y 298, en efecto, la DGRN indica que, en este caso, la cuestión controvertida (filiación de los nacidos en California: ¿quiénes son sus padres?) no suscita un problema de «derecho aplicable a la filiación», sino una cuestión de «efectos jurídicos en España de una decisión pública extranjera». Se trata, en realidad, de una cuestión de «validez extraterritorial de decisiones» (extranjeras) en España. En consecuencia, para decidir en torno al eventual

La DGRN ubicaba la cuestión controvertida en este supuesto dentro del ámbito de la validez extraterritorial de decisiones: la norma de conflicto debe aplicarse exclusivamente cuando es necesario determinar la Ley aplicable a las situaciones privadas internacionales que se plantean por primera vez ante autoridades españolas, y no debe aplicarse cuando ya existe una decisión pronunciada por autoridad registral extranjera. Por ello, aplicó al caso que se le presentó, las normas españolas que regulan el acceso al Registro Civil español de las certificaciones registrales extranjeras, esto es, el artículo 81 RRC y no las normas de conflicto españolas y tampoco las normas sustantivas españolas que determinan la filiación (5). Utilizó el método de reconocimiento que exime de la búsqueda de la ley aplicable a la situación privada internacional y permite aplicar la norma que regula la cuestión de saber si la decisión extranjera debe surtir efectos jurídicos en España (6).

Eso sí, tuvo en cuenta la RDGRN el límite del orden público internacional español, argumentando, sin embargo, que el mismo no resultaba vulnerado por la inscripción solicitada, al no haber contradicción con «la estructura básica y fundamental de la sociedad española», desde el momento en que la legislación de nuestro país permitía la adopción por dos varones, era conforme al derecho

---

acceso de la decisión registral californiana al Registro Civil español, las autoridades registrales españolas no deben aplicar las normas de conflictos españolas y tampoco deben aplicar la ley sustantiva designada por tales normas de conflicto (la Ley 14/2006, de 26 de mayo de 2006, sobre técnicas de reproducción asistida). Las autoridades registrales españolas deben proceder a la aplicación de otro conjunto distinto de normas: las normas específicas que, en Derecho Internacional Privado (DIPr.) español, disciplinan el acceso de las certificaciones registrales extranjeras en el Registro Civil español (normas que forman parte integrante del sector de la validez extraterritorial de decisiones en DIPr. español y que no son normas de conflicto y, en concreto, se trata del art. 81 RRC). En consecuencia, no se trata de decidir qué ley rige la filiación de los nacidos en California. Tampoco se trata de decidir quién gana la hipotética «batalla entre normas de conflicto», que se desarrolla entre la norma de conflicto californiana (que defiende la aplicación a las cuestiones de filiación de la *lex fori*) y la norma de conflicto española (que indica que la filiación debe regirse por la Ley nacional de los menores: art. 9.4 CC). Toda la RDGRN, de 18 de febrero de 2009, gira en torno a esta fundamental perspectiva metodológica.

(5) En efecto el artículo 9.4 del Código Civil es aplicable solo cuando se insta a través de declaración del sujeto (art. 168 RRC), la inscripción en el Registro Civil español del nacimiento de un español en el extranjero. En ese caso, el encargado del Registro Civil debe determinar la filiación mediante la ley material a la que remite el artículo 9.4 del Código Civil y en consecuencia, también, en su caso, la Ley 14/2006, sobre técnicas de reproducción asistida.

(6) La perspectiva del reconocimiento no extiende el razonamiento jurídico a las normas de conflicto. La ley aplicable a las situaciones privadas internacionales siempre pervive. En el caso planteado ante la DGRN, la autoridad californiana debe aplicar su ley estatal que es la ley que regula la filiación. Y dicha ley estatal reguladora de la filiación se determina con arreglo a las normas de conflicto del Estado donde surge, por vez primera, la cuestión de la filiación de los nacidos (el Estado de origen de la decisión: que es California en este caso). La DGRN, en la resolución, dice poner en su sitio a la norma de conflicto: esta sirve para determinar la ley aplicable a las situaciones privadas internacionales, no para determinar si una decisión extranjera surte o no efectos en España.

fundamental a la no discriminación y protegía el interés de los menores a no quedar sin filiación determinada.

Por tanto, el tema que nos ocupa planteaba dos cuestiones:

De un lado, una cuestión puramente registral, consistente en determinar hasta dónde alcanza la labor de calificación registral del certificado de nacimiento extranjero, es decir, si además de un control formal del documento, debe realizarse un control material del mismo, esto es, comprobar si la filiación de que da fe es conforme a la legislación española.

De otro lado, la compatibilidad de la resolución adoptada con los principios básicos del ordenamiento jurídico español (igualdad e interés superior del menor).

Estos problemas fueron afrontados por la sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Valencia, número 15, que resolvió el recurso interpuesto por el Ministerio Fiscal contra la decisión de la DGRN de autorizar la inscripción, que, un primer momento, había sido denegada.

## 1. LA CALIFICACIÓN REGISTRAL ESPAÑOLA RESPECTO DE LA CERTIFICACIÓN DE NACIMIENTO EXTRANJERA

La sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Valencia situaba la cuestión estrictamente registral evidenciando que los artículos 81 y 85 RRC no podían ser aplicados porque hacían abstracción de lo dispuesto en el artículo 23 de la Ley del Registro Civil (LRC), norma esta de mayor rango normativo que los preceptos reglamentarios citados.

Conforme a dicho artículo 23 LRC, podrá practicarse inscripción, «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».

La sentencia constataba que la Resolución recurrida contradecía este precepto, el cual, al imponer al encargado del Registro la comprobación «de la realidad del hecho inscrito», exigía, no ya un control formal de la calificación, sino, además, que no se tuviese duda de que lo establecido en la certificación era real; y, en este caso, el encargado debería verificar que realmente ambos solicitantes eran los padres de los menores, cuya inscripción se pretendía, que no lo eran, ni podían serlo a efectos materiales, pues biológicamente resultaba imposible.

Por otro lado, señalaba que, según el artículo 23 LRC, era necesario examinar si la inscripción que se pretendía era conforme con la Ley española; y añadía que el legislador no utilizaba aquí expresiones genéricas, como el orden

público, ni siquiera un término un poco más concreto, como legislación u ordenamiento jurídico español, sino que expresamente se refería a que el deber del encargado del Registro era examinar si la certificación que se presentaba era legal conforme a la Ley española.

La conclusión de la sentencia era la siguiente: la certificación no se ajusta a la Ley material española, pues, como dispone el artículo 10.1 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, de Técnicas de Reproducción Asistida, será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero. La nulidad del contrato de gestación por sustitución hace que, a efectos legales, haya que considerar siempre como madre a la gestante, y no a la biológica (en el caso de que esta sea distinta de aquella). El número segundo del artículo 10 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, dice, así, que la filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto (7).

Ahora bien, y esto es una crítica a la postura que sostiene la sentencia sobre este tema y que fue ya defendida por la RDGRN, en el caso de inscripción del nacimiento mediante presentación de la correspondiente certificación registral extranjera en la que conste el nacimiento y la filiación del nacido, la solución legal es completamente distinta.

Una correcta perspectiva metodológica conduce a afirmar que el acceso de las certificaciones registrales extranjeras al Registro Civil español debe valorarse no a través de la aplicación del derecho sustantivo español, ni a través de las normas de conflicto españolas, sino a través de las normas específicas que en Derecho español disciplinan el acceso de las certificaciones registrales extranjeras al Registro Civil español. Perspectiva metodológica que ha asumido nuestro legislador. En efecto, para estos supuestos, el legislador ha previsto un mecanismo técnico específico que se encuentra recogido en el artículo 81 RRC. La certificación registral extranjera constituye una decisión adoptada por las autoridades extranjeras y en cuya virtud se constata el nacimiento y la filiación del nacido. En consecuencia, y visto que existe una decisión extranjera en forma de certificación registral extranjera, el acceso de la misma al Registro

---

(7) La legislación española, en este punto, coincide con las legislaciones italiana y francesa. En el Derecho italiano el contrato de gestación por sustitución es nulo de pleno derecho en cualquiera de sus modalidades, según resulta del artículo 12.6 de la Ley de 19 de febrero de 2004, número 40, que dispone que será penado, con reclusión de tres meses a dos años y con la multa de 600.000 a un millón de euros, quien, de cualquier modo, realiza, organiza o publicita la subrogación de maternidad. La nulidad del contrato de gestación por sustitución implica que la filiación se determinará por el parto, de modo que, a efectos legales, la gestante será siempre considerada como madre. También la legislación francesa es contraria a la gestación por sustitución. El artículo 16.7 del Código Civil francés, en la redacción dada al precepto por la Ley 1994-653, de 29 de julio de 1994, dispone, así, que toda convención referida a la procreación o a la gestación por cuenta de otro es nula, debiendo entenderse, por aplicación del artículo 16.9 del mismo Código, que tal nulidad es de orden público.

Civil español constituye no una cuestión de «ley aplicable», sino una cuestión de «validez extraterritorial de decisiones extranjeras en España» o de reconocimiento, en este caso, una cuestión de acceso de las certificaciones registrales extranjeras al Registro.

La aplicación del artículo 81 RRC excluye, por tanto, la utilización de las normas españolas de conflicto de Leyes, y en concreto, la del artículo 9.4 del Código Civil. Por tanto, también excluye la aplicación de la Ley sustantiva a la que tales normas de conflicto españolas pudieran conducir, como la Ley 14/2006, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida. Las normas de conflicto españolas y las normas sustantivas designadas por tales normas de conflicto son solo aplicables a los supuestos que surgen ante las autoridades españolas sin que haya sido dictada una decisión por autoridad pública extranjera. Por consiguiente, son aplicables en el presente caso las normas jurídicas españolas que regulan el acceso al Registro Civil español de las certificaciones registrales extranjeras, esto es, el artículo 81 RRC, y no las normas de conflicto españolas y tampoco las normas sustantivas españolas que determinan la filiación.

El artículo 81 RRC no ofrece ningún elenco concreto de los requisitos que debe reunir el documento registral extranjero a fin de poder practicar la correspondiente inscripción en el Registro Civil español con base en el título registral extranjero. Tampoco indica el precepto qué método debe seguirse al respecto, que se limita a subrayar que el documento extranjero debe presentar fuerza en España.

La RDGRN, de 18 de febrero de 2009, es la que sostiene que el artículo 81 RRC requiere un control de legalidad, pero que no consiste en exigir que la autoridad registral extranjera haya resuelto el caso de modo idéntico a como lo habría resuelto una autoridad registral española. Las razones que se aducen son las siguientes: la primera es que las autoridades registrales extranjeras aplican sus propias normas de conflicto para determinar la ley reguladora de la filiación; la segunda razón descansa en la idea de reducir los costes de transacción conflictuales (evitar la repetición de procesos registrales); y la tercera razón apunta al carácter claudicante de la certificación de nacimiento (para evitar que los nacidos en California dispongan de una determinada filiación en California y otra diferente en España, lo que vulneraría la seguridad jurídica en el contexto internacional). Por ello, la RDGRN concreta cuáles son dichos requisitos dentro del círculo hermenéutico del artículo 81 RRC (no aplica por analogía el sistema de *exequátor* del art. 954 LEC 1881, pues no resulta aplicable a las resoluciones relativas a actos de jurisdicción voluntaria): 1.º Condiciones formales que garantizan la autenticidad del título registral extranjero (en los términos del art. 323 LEC) (8); 2.º Equivalencia funcional de las autoridades registrales con

---

(8) Conforme al artículo 323.2.º LEC, un documento extranjero puede ser considerado como público cuando en la confección de dicho documento se han observado los requisitos

las autoridades registrales españolas (art. 85 RRC) (9); 3.<sup>º</sup> Ajuste del impacto legal de la decisión extranjera con el orden público internacional español; 4.<sup>º</sup> Control de competencia de la autoridad registral extranjera; 5.<sup>º</sup> Control de los derechos de defensa de los implicados en el procedimiento registral llevado a cabo en el Estado de origen.

Sin embargo, se deja sin resolver el problema jurídico de la posibilidad de que una simple decisión de una autoridad extranjera puede ser inscrita en el Registro Civil español. Matiz jurídico relevante será el acceso formal de esas decisiones en el Registro y cuáles deban ser sus condiciones, lo que ha resuelto la Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010, como veremos.

## 2. CONFORMIDAD O NO DE LA INSCRIPCIÓN CON EL PRINCIPIO DE IGUALDAD Y EL PRINCIPIO DEL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR

Otro de los inconvenientes que mencionaba la RDGRN, de 18 de febrero de 2009, era el ajuste al orden público internacional de la certificación registral californiana, pero argumentaba que dicha certificación registral extranjera no vulneraba dicho orden. En efecto, decía, dicha certificación no lesionaba los valores jurídicos básicos del Derecho español, es decir, la incorporación de esta certificación registral extranjera al orden jurídico español no dañaba los intereses generales, no perjudicaba la estructura jurídica básica del Derecho español y, por ello, tampoco lesionaba la organización moral y jurídica general, básica y fundamental de la sociedad española.

La resolución consideraba que denegar la inscripción de la filiación solicitada implicaría una discriminación, ya que vendría motivada por el hecho de tener

---

que se exijan en el país donde se hayan otorgado para que el documento pueda ser considerado como «documento público» o documento que hace «prueba plena en juicio» (art. 323.2.<sup>º</sup> LEC) y siempre que se acompañe de la correspondiente legalización (art. 88 RRC) o apostilla. Quedan eximidos de legalización los documentos cuya autenticidad le consta directamente al encargado del Registro, o los que le han llegado por vía oficial o por diligencia bastante. Por otro lado, se exige igualmente que el documento se presente con la correspondiente traducción (art. 86 RRC).

(9) Así lo exige el artículo 85 RRC, que para practicar inscripciones sin expediente en virtud de certificación de registro extranjero, se requiere que este sea regular y auténtico, de modo que el asiento de que se certifica, en cuanto a los hechos de que da fe, tenga garantías análogas a las exigidas para la inscripción por la Ley española. En el supuesto, la autoridad registral californiana no se habría limitado a dar fe de unas manifestaciones de voluntad de los interesados, sino que habría intervenido en la constatación registral del nacimiento y de la filiación, con un grado de implicación sustancial y constitutivo, es decir, mediante un control del ajuste de los hechos y de los actos a la Ley aplicable. La constancia registral del nacimiento y de la filiación de los nacidos es el resultado de un proceso lógico jurídico y constitutivo llevado a cabo por la autoridad registral extranjera competente.

los cónyuges el mismo sexo (10). Además, señalaba que en el Derecho español se permite que la filiación por naturaleza conste en el Registro Civil a favor de dos mujeres: artículo 7.3 de la Ley 14/2006, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida, aunque el nacido no proceda del material genético de la mujer cónyuge de la mujer que da a luz (11).

Por ello, según la RDGRN, el Derecho español no admite el contrato de maternidad subrogada, la inscripción en el Registro Civil español de la certificación registral californiana expedida tras un contrato como el citado, produciría unos efectos legales que no dañarían al orden público español.

---

(10) La inscripción en el Registro Civil español del nacimiento y de la filiación de los nacidos en California en favor de dos sujetos varones no vulnera el orden público internacional español, ya que también en Derecho español se admite la filiación en favor de dos varones en casos de adopción, sin que quepa distinguir entre hijos adoptados e hijos naturales, ya que ambos son iguales ante la Ley (art. 14 CE). Si la filiación de un hijo adoptado puede quedar establecida en favor de dos sujetos varones, idéntica solución debe proceder también en el caso de los hijos naturales.

(11) Así, el artículo 7 de la Ley 14/2006, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida, que en su versión original afirmaba que la filiación se rige por las reglas civiles, pasa a incorporar en el año 2007 un tercer y último párrafo, según el cual la mujer casada con aquella que utiliza alguna de estas técnicas podrá hacer una manifestación ante el encargado del Registro Civil del domicilio conyugal a los efectos de que cuando se produzca el nacimiento se determine a su favor la filiación: Artículo 7.3.<sup>º</sup>: «Cuando la mujer estuviere casada, y no separada legalmente o de hecho, con otra mujer, esta última podrá manifestar ante el encargado del Registro Civil del domicilio conyugal, que consiente en que cuando nazca el hijo de su cónyuge, se determine a su favor la filiación respecto del nacido». Esta adición se produce a través de la Disposición Adicional contenida en la Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas. A la vista de este nuevo párrafo, hay que considerar que para que se determine la filiación a favor de la mujer cónyuge de la futura madre será necesario que aquella manifieste ante el encargado del Registro Civil del domicilio conyugal que consiente se determine a su favor la filiación del hijo que nazca fruto de la reproducción asistida. Sin este trámite parecería que el nacido solo ostentaría la filiación materna de la madre biológica pero no la de la consorte de esta, que estaría entonces avocada a la adopción para que se considerase que el hijo fuera legalmente suyo. Este precepto permite, como si se tratase de una condición, la filiación natural del hijo a favor de dos mujeres casadas, lo que vendría a ser una doble filiación matrimonial por naturaleza. Uno de los argumentos que utiliza la Resolución es que el artículo 7.3.<sup>º</sup> de la Ley 14/2006 permite que la filiación natural de un hijo conste en el Registro Civil a favor de dos mujeres, por lo tanto, también debe permitirlo a favor de dos varones, so pena en caso de prohibirlo, de estar ante una discriminación por razón de sexo proscrita en el artículo 14 CE. No entramos en este último argumento, que sería objeto de otro trabajo distinto, digamos que esta afirmación puede ser discutible porque estamos ante situaciones no comparables, pero traemos a colación la Resolución en cuanto reconoce el alcance de la introducción del artículo 7.3.<sup>º</sup> de la Ley 14/2006, dando carta de naturaleza a algo que la Dirección poco tiempo antes había denegado. Son ya varios los recursos contra decisiones de Jueces encargados del Registro Civil que se han negado a practicar la inscripción de la doble filiación materna matrimonial. La Dirección General de los Registros y del Notariado, en Resoluciones de 17 de abril de 2008, de 17 de mayo de 2008 y de 22 de mayo de 2008, han resuelto a favor de la inscripción de la filiación a favor de la esposa de la madre biológica, sin que sea necesario acudir a la adopción.

Sin embargo, la sentencia del Juzgado de 1.<sup>a</sup> Instancia de Valencia, de 17 de septiembre de 2010, pone de manifiesto que la no procedencia de la inscripción no nace de que los solicitantes sean varones, sino de que los bebés nacidos lo son como consecuencia de un contrato de gestación por sustitución; esta consecuencia —añade— le sería aplicable en el mismo supuesto tanto a una pareja de varones, como de mujeres, hombre o mujer sola o pareja heterosexual, pues la ley no distingue en estos supuestos de sexos sino que el hecho determinante es la forma de alumbramiento.

El contrato de gestación por sustitución es nulo, defiende la sentencia, porque se opone al principio de indisponibilidad del cuerpo humano, ya que recae sobre las facultades reproductivas y de gestación de la madre, haciendo objeto del comercio una función de la mujer, tan elevada, como es la maternidad, la cual no puede ser objeto de tráfico jurídico. Se opone también al principio de indisponibilidad del estado civil, ya que trata de modificar las normas que determinan la constitución de la relación jurídica paterno-filial y la atribución de la condición jurídica de progenitor e hijo. Este razonamiento es válido, para el juzgador, con independencia del sexo de los miembros de la pareja que acudan a la gestación por sustitución.

Por consiguiente, concluye la sentencia, es nulo el contrato que se celebra, cuando una pareja compuesta por personas de distinto sexo es fértil, pero la mujer no puede o no quiere llevar a cabo el proceso de gestación, razón por la cual se acuerda realizar una fecundación *in vitro* con gametos de la propia pareja e implantar el embrión obtenido en el útero de otra mujer. Es igualmente nulo el contrato que se celebra cuando la mujer de una pareja heterosexual es estéril, por lo que se acuerda inseminar artificialmente a otra mujer o fecundar *in vitro* un óvulo de esta con gametos del varón, para, posteriormente, implantar en su útero el embrión resultante: en este caso, la mujer que acepta asumir el proceso de gestación será madre gestante y madre biológica (12). Es cierto

---

(12) En la jurisprudencia francesa existe, así, un caso muy conocido, que es el resuelto por la sentencia de la Corte de Apelación de Rennes, de 4 de julio de 2002 (D. 2002, pág. 2902), la cual anuló el reconocimiento de un hijo, hecho por dos franceses de distinto sexo, convivientes *more uxorio*, que habían suscrito en California un contrato de útero de alquiler con una mujer estadounidense, por la que esta, a cambio de veinte mil dólares, se comprometía a consentir la implantación en su útero de los embriones, obtenidos en una fecundación *in vitro* realizada con los gametos de la pareja. La razón de celebrar este contrato era que la mujer francesa, por una enfermedad congénita, no podía llevar adelante un embarazo. La mujer estadounidense tuvo dos gemelos, que fueron inscritos en el registro de nacimientos de California, como hijos de ambos convivientes, a pesar de que la conviviente no era la madre gestante de los niños, sino, tan solo, su madre biológica. Posteriormente los convivientes reconocieron en Francia a los niños, reconocimiento que fue anulado por el Tribunal, utilizando tres argumentos: en primer lugar, el tenor del artículo 16.7 y 9 del Código Civil francés, que lleva a calificar el contrato de gestación por sustitución como incurso en una nulidad de orden público; dice el Tribunal que es patente que en el Derecho francés la madre es la que lleva al hijo y la que le da la vida trayéndolo al mundo y que, en consecuencia, no es

que, como pone de manifiesto la sentencia comentada, quizá en supuestos de mujeres o parejas heterosexuales existirá el problema del conocimiento por parte del encargado del Registro de que se encuentra ante un supuesto de gestación por sustitución, pero una vez conocida esta circunstancia la consecuencia debe ser la misma, denegar la inscripción (13).

Otro de los argumentos utilizados por la Resolución DGRN, de 18 de febrero de 2009 sería el del «interés superior del menor» (argumento más fuerte que utiliza), el cual aconsejaría la inscripción en España de la misma filiación que consta en el registro extranjero (en relación con el sujeto que es su padre genético), ya que, en caso contrario, los menores podrían quedar privados de filiación inscrita (en el Registro Civil español) (14).

El argumento no era desdeñable, pero la pregunta que se planteó la sentencia del Juzgado de 1.<sup>a</sup> Instancia de Valencia, de 17 de septiembre de 2010, era hasta qué punto se podía invocar el principio del interés del menor para eludir una prohibición legal de gestación por sustitución.

Afirmaba, así, que nos encontramos ante un matrimonio español que acude a California conocedores de que en España la gestación por sustitución está prohibida y que de producirse el alumbramiento en este país no podrían inscribir a los nacidos como hijos naturales de ambos, es por ello y no por otra razón por la que acuden a California con el conocimiento de que allí está permitido y que allí los bebés podrán ser inscritos en su Registro Civil como hijos naturales de ambos, pero también son conocedores de que los Registros españoles ponen trabas a la inscripción, tal como ellos la pretenden. Sin embargo, previamente la sentencia hace la observación que el ordenamiento jurídico español tiene medios e instrumentos suficientes para conseguir esa concordancia del Registro español y extranjero y que los hijos consten a nombre de los varones casados.

Esta observación, sin duda, produce cierta perplejidad, ya que está indicando que la propia Ley española contempla, indirectamente, mecanismos que permiten eludir la prohibición de gestación por sustitución que la misma establece,

---

la mera realidad genética la que crea la filiación materna; en segundo lugar, se invocan los principios de indisponibilidad del cuerpo humano y del estado de las personas; y, en tercer lugar, se dice que el derecho al respeto de la vida privada y familiar conduce a no admitir la incitación al abandono de un niño por su madre mediante una contraprestación económica y el uso del cuerpo de otro para satisfacer el deseo personal de tener un hijo.

(13) BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., «Hijos made in California», en *Aranzadi Civil*, núm. 3, 2009, págs. 11-13, sostiene que la autenticidad de los documentos aportados, conforme a la *lex loci*, no es, sin embargo, el obstáculo al reconocimiento en estos casos. Sí lo es, en el control de legalidad, el límite del orden público internacional.

(14) La RDGRN descarta el límite de orden público internacional invocando el interés superior del menor, recogido en una norma internacional, en el artículo 3 del Convenio de Naciones Unidas sobre Derechos del Niño de 1989, vigente en España desde el 5 de enero de 1991.

lo que, sin embargo, es cierto. Si bien el número segundo del artículo 10 de la Ley 14/2006, establece que la filiación de los hijos nacidos por maternidad de sustitución se determina por el parto, no obstante, el número tercero del mismo precepto dice que queda a salvo la posible acción de reclamación de paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales. Por lo tanto, lo que la sentencia comentada parece sugerir es la posibilidad de que aquel de los varones que fuera el padre biológico de los menores ejercitara la acción de reclamación de la paternidad y que, posteriormente, previo consentimiento de la madre gestante, los hijos fueran adoptados por el otro cónyuge, sin necesidad de mediar la declaración de idoneidad prevista en el artículo 176 del Código Civil (15).

Es indudable lo sostenido por la sentencia comentada y, también lo es, que los contratos de gestación por sustitución están expresamente prohibidos por las Leyes españolas (art. 10.1 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida). Es indudable también que «la filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto» (art. 10.2 de la Ley 14/2006). Ahora bien, dicho precepto no es aplicable al presente caso, ya que no se trata de determinar la filiación de los nacidos en California, pues no procede determinar el «derecho aplicable» a la filiación y tampoco procede determinar la filiación de tales sujetos. Se trata, por el contrario, de precisar si una filiación ya determinada en virtud de certificación registral extranjera puede acceder al Registro Civil español. Tampoco se pretende, de ningún modo, con la inscripción en el Registro Civil de la certificación registral californiana de nacimiento de los nacidos, la ejecución o el cumplimiento de un presunto contrato de gestación por sustitución. Es claro que la certificación registral californiana se expide a los solos efectos de acreditar la identidad de los nacidos, y establece una presunción de paternidad que puede ser destruida por sentencia judicial (California Family Code section 7611). Ahora bien, debe

---

(15) La solución que se apunta, no sería, sin embargo, posible en Francia, según resulta de la sentencia de la Asamblea Plenaria de la Corte de Casación, de 31 de marzo de 1991 («Dalloz», 1991, pág. 417). El supuesto de hecho era el siguiente: ante la esterilidad de su mujer, un marido donó esperma para que otra mujer fuera inseminada artificialmente con él; nació un niño, que fue inscrito como hijo del marido, sin hacerse mención a su filiación materna (lo que en Francia es posible); posteriormente, se pretendió la adopción del niño por parte de la mujer del padre. La sentencia recurrida autorizó dicha adopción, argumentando que el método de la maternidad por sustitución era lícito y no contrario al orden público (téngase en cuenta que todavía no existía el actual art. 16-7 del Código Civil francés, redactado por la Ley 1994-653, de 29 de julio de 1994) y que la adopción solicitada era conforme al interés del menor, que había sido acogido en el hogar del matrimonio desde su nacimiento. Frente a ello, la Corte de Casación afirmó que la adopción solicitada era la última fase de un proceso que, en su conjunto, estaba destinado a permitir a una pareja acoger en su hogar a un niño, concebido en ejecución de un contrato que tenía por objeto el abandono de su madre al tiempo del nacimiento, y que, por lo tanto, atentaba contra los principios de la indisponibilidad del cuerpo humano y del estado de las personas.

recordarse que la inscripción en el Registro Civil español de la certificación registral californiana surte los efectos jurídicos señalados por las Leyes registrales españolas (art. 2 LRC). Por ello, cualquier parte legitimada puede impugnar el contenido de dicha inscripción ante los Tribunales españoles en la vía civil ordinaria. En tal caso, los Tribunales españoles establecerán de modo definitivo la filiación de los nacidos. Por tanto, la certificación registral extranjera no produce efectos jurídicos de «cosa juzgada». Y debe también subrayarse que en la certificación registral expedida por las autoridades californianas no consta en modo alguno que el nacimiento de los menores haya tenido lugar a través de gestación por sustitución. En la disyuntiva de dejar a unos menores que son indudablemente hijos de ciudadano español (art. 17.1 CC) sin filiación inscrita en el Registro Civil y admitir una situación de no certeza en la filiación de los menores en la que dichos menores cambiarían de filiación cada vez que cruzan la frontera de los Estados Unidos con destino a España y viceversa, lo que vulneraría el artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, hecha en Nueva York el 20 de noviembre de 1989, o de permitir la inscripción en el Registro Civil español de la filiación determinada en virtud de la certificación californiana, siempre es preferible proceder a dicha inscripción en nombre del interés superior del menor.

En consecuencia, la Dirección General de los Registros y del Notariado ordenaba que se procediera a la inscripción, en el Registro Civil consular, del nacimiento de los menores que constaba en la certificación registral extranjera presentada, con las menciones de doble filiación paterna constantes en la certificación registral aportada. Por tanto, la admisión de inscripción y reconocimiento de filiación, en estos casos, quedaba justificada por:

Primero: Nada impide en la legislación registral realizar la inscripción de conformidad con el artículo 81 RRC: el control de legalidad de las certificaciones registrales extranjeras para acceder al Registro Civil español no exige que estas sean decisiones «idénticas» a las que se adoptarían en España, sino documentos públicos adoptados por: 1) una autoridad «competente»; 2) que desempeñe «funciones equivalentes» a las de autoridades registrales españoles (en este caso particular, constatación de nacimiento y filiación del nacido), y 3) que no produzcan efectos contrarios al orden público internacional español.

Segundo: El interés superior del menor exige la continuidad espacial de la filiación y la coherencia internacional de la misma, así como un respeto ineludible del derecho a la identidad única de los menores que prevalece, en todo caso, sobre otras consideraciones.

Una sola duda cabe destacar en relación a la solución aportada en esta resolución, ya que, según su propia dicción literal, cualquier parte legitimada puede impugnar el contenido de dicha inscripción ante los Tribunales españoles en la

vía civil ordinaria. En tal caso, los Tribunales españoles establecerán de modo definitivo la filiación de los nacidos. Por tanto, la certificación registral extranjera no produce efectos jurídicos de «cosa juzgada». Y debe también subrayarse que en la certificación registral expedida por las autoridades californianas no consta en modo alguno que el nacimiento de los menores haya tenido lugar a través de gestación por sustitución.

Sin embargo, queda latente la cuestión de la impugnación de la filiación por la madre gestante. Aplicando el artículo 10 de la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida de 2006, los Tribunales podrían ordenar la cancelación de la inscripción de filiación en el Registro Civil español, salvo que se reconociera, mediante el *exequátor* u otro procedimiento automático, la doble filiación paterna constituida por el Tribunal californiano.

Tras esta resolución, la Dirección General de los Registros y del Notariado ha decidido despejar las dudas sobre la posibilidad de inscripción de los nacimientos derivados de la utilización de la gestación subrogada, mediante la *Instrucción de 5 de octubre de 2010, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución* (BOE, núm. 243, jueves 7 de octubre de 2010 Sección I, pág. 84803).

### III. INSTRUCCIÓN DE 5 DE OCTUBRE DE 2010, DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO, SOBRE RÉGIMEN REGISTRAL DE LA FILIACIÓN DE LOS NACIDOS MEDIANTE GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN

La RDGRN de 2009, al ordenar la transcripción de los documentos vinculados a la maternidad subrogada, no solucionó las cuestiones de fondo relativas a la licitud del contrato de maternidad subrogada (conforme al art. 10 de la Ley de Reproducción Asistida), ni la relativa a la filiación de los menores, ni, tampoco, la relativa al eventual reconocimiento en España de la sentencia californiana (conforme al art. 951 y siguientes de la LEC 1881).

Son dos, pues, las cuestiones fundamentales: de un lado, una cuestión registral, consistente en determinar hasta dónde alcanza la labor de calificación registral del certificado de nacimiento extranjero, si implica o no reconocimiento extraterritorial; de otro lado, la compatibilidad de la resolución adoptada con los principios básicos del ordenamiento jurídico español, de la que se ocupa la *Instrucción de 5 de octubre de 2010*.

Dispone la misma de una serie de directrices (16) dirigidas a los encargados de los Registros Civiles Consulares, referidas al régimen registral de

---

(16) Dentro de las competencias de ordenación y dirección que ostenta la Dirección General de los Registros y del Notariado sobre los Registros Civiles en virtud de las atri-

la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución, que abandona la posición que la DGRN había sostenido en la Resolución de 18 de febrero de 2009: no se admite la posibilidad de inscribir la filiación de los hijos nacidos mediante gestación por sustitución a través del mero certificado registral de nacimiento (17).

Así, atendiendo a la finalidad de dotar de plena protección jurídica el interés superior del menor, así como de otros intereses presentes en los supuestos de gestación por sustitución, establece los criterios que determinan las condiciones de acceso al Registro Civil español de los nacidos en el extranjero mediante esta técnica de reproducción asistida (18). Dicha protección constituye el objetivo esencial de la Instrucción de 5 de octubre de 2010, contemplado desde una perspectiva global, lo que comporta, al menos, abordar tres aspectos igualmente importantes.

En primer lugar, los instrumentos necesarios para que la filiación tenga acceso al Registro Civil español cuando uno de los progenitores sea de nacionalidad española, como vía de reconocimiento extraterritorial, a efectos registrales, de su nacimiento; en segundo lugar, la inscripción registral en ningún caso puede permitir que con la misma se dote de apariencia de legalidad supuestos de tráfico internacional de menores y; en tercer lugar, la exigencia de que no se haya vulnerado el derecho del menor a conocer su origen biológico, según se expresa en el artículo 7.1, de la *Convención sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989*, artículo 12 de la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción Internacional. Junto a los del menor, deben valorarse otros intereses presentes en los contratos de gestación por sustitución, especialmente la protección de las mujeres que se prestan a dicha técnica de reproducción, renunciando a sus derechos como madres.

---

buciones que le confiere el artículo 9 de la Ley del Registro Civil y 41 del Reglamento del Registro Civil, mediante la Instrucción se fijan las directrices para la calificación de los encargados del Registro Civil en relación con las solicitudes de inscripción de nacimiento formuladas por españoles, de los menores nacidos en el extranjero como consecuencia del uso de técnicas de gestación por sustitución. A estas directrices deberá ajustarse la práctica registral en esta materia en beneficio de su conveniente uniformidad y de la deseable seguridad jurídica.

(17) Sin embargo DE VERDA Y BEAMONTE, J. R., «Inscripción de hijos nacidos mediante gestación por sustitución (a propósito de la sentencia del Juzgado de Primera Instancia, núm. 15 de Valencia, de 15 de septiembre de 2010)», en *Diario La Ley*, núm. 7501, de 3 de noviembre de 2010, pág. 2, señala que esta instrucción, posterior a la sentencia del Juzgado de Valencia, no proporciona una base jurídica para resolver el caso litigioso como lo hizo (al contrario).

(18) Para fundamentar el acceso de la certificación registral extranjera en el Registro Civil español es preciso determinar, con carácter previo, si los menores nacidos en el extranjero ostentan la nacionalidad española y, si precisamente por ello, el nacimiento y la filiación de los mismos debe ser inscrita en el Registro Civil español: artículo 15 de la Ley del Registro Civil. Es decir, si los nacidos ostentan la nacionalidad española (art. 17.1 CC).

1. LOS INSTRUMENTOS NECESARIOS PARA QUE LA FILIACIÓN MEDIANTE GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN TENGA ACCESO AL REGISTRO CIVIL ESPAÑOL CUANDO UNO DE LOS PROGENITORES SEA DE NACIONALIDAD ESPAÑOLA: EL RECONOCIMIENTO DE LA RESOLUCIÓN EXTRANJERA

El sistema previsto para el reconocimiento de sentencias o documentos extranjeros en España es diferente en función de los efectos que pretendan del mismo. En los casos en los que se pretende el efecto de cosa juzgada, o el efecto constitutivo (por el cual se crea o destruye la relación de filiación), una de cuyas concreciones es el efecto registral, es preciso solicitar el reconocimiento. Si se quiere solo que lo que en ellas se recoge pueda utilizarse a efectos probatorio, este no es necesario, basta con que las mismas sean traducidas y legalizadas o apostilladas y que cumplan los requisitos de autenticidad exigidos para que los documentos hagan prueba plena (19).

En nuestro caso nos tenemos que centrar en el reconocimiento de la resolución extranjera de filiación que le permita desplegar efectos de cosa juzgada, constitutivo y registral, y en el supuesto que no existe un convenio de reconocimiento.

En este caso, en que la resolución extranjera cuyo reconocimiento se pretende no procede de uno de los Estados con los que España ha firmado convenios bilaterales de *exequátur*, es necesario, en principio, según nuestro Derecho autónomo de reconocimiento de resoluciones judiciales y documentos extranjeros, seguir un procedimiento en el que se compruebe la existencia de una serie de requisitos recogidos en el artículo 954 LEC 1881. Para poder acceder a este sistema de condiciones es preciso que la resolución cumpla tres presupuestos previos: que se trate de una resolución que provenga de una autoridad jurídica extranjera, que la materia sea de derecho privado y que la resolución sea firme en el país de origen. Una vez que se comprueba que se cumplen los mismos, se examina la presencia de las condiciones exigidas en el artículo 954 LEC 1881, que han sido matizados y ampliados por la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo (TS). Así es necesario:

- Verificar la regularidad formal de la resolución tanto respecto de la ordenación procesal extranjera, como respecto a la española: habrá que aplicar lo que establecen los artículos 144 y 323 LEC, que exigen traducción y apostilla de los documentos extranjeros.
- Verificar la regularidad del proceso: que la resolución extranjera no haya sido dictada en rebeldía y aparezca fundada jurídicamente y con una actividad probatoria suficiente.

---

(19) GARAU SOBRINO, F. F., *Los efectos de las resoluciones extranjeras en España*, Madrid, 1992, pág. 27 y sigs.

- Que la resolución judicial que se pretende sea reconocida no contradiga una resolución ya dictada en el foro o en un procedimiento en trámite.
- Que la resolución extranjera no contradiga el orden público español.
- Que la autoridad o tribunal de origen, que dictó la resolución, tuviera competencia internacional para hacerlo. Esta condición que no está recogida en el Ley pero es exigida por el TS, pretende evitar que se reconozcan resoluciones sobre cuestiones consideradas de competencia exclusiva de los tribunales españoles o dictados obedeciendo a foros exorbitantes.

La Instrucción establece como requisito previo para la inscripción de los nacidos mediante gestación por sustitución, la presentación ante el encargado del Registro Civil de *una resolución judicial* dictada por Tribunal o autoridad judicial competente.

La Instrucción se ocupa de una cuestión importante, la relación existente entre los certificados de nacimiento y la resolución judicial extranjera, que ordena su expedición y que determina la filiación de los menores, incluso antes del nacimiento. Se supera así lo dispuesto en la RDGRN de 2009, que establecía como base para practicar el asiento correspondiente al nacimiento, el certificado administrativo expedido por las autoridades administrativas californianas encargadas del Registro Civil. Cabe preguntarse si, de haberse tenido en cuenta la sentencia extranjera, el control de legalidad hubiera estado sujeto a un previo *exequátor* conforme al artículo 83 RRC. Es decir, si el título extranjero por el que se inscribe el asiento relativo al nacimiento en los supuestos de maternidad subrogada (certificados de nacimiento) es inseparable de la sentencia californiana que establece la filiación y ordena su expedición, y cuyo reconocimiento de su eficacia registral estaría sujeto al reconocimiento de las decisiones extranjeras (20).

---

(20) En cierto modo, la RDGRN alude a la competencia internacional de las autoridades y al límite del orden público internacional dentro de lo que podría ser una suerte de control incidental de la sentencia extranjera, que va mas allá del marco que ofrece el artículo 323 LEC. De ser así, el control de legalidad de los documentos vinculados a la maternidad subrogada iría algo más allá de lo previsto en el artículo 81 RRC. Sin embargo, la DGRN deja claro que el control de legalidad consiste no en el control conflictual ni, tampoco, en la exigencia previa del *exequátor* de la sentencia californiana: se centra solo en el control de la eficacia probatoria de los certificados extranjeros de nacimiento y su posible transcripción en el Registro Civil. Tales documentos obedecen a un acto público extranjero o a una realidad jurídica registral (amparada en su ley y autoridades), pero la RDGRN parece olvidar que esa realidad jurídica se sustenta en una decisión judicial que establece la filiación y que hay que controlar. Máxime cuando existe una estrecha relación entre las certificaciones registrales extranjeras y la sentencia de los tribunales californianos que es la que establece la doble filiación paterna de los menores y la que ordena la inscripción de tales asientos y la expedición de tales certificaciones en California.

La exigencia de resolución judicial en el país de origen tiene la finalidad, pues, de controlar el cumplimiento de los requisitos de perfección y contenido del contrato respecto del marco legal del país donde se ha formalizado, así como la protección de los intereses del menor y de la madre gestante. En especial, permite constatar la plena capacidad jurídica y de obrar de la mujer gestante, la eficacia legal del consentimiento prestado por no haber incurrido en error sobre las consecuencias y alcance del mismo, ni haber sido sometida a engaño, violencia o coacción o la eventual previsión y/o posterior respeto a la facultad de revocación del consentimiento o cualesquiera otros requisitos previstos en la normativa legal del país de origen. Igualmente, permite verificar que no existe simulación en el contrato de gestación por sustitución que encubra el tráfico internacional de menores (21).

En relación con el reconocimiento de la resolución que determina la filiación del menor, dictada por Tribunal extranjero, la presente Instrucción incorpora la doctrina plenamente consolidada por el TS, como hemos dicho. De acuerdo a esta doctrina, serán de aplicación los artículos 954 y siguientes de la LEC 1881, preceptos que mantuvieron su vigencia tras la entrada en vigor de la LEC 2000, en virtud de los cuales, será necesario instar el *exequáтур* de la decisión ante los Juzgados de Primera Instancia, tal y como señala el artículo 955 de la LEC 1881 tras la reforma operada por la Ley 62/2003 (22), de 30 de diciembre, de medidas, fiscales, administrativas y del orden social. No obstante, en aquellos casos en los que la resolución judicial derive de un procedimiento equiparable a un procedimiento español de jurisdicción voluntaria, el Supremo ha proclamado en numerosas ocasiones, que su inscripción no queda sometida al requisito del *exequáтур*, bastando a tales efectos con el reconocimiento incidental de la resolución como requisito previo a su inscripción.

En definitiva, si el encargado del Registro Civil considera que la resolución extranjera fue dictada en el marco de un procedimiento jurisdiccional de naturaleza contenciosa, denegará la inscripción de la resolución, al requerirse

---

(21) El requisito de que la atribución de filiación deba basarse en una previa resolución judicial tiene su fundamento en la previsión contenida en el artículo 10.3 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Asistida Humana que, a través de la remisión a las reglas generales sobre determinación de la filiación, exige el ejercicio de acciones procesales y la consecuente resolución judicial para la determinación de la filiación paterna de los menores nacidos como consecuencia de gestación por sustitución. En todo caso, si este es el fundamento, se ha cuestionado por algún sector de la doctrina si los efectos que puede producir en España la resolución extranjera pueden ir más allá de determinar la filiación paterna, habida cuenta de que la limitación a esta en el artículo 10.3 se relaciona con el dato de que la Ley 14/2006 establece que la filiación materna viene en todo caso determinado por el parto.

(22) Se permite la solicitud de reconocimiento independiente de la de ejecución.

previamente el *exequátur* de esta de acuerdo a lo establecido en la LEC 1881: artículos 954 y siguientes.

Por el contrario, si estima que la resolución extranjera tiene su origen en un procedimiento análogo a uno español de jurisdicción voluntaria *controlará incidentalmente* si la resolución puede ser reconocida en España, como requisito previo a su inscripción. De tal manera que se produce una especie de reconocimiento automático (23), en el que se comprobará si la autoridad judicial o tribunal del país de origen ha cumplido ciertos requisitos procesales, sin entrar en el fondo del asunto. En dicho control incidental deberá constatar una serie de requisitos que analizaremos.

En los casos en los que se solicite la inscripción del nacido en el extranjero mediante gestación por sustitución sin que se presente una resolución que determine la filiación, reconocible incidentalmente o por *exequátur*, el encargado del Registro Civil denegará la inscripción. Ello no impedirá que el solicitante pueda intentar dicha inscripción por los medios ordinarios regulados en el artículo 10.3 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida, y artículos 764 y siguientes de la LEC. En ningún caso se admitirá como título apto para la inscripción del nacimiento y filiación del nacido, una certificación registral extranjera o la simple declaración, acompañada de certificación médica relativa al nacimiento del menor en la que no conste la identidad de la madre gestante.

## 2. EL RECONOCIMIENTO INCIDENTAL DE LA RESOLUCIÓN JUDICIAL PREVIO A LA ATRIBUCIÓN DE FILIACIÓN DE LOS NACIDOS MEDIANTE GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN

La DGRN, en su Instrucción de 5 de octubre de 2010, establece el criterio según el cual la atribución de filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución debe basarse en una previa resolución judicial, de modo que la Instrucción impone ese requisito y después concreta el régimen de reconocimiento aplicable. La exigencia de una resolución judicial y la aplicación del régimen de reconocimiento de decisiones permiten en principio superar ciertas carencias de la Resolución de la DGRN, de 18 de febrero de 2009, antes mencionada. Ciertamente, en dicha Resolución se afirmaba: «La certificación registral extranjera constituye una “decisión” adoptada por las autoridades extranjeras y en cuya virtud se constata el nacimiento y la filiación del nacido. En consecuencia, y visto que existe una “decisión extranjera” en forma de certificación registral extranjera, el acceso de la misma al Registro Civil español constituye no una

---

(23) Sin necesidad de procedimiento *ad hoc*.

cuestión de “derecho aplicable”, sino una cuestión de “validez extraterritorial de decisiones extranjeras en España”, en este caso, una cuestión de acceso de las certificaciones registrales extranjeras al Registro».

Además de que la equiparación entre certificación registral y resolución judicial extranjera resulta sin duda cuestionable (como refleja la directriz segunda de la Instrucción de 5 de octubre de 2010) (24), resultaba llamativo que pese a esas afirmaciones, la Resolución de 18 de febrero de 2009 no aplicara en absoluto el régimen propio del reconocimiento.

En lo que se refiere al régimen de reconocimiento de esas resoluciones judiciales, la Instrucción de 5 de octubre de 2010 proyecta de manera clara sobre el ámbito de la atribución de la filiación ciertos criterios en general ampliamente aceptados (25). Tratándose de resoluciones adoptadas en procesos que no sean análogos a los españoles de jurisdicción voluntaria (lo que puede implicar dificultades de interpretación), la Instrucción recoge que, a falta de convenio internacional que disponga otra cosa, de los artículos 951 y siguientes de la LEC de 1881 deriva la necesidad de obtener el previo *exequátur*.

No se exige, sin embargo, el procedimiento de *exequátur*, en el método de reconocimiento de las situaciones creadas en el extranjero que excluye el control conflictual (no es un control relativo a la ley aplicable), al considerar que una situación que ha sido válidamente constituida en el Estado de origen (con el concurso de autoridades y su propio control conflictual) debe ser reconocida en el resto de los Estados. El método implica, sin embargo, el considerar que tal derecho es el ordenamiento aplicable, que las autoridades competentes han dictado una sentencia justa conforme a sus normas de conflicto. Es decir,

---

(24) De conformidad con la segunda directriz, no se admitirá como título apto para la inscripción del nacimiento y filiación del nacido, una certificación registral extranjera o la simple declaración, acompañada de certificación médica relativa al nacimiento del menor en la que no conste la identidad de la madre gestante.

(25) GARAU SOBRINO, F. F., *Los efectos de las resoluciones extranjeras en España*, cit., págs. 27 y sigs., sostiene que según las normas utilizadas para el reconocimiento de una resolución, podrá hablarse de un reconocimiento procesal o material. Se trata de reconocimiento procesal el realizado según las normas de derecho procesal civil internacional, bien sean las contenidas en fuentes de origen interno (arts. 951 y sigs. LEC), bien en las de origen convencional o en instrumentos comunitarios. Por el contrario, se habla de reconocimiento material cuando los efectos de las resoluciones extranjeras en España se manifiestan al amparo de la ley aplicable en virtud de las normas de conflicto españolas (que es el Estado requerido). Los efectos de ambos tipos de reconocimiento serán distintos: si el reconocimiento es procesal las resoluciones extranjeras tienen las consecuencias que la existencia de una resolución origina en el plano procesal (entre ellos el efecto de cosa juzgada y efecto constitutivo); sin embargo el reconocimiento material tiene efectos materiales, es decir, las consecuencias que la existencia de la resolución extranjera tiene sobre la ley material designada por el derecho internacional privado del Estado requerido. El ámbito de la atribución de la filiación se trataría de un reconocimiento procesal y no entrarían en juego las normas de conflicto que determinarían como aplicable la ley material a la situación privada internacional.

el control conflictual se realiza en el Estado de origen y no en el Estado de reconocimiento.

La exclusión del control conflictual se ha visto reforzada en el ámbito europeo. Se desplaza el control al país de origen por la confianza mutua entre Estados miembros y en el marco del reconocimiento mutuo. Tal reconocimiento es posible dentro del derecho comunitario donde los criterios de competencia son uniformes, y donde se tiende a suprimir el *exequátor* al considerar las decisiones de los otros Estados miembros como nacionales dentro de un espacio común europeo. Esto es así, para algunas decisiones como el derecho de visita y el retorno del menor en caso de sustracción internacional, al estar previsto en el *Reglamento CEE 2201/2003, sobre régimen de competencia y reconocimiento de las resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental*. Cabe preguntarse, llegados a este punto, si la maternidad subrogada es una materia sometida al reconocimiento mutuo o automático (26).

No se puede hablar de reconocimiento mutuo, sí de automático, tratándose de resoluciones adoptadas en procedimientos análogos a los españoles de jurisdicción voluntaria, ya que se considera que cabe su reconocimiento incidental por parte del encargado del Registro Civil, pues no resulta necesario el previo *exequátor* (27).

Así, el control de legalidad al que procede la Instrucción de la DGRN no es un control conflictual, sino que acota el mismo al control incidental de la resolución extranjera. La vía que sigue es la del artículo 83 RRC, ya que no es separable la resolución judicial de la certificación de nacimiento cuando la expedición de esta exige un título que establezca la filiación.

Los requisitos del control incidental de la resolución judicial extranjera sobre gestación por sustitución, que implica que se hayan cumplido ciertas obligaciones, límites o garantías en el país de origen, son los siguientes (28):

---

(26) El término de reconocimiento automático supone que toda resolución dictada en un Estado puede ser invocada directamente ante cualquier órgano jurisdiccional de los demás Estados. Ahora bien, este reconocimiento automático no quiere decir reconocimiento sin condiciones y, por tanto, se encuentra sometido al cumplimiento de los requisitos contenidos en el texto que se está aplicando para que la resolución surta efectos.

(27) Respecto al reconocimiento de los actos de jurisdicción voluntaria, un sector doctrinal se muestra partidario de no impedir la posibilidad de que estas resoluciones puedan obtener una declaración general de reconocimiento a través del *exequátor*: DE MIGUEL ASENCO, P. A., «Eficacia de las resoluciones extranjeras de jurisdicción voluntaria», en *Eurolex*, 1997, págs. 95 a 110. No se manifiesta a favor del *exequátor*, FERNÁNDEZ ROZAS, J. C. y SÁNCHEZ LORENZO, S., *Derecho Internacional Privado*, Madrid, 2001, págs. 289 a 291. Este criterio nos parece razonable en la medida en que se limite a establecer que el *exequátor* no es necesario pero sin excluir que quien tenga interés legítimo en ello pueda acudir a la vía del *exequátor*.

(28) En este mismo sentido, en el *Proyecto de Ley del Registro Civil, de 8 de septiembre de 2010* (art. 96 del Proyecto de Ley del Registro Civil 121/000090, publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales el 8 de septiembre de 2010, serie A, núm. 90-1), se permite no solo la inscripción previo *exequátor* sino, también, la posibilidad de que el encargado del Registro Civil realice la inscripción tras proceder a un reconocimiento incidental. Así,

- la regularidad y autenticidad formal de la resolución judicial extranjera y de cualesquiera otros documentos que se hubieran presentado;
- que el Tribunal de origen hubiera basado su competencia judicial internacional en criterios equivalentes a los contemplados en la legislación española;
- que se hubiesen garantizado los derechos procesales de las partes, en particular, de la madre gestante;
- que no se ha producido una vulneración del interés superior del menor y de los derechos de la madre gestante. En especial, deberá verificar que el consentimiento de esta última se ha obtenido de forma libre y voluntaria, sin incurrir en error, dolo o violencia y que tiene capacidad natural suficiente,
- y que la resolución judicial es firme y que los consentimientos prestados son irrevocables, o bien, si estuvieran sujetos a un plazo de revocabilidad conforme a la legislación extranjera aplicable, que este hubiera transcurrido, sin que quien tenga reconocida facultad de revocación, la hubiera ejercitado.

Para estos casos en los que cabe el reconocimiento incidental, la nueva Instrucción concreta las condiciones que deben ser verificadas por el encargado del Registro Civil al reconocer la decisión extranjera de cara a su inscripción. Con buen criterio, la DGRN básicamente reitera, partiendo de que se deben cumplir en el país de origen, la aplicación de las condiciones establecidas por la jurisprudencia del TS en la interpretación del artículo 954 LEC de 1881 con carácter general, incluyendo el control de la competencia del tribunal de origen y de las garantías procesales. En todo caso, cabe considerar que alguna condición no mencionada en la Instrucción, pero exigida en el marco del artículo 954, puede ser relevante. Ese podría ser el caso, en particular, del control del *orden público*, cuya vertiente sustantiva no aparece expresamente prevista pero sin duda resulta aplicable habida cuenta del fundamento del orden público, aunque la referencia al control de que no se ha vulnerado el interés superior del menor y de los derechos de la madre gestante desempeñan, sin duda, un papel estimable.

Por ello, al igual que en las condiciones para el *exequáatur* en España de sentencia extranjera que falla sobre cuestiones de filiación, varios datos son importantes:

---

la inscripción de las resoluciones judiciales extranjeras se podrá instar ante el encargado del Registro quien procederá a realizarla siempre que verifique: *a) la regularidad y autenticidad formal de los documentos presentados; b) que el tribunal de origen hubiera basado su competencia judicial internacional en criterios equivalentes a los contempladas en la legislación española; c) que todas las partes fueron debidamente notificadas y con tiempo suficiente para preparar el procedimiento; y d) que la inscripción de la resolución no resulte «manifestamente incompatible» con el orden público español.*

- 1.º En principio, nada impide el reconocimiento en España de una sentencia o resolución extranjera que decida sobre cuestiones relativas a la filiación mediante la aplicación de una ley distinta a la que, en un mismo supuesto, hubiera aplicado un juez español.
- 2.º El hecho de que una autoridad extranjera se pronuncie sobre la filiación de un español (el hijo de un español nacido en el extranjero, que lo es en virtud del art. 17 CC), no vulnera ningún foro exclusivo de nuestras normas de competencia judicial internacional autónomas.
- 3.º Se denegará el reconocimiento de la resolución judicial extranjera si vulnera el orden público internacional español.

No se puede obviar, por tanto, que el método de reconocimiento incidental de las situaciones creadas en el extranjero al amparo de otra autoridad o de su ordenamiento, tiene como límite el orden público internacional. Sin embargo, el interés superior del menor conduce a la DGRN a ordenar, sin prejuzgar la cuestión de fondo (la filiación), la inscripción de las menciones contenidas (incluida la doble filiación paterna) en los certificados de nacimiento extranjeros en el Registro Civil español. Es una solución que trata de facilitar la vida de los menores y de sus familias en nuestro país, dando a los certificados de nacimiento extranjeros la fe pública registral y una presunción de veracidad y legalidad.

Bien es verdad, que el mismo principio, el interés superior del menor, puede conducir a una solución opuesta en este ámbito de maternidad subrogada. Pues se trataría de evitar que el menor pueda ser «objeto» de contrato y la solución médica a algunos casos de infertilidad (29).

Pero igualmente, la Instrucción de 2010 invoca, junto al interés superior del menor, y en la misma dirección, la necesidad de garantizar una identidad única de los menores a través de las fronteras. Se apela a un adecuado funcionamiento de los registros en el ámbito europeo e internacional, atento al reconocimiento del derecho fundamental a la identidad de los menores (arts. 7 y 8 del *Convenio de Naciones Unidas sobre Derechos del Niño de 1989*), que ha de ser única en el país del nacimiento y el país de residencia. Este reconocimiento solo sería posible si el Estado de origen fuera competente para establecer la identidad de los menores, pues de lo contrario no se lograría la uniformidad de soluciones en los Estados de reconocimiento.

El reconocimiento tiene que atender a decisiones o resoluciones judiciales consolidadas y válidamente creadas en el extranjero y al amparo de sus autoridades y de su ley, y sin fraude. Solo entonces no podría alegarse motivo de orden público. El reconocimiento parte ya de los límites impuestos en la

---

(29) Como sostiene QUIÑONES ESCÁMEZ, A., «Doble filiación paterna de gemelos nacidos en el extranjero mediante maternidad subrogada», en *InDret*, núm. 3, 2009, pág. 41.

legislación en el Estado de origen y de la existencia de vínculos exigida por nuestras autoridades.

Así, llegados a este punto, habría que preguntarse:

3. **¿HAY INCOMPATIBILIDAD MANIFIESTA CON EL ORDEN PÚBLICO SI PRIMA EL INTERÉS DEL MENOR?**

La protección del menor es un fin perseguido no solo por el Derecho interno sino también por el Derecho internacional privado. Sus normas se asientan en el interés del menor, objetivo prioritario a proteger de cuantos hagan acto de presencia en una relación jurídica en la que concurra un menor. De tal forma que, el valor fundamental en el que se expresa el interés del menor se ha incorporado tanto en las constituciones como en los tratados internacionales.

Así, desde el punto de vista del Derecho español, el interés del menor, bien jurídico con relevancia internacional, se deriva del artículo 39 de nuestra Constitución. En este artículo se garantiza la protección integral de los hijos, la obligación de los padres a prestarles asistencia de todo orden, así como la extensión a los menores de la protección de los acuerdos internacionales que velan por sus derechos. En la misma línea, la Ley Orgánica de 1/1996, de *Protección Jurídica del menor, de 15 de enero, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil* (BOE núm. 15, de 17 de enero de 1996), entiende que el interés del menor es, sin duda, una norma de orden público, de inexcusable observancia para todos los poderes públicos.

En el orden internacional, señalar que la *Convención de los Derechos del Niño de 1989* proclama la supremacía del interés del menor en el artículo 3.1 (30). Del mismo modo, han sido varias las alternativas a través de las cuales se ha integrado el interés del menor en los distintos convenios elaborados por la Conferencia de La Haya. Así, en el *Convenio sobre los aspectos civiles de la sustracción de menores, de 25 de octubre de 1980*, solo se contiene en el Preámbulo del texto; en el *Convenio relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional, de 29 de mayo de 1993*, y en el *Convenio relativo a la competencia, ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y las medidas de protección de los niños, de 19 de octubre de 1996*, se incluye de forma expresa tanto en el preámbulo como a lo largo al texto. Con independencia del lugar en el que las normas convencionales hagan referencia al citado interés del menor, su

---

(30) En este artículo se establece que «en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas y privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, tendrán una consideración primordial a que se atenderá será al interés superior del niño».

incorporación en el ordenamiento interno, tras la ratificación del texto (31), lo convierte en un valor jurídico fundamental cuya observancia se impone por los distintos ordenamientos estatales.

En materia de filiación y de protección del menor, la relación que se ha producido entre el interés del menor y el orden público lleva al citado valor fundamental a ejercer una tarea determinante en el funcionamiento del límite de orden público. Pues, el contenido del orden público es necesario enmarcarlo en unas características definidas entre las que se ha de circunscribir su aplicación, y, por tanto, las notas dominantes en la doctrina y en la jurisprudencia actual de un problema tradicional como es el orden público, se van a relacionar con el valor del interés del menor:

En primer lugar, la exigencia de ubicar temporalmente la noción de orden público. Por su propia naturaleza, esta noción se presenta flexible y variable en relación con las circunstancias y realidades que en un momento concreto reflejan los valores de una sociedad. Así, la actualidad del orden público no solo evidencia la vigencia o no de un valor sino también su posición jerárquica respecto a los demás: el valor fundamental que refleja el interés del menor y su primacía tras el artículo 3 de la *Convención de los Derechos del Niño de 1989* es clara.

Y en segundo lugar, es necesario analizar la resolución extranjera concreta con el fin de comprobar que sus efectos atentarán contra los principios fundamentales del foro. Por tanto, en relación con el interés del menor, puede suceder que una resolución no se reconozca por ser contraria al orden público y, sin embargo, en un caso concreto, se interprete que sus efectos no contradicen el interés del menor. De manera que, la incorporación del interés del menor, tras la *Convención de los Derechos del Niño de 1989*, aunque no exento de dificultades en lo que se refiere a su interpretación conforme a determinados particularismos, supone la consagración de valor fundamental y cuyo respeto pone en funcionamiento el límite de orden público (32).

---

(31) Ratificado por España el 6 de septiembre de 2010, entró en vigor el 1 de enero de 2011.

(32) ¿Qué ocurre si la inscripción de la resolución es manifiestamente incompatible con el orden público español? Pues, no cabría el reconocimiento. No hay que olvidar, que el nacido como consecuencia de técnicas de fecundación asistida se considera hijo de las personas que señala la ley nacional del hijo, y por tanto, el sujeto nacido de españoles será español (art. 17.1 CC). Si una pareja de españoles se traslada a un país con legislación que admite la gestación por sustitución y allí contratan a la madre sustituta, si está acreditado el hecho físico de la generación del hijo respecto a un progenitor español (si el material genético del varón corresponde a un sujeto español): el nacido se considera para el Derecho español como hijo de la mujer gestante por aplicación de la ley española (ley nacional del hijo español, art. 9.4 CC), que considera que los contratos de maternidad subrogada son nulos de pleno derecho y la filiación de los hijos nacidos por gestación por sustitución será determinada por el parto (art. 10.1 y 2 de la Ley 14/2006, sobre técnicas de reproducción asistida). Sin embargo, es

Sin embargo la Instrucción se asienta en los principios de insistir en que la inscripción registral en ningún caso puede permitir que con la misma se dote de apariencia de legalidad supuestos de tráfico internacional de menores y en respetar la exigencia de que no se haya vulnerado el derecho del menor a conocer su origen biológico (33).

Por ello, al reconocimiento de la resolución extranjera que ha establecido la filiación de un español no se le puede poner objeciones si la autoridad española ha respetado los requisitos y condiciones establecidos en la Instrucción. Se presume, pues, que los interesados no han incurrido en fraude de ley ni el *forum shopping*, a juicio de la Dirección General. La certificación debe tener efectos en España, con independencia de que desde el punto de vista sustantivo, la gestación de sustitución de haberse producido en España estaría prohibida.

Según las últimas afirmaciones de nuestro Ministro de Justicia, el Gobierno español no promoverá la autorización de la gestación subrogada, comúnmente conocida como «vientre de alquiler». De acuerdo con las recientes resoluciones, los menores tendrán garantizada la seguridad jurídica, pero este hecho no abrirá camino a la aprobación de la gestación subrogada en España. El Ministro subraya que estos dos temas son completamente diferentes, que al respecto el Gobierno español ha instrumentado recientemente los mecanismos legales para dar cobertura legal a los hijos de españoles nacidos mediante gestación subrogada en el extranjero, pero siempre y cuando exista una resolución judicial en el país de origen.

Para la Dirección de Registros y Notariado, la instrucción adoptada para la inscripción de los menores es totalmente realista: «No podíamos ignorar que están aquí, que tienen un padre español», afirma refiriéndose a los menores, pese a su desacuerdo con este método de gestación. «No podemos interferir en

---

perfectamente posible que para el Derecho del Estado extranjero donde se contrató a la madre sustituta, el nacido se considere hijo de las personas que contrataron a tal mujer al efecto (en ciertos Estados, como Reino Unido, Escocia y California, estos contratos son perfectamente válidos y el nacido se considera hijo de las personas que contratan a la madre sustituta). Esta divergencia legal, para un sector de la doctrina, reclama un tratamiento específico: en los casos que el nacido sea considerado hijo de tales personas por el derecho de un Estado miembro de la UE y así haya sido inscrito en el Registro de dicho Estado, el orden público español no puede tener como resultado un menoscabo del derecho de todo ciudadano comunitario a la libre circulación en la UE (art. 18 TCE), que debe prevalecer y no puede ser perjudicado por normas de Derecho español de producción interna, pues el Derecho comunitario tiene primacía. Así, CALVO CARAVACA, A.; CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., y CASTELLANOS RUIZ, E., *Derecho de Familia Internacional*, 4.<sup>a</sup> ed., Madrid, 2008, págs. 252 y 253, sostienen que en efecto, si cada vez que el nacido cruza la frontera resulta que cambia su filiación, se producirían «riesgos de confusión sobre la identidad o la filiación de los interesados que pueden causar graves inconvenientes para los interesados tanto de orden profesional como privado» (STJEC de 2 de octubre de 2003, GARCÍA AVELLÓ).

(33) En España la Ley 35/88, de 22 de noviembre, sobre Técnicas de Reproducción Asistida, regula todas las cuestiones relacionadas con el derecho a la identidad en las técnicas de reproducción asistida.

la legislación de otros países, pero tampoco es posible aceptar todo». El fondo del problema es que en España se duda de la legalidad de las actuaciones de los jueces extranjeros. ¿Es el Estado español el que va a comprobar ahora que los jueces de otro país, han sido escrupulosos con la legislación propia?

Si un juez o autoridad extranjera está capacitado para emitir una sentencia o resolución y preservar los intereses de la gestante y del menor, ¿por qué en España se va a fiscalizar lo que dicta un juez de otro país? Por ello, ¿es lícito violar la confidencialidad de un proceso que ha sido ya juzgado? ¿Los jueces o autoridades de cada país no saben distinguir entre los casos de tráfico de niños, donde no se puede englobar los casos de gestación subrogada?

## BIBLIOGRAFÍA

- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: «Hijos *made in California*», en *Aranzadi Civil*, núm. 3, 2009, págs. 11-13.
- CALVO CARAVACA, A., y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: «Gestación por sustitución y Derecho Internacional Privado: consideraciones en torno a la Resolución de la DGRN, de 18 de febrero de 2009», en *Cuadernos de Derecho Trasnacional*, núm. 2, 2009.
- CALVO CARAVACA, A.; CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., y CASTELLANOS RUIZ, E.: *Derecho de Familia Internacional*, 4.<sup>a</sup> ed., Madrid, 2008.
- DÍAZ ROMERO, M. R.: «La gestación por sustitución en nuestro ordenamiento jurídico», en *Diario La Ley*, núm. 7527, 14 de diciembre de 2010.
- FARNÓS AMORÓS, E.: «Inscripción en España de la filiación derivada del acceso a la maternidad subrogada en California», en *InDret*, núm. 1, 2010.
- FERNÁNDEZ ROZAS, J. C., y SÁNCHEZ LORENZO, S.: *Derecho Internacional Privado*, Madrid, 2001.
- GARAU SOBRINO, F. F.: *Los efectos de las resoluciones extranjeras en España*, Madrid, 1992.
- GÓMEZ BENGOCHEA, B.: *Derecho a la identidad y filiación. Búsqueda de orígenes en adopción internacional y en otros supuestos de filiación transfronteriza*, Madrid, 2007.
- HERRANZ BALLESTEROS, M.: *El interés del menor en los convenios de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado*, Valladolid, 2004.
- DE MIGUEL ASENCIO, P. A.: «Eficacia de las resoluciones extranjeras de jurisdicción voluntaria», en *Eurolex*, 1997.
- QUIÑONES ESCÁMEZ, A.: «Doble filiación paterna de gemelos nacidos en el extranjero mediante maternidad subrogada», en *InDret*, núm. 3, 2009.
- TOMÁS MARTÍNEZ, G.: «El consentimiento en relación con la doble filiación materna matrimonial y la práctica del Registro Civil», en *AC*, núm. 7, 2010.
- DE TORRES PEREA, J. M.: *Interés del menor y derecho de familia. Una perspectiva multidisciplinar*, Madrid, 2009.
- DE VERDA Y BEAMONTE, J. R.: «Inscripción de hijos nacidos mediante gestación por sustitución (a propósito de la sentencia del Juzgado de Primera Instancia, núm. 15 de Valencia, de 15 de septiembre de 2010)», en *Diario La Ley*, núm. 7501, 3 de noviembre de 2010.

**RESUMEN**

**GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN  
RÉGIMEN REGISTRAL  
DE LA FILIACIÓN  
RECONOCIMIENTO DE RESOLUCIÓN  
JUDICIAL EXTRANJERA**

*La Dirección General de los Registros y del Notariado (DGRN) ha decidido despejar las dudas sobre la posibilidad de inscripción de los nacimientos en el extranjero derivados de la utilización de la gestación subrogada, mediante la reciente Instrucción de 5 de octubre de 2010, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución. «efectos jurídicos en España de una resolución extranjera». Se trata, en realidad, del reconocimiento en España de una filiación atribuida por gestación subrogada no suscita un problema de «derecho aplicable a la filiación», sino una cuestión de «valididad extraterritorial de decisiones» (extranjeras) en España. Por ello, la Instrucción de la DGRN, de 5 de octubre de 2010, establece las condiciones para el acceso al Registro Civil español de una filiación por sustitución atribuida en el extranjero. El requisito de que la atribución de filiación deba basarse en una previa resolución judicial tiene su fundamento en la previsión contenida en el artículo 10.3 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo de 2006, sobre técnicas de reproducción asistida.*

**ABSTRACT**

**GESTATION FOR SUBSTITUTION  
REGIME REGISTRAL OF  
THE FILIATION  
RECOGNITION OF JUDICIAL  
FOREIGN RESOLUTION**

*The Headquarter of the Records and of the Notariado (DGRN) has decided to clear the doubts on the possibility of inscription of the births abroad derived from the utilization of the replaced gestation, by means of the recent Instruction of October 5, 2010, on regime registral of the filiation of borne by means of gestation for substitution. The recognition in Spain of a filiation attributed by replaced gestation does not provoke a problem of «applicable law to the filiation», but a question of «juridical effects in Spain of a foreign resolution». It is a question actually of a question of «extraterritorial validity of decisions» (foreigners) in Spain. For it the Instruction of the DGRN of October 5, 2010 establishes the conditions for the access to the civil Spanish Record of a filiation for substitution attributed abroad. The requirement of which the attribution of filiation should be based on a previous judicial resolution has his foundation in the forecast contained in the article 10.3 of the Law 14/2006 of May 26, 2006 on technologies of assisted reproduction.*

*(Trabajo recibido el 26-1-2011 y aceptado para su publicación el 27-3-2012)*